

PDF hosted at the Radboud Repository of the Radboud University Nijmegen

The following full text is a publisher's version.

For additional information about this publication click this link.

<http://hdl.handle.net/2066/93514>

Please be advised that this information was generated on 2018-07-08 and may be subject to change.

Wojcieck Sadurski

Equality and Legitimacy

Oxford: Oxford University Press 2008, 250p., ISBN 978-0-19-954517-9

ASHLEY TERLOUW*

Het boek *Equality and legitimacy* gaat over politieke, wettelijke en sociale gelijkheid en geeft antwoord op de vraag wat de betekenis van deze vormen van gelijkheid is voor legitimiteit van wetgeving. Het antwoord staat eigenlijk al in de inleiding: Legitimiteit is niet waardevrij en gelijkheid is een belangrijke legitimerende waarde. Het interdisciplinaire karakter van het boek is de belangrijkste wetenschappelijke meerwaarde. Ik kan in deze bijdrage geen recht doen aan de rijkdom van het boek en ga slechts in op de hoofdlijnen en punten die ikzelf het meest interessant vond.

1. Politieke gelijkheid en de Majority Rule

Sadurski gaat bij de bespreking van politieke gelijkheid vooral op zoek naar de legitimering van de *Marjority Rule* (MR). Waarom aanvaarden wij intuïtief dat een meerderheidsbeslissing legitiem is? Sadurski betoogt dat de legitimerende kracht van de MR met name is gebaseerd op de gelijkheidsgedachte die eraan ten grondslag ligt. Waaraan ontleent de MR zijn legitimerende kracht? Door sommigen wordt betoogd dat dit is vanwege de rechtvaardige uitkomsten (*output-legitimacy*). Het biedt de maximale bevrediging voor het maximale aantal mensen. Sadurski vindt dit utilitaire argument niet goed genoeg, evenmin als de gedachte dat de MR wordt geaccepteerd omdat er in de toekomst sprake kan zijn van een andere meerderheid. Deze gedachte heeft volgens de auteur zelfs iets pervers, hetgeen hij illustreert door het voorbeeld dat de aanstelling van een gezagsdrager wordt gelegitimeerd met het argument dat hij weer kan worden ontslagen. Nee, de echte legitimerende kracht van de MR is volgens Sadurski in wezen gelegen in het idee van gelijkheid dat eraan ten grondslag ligt. Iedereen heeft één stem die even zwaar weegt, iedereen wordt dus als gelijk beschouwd. Dat is een moreel uitgangspunt.



* Ashley Terlouw is hoogleraar rechtssociologie aan de Radboud Universiteit Nijmegen.

Een probleem is wel dat de voorkeuren en belangen van individuen en groepen niet dezelfde intensiteit en gewicht hebben. Sadurski meent dat dit probleem echter niet afdoet aan gelijkheid als legitimerende kracht van de MR. Ten eerste omdat de MR slechts betrekking heeft op het eind van het besluitvormend proces, *the voting stage* en in de fase daarvoor *the deliberation stage* alle ruimte bestaat om de intensiteit van voorkeuren naar voren te brengen. Ten tweede omdat (afgezien van referenda) er in de representatieve democratie niet wordt gekozen voor of tegen een specifiek voorstel maar voor een vertegenwoordiger die bij de besluitvorming politieke onderhandelingen voert waarbij de intensiteit van voorkeuren zeker een rol speelt. Dat is van belang voor de legitimiteit van de MR. Daarnaast maakt hij verschil tussen belangen en waarden waarover stemmers zich uitlaten en als het om waarden gaat betoogt hij dat het niet ter zake doet hoe sterk wij aan deze waarden hechten. Dat is juist essentieel aan de gelijkheidsgedachte: *'if we want to respect political equality of citizens-voters, we must treat their preferences as if they were of equal intensity.'* (p. 53).

Volgens Sadurski vloeit uit de gelijkheidsgedachte ook voort dat we bezwaar hebben tegen het verhandelen van stemrecht, al kan dat volstrekt in overeenstemming zijn met de *Pareto optimality test* (hetgeen wil zeggen dat het vanuit een bepaald gezichtspunt rationeel is om je stem(recht) te verkopen). Maar het verhandelen van stemrecht van burgers is in strijd met het uitgangspunt van de gelijkheid van stemgerechtigden. De onvervreemdbaarheid van stemrecht is bedoeld om te voorkomen dat mensen niet kunnen meebeslissen maar ook om tegen te gaan dat sommige mensen meer invloed op de beslissing hebben dan anderen (p. 56).

