

Universiteit
Leiden
The Netherlands

Capita Encyclopedie en Rechtsfilosofie

Cliteur, P.B.; Ellian, A.

Citation
Cliteur, P. B., & Ellian, A. (2005). *Capita Encyclopedie en Rechtsfilosofie*. Nijmegen: Ars Aequi Libri. Retrieved from https://hdl.handle.net/1887/18411

Version:	Not Applicable (or Unknown)
License:	Leiden University Non-exclusive license
Downloaded from:	https://hdl.handle.net/1887/18411

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

Capita Encyclopedie en Rechtsfilosofie

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

Capita Encyclopedie en Rechtsfilosofie

eerste druk

P.B. Cliteur & A. Ellian

Ars Aequi Libri
Nijmegen 2005

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

ISBN 90-6916-543-0
NUR 820

Hoewel bij deze uitgave de uiterste zorg is nagestreefd, kan voor eventuele (druk)fouten en onvolledigheden niet worden ingestaan en aanvaarden auteur(s), redacteur(en) en uitgever(s) deswege geen aansprakelijkheid.

© 2005 Ars Aequi Libri, Nijmegen.

Alle rechten voorbehouden. Niets uit deze uitgave mag worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen, of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever(s).

Voorzover het maken van kopieën uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16b Auteurswet 1912 jo het Besluit van 20 juni 1974, Stb. 351, zoals gewijzigd bij het Besluit van 23 augustus 1985, Stb. 471 en artikel 17 Auteurswet 1912, dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp). Voor het overnemen van gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (artikel 16 Auteurswet 1912) dient men zich tot de uitgever(s) te wenden.

omslagontwerp: Nicolette Schuurman

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

Voorwoord

Over encyclopedie en rechtsfilosofie zijn al vele interessante boeken geschreven. Dit boek probeert het aantrekkelijke van verschillende benaderingen in één boek te verenigen. Het positieve recht wordt buiten beschouwing gelaten. Daarvoor gebruiken we in Leiden een eigen positiefrechtelijk georiënteerde inleiding. Hier gaat het om filosofische vragen die men ten aanzien van het recht kan stellen.

De keuze van de onderwerpen is tot op zekere hoogte willekeurig, want men kan ook andere kwesties aan de orde stellen dan hier behandeld worden. Niettemin is het wel de ambitie en pretentie van de auteurs dat wie alle hoofdstukken heeft gelezen een idee heeft van de centrale vragen die ten aanzien van het recht te stellen zijn.

De veranderingen ten opzichte van de vorige druk zijn dat twee hoofdstukken zijn verdwenen. Dat is het hoofdstuk over sociale rechten (7) en het hoofdstuk 'Moeten wij de armen uit andere landen voeden?' (8). Daarvoor is in de plaats gekomen een hoofdstuk over moderniteit, democratie en totalitarisme.

Leiden, juni 2005
Paul Cliteur en Afshin Ellian

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

Inhoudsopgave

Voorwoord 5
Inhoudsopgave 8

1 Is de rechtswetenschap een echte wetenschap?

1.1 Eerste kenmerk van wetenschap: consensus over enkele basale feiten 14
1.2 Tweede kenmerk van wetenschap: het experiment 17
1.3 Derde kenmerk van wetenschap: cumulatie van kennis 19
1.4 Vierde kenmerk van wetenschap: voorspellingen doen 21
1.5 Het regel-skepticisme van de Amerikaanse realisten 23
1.6 Van Amerikaans Realisme naar Critical Legal Studies en Rechtseconomie 26
1.7 Van Amerikaans Realisme naar Critical Legal Studies en Rechtseconomie 27
1.9 Is rechten een geleerheid of een wetenschap? 29
1.10 'Classical Legal Doctrine' versus 'Critical Legal Studies' 32
1.11 De (im)populariteit van CLD 33

