

DE JURIDISERING VAN SOCIALE VERHOUDINGEN VAN DE NEGENTIENDE
EEUW TOT VANDAAG¹

DOOR

MATTHIAS E. STORME

1. Inleiding	2
2. Een schematisch overzicht van de juridisering op een aantal levensterreinen.....	3
a. Juridisering van het onderwijs en de school.....	3
a.1. Negentiende eeuw	3
a.2. Rond 2000	4
b. Juridisering van de gezondheidszorg	8
b.1. Negentiende eeuw	8
b.2. Rond 2000	9
c. Juridisering van de armenzorg of het maatschappelijk welzijn.....	11
c.1. Negentiende eeuw	11
c.2. Rond 2000	12
d. Juridisering van het overheidsbestuur in het algemeen, de rechtsbedeling inbegrepen...	13
d.1. Negentiende eeuw	13
d.2. Rond 2000	14
e. Juridisering van de openbare ruimte (politie en veiligheidsorganisatie).....	16
e.1. Negentiende eeuw	16
f. Juridisering van de werkplaats (arbeidsverhoudingen).....	18
f.1. Negentiende eeuw	18
f.2. Rond 2000.....	19
g. Juridisering van de religie of levensbeschouwelijke zingeving.....	20
g.1. Negentiende eeuw	21
g.2. Rond 2000	21
h. Juridisering van de verenigingen van culturele, sportieve en politieke aard en de media (cultuur in ruime zin).....	22
h.1. Negentiende eeuw	22

¹ Deze tekst is een aangevulde en herwerkte versie van mijn bijdrage verschenen in *De horizonen van weten en kunnen*, Leuven, 2002, 78-121. Met dank, voor hun kritische bemerkingen, aan Maurice Adams, Daniel Cuypers, Herman De Dijn, Luc Dequeker, Jan Gijssels, Herman van Goethem, Fernand van Neste, Herman Nys, Adriaan Overbeeke, Jaak Peeters, Didier Pollefeyt, Karel Velle, Raf Verstegen, Marc De Vos. *Errors are mine.*

h.2. Rond 2000	23
i. Juridisering van de private ruimte	25
i.1. Negentiende eeuw	25
i.2. Rond 2000	26
j. Juridisering van gezinsverhoudingen	26
j.1. Negentiende eeuw	26
j.2. Rond 2000	27
3. De grote lijnen van deze ontwikkeling in het algemeen	29
a. ‘Moderne’ ontwikkeling tot de negentiende eeuw	29
a.1. Het domein van de economie	29
a.2. De goederen ‘buiten de handel’: publiek domein, staat, kerk en burgerlijke maatschappij	30
b. De ontwikkelingen in de twintigste eeuw	34
b.1. De eerste fase van de welvaartsstaat	35
b.2. De welvaartsstaat in de kering van het millennium en de atomisering van de gemeenschap	37
4. Uitleiding: waarheen met de rol van het recht in sociale verhoudingen?	43

1. Inleiding

In deze bijdrage wil ik de context schetsen waarbinnen de ideologie van de horizontale werking van het gelijkheidsbeginsel - d.i. de toepassing ervan in verhoudingen tussen burgers onderling en niet enkel in verhoudingen met de overheid - is ontstaan en gegroeid. Het is een context waarin de burgerlijke maatschappij, als het domein van de sociale verhoudingen dat in de klassiek-moderne staats- en rechtsopvatting een belangrijke eigen rol te spelen heeft naast de markt en de overheid, enerzijds meer en meer is overgeleverd aan de economische logica van de markt en anderzijds meer en meer gekoloniseerd wordt door het recht, gezien als een instrument van de overheid en gehanteerd vanuit een geloof in de maakbaarheid van mens en samenleving. De antidiscriminatiewet is het culminatiepunt van deze kolonisering van de sociale verhoudingen en is kenmerkend voor een nieuwe fase in deze ontwikkeling.

De uiteenzetting probeert niet zozeer een beschrijving te geven van het positieve recht, noch een persoonlijke normatieve afweging ervan op een bepaald domein, maar wil veeleer doen begrijpen door welke juridische en maatschappelijke ontwikkelingen we terechtgekomen zijn in het vandaag dominante betoog over de rol van het recht en over klassieke spanningen zoals tussen vrijheid en gelijkheid daarin. Dat verhindert me niet om naar het einde van deze bijdrage toe het dominante discours ook in vraag te stellen.

De uiteenzetting vertrekt van een beschrijving van de voortschrijdende juridisering van een reeks maatschappelijke verhoudingen. In de voorbije honderd jaar hebben er immers een aantal zeer belangrijke maatschappelijke verschuivingen plaatsgevonden, die ook hun uitdrukking vinden in het recht, meer bepaald in de rol van het recht, in de methoden die het recht gebruikt, in de wijze van totstandkoming en evolutie van het recht, in de rol van

sommige basisbeginselen van het recht, enz. Deze verschuivingen kunnen ten dele worden begrepen onder de noemer ‘juridisering’ of ‘verrechterlijking’. Het is niet gemakkelijk om deze ontwikkeling te definiëren of samenvattend te schetsen. Zij gaat immers gepaard met een aantal paradoxen, een aantal schijnbaar tegenstrijdige ontwikkelingen.

Zoals alle ontwikkelingen heeft ook deze ontwikkeling zon- en schaduwzijden. Een negatief gevolg van de juridisering is dat die het recht vandaag in een problematische positie heeft gebracht (er wordt veel meer van het recht verwacht dan het recht aankan en allicht verwacht men er dan nog vooral de verkeerde dingen van).

Ik overloop in deze bijdrage een reeks levensterreinen of menselijke activiteiten en poog daarbij telkens de karakteristieke ontwikkelingen aan te geven en vervolgens probeer ik te vatten wat die op het eerste gezicht erg uiteenlopende ontwikkelingen inhouden.

Deze bijdrage gaat niet zozeer over de vraag of er meer regels zijn dan vroeger, dan wel over de aard van die regels en de vraag door wie ze worden ingevuld. Daarom besteed ik nauwelijks aandacht aan het verschijnsel juridisering in een ruimere zin, namelijk de toenemende reglementering van allerlei activiteiten op gronden van bijvoorbeeld veiligheid en milieu, tenzij daarmee domeinen gereguleerd worden die het vroeger niet waren. Zoniet gaat het veel minder om juridisering van maatschappelijke verhoudingen in de hier gebruikte engere zin. Op bepaalde domeinen, met name het ‘publieke’ domein is dergelijke ‘politierglementering’ geen nieuw, maar een eeuwenoud verschijnsel, eigenlijk zo oud als het recht zelf. Dat komt dan ook veeleer onrechtstreeks ter sprake. De nadruk wordt gelegd op het proces waarbij subjectieve rechten worden geschapen of het recht gebruikt wordt als instrument van sociale verandering, niet op de nieuwe vormen van de aloude regels die strekken tot de bescherming van aloude waarden of rechten zoals leven, lichamelijke integriteit en gezondheid en eigendom. ‘Juridisering’ is voor dit proces maar een zeer gebrekkige term, die ik dan ook slechts bij gebrek aan beter gebruik (met een knipoog zou ik ook over anders-juridisering kunnen spreken).

2. Een schematisch overzicht van de juridisering op een aantal levensterreinen

In deze bijdrage is het niet de bedoeling om exhaustief de juridisering van bepaalde sociale verhoudingen in detail uit te werken, maar eerder om de grote lijnen duidelijk te maken op elk van de besproken domeinen, met het oog op een algemene synthese in het tweede deel. Om de verschuiving die heeft plaatsgevonden beter te laten uitkomen, wil ik stelselmatig het contrast aangeven - voor zover het er is - tussen de toestand ergens midden in de negentiende eeuw en die bij het einde van de twintigste en begin van de eenentwintigste eeuw (hierna verkort aangeduid als ‘rond het jaar 2000’).

a. Juridisering van het onderwijs en de school

a.1. Negentiende eeuw

Het essentiële uitgangspunt bij de juridische kijk op het onderwijs in de negentiende eeuw is de ‘vrijheid van onderwijs’ als één van de grote vrijheden van de klassiek-liberale grondwet.

Zoals andere grote vrijheden was die een vrijheid aan beide zijden; ze gold zowel voor de inrichter als voor de onderwijsganger (of diens ouders). De inrichter had zowel de vrijheid om scholen in te richten en om te bepalen wat daarin gedaan werd, als om te bepalen wie er binnen mocht en wie niet, dat alles natuurlijk voor zover men ook leerlingen kon werven. De leerling (of zijn ouders) had de vrijheid om naar de school van zijn keuze te gaan (of zijn kinderen erheen te sturen) - voor zover hij door de school werd aanvaard. Zoals de scholen geen aanspraak hadden op leerlingen, hadden de leerlingen ook geen recht om naar een bepaalde school te gaan. Voor zover de vrije scholen niet door de overheid werden gesubsidieerd - en dat was in grote mate inderdaad niet het geval -² was de praktische mogelijkheid om scholen in te richten beperkt tot groepen die ofwel over veel geld beschikten (zelf of door giften), ofwel over een groot kapitaal aan vrijwilligers, zoals de kerk.

De ‘politie- en tuchtbevoegdheid’ van de school of universiteit werd bovendien gezien als een discretionaire bevoegdheid, waartegen geen rechtsmiddelen openstonden.³ Daardoor was de feitelijke zeggenschap van de ‘inrichtende machten’ - en de feitelijke ondergeschiktheid van de leerlingen of hun ouders (de dienstontvangers) - zeer groot. De school kon van leraars en leerlingen een grote ‘loyaliteit’⁴ eisen. Het onderwijs kon dan ook ‘paternalistisch’ worden genoemd. Het gebrek aan overheidsfinanciering bracht ook een ongelijkheid van kansen op (degelijk) onderwijs voor zwakkere sociale groepen met zich mee.

a.2. Rond 2000

Rond het jaar 2000 is het onderwijs zeer sterk afhankelijk geworden van overheidssubsidiëring (met middelen verkregen door algemene belastingen). Door enerzijds met overheidsgeld eigen scholen in te richten en anderzijds voorwaarden te stellen aan de subsidiëring van vrije scholen heeft de overheid een grote macht gekregen over het onderwijs. Om subsidies te krijgen moeten de scholen aan steeds strenger wordende normen voldoen. Het wordt onmogelijk om nog met vrijwilligers en eigen inkomsten een school recht te houden. Onder financiële druk slikken de vrije scholen de steeds toenemende reglementering, ontstaat er schaalvergroting (die financieel wordt aangemoedigd) en dreigen de scholen door hun grootte een stuk anoniemer te worden. De loyaliteit komt onder druk te staan en de

² Met name voor het middelbaar en hoger onderwijs. Aangenomen lagere scholen werden wel reeds gesubsidieerd.

³ Zo bijvoorbeeld uitdrukkelijk Brussel 1 april 1863, *rector De Ram e.a. t. Peemans, Pasicrisie* 1863, II, 241 (demonstratieverbod door de Universiteit van Leuven), besproken door R. VERSTEGEN, Rechtsbescherming in onderwijsverband, *Rechtskundig Weekblad* 1988-89, 1209. Het Hof oordeelde dat de universiteit zelfs niet juridisch gebonden was aan zijn eigen interne reglementen en geen motivering verschuldigd was voor de uitsluiting van een student.

⁴ Aangezien het begrip ‘loyaliteit’ meermaals voorkomt in deze bijdrage, probeer ik het van bij het begin te omschrijven, namelijk als de ingesteldheid waarbij men in intermenselijke verhoudingen zijn houding niet zozeer laat bepalen door de subjectieve (al dan niet op rationele overtuiging gegronde) overtuiging van het moment, maar van de menselijke verbanden waarin men zich reeds bevindt, ongeacht of die aanvankelijk vrijwillig gekozen zijn of niet. Op rationaliteit gegronde subjectieve overtuigingen omvatten daarbij bijvoorbeeld ook overtuigingen gegrond op economisch eigenbelang zowel als overtuigingen gegrond op onpartijdigheid, beginselen van gelijke behandeling e.d. Men zou kunnen zeggen dat loyaliteit een extra intertemporele dimensie toevoegt. Maar daarnaast legt loyaliteit ook meer de nadruk op het concrete en minder op het abstracte.

verhouding tussen de school enerzijds en de leraars of leerlingen anderzijds verzakelijkt. De school wordt een dienstverlener die tegenover de ontvanger als consument komt te staan.

Dit alles, tezamen met het feit dat een diploma voor steeds meer functies en beroepen wordt vereist, leidt ook op andere vlakken tot een juridisering. Het diploma wordt een 'recht' dat men van de school kan afdwingen indien men aan bepaalde voorwaarden voldoet; vanaf het midden van de jaren '80⁵ acht de rechter zich bevoegd om beslissingen van scholen inzake examens te controleren, om na te gaan of bepaalde procedureregels of procedurele waarborgen (bijvoorbeeld het recht om gehoord te worden) en de verplichting tot beoordeling aan de hand van objectieve maatstaven, worden nageleefd. De student of leerling krijgt daardoor een 'subjectief recht' op een objectieve beoordeling van zijn prestaties met respect voor procedurele waarborgen. Daardoor raken, omgekeerd, de beoordelingsmaatstaven ook beperkt tot maatstaven die achteraf verifieerbaar zijn - wat wellicht vanuit pedagogisch oogpunt niet altijd ook de beste maatstaven zijn.

De juridisering of uitbouw van rechtsbescherming slaat niet enkel op examenbeslissingen, maar leidt tot controle van tucht- en andere straffen, tot het opleggen van procedures bij allerlei beslissingen (proceduralisering van beslissingen), tot het instellen van beroepsorganen (zowel interne organen als uiteindelijk rechtsmiddelen bij de overheidsrechter) die nagaan of de eigen reglementen nageleefd worden, enz. De verhouding tussen een school en de leerlingen en hun ouders evolueerde van een paternalistische 'verticale' en niet gejuridiseerde verhouding naar een 'horizontale' contractuele, dus gejuridiseerde, verhouding, waarvan de inhoud (rechten en plichten) bovendien meer en meer 'dwingend' door de overheid (en niet vrij door de contractspartijen) wordt bepaald.⁶ De verhouding wordt gezien als een rechtsverhouding met in beginsel wederzijdse rechten en plichten (zij het vooral plichten van de school). De jongste jaren wordt er gewerkt aan een - door de overheid vastgelegd - juridisch 'statuut' van de leerling.⁷ Een zekere inspraak van de studenten en leerlingen wordt wettelijk opgelegd.

De overheid gaat zich ook meer en meer bemoeien met de inhoud van de leerprogramma's. Een belangrijke stap daarin zijn de decreten over de eindtermen.⁸ Die eindtermen zijn niet ideologisch neutraal.⁹ De overheid bepaalt immers niet alleen welke kennis moet worden overgedragen, maar ook - en veeleer - wat het resultaat moet zijn van het onderwijs, welk soort burger, welk soort 'product' moet worden afgeleverd. Zo bepalen de vakoverschrijdende

⁵ Bijvoorbeeld Raad van State 18 juni 1985, nr. 25.491 in de zaak *Raman*. Dat het een bevoegdheid is van de Raad van State, ook ten aanzien van beslissingen van private scholen, werd onlangs bevestigd door Cass. 6 september 2002, *Leman t. K.U. Leuven*, *Nieuw Juridisch Weekblad* 2002-2003, 132.

⁶ De mogelijkheid om deze verhouding te reglementeren bestond ten aanzien van officiële scholen al eerder dan ten aanzien van het vrij onderwijs, maar net zoals in de andere instellingen van de overheid zelf (verderop besproken) was deze juridisering aanvankelijk beperkt.

⁷ Zie over deze ontwikkelingen onder meer: J. DE GROOF en P. MAHIEU, *De school komt tot haar recht. De uitoefening van rechten in het onderwijs*, Leuven-Apeldoorn, 1993; R. VERSTEGEN, *Loopt het verkeerd? Beschouwingen bij het binnendringen van het recht in de pedagogische relatie*, *Nova et vetera* 1996-1997, 11.

⁸ Decreet van 22 februari 1995 tot bekrachtiging van de ontwikkelingsdoelen en de eindtermen van het gewoon, kleuter- en lager onderwijs; wijzigingsdecreet van 24 juli 1996; Decreet basisonderwijs van 25 februari 1997 met normen voor het bestuur, structuur van de lessen, didactisch materieel en leerplannen. Zie verder <http://www.ond.vlaanderen.be/dvo/>

⁹ Een eerdere versie was dat nog minder en werd door het Arbitragehof strijdig bevonden met de grondwettelijke vrijheid van onderwijs wegens te grote overheidsbemoeienis. Zie de bespreking van het arrest Arbitragehof 18 december 1996 inzake Steinerscholen (*Belgisch Staatsblad* 31 januari 1997) door R. VERSTEGEN, *Eindtermen getoetst aan de Grondwet*, *Tijdschrift voor onderwijsrecht en -beleid* 1996-97, 223 e.v.

eindtermen voor de derde graad van het secundair onderwijs dat dit dient te streven naar de aflevering van een ‘product’ dat aan de volgende kenmerken voldoet:

- ‘- De leerlingen aanvaarden beslissingen die volgens parlementaire procedures zijn genomen;*
- De leerlingen brengen waardering op voor de functie en de taken van leden van raden (zoals gemeente- en provincieraden) en parlementen.*
- De leerlingen zijn gevoelig voor het belang van persoonlijke inzet voor de verbetering van het welzijn en de welvaart in de wereld.*
- De leerlingen zijn bereid de milieureglementering toe te passen.*
- De leerlingen zijn bereid actief deel te nemen aan het maatschappelijk debat over natuur- en milieubeleid.*
- De leerlingen zijn bereid ethische normen te hanteren ten opzichte van scenario’s van bijvoorbeeld economische groei, welvaartsontwikkeling, demografische evolutie en biotechnologische ontwikkeling op mondiaal vlak.*
- De leerlingen ontdekken de voor- en nadelen van verschillende relatievormen in verschillende contexten en maken op basis daarvan keuzes.’*

De ‘uitgangspunten voor de eindtermen’ bevatten nog veel duidelijker ideologisch gekleurde bepalingen:

‘Tenslotte evolueert de Vlaamse samenleving onomkeerbaar naar een multiculturele samenleving. Kinderen, jongeren en volwassenen zullen, vanuit een houding van wederzijds respect, vaardig moeten worden om de uitdagingen die het multicultureel samenleven meebrengt, aan te kunnen en positief aan te wenden.’

Onder de ‘funderende doelstellingen’ vindt men verder ook dat het onderwijs moet streven naar de aflevering van een ‘product’ met de volgende kenmerken:

- ‘- De democratische basiswaarden aanvoelen en ze in de praktijk onderkennen en beleven;*
- op basis van de beginselen van de burgerlijke, politieke, sociale, economische en culturele rechten van de mens maatschappelijk engagement opnemen en zich persoonlijk inzetten;*
- op basis van verworven inzichten en informatie een kritische houding aannemen ten overstaan van eigen en andermans mening en ten overstaan van informatie van meer algemene aard;*
- bereid zijn respect op te brengen voor instellingen en procedures die wezenlijk zijn voor de democratie, gekoppeld aan een kritische houding ten aanzien van beleid en beleidsresultaten;*
- bereid zijn respect op te brengen voor de opinies, argumenten en de waardigheid van anderen in de multiculturele samenleving en in het pluralistisch debat.’*

Uit deze voorbeelden blijkt dat de overheid onder het mom van feitelijke vaststellingen (multiculturalisme) of termen die veel minder vaag zijn dan ze lijken (multiculturalisme,

sociale en culturele grondrechten), toch een welbepaalde ideologie oplegt aan het hele onderwijs,¹⁰ waarbij al wie die waarden of opvattingen niet deelt uit het debat wordt uitgesloten. Het lijkt paradoxaal dat enerzijds de leerling als individu, met zijn eigenheid, veel centraler wordt geplaatst en anderzijds toch sterk de nadruk wordt gelegd op de maakbaarheid van de mens, de kneedbaarheid naar universeel geachte (maar meestal inhoudsloze, louter formele) waarden. Het is maar een paradox: individualisering maakt de mens immers los uit concrete maatschappelijke verbanden en vermindert daardoor de weerbaarheid tegenover dergelijk overheidsingrijpen.