Sadurski onderkent dat de MR tot ongelijke resultaten kan leiden, bijvoorbeeld tot ongelijke behandeling van leden van een minderheidsgroep. Hij bestrijdt echter dat de MR daarom zijn legitimering niet in de gelijkheidsgedachte zou kunnen vinden. Voor sommige beslissingen is unanimiteit (of een gekwalificeerde meerderheid) nodig, maar de MR is geen slap afbrekingspunt van het ideaal van unanimiteit. Integendeel, de unanimiteitseis veroorzaakt een flagrante ongelijkheid tussen personen die een bepaalde beslissing steunen en personen die er tegen zijn en de macht van het veto hebben. De mening van de eersten telt veel minder zwaar. Naast politieke gelijkheid bestaat economische en sociale gelijkheid, of liever ongelijkheid. Het is denkbaar dat iedereen op gelijke wijze deelneemt aan het politieke proces terwijl de uitkomst daarvan verschilt voor elke deelnemer. Sadurski betoogt niet alleen op basis van deze realiteit dat politieke en sociale ongelijkheid als onafhankelijke concepten moeten worden beschouwd, hij laat ook zien dat we niet anders willen. Immers als het twee afhankelijke grootheden waren dan zouden we moeten aanvaarden dat

meer sociale gelijkheid ten koste mag gaan van politieke gelijkheid. Een geringe beperking van de politieke gelijkheid zouden we misschien wel accepteren, maar geen volledige ook al zou dit nog zozeer ten goede komen aan de sociale gelijkheid. Denk voor Nederland bijvoorbeeld aan de hypotheekrenteaftrek. De MR houdt afschaffing daarvan tegen, hoewel de hypotheekrenteaftrek de sociale ongelijkheid vergroot.

Tot slot erkent Sadurski dat er naast de MR andere voorwaarden zijn voor politieke gelijkheid. Hij gaat uitvoerig in op het idee van gelijke kansen en vertaalt dit in politieke gelijke kansen. Dit idee kent volgens hem de volgende dimensies: 1) impact op de agendasetting, 2) toegang tot relevante informatie, 3) toegang tot fora van gedachtewisseling, in het bijzonder de massamedia, 4) garantie van ruimte om van mening te verschillen, verzekering van neutrale procedures van gedachtewisseling. Al deze elementen van gelijke politieke kansen spelen een rol in het proces van gedachtewisseling en niet in de besluitvormingsfase. Dan is het de politieke gelijkheid in de vorm van *one man one vote* die bepalend is. Dat neemt niet weg dat 'we do not want to upset this political equality by lack of equality at an earlier stage' (p. 90).

Het gelijkheidskarakter van de MR wordt natuurlijk wel bepaald door de *demos*, de groep van mensen die geïnccludeerd zijn. Dat sommige mensen niet deelnemen aan het democratische proces, zoals kinderen en geesteszieken, is vrijwel universeel geaccepteerd maar voor anderen is uitsluiting minder evident, zoals lang verblijvende burgers van andere staten. Het vaststellen van de *demos* is cruciaal want als de MR berust op de gedachte van gelijkheid, dan wordt een fundamentele ongelijkheid veroorzaakt door groepen mensen van de *demos* uit te sluiten. Hierdoor zal de claim van legitimiteit van toepasselijkheid op hen van democratisch tot stand gekomen wetten falen.

2. Gelijkheid voor en in de wet

Waar Sadurski spreekt over wettelijke gelijkheid, gaat het hem niet zozeer om gelijkheid voor de wet. Dat vindt hij eigenlijk geen echt op het gelijkheidsideaal gebaseerd beginsel maar niets anders dan de eis dat regels algemene gelding hebben en algemeen moeten worden uitgevoerd in plaats van ad hoc of op een *case by case* basis. Met wettelijke gelijkheid bedoelt hij gelijkheid in de wet, of *substantive equality*. Het gaat om het grondwettelijke gelijkheidsbeginsel, het verbod voor de overheid om onderscheid te maken (om niet te discrimineren in wet- en regelgeving) en niet het berekenen van materiële gelijkheid door wetgeving.

De sleutel tot het verschil tussen toelaatbare en ontoelaatbare discriminatie moet volgens Sadurski worden gevonden in de relatie tussen de

classificatie (het middel) en het doel daarvan. Dit komt ons bekend voor als de objectieve rechtvaardigingstoets, die inhoudt dat het doel van onderscheid legitiem moet zijn en het middel geschikt en noodzakelijk en dus niet verdergaand dan strikt nodig is. Maar de auteur komt tot een andere wijze van toetsen of het maken van onderscheid wel of niet toelaatbaar is. Dit is in mijn ogen vernieuwend.

