

Rechten van kinderen: enkele filosofische kanttekeningen

Wibren van der Burg'

1. Inleiding

Het is opvallend dat politieke en sociale bewegingen tegenwoordig hun claims en doelen vaak in termen van rechten formuleren. In de jaren vijftig en zestig stonden de 'civil rights' van de zwarten in de Verenigde Staten centraal in het politieke debat. Tegenwoordig kan men pleidooien horen voor rechten van dieren of voor het recht op een nationale zelfstandigheid. In de politieke strijd wordt bovendien vaak verwezen naar verworven rechten, bij voorbeeld in de sociale zekerheid.

De groepen die zich met kinderen bezighouden, vormen op deze trend geen uitzondering. Jongerenorganisaties en wetenschappelijke onderzoeksgroepen houden zich bezig met de rechten van jongeren en kinderen, en bij voorbeeld in het debat rond kunstmatige inseminatie wordt tegenover de merkwuurige constructie van een recht op het krijgen van kinderen een al bijna even vreemd recht geplaatst van kinderen om hun genetische ouders te kennen. Men heeft het over de Kinderrechtenbeweging en de discussie heeft zelfs al geresulteerd in een prachtig Verdrag voor de Rechten van het Kind.

Toch kan men bij deze ontwikkeling wel enige vraagtekens zetten. Is deze concentratie op een rechtendiscours theoretisch houdbaar; is zij bovendien ook politiek en juridisch verantwoord? Of zitten pleitbezorgers van kinderrechten (al dan niet gedeeltelijk) op het verkeerde spoor? Dit zijn de vragen die ik in het volgende aan de orde wil stellen.

In deze analyse presenter ik geen mooi afgerond verhaal, maar vooral een aantal vragen. In eerdere publikaties heb ik sterk gepleit voor een rechtendiscours, en juridiseringstendenzen vrij positief gewaardeerd (Van der Burg en Van Willigenburg, 1986; Van der

Burg, 1985 en 1990). Deze stellingname wil ik in dit hoofdstuk enigszins nuanceren, in die zin dat zij mij vooral houdbaar lijkt voor terreinen met een sterk publiekrechtelijk karakter, zoals staats- en strafrecht. Op het terrein van bio-ethiek en gezondheidsrecht bij voorbeeld lijkt deze stellingname veel minder goed te verdigen. Ik zou mijn oorspronkelijke stellingname dan ook willen nuanceren in die zin dat een rechtendiscours en een juridiseringsstrategie in de context van bij voorbeeld staats- en strafrecht adequaat kunnen zijn, terwijl zij dat veel minder zijn voor een aanpak van de problemen in de gezondheidszorg of de milieuproblematiek.

Mijn indruk is dat de zorg voor kinderen in dezen veel meer verwant is met de gezondheidszorg dan met de politieke meningsvorming en het strafrecht. Dat betekent dat vergelijkbare vraagtekens kunnen worden geplaatst bij juridiseringstendenzen en bij de introductie van een rechtendiscours in onze omgang met kinderen. Vraagtekens, want vooralsnog lijken concrete alternatieven niet voorhanden.

Mijn verhaal valt uiteen in vier delen.³

De eerste vraag die ik wil behandelen is: zijn, gegeven bestaande opvattingen en rechrvaardigingen van rechten, politieke of morele rechten van kinderen *theoretisch verdedigbaar*? Zo ja, gelden de rechten van volwassen burgers dan onverkort of beperkt en zijn er misschien ook speciale rechten van kinderen te construeren (paragraaf 3)?

De tweede vraag is: is het *verstandig en zinvol* om in het politieke en morele debat de nadruk te leggen op een rechtendiscours? Worden de specifieke belangen van kinderen het beste gewaarborgd door bepaalde rechten te construeren, of zouden we juist naar andere mogelijkheden moeten zoeken, bij voorbeeld door meer van een plichten-ethiek of een zorg-ethiek uit te gaan (paragraaf 4)?

De derde vraag ten slotte betreft niet, zoals de voorgaande twee vragen, de politieke of morele rechten, maar de *juridisch vastgelegde kinderrechten*. Is het zinvol te streven naar het juridisch beschermen van kinderen door middel van speciale rechten? In hoeverre is het recht, en meer specifiek zijn juridische kinderrechten, een geschikt instrument om onze verantwoordelijkheden voor kinderen

te operationaliseren (paragrafen 5 en 6)?

Voor ik echter overga naar de rechten van kinderen, moet eerst meer algemeen op het begrip rechten worden ingegaan (paragraaf 2).

2. Rechtvaardigingen voor rechten in het algemeen

Rechten beschermen bepaalde belangen of waarden van mensen of groepen. In een politieke of morele theorie houdt dit in dat bepaalde aanspraken of claims een extra theoretisch gewicht of een bijzondere status krijgen. In een juridische rechtentheorie houdt dit in dat die aanspraken een speciale juridische status krijgen, waardoor ze beter beschermd worden.