De voorbije jaren is de vrijheid van onderwijs verder aan banden gelegd door het opleggen van het non-discriminatiebeginsel in de horizontale verhouding tussen de school en de leerlingen c.q. hun ouders.¹¹ De vrijheid van de school om leerlingen te weigeren en haar eigen identiteit te bewaren moet wijken voor het ‘recht’ van elke ouder een school te kiezen. Volgens art. 31 van het Decreet basisonderwijs van 25 februari 1997 had een school nog het recht om te weigeren op voorwaarde dat men de weigering schriftelijk motiveert binnen de vier dagen. Die schriftelijke motivering werd dan toch nog door de rechter gecontroleerd. Krachtens het nieuwe Decreet van 28 juni 2002 betreffende gelijke onderwijskansen (I) daarentegen heeft *‘elke leerling vanaf het schooljaar 2003-2004 een recht op inschrijving in de school, gekozen door zijn ouders. Is de leerling 12 jaar of ouder, dan gebeurt de schoolkeuze in samenspraak met de leerling’* (art. III.1 § 1). § 2 voegt er weliswaar aan toe: *‘Voorafgaand aan een eerste inschrijving stelt de inrichtende macht de ouders en de leerling in kennis van het pedagogisch project en het schoolreglement van de school. Het pedagogisch project en het schoolreglement eerbiedigen de internationaalrechtelijke en grondwettelijke beginselen inzake de rechten van de mens en van het kind in het bijzonder. De inschrijving wordt genomen na instemming van de ouders met dit project en dit reglement.’* Doch, zoals de toelichting bij het decreetontwerp het stelde: *‘De inrichtende macht kan echter zelf niet de inschatting maken of een leerling al dan niet aan het project en het reglement zal kunnen voldoen.’*

Het ‘recht op onderwijs’ dat intussen in art. 24 van de Grondwet is ingeschreven wordt door sommigen - waaronder de huidige meerderheidspartijen - dus niet alleen meer begrepen als een recht op toegang tot een school van een bepaalde levensbeschouwing (met een verplichting voor de overheid om een aanbod te voorzien),¹² maar als een recht op toegang tot elke bestaande school. Dit is natuurlijk een zeer eenzijdige interpretatie,¹³ aangezien dat recht moet worden afgewogen tegenover de vrijheid van onderwijs van de inrichters en soortgelijke vrijheden.¹⁴ Ook ziet men al te weinig in dat een dergelijke beperking van de vrijheid van de scholen op termijn aan de ouders ook de vrijheid ontnemt om een school van een welbepaalde strekking te kiezen en hen bij gebrek aan andere scholen verplicht genoeg te nemen met scholen die enkel nog de gelijkwaardigheid van alle levensbeschouwingen tot

¹⁰ Waarden die vroeger vanzelfsprekend zouden geweest zijn, zoals bijvoorbeeld vaderlandsliefde of respect voor vorst, volk en vaderland, zijn nu min of meer vervangen door hun tegenpool.

¹¹ Zie over deze problematiek o.a. R. VERSTEGEN (ed.), *De non-discriminatieverklaring in het onderwijs. Moeilijkheden en mogelijkheden*, Antwerpen 1998.

¹² In die zin is het recht uitdrukkelijk in de Grondwet zelf uitgewerkt.

¹³ Zie hierbij R. VERSTEGEN, Toegang tot het onderwijs en tot de school weigern, in VERSTEGEN, *De non-discriminatieverklaring*, 93 e.v.

¹⁴ Het Arbitragehof heeft die eenzijdige interpretatie dan ook afgewezen, onder meer in arrest nr. 110/98 van 4 november 1998.

ideologie hebben verheven.¹⁵ Een dergelijke ontwikkeling van het onderwijsrecht breekt de mogelijkheid om levensbeschouwing te laten doorwegen (bij aanwerving en ontslag van leraars of leerlingen, zowel als in de leerinhoud) en leidt tot een afbouw van loyaliteit als waarde of maatstaf. Totnogtoe is de politiek hierbij toch wel enigszins in toom gehouden door de toetsing van wetgeving aan de grondwettelijke vrijheid van onderwijs door het Arbitragehof, dat daarbij reeds enkele malen aan deze noodrem heeft getrokken. Ik ben benieuwd of dit na het jongste decreet opnieuw zal gebeuren.

b. Juridisering van de gezondheidszorg

b.1. Negentiende eeuw

De basiskenmerken van de organisatie van de gezondheidszorg in de negentiende eeuw vertonen veel gelijkenissen met die van het onderwijs, zij het dat de vrijheid om gezondheidszorg in te richten niet grondwettelijk was verankerd zoals bij onderwijs.

Er waren vanzelfsprekend een aantal wettelijke regels, die betrekking hadden op toegelaten en verboden handelingen in de ‘uitoefening van de geneeskunst’. Het ging wel om rechtsregels ter bescherming van de persoon, die voornamelijk in de strafwetten te vinden zijn (bescherming van leven en lichamelijke integriteit). Dat betekent dat de verhouding arts-patiënt ook in de negentiende eeuw minstens in die zin reeds een rechtsverhouding was, dat men juridisch aansprakelijk was voor fouten die aan de patiënt schade berokkenden. Daarbij wil ik er nu reeds de nadruk op leggen dat de normen waardoor het medisch handelen werd beperkt voornamelijk objectieve normen waren (therapeutisch nut) en niet op de eerste plaats een zuiver subjectieve norm zoals de toestemming van de patiënt.

Er heerste in beginsel een grote vrijheid betreffende de inrichting van de gezondheidszorg, zowel aan de zijde van de ‘inrichtende macht’ als aan de zijde van de zorgbehoevenden, die de vrije keuze hadden tussen de verschillende dienstverleners (geen toewijzing aan een bepaalde huisarts of een bepaald ziekenhuis). Zoals in het onderwijs was er zeer weinig overheidsfinanciering, zodat de gezondheidszorg op de eerste plaats een zaak was van familiale solidariteit en daarnaast afhankelijk was van de mate waarin men over geld of over een kapitaal aan vrijwilligers beschikte (de grote rol opnieuw van religieuze organisaties). Onderlinge verzekeringsverenigingen in de vorm van ziekenkassen werden op vrijwillige basis ingericht.

Ook hier hadden de ‘inrichtende machten’ een grote feitelijke zeggenschap en ging daarmee een zeker paternalisme gepaard. Van een ‘recht’ op gezondheidszorg was nauwelijks sprake, de gelijkheid van kansen bleef dus erg beperkt. In een klein aantal gevallen was er wel een plicht om zich te laten verzorgen of opnemen, dit omwille van de openbare gezondheid en veiligheid (in hoofdzaak voor besmettelijke ziekten en bij krankzinnigheid).

¹⁵ Voor een verdere uitwerking hoe in het algemeen tolerantie kan verkeren in anti-tolerantie, zie mijn bijdrage Tolerantie, in L. SIMONS (ed.), in *Vlaamse Beweging, welke toekomst?*, Leuven, 2002, ook te vinden op <http://www.storme.be/tolerantie.html>.

b.2. Rond 2000

Rond het jaar 2000 vinden we in art. 23, 3, 2° van de Grondwet geschreven dat eenieder ‘recht’ heeft op ‘bescherming van de gezondheid en geneeskundige bijstand’. Dit grondrecht - dat als een aanspraak tegen de overheid geconcipieerd is - neemt op de eerste plaats de vorm aan van een recht op terugbetaling van medische kosten door de ziekteverzekering.¹⁶ De oorspronkelijk vrijwillige ziekteverzekering is verplicht geworden; de overheid heeft dus een verplichte solidariteit op het niveau van de hele bevolking georganiseerd (Wet van 9 augustus 1963 op de verplichte ziekteverzekering). De verplichte bijdragen zijn niet afhankelijk van ieders verbruik (gezonde mensen betalen niet minder, al zijn ze een kleiner ‘verzekeringsrisico’), maar wel van het inkomen (dus een transfer van gezonden naar zieken is er één van rijk naar arm).

Hierdoor is ook de gezondheidssector zeer sterk afhankelijk geworden van overheidsfinanciering. Alleen al door de voorwaarden voor terugbetaling van medische kosten te reglementeren heeft de overheid een grote macht gekregen in de gezondheidssector, al moet daaraan worden toegevoegd dat die macht voor een groot deel is uitbesteed aan de economische belangengroepen van de sector zelf (artsen, ziekenhuizen, ziekenfondsen). Er is, hoofdzakelijk via de reglementering van de terugbetaling door ziekteverzekering, een zeer uitvoerige indirecte reglementering van de uitoefening van verzorgingsactiviteiten ontstaan (namelijk als voorwaarde voor terugbetaling van kosten of voor subsidiëring van activiteiten zoals de inrichting van ziekenhuizen). Daarnaast of later is de overheid ook meer en meer de vestiging en de uitoefening van verzorgingsactiviteiten rechtstreeks gaan reglementeren (bijvoorbeeld K.B. nr. 78 op de uitoefening van de geneeskunde en K.B. 25 november 1991 op de beroepstitels). Onder financiële druk treedt er schaalvergroting op (bijvoorbeeld fusies van ziekenhuizen), waarmee ook de anonimiteit van de verzorging toeneemt. De gezondheidssector is in zekere mate een commerciële sector geworden (bijvoorbeeld bedrijfsmatig uitbaten van rusthuizen), waar een marktdenken de boventoon gaat voeren en persoonswaarden in de verdrukking kunnen komen. De kwaliteit van de verzorging kan daardoor onder druk komen te staan.

Het risico van verregaand economisch denken bestaat niet alleen aan de zijde van private zorgverstrekkers. Ook aan de zijde van de overheidsfinanciering is er een tendens naar *managed care*, d.w.z. dat de overheid met het oog op een efficiënt gebruik van overheidsgeld gaat bepalen wie er bij voorrang recht heeft op duurdere medische prestaties.¹⁷ Het risico ontstaat dat personen waarvan de verzorging maatschappelijk minder interessant wordt geacht, bijvoorbeeld wegens hoge leeftijd of geringe genezingskansen, in de steek worden gelaten, tenzij ze kapitaalkrachtig genoeg zijn om elders die verzorging te gaan kopen.

Door de economisering en schaalvergroting is ook de interne verhouding tussen zorgverlener en ontvanger gewijzigd. Die is minder persoonlijk en meer zakelijk geworden. De patiënt is een consument geworden, die niet alleen aanspraak maakt op terugbetaling van medische kosten door de overheid, maar ook aanspraken formuleert tegenover de zorgverleners zelf. Het gaat daarbij vooral om aanspraken op schadevergoeding wegens al dan niet beweerde beroepsfouten van de zorgverlener. Handelingen en beslissingen van zorgverleners worden in

¹⁶ In tegenstelling tot sommige andere landen blijft daarbij in België de vrije keuze van de dienstverlener door de dienstontvanger (patiënt) zeer groot.

¹⁷ Deze tendens is vooralsnog in België minder aanwezig dan in een aantal buurlanden, bijvoorbeeld Nederland.

toenemende mate aangevochten voor de rechter. Op sommige vlakken kan dit leiden tot een verbetering van de dienstverlening. Maar dit kan ook tot gevolg hebben dat men zich vooral inspant om zo te handelen, dat men zijn handelen achteraf kan verantwoorden voor de rechter. Het is voor het rechtsstelsel helemaal niet vanzelfsprekend om achteraf te beoordelen welk handelen medisch gezien het correcte was. De handelwijze die juridisch het minst risico op aansprakelijkheid inhoudt is niet noodzakelijk vanuit medisch oogpunt gezien de beste. De energie die wordt gestoken in het bijhouden van dossiers die achteraf bewijs kunnen vormen, kan een verbetering van de gezondheidszorg meebrengen, maar gegarandeerd is dit zeker niet.

Ook los van de medische aansprakelijkheid voor beroepsfouten wordt de verhouding tussen patiënt en zorgverlener sterk gejuridiseerd. Dit gebeurde recent onder meer door de Wet van 22 augustus 2002 betreffende de rechten van de patiënt. Het is een horizontale contractuele verhouding geworden, met wederzijdse rechten en plichten van allerlei aard, die grotendeels niet vrijwillig zijn overeengekomen, maar door de wetgever dwingend zijn opgelegd. Daarbij moet worden opgemerkt dat er wel een belangrijke verschuiving is van een objectief bepaalde naar een subjectief bepaalde taak van de arts. In de negentiende eeuw was zijn opdracht, voor zover ze in het oog van het recht kwam, vooral een maatschappelijke functie: de openbare gezondheid verzekeren. Vandaag is de opdracht individualistisch. Niet meer de openbare gezondheid, noch de therapeutische noodzaak, maar de subjectieve wensen en zelfbeschikkingen van de patiënt staan op de voorgrond. Waar de toestemming van de patiënt vroeger noch een noodzakelijke, noch een voldoende voorwaarde was voor medisch ingrijpen, is zij nu in bijna alle gevallen een noodzakelijke én voldoende voorwaarde (zie in dit verband art. 8 van de Wet van 22 augustus 2002 op de rechten van de patiënt betreffende diens toestemming); de euthanasiewet is een verdere stap in die richting. Daarbij komt nog dat er meer en meer enkel nog over de rechten en toestemming van de patiënt wordt gesproken en de toestemming van de dienstverlener blijkbaar irrelevant wordt...

Er is eveneens een toenemende proceduralisering en een toenemende reglementering van de inspraak van verschillende soorten betrokkenen in de beslissingsorganen van zorgverlenende instellingen.

Bij dit alles moet wel worden opgemerkt dat in de sector van de gezondheidszorg de regelgeving gedurende lange tijd (en gedeeltelijk tot op vandaag) is uitbesteed aan de belangengroepen van de sector zelf (voornamelijk de artsen en ziekenfondsen). De meeste reglementering is er gekomen op verzoek van de betrokken sector zelf,¹⁸ die daardoor zijn economisch gewicht sterk heeft zien groeien met overheidsgeld. Alles bij elkaar is de gezondheidszorg nog steeds grotendeels een zaak van goed georganiseerde belangengroepen, maar dan wel veeleer georganiseerd vanuit economische dan andere belangen.

Door de bepaling van nadere voorwaarden voor de terugbetaling is de vrijheid van de patiënt om zijn zorgverleners te kiezen gedeeltelijk beperkt geworden (denk bijvoorbeeld aan de discussie over de echelonering van de gezondheidszorg, naast andere reeds bestaande terugbetalingsverschillen), ondanks de herbevestiging van het 'recht op vrije keuze van de beroepsbeoefenaar' in art. 6 van de Wet van 22 augustus 2002. Nog duidelijker is dit het geval aan de zijde van de zorgverleners. Niet alleen wordt aan eenieder een 'recht op bescherming van de gezondheid en geneeskundige bijstand' als recht tegenover de staat toegekend, men gaat dit ook meer en meer zien als een recht dat men heeft ten aanzien van gelijk welke dienstverlener om niet te worden gediscrimineerd bij de dienstverlening. Dit laatste werd overigens stoemelings ingelast in art. 5 van de Wet van 22 augustus 2002. Ook in

¹⁸ Bijvoorbeeld de wet op de orde van geneesheren, de orgaantransplantatiewet, de numerus clausus voor artsenstudies, enz.

de gezondheidssector wordt aldus de mogelijkheid om levensbeschouwing te laten meespelen afgebroken en worden zorgverstrekkers stilaan verplicht op verzoek van de ‘zorgconsument’ ook zorgen te verstrekken waartegenover zij ethische bezwaren hebben (bijvoorbeeld abortus, euthanasie)¹⁹; waarden als loyaliteit of identiteit van de instelling worden stilaan uit deze maatschappelijke sector gebannen.²⁰

c. Juridisering van de armenzorg of het maatschappelijk welzijn

c.1. Negentiende eeuw

Ook op dit gebied is de negentiende eeuw gekenmerkt door enerzijds de vrij beperkte omvang van de overheidstussenkomst en anderzijds het min of meer discretionaire karakter daarvan.

De lokale overheid deed aan lokale armenzorg, grotendeels met de inkomsten van goederen van kerkelijke oorsprong die na de Franse Revolutie onteigend waren en als opvolger van de lokale instellingen uit het Ancien Régime zoals de armentafels (armendis). Armenzorg bleef evenwel voor het grootste deel een zaak van:

1° familiale solidariteit: deze was juridisch ondersteund door wettelijke onderhoudsverplichtingen tussen familieleden²¹ en feitelijk door het nauwer samenhangen en veel minder uiteenvallen van families en gezinnen,

2° vrij initiatief door particulieren, verenigingen, religieuze instellingen, enz. Particulieren en religieuze instellingen die zich met armenzorg inlieten, genoten een grote vrijheid en hadden aan de overheid geen verantwoording af te leggen, ook niet op het vlak van de inrichting van de weldadigheid (godshuizen, weeshuizen, enz.). Zo was ook de armenzorg ‘paternalistisch’ van aard.

De overheid - zoals gezegd in beginsel enkel de lokale overheid - zelf had een grotendeels discretionaire bevoegdheid: er was geen ‘recht’ op onderstand of welzijn. De door de hervorming van 1925 op lokaal vlak ingerichte ‘commissies van openbare onderstand’ beslisten autonoom over het al dan niet toekennen van hulp en hun beslissingen konden niet in rechte worden aangevochten. In de loop der jaren ontstonden er wel enkele beperkte subjectieve rechten, in eerste instantie op hulp in natura, later op geldelijke toelagen (de Wet van 1 december 1928 voorzag bijvoorbeeld een toelage aan ‘gebrekkigen en verminkten’).

¹⁹ Zoals er omgekeerd ook druk kan ontstaan op de betrokkenen zelf om tot abortus of euthanasie over te gaan, vanwege de omgeving of vanwege de artsen die bedreigd worden door de aanvaarding van *wrongful life* vorderingen door de rechters (cf. de debatten rond het arrest-Perruche van het Franse Hof van Cassatie van 17 november 2000, <http://www.courdecassation.fr/agenda/arrets/arrets/99-13701arr.htm>, en de daarop gevolgde wetgevende initiatieven).

²⁰ Symptomatisch is de discussie over de vraag of na de legalisering van euthanasie ziekenhuizen nog kunnen weigeren om euthanasie in hun instelling toe te laten.

²¹ Art. 205 *Code civil* voor de verplichtingen jegens behoeftige ouders en andere ascendenten, art. 206 jegens schoonouders, 207 van ascendenten jegens nakomelingen en schoonkinderen.

c.2. Rond 2000

Rond het jaar 2000 is de armenzorg, bijstand of ‘maatschappelijk welzijn’, zelfs naast een sterk uitgebouwde sociale zekerheid (met werkloosheid, invaliditeits- en pensioenregelingen, grotendeels gefinancierd met sociale bijdragen) een zeer omvangrijke tak van het overheidsoptreden, die gefinancierd wordt met middelen uit de algemene belastingen.

In de tweede helft van de twintigste eeuw kwamen in de meeste landen algemene bijstandswetten tot stand, die in beginsel minimuminkomens invoerden voor iedereen, naast andere vormen van hulpverlening.²² De financiering werd grotendeels een zaak van de nationale in plaats van de lokale overheid (bijvoorbeeld de Wet van 2 april 1965 betreffende het ten laste nemen van de steun verleend door de commissies van openbare onderstand) en dit voornamelijk op verzoek van de armere gemeenten of gemeenten met meer armen (op de eerste plaats de steden), die van de centrale overheid een solidariteitsmechanisme eisten en kregen.

De bijstand in de vorm van een gewaarborgd inkomen, of andere vormen van hulp, werd ook een ‘subjectief recht’ van eenieder tegen de overheid. Sinds de omvorming van de (gemeentelijke) commissies van openbare onderstand in (gemeentelijke) openbare centra voor maatschappelijk welzijn (OCMW’s) bepaalt art. 1 van de OCMW-Wet van 1976 dan ook dat ‘*elke persoon recht (heeft) op maatschappelijke dienstverlening*’. Deze heeft tot doel eenieder in de mogelijkheid te stellen een leven te leiden dat beantwoordt aan de menselijke waardigheid. Art. 57 geeft het OCMW de taak aan personen en gezinnen de dienstverlening te verzekeren waartoe de gemeenschap gehouden is. Aangezien de omvang van die rechten nog vaag was, bleef er een vrij grote discretionaire bevoegdheid en kon tegen de beslissingen van het OCMW enkel administratief beroep worden aangetekend en niet bij de rechtbanken. In 1993 wordt dit vervangen door een beroep bij de (arbeids)rechtbanken, waardoor de beslissingen van de OCMW’s door een juridische bril worden bekeken en hun beleidsruimte wordt beperkt.