Sadurski betoogt dat de zogenoemde *per se test* (in het Amerikaanse staatsrecht bekend als *strict scrutiny test*) niet deugt. Deze test komt erop neer dat classificaties op grond van bepaalde karakteristieken zoals ras, op zichzelf al als discriminerend worden gezien. Raciale classificatie wordt gelijkgesteld met raciale discriminatie. Deze *per se* benadering is breed geaccepteerd onder juristen maar volgens de auteur filosofisch ondeugdelijk. Hij ontleedt de test in stappen en laat eerst zien dat het idee dat classificatie op grond van onveranderlijke karakteristieken in zichzelf discriminatoir is, geen stand kan houden. Het maakt bijvoorbeeld voor de ernst van discriminatie op grond van seksuele voorkeur toch niet uit of een seksuele voorkeur is aangeboren of zelf gekozen. Bovendien vindt er onderscheid plaats op grond van onveranderlijke karakteristieken, zoals schoonheid en lichamelijke fitheid, dat niet zonder meer als discriminatoir wordt beschouwd.

Maar Sadurski gaat verder. Hij betoogt zelfs dat het onmogelijk is om enige karakteristiek te identificeren die, indien op grond daarvan classificatie plaatsvindt, onvermijdelijk tot discriminatie leidt (p. 119). De fout van de *per se* theorie is dat in deze theorie het verband tussen de classificatie en het doel ervan ontbreekt, terwijl het doel van de classificatie - en niet de karakteristiek van de geclassificeerde groep - nu juist doorslaggevend is. Hierin zit wel het gevaar van een cirkelredenering want elk doel van een classificatie houdt uiteraard verband met die classificatie. Maar essentieel is of het doel van de classificatie is om de groep te benadelen of te bevoordelen.

Ook de objectieve rechtvaardigingstoets, zoals die in het EU-recht wordt gehanteerd, voldoet volgens Sadurski niet, omdat de eis van noodzakelijkheid onduidelijk is. Is het voldoende dat de classificatie efficiënt is of moet zijn voldaan aan de subsidiariteitseis, dat er geen ander middel mag zijn waarmee hetzelfde doel kan worden bereikt zonder de classificatie.

Bruikbaar is volgens Sadurski de weg van het verhogen van de *level of scrutiny* (de grondigheid van de toetsing). De toetsing moet dan betrekking hebben op het doel en op de relatie tussen de classificatie (het middel) met het doel. Daarmee wordt uitdrukking gegeven aan de verdachtheid van het maken van onderscheid en het tolereert geen gemakkelijke overinclusiviteit en onderinclusiviteit. Maar wanneer is er reden is voor het hogere *level of scrutiny*, wanneer is een classificatie verdacht? Een

leeftijdsgrens voor het rijbewijs houdt bijvoorbeeld een classificatie op grond van leeftijd in maar geen verdachte classificatie. De reden daarvoor is volgens Sadurski gelegen in de achterliggende motieven en of die wel of niet zijn gebaseerd op onverdraagzaamheid. Sadurski noemt drie kenmerken die indiceren dat wetgeving een verhoogd *level of scrutiny* behoeft. Dat is het geval als die wetgeving 1) met name minderheidsgroepen treft die disproportioneel weinig invloed hadden op de totstandkoming van wetgeving, 2) wordt opgelegd aan groepen die traditioneel in een achterstandpositie zijn (is er sprake van een bestaand patroon van benadeling), 3) een groep als intellectueel, moreel of anderszins inferieur aanmerkt, dat wil zeggen een stigmatiserend effect heeft (p. 145).

Ik vind dit een interessante benadering die wellicht een oplossing kan bieden voor de soms zichtbare worsteling bij het toepassen van de objectieve rechtvaardigingstoets in Nederland. Sadurski's 'verdachte-motievenbenadering' zou tenminste betekenen dat het huidige uitgangspunt van een symmetrische benadering van de gelijkebehandelingsgronden (zowel vrouwen als mannen kunnen zich beroepen op onderscheid op grond van geslacht en zowel mensen met een witte als zwarte huidskleur kunnen het slachtoffer zijn van rassendiscriminatie) niet langer houdbaar zou zijn.

3. Sociale gelijkheid

Gelijkheid is een relationeel concept. Het bereiken van gelijkheid betekent niet noodzakelijk dat de kwaliteit van het leven verbetert.