We kunnen drie voorwaarden voor een dergelijke speciale status onderscheiden. Ten eerste dient er een specifieke grondslag te zijn. Deze wordt meestal gevonden in de belangen of in de intrinsieke waarde van de mens en in het bijzonder van diens autonomie. Sommige rechtentheorieën leggen alleen de nadruk op de belangen, andere alleen op de autonomie van mensen. Een gemengde theorie lijkt mij echter het beste verdedigbaar: rechten kunnen worden geconstrueerd zowel ter bescherming van bepaalde belangen als ter bescherming van bepaalde aspecten van de individuele autonomie (Van der Burg, 1991: 163 e.v.; vgl. ook Dworak, 1978 en 1985). Zo is een wezenlijk belang van mensen een goede huisvesting; het kan dus verdedigbaar zijn om een politiek recht op huisvesting te construeren. De vrije keuze en beleving van godsdienstige overtuigingen heeft daarentegen vooral te maken met de individuele autonomie; daarom kan een recht op vrijheid van godsdienst worden verdedigd.

Belangen of autonomie zijn nog niet een voldoende voorwaarde om rechten te rechtvaardigen. Niet ieder belang, niet iedere vrijheid wordt door een recht beschermd. Een aanvullende voorwaarde is dat bescherming van dat specifieke belang of dat specifieke aspect van de autonomie bijzonder waardevol is voor het individu zelf of de gemeenschap (zie Raz, 1986). De vrijheid van meningsuiting en het recht op een behoorlijk strafproces vertegenwoordigen ook een waarde voor de collectiviteit, resp. het goed functioneren van de politieke kanalen en de legitimiteit van de rechterlijke macht.

Een derde voorwaarde voor de erkenning van rechten ten slotte is dat het zinvol en effectief moet zijn om die bijzondere waarden door middel van rechten te beschermen. Voor de morele en politieke theorie betekent dit dat een rechtendiscours de beste manier moet zijn om het denken over kinderen te conceptualiseren, waarbij de te verwachten uitwerking op het beleid en op collectief en individueel handelen meewegen. Voor de juridische theorie dient bovendien rekening te worden gehouden met allerlei positieve en negatieve effecten van juridische institutionalisering van kinderrechten.

Hiermee is de opzet voor mijn verdere verhaal gegeven. Eerst moet worden geanalyseerd wat de theoretische grondslagen zouden kunnen zijn voor verschillende denkbare kinderrechten. Daarna kan worden overgegaan tot de vraag of die waarden zo bijzonder zijn dat ze in een politieke en morele theorie voor bescherming door middel van rechten in aanmerking komen en dat het bovendien zinvol en effectief is ze door middel van rechten te beschermen. Eerst wanneer deze twee vragen bevestigend beantwoord zijn voor politieke en morele rechten, kunnen we ons richten op de specifiekere vraag of we kinderrechten ook juridisch vorm moeten geven.

3. De theoretische grondslagen voor morele en politieke kinderrechten

Zoals gezegd, zijn er in hoofdzaak twee grondslagen voor rechten: belangen en autonomie.

1. Er zijn geen bijzondere theoretische problemen om belangen als grondslag voor kinderrechten te construeren. Zoals ieder mens hebben kinderen belang bij goede huisvesting, goede voeding etc. De meeste rechten van volwassenen die te maken hebben met de bescherming van belangen, kunnen dan ook voor kinderen worden geconstrueerd. Vermogensrecht en erfrecht leveren tal van voorbeelden van ook al in het positieve recht erkende rechten.

Daarnaast hebben kinderen speciale belangen die samenhangen met het feit dat ze extra afhankelijk en nog niet volwassen zijn. Ze hebben belang bij een goede opvoeding en scholing en bij een goede en liefdevolle verzorging. Dit zijn bovendien voor kinderen zeer wezenlijke belangen: ze bepalen niet alleen of er een goede toekomst voor hen is weggelegd, maar zelfs of er überhaupt een

toekomst voor hen is weggelegd. Deze specifieke belangen van kinderen zouden de grondslag kunnen vormen voor speciale rechten (zie Young, 1990).

De belangen waar we het hier over hebben, zijn niet alleen voor het kind zelf, maar ook voor de gemeenschap van groot gewicht. De gemeenschap heeft er belang bij dat haar toekomstige leden goed verzorgd en opgevoed worden. Om die reden is het theoretisch mogelijk en verdedigbaar hun op basis van de algemene en van de specifieke belangen van kinderen bepaalde algemene en speciale rechten toe te kennen.

2. Autonomie als grondslag voor rechten van kinderen is aanzienlijk problematischer. Kinderen zijn nu eenmaal nog niet autonoom, of nog slechts ten dele. Het is dan ook niet goed voorstelbaar dat een kind van acht jaar allerlei op een autonome status gebaseerde politieke rechten zou hebben, zoals het kiesrecht of de vrijheid van meningsuiting. Dit betekent dat het op het eerste gezicht moeilijk is om kinderrechten op autonomie te funderen. Hierbij passen twee kanttekeningen.