Tenslotte werd in de Grondwet een ‘recht op’ een menswaardig leven, op behoorlijke huisvesting, op sociale bijstand en op sociale zekerheid ingeschreven in art. 23. Daarmee zijn deze maatschappelijke activiteiten nu ook in sterke mate gejuridiseerd. Maatschappelijk welzijn is daarbij ook in zeer sterke mate ‘gemonetariseerd’: het is vooral een recht op geld geworden. De hulpverlening is anoniem geworden. Ze is geëvolueerd van een weliswaar vaak paternalistische intermenselijke verhouding naar een anonieme juridische en financiële verhouding. Weliswaar wordt deze invalshoek enigszins aangevuld in de recente Wet van 26 mei 2002 betreffende het recht op maatschappelijke integratie, die de Bestaansminimumwet van 1974 vervangt, en waarbij juist terug meer de nadruk wordt gelegd op een geïndividualiseerde projectmatige aanpak, waarbij inschakeling in het arbeidsproces een prioriteit wordt.²³ Anderzijds houdt deze wet juist weer bijkomende subjectieve rechten in,

²² Bijvoorbeeld in Frankrijk het decreet van 29 november 1953, in Nederland de Algemene Bijstandswet van 13 juni 1963, in Groot-Brittannië de *Social Security Act* van 3 augustus 1966, in Duitsland het *Bundessozialhilfegesetz*, in werking getreden op 1 juni 1962; in België de Wet van 1 april 1969 tot instelling van een gewaarborgd inkomen voor bejaarden, de Wet van 20 juli 1971 tot instelling van een gewaarborgde gezinsbijslag; de Wet van 7 augustus 1974 tot instelling van het recht op een bestaansminimum (nu vervangen door de Wet van 26 mei 2002); de Wet van 27 februari 1987 betreffende tegemoetkomingen aan gehandicapten; de Wet van 26 mei 2002 betreffende het recht op maatschappelijke integratie (ook ‘Leefloonwet’ genaamd).

²³ Voor een eerste commentaar bij die wet, zie L. VENY, Het leefloon, *Nieuw Juridisch Weekblad* 2002-2003, 192 e.v.

zoals een *'recht op tewerkstelling'* (art. 8) en een *'recht op een geïndividualiseerd project van maatschappelijke integratie'* (art. 11).

De rol van kleinere maatschappelijke verbanden, van de familie en de vereniging, en zelfs die van de lokale overheid is sterk verminderd. De resterende regels inzake familiale solidariteit worden afgebouwd. Dat geldt bijvoorbeeld voor de onderhoudsplicht van kinderen bij opname van bejaarde ouders in een rusthuis (waar bepaalde gemeentelijke OCMW's reeds afzien van verhaal en er wetsvoorstellen zijn om ook het verhaalsrecht en dus de onderhoudsplicht af te schaffen). De beperking van de onderhoudsplicht van ex-echtgenoten jegens elkaar is in sommige buurlanden doorgevoerd en staat bij ons op de agenda.

d. Juridisering van het overheidsbestuur in het algemeen, de rechtsbedeling inbegrepen

d.1. Negentiende eeuw

Het domein van de overheidsadministratie in het algemeen, op nationaal en lokaal vlak, daarin begrepen ook de rechtsbedeling (de gerechtelijke organisatie gezien als openbare dienst), was ook in de negentiende eeuw natuurlijk geen rechtsvrije ruimte. Twee van de grondbeginselen van de Belgische Grondwet van 1831 waren 1° de regel dat de Koning en de uitvoerende macht enkel die bevoegdheden hebben die hen door de Grondwet of de wet zijn toegekend en 2° dat de rechters de beslissingen van de Koning en de uitvoerende macht buiten toepassing dienden te laten indien ze in strijd waren met de Grondwet of de wetten gemaakt door de wetgevende macht (het Parlement). Dit zijn de twee aspecten van het legaliteitsbeginsel. Een derde opzicht daarvan was dat ook in de negentiende eeuw de ingrepen in de grondwettelijk beschermde fundamentele vrijheden (vrijheid van drukpers, van vereniging, van godsdienst, van onderwijs, e.d.) enkel door de wetgever of krachtens de wet konden geschieden. In die zin was de overheid aan het recht onderworpen en de staat dus reeds (of nog?) een rechtsstaat.

Deze grondbeginselen en de visie op de rol van de overheid brachten mee dat:

- enerzijds de overheid op een hele reeks domeinen van het maatschappelijk leven niet of nauwelijks inhoudelijk tussenkwam, maar enkel de randvoorwaarden bepaalde, de grenzen waarbinnen die menselijke en maatschappelijke activiteiten plaatsvonden; dat gold in beginsel voor het domein van de economie, van de familie, van de godsdienst, van het verenigingsleven, van het onderwijs, enz.

- anderzijds op die domeinen die wel degelijk tot de taak van de overheid werden gerekend, de beleidsruimte waarover deze beschikte veel groter was en het aantal regels waaraan zij gebonden was veel kleiner. Een meer specifiek domein, namelijk dat van de politie van de publieke ruimte en van de veiligheidsorganisatie (leger, politie, gevangeniswezen), wordt zo dadelijk hieronder besproken. De rechtspraak aanvaardde dat de Grondwet aan de overheid een reeks blanco-bevoegdheden had gegeven, die min of meer discretionair konden worden uitgeoefend (behoudens de grenzen gesteld door de grondwettelijke vrijheden). Een voorbeeld is de algemene bevoegdheid om het statuut van de personen in overheidsdienst te regelen en individuele personeelsbeslissingen te nemen (ook in de rechterlijke orde, d.i. rechtbanken en openbaar ministerie). Bij dit alles moest de overheid weliswaar de subjectieve rechten eerbiedigen (zie bijvoorbeeld Hof van Cassatie 5 november 1920 inzake Stad Brugge tegen La Flandria, waar de overheid op grond van de aansprakelijkheidsregels van het Burgerlijk Wetboek schadevergoeding moest betalen voor schade veroorzaakt aan privé-eigendom; een

fundamenteel arrest inzake overheidsaansprakelijkheid), maar het aantal door het recht erkende subjectieve rechten was een stuk kleiner.

Een uitzondering betrof de rechtsbedeling, niet wat betreft de beslissingen inzake de administratie ervan, maar wel wat betreft de rechtsprekende functie in enge zin: de rechters waren gehouden de regels van de burgerlijke of strafrechtelijke procedure na te leven, die onder meer regels bevatten over de rechten van de verdediging (het recht om te worden gehoord), de openbaarheid van de rechtspraak, de motiveringsplicht van de rechter e.d.

d.2. Rond 2000

Op het einde van de twintigste eeuw vinden we enerzijds een sterk toegenomen tussenkomst van de overheid op bijna alle domeinen van het maatschappelijke leven (zie voor de economie evenwel de bespreking verderop) en anderzijds een sterk toegenomen juridisering van dat overheidsoptreden. Het gebeurt in veel grotere mate aan de hand van juridische normen of andere juridische instrumenten (en dus minder door middel van de discretionaire beslissing bij uitsteking, het ‘bevel’) en is ook in grotere mate onderworpen aan een controle door de rechter.

Dit laatste kan al dadelijk worden geïllustreerd aan de hand van twee belangrijke ontwikkelingen:

1° Een eerste ontwikkeling bestaat uit de sterk toegenomen mogelijkheden om tegen beslissingen van de overheid beroep aan te tekenen bij een rechter, zij het vaak een rechter in een bijzonder administratief rechtcollege (zoals de Raad van State, opgericht in 1946). De rechter kan niet enkel op een negatieve wijze overheidsbeslissingen buiten toepassing laten (zie hoger art. 159 van de Grondwet), maar ook op positieve wijze een genomen beslissing vernietigen of schorsen of de overheid bevelen bepaalde dingen te doen (sinds de Wet van 31 januari 1980 ook onder verbeurte van een dwangsom, sinds de Wet van 30 juni 1994 ook met een - beperkte - mogelijkheid tot gedwongen tenuitvoerlegging op de goederen van de overheid).

2° Een tweede ontwikkeling bestaat erin dat (rechterlijke) controle op overheidsbeslissingen niet alleen meer inhoudt dat nagegaan wordt of de overheid de geschreven wetten eerbiedigt, maar ook een hele reeks ongeschreven ‘algemene rechtsbeginselen’, die in grote mate eerst door de rechtspraak (en rechtsleer) zelf zijn ontwikkeld. Men spreekt van de ‘algemene beginselen van behoorlijk bestuur’, die vooral sedert 1970 een grote ontwikkeling hebben gekend: het redelijkheidsbeginsel,²⁴ de hoorplicht door de overheid,²⁵ de plicht tot onpartijdigheid,²⁶ het fair play beginsel,²⁷ het beginsel van gelijkheid voor de openbare lasten en gelijke behandeling door de overheid,²⁸ het rechtszekerheidsbeginsel,²⁹ de motiverings-

²⁴ Raad van State 12 december 1969 inzake *Moyson*.

²⁵ Raad van State 5 februari 1970 inzake *Lamalle*.

²⁶ Raad van State 26 juli 1974 inzake *Noe*.

²⁷ Raad van State 4 januari 1954 inzake *Bael*.

²⁸ Raad van State 7 juli 1975 inzake *Gemeente Kinrooi*, zie ook Hof van Cassatie 6 april 1960 inzake schadevergoeding bij ongelijke belasting door openbare werken.

²⁹ Raad van State 20 mei 1975 inzake *Tedesco*.

plicht,³⁰ enz. Het gaat hierbij zowel om beginselen van ‘procedurele’ aard (motiveringsplicht, hoorplicht) als van ‘substantiële’ aard (zorgvuldigheidsplicht, redelijkheidsplicht, gelijkheidsbeginsel). Vaak worden deze ongeschreven beginselen nadien door de wetgever verder geconcretiseerd, bijvoorbeeld in de Wet op de motivering van bestuurshandelingen van 29 juli 1991, de wetten van 11 april 1994 en 12 november 1997 en het Vlaams Decreet van 23 november 1991 betreffende de openbaarheid van bestuur(sdocumenten).

Deze ontwikkeling vinden we niet alleen bij de overheidsadministratie in eigenlijke zin (de federale ministeries en openbare instellingen, die van de gemeenschappen en gewesten, de provincies en gemeenten), maar bijvoorbeeld ook bij de rechterlijke macht (beroep tegen benoemingen van rechters of beslissingen inzake wedde of statuut van rechters).

Zoals op de andere reeds besproken domeinen heeft deze evolutie ook hier geleid naar de invoering of erkenning van steeds meer ‘subjectieve rechten’ tegen de overheid voor elke ‘burger’, onder meer door een steeds ruimere interpretatie van grondrechten. Zo verkrijgt eenieder ‘recht’ op vele vormen van openbare dienstverlening, heeft eenieder volgens art. 23 van de Grondwet ‘recht’ op rechtsbedeling en rechtshulp. De ‘rechtsonderhorige’ verandert terminologisch in een ‘klant’ of ‘rechtzoekende’ (zie bijvoorbeeld het ‘Handvest van de gebruiker van de openbare dienst’ van 4 december 1992³¹ en het ‘Handvest van de sociaal verzekerde’ bij Wet van 11 april 1995, sinds de Wet van 26 mei 2002 ook grotendeels van toepassing op de ‘leefloner’ (wettelijk genoemd ‘rechthebbende op maatschappelijke integratie’), die door die wet een ‘gebruiker’ wordt genoemd).

Dat eenieder bij de toekenning van rechten en bij andere overheidsbeslissingen ‘gelijk’ moet worden behandeld, is geen recent beginsel, we vinden het reeds in de Grondwet van 1831. Wel is de toepassing ervan veel ruimer en ingrijpender dan voorheen. Sinds het Arbitragehof de bevoegdheid kreeg om wetten en decreten van de verschillende parlementen te toetsen aan het grondwettelijk gelijkheidsbeginsel (1989) is het belang van dit beginsel sterk toegenomen. Niet de wetgever, maar de rechter heeft hierover nu het laatste woord (althans de rechter van het Arbitragehof, waarbij natuurlijk wel moet bedacht worden dat deze door het Parlement benoemd worden en voor de helft oud-politici moeten zijn).

Deze ontwikkelingen hebben verder ook geleid naar een gedeeltelijk andere manier van machtsuitoefening door de overheid. De overheid treedt niet enkel meer ‘verticaal’ op door het opleggen van normen, maar ook ‘horizontaal’, door het sluiten van overeenkomsten zoals dit tussen particulieren en private rechtspersonen gebeurt (‘contractualisering’). Het gaat daarbij immers niet alleen om overeenkomsten voor aankopen van goederen en diensten, maar ook in toenemende mate om ‘beleidsovereenkomsten’, overeenkomsten tussen de overheid en een economische of maatschappelijke sector voor de uitvoering van beleidsdoelstellingen, waarbij de contractspartijen heen en weer bepaalde verplichtingen aangaan. Voor de overheid gaat het dan bijvoorbeeld om de verplichting om er zich van te onthouden bepaalde normen op te leggen. Voorbeelden zijn de diverse programma-overeenkomsten (bijvoorbeeld met de oliesector over de prijsvorming voor olieproducten), milieubeleidsovereenkomsten en soortgelijke convenanten (bijvoorbeeld over afvalverwerking). Gedragsnormen (bijvoorbeeld verbodsbepalingen) worden in deze overeenkomsten vaak vervangen door doelstellingen die moeten gehaald worden. Ook in de verhouding tussen de centrale overheid (gewest, federale overheid) en lokale besturen (gemeenten) is de rol van dergelijke overeenkomsten sterk toegenomen. Vaak zijn ze een - financieel - instrument voor onrechtstreekse normering, daar

³⁰ Raad van State 15 november 1976 inzake *Van Meldert*.

³¹ Gepubliceerd in het *Belgisch Staatsblad* van 22 januari 1993.

waar de bevoegdheid tot rechtstreekse normering door de hogere overheid betwistbaar is (cf. hetzelfde verschijnsel hoger ten aanzien van het onderwijs, de gezondheidszorg e.d.).

Een ander element van horizontalisering van het overheidsgezag is de toegenomen rol van allerlei organen die de inspraak van burgers, belangengroepen e.d. moeten organiseren.

e. Juridisering van de openbare ruimte (politie en veiligheidsorganisatie)

e.1. Negentiende eeuw

Waar de Grondwet van 1831 in de burgerlijke maatschappij een aantal vrijheidsruimten inrichtte, zoals de vrijheid van drukpers, van vereniging, van godsdienst, van onderwijs e.d., waarin de overheid slechts kon ingrijpen door middel van wetgeving of krachtens de wet, had de overheid daarnaast in het ‘publieke domein’ in de letterlijke betekenis, d.i. in de openbare ruimte, een vrij discretionaire ‘politiebevoegdheid’, d.i. een bevoegdheid om het gebruik van de publieke ruimte te regelen en er politieel op toe te zien.

Deze bevoegdheid over de publieke ruimte heeft ook een verlengstuk in de bevoegdheid over de meer specifieke veiligheidsorganisatie (interne organisatie van het leger, de politie en het gevangeniswezen). Met ‘veiligheidsorganisatie’ bedoel ik dan zowel de externe veiligheid, met name het leger en de grensbewaking, als de interne veiligheid, die moet worden verzekerd door de politie, het gevangeniswezen e.d. Anders dan sommige van de hoger besproken sectoren gaat het hier wel om een taak die reeds veel langer gezien werd als een kerntaak van de overheid.

Wat de externe veiligheid betreft, was de tijd dat soldaten als het ware private werknemers waren van de vorst (‘huurlingen’) ook in de negentiende eeuw voorbij. De negentiende eeuw was integendeel een eeuw van dienstplicht. De interne veiligheid was op de eerste plaats een verantwoordelijkheid van de gemeenten (gemeentepolitie onder het gezag van de burgemeester). Nochtans mag men ook de rol van de - private - ‘burgerwachten’ (*garde civique*) niet onderschatten.

De veiligheidsorganisatie was gekenmerkt door een zeer grote beleidsvrijheid van de overheid (‘nood breekt wet’) en het sterk verticale karakter van alle betrokken verhoudingen: een sterk hiërarchisch karakter van de interne structuur, een sterke onderworpenheid van de dienstplichtige, de gevangene, de vreemdeling en de zich in het publiek domein begevende burger in het algemeen aan het hoger gezag. De verhoudingen binnen dit activiteitendomein zijn veeleer bevelsverhoudingen dan rechtsverhoudingen. Dat betekent natuurlijk niet dat alles toegestaan was: vrijheidsberoving en huiszoeking bijvoorbeeld waren ook toen aan bijzondere voorwaarden onderworpen. Vreemdelingen mochten in beginsel evenmin vermoord worden als de eigen burgers. Evenwel werden in het algemeen belang maatregelen toegestaan die volgens de hedendaagse normen niet meer door de beugel kunnen (bijvoorbeeld opsluiting van landlopers tot ver in de twintigste eeuw).

Ook wat verder meer bepaald de reglementering van de publieke ruimte betreft, aanvaardde de rechtspraak dat de Grondwet aan de overheid een reeks blanco-bevoegdheden had gegeven, die min of meer discretionair konden worden uitgeoefend (behoudens de grenzen gesteld door de grondwettelijke vrijheden), en met name een algemene politiebevoegdheid op grond waarvan in beginsel discretionair het leven in de openbare ruimte kon worden gereguleerd. Zo oordeelde het Hof van Cassatie reeds op 19 september 1833 dat een

gemeentelijk politiereglement dat danspartijen in publiek toegankelijke ruimten zonder toestemming van de burgemeester verbood, niet in strijd was met de Grondwet.

De grens tussen enerzijds de fundamentele vrijheden en het privaatrecht en anderzijds de politiebevoegdheid van de overheid was in de negentiende eeuw in zeer grote mate een ruimtelijke grens tussen de private ruimte (privé-eigendom van personen of private organisaties) enerzijds en de openbare ruimte (het ‘openbaar domein’) anderzijds.

e.2. Rond 2000

Rond het jaar 2000 zien we opnieuw dat de zopas onder de ‘veiligheidsorganisatie’ genoemde verhoudingen sterk gejuridiseerd zijn; hetzelfde geldt grotendeels voor het optreden van de overheid in de openbare ruimte. Het recht beschermt de ‘onderhorige’ in grote mate tegen willekeur door de overheid, wiens bevoegdheid daardoor niet langer discretionair is, maar aan banden is gelegd (ook buiten de reeds lang beschermde vrijheden en bescherming tegen vrijheidsberoving, huiszoeking, briefgeheim, enz.). Dit is vooral te danken aan een uitbreiding van de erkende grondrechten (Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens) en een extensieve interpretatie van sommige daarvan. Ook wordt het legaliteitsbeginsel toegepast: elk optreden van de overheid moet kunnen worden gegrond op wettelijke bepalingen. Een duidelijk voorbeeld vormen de wetten op het politieambt, die bepalen wat de politie mag doen en wat niet.³²

De ‘onderhorigen’ hebben niet alleen de algemene mogelijkheid om bescherming te vragen tegen willekeur door de overheid, maar ook meer en meer een ‘statuut’ met een reeks bijzondere rechten: zo ontstaat er een statuut met subjectieve rechten van militairen, van gedetineerden, enz. Bij militairen gaat het hier duidelijk om een wederkerige verhouding met rechten en plichten - door de afschaffing van de dienstplicht gaat het enkel nog om mensen die vrijwillig tot het beroep zijn toegetreden - en met een beetje overdrijving zou men kunnen zeggen dat het statuut van gedetineerden ook in die richting gaat. Soortgelijke ontwikkelingen hebben zich voorgedaan in de rechtspositie van vreemdelingen.³³

Wat meer bepaald het leven in de openbare ruimte betreft, moet worden opgemerkt dat de juridisering daarvan niet enkel een grotere rechtsbescherming tegen de overheid meebrengt, maar omgekeerd ook juist een ernstige inperking van de individuele vrijheid. Moet men zich minder dan vroeger gelegen laten aan een discretionaire politiebevoegdheid, dan komt men daarentegen meer dan ooit in botsing met subjectieve rechten die de andere gebruikers van de publieke ruimte tegen hun medeburgers laten gelden, waaronder in het bijzonder aanspraken gebaseerd op intellectuele eigendom (waarmee grote delen van het publieke domein geprivatiseerd en gecommmercialiseerd worden) of op persoonlijkheidsrechten (bijvoorbeeld het recht op afbeelding, met in zijn extreme vorm ook het verbod om zonder zijn toestemming op straat gefotografeerd te worden). Deze paradox, namelijk dat de toename van de subjectieve rechten in de openbare ruimte juist de bewegingsvrijheid beperkt in plaats van ze te vergroten, komt in de tweede helft van deze bijdrage nog verder aan bod.

³² Wetten van 13 mei 1999 en 27 december 2000.