2 Is rechtsfilosofische kennis nuttig voor de rechtspraktijk?

2.1 Het belang van de rechtsfilosofie geïllustreerd aan de hand van de zaak-Kadijk 43
2.2 Van de zaak Kadijk naar de zaak Drenth 44
2.3 Hoe zou rechter Hercules de zaak Drenth moeten beoordelen? 45
2.4 Eerste gezichtspunt: de wet 46
2.5 Tweede gezichtspunt: de meningen van schrijvers 47
2.6 Zes argumenten voor een onafhankelijk OM 48
2.7 Zes overwegingen over een onafhankelijk OM 49
2.8 Wat betekent dit voor het 'nut' van de rechtsfilosofie en voor het curriculum? 54
2.9 Derde gezichtspunt: de idealen van het recht 55
2.10 Democratie als eerste constitutioneel ideaal 56
2.11 De gevaren van bureaucratische macht als buffer tegenover politieke macht 57
2.12 Rechtsstaat als tweede constitutioneel ideaal 59
2.13 Vierde en laatste gezichtspunt: de betekenis van Hercules' eigen rolopvatting 60
2.14 De opvatting van Dworkin over interpretatie: 'the moral reading of the constitution' 61
2.15 De opvatting van Scalia over interpretatie: 'Originalism' 63
2.16 De opvatting van Posner over interpretatie: Van boven naar beneden en van beneden naar boven 64

3 Mogen wij andere culturen beoordelen met onze normen?

3.1 Vrouwenbesnijdenis in Nederland 68
3.2 De opstap voor cultuurrelativisme: Herodotus' constatering dat gewoonte de koning over allen is 69
3.3 Cultuurrelativisme bij Protagoras: 'When in Rome, do as the Romans do' 71
3.4 Cultuurrelativisme bij Montaigne: de wens om bescheiden te zijn 72
3.5 Het cultuurrelativisme van William Graham Sumner: 'Folkways always right' 74
3.6 Folkways als basis voor de moraal 75
3.7 Cultuurrelativisme bij Ruth Benedict: relativering van de betekenis van de westerse cultuur 76
3.8 Van culturele anthropologie naar ethiek. Moraal als 'socially approved habits' 78

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

3.9 Cultuurrelativisme bij Edward Westermarck: moraal niets anders dan gevoelens 79
3.10 De aantrekkingskracht van het cultuurrelativisme. Westers chauvinisme à la Dickens en Kipling afgewezen 81
3.11 Waarom is het cultuurrelativisme zo verleidelijk? 83
3.12 Is het cultuurrelativisme bij nadere overweging overtuigend? 86
3.13 De opvatting van Dworkin over 'kritische moraal': moraal gaat tegen de cultuur in 86
3.14 De wijsgerige anthropologie van de cultureel anthropologen is enigszins naief 88
3.15 De cultuurrelativisten handelen niet volgens hun eigen theorie 90
3.16 Aan het cultuurrelativisme kleven nog enige praktische bezwaren 91
3.17 Universele waarden blijken toch onontbeerlijk 92

4 Is godsdienst een noodzakelijk fundament voor recht en moraal?

4.1 Ethiek als bevel van God en goden 96
4.2 Volgens Schopenhauer bestaat geen noodzakelijke band tussen godsdienst en moraal 98
4.3 De dood van God als morele ramp. Nietzsche's dwaze man 99
4.4 Einstein's onderscheid in drie soorten van religie 100
4.5 Einstein ziet een ontwikkeling van 'angstreligie' naar kosmische religiositeit 101
4.6 Bij Einstein wordt moraal van religiositeit gescheiden 103
4.7 Problemen met de theorie van het goddelijk bevel 103
4.8 De consequenties van de theïstische positie: uiteindelijk onhoudbaar 107