Ten eerste is autonomie afhankelijk van de context. Kinderen kunnen wel degelijk in staat zijn tot bepaalde autonome keuzes in voor hen goed overzienbare kwesties. Een kind van twaalf kan misschien nog niet goed bepalen wie de premier van Nederland moet worden, maar het is doorgaans wel goed in staat te zien bij welke van de twee ouders het na de scheiding wil blijven wonen. Voor dergelijke autonome keuzes is dan ook een grondslag voor speciale rechten te vinden, bij voorbeeld het (inmiddels ook in het positieve recht erkende) recht om gehoord te worden over de toewijzing aan een van de ouders na echtscheiding. Voor een antwoord op de vraag vanaf welke leeftijd kinderen voldoende autonoom moeten worden geacht om bepaalde concrete rechten te krijgen is overigens ontwikkelingspsychologische kennis noodzakelijk, maar niet voldoende (zie Elbers in deze bundel). De normatieve vraag blijft immers welk kind men als uitgangspunt neemt: het meest vooruitziende kind, het 'gemiddelde' kind of juist de groep kinderen met een achterblijvende ontwikkeling.

Ten tweede is een kind nog wel niet autonoom, maar het is wel de bedoeling dat het autonoom wordt. Dat wordt niet van de ene op de andere dag, maar het is een ontwikkelingsproces. Autonomie moet je leren, zoals je democratische participatie ook moet le-

ren (Pateman, 1970). Dat kun je leren door steeds meer de kans te krijgen om mee te beslissen of zelfstandig te beslissen, door steeds meer als (gedeeltelijk) autonoom persoon behandeld te worden. Men kan daarom een claim op ontwikkeling tot autonoom persoon verdedigen die een argument vormt voor bij voorbeeld medezeggenschap op scholen of thuis. De vraag hoever men hierin gaat, is een kwestie van afwegen tussen enerzijds de risico's van aan kinderen te vroeg een bepaalde verantwoordelijkheid te geven en anderzijds de wenselijkheid van hen op te voeden tot steeds grotere verantwoordelijkheid.

Autonomie biedt dus slechts beperkte aanknopingspunten om rechten van kinderen op te baseren; enerzijds voor zover ze al een zekere autonomie bezitten, anderzijds voor zover ze potentieel autonoom zijn en het wenselijk en mogelijk is hen verdere stappen te laten doen op het gebied van autonome keuzes en meebepaling. Ook hier geldt dat het niet alleen om voor het kind zelf wezenlijke aspecten van de autonomie gaat, maar dat het ook voor de samenleving om wezenlijke zaken gaat. De samenleving heeft er belang bij dat kinderen zich ontwikkelen tot zelfstandige persoonlijkheden, die in staat zijn als volwaardig democratisch burger te functioneren. Om die reden is het, voor een zeer beperkt aantal kwesties, ook theoretisch mogelijk om sommige rechten van kinderen op autonomie te funderen.

Een belangenbenadering van rechten biedt dus de beste aanknopingspunten voor de fundering van rechten van kinderen, terwijl een autonomiebenadering van rechten dat slechts in beperkte mate kan. In beide benaderingen worden zowel algemene rechten erkend, dat wil zeggen rechten die zowel voor volwassenen als voor kinderen gelden, als speciale rechten, rechten die alleen voor kinderen gelden. Belangenbescherming kan vooral een duidelijke grondslag zijn voor welzijnsrechten en beschermingsrechten, terwijl de gebrekkige fundering op grond van autonomie impliceert dat met name de rechtvaardiging van gelijkheidsrechten en vrijheidsrechten discutabel is (zie Van Nijnatten in deze bundel).

Het feit dat autonomie een problematische basis is voor erkenning van kinderrechten is voor de volgende vraag zeer significant. Want ook wanneer men rechten primair op belangen fundeert, blijft het een gegeven dat het spreken en denken over rechten zeer

nauw verbonden is met een atomistisch individualisme, een beeld van de autonome, onafhankelijke mens (Hawkesworth, 1984; Schoeman, 1980). Juist omdat kinderen niet aan dit mensbeeld beantwoorden, bestaat er grond voor twijfel aan de zin en effectiviteit van kinderrechten.

4. De zin en effectiviteit van kinderrechten

De volgende voorwaarde voor erkenning van morele en politieke rechten is dat dit zinvol en effectief is. Daarvoor moeten we de voor- en nadelen van een rechtendiscours analyseren. De voordelen kunnen we onder twee noemers brengen.

1. *Duidelijkheid* – Het expliciet formuleren van kinderrechten schept duidelijkheid. Door de specifieke behoeften van kinderen in termen van rechten te formuleren wordt hierop extra de aandacht gevestigd.

2. *Retorische en strategische betekenis* – Het gebruik van rechten heeft een belangrijke retorisch effect, wat een strategisch voordeel oplevert in een debat (O'Neill, 1988). Een pleidooi voor kinderrechten is moeilijk te bestrijden. Wie zou er immers willen ontkennen dat kinderen bepaalde rechten hebben? Bovendien vestigt het soms de aandacht op bepaalde tot dusver verwaarloosde aspecten van onze verantwoordelijkheid voor kinderen.³

Naaast deze voordelen heeft een rechtenbenadering ook een aantal nadelen. We kunnen vier bezwaren aanvoeren, die overigens sterk met elkaar samenhangen. Deze bezwaren gelden vooral voor rechten binnen de gezinssituatie en in mindere mate ten aanzien van rechten tegenover derden en overheidsinstanties.