³³ Zie bijvoorbeeld Richtlijn 64/221 EG en de nationale wetgevingen in omzetting daarvan.

f. Juridisering van de werkplaats (arbeidsverhoudingen)

f.1. Negentiende eeuw

Zoals ook het onderwijs, de administratie, de politie van de openbare ruimte, de veiligheidsorganisatie (leger, gevangeniswezen) e.d., was de economie een eigen maatschappelijke ruimte met een relatief beperkte tussenkomst van het recht en een grote vrijheid, de ‘vrijheid van handel en nijverheid’. Nu mogen we wel de vele beperkingen niet onderschatten die aan economische activiteiten ook in de negentiende eeuw werden aangebracht door talloze rechtsnormen, vaak ook politiereglementen, onder meer op grond van de openbare veiligheid en gezondheid en de bescherming van naburige eigendommen tegen bijvoorbeeld pollutie. Ook was het domein van het economische zeker geen ‘rechtsvrije ruimte’, maar het was wel een ruimte waarbinnen de regels voor het overgrote deel niet door de overheid werden bepaald, maar door de partijen werden overeengekomen. In die zin waren economische verhoudingen, waaronder ook arbeidsverhoudingen, ook in de negentiende eeuw principieel wel rechtsverhoudingen, anders dan bijvoorbeeld de verhouding binnen het onderwijs, de armenzorg, het leger, de kerk of een groot deel van het verenigingsleven. Rechten en plichten die aldus waren overeengekomen, konden dus in beginsel voor de rechter worden afgedwongen.

Gezien in het licht van het *Ancien Régime* was de vrijheid van handel en nijverheid een ‘bevrijding’ uit talloze statuten waarbinnen een deel van de economische activiteit was gekantonneerd. Ze vormde de tegenpool van een economisch systeem waarin eenieder onafhankelijk van zijn vrije keuze een plaats krijgt toegewezen (door afkomst of anderszins, zoals in het kastestelsel dat we nog ten dele terugvinden in de drie standen van de laatmiddeleeuwse en vroegmoderne maatschappij).

De vrijheid van handel en nijverheid, ook op de arbeidsmarkt, was in beginsel een vrijheid aan beide zijden, voor werkgevers en werknemers. Ze werd juridisch beschermd, bijvoorbeeld door een arbeidsovereenkomst voor het leven te verbieden (art. 1780 Burgerlijk Wetboek van 1804), maar bijvoorbeeld ook door collectieve actie van arbeiders (stakingen e.d.) te verbieden als strijdig met die individuele vrijheid (‘coalitieverbod’, art. 415 en later 310 Strafwetboek, afgezwakt in 1866 en afgeschaft in 1921). Feitelijk was de macht van de werkgevers om al dan niet aan te werven en te ontslaan en om de inhoud van de arbeidsverhouding te bepalen zeer groot. Er was weliswaar de ‘vrijheid’ om zijn diensten te verkopen of niet, maar er was duidelijk geen ‘recht op arbeid’, noch een uitgebouwd stelsel van werkloosheidsvergoeding. De omvang van de vrijheid was dus duidelijk vooral in het voordeel van diegenen die over productiemiddelen beschikten; onder meer door de bevolkingstoename was er een overvloed aan goedkope arbeidskrachten, wat niet van aard was om de werkgevers te verplichten een redelijk loon te voorzien.

Door gezamenlijke acties van bijvoorbeeld de vakbonden ontstond er in de loop van de twintigste eeuw een stelsel van collectieve arbeidsverhoudingen, dat een zeker machtsevenwicht schiep tussen werkgevers en werknemers. In een eerste fase was dat nauwelijks gejuridiseerd, integendeel, de uitbouw ervan maakte de arbeidsverhoudingen bijna tot een soort rechtsvrije ruimte, waar de overheid zich niet mee te moeien had. ‘Collectieve acties’ zoals stakingen of *lock-out* werden beschouwd als iets dat buiten het recht stond en dus ook niet door de rechter kon worden verboden of gesanctioneerd, daar waar de normale toepassing van het contractenrecht stakers natuurlijk wel schadevergoedingsplichtig zou maken. Deze ‘dejuridisering’ - of juist misschien schepping van een eigen rechtsstelsel

naast dat van de overheid - ziet men ook in het toevertrouwen van arbeidsgeschillen aan paritair (d.i. door werkgevers en werknemers) samengestelde werkrechtshraden in plaats van aan de overheidsrechter (zie de wetten van 1887 op de nijverheids- en arbeidsraden en van 1889 op de hervorming van de werkrechtshraden).

Vrijheid van handel en nijverheid hield ook in dat het domein van de creatie van rijkdom, de productie van op geld waardeerbare goederen en diensten in beginsel overgelaten werd aan het vrij initiatief, maar omgekeerd private actoren ook geen monopoliepositie konden krijgen. De vrijheid van handel en nijverheid hield ook de vrije toegang tot de markt in en de keuzevrijheid van de gebruiker.

f.2. Rond 2000

Op het einde van de twintigste eeuw zijn ook de arbeidsverhoudingen veel sterker gejuridiseerd:

- De wetgever is tussengekomen met vele dwingende en vaak gedetailleerde regels over de rechten en plichten van werkgevers en werknemers (de diverse wetten op de arbeidsvoorwaarden, waarvan de eerste dateren van 1887 (loonbescherming) en 1889 (vrouwen- en kinderarbeid); de arbeidsongevallenwet van 1903, de arbeidsovereenkomstenwet van 1900 (arbeiders) en 1922 (bedienden), enz. (nu vooral de Arbeidsovereenkomstenwet van 1978), de Arbeidswet van 16 maart 1971, de wetten op de arbeidsbescherming- en arbeidsveiligheid (Algemeen reglement van 11 februari 1946 (nu Wet van 4 augustus 1996), de Wet op de loonbescherming, enz.).

- De collectieve arbeidsovereenkomsten (CAO's) zijn grotendeels opgenomen in het statelijk rechtssysteem door middel van de 'algemeenbindendverklaring' bij Koninklijk besluit (Besluitwet van 9 juni 1945, Wet van 5 december 1968 betreffende de collectieve arbeidsovereenkomsten en de paritaire comités).

- De ruimte die dan nog overblijft in de interne verhouding tussen werkgever en werknemer wordt ingevuld door middel van verplichte arbeidsreglementen (Wet van 8 april 1965 tot instelling van de arbeidsreglementen) en een vrij strenge toepassing van de regel dat de werkgever zich niet het recht kan voorbehouden om in de loop van de arbeidsovereenkomst de overeengekomen arbeidsvoorwaarden eenzijdig te wijzigen (art. 25 Arbeidsovereenkomstenwet).

- De inspraak van de werknemers is gejuridiseerd en berust niet louter meer op collectieve actie, maar nu op wetgeving (zie de Wet van 4 augustus 1896 betreffende het welzijn van werknemers dat een Comité voor preventie en bescherming op het werk heeft ingesteld; CAO nr. 5 van 24 mei 1971 betreffende het statuut van de syndicale afvaardiging van het personeel der ondernemingen, Wet van 20 september 1948 houdende organisatie van het bedrijfsleven die de verplichting oplegt om vanaf 100 werknemers een ondernemingsraad in te richten).

- De werkrechtshraden zijn binnen de rechterlijke macht geïntegreerd in de vorm van arbeidsrechtbanken (Gerechtelijk Wetboek van 1967).

Collectieve actie wordt juridisch gereguleerd, bijvoorbeeld door een verplichting tot onderhandelen op te leggen, consultatieprocedures bij collectief ontslag, enz. De eigenlijk vanzelfsprekende, hoewel gecontesteerde, keerzijde van deze ontwikkeling is natuurlijk dat ook de 'stakingsvrijheid' overgaat in een 'stakingrecht' dat door het recht aan nadere regels en voorwaarden wordt onderworpen, waarvan de naleving door de rechter kan worden

afgedwongen (voornamelijk door middel van procedures ‘in kort geding’).³⁴ Met de uitbouw van de Europese gemeenschappelijke markt worden ook collectieve arbeidsregelingen getoetst aan het ‘vrij verkeer’.³⁵

Deze juridisering heeft ook aan de overheid een grotere zeggenschap gegeven in arbeidsverhoudingen, soms tegen de gemeenschappelijke standpunten van werkgevers en werknemers in. Denken we bijvoorbeeld aan de verplichte loonmatiging en de niet zeldzame conflicten tussen regering enerzijds en sociale partners anderzijds inzake de sociale zekerheid.

Zowel de individuele als de collectieve vrijheid in de arbeidsverhoudingen is meer bepaald aan banden gelegd door een zeer verregaande toepassing van het non-discriminatiebeginsel en dit in alle facetten van de arbeidsverhouding (aanwerving, arbeidsvoorwaarden, ontslag, enz.).³⁶ Dit maakt dat ook in arbeidsverhoudingen, zelfs in het kleinste bedrijf, waarden die te maken hebben met levensbeschouwing bijna steeds moeten wijken voor zuiver economische criteria of, bij het opleggen van positieve discriminatie, zelfs zuiver politieke criteria. Ook de verregaande toepassing van de bescherming van de privacy leidt tot een verzakelijking en anonymisering van de arbeidsverhoudingen.

Hoewel dit door de grote betekenis van collectieve actie en collectief arbeidsrecht met enige vertraging is gebeurd dan wel zichtbaar geworden, vindt er tenslotte ook in de arbeidsverhoudingen rond 2000 een sterke individualisering plaats. De macht van de vakbonden is verminderd, de individuele arbeidsovereenkomst wint terug aan belang. Dit heeft te maken met niet-juridische ontwikkelingen betreffende de inhoud van de arbeid in een postindustriële informatiemaatschappij³⁷ zowel als met juridische ontwikkelingen. Ook de invoering van een non-discriminatiebeginsel is een uiting van individualisering en afbraak van de collectieve solidariteit. Dit is het meest evident voor non-discriminatie bij de aanwerving, aangezien de toepassing daarvan ten gunste van een individuele kandidaat omzeggens steeds ten koste gaat van andere individuele kandidaat-werknemers met wie deze in concurrentie komt.

Met het voorgaande is niet in strijd dat op het einde van de twintigste eeuw de economische vrijheid in de zin van vrijheid van mededinging ook in meerdere opzichten versterkt is door de liberalisering van een reeks economische sectoren. Ook hier zien we het fenomeen dat de logica van enerzijds de staat en anderzijds de markt gezamenlijk elke andere logica verdringen.

g. Juridisering van de religie of levensbeschouwelijke zingeving

³⁴ De vakbonden verzetten zich vandaag tegen die ‘juridisering’, maar hun houding blijft natuurlijk zeer dubbelzinnig, omdat het natuurlijk niet hun bedoeling is om afstand te doen van juridische instrumenten om de belangen van werknemers te verdedigen tegen werkgevers, zoals CAO’s.

³⁵ Bijvoorbeeld Hof van Justitie van de EG 12 december 1974, nr. 36/74 inzake *Walrave*.

³⁶ Zie bijvoorbeeld Richtlijn EG 2000/78 tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep, het Vlaams decreet van 8 mei 2002 en het federaal wetsontwerp tot bestrijding van discriminatie.

³⁷ Zie bijvoorbeeld M. DE VOS, *Online rights of workers. Electronic interaction in the workplace. General reflections and some Belgian perspectives*, in *The evolving employment relationship and the new economy*, ed. R. Blanpain, *Bulletin of comparative labour relations* 2001, 235 e.v., inz. 239-240.

g.1. Negentiende eeuw

Ook religie en levensbeschouwing waren in de negentiende eeuw het domein van een van de grote klassieke grondwettelijke 'vrijheden', namelijk de vrijheid van godsdienst en van geweten (art. 14 van de Grondwet van 1831). Het betreft hier opnieuw een wederkerige vrijheid: zowel de vrijheid om een kerk (of andere geloofsgemeenschap, 'kerk' wordt hier in de ruimste zin gebruikt) in te richten als die om al dan niet tot een kerk te behoren. Ook dit laatste, de 'negatieve godsdienstvrijheid' wordt wettelijk sterk beschermd. Het eerste houdt in dat religieuze organisaties een zeer grote interne vrijheid kennen - nog eens beklemtoond in art. 16 van de Grondwet van 1831 (geen overheidsinmenging in de benoemingen en installatie van de 'bedienaren der eredienst'). Het houdt ook in dat religieuze organisaties zelf kunnen beslissen wie ze toelaten en wie niet en daarover juridisch geen enkele verantwoording verschuldigd zijn. Zij kunnen interne regels en procedures hebben (kerkelijk recht met name), bij de toepassing waarvan de staat niet tussenkomt. De leden van een kerk hebben daarbinnen geen subjectieve rechten die voor de overheidsrechter kunnen worden afgedwongen; zij hebben slechts die rechten en beroepsmogelijkheden die de interne regels hen toekennen. Het moet niet gezegd worden dat de interne structuur van de kerk dan ook zeer verticaal (hiërarchisch) kon zijn (met name was dit zo in de katholieke kerk) en dat de verhouding met de meeste leden opnieuw erg 'paternalistisch' kon zijn.

Het algemeen beeld is dan ook dat de vrijheid van godsdienst intern (d.w.z. niet bij gebruik van de openbare ruimte) een grote vrijheid inruimt, een bijna rechtsvrije ruimte laat, in ruil voor omgekeerd een beperking van de macht van de religie op andere maatschappelijke domeinen - met onder meer een vrij sterke scheiding van kerk en staat. Die scheiding van kerk en staat betekent níét dat de religie niet als een volwaardig maatschappelijk domein dat een publieke rol te spelen heeft, wordt erkend, net zoals de economie of het onderwijs. Bovendien houdt het begrip 'scheiding van kerk en staat' evenmin in dat de kerken ondergeschikt zijn aan de staat. Zij krijgen juist een vrijheidsruimte die specifiek is gegeven waar ze vereist is voor de uitoefening van de eredienst, in beginsel ook voor een aantal handelingen die anders niet die vrijheid zouden genieten.

Bijzonder aan de positie van de religie - en met name de katholieke kerk -, dit in vergelijking met die van bijvoorbeeld onderwijs en gezondheidszorg, was wel de overheidsfinanciering. Men mag evenwel niet vergeten dat dit historisch gezien niets anders is dan een schadevergoeding voor de massale onteigening van kerkelijke goederen onder de Franse bezetting. Andere kerken of geloofsgemeenschappen verkregen deze erkenning eerst later in de negentiende eeuw (de Joden in 1870,³⁸ de Islam op het einde van de twintigste eeuw).

g.2. Rond 2000

Rond het jaar 2000 zien we dat ook op het gebied van de religie de overheidstussenkomst door middel van het recht is toegenomen. Op de eerste plaats zien we dat alle godsdiensten erkenning kunnen vragen met het oog op overheidsfinanciering en dus niet enkel die kerken die onteigend zijn geworden tijdens de Franse bezetting. Aan die financiering worden voorwaarden gekoppeld, die aanleiding geven tot - al dan niet terecht - inmenging van de

³⁸ Zie voor de geschiedenis van de verhouding tussen staat en Jodendom in de negentiende eeuw J.-P., SCHREIBER, *Politique et religion. Le consistoire central israélite de Belgique au xix^e siècle*, Brussel, 1995.

overheid in binnenreligieuze aangelegenheden. Een duidelijk voorbeeld daarvan was het ingrijpen van de regering in de samenstelling van de ‘executieve’ van de moslims. Sommigen proberen nog een stap verder te gaan en de financiering van alle godsdiensten afhankelijk te maken van zogenaamde interne democratie en toepassing van de non-discriminatieregels (één van de elementen in het debat rond een hervorming van de financiering van de erediensten). In materies die niet zuiver binnenkerkelijk zijn, maar toch ook een binnenkerkelijk aspect hebben, is de tussenkomst van de rechter toegenomen.³⁹ Niet-naleving van de eigen binnenkerkelijke regels wordt ook vaker ingeroepen in geschillen voor burgerlijke of strafrechters en door hen aldus onrechtstreeks gesanctioneerd (zo recent de vraag naar de wijze waarop de kerkelijke overheden toezicht moeten houden op priesters naar aanleiding van pedofilieschandalen).

Inmenging in strikt binnenkerkelijke aangelegenheden blijft nog steeds beperkt, maar wel wordt de ruimte die men voor religie en levensbeschouwing voorbehoudt, of waar men het gebruik van levensbeschouwelijke criteria een kans geeft, steeds kleiner. Vanuit de overheid wordt een beleid gevoerd om onder meer door middel van rechtsregels onderwijs, gezondheidszorg, welzijnszorg, cultuur- en verenigingsleven en andere maatschappelijke activiteiten (zie hierboven en verder hieronder) te onttrekken aan het levensbeschouwelijke, ja een levensbeschouwelijke neutraliteit op te leggen. Dat gebeurt vaak door aan de hand van het gelijkheidsbeginsel het onmogelijk te maken nog levensbeschouwelijke loyaliteit te eisen van personeel of gebruikers. Deze ontwikkeling leidt er niet toe om meerdere levensbeschouwingen in eenzelfde maatschappij tot hun recht te laten komen, maar wel om het levensbeschouwelijke als dusdanig uit de publieke sfeer ter verdringen, wat natuurlijk op zichzelf ook al een soort levensbeschouwing is, zij het één met nihilistisch-individualistische trekken (vandaar noem ik dit de multinihilistische levensbeschouwing).

Dit gaat gepaard met de langzame ontwikkeling van een soort burgerlijke staatsreligie, gebaseerd op begrippen zoals mensenrechten, multiculturalisme en gelijkwaardigheid van alle levensbeschouwelijke opvattingen. En die burgerlijke religie heeft ook zijn dogmata, zijn taboes, zijn ceremonieën, zijn excommunicatiemechanismen e.d.

h. Juridisering van de verenigingen van culturele, sportieve en politieke aard en de media (cultuur in ruime zin)

h.1. Negentiende eeuw

De grondwettelijk verankerde vrijheid van vereniging, vrijheid van meningsuiting, vrijheid van vergadering en persvrijheid waren evenzeer steunpilaren van de negentiende-eeuwse rechtsorde. De vrijheid van vereniging hield opnieuw een zeer grote interne vrijheid in: de vrijheid van de vereniging om zelf te bepalen wie toegelaten wordt en wie niet en om de interne regels en procedures te bepalen (bijvoorbeeld de reglementen van sportverenigingen en interne beroepsmogelijkheden tegen beslissingen). Behalve in de kerkgenootschappen was het verenigingsleven vaak in grote mate ‘horizontaal’ en weinig hiërarchisch gestructureerd.

³⁹ Zie bijvoorbeeld reeds het kort geding voor de Voorzitter rechtbank van eerste aanleg Eupen 9 december 1988, *Annales de droit de Liège*, 1989, pp. 439-456 n. CHRISTIANS, "Astreinte et conflits religieux", in een geschil over de sleutels van een parochiekerk tussen de bisschop en een schismatische pastoor.

Een groot deel van het maatschappelijk leven werd door middel van de vrijheid van vereniging onttrokken aan de economie enerzijds (om van de vrijheid van vereniging te kunnen genieten moet het om een vereniging ‘zonder winstoogmerk’ gaan) en de politiek en het statelijke recht anderzijds en overgelaten aan het niet naar winst strevende vrije initiatief. Het verenigingsleven diende juist andere waarden dan economische of politiek-militaire aan bod te laten komen, meer bepaald culturele en relationele waarden, deugden als trouw, vriendschap, waarheidsliefde, schoonheid, grootmoedigheid en rechtschapenheid, en hen voor een louter commerciële of staatspolitieke logica te behoeden. Op dat domein mocht loyaliteit nog voorrang krijgen op gelijkheid of onpartijdigheid evenzeer als op een economische logica. Het toebehoren tot een vereniging was niet even uitwisselbaar als het eerste beste consumptiegoed, maar vergde van de leden juist een zekere identificatie. Deze waarden vonden uitdrukking in de meeste uiteenlopende soorten verenigingen, van religieuze over culturele in engere zin (muziek, toneel, enz.) en politieke tot sportieve. Pers en media, muziek, literatuur en sport bijvoorbeeld waren nog niet op de eerste plaats economische activiteiten geworden, noch instrumenten van een overheidsbeleid. Hoewel ook vaak uitdrukking van de menselijke neiging tot mededinging, maar dan wel een mededinging naar andere goederen dan geld, waren ze vooral uitdrukking van verbondenheid en van collectieve culturele identiteiten.

Omgekeerd diende het verenigingsleven ook de keuzevrijheid en de vrijheid om niet tot een vereniging te behoren te eerbiedigen. Maar een recht om deel te nemen aan een bepaalde vereniging bestond er duidelijk niet.