Ongelijkheden kunnen bovendien een gevolg zijn van (on)geluk of van eigen keus en een maatschappij heeft behoefte aan een balans tussen de verantwoordelijkheid van het individu voor zijn eigen keuzes en de verantwoordelijkheid van de maatschappij voor ongeluk dat niet het gevolg is van eigen keuzes. Maar het verschil tussen deze natuurlijke en sociale ongelijkheden is niet zo evident. Ook talenten en doorzettingsvermogen zijn arbitrair verdeeld over mensen. Op de vraag hoe de overheid moet reageren op arbitraire ongelijkheden zijn volgens Sadurski grofweg drie reacties mogelijk (p. 161-162). Ten eerste de reactie 'pech gehad', de overheid heeft hiermee niets te maken, het leven is nu eenmaal niet eerlijk. Ten tweede: de overheid moet zich inspannen om alle arbitraire ongelijkheden te verminderen of op te heffen. Ten derde: er is een plicht voor de overheid om voordelen ten gevolge van sociale ongelijkheden ongedaan te maken of te verminderen maar niet die ten gevolge van natuurlijke talenten en capaciteiten.

Veel aandacht geeft de auteur aan het principe van het *luck egalitarianism*. Hij gebruikt veel woorden om dit principe te verdedigen maar slaagt

daarin – ook volgens hemzelf - uiteindelijk niet geheel. *Luck egalitarianism*, dat ik - zonder recht te doen aan de complexiteit ervan - maar even ‘pech moet weg’ noem, komt erop neer dat sociale gelijkheid inhoudt dat sprake moet zijn van een eerlijke verdeling van sociale en economische rechten, tenzij de ongelijkheden kunnen worden herleid tot een eigen vrije keus.

Dat deze gedachte problematisch is, blijkt direct al als het begrip ‘eigen vrije keus’ nader wordt beschouwd. Wie van mening is dat vrije wil niet bestaat, stuit hier op een onneembare hobbel. Sadurski gaat daarom de begrippen geluk (of pech) en verantwoordelijkheid te lijf.

Wat is pech en voor welke pech kun je verantwoordelijk worden gehouden? Is verantwoordelijkheid wel het spiegelbeeld van geluk? Er is een verschil tussen input- verantwoordelijkheid, een verantwoordelijkheid voor je daden waarbij vrije wil een rol speelt en output-verantwoordelijkheid, verantwoordelijkheden die je hebt voor bepaalde zaken zonder dat vrije wil daarbij een rol speelt, zonder dat je er invloed op hebt. Ook geluk (of pech) bestaat in twee vormen: *brute luck* waar je niets aan kunt doen en *option luck*, waarbij meer sprake is van een bewuste gok die goed of verkeerd uitpakt. Sadurski vindt dat geluk moet worden begrepen als *brute luck* en verantwoordelijkheid als input-verantwoordelijkheid. Maar dat lost niet alle problemen op. Wie rookt weet dat hij daarmee de kans op longkanker vergroot maar als de roker vervolgens longkanker krijgt, is dat dan botte pech of was het een welbewuste gok die slecht is uitgekapt? Dit is vooral van belang voor de vraag of vanuit het oogpunt van gelijkheid de pech moet worden weggenomen of verminderd (of de kosten van de medische behandeling moeten worden betaald). Sadurski concludeert dat dit een kwestie is van een morele keus die niet kan worden gemaakt op basis van de gelijkheidsnorm maar op grond van andere ideeën zoals die over privacy, autonomie, en efficiëntie. Wel bestaat er een zekere morele overeenstemming bestaat dat er een ondergrens moet zijn, een *safety net*: er moet nog wel sprake zijn van een menswaardig leven of de pech nu het gevolg is van eigen keuzes, of factoren die je onder je controle hebt, of niet (p. 201/202). Dit betekent volgens hem niet dat de theorie van *luck egalitarianism* onhoudbaar is, het betreft slechts de toevoeging van een paternalistisch element. Maar draagt niet vrijwel elke wetgeving een vorm van paternalisme in zich?