1. *Het verdwijnen van het normsubject* – Tegenover rechten dienen plichten te staan om er werkelijk iets mee te kunnen. Tegenover veel van de rechten van kinderen is het echter onduidelijk wie die plichten heeft. Wie heeft er de verantwoordelijkheid om te zorgen voor de goede huisvesting van een kind in Brazilië? Of om dichter bij huis te blijven: wie heeft er de verantwoordelijkheid voor het zorgen voor goede scholingsmogelijkheden voor een kind met een ontwikkelingsachterstand?⁴

Het rechtendiscours verheldert hier gedeeltelijk, voor zover het de precieze behoefte van het kind verduidelijkt. Maar anderzijds komt door de nadruk op rechten de vraag op de achtergrond wie

de bijbehorende plicht heeft. Met andere woorden: het normsubject verdwijnt uit beeld.

In veel gevallen is dit niet zo'n probleem omdat de rechthebbende zelf wel in staat is om te bepalen tegenover wie het recht geldend gemaakt kan worden. Maar juist omdat kinderen dat doorgegaans niet of nauwelijks zijn, is dit bij kinderrechten een serieus bezwaar. Daarbij komt dat de voor kinderen meest belangrijke rechten geen negatieve rechten zijn, dat wil zeggen rechten op non-interventie. Bij rechten van kinderen gaat het veeleer om positieve rechten, dat wil zeggen rechten waartegenover een activiteit van iemand anders behoort te staan. Om die activiteiten met succes te claimen, is het essentieel de verantwoordelijke personen of instanties te kunnen bepalen.

2. *Verstoring van de beleving van ouder-kindrelaties* – De concentratie op rechten kan onze visie op de ouder-kindrelatie negatief beïnvloeden en een zeker polariserend effect hebben. Het rechtendiscours bevordert een oppositioneel model van onderlinge verhoudingen: de burger tegenover de staat, het kind tegenover de ouders. Nauw met het denken over rechten verbonden is de gedachte van een autonoom individu, dat los staat van anderen en als drager van rechten in staat is zijn belangen tegenover anderen te beschermen. Door een rechtendiscours te introduceren binnen bepaalde intieme relaties worden deze relaties mogelijk anders, namelijk zakelijker en meer vanuit een tegenstrijdigheid van belangen beleefd (Schoeman, 1980).

Een recht wordt geclaimd tegenover iemand anders, die daarvoor een tegenstander wordt in een conflict. Met name voor sterk persoonlijke relaties als die tussen ouder/verzorger en kind kan een rechtendiscours een storend effect hebben.

3. *Vervuuring van contextgebonden zorg-aspecten van de relatie* – Niet alle behoeften van kinderen laten zich in rechten conceptualiseren. Minstens zo belangrijk voor de ontwikkeling van een kind als de relatief eenvoudige te formuleren behoeften als eten, huisvesting en lichamelijke integriteit zijn zaken als een liefdevolle verzorging of een opvoedingssituatie gekenmerkt door continuïteit, stabiliteit en geborgenheid en de mogelijkheid tot het onderhouden van affectieve relaties met ouders/verzorgers. Het algemene karakter van rechten staat een effectieve bescherming van deze behoeften in de weg, omdat het onmogelijk is in te spelen op zulke

sterk contextafhankelijke en variabele behoeften. Bovendien is een rechtenmoraal een minimummoraal, terwijl de zorg voor kinderen tal van verantwoordelijkheden bevat, die niet in termen van zo'n minimummoraal te vatten zijn (O'Neill, 1988).

Dit bezwaar sluit aan bij de feministische kritiek op de 'ethics of justice' (Gilligan, 1982 en 1987; Friedman, 1987; Gould, 1990). Een moraal of politieke theorie die de nadruk legt op rechten, gaat uit van een relatief atomistisch mensbeeld, waarin mensen autonoom zijn en weinig wederzijdse ondersteuning behoeven. Nog daargelaten of dit beeld voor de samenleving als geheel al bevredigend is, is het dit zeker niet voor de opvoedingssituatie. Een 'ethics of care' lijkt beter te kunnen conceptualiseren wat onze verantwoordelijkheid jegens kinderen is, omdat die juist wel rekening houdt met verantwoordelijkheid voor elkaar en afhankelijkheid in relaties.

Juist in gezinssituaties lijkt een conceptualisering in termen van rechten ernstige bezwaren te hebben. Een ouder die alleen maar doet waar kinderen strikt recht op hebben, schiet overduidelijk tekort. Zijn of haar verantwoordelijkheid gaat verder. Een te sterke nadruk op kinderrechten kan hier ongewenste effecten hebben.

4. *Negeren van de essentiële ongelijkheid in opvoedingsrelaties* – Een rechtenmoraal is een gelijkheidsmoraal. Niet alleen wordt verondersteld dat mensen grotendeels gelijk zijn, maar voor zover ze dat niet zijn, zijn rechten vaak bedoeld om ongelijkheid in machtsrelaties te compenseren. Rechten hebben in die zin een sterke emancipatoire functie.