Natuurlijk waren de pers en de verenigingen niet rechtsvrij in die zin dat ze zouden ontsnappen aan de maatschappelijke gedragsregels die voor iedereen gelden. Denken we bijvoorbeeld - naast bovengenoemde normen als de eerbied voor het leven, voor eigendom, enz. - aan het verbod van laster en eerroof, het behoud van de openbare veiligheid en openbare rust, een zekere eerbied voor het openbaar gezag, e.d. Wel kon de aard van de activiteit soms uitzonderingen op die regels rechtvaardigen: voor zover dit voor de sportbeoefening noodzakelijk was, werd bijvoorbeeld de aansprakelijkheid voor verwondingen wel anders beoordeeld. Een ander voorbeeld: de meningsuiting door middel van de drukpers kon niet op voorhand verboden worden (censuurverbod), maar hooguit achteraf bestraft.

h.2. Rond 2000

Aan het einde van de twintigste eeuw zijn grote delen van de culturele sector in ruime zin (inbegrepen media, sport, enz.) ofwel in de greep gekomen van de economie (commercialisering van de sport tot beroepssport, commercialisering van de media, commercialisering van het cultuurgebeuren als muziek, film, toneel en schone kunsten, gedeeltelijk zelfs commercialisering van de politieke partijen), ofwel van de overheid.

In de mate waarin culturele activiteiten bedrijfsmatig en met winstoogmerk worden uitgeoefend, worden ze ook onderworpen aan de rechtsregels die gelden voor de ‘markt’ en kunnen zij minder en minder genieten van een ‘culturele exceptie’. Een spectaculair voorbeeld daarvan was de toetsing van de regels van de voetbalbonden aan de Europese regels inzake vrij verkeer en inzake mededinging (arrest Bosman).⁴⁰ Ook de anti-

⁴⁰ Hof van Justitie van de EG 15 december 1995, nr; 415/93, *Royal Club Liégeois, KBVB e.a.*

discriminatieregels zoals die reeds gelden op de arbeidsmarkt worden in deze nieuwe economische sectoren opgelegd.

In de culturele sector ontstaat er aldus een grote verschuiving, weg van activiteiten waarin de gemeenschap gezamenlijk bepaalde (inhoudelijke) waarden beleeft en daaraan uitdrukking geeft naar een scheiding tussen 'producenten' van culturele goederen en diensten enerzijds en cultuurconsumenten anderzijds. Deelname aan cultuur verwordt in grote mate tot een zuiver individuele activiteit, die berust op zuiver individuele keuzes of althans keuzes waarvan men de illusie heeft dat ze individueel zijn en niet door de macht van de markt bepaald. De band tussen deze culturele activiteiten met de gemeenschap waaruit ze zijn ontstaan, wordt grotendeels doorgeknipt.

Deze ontwikkeling is wellicht niet op de eerste plaats gestuurd geworden door het recht, maar vooral het gevolg van technische ontwikkelingen zoals massacommunicatiemiddelen. Maar het recht is niet gebruikt om de culturele leefwereld voor de greep van de economie te behoeden, maar veeleer om de commercialisering ervan te bevorderen. Dat zien we zeer duidelijk in de steile opgang van de intellectuele eigendomsrechten (octrooien, merken, auteursrechten, rechten op tekeningen en modellen), die het mogelijk maken om steeds meer elementen van de culturele leefwereld te privatiseren, toe te eigenen voor commerciële doeleinden. We zien het ook in de verderschrijdende toepassing van anti-discriminatieregels ook in dit domein.

Dat deel van de culturele leefwereld dat niet in de greep van de economie is geraakt, geraakt steeds meer in de greep van de overheid. Zoals in andere eerder besproken sectoren heeft de overheid ook hier vooral greep gekregen door het opleggen van regels als voorwaarde om in aanmerking te komen voor subsidies (subsidiëring van de cultuur, de sport, het verenigingsleven, de pers en de politieke partijen). In recente jaren wordt aan de hand van rechtsregels een beleid gevoerd waardoor de hele sector van cultuur in de ruime zin en zingeving in toepassing van de heersende ideologie omgebouwd wordt: van een leefwereld waarin collectieve waarden worden doorgegeven en collectieve identiteiten worden beleefd tot één grote 'multiculturele' zelfbedieningsmarkt voor *lifestyles* die men kan kopen en aantrekken als een hemd. Geheel in de lijn van de retoriek van de mensenrechten luidt de fundamentele rechtsnorm inzake cultuur en zingeving nu immers dat iedereen een zuiver individueel 'recht op culturele en maatschappelijke ontplooiing' heeft, zo zegt art. 23, 3, 5° van de Grondwet. En dat hoogst individuele recht op hoogst individuele ontplooiing, waarbij de burger zich alleen nog met zijn eigen individu moet identificeren, krijgt natuurlijk voorrang op de collectieve waarden die tot vrij recent konden worden uitgedragen door het verenigingsleven en waartegenover ook loyaliteit werd geëist. Loyaliteit is vanuit die ideologie geen aanvaardbare maatstaf meer voor de rol die men in een vereniging kan spelen. Onder de slagzin van de ontzuiling wordt levensbeschouwelijke identiteit afgestraft: in vele sectoren zijn 'gekleurde' verenigingen verplicht geworden te fusioneren tot één enkele 'neutrale' vereniging om nog voor subsidie in aanmerking te komen.

Meer en meer wordt de subsidiëring ook losgekoppeld van een objectieve beoordeling van de activiteiten die het verenigingsleven op eigen initiatief ontwikkelt, en afhankelijk gemaakt van de medewerking die men verleent aan het specifieke beleid dat de overheid wil voeren en de realisatie van door de regering vooropgestelde inhoudelijke doelstellingen. Dit zien we duidelijk in het huidige cultuurbeleid in Vlaanderen, maar ook in andere beleidsdomeinen waar met projecten, doelstellingen en doelgroepenbeleid wordt gewerkt. In zoverre het gaat om projecten die de culturele en sociale cohesie versterken, kan dit ook een goede zaak zijn, in zoverre daarmee een overheidsideologie wordt opgedrongen echter niet.

Wie als vereniging niet bereid is openlijk de nieuwe burgerlijke 'staatsgodsdienst' te belijden en in zijn statuten een akte van geloof op te nemen in de dogmata daarvan - zoals bijvoorbeeld de mensenrechten (of althans een bepaalde interpretatie daarvan) - wordt afgestraft. Dit geldt zelfs voor die soorten verenigingen waar levensbeschouwelijke neutraliteit vooralsnog niet wordt opgelegd, zoals politieke partijen (zie de wetgeving op de partijfinanciering), waarbij men natuurlijk ook steeds meer de vraag kan stellen voor welke inhoudelijke waarden vele van de partijen nog staan (indien zij duidelijk verschillende meningen verkondigen, worden ze immers uitgesloten). Waar men een veel grotere vrijheid laat aan expressies die géén mening uiten (bijvoorbeeld pornografie), wordt de eigenlijke vrijheid van meningsuiting ingeperkt door de invoering van opiniedelicten, bijvoorbeeld door de antiracismewet, de negationismewet (ontkenning van de Shoah) e.d.

Geheel in die lijn wordt ook aan de vrije verenigingen een discriminatieverbod opgelegd, tenzij ze zich volledig van het publieke leven afsluiten. Het ideologisch gehalte daarvan blijkt overigens ook uit het feit dat discriminatie op allerlei gronden wordt verboden, behalve op grond van politieke overtuiging...

Zowel in die delen van de cultuur die in de greep zijn gekomen van de economie, als in die delen die in de greep van de overheid zijn geraakt, is de juridisering toegenomen. In beide gevallen is de deelname aan culturele of sportieve activiteiten van een identitaire of zingevingsactiviteit veranderd in een zakelijke verhouding, die aan een reeks rechtsregels onderworpen is (zij het van economisch recht, zij het van administratief recht) en waarin de burger op grond van zijn 'recht op ontplooiing' een ruilcontract sluit, dat individuele subjectieve rechten en plichten schept. Waar traditioneel de voornaamste reden om lid te worden van een vereniging het lidmaatschap zelf was - het erbij horen en erkend worden als het lidmaatschap waardig - is de vraag nu veeleer welke goederen of diensten daartegenover staan. Personen die in de uitvoering daarvan ontgoocheld zijn, zullen zich tot de rechter wenden om te klagen over de gemiste ontplooiingskansen, zo bijvoorbeeld sportlui die naar de rechter stappen omdat zij door de vereniging niet geplaatst zijn voor een bepaalde wedstrijd.

i. Juridisering van de private ruimte

i.1. Negentiende eeuw

Meer in het algemeen was alles wat buiten het openbaar domein gebeurde, met name het leven op privé-eigendom, onttrokken aan inmenging door de overheid, anders dan door middel van wetten die door middel van objectieve regels een aantal persoonswaarden beschermden. Overheidstussenkomst gold slechts de gevallen waarin de ruimte voor het publiek toegankelijk was (wat tot een zekere politiebevoegdheid leidde) en andere gevallen waarin het gebruik van de private ruimte een directe weerslag had op de aanpalende publieke ruimte: wanneer de openbare veiligheid in gevaar kwam (bijvoorbeeld gevaar voor instorting van bouwwerken) of de openbare gezondheid (door pollutie van de openbare ruimte door emissies vanuit private eigendom of door de verspreiding van besmettelijke ziekten of bevordering daarvan vanaf private eigendom), e.d.

i.2. Rond 2000

Ook op dit gebied is de toegenomen overheidstussenkomst in de twintigste eeuw vrij duidelijk. Reeds de meeste vormen van toegenomen bemoeienis van de overheid, die hierboven werden besproken, betreffen interventies op privé-domein. Maar die tussenkomst vindt nu plaats op alle gebieden van het dagelijks leven en betreft bouwactiviteiten (verplichte tussenkomst architect, wetgeving op de ruimtelijke ordening), alle andere vormen van grondgebruik (naast de wetgeving op de ruimtelijke ordening ook het milieurecht), omgang met dieren (bijvoorbeeld wetgeving op dierenbescherming, beperking tot verbod van het thuisvlachten), via produktreglementering ook de meeste materiële voorwerpen van het dagelijks leven, enz.

j. Juridisering van gezinsverhoudingen

j.1. Negentiende eeuw

Een laatste voorbeeld van sociale verhoudingen die in de voorbije eeuw sterk zijn gejuridiseerd zijn de gezinsverhoudingen. De fundamentele juridische structuur van het familierecht in de negentiende eeuw verschilde niet zoveel van die in het onderwijs, het verenigingsleven, e.d. Het gezin was een grotendeels rechtsvrije ruimte: een sociale ruimte waarbinnen rechtsregels nauwelijks een rol speelden. Voor zover er sprake was van een rechtsregel binnen het gezin, was het vooral een blanco-regel, namelijk het gezag van de *pater familias* over vrouw en kinderen. Daardoor was het gezin een vrij hiërarchische of verticale verhouding, met daarnaast toch ook een wettelijke bepaling van enkele fundamentele rechten en plichten tussen echtgenoten (namelijk getrouwheid, hulp en bijstand, art. 212 Burgerlijk Wetboek). De opvoeding van de kinderen was in beginsel een zaak van de familie alleen, ook na het overlijden van de ouders (familieraad bij voogdij, afgeschaft in 2001). Natuurlijk was ook het gezin niet rechtsvrij, in die zin dat fundamentele regels betreffende de persoon ook binnen het gezin golden (verbod om te doden bijvoorbeeld), maar omgekeerd rechtvaardigde de gezinsband ook uitzonderingen op die regels (gedragingen die juist alleen binnen een familiale verhouding geoorloofd waren).

Het recht legde er wel de nadruk op dat het bij het huwelijk gaat om een vrijwillig aangegane band, een contract dus, maar toch van een heel bijzondere aard. Deze familiale 'vrijheid'(sruimte) wordt naar buitenuit beschermd, vooreerst op een negatieve wijze, in die zin dat iedereen vrij is al dan niet te huwen (zo was er de basisregel dat het afbreken van een verloving of huwelijksbelofte op zichzelf geen fout kon uitmaken) en wel met wie hij wil. De vrijheid werd ook naar binnenin beschermd, ook tegen mogelijk machtsmisbruik door de *pater familias*, dit onder meer door de herroepbaarheid van schenkingen tussen echtgenoten en de principiële onveranderlijkheid van het huwelijksgoederenstelsel.

Het gezin werd ook beschermd op een positieve wijze, het genoot van een rechtsbescherming die niet gold voor buitenhuwelijkse relaties. Wie zich buiten het wettelijk gezin stelde genoot géén rechtsbescherming, maar had omgekeerd ook niet de plichten die uit de huwelijksband voortvloeien. Het huwelijk daarentegen verleende de echtgenoten en de eruit afstammende kinderen een bijzondere (maatschappelijke) status in de zin van 'waardigheid'. Het gezin werd beschermd door derden te verplichten om het als een éénheid te erkennen, bijvoorbeeld

door de bestraffing van medeplichtigheid aan overspel en door de regels tot bescherming van de eerbaarheid. Ook gold het in het rechtsverkeer in grote mate als een éénheid: vele rechten en plichten waren rechten en plichten van het gezin in zijn geheel en niet slechts van één van de leden ervan. Het werd ook beschermd door de beperking van de mogelijkheden tot echtscheiding.

Meer in het algemeen zorgt het structureren van familiale relaties in instellingen (afstamming, huwelijk, enz.) ervoor dat elke mens juist een bijzondere plaats krijgt in de maatschappij (een status) die niet te reduceren valt tot die van elke andere mens: *'het individu is niet een exemplaar onder de vele exemplaren, binnen het magma van menselijk leven, maar elk individu krijg een eigen naam toegekend, een eigen plaats in de genealogie, een eigen rol, eigen rechten en plichten binnen de familie'*.⁴¹

Met andere woorden: een groot deel van de rechtsbescherming van de persoon was een bescherming van de persoon via de bescherming van zijn familiale verhoudingen en niet louter als individu.

j.2. Rond 2000

De twintigste eeuw heeft ook een verregaande juridisering van de gezinsverhoudingen gekend. Het recht gaat binnen de vrijheidsruimte die het gezin was nu individuele subjectieve rechten van de gezinsleden tegen elkaar installeren en de rechter laten tussenkomen in gezinsverhoudingen, meer bepaald om die rechten af te dwingen. Het gaat daarbij zowel om de verhouding tussen echtgenoten, als om de verhouding met de kinderen.

De verhouding tussen echtgenoten wordt nu gekenmerkt door een strikte juridische gelijkheid (ontwikkeling die voltooid werd door de gelijkheid inzake het bestuur over de gemeenschappelijke goederen, verwezenlijkt door de Wet van 14 juli 1976) en een toename van regels over wederzijdse rechten en plichten (meer bepaald art. 212 en volgende, zoals gewijzigd door diezelfde wet).

Het huwelijk wordt meer en meer een gewoon contract, dat door partijen bij wederzijdse instemming kan worden ontbonden, in een hele reeks gevallen zelfs eenzijdig (voorlopig wel nog mits het betalen van compenserende vergoedingen in de vorm van alimentatie). Er is zonder twijfel in een aantal opzichten een grotere vrijheid tot het invullen van de huwelijkse relatie - althans voor zover het om een invulling bij wederzijds akkoord gaat -, maar die vrijheid vormt geen dejuridisering. Het aantal echtscheidingen is enorm toegenomen; hier zou men nog kunnen zeggen dat het recht de sociale werkelijkheid gewoon volgt (in plaats van rechten en plichten af te dwingen) of juist nog het huwelijk reduceert tot een gewone overeenkomst, die kan ontbonden worden volgens gelijkaardige regels als andere overeenkomsten. Het onderscheid met buitenhuwelijkse relaties wordt juridisch steeds kleiner. Dit is ook het gevolg van het feit dat omgekeerd ook de vrijheid van niet-gehuwden afneemt: meer en meer neigt de rechtspraak ertoe om aan samenwonenden niet alleen soortgelijke rechten toe te kennen als een gehuwden, maar ook soortgelijke verplichtingen op te leggen als aan gehuwden - ook indien zij er precies voor gekozen hebben om deze

⁴¹ F. VAN NESTE, *Het openstellen van het huwelijk voor homoseksuele partners*, Gent, 2002.

verplichtingen *nét* aan te gaan, om hun verhouding *nét* te juridiseren. Zo kan na het afbreken van een relatie tussen samenwonenden een alimentatieverplichting worden opgelegd.⁴²

De eenheid tussen gehuwden verdwijnt daardoor als een relevante eenheid in het recht ten gunste van louter individuele rechten en plichten: een dergelijke ‘individualisering’ van vroeger gezinsgebonden rechten en plichten vinden we onder meer in het belastingrecht en in de sociale zekerheid.⁴³ Ook de nieuwe regels inzake wederzijdse rechten en plichten van gehuwden (Wet van 14 juli 1976) houden een grotere individualisering in, op de eerste plaats art. 216 B.W.⁴⁴

Zo komt men dan tot de opvatting dat het huwelijk enkel nog een zaak is van individuele subjectieve rechten en niet meer gezien wordt als een eenheid waarbinnen zowel leven als zin wordt doorgegeven en dat daardoor een bijzondere menselijk-maatschappelijke status of waardigheid verkrijgt.⁴⁵ Vanuit die opvatting wordt in de eerste jaren van de eenentwintigste eeuw het huwelijk dan ook in feite afgeschaft, door het open te stellen voor partners van hetzelfde geslacht.⁴⁶ De motivering die daarvoor wordt gegeven, komt immers neer op een negatie van het huwelijk als iets meer dan een louter individuele relatie, als iets dat ook een betekenis kan hebben die het zuiver individuele van twee mensen overstijgt. Onzinnig daarbij - maar wel in de lijn van de heersende ideologie - is dat dit gemotiveerd wordt met een beginsel van non-discriminatie ‘op grond van seksuele voorkeur’. (Waarmee ik, *nota bene*, niet wil zeggen dat een bijzonder wettelijk kader voor gelijkslachtige relaties, of zelfs een algemeen wettelijk kader dat zowel openstaat voor gelijkslachtige als andersslachtige relaties eveneens onzinnig zou zijn; in tegendeel verschaffen zij ook aan dergelijke engagementen een zinvol kader en een zekere ‘waardigheid’).

Het is bang afwachten wanneer het non-discriminatiebeginsel ook in familiale verhoudingen zover doordringt dat het ook bij de keuze van een liefdespartner verboden wordt te discrimineren en men zich zal moeten verantwoorden waarom men een bepaalde persoon als partner kiest en dus allicht vele andere mogelijke partners discrimineert op basis van geslacht, leeftijd, intelligentie, schoonheid of andere deugden. Met de toenemende *political correctness* kan men zich vandaag immers aan alles verwachten.

De verhouding tussen ouders en kinderen wordt eveneens meer en meer gejuridiseerd, zie bijvoorbeeld het VN-verdrag inzake kinderrechten van 20 november 1989, en in uitvoering daarvan onder meer de oprichting van het Kinderrechtencommissariaat, alsook het toenemend betrekken van de kinderen zelf in gerechtelijke procedures met betrekking tot de familiale verhoudingen. Het recht gaat zich ook moeien met de inhoud van de opvoeding (zie de aanbevelingen van het Kinderrechtencommissariaat inzake opvoedingsondersteuning). De verhoudingen tussen ouders en kinderen worden een stuk horizontaler, een stuk minder hiërarchisch dus, en de autonomie van de minderjarige een heel stuk groter op uiteenlopende

⁴² Bijvoorbeeld Vrederecht Gent 6 juli 1998, *Tijdschrift voor Belgisch Burgerlijk Recht* 1998, 468.

⁴³ Deze individualisering gaat nog een stap verder dan de eerdere ontwikkeling om de toepassing van het sociaal recht af te stemmen op de ‘feitelijke’ gezinsverhoudingen eerder dan de wettelijke.

⁴⁴ Waarvan het eerste lid luidt: ‘Iedere echtgenoot heeft het recht een beroep uit te oefenen zonder de instemming van de andere echtgenoot’.

⁴⁵ Daarmee wordt niet gezegd dat in het gezin geen leven noch zin meer wordt doorgegeven, maar wel dat daartegenover een onverschilligheid ontstaan is, waardoor het doorgeven van leven en zin niet meer dezelfde maatschappelijke ondersteuning geniet.