5 Is het natuurrecht óf het cultuurrecht een noodzakelijke basis voor het positieve recht?

5.1 Vijf kenmerken van natuurrecht 110
5.2 Het idealistisch denken als filosofische basis van de natuurrechtsleer: Plato 111
5.3 De bron van het natuurrecht: de natuur als teleologische orde 113
5.4 De mens als redelijk wezen: hij kan het natuurrecht kennen 113
5.5 De inhoud van het natuurrecht: het bestaat uit metafysische beginselen 114
5.6 De status van het natuurrecht: het heeft absolute gelding 114
5.7 De functie van het natuurrecht: een kritische toets 115
5.8 Bezwaren tegen het klassieke natuurrecht 116
5.9 Kelsen's eerste bezwaar tegen het natuurrecht: de vermenging van 'Sein' en 'Sollen' 117
5.10 Kelsen's tweede bezwaar tegen het natuurrecht: het natuurrecht bestaat uit lege formules 118
5.11 Kelsen's derde bezwaar tegen het natuurrecht: waardeoordelen zijn slechts uitingen van gevoelens 119
5.12 Kelsen's bezwaren nader beschouwd 119
5.13 Zijn 'Sein' en 'Sollen' wel te scheiden? 120
5.14 Is het natuurrecht een vorm van moraal? 120
5.15 Het recht komt voort uit feitelijke regelmatigheden 122
5.16 Bestaat het natuurrecht inderdaad uit lege formules? 122
5.17 Is een alternatief 'natuurrecht' denkbaar dat niet wordt getroffen door Kelsen's kritiek? 122
5.18 Een uitwerking van het cultuurrechtelijk perspectief: Perelman en Hayek. Van klassiek natuurrecht naar cultuurrecht 123
5.19 Friedrich Hayek over spontane ordeningen 124
5.20 De individuele rede is niet het keninstrument voor het natuurrecht: traditionalisme 126
5.21 Rechtsbeginselen en mensenrechten hanteren als toets voor het positieve recht? 127
5.22 Gustav Radbruch als bron van inspiratie voor een herleving van het natuurrecht 128

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

5.23 Volgens Hart wordt aan het rechtspositivisme door Radbruch geen recht gedaan 129
5.24 Lon Fuller zet de discussie met Hart voort 129
5.25 Eigen standpunt: de natuurrechtelijke inspiratie blijft overeind, het natuurrechtelijk antwoord niet 130

6 Kan men teveel rechten creëren?

6.1 De nomenclatuur van rechten 137
6.2 Twee soorten proliferatie: cultureel en juridisch 141
6.3 De derde generatie rechten van Karel Vasak 145
6.4 Bezwaren tegen de tweede en tegen de derde generatie rechten 146
6.6 Drie problemen met de proliferatie van constitutionele rechten 148
6.7 Het eerste probleem: proliferatie van hoger recht leidt tot botsing van rechten 149
6.8 Het tweede probleem: proliferatie van hoger recht leidt tot inflatie van hoger recht 149
6.9 Excursie: de vormen van menselijke bloei van Finnis 150
6.10 Excursie (vervolg): tot welke categorie goederen behoren de constitutionele rechten? ... 152
6.11 Het derde probleem: proliferatie van hoger recht leidt tot een vergroting van het democratisch deficiet 153

7 Moet de menselijke óf de dierlijke waardigheid de grondslag zijn voor hoger recht?

7.1 Jan Romein over menselijke waardigheid 158
7.2 Immanuel Kant over menselijke waardigheid 159
7.3 De invloed van Kant: de eerste grote verdediger van zedelijke autonomie 160
7.4 De schaduwzijden van de theorie van Kant: radicaal anthropocentrisme 161
7.5 Schopenhauer begint bij Kant 163
7.6 Het voluntarisme kan de kloof tussen mens en dier overbruggen 164
7.7 Twee punten van kritiek op Kant door Schopenhauer 165
7.8 De 'empörende Roheit und Barbarei des Okzidents'. Schopenhauers pleidooi voor dierenrechten 166
7.9 De waarde van de filosofie van Schopenhauer voor een nieuwe ecologische ethiek 168
7.10 De notie van een 'morele blinde vlek' 168
7.11 Slavernij: een morele blinde vlek van de ouden 169
7.12 Wreedheid bij de romeinen 170
7.13 Hoe komen we onze blinde vlekken op het spoor? 171
7.14 Vrouwen en dieren 172
7.15 Bentham en Jefferson 172
7.16 Can they suffer? Een paard wel, een garnaal niet 173
7.17 Peter Singer over de bevrijding van dieren 174
7.18 Tom Regan en de rechten van dieren 175

8. Geldt vrijheid van meningsuiting ook voor mensen in overheidsbetrekking?

8.1 Geldt vrijheid van meningsuiting voor bijzondere verhoudingen? 182
8.2 Een verbod op ambtelijke meningsuiting is impopulair 185
8.3 Vier strategieën 'to have your cake and eat it' 186
8.4 De grondrechten vormen niet één blok 188
8.5 De doctrine: een pluriform beeld 190
8.6 De tekst van art. 10 EVRM 190