Voor gedetineerden en verdachten kan deze emancipatoire functie van rechten zinvol zijn. Door het toekennen van rechten (zoals bepleit door de 'nieuwe Utrechtse school' in het strafrecht: Peters, Kelk e.a.) kan de ongelijkheid voor een groot deel worden gecompenseerd. Ook het toekennen van rechten aan patiënten kan tot op zekere hoogte zinvol zijn, hoewel ook hier het risico van verstoring van de zorgrelatie tot terughoudendheid dwingt. Maar bij kinderen is dit emancipatoire ideaal in veel gevallen zo ver verwijderd van de concrete werkelijkheid, dat het geven van rechten weinig bijdraagt aan daadwerkelijke emancipatie van kinderen. Een opvoedingssituatie is nu eenmaal een situatie waarin een inherente ongelijkheid bestaat. Door teveel te hameren op de beoogde gelijkheid waarvoor de oppositionele rechten een mid-

del zijn, wordt een relatiemodel geïntroduceerd dat vreemd is aan de opvoedingssituatie. Erkenning van de ongelijkheid als uitgangspunt en een analyse van de verschillende verantwoordelijkheden op basis daarvan is zinvoller dan een model waarin ouder en kind als gelijken worden beschouwd.

Op basis van deze bezwaren en de geringe voordelen lijkt terughoudendheid geboden bij het bepleiten van kinderrechten in gezins- en opvoedingssituaties. Daarop is misschien een uitzondering mogelijk als het gaat om elementaire behoeften van kinderen, zoals voeding, huisvesting en seksuele integriteit. Maar ook dan blijft de vraag of dergelijke behoeften niet beter in een ander conceptueel model – bij voorbeeld in termen van plichten of verantwoordelijkheden – kunnen worden geformuleerd. Ook in het huidige recht worden de belangen van kinderen beschermd, maar dit gebeurt in veel gevallen niet door rechten, maar door plichten en verantwoordelijkheden van anderen.⁵

Zodra kinderen te maken hebben met relatief anonieme instanties als de staat, de rechter, de school, kan een conceptualisering van kinderrechten mogelijk wel zinvol zijn. Dit geldt vooral voor oudere kinderen, voor zover deze als partieel autonome individuen in staat zijn voor zichzelf op te komen.

5. Juridische kinderrechten

Naast de algemene voordelen van morele en politieke kinderrechten – het scheppen van duidelijkheid en hun retorische en strategische betekenis – is er ook een specifiek voordeel van juridische kinderrechten. Soms kan het toekennen van juridische rechten kinderen een extra instrument in handen geven om op te komen voor hun belangen. Dit geldt echter alleen voor kinderen die al een zekere zelfstandigheid hebben bereikt, voor zover die daadwerkelijk in staat zijn op te komen voor hun belangen in concrete situaties.

De bezwaren tegen juridische erkenning van kinderrechten zijn in grote lijnen dezelfde als die tegen morele en politieke kinderrechten. Omdat veel daarvan in de vorige paragraaf behandeld is, zullen we deze slechts kort noemen. Daarna gaan we echter op een ander bezwaar in, dat specifiek voor het recht geldt.

1. *Wel rechthebbende, maar geen zelfstandig rechtssubject* – Het eerste bezwaar is nogal voor de hand liggend: kinderen kunnen doorgaans onvoldoende voor zichzelf opkomen. Dat betekent dat ze zelfs als dragers van rechten nog geen volwaardige rechtssubjecten kunnen zijn. Anderen moeten ervoor zorgen dat voor hun rechten wordt opgekomen. Die anderen zijn doorgaans hetzij hun ouders hetzij de overheid. Op zich is het niet noodzakelijk voor het hebben van rechten dat men ook in staat is zelf voor die rechten op te komen (Feinberg, 1980). Juridisch kan men immers met constructies als voogden en zaakwaarnemers werken. Maar waar de rechten in veel gevallen juist moeten beschermen tegen de meest voor de hand liggende belangenbehartigers, de ouders en/of instanties als scholen en kinderbescherming, is het vaak moeilijk om die rechten te effectueren.

2. *Verstoring van de ouder-kindrelatie* – Door een eventueel probleem in termen van rechten van het kind te formuleren wordt het probleem in een oppositionele sfeer getrokken. Het kind wordt partij in een eventueel conflict met ouders en overheid, of tussen ouders en overheidsinstanties onderling. Hier zitten risico's aan vast. Doorgaans is het in het belang van het kind om de relatie voort te zetten. Maar in die relatie is het kind duidelijk de zwakste partij. Dus het kind (c.q. diens belangenbehartiger) zit voor het dilemma: of ik sta op mijn rechten en verstoort de relatie, of ik effectueer mijn rechten niet. Bij juridische benaderingen die meer aansluiten op de verschillende verantwoordelijkheden van betrokkenen, is dit verstrend effect ten koste van het kind mogelijk geringer.

3. *Venwaarlozing van contextgebonden zorg-aspecten van de relatie* – Voor het recht geldt op zich al dat het slechts een minimummoraal omvat. Wanneer dat recht dan ook nog eens geconcentreerd wordt op rechten, die eveneens een minimaal karakter hebben, kan de opvoedingssituatie maar heel beperkt juridisch worden gecontroleerd. Veel valt dan buiten de boot, zoals bleek in de vorige paragraaf.