⁴⁶ Correcter is misschien te zeggen dat het huwelijk wordt gedegradeerd of gereduceerd tot een zuiver horizontale affectieve en/of samenlevingsverhouding. Zie uitvoeriger over de maatschappelijke betekenis van het huwelijk en familierechtelijke instellingen VAN NESTE, *Het openstellen van het huwelijk*.

gebieden. De heersende ideologie heeft moeite met de fundamentele asymmetrie tussen ouders en kinderen, die nu eenmaal inhoudt dat ouders ouder zijn dan kinderen en kinderen uit hun ouders geboren zijn en niet omgekeerd. Het gaat hier om een antropologische grens waarmee men in een cultuur waar alles ‘zonder grenzen’ moet zijn blijkbaar een groot probleem heeft, net zoals met die twee andere antropologische grenzen: het verschil tussen man en vrouw en de sterfelijkheid van de mens. Hannah Arendt schreef reeds in haar boek *The burden of our time*,⁴⁷ later herwerkt tot *The origins of totalitarianism* dat: ‘*Modern man has come to resent everything, even his own existence - to resent the very fact that he is not the creator of the universe and himself (...) this resentment is the psychological basis of contemporary nihilism.*’

3. De grote lijnen van deze ontwikkeling in het algemeen

a. ‘Moderne’ ontwikkeling tot de negentiende eeuw

Overloopt men aldus de ontwikkeling in een reeks maatschappelijke domeinen, dan zijn er een aantal opvallende parallellen naast een aantal eigenheden. Om een goed inzicht in die ontwikkelingen te krijgen, is het anderzijds ook nodig om ze in hun geheel nog iets meer in de tijd terug te plaatsen. Laat me daarom eerst proberen de algemene economie van het negentiende-eeuwse recht samen te vatten. Een fundamenteel kenmerk van die rechtsorde was m.i. het onderscheid tussen het domein van de economie enerzijds, dat door de invoering van de vrijheid van handel en nijverheid in zijn verschillende facetten grotendeels onttrokken wordt aan andere dan economische machten, en de goederen en waarden die juist ‘buiten de handel’ worden geplaatst en zo aan de macht van de economie worden onttrokken anderzijds.

a.1. Het domein van de economie

Waar het gaat om goederen en diensten die naar maatschappelijke opvattingen ‘in de handel’ zijn, en dus op geld mogen gewaardeerd worden en voor geld mogen geruild worden, wordt de productie en verhandeling van die goederen en diensten ‘bevrijd’ van talloze, centrale of lokale, inhoudelijke of procedurele regels en wordt daarvoor een (grotendeels nationale) ‘markt’ georganiseerd. De vrijheid van handel en nijverheid houdt niet in dat de productie en verhandeling van goederen en diensten niet volgens bepaalde regels verloopt, maar wel dat deze regels in beginsel door de partijen zelf bij overeenkomst zijn gemaakt, uitgaande van de contractvrijheid alsook van de private eigendom van de productiemiddelen. Henri Summer Maine heeft deze ontwikkeling samengevat in de beroemde zin ‘*From status to contract*’: rechten en plichten met betrekking tot deze goederen en diensten worden niet meer bepaald door de positie (stand, kaste) die men in de maatschappij inneemt, maar door de economische activiteiten die men vrijwillig ontwikkelt en de contracten die men sluit. Zij worden dus in beginsel ook niet door een centrale overheid gepland of individueel beslist; de overheid komt in beginsel niet tussen in de ruilverhouding. In ‘premoderne’ maatschappijen daarentegen was de positie die eenieder innam in de maatschappij een geheel van rechten en plichten die

⁴⁷ H. ARENDT, *The burden of our time*, Londen, 1951, 438.

gezamenlijk verondersteld werden in evenwicht te zijn. In een markteconomie wordt dat evenwicht niet nagestreefd voor ieders positie afzonderlijk, maar voor het geheel van transacties, dit door middel van het mechanisme van vraag en aanbod. De ‘juiste prijs’ is niet meer een prijs die de intrinsieke waarde van een goed of dienst zou uitdrukken (leer van het *iustum pretium*), maar de prijs die uit dat spel van vraag en aanbod ontstaat. Scheeftrekkingen die uit de werking van de markt zouden voortvloeien, dienen in beginsel niet te worden verholpen door in te grijpen in individuele transacties (bijvoorbeeld door prijsreglementering), maar door middel van andere maatschappelijke activiteiten en verhoudingen naast de economie (die dan wel bijvoorbeeld met belastingen kunnen worden gefinancierd). Zo zal de overheid wel tussenkomen voor de productie van publieke goederen die zonder monopolie niet of nauwelijks kunnen worden geproduceerd.

De productie van goederen en diensten wordt aldus onttrokken aan de ‘logica’ van de sociale verhoudingen, die een logica was van interne reciprociteit, en in de plaats daarvan onderworpen aan een andere, ‘economische logica’.

Natuurlijk vereist het functioneren van een markteconomie ook regels, maar het gaat daarbij om ‘externe’ regels: regels die de markt eerst constitueren, zoals de private eigendom en de bescherming daarvan onder meer door het aansprakelijkheidsrecht, de contractsvrijheid (die beschermd wordt onder meer door het verbod van eeuwigdurende contracten of contracten voor het leven) en de sanctionering van contracten, en regels van mededingingsrecht om monopolievorming tegen te gaan.

Het privaatrecht, of althans het vermogensrechtelijk deel daarvan (in tegenstelling tot bijvoorbeeld het familierecht), wordt daardoor meer ‘geprivatiseerd’: het vertolkt niet meer een immanente rechtvaardige toedeling der goederen, maar organiseert mechanismen op grond waarvan de marktdeelnemers door productie en ruil tot een steeds wisselende toedeling van de goederen komen. De meeste materiële goederen (behalve de *res communes* - zaken tot gebruik van iedereen, de *res sacrae* - religieuze voorwerpen en in zekere mate de ‘cultuurgoederen’ van nationaal belang) worden grotendeels herleid tot hun ruilwaarde in het economisch verkeer en ontdaan van andere maatschappelijke betekenissen. In het domein van de economie geldt in beginsel weliswaar nog altijd niet het beginsel van de verdelende rechtvaardigheid, maar wel dat van de ruilrechtvaardigheid. Deze ruilrechtvaardigheid is in de negentiende eeuw echter volkomen gebaseerd op het spel van vraag en aanbod: goederen en diensten die in de handel zijn hebben geen immanente waarde meer, maar slechts datgene wat er op de markt voor geboden wordt. Dit gold meer bepaald ook voor de menselijke arbeid, met de negatieve gevolgen van dien die hieronder nog ter sprake komen. Het grote verschil met de reciprociteit in de sociale verhoudingen is het reductionisme: de gelijkwaardigheid van prijs en prestatie wordt voor elke transactie op zichzelf bekeken; de transactie is niet mee een onderdeel van een ruimere, interpersoonlijke verhouding waarbij de reciprociteit bezien wordt in het licht van die verhouding in zijn geheel.

a.2. De goederen ‘buiten de handel’: publiek domein, staat, kerk en burgerlijke maatschappij

Buiten het domein van de economie is de ‘moderne’ ontwikkeling tot in de negentiende eeuw ook grotendeels een bepaalde vorm van liberalisering. De rechtsorde kent een maatschappelijke ruimte waarin ook andere waarden en goederen dan economische rijkdom aan bod komen en uitdrukking vinden in verbanden die niet door de staat zijn opgelegd. Het was precies de taak van het recht om ervoor te zorgen dat die waarden en goederen ook een

kans kregen zich te ontwikkelen. Daarom waren ze op de eerste plaats ‘buiten de handel’ - ze konden geen voorwerp zijn van verkoop of ruil voor geld - omdat de monetarisering ervan die waarde juist aantast: de menselijke persoon, zijn lichaam, zijn geweten en andere persoonswaarden dienden juist aan de economische logica te worden onttrokken zonder omgekeerd aan de staat ondergeschikt te worden gemaakt (dit gold evenwel niet voor de menselijke arbeid ...). Het openbaar gezag anderzijds diende eveneens buiten de handel te zijn om zijn taak te kunnen vervullen (wat bijvoorbeeld inhoudt dat openbare ambten niet te koop mogen zijn).

a.2.a. De rechtstreekse rol van de overheid: beperkt tot publieke goederen en publieke ruimte

Natuurlijk waren er bepaalde publieke goederen die ook in de negentiende eeuw geacht werden enkel door de staat te kunnen worden gegarandeerd, met name de externe vrede en veiligheid van de gemeenschap (door de landsverdediging), de interne vrede, openbare rust en veiligheid (door politie en rechtsbedeling als vreedzame oplossing van geschillen, enerzijds in de publieke ruimte, anderzijds in de private sfeer) en sommige ‘openbare werken’. De eerste Belgische regering van 1831 kende dan ook slechts Ministers van Buitenlandse Zaken, van Oorlog (die halfweg de negentiende eeuw over ongeveer de helft van de begroting beschikte!), van Binnenlandse Zaken, van Justitie en van Financiën, en vanaf 1837 een Minister van Openbare Werken (door de opkomst van de spoorwegen, vanaf 1884 ook postwezen en telecommunicatie). Maar anders dan in de wijsbegeerte van bijvoorbeeld Hobbes (wiens staats- en rechtstheorie de opheffing van de burgerlijke maatschappij inhield ten gunste van de staat als enige vorm van ordening) ging men er niet van uit dat de vrede en veiligheid eisten dat de hele maatschappij aan de staat ondergeschikt werd gemaakt. De hele maatschappij diende wel het recht te eerbiedigen, maar dit werd veeleer gezien als een immanente orde die meer op de opvattingen van de maatschappij zelf berustte dan op de wil van de overheid.

a.2.b. De fundamentele vrijheden waarbinnen de burgerlijke maatschappij andere waarden ontwikkelt.

Op die enkele goederen na was het dan ook in beginsel aan de ‘burgerlijke maatschappij’ om zin, identiteit en waardigheid te creëren: om onderwijs, gezondheidszorg, armenzorg, godsdienst, kunst, wetenschap, sport, deelname aan de politiek e.d. te organiseren waarbinnen andere dan economische waarden aan bod konden komen. De rechtsorde was dan ook een orde van fundamentele ‘vrijheden’ als de vrijheid van onderwijs, van godsdienst, van meningsuiting, van vereniging en vergadering (naast de reeds besproken vrijheid van handel en nijverheid) en de vrijheid in de private ruimte van woning, eigendom en familie. Voor zover het begrip subjectief recht werd gebruikt, had het een heel andere betekenis dan vandaag: *‘das Recht dient der Sittlichkeit, aber nicht indem es ihr Gebot vollzieht, sondern indem es die freye Entfaltung ihrer, jedem einzelnen Willen inwohnenden; Kraft sichert’*, zo luidt de beroemde omschrijving door Friedrich Carl von Savigny.⁴⁸

De rechtsorde hield enerzijds een terugtred van de staat én de kerk in op die domeinen om ruimte te geven aan het vrij initiatief, maar betekende anderzijds helemaal niet dat andere

⁴⁸ In zijn *System des heutigen römischen Rechts*, Berlijn, 1840, § 52.

waarden dan economische overgelaten werden aan de hoogst individuele voorkeur of willekeur. De grote vrijheden waren veel minder ‘individuele rechten’ dan wel ‘maatschappelijke instellingen’ waarbinnen individuen juist op een andere manier dan door het recht tot hun recht konden komen. Mensen kregen de vrijheid om gezamenlijk, in maatschappelijke verbanden en instellingen, aan zingeving (o.m. cultuur), aan betekenisoverdracht (o.m. onderwijs), aan zorg en solidariteit te doen. In die verbanden groeiden die (culturele, pedagogische, humanitaire,...) waarden en betekenis. De staat diende door de bescherming van de vrijheden en de instellingen van de burgerlijke maatschappij (zoals de familie, de vereniging, de school, de kerk, enz., maar ook de politieke partijen) aan eenieder de waardigheid of status te verlenen die hij verdiende.⁴⁹ De liberalisering hield dan meer bepaald in dat de status van elke mens (waarin begrepen ook zijn rechten en plichten) voor een groot deel niet meer op voorhand, vanuit een complete ordening van de maatschappij in kasten of standen, was bepaald, maar op grond van zijn eigen activiteiten en de maatschappelijke verbanden die hij aanging en waarin hij erkend werd (in de school, de kerkgemeenschap, de familie, de vereniging e.d., maar ook in de politiek).⁵⁰ Anders dan in de traditionele maatschappij zou de status dus niet enkel door afkomst worden bepaald, maar op grond van verschillende criteria, dit naargelang de maatschappelijke activiteit waar het om ging: wetenschappelijke status op grond van wetenschappelijke verdiensten, politieke status op grond van verkiezingen, e.d. Dit model werd ten dele doorkruist door de ‘verzuiling’, d.i. de hergroepering van de maatschappelijke verbanden die op de verschillende domeinen werden georganiseerd in overkoepelende levensbeschouwelijk gekleurde ‘zuilen’,⁵¹ waardoor juist opnieuw de status die men in één bepaalde maatschappelijke sector had kon worden ingezet voor verwerving van status in andere sectoren, dit tegen de radicaal liberale opvattingen in, die de invloed van intermediaire groepen (nu ook het ‘middenveld’ genoemd) op meer bepaald de politieke wilden tenietdoen.

Niet de staat bepaalde dus ieders individuele positie (als een soort grote herverdelers); de staat handhaafde wel de vrijheden en instellingen die zoals gezegd zingeving, betekenisoverdracht, zorg en solidariteit, mogelijk moesten maken. Enkel binnen het enge domein van de eigen taak van de overheid (vrede, veiligheid en rechtsbedeling) was het de staat zelf die de verdelende rechtvaardigheid diende toe te passen, bij de verdeling van openbare ambten, straffen, openbare lasten zoals belastingen, opeisingen en dienstplicht e.d.

⁴⁹ Een variatie vinden we in de leer van de ‘soevereiniteit in eigen kring’, in (Staats-)Nederland ontwikkeld door gereformeerde wijsgeren, op de eerste plaats A. KUYPER, *Het Calvinisme*, Amsterdam, 1898. Hij onderscheidde hoofdzakelijk vier kringen: de persoonlijke, de familiale, de lokale gemeenschap en de ‘corporatieve kring’ (beroeps- en verenigingsleven).

⁵⁰ Het belangrijkste verschil tussen liberalen en conservatieven is daarbij dat radicale liberalen in beginsel enkel ruimte willen maken voor minstens initieel vrijwillig gekozen verbanden (markt, huwelijk, vrije vereniging e.d.), omdat zij ervan uitgaan dat de mens vrij is uit zichzelf, terwijl conservatieven ook de betekenis van niet vrijwillig gekozen verbanden erkennen (door afstamming, opvoeding, geschiedenis of lot, e.d.) (die ons immers mee getekend hebben en mee onze identiteit hebben bepaald), omdat zij ervan uitgaan dat mensen slechts vrij worden en een eenzelligheid krijgen door deel uit te maken van een gemeenschap. Vandaar dat conservatieven nog eerder geneigd zijn om participatieve rechten te erkennen, waar liberalen vooral de nadruk leggen op de mogelijkheid om uit verbanden te treden die men niet meer wil (de tegenstelling tussen ‘voice’ enerzijds en ‘exit’ of ‘leave’ anderzijds, zie daarover ook A. O. HIRSCHMAN, *Exit, Voice and Loyalty: Response to Decline in Firms, Organizations and States*, Cambridge (Mass.), 1970).

⁵¹ Waarbij niet mag vergeten worden dat de verzuiling het gevolg is van een georganiseerd levensbeschouwelijk pluralisme (in tegenstelling tot een meer diffuus pluralisme), d.w.z. van een aantal breuklijnen bij gebreke aan consensus over fundamenteel geachte sociale waarden en normen op een aantal gebieden. Anders gezegd: de verzuiling is de keerzijde van breuklijnen in de publieke cultuur.

Meer nog, de staat zelf werd grotendeels georganiseerd volgens het genoemde model van de burgerlijke maatschappij, door het bestuur ervan - althans de wetgevende macht, hoogste van de drie machten - in handen te geven van (volks)vertegenwoordigers die verkozen werden via politiek-maatschappelijke verenigingen (de kiesverenigingen, later politieke partijen). De staat was anderzijds juist een maatschappelijk verband waar men in beginsel niet kon uitstappen, niet kon weigeren aan deel te nemen (slechts radicale libertairen zijn van oordeel dat een burger het recht heeft om uit de staat te stappen; dat sluit niet uit dat andere stromingen wel een collectieve secessie onder bepaalde voorwaarden legitiem achten).

Dit alles hield echter zoals gezegd niet in dat iemands status en identiteit in de maatschappij louter een zaak van individuele keuze was. Het sloot ook helemaal niet uit dat binnen die maatschappelijke instellingen eigen regels en gezagsstructuren golden ten aanzien van al wie er deel van uitmaakte en dat daarin vaak sprake was van 'paternalisme'. Voorbeelden daarvan werden in het eerste deel van deze bijdrage uitvoeriger besproken.

Voor zover de fundamentele rechtsregels werden geëerbiedigd en de openbare orde niet in het gedrang kwam, moeide de rechtsorde zich in beginsel niet met conflicten binnen die sociale structuren. De sanctiesystemen die golden binnen de ruimten van vrijheid kunnen maar juridisch genoemd worden bij een uiterst ruime definitie van recht. Maar ze werden wel gezien als andere vormen van ordening, die door het recht binnen zekere grofmazige grenzen werden erkend.

a.3. De rol van het recht

De burgerlijke maatschappij was dus wel een ruimte van grote vrijheid, maar geen rechtsvrije ruimte en de negentiende eeuw geen rechtsvrije eeuw. Hoewel het recht zich in beginsel niet moeide met de interne regels binnen de school, de ziekenzorg, de kerk, de verenigingen, het gezin, het bedrijf, e.d. waren al deze activiteiten wel onderworpen aan de algemeen geldende abstracte rechtsnormen: geboden en verboden in wetten en politiereglementen. Zij strekten er in hoofdzaak toe om enerzijds de vrede en veiligheid te handhaven, anderzijds de genoemde vrijheden - waarbinnen persoonswaarden tot ontwikkeling kunnen komen - te beschermen. De meest fundamentele persoonswaarden werden rechtstreeks beschermd (leven, lichamelijke integriteit en gezondheid, persoonlijke vrijheid, eer en goede naam). Dit laatste gebeurde hoofdzakelijk in de regels van het strafrecht. Zij vertolken een objectieve morele ordening der dingen, die aan de staat voorafgaat zoals ook de mens en de burgerlijke maatschappij aan de staat voorafgaan, maar niet aan de gemeenschap. Die ordening was historisch gegroeid in de menselijke gemeenschappen, vooral in de vorm van gewoonterecht dat nadien werd gecodificeerd, en diende gevrijwaard te blijven van de willekeur van de overheid.

Tegenover de algemeen geldende geboden en verboden genoot niemand nog van een immuniteit, tenzij dan de Koning of parlementsleden in de uitoefening van hun functie. Andere immuniteiten waardoor sommigen boven de wet stonden waren juist afgeschaft door de 'gelijkheid voor de wet'.

Ik ben er mij van bewust dat het hier geschetste beeld slechts een ideaalbeeld is, waaraan de dagelijkse realiteit zeker niet steeds beantwoordde. Maar het schetsen van dit ideaalbeeld is wel nodig om een denkwereld te begrijpen, die in de negentiende eeuw sterk aanwezig was en vandaag op veel onbegrip stuit. In die eeuw was men er zich trouwens waarschijnlijk veel meer dan vandaag van bewust dat de overheid slechts de mogelijkheden kan scheppen waarbinnen persoonswaarden tot hun recht kunnen komen, maar de verwezenlijking van die waarden niet kan opleggen zonder totalitair te worden. Ook speelde daarbij de overtuiging

mee, in de lijn van de hoger aangehaalde definitie van von Savigny, dat een opgelegde morele houding geen echte morele houding is en het dus de taak was van het recht om ruimte te scheppen voor moreel handelen - en dus vrijheid waarbinnen zowel moreel als immoreel kon worden gehandeld -, eerder dan het rechtstreeks op te leggen.⁵² Dit kon natuurlijk gedijen in een context waarbinnen andere sociale normenstelsels dan het recht nog een grotere invloed hadden dan vandaag.

b. De ontwikkelingen in de twintigste eeuw

Tegenover het hierboven geschetste beeld van de negentiende-eeuwse rechtsorde biedt de rechtsorde aan het begin van de eenentwintigste eeuw een totaal andere aanblik. Zoals in de inleiding gezegd, wil ik daarbij niet zozeer de aandacht vestigen op de enorme toename van het aantal regels, maar wel op de kwalitatieve veranderingen die zich daarbij hebben voorgedaan in de rol van de overheid en van het recht in het algemeen en in de rechtsinstrumenten in het bijzonder.