Het meeste houvast blijkt Sadurski toch te ontleen aan het verschil tussen factoren die binnen en buiten onze persoonlijke controle liggen. We kunnen verantwoordelijk worden gehouden voor gebeurtenissen die niet zijn toe te schrijven aan onze keuzes, maar we kunnen niet verantwoordelijk worden gehouden voor gebeurtenissen die buiten onze controle liggen, afgezien van strikte (of risico-) aansprakelijkheid, maar die botst

volgens hem dan ook met onze morele intuïtie. Het is volgens Sadurski niet te bewijzen of *luck egalitarianism* werkelijk tot meer gelijkheid leidt. Het wegnemen van de gevolgen van toeval kan ook tot méér ongelijkheid leiden. Denk aan het voorbeeld van een overstroming die zowel de villa van een rijkard wegvaagt als het hutje van een arme. Het wegnemen van de gevolgen, het herstel in oude toestand, veroorzaakt meer ongelijkheid dan het in stand houden ervan. In de nieuwe toestand zijn de rijkard en de arme er even slecht aan toe, namelijk dakloos. De werkelijke zorg van *egalitarians* zou volgens Sadurski moeten liggen bij problemen omtrent hegemonie, dominantie and exploitatie. Niettemin is *luck egalitarianism* zijn voorkeurstheorie als het gaat om sociale gelijkheid.

4. Tot slot: Gelijkheid en legitimiteit

In het slothoofdstuk relateert Sadurski de drie vormen van gelijkheid: politieke, wettelijke en sociale aan het begrip legitimiteit. De meest interessante vraag hierbij is of deze drie vormen van gelijkheid bijdragen aan de legitimiteit van wetgeving. Legitimiteit van wetgeving wil niet zeggen dat de wet onvoorwaardelijk moet worden gehoorzaamd, het gaat erom of de drie vormen van gelijkheid van betekenis zijn voor het respect voor de wet. Legitimiteit is geen kwestie van wel of niet maar van meer of minder. Politieke gelijkheid is het minst controversieel en kan zeker worden beschouwd als een voorwaarde voor legitimiteit, waarbij de *Majority Rule* als uitgangspunt geldt. Ook wettelijke gelijkheid (het gelijkheidsbeginsel) draagt bij aan legitimiteit van wetgeving, maar minder duidelijk. Als een wet bepaalde minderheidsgroepen benadeelt dan is een *special scrutiny* van een dergelijke wet door een rechterlijke instantie nodig. Het is echter lastig te bepalen wanneer een wet een ontoelaatbare last, een stigma meebrengt. Deze vraag is eerder de uitkomst van de toetsing dan de basis ervoor. Sociale gelijkheid, uitgewerkt als *luck egalitarianism*, is het meest controversieel. Het is daarom de vraag of het wel een rol speelt bij legitimiteit. Hoogstens is er een gedeeld idee dat factoren die buiten onze controle liggen geen invloed mogen hebben, maar de visies variëren tussen, wat ikzelf maar even kort samenvat als 'pech moet weg' en 'het leven is nu eenmaal onrechtvaardig'. Hoewel Sadurski zelf een voorstander is van *luck egalitarianism* als basis voor sociaal beleid, onderkent hij dat niet kan worden geclaimd dat implementatie daarvan zal bijdragen aan legitimiteit.

Equality and legitimacy is een interessant boek voor ieder die is geïnteresseerd in gelijkheid, democratie, politiek en legitimiteit. Het is tegelijkertijd een eeuwenoud als een actueel thema.

Actueel en relevant voor de Nederlandse situatie is het boek omdat we worden geregeerd door een minderheidskabinet dat met gedoogsteun net 76 zetels heeft. Legitimeert het democratische idee dat de meerderheid beslist over de totstandkoming van wetten waar een zeer grote minderheid tegenstander van is? De bespiegelingen in het boek over de *Majority Rule* zijn ook interessant voor het CDA. Hoe gaat deze partij om met de eenderde minderheid die op het congres van 2 oktober 2010 tegen het regeer- en gedoogakkoord was? Doet Sadurski's omarming van de regel dat de meerderheid beslist, wel recht aan dergelijke grote minderheden? Het boek is ook actueel vanwege de moeilijke afweging bij botsing van gelijkheidsrechten, getuige de zaken over de SGP, de trouwambtenaar en de homoseksuele leerkracht op een christelijke school. Wellicht biedt Sadurski's alternatieve rechtvaardigingstoets een nuttig handvat. Tot slot is het boek actueel vanwege spanning tussen het pleidooi voor meer eigen verantwoordelijkheid die staat tegenover de 'pech moet weg' gedachte. Deze tegenstelling vormt onder meer de basis voor allerlei discussies over de vraag of de pil wel of niet moet worden vergoed door de basisverzekering, of de staat wel of niet de kosten van inburgering op zich moet nemen en of een bromfietshelm en autogordels verplicht moeten zijn. Sadurski biedt niet echt een oplossing maar wel vele nuttige argumenten waarvan zowel voor- als tegenstanders van meer sociale gelijkheid gebruik kunnen maken.