4. *Negeren van de essentiële ongelijkheid in opvoedingsrelaties* – Het dominante juridische discours is een discours van gelijkheid of van een gelijkheidsstreven. Toch is dit discours niet geschikt om onze verantwoordelijkheden tegenover kinderen bevredigend te vatten. Op dit vierde bezwaar wil ik uitgebreider ingaan, aanknappend bij eerdere analyses over jurisdisering. Overigens staan de vraagre-

kens rond dit gelijkheidsstreven in duidelijk verband met de eerder genoemde bezwaren.

6. *Juridisering en de eenzijdige rationaliteit van het recht*

In enkele artikelen rond de rechtstheorie van Habermas heb ik geprobeerd aan te geven onder welke voorwaarden jurisdisering van bepaalde situaties of verhoudingen zinvol kan zijn (Van der Burg, 1985 en 1990; daarover Raes, 1985 en Van der Laan, 1990). Ik meende dat Habermas een te negatief beeld van jurisdisering schetste. Overigens heeft Habermas sindsdien zijn opvattingen over jurisdisering zelf in positieve zin bijgesteld (Habermas, 1988 en 1990).

Mijn these was dat jurisdisering van maatschappelijke verhoudingen zinvol kan zijn, voor zover het recht een grotere rationaliteit heeft dan de leefwereld of voor zover het recht daarbij in staat is ongelijke machtsverhoudingen te vervangen door meer communicatief gestructureerde verhoudingen. Wanneer men deze stelling toepast op rechten van kinderen, zou dit betekenen dat het zinvol is in familieverhoudingen ter bescherming van het onmachtige kind rechten te construeren. Een dergelijke conclusie wordt door Van der Laan uit mijn eerstgenoemde artikel afgeleid (Van der Laan, 1990).

In de lijn van Habermas wordt hierbij slechts één maatstaf gehanteerd om te beoordelen of jurisdisering zinvol is, namelijk de gelijkheid van macht of financiële middelen. Ideaal daarbij is dus een volgestrekte machtsgelijkheid opdat over de coördinatie van handelen in een open, machtsvrije discussie kan worden gesproken en besloten. Het recht kan een functie vervullen in het rationaliseren van ons handelen, voor zover het machtsongelijkheden compenseert. Vanuit dat Habermasiaanse, eendimensionale perspectief is het zinvol binnen onvoldoende rationeel gestructureerde familieverhoudingen rechten van kinderen te introduceren, waardoor de verhoudingen gelijkwaardiger worden. Juridisering van familieverhoudingen, dat wil zeggen leefwereldverhoudingen, is in deze benadering dan en alleen dan zinvol wanneer deze leefwereldverhoudingen minder gerationaliseerd zijn dan het recht. Daarbij is de veronderstelling impliciet dat er slechts één maatstaf voor rationaliteit is.

Deze analyse moet echter genuanceerd worden. Hoewel zij voor onder andere de strafrechtspleging en de openbare meningsvorming in grote lijnen houdbaar blijft, is zij voor het recht in zijn algemeenheid niet goed verdedigbaar. Het bezwaar is dat slechts één beoordelingsmaatstaf wordt gehanteerd, terwijl er verschillende maatstaven nodig zijn.⁶

Het is namelijk te beperkt om gezinsverhoudingen alleen te analyseren vanuit het perspectief van machtsgelelijkheid. Er zijn immers nog andere dimensies aan een goede opvoedingssituatie dan alleen die van gelelijkheid (O'Neill, 1988; Van Nijnatten, 1992). Minstens zo belangrijk is het feit dat familierelaties, als het goed is, gekenmerkt worden door elementen als zorg, wederzijdse verantwoordelijkheid en aandacht voor specifieke behoeften. De opvoedingssituatie is bovendien gekenmerkt door een fundamentele ongelijkheid. Gezien al deze kenmerken, die hierboven uitgebreid besproken zijn, is te verwachten dat de poging om relaties daarbinnen zoveel mogelijk als gelelijkheidsrelaties te structureren eerder negatieve dan positieve gevolgen heeft.

Dit geeft echter bijzondere problemen bij de waardering van juridiseringsstendenzen. Want het recht is in hoge mate op een leefwereldmodel van communicatieve rationaliteit georiënteerd, dat uitgaat van de fictie van open discussies tussen gelejken (Van der Burg, 1985; Habermas, 1988). Als dat het heersende juridische model is, moet de vraag worden gesteld of een dergelijk recht wel geschikt is om inherent ongelijke verhoudingen met een sterk zorgkarakter te reguleren. Dit geldt nog sterker wanneer men daarbij binnen het juridische kader ook nog het accent legt op rechten, die verbonden zijn met een 'ethics of justice'.

Laten we de veronderstelling vallen van één soort rationaliteit en erkennen we dat er verschillende soorten rationaliteit, of verschillende soorten moraal legitiem naast elkaar kunnen bestaan (Van der Burg, 1991), dan rijst de vraag welke soort rationaliteit het recht en welke soort rationaliteit de leefwereld heeft. Als we verschillende variaties van rationaliteit erkennen, moet er ook een genuanceerdere benadering van juridisering plaatsvinden. Dit brengt mij tot de volgende vraag:

Moeten we juridisering van familieverhoudingen, waar het de opvoeding van kinderen betreft, niet in principe afwijzen, gezien het feit dat het

recht weliswaar op een communicatieve rationaliteit is georiënteerd, maar dat dit mogelijk de verkeerde soort rationaliteit is?