Deze ontwikkelingen kunnen niet los gezien worden van de ontwikkelingen op economisch, wetenschappelijk en technisch gebied en de demografische ontwikkelingen in de negentiende eeuw. Het negentiende-eeuwse model leidde door de 'vrijmaking' van de economie - zowel van de materiële goederen als de arbeidskracht - in de praktijk veelal tot enorme sociale ongelijkheid en plaatste vele sociale verhoudingen van de traditionele maatschappij onder zeer grote druk. Deze ontwikkeling is veelvuldig geanalyseerd en sommige van die analyses, bijvoorbeeld de marxistische (met het dogma van de 'ijzeren loonwet'), zijn algemeen bekend. Op de eerste plaats gaat het erom dat het bijna volledig loslaten van maatstaven van gerechtigheid in het hele domein van de economie, het overlaten van de meeste productiemiddelen en rijkdommen aan het spel van de markt en in het bijzonder het aanvaarden dat menselijke arbeid een productiemiddel is als de andere, dat evenzeer kan gekocht en verkocht worden, tot een onrechtvaardige verdeling van vele goederen leidden en ook vele andere menselijke verhoudingen en aspecten van de menselijke leefwereld kapotmaakten (bij gebrek aan inkomen wordt ook het gezinsleven, het verenigingsleven, enz. aangetast). De menselijke arbeid, maar ook vele materiële goederen, hebben immers een betekenis die het louter economische (productie van welvaart) duidelijk te boven of te buiten gaat. De vrijheid van handel en nijverheid had een te groot deel van de maatschappelijke ruimte ingenomen en teveel mensen en dingen gereduceerd tot hun economische waarde met miskenning van hun andere waardigheden of betekenissen.

Het grootste deel van de maatschappelijke ontwikkeling van de twintigste eeuw wordt in reactie daarop gekenmerkt door een toenemende rol van de overheid, een toenemende concentratie van de middelen in handen van één enkele grote organisatie waartoe iedereen verplicht behoort. Deze organisatie gaat proberen greep te krijgen op de economie (verstaatsing, collectivisering) en ook de meeste andere taken van de burgerlijke maatschappij tot zich trekken. De twintigste eeuw is grotendeels de eeuw van het collectivisme:⁵³ de grote verplichte gemeenschap die van bovenaf wordt opgelegd en door middel waarvan de

⁵² Het vervolg op de hoger aangehaalde tekst uit zijn *System* luidt immers: '*Sein Dasein aber ist ein selbständiges, und darum ist es kein Widerspruch, wenn im einzelnen Fall die Möglichkeit unsittlicher Ausübung eines wirklich vorhandenen Rechts behauptet wird*'. Anders gezegd: dat van een vrijheid niet altijd op ethische wijze gebruik wordt gemaakt is geen reden om een vrijheid af te schaffen.

⁵³ J. GIJSSELS, *Recht, ruim bekeken*, Antwerpen, 1991, 293 e.v. spreekt van 'sociaal-etatisme'.

rijkdommen worden herverdeeld en de maatschappelijke verhoudingen geherstructureerd. Dit collectivisme kent radicalere, totalitaire vormen zoals het internationaal socialisme (communisme) en nationaal socialisme (corporatistisch fascisme) en zachtere vormen zoals onze sociaal-democratische welvaartsstaat. De eerste helft van de twintigste eeuw werd gekenmerkt door een verwoestende Europese burgeroorlog, die met een relatief korte onderbreking woedde van 1914 tot 1945. Ik wil mij hieronder evenwel beperken tot een korte schets van de ontwikkeling van de welvaartsstaat, zoals we die in eigen land min of meer hebben gekend, en tot een poging om de nieuwe fase aan te wijzen waarin we m.i. op dit ogenblik zijn gekomen. Opnieuw zal ik proberen dit scherp te stellen door twee perioden te contrasteren.

b.1. De eerste fase van de welvaartsstaat

Het belangrijkste juridische fenomeen van de twintigste eeuw in de West-Europese democratieën is inderdaad de enorme groei van de overheidstussenkomst in bijna alle domeinen van het maatschappelijk leven, zowel normatief als financieel.

Op de eerste plaats is er een sterk toegenomen tussenkomst in de economie, zowel door het zelf ontwikkelen van economische activiteiten - en dit niet alleen voor de productie van publieke goederen waar het private initiatief in gebreke blijft - en/of het toe-eigenen van productiemiddelen, als door de reglementering van de economische activiteiten van particuliere personen en ondernemingen (eerste arbeidswetgeving vanaf 1887, Ministerie van Nijverheid en Arbeid vanaf 1895).

Daarnaast is er een zeer grote stijging van de belastingen en andere mechanismen van verplichte solidariteit, waardoor herverdeling wordt georganiseerd en aan 'sociaal beleid' wordt gedaan. Een zeer groot deel van de rijkdom (bruto nationaal product) wordt onttrokken aan de private eigendom en de werking van het ruilmecanisme (toepassing van de ruilrechtvaardigheid) en ingezet voor een grootscheepse toepassing van verdelende rechtvaardigheid. Zo zien we dat de sociale verzekeringen oorspronkelijk nog een soort overeenkomsten waren tussen personen die gelijkaardige risico's liepen en voor de verzekering daartegen gelijkaardige bijdragen betaalden (model van het privaatrecht). Later zijn die sociale verzekeringen omgebouwd naar een stelsel van sociale zekerheid waartoe iedereen verplicht moet bijdragen volgens zijn inkomen (model van het publiekrecht) (begonnen met een subsidiëring van sociale verzekeringen, zoals in de Wet op de ouderdomspensioenen van 1900; uitbouw van verplichte sociale zekerheid eerst in de sector kinderbijlagen, wetten van 1928 en 1930).

Kenmerkend voor de verdelende rechtvaardigheid is nu precies dat zij niet noodzakelijk reciprociteit vooropstelt tussen de personen onder wie de verdeling plaatsvindt. 'Gelijke behandeling' is juist de negatie van een op reciprociteit gebaseerde solidariteit. Of een grootscheepse herverdeling tussen mensen die van oordeel zijn dat zij niet tot eenzelfde gemeenschap behoren en er tussen hen onvoldoende reciprociteit of gemeenschappelijkheid aanwezig is, op termijn wel een draagvlak heeft, is natuurlijk een andere vraag, die in onze tijd overigens steeds vaker opkomt.

Behalve voor de bekostiging van de klassieke kerntaken van de overheid (interne en externe veiligheidsorganisatie en rechtsbedeling), van openbare werken (sterk toegenomen vanaf circa 1927) en eigen economische activiteiten van de overheid (oprichting Ministerie van Economische Zaken 1917) en van de sociale zekerheid en het maatschappelijk welzijn in enge

zin (bestaansminimum en andere vormen van welzijnszorg), zijn de belastingen er vanaf het einde van de negentiende eeuw ook toe gaan strekken om een reeks maatschappelijke goederen, zoals onderwijs, gezondheidszorg en cultuur te subsidiëren of zelf in te richten, om ze aldus voor de hele bevolking bereikbaar te maken (inzake onderwijs de oprichting van het Ministerie van Onderwijs in 1878, afgeschaft in 1884, heropgericht als Ministerie van 'Kunsten en Wetenschappen' in 1907, en de onderwijswetten van onder meer 1895 en 1914; verderop in de twintigste eeuw natuurlijk ook de Schoolpactwet van 29 mei 1959, enz.). Zoals hoger beschreven is de financiering van sociale instituties als school, gezondheidswezen, welzijnszorg, socio-culturele organisatie, nieuwe openbare diensten, daardoor grotendeels een zaak van de overheid geworden en werden deze sociale verhoudingen meer en meer van de overheid afhankelijk en dus door die overheid gereguleerd.

Deze toename van de overheidstussenkomst betekende tegelijk een sterke juridisering van de sociale verhoudingen én een juridisering van het overheidsoptreden in het algemeen, ook op het gebied van de klassieke taken van de overheid (politie, rechtsbedeling, enz.). Beide zaken gaan in deze ontwikkeling, die het grootste deel van de twintigste eeuw beslaat, hand in hand. Het is namelijk zo dat de enorme tussenkomst van de overheid in het maatschappelijk leven maar aanvaardbaar kon worden gemaakt voor zover deze met de middelen van het recht geschiedde, door wetgeving en verordeningen en besluiten ter uitvoering van die wetgeving. De overheid kon haar grotere macht maar aanvaardbaar maken voor zover die macht tegelijk gekanaliseerd werd door het recht, voor zover de overheid in beginsel onderworpen werd aan het legaliteitsbeginsel.⁵⁴ elk overheidsoptreden diende op de wet te zijn gegrond, d.i. een abstracte algemene regel voor wie eenieder gelijk is. Ook het gebruik van procedures heeft een sterk legitimerende functie.⁵⁵ Het overheidsingrijpen heeft dus maar die omvang kunnen nemen omdat de politieke overheid zich bedient van en grotendeels conformeert aan het recht, of juist nog zijn beslissingen legitimeert door het naleven van juridische procedures (verkiezingen als procedure om de wetgevende macht samen te stellen, wetgevingsprocedure, legaliteitsbeginsel bij bestuur en procedures voor individuele administratieve beslissingen, procedure - normaal via de rechter - bij het afdwingen van regels tegenover burgers, enz.). De werkwijze van de overheid is door die juridisering dus sterk gewijzigd.

Omgekeerd is ook het recht grondig gewijzigd doordat het op grote schaal door de overheid is ingezet als een instrument om maatschappelijke verhoudingen te wijzigen: dit is de 'instrumentalisering' van het recht.⁵⁶ De juridisering en de instrumentalisering van het recht zijn het gevolg van een bijna onbegrensd geloof in de maakbaarheid van mens en samenleving, die de keerzijde is van de secularisering van de maatschappij (secularisering houdt immers de afbouw in van datgene wat ons overstijgt). Recht wordt minder en minder een uitdrukking van een objectieve sociale orde en meer een instrument voor verandering van de sociale orde en in het bijzonder voor de invoering van gelijkheid door de herverdeling van uiteenlopende goederen. Dat leidt er ook toe dat het recht meer instrument wordt van bepaalde belangengroepen en niet langer door middel van een objectieve ordening het algemeen belang

⁵⁴ Cf. M. ADAMS, Het ongemakkelijke huwelijk tussen recht en politiek. Een essay over de rechter als evenwichtskunstenaar, *Rechtskundig Weekblad* 1996-97, 1210.

⁵⁵ Dit werd bijzonder goed beschreven door N. LUHMANN, *Legitimation durch Verfahren*, Darmstadt, 1975.

⁵⁶ Men kan hierbij terecht opmerken dat het recht altijd een 'instrument' is voor een ordening van de maatschappij. Cf. J. GUSSELS, *Recht, ruim bekeken*, 265 e.v. Maar er blijft een verschil tussen een recht dat uitdrukking geeft aan een ordening of waarden die aan het recht voorafgaan, en een recht dat juist beoogt een 'nieuwe orde' te scheppen.

vertegenwoordigt.⁵⁷ De rechtsvorm waarmee de genoemde herverdeling van uiteenlopende goederen geschiedt is de vorm van het publiekrecht. Het publiekrecht neemt daardoor een zeer hoge vlucht en er ontstaan een reeks nieuwe rechtstakken die hoofdzakelijk publiekrechtelijk van aard zijn (onderwijsrecht, gezondheidsrecht, welzijnsrecht, socialezekerheidsrecht, recht van de godsdiensten, enz.). Daarnaast krijgt het privaatrecht in beperkte mate publiekrechtelijke trekken, meer bepaald doordat een reeks private verhoudingen meer en meer dwingend geregeld worden, d.w.z. door middel van rechtsregels waarvan partijen niet mogen afwijken (arbeidsrecht, consumentenrecht, e.d.). Maar er blijft wel nog een fundamenteel onderscheid tussen privaatrecht en publiekrecht: aan het gebruik van het privaatrecht worden weliswaar grenzen gesteld door de ‘openbare orde’, waaraan partijen geen afbreuk mogen doen, maar de burger mag privaatrechtelijke instrumenten wel nog altijd gebruiken om private belangen te dienen (zijn eigen belangen, voor zover hij rekening houdt met de gerechtvaardigde belangen van de wederpartijen). Het strafrecht behoudt nog ten dele zijn traditionele opdracht van handhaving van de sociale orde en de daarin verankerde inhoudelijke waarden (bescherming van de persoon (leven, lichaam, eer en goede naam), eigendom, openbare vrede en andere rechtsgoederen), maar krijgt ook meer en meer de taak om al die nieuwe rechtsregels te helpen handhaven.

b.2. De welvaartsstaat in de kering van het millennium en de atomisering van de gemeenschap

Veel moeilijker samen te vatten is de meest recente ontwikkeling, precies omdat die nog volop bezig is. En al is dit nog relatief weinig beschreven, m.i. hebben er inderdaad opnieuw enkele fundamentele verschuivingen plaatsgevonden in de rol van het recht en de wijze waarop het wordt gebruikt. Zij hebben er m.i. vooral mee te maken dat het geloof in de maakbaarheid van mens en samenleving en het daarmee gepaard gaande nihilisme ten aanzien van wat ons bevattingsvermogen overstijgt, de heersende ideologie zijn geworden en gebleven, hoewel de meeste toepassingen ervan grotendeels een mislukking zijn geworden.

b.2.a. Overbevraging van de staat en het recht en fragmentatie van andere regel- en zinsystemen

Een duidelijke mislukking is met name het experiment van een centrale planeconomie in de ‘socialistische’ landen. Zelfs minder verregeaande vormen van overheidsinmenging in de economie, meer bepaald als producent van goederen en diensten of door vele vormen van reglementering die te rechtstreeks waren, kunnen moeilijk geslaagd genoemd worden. De westerse staten hebben zich intern grotendeels teruggetrokken uit de economische activiteit en zijn nieuwe manieren van regulering ervan gaan zoeken; bovendien hebben ze in de hoop op een verhoging van de welvaart ook steeds meer de nationale grenzen afgebouwd (economische globalisering). Dit laatste heeft natuurlijk de macht van het kapitaal niet verminderd, maar in tegendeel de mogelijkheden voor de staten om ook andere dan economische waarden tot hun recht te laten komen verminderd.

Mijns inziens zijn er evenwel nog belangrijker redenen voor de crisis van de welvaartsstaat op het einde van de twintigste eeuw dan enkel een verkeerd economisch beleid. De hoofdredenen is

⁵⁷ Cf. GIJSSELS, *Recht, ruim bekeken*, 293-294.

zeker niet dat er te weinig welvaart werd geschapen, maar wel dat men veel te veel verwachtingen heeft geschapen bij de burgers en in de ideologische uitbouw van de grote *open society* de sociale cohesie van menselijke gemeenschappen heeft ontbonden en sociale verhoudingen gereduceerd tot een optelsom van individuen. De welvaartsstaat was *überfordert*, overbevraagd, omdat men steeds meer verwachtingen heeft gecreëerd en steeds meer sociale verhoudingen, die door mensen moeten worden uitgebouwd, voorgesteld als producten of diensten die de staat voor alle burgers zou garanderen (alles gratis voor iedereen). Steeds meer strevingen zijn voorgesteld als ‘fundamentele rechten van de mens’ waarop eenieder zomaar aanspraak heeft. In termen van mensenrechten vindt er een voortdurend opbod plaats. De prijs daarvoor ligt zeer hoog, zowel economisch (financieel) als in termen van vernieling van sociale instellingen en verhoudingen. Tegelijk is de secularisering van de maatschappij verder geschreden, alsook de daarmee gepaard gaande individualisering, waardoor er steeds minder plaats is voor datgene wat de individuele mens overstijgt en waarbij geen louter materiële producten en diensten, maar zingeving, waardigheid en identiteit worden geschapen. Elke tegenslag, elke ontgoocheling wordt daardoor tot maatschappelijk onrecht, dat door de staat moet worden gecompenseerd. Door de onttovering van de wereld moet elke ontgoocheling ook rationeel kunnen worden gerechtvaardigd; vermits dat meestal niet kan, vloeien daar nieuwe revindicaties uit voort.

De onbetaalbaarheid van de aldus geschapen verwachtingen heeft de overheid er evenwel niet toe gebracht om te stoppen met het toekennen van steeds meer subjectieve rechten, in tegendeel. Nu er minder geld is om uit te delen, gaat men in plaats daarvan meer rechten uitdelen.

Tegelijk heeft die secularisering er ook toe geleid dat andere sociale normen dan de door het recht opgelegde zwaar aan invloed verliezen. Het recht lijkt nog het enige sociale dwangmiddel met voldoende legitimiteit.

Wat zijn nu de verschuivingen in het recht die daaruit voortvloeien? Het zijn er meerdere, die in dit bestek niet allemaal kunnen worden uitgewerkt.

b.2.b. Subjectivering van sociale normen⁵⁸ en privatisering van de publieke ruimte

Zo leidt het wegvallen (door de secularisering) van het geloof in een objectieve ordening van de maatschappij tot een terugtred van het recht inzake de vormgeving aan persoonswaarden.⁵⁹ De ‘liberalisering’ van abortus en euthanasie zijn daarvan bekende voorbeelden. Maar meer in het algemeen komt het erop neer dat de omgang met eigen lichaam, eer(baarheid), naam en zelfs eigen leven meer en meer aan de objectieve, algemeen geldende normen wordt onttrokken om enkel nog te worden beheerst door de subjectieve zelfbeschikking of wat daarvoor moet doorgaan; het onttrekken van de persoonswaarden aan objectieve sociale normen maakt hen namelijk juist erg kwetsbaar voor commercialisering en economische *Verwertung*.⁶⁰ Bovendien houdt deze subjectivering niet alleen een grotere vrijheid in, maar

⁵⁸ Zie hierover verder onder meer H. DE DIJN, *Geluksmachines in context: filosofische essays*, Kapellen, 2001.

⁵⁹ Zie hierover meer algemeen M. ADAMS, Het hemels baldakijn van recht en moraal. Over de reikwijdte van het recht in een neutrale rechtsstaat, *Rechtskundig Weekblad* 2000-2001, 1401 e.v.

⁶⁰ A. HEYVAERT, De contractualisering van verhoudingen van staat, in *Liber amicorum Yvette Merchiers*, Brugge, 2001, 165 e.v., verdedigt de contractualisering met het argument dat verhoudingen van staat toch in essentie economische verhoudingen zijn. Hij bezondigt zich aan een *petitio principii* en reductionisme door al op

legt zij integendeel vaak strengere normen op aan intermenselijke gedragingen, aangezien het in vele zaken niet meer volstaat om de sociale normen te respecteren, maar men zich bij elke gedraging ook nog moet bekommeren om de subjectieve instemming van alle betrokkenen. Waar de speelruimte voor gedragingen in de sfeer van lichaam, eer en naam, waarin alle betrokkenen zogenaamd instemmen een stuk groter is geworden, is de vrijheid van handelen zonder de instemming van anderen die er zich subjectief door geschaad zouden kunnen achten, juist sterk ingeperkt. Dit zien we bijvoorbeeld in de draconische verstrenging van de regels inzake *sexual harassment* (waar met instemming vandaag alles mag, mag zonder instemming stilaan niets meer), de strafbaarstelling van de ‘belaging’ (art. 422bis Sw.)⁶¹ en van het pesten, maar ook in de drastische verstrenging van het verbod op belediging door de antiracismewetgeving, de drastische beperkingen van het sociaal gebruik van andermans naam of andere publieke gegevens door de privacywetgeving, enz. In feite vindt hier een verregaande privatisering plaats van voorheen sociale aspecten van het menselijk leven, van aspecten die vroeger tot de ‘publieke ruimte’ of het ‘openbaar domein’ behoorden (een ander voorbeeld daarvan is de uitbreiding van de notie auteursrecht). Voor steeds meer handelingen die vroeger binnen bepaalde grenzen vrij konden worden gesteld moet nu eerst de toestemming van de betrokkenen worden gekocht - bijvoorbeeld om een foto/afbeelding van iemand te publiceren -, wat de commercialisering van persoonswaarden in de hand werkt. Waar de gegevens van de burgerlijke stand (openbare registers), de uitslag van rechtsgedingen (grondwettelijke openbaarheid van rechtspraak) e.d. vroeger evident publieke gegevens waren, wordt de verspreiding van dergelijke nochtans sociaal relevante informatie meer en meer bemoeilijkt. Zo ontstaat er als het ware een grondrecht om zich van de maatschappij af te zonderen.

b.2.c. Recht als instrument van responsabilisering van de sociale sectoren

Wat de overheidstussenkomst in de in het eerste deel beschreven sociale verhoudingen betreft, leidt de crisis van de welvaartsstaat tot diverse vormen van besparingen en mede in functie daarvan tot nieuwe rechtsregels. Aan de uitgavenzijde gaat de overheid proberen de uitgaven te verminderen door de activiteiten of instellingen die door de overheid worden gesubsidieerd te ‘responsabiliseren’. Dat betekent namelijk dat de subsidie verminderd wordt, maar de overheid de beslissing waar er juist moet gesneden worden in de uitgaven grotendeels naar de sector zelf doorschuift. De grotere autonomie die bepaalde sectoren daarbij krijgen, is op de eerste plaats de autonomie om zichzelf besparingen op te leggen (bijvoorbeeld bij de universiteiten). De overheid werkt namelijk meer en meer met ‘enveloppenfinanciering’: financiering door middel van een forfaitair bedrag. Welnu, dit heeft in die sectoren (bijvoorbeeld de gezondheidszorg, het onderwijs) tot gevolg dat de rechtsregels minder dan vroeger gaan bepalen welke prestaties er nu precies gesubsidieerd worden, en meer dan vroeger de resultaten gaan bepalen die de school, het ziekenhuis, de openbare omroep e.d. met het forfaitair toegekende bedrag moet behalen. Het recht wordt daardoor nog meer een instrument van beleidsdoelstellingen en minder een reeks gedragsregels.⁶² Het positieve is wel

voorhand de niet-economische waarden uit de juridische analyse van die verhoudingen uit te sluiten, om dan tot de conclusie komen dat die verhoudingen bijna zuiver economisch zijn.