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

8.7 Tot een 'ieder' behoort niet de ambtenaar. De beperking ligt reeds in lid 1 van art. 10 ERVM ... 191
8.8 In Nederland is beperking van de ambtelijke uitingsvrijheid 'bij de wet voorzien' ... 193
8.9 Het uitsluiten of beperken van ambtelijke uitingsvrijheid is noodzakelijk in een 'democratische samenleving' ... 195
8.10 Waarom het geheel ontkennen van ambtelijke uitingsvrijheid en het radicaal beperken daarvan op bijna hetzelfde neerkomt ... 198
8.11 De zaak Engel: vrijheid van meningsuiting voor militairen? ... 199
8.12 De zaak Ahmed tegen het Verenigde Koninkrijk (1998): ambtelijke uitingsvrijheid wordt sterk beperkt ... 202
8.13 De Britse traditie van democratie: politieke neutraliteit van ambtenaren vereist ... 203
8.14 De maatregelen ter bescherming van de Britse democratie, zoals voorgesteld door de Widdicombe-commissie ... 204
8.15 Het oordeel van de Britse rechters: negatief voor klagers. Ambtelijke uitingsvrijheid niet erkend ... 204
8.16 De zaak van Ahmed c.s. voor het EHRM ... 205
8.17 De rechten van de klagers versus de rechten van politici en van het van het publiek op loyaliteit ... 206
8.18 Concurring opinion van rechter De Meyer: ambtelijke uitingsvrijheid als beginsel afgewezen ... 208
8.19 De geschiedenis van de discussie over politiek-ambtelijke verhoudingen ... 214
8.20 Weber en de parlementaire democratie ... 214
8.21 De implicaties van de ministeriële verantwoordelijkheid ... 215
8.22 Is het model van Weber verouderd? ... 216
8.23 Het Algemeen Verlicht Gevoel versus Weber ... 217
8.24 Eichmann als sleutel tot de chaotisering van het Openbaar Bestuur ... 217
8.25 Eichmann als de gewone burger: 'Befehle-empfänger' ... 218
8.26 Het einde van de ambtenaar van Weber ... 219
8.27 De gevolgen van 'Ich habe gehorcht' voor de jaren zestig ... 220
8.28 Is gezag altijd verkeerd? ... 221

9 MOETEN WIJ IJVEREN VOOR DE WERELDWIJDE AFSCHAFFING VAN DE DOODSTRAF?

9.1 'De mensenrechten' als grondslag van buitenlands beleid ... 225
9.2 Is het opleggen van de doodstraf een schending van de rechten van de mens? ... 226
9.3 Eerste orde-argumentaties en tweede orde-argumentaties ... 227
9.4 Een gesprek tussen de Nederlandse premier en de minister van buitenlandse zaken van China ... 228
9.5 Na wat koetjes en kalfjes komt het gesprek op gang ... 229
9.6 De argumenten voor de afschaffing van de doodstraf en het grondwettelijk verbod daarop: 1870 en 1983 ... 230
9.7 Het abolitionisme is in strijd met het recht op leven ... 231
9.8 Wij achten de doodstraf niet nodig ... 232
9.9 Is de doodstraf een vorm van onbeschaafde wraak? Misschien, maar so what? ... 234
9.10 Mogen wij de doodstraf de beul wel aandoen? ... 235
9.11 Een tussenbalans: niet zij, maar wij zouden wel eens kunnen worden bekeerd ... 241
9.12 Drie houdingen tegenover ideële export ... 242

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

10 Van God naar het Volk: de overgang van de premoderne naar de moderne tijd

10.1 Het premoderne wereldbeeld van macht en recht: een politiek-theologische constructie ... 245
10.2 Claude Lefort over het politieke ... 248
10.3 Drie fasen in de ontwikkeling van de middeleeuwse politieke theologie volgens E.H. Kantorowicz ... 249
10.4 Intermezzo: het monotheïsme als politiek probleem geïllustreerd aan de ideeën van Carl Schmitt ... 253
10.5 Wie seculariseerde het politieke? Mohammedaanse Rousseau versus Christus ... 255
10.6 Transitie van de Middeleeuwen naar de moderne tijd ... 259
10.7 De moderne tijd: Descartes ... 260
10.8 Religieuze en juridische hervormingen en het Verlichtingstijdperk ... 263
10.9 Wat is Verlichting? ... 269