Zonder er van uit te gaan dat er twee volledig elkaar uitsluitende soorten morele rationaliteit zijn, kunnen we op zijn minst accentverschillen ontdekken tussen een *ethics of care* enerzijds en een *ethics of justice* anderzijds (Gould, 1990; Friedman, 1987). Wanneer een *ethics of care* misschien de meer geschikte conceptualisering van onze verhouding tot kinderen inhoudt, dan is een rechtssysteem dat vooral op een *ethics of justice* is georiënteerd, minder geschikt om deze verhoudingen te reguleren. We hebben dus de keuze: of afzien van verdere juridisering, of proberen een rechtscultuur te ontwikkelen die meer recht doet aan een *ethics of care*-benadering. Binnen die rechtscultuur zouden, op grond van de in dit hoofdstuk naar voren gebrachte bezwaren, rechten slechts een beperkte rol dienen te spelen.

Ik sluit slechts af met een open vraag. Een veel gedetailleerdere analyse is nodig om tot een antwoord te kunnen komen. Maar het voorbeeld van het gezondheidsrecht kan hier als waarschuwing dienen. Na het aanvankelijke enthousiasme over patiëntenrechten is daar thans een toenemende kritiek te constateren op de dominantie van een rechtendiscours. De sterke nadruk op het zelfbeschikingsrecht maakt het moeilijk om bevredigende juridische oplossingen te vinden voor problemen rond wilsonbekwamen, zoals pasgeborenen en coma-patiënten. Tegelijk blijkt dat ook voor een goede behandeling en patiëntenzorg het dogma van het zelfbeschikingsrecht en de patiëntenrechten soms een obstakel vormt, met name in de psychiatrie (Nationale Raad voor de Volksgezondheid, 1992).

De arts-patiëntrelatie heeft een aantal kenmerken, zoals de inherente ongelijkheid en het zorgkarakter, die in de ouder-kindrelatie vaak nog veel sterker aanwezig zijn. Nu die kenmerken leiden tot kritiek op de juridisering van de gezondheidszorg, leidt de analogie ten aanzien van de zorg voor kinderen niet tot al te optimistische verwachtingen over de zin en effectiviteit van juridisering in het algemeen en rechtenbenaderingen in het bijzonder. Het is daarom wenselijk om in het kinderrecht eerst nog na te denken voor men verder gaat met het bepleiten van kinderrechten.

Noten

1. Mijn dank gaat uit naar de deelnemers aan de cyclus Recht op Ontwikkeling voor hun kritische commentaren naar aanleiding van deze lezing. Ook de leden van de Projectgroep Ethiek en Recht van het Centrum voor Bio-ethiek en Gezondheidsrecht ben ik erkentelijk voor hun waardevolle opmerkingen.
2. Op twee kwestes zal ik in dit hoofdstuk niet ingaan, aangezien deze elders in deze bundel reeds aan de orde komen en anders een onnodige herhaling zou ontstaan. Ten eerste de vraag welke categorieën rechten hierbij allemaal kunnen worden onderscheiden, en ten tweede wat een goede opvoedingssituatie kenmerkt. De bijdrage van Van Nijnatten gaat op deze beide vragen uitgebreid in, en zet vanuit een analyse van de opvoedingssituatie vergelijkbare vraagtekens bij het rechtendiscours als in dit hoofdstuk vanuit een meer filosofisch perspectief wordt gedaan.
3. Of het daarbij om meer gaat dan met kracht naar voren gebrachte claims over wat eigenlijk zou moeten gebeuren, maar in feite niet gebeurt, moet worden betwijfeld. Over dit 'manifesto' karakter van een rechtendiscours, zie Feinberg, 1980: 153.
4. Een voorbeeld komt uit het onder auspiciën van de WHO tot stand gekomen Handvest Kind en Ziekenhuis, artikel 3 'Kinderen hebben het recht hun ouders of verzorgers altijd bij zich te hebben'. Arme ouders, die verplicht zijn dit recht te effectueren! Men had beter een realistischere formulering kunnen kiezen, bij voorbeeld: 'Ziekenhuizen zijn verplicht er voor te zorgen dat ouders of verzorgers zoveel mogelijk bij het kind kunnen zijn'.
5. Vgl. b.v. artt. 1: 82, 1: 239 e.v., 1: 245 e.v. BW, artt. 304 sub 1 en 323 Sr.
6. De stellingname blijft daarom wel houdbaar in die gevallen waarin het zoveel mogelijk gelijkstrekken van machtsverhoudingen het belangrijkste rationaliteitscriterium is. Voor strafrecht en politieke meningsvorming is dit inderdaad het geval.