⁶¹ Zie bijvoorbeeld Gent 23 april 2002, *Nieuw Juridisch Weekblad* 2002-2003, 212.

⁶² Men kan ook spreken van een evolutie van een ‘nocratisch’ naar een ‘teleocratisch’ concept, om termen te gebruiken van Michael Oakeshott. Zie F. VON HAYEK, *Law, Legislation and liberty*, II, Chicago, 1976, 15; GIJSSELS, *Recht, ruim bekeken*, 295 e.v.

dat de gedragsregels en procedures opnieuw meer door de betrokken instellingen zelf worden opgesteld. We zullen verderop zien dat de vrijheid die daarbij aan die instellingen wordt gegeven echter bijzonder klein is. Van een deregulering is in de meeste gevallen dan ook helemaal nog geen sprake.

Aan de inkomstzijde is de belasting op het inkomen meestal niet of nauwelijks voor verhoging vatbaar. Ook hier gaat men 'responsabiliseren' door meer en meer die personen of activiteiten te doen betalen, die geacht worden een bepaalde maatschappelijke kost te hebben veroorzaakt. De overheid probeert zich vaker te verhalen voor de kosten die zij in de uitoefening van haar taak heeft moeten maken: milieukosten verhalen op de vervuilers, kosten van het wegennet verhalen op de brandstofgebruikers, tussenkomsten van politie of brandweer verhalen op zij die de interventie nodig hebben gemaakt, enz. Dit kan gebeuren door middel van indirecte belastingen of door middel van schadevergoedingsaanspraken. Voor zover op die manier aan meer economische en andere activiteiten de werkelijke kost wordt aangerekend die zij maatschappelijk veroorzaken, is dit in beginsel een terechte ontwikkeling; maar dit veronderstelt dan wel dat omgekeerd de algemene belastingdruk zou worden verminderd.⁶³

Ook in de sociale zekerheid is een deel van de kostprijs op deze wijze reeds afgewenteld op de één of andere private sector. Een mooi voorbeeld is de recente wetgeving tot bescherming van verkeersslachtoffers, waardoor voetgangers en fietsers die in aanraking komen met een motorrijtuig bijna automatisch recht hebben op schadevergoeding door de verzekeraar van dat voertuig. Uit de parlementaire voorbereiding blijkt duidelijk dat de voornaamste reden voor deze bescherming erin gelegen was om de ziekteverzekering de mogelijkheid te geven de kostprijs voor medische en andere verzorging en arbeidsonbekwaamheid door te schuiven naar de private verzekeringssector, met name de autoverzekeringen. Daartoe werd een regeling ingevoerd die in feite (zij het niet qua technische uitwerking) neerkomt op een foutloze aansprakelijkheid van de autobezitter, en het autobezit is hierdoor duurder geworden. Deze oplossing zou verantwoord zijn indien daardoor het aantal ongevallen of de ernst ervan zou afnemen, wat evenwel niet is aangetoond. Voor het overige gaat het om een afwenteling van een stukje van de kost van de ziekteverzekering op de autoverzekering en dus om een zogenaamde 'besparing' in de sociale zekerheid. Ook in andere takken van de sociale zekerheid is de 'responsabilisering' van bepaalde sectoren op de eerste plaats een - terechte of onterechte - de-responsabilisering van de overheid (bijvoorbeeld 'privatisering' van de verzekering beroepsziekten, van het rampenfonds, e.d.).

b.2.d. De kolonisering van de sociale leefwereld door het non-discriminatiebeginsel.

Een veel gevaarlijker ontwikkeling evenwel bestaat daarin dat de juridisering van de sociale verhoudingen niet afneemt en de leefwereld van de bevolking aan de hand van rechtsnormen steeds meer wordt gekoloniseerd door de heersende ideologie tot en met de zuiver private ruimte. De ruimte voor een door de burgerlijke maatschappij ontwikkelde moraliteit wordt vervangen door een door het recht opgelegde moraliteit. Het voornaamste juridisch instrument, de koevoet waarmee de leefwereld van de bevolking en haar sociale instituties worden opengebrouwen, is het non-discriminatiebeginsel en de daarmee gepaard gaande toepassing van de 'mensenrechten' in private verhoudingen. Zo wordt het 'recht op

⁶³ Zie bijvoorbeeld voor de discussie in het milieurecht L. BERGKAMP, *De vervuiler betaalt dubbel*, Antwerpen, 1998.

onderwijs' dat iedereen gelijkelijk zou bezitten, ingezet tegen de 'vrijheid van onderwijs'. 'Vrijheid' betekent in essentie dat men een ruimte heeft waarbinnen men mag kiezen en zich voor die keuzes niet moet verantwoorden. Een 'fundamentele vrijheid' betekent dat men identiteit en loyaliteit boven gelijkheid mag stellen. Een 'fundamentele vrijheid' betekent niet dat men géén verantwoording verschuldigd is over de wijze waarop men die vrijheid gebruikt en invult, maar wel dat men zich daarover niet juridisch moet verantwoorden (tenzij men natuurlijk in de uitoefening van die vrijheid de menselijke waardigheid, de lichamelijke integriteit, de eer en goede naam en de fundamentele vrijheden van anderen zou aantasten, maar de overheid mag zich niet in de plaats van de burgers stellen in de uitoefening van die vrijheden).

Nadat men gedurende ongeveer een eeuw in functie van de gelijkheid een zeer omvangrijk publiekrecht heeft uitgebouwd, zitten we vandaag in een fase waarin het privaatrecht zelf geïnstrumentaliseerd wordt en het onderscheid tussen publiek- en privaatrecht verder vervaagt.

Waar de overheid in de eerste fase van de welvaartsstaat vooral de economische vrijheid aan banden heeft gelegd, door een verhoging van de belastingdruk en reglementering van de economie, wil de overheid vandaag niet meer alleen onze portefeuille maar ook onze geest koloniseren. Vandaag wordt vooral de vrijheid op andere vlakken aangetast: de vrijheid van opinie en meningsuiting, van godsdienst en van geweten, van vereniging en vergadering. Meningingen en verenigingen die een onderscheid durven maken dat door de heersende ideologie van gelijkschakeling niet wordt aanvaard, worden verboden en bestraft. De grotere autonomie tot zelfregulering die op het eerste gezicht terug aan de maatschappelijke instellingen wordt gegeven, wordt hierdoor geheel tenietgedaan.

Ondanks het failliet van de maakbaarheidsideologie wordt deze op die manier steeds verder doorgezet met nieuwe subjectieve rechten als instrument (waarmee het recht geïnstrumentaliseerd wordt door bepaalde belangengroepen). Aangezien de overheid niet in staat is om al die grondrechten die men in de Grondwet en allerlei ronkende internationale verklaringen heeft ingeschreven, te betalen, wordt aan de burger nu de mogelijkheid gegeven om deze rechten als wapen tegen andere burgers te gebruiken. Ondanks de verwoording van meer bepaald de zogenaamde sociale grondrechten gaat het hier toch niet meer op de eerste plaats om 'materiële' rechten, d.i. rechten die een welbepaalde inhoud hebben, maar om relativistische rechten die beantwoorden aan de nieuwe 'waardenvrije waarden' zoals non-discriminatie.⁶⁴ In werkelijkheid gaan deze nieuwe subjectieve rechten ten koste van vrijheidsrechten en organiseren zij een gevaarlijke intolerantie:⁶⁵ de intolerantie tegenover eenieder die nog een identiteit wil uitdragen, wat immers niet mogelijk is zonder ook verschillen uit te dragen met de anderen; de intolerantie tegenover elke gemeenschappelijke zingeving, omdat zingeving in wezen inhoudt dat de zin die men geeft wel degelijk een verschil maakt, en dat dus niet elke mogelijke betekenis evenwaardig is. Het gaat hier niet langer meer om een ontzuiling in de enge zin van het woord, namelijk de vrijwaring van de autonomie van de politiek door de invloed van levensbeschouwelijke organisaties in de politieke sfeer tegen te gaan, maar om het opleggen van het politieke model van pluralisme (namelijk dat van inwendig pluralisme), dat past in een organisatie waar eenieder verplicht deel van uitmaakt, op de samenwerkingsvormen van de burgerlijke maatschappij, waar een extern pluralisme (het recht om eigen organisaties in te richten) gerechtvaardigd is.

⁶⁴ Cf. H. DE DIJN, *Vorbij de ontzuiling*, lezing Triest-leerstoel 2001 (die tolerantie een puur formele waarde noemt).

⁶⁵ Cf. A. FINKIELKRAUT, *L'ingratitude*, Parijs, 1999, 196 e.v., 211 e.v.

De toepassing van het gelijkheidsbeginsel wordt met name problematisch omdat het niet enkel de gelijke behandeling van gelijken voorschrijft, maar vooral verbiedt om rekening te houden met een hele reeks verschillen die reëel zijn maar door het recht als verplicht irrelevant worden bestempeld, ook al zijn ze voor de betrokkenen wel relevant. Het paradoxale is dat het juist deze perverse toepassing van het gelijkheidsbeginsel - namelijk door het te zien als een wapen tussen burgers onderling en niet als een eis die alleen jegens de overheid geldt - is, die de bevolking meer dan ooit dreigt in te delen in categorieën als man en vrouw, autochtoon en allochtoon, heteroseksueel en homoseksueel, enz., en zo leidt tot een nieuwe balkanisering van de samenleving waarin deze groepen tegen elkaar worden opgezet. Het leidt meer dan eens tot kwotaregelingen waardoor personen juist iets toebedeeld krijgen omdat ze aan een bepaald 'illegitiem' criterium voldoen. Een discriminatieverbod in private verhoudingen komt uiteindelijk alleen ten goede aan goed georganiseerde minderheidsgroepen en gaat ten koste van de echt zwakkeren in de samenleving. De zwakkeren worden het slachtoffer van non-discriminatiewetgeving omdat het hun leefwereld is die kapotgemaakt wordt en omdat zij diegenen zijn die afhankelijk zijn van een concrete inzet van de medemens die maar standhoudt wanneer er een voldoende verbondenheid tussen mensen bestaat, die haar uitdrukking vindt in sociale verhoudingen en instituties die een groepsidentiteit uitdragen.⁶⁶ Het zijn immers juist de traditionele structuren van de solidariteit die verdwijnen in een maatschappij die enkel nog op individuele rechten (mensenrechten of andere) is gebaseerd en waarin uiteindelijk verbanden die op economische belangen gebaseerd zijn het sterkst standhouden. Of zoals M. Gauchet schreef in *Quand les droits de l'homme deviennent une politique*:⁶⁷ de rechten van de mens organiseren een liquidatie van 'l'ensemble des facteurs structurants qui continuaient de figurer une transcendance des collectifs par rapport aux individus'. Een ware democratie vereist dan ook een burgerlijke maatschappij waarin de gemeenschappelijke zingeving en de tekens die betekenis geven aan ons leven in gemeenschap worden uitgebeeld en uitgedragen.⁶⁸ Een ideologie die dit bestrijdt omdat dit intolerant zou zijn - en die ideologie is vandaag stilaan heersend geworden - getuigt van een totaal vertekende opvatting van de tolerantie. Om het met de woorden van De Dijn te zeggen: 'In plaats van alle symbolen en waarden-referenties uit het publieke leven te bannen (...) moet men zich eerder afvragen hoe die (minderheidsgroepen) zich in de heersende symbolen en waarden kunnen herkennen', waarbij hij verwijst naar *The decent society* van Margalit.⁶⁹

⁶⁶ Cf. H. DE DIJN, *Voorbij de ontzuiling*.

⁶⁷ In *Le débat* 2000, nr. 110.

⁶⁸ Cf. H. DE DIJN, Nieuwe politieke cultuur heeft levensbeschouwing nodig, *Ons erfdeel* 2000, 352.

⁶⁹ A. MARGALIT, *The decent society*, Cambridge (Mass.), 1996, 160. Concreter is deze auteur in een bijdrage in de *New York review of books*, geciteerd in *De groene Amsterdammer* van 1 december 2001: 'Ik ben niet voor een joodse staat, die in een staatsideologie bepaalt wat het betekent joods te zijn. Ik ben voor een staat voor de joden: een staat die joden uit de hele wereld zonder enige voorwaarde opneemt. Dat is een kwestie van solidariteit met joden die waar ook ter wereld worden vervolgd. Ik zou niet weten waarom zo'n staat niet democratisch zou kunnen zijn. Iedereen die er woont, heeft stemrecht. Joden worden onbelemmerd toegelaten, voor anderen geldt een normale naturalisatieprocedure. Natuurlijk heeft zo'n staat tradities en symbolen die vervreemdend kunnen werken op bijvoorbeeld zijn Arabische inwoners, maar dat heb je overal. In Engeland zingen ze *God Save the Queen*, in Nederland zult u ook wel symbolen en termen gebruiken die vervreemdend werken op de gastarbeiders. Dat wil nog niet zeggen dat ze vernederend zijn en dat de samenleving onfatsoenlijk is. Er is nu eenmaal een spanning tussen de grote waarden zodra je die in de werkelijkheid gestalte probeert te geven. Dat geldt ook voor joods en democratisch.'

4. Uitleiding: waarheen met de rol van het recht in sociale verhoudingen?

Het recht met betrekking tot vele sociale verhoudingen is op hol geslagen, na gekaapt te zijn door politiek-ideologische lobby's. Jammer genoeg blijven vele juristen meedraven en nemen ze niet de tijd om even stil te staan ter bezinning. Er moet dan ook een nieuw concept worden ontwikkeld over de wijze waarop het recht moet omgaan met sociale verhoudingen en menselijke activiteiten. Daarbij moeten ook de ambities van het recht worden teruggeschroefd. Recht is weliswaar het in het werk zetten van de rechtvaardigheid, maar wie denkt dat hij de rechtvaardigheid niet alleen in het werk kan zetten, d.i. een kader kan scheppen waarin deze verder kan ontwikkeld worden, zonder ooit aan het ideaal te beantwoorden, maar de ideale wereld kan opleggen, wordt totalitair. Het recht moet veeleer publieke of private ruimten scheppen waarbinnen de menselijke faculteiten en waarden tot hun recht kunnen komen: een ruimte waarbinnen economische waarde kan worden gecreëerd (de markt), maar ook ruimten waarbinnen andere menselijke waarden tot hun recht kunnen komen, ruimten waarbinnen individuele mensen zich kunnen ontplooiën, maar ook ruimten waarbinnen gemeenschappelijke zin of betekenis kan worden gesticht en waarbinnen menselijke gemeenschappen zichzelf (hun identiteit) kunnen uitdragen, ruimten die daartoe ook vrijheid vereisen. Bij de afbakening en vormgeving van die ruimten moet een evenwicht worden gezocht tussen een meer liberale visie die de vrijwilligheid benadrukt (recht op *exit*) en de meer communautaristische die meer de onvrijwillige verbondenheid benadrukt (met meer nadruk op *voice*, d.i. inspraak).

In zijn meesterwerk *Spheres of Justice. A defense of pluralism and equality*⁷⁰ besluit Michael Walzer onder meer dat het totalitarisme, de hoogste vorm van tirannie, in wezen neerkomt op de gelijkschakeling van sociale goederen en levenssferen die gescheiden moeten blijven; het tegendeel daarvan vereist juist dat er gedifferentieerd wordt tussen sferen van rechtvaardigheid: een economische sfeer, een politieke sfeer, een culturele sfeer en misschien nog meer onderverdelingen daarvan. Onrechtvaardigheid bestaat er volgens Walzer in wezen in dat de maatschappelijke positie of macht die iemand in één van die sferen heeft gebruikt wordt om ook in andere sferen dezelfde macht te verkrijgen.

Dan is het de essentiële taak van het recht in de eenentwintigste eeuw om ervoor te zorgen dat die sferen voldoende gedifferentieerd blijven, en in het bijzonder dat onderwijs, gezondheidszorg, verenigingsleven, pers, religie, gezinsleven e.d. niet gedomineerd worden door geld (gecommercialiseerd) noch door politieke macht (gepolitiseerd), dat ook de politieke sfeer niet gedomineerd wordt door het geld, en de economie niet door de politieke macht. Terwijl het recht er vandaag redelijk in lijkt te slagen om de juiste vormen te vinden waarin de economie tot haar recht kan komen (eigendoms-, contracten- en aansprakelijkheidsrecht) en welvaart kan worden geschapen, alsook om min of meer de juiste vormen te vinden waarin de kerntaken van de politieke gemeenschap kunnen worden uitgevoerd (gelijke politieke rechten), krijgen die andere menselijke en sociale waarden en verhoudingen het veel moeilijker om tot hun recht te komen. De burgerlijke maatschappij wordt kapotgedrukt tussen economisering enerzijds en verstaatsing anderzijds, tussen een logica van de concurrentie enerzijds en een logica van de gelijkheid anderzijds. Dit is onder meer het gevolg van een perverse toepassing van het non-discriminatiebeginsel. Meer algemeen is het een gevolg van het feit dat men die levensdomeinen veel te sterk in termen van individuele rechten heeft proberen te vatten en te weinig verstaat dat de waarde van die verhoudingen en instellingen essentieel berust op de zin, de zorg, de waardigheid en de

⁷⁰ New York, 1983.

identiteit die zij aan hun leden geven door het zuiver individuele te overstijgen. In de sfeer van (multi)nihilisme, commercialisering en *political correctness* die onze tijd kenmerkt, is het een bijzonder moeilijke, maar niettemin noodzakelijke opdracht voor juristen om subjectieve rechten terug om te bouwen van een uitdrukking van individuele willekeur naar een maatschappelijke vrijheidsruimte waarbinnen eerst de menselijke deugden een kans krijgen.

De rol van recht en economie herleiden tot evenwichtige proporties, waardoor die andere waarden en deugden ook een kans krijgen, zal echter niet mogelijk zijn indien men niet bereid is in te zien dat dit ook een voldoende culturele homogeniteit veronderstelt op die andere maatschappelijke domeinen, zo men wil voldoende gemeenschappelijke inhoudelijke waarden of een ‘publieke cultuur’, waartegenover men niet zomaar een recht op ‘exit’ heeft.⁷¹ Een minimumethiek of louter procedurele ethiek volstaan daartoe niet. Het gelijkheidsbeginsel kan onmogelijk de voor de uitbouw van een vrije én solidaire samenleving noodzakelijke culturele identiteit en inhoudelijke ethiek vervangen en de toepassing ervan in private verhoudingen vernielt de sociale verhoudingen waarbinnen eerst vrijheid en solidariteit kunnen bloeien. Maar zolang men het multinihilisme en inhoudsloze egalitarisme predikt, zullen recht en geld blijven verder doorhollen als de voornaamste krachten met maatschappelijke impact.

⁷¹ Ik heb dit probleem ten dele behandeld, weliswaar vanuit een ander perspectief, in Over het politiek, economisch en cultureel belang van een welbegrepen culturele samenhang en zelfvertrouwen, *Hoe Vlaams zijn de Vlamingen? Over identiteit*, ed. P. De Roover en E. Ponette, Leuven, 2000, 117-123, tekst die werd herwerkt en uitgebreid tot Geworteld en gelaagd, in *Vlaamse identiteit, Nederlandse toekomst in Europa, Tekosreeks* nr. 12, (= <http://www.storme.be/geworteldengelaagd.pdf>); en ten dele in Democratie, hoe is het mogelijk? Over de randvoorwaarden voor een daadwerkelijke democratie, *Ad-vocare* 2000-2001, nr. 1, 10-15 (= <http://www.storme.be/opsomer2000-storme.html>).