11 De klassieke grondslagen van het moderne recht: Het totalitarisme en de moderne democratie

11.1 De klassieke grondslagen van het moderne recht: contractdenkers ... 273
11.2 Revolutie: de juridische en politieke receptie van de moderne tijd ... 281
11.3 De moderne democratie en het totalitarisme ... 288
11.4 Claude Lefort over het totalitarisme ... 289
11.5 Terreur en totalitair leiderschap ... 292
11.6 De totalitaire strijd tegen waarheid en geweten: Georganiseerde vergetelheid ... 294
11.7 Terreur, de totalitaire afgrond: de verwerkelijking van de geschiedenis ... 299
11.8 Tot slot: de rechten van de mens ... 302

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

1 Is de rechtswetenschap een echte wetenschap?

Iedere rechtenstudent is wel eens geconfronteerd met de precaire vraag, gesteld door ooms, tantes, neven en nichten: 'Rechten? Is dat niet erg saai?'. Vraagt men om toelichting dan antwoordt de vragensteller doorgaans dat hij de indruk heeft dat rechten studeren 'het leren van wetteksten' inhoudt. Aanvankelijk reageer je wat onbeholpen, maar na verloop van tijd wordt, gestimuleerd door een lichte irritatie over de grote frequentie waarmee de vraag wordt herhaald, een standaardantwoord geconcipieerd. Natuurlijk moet men voor rechten bepaalde zaken uit het hoofd leren, maar dat geldt toch voor elke wetenschap? Een chemicus kent toch een aantal formules? Een medicus kent toch zijn Latijnse termen? Een historicus weet toch dat de Franse Revolutie plaatsvond in 1789?

Maar het houdt niet op; de rechtenstudent moet zich even later opnieuw verantwoorden. Nu betreft het een verantwoording tegenover studenten van andere disciplines waarmee men in aanraking komt in de studentenverenigingen, in de studentenhuizen en in de mensa. De kritische noot krijgt nu een principieel karakter. Niet meer de 'saaiheid', maar de 'wetenschappelijkheid' komt voor het voetlicht. Medestudenten die zich met een 'echte' wetenschap bezighouden vragen nu (in zekere zin een geavanceerde variant van voornoemde vraag, gesteld door ooms en tantes): 'Rechten? Dat kan toch geen wetenschap zijn?'. Eén ding lijkt duidelijk: onderzoek verrichten kan men hier niet. Het recht is 'af'. Het staat in de wetboeken. Wat valt daar nog aan te ontdekken? Men kan het nalezen en eventueel uit het hoofd leren. Of men kan het toepassen, zoals rechters doen. Maar onderzoek? Wetenschap? Daarmee heeft het recht niets van doen.

Wanneer de ooms en broers (tantes en zusjes doen zoiets niet) en de plagerige medestudenten echter ontdekken dat juristen het schrijven van artikelen over hun onderwerp als een intellectueel veeleisende activiteit ervaren, zijn zij enigszins verbaasd. Wat doet een 'rechtswetenschapper', voorzover men daarvan kan spreken, anders dan het *herhalen* van wat reeds eerder is gezegd door de wetgever of de rechter?

Een mogelijk antwoord zou kunnen zijn dat een jurist soms verbeteringen voor het geldende recht voorstelt en dat hij in het kader van zo'n verbeteringsvoorstel verschillende voordelen van bepaalde regelingen tegen elkaar afweegt. Maar is dat het specifieke werk van een rechtswetenschapper, kan men dan vragen? Dat doet een politicus toch ook? Sterker nog: is het niet eigenlijk het werk van de politicus en niet van de rechtswetenschapper?

Wie zich wat langer met het recht heeft beziggehouden gaat zien dat deze veel te eenvoudige visie op de aard van het recht en de rechtswetenschap moet worden verlaten. Het recht wordt geïdentificeerd met de vermeend letterlijke regels die we in de geschreven bronnen aantreffen, de 'black letter-rules', zoals de Amerikaanse rechter Oliver Wendell Holmes opmerkt.[1] Recht is echter veel meer dan dat, en het bewerken en bestuderen van het recht vraagt meer dan het rapporteren over deze 'black-letter rules'.[2]

Maar voordat we vruchtbaar over de specifieke geaardheid van de rechtswetenschap als zelfstandige discipline kunnen spreken is het verhelderend eerst een paar opmerkingen te maken over wetenschap in het algemeen. Wat