Literatuur

- Burg, W. van der (1985), De rechtstheorie van Jürgen Habermas. *Recht en Kritiek* 11: 6-27.
- Burg, W. van der, en T. van Willigenburg (1986), Pleidooi voor een radicaal-liberale rechtspraak. De rechtstheorie van Ronald Dworkin. *Recht en Kritiek* 12: 342-373.
- Burg, W. van der (1990), Jürgen Habermas on law and morality: Some critical comments. *Theory, Culture & Society* 7: 105-111.
- Burg, W. van der (1991), *Het democratisch perspectief: op zoek naar de norma-*

- nieve grondslagen der democratie* (diss. Utrecht). Arnhem: Gouda Quint.
- Dworkin, R. (1978), *Taking rights seriously*. Cambridge (Mass.): Harvard University Press.
- Dworkin, R. (1985), *A matter of principle*. Cambridge (Mass.): Harvard University Press.
- Feinberg, J. (1980), *Rights, justice, and the bounds of liberty*. Princeton (N.J.): Princeton University Press.
- Friedman, M. (1987), Beyond caring: The de-moralization of gender. *Canadian Journal of Philosophy* 13: 87-110.
- Gilligan, C. (1982), *In a different voice: Psychological theory and women's development*. Cambridge (Mass.): Harvard University Press.
- Gilligan, C. (1987), Moral orientation and moral development. In: E.F. Kittay en D.T. Meyers (red.), *Women and moral theory*: 19-33. Totowa: Rowman & Littlefield.
- Gould, C. (1990), Philosophical dichotomies and feminist thought: Towards a critical feminism. In: H. Nagl-Docekal (red.), *Feministische Philosophie*: 184-190. Wenen: Oldenbourg.
- Habermas, J. (1981), *Theorie der kommunikativen Handeltens*. Frankfurt am Main: Suhrkamp.
- Habermas, J. (1988), *Recht en moraal*. Kampen: Kok Agora.
- Habermas, J. (1990), Remarks on the discussion. *Theory, Culture & Society* 7: 127-132.
- Handvest Kind en Ziekenhuis (1991), *Kind en Ziekenhuis* maart 1991: 16.
- Hawkesworth, M.E. (1984), The affirmative action debate and conflicting conceptions of individuality. *Women's Studies International Forum* 7: 335-347.
- Laan, G. van der (1990), *Legitimatatieproblemen in het maatschappelijk werk* (diss. Groningen). Utrecht: SWP.
- Nationale Raad voor de Volksgezondheid (1992), *Weldoen of niet doen*. Discussienota over dwang en drang in de geestelijke gezondheidszorg, Zoetermeer.
- Nijnatten, C. van (1992), Children's rights and parental responsibility. *International Bulletin of Law and Mental Health* 3: 18-21.
- O'Neill, O. (1988), Children's rights and children's lives. *Ethics* 98: 445-463.
- Paceman, C. (1970), *Participation and democratic theory*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Raes, K. (1985), Kommunikatief handelen en juridisering. *Recht en Kritiek* 11: 116 e.v.
- Raz, J. (1986), *The morality of freedom*. Oxford: Clarendon.
- Schoeman, F. (1980), Rights of children, rights of parents, and the moral basis of the family. *Ethics* 91: 6-19.

Soetenhorst-de Savornin Lohman, J. (1990), *Doe wel en zie om: Maatschappelijke hulpverlening in relatie tot het recht*. Amsterdam: Swets & Zeitlinger.

Young, I.M. (1990), *Justice and the politics of difference*. Princeton (N.J.): University Press.

De verschuivende zone tussen zorg en zelfstandigheid

Een ontwikkelingspsychologisch perspectief

Ed Elbers

1. Inleiding

Men leze het volgende bericht, dat onder de kop: 'Kind mag ook scheiden' verscheen in de *Volkskrant* van 13 juli 1992:

'Een Amerikaanse rechter in de staat Florida heeft donderdag besloten dat de 11-jarige Gregory een "scheiding" van zijn ouders mag aanvragen. De jongen woont al jaren in pleeggezinnen en wil nu geadopteerd worden door een van die gezinnen.

Rechter Thomas Kirk vindt dat Gregory, een minderjarige, dezelfde grondwettelijke rechten heeft als een volwassene om fundamentele rechten voor een rechtbank te verdedigen. Door de beslissing kan Gregory K. nu eisen van zijn ouders gescheiden te worden.

De ouders van Gregory zijn gescheiden. Zijn moeder en het ministerie van gezondheid van de staat Florida vechten de eis van Gregory aan, maar de vader gaat akkoord met de adoptie.

De jongen wil alle juridische banden met zijn moeder verbreken zodat hij kan worden geadopteerd door een gezin waar hij al negen maanden in huis is. In zijn eis, die door een hogere rechtbank zal worden gehoord, stelt de jongen door zijn natuurlijke ouders verwaarloosd en mishandeld te zijn. Volgens de moeder en het ministerie heeft de jongen als minderjarige niet het recht om een rechtszaak te beginnen, maar Gregory beweert dat het ministerie, dat de voogdij over hem heeft, zijn belangen niet goed waarneemt.

Gregory vertelde de rechter dat hij geen contact met zijn moeder wil hebben omdat hij haar niet vertrouwt.

Karen Adams, van de coalitie voor kinderrechten, een overkoepelend orgaan van achttien organisaties, zei dat de beslissing de weg vrijmaakt voor kinderen in andere staten om voor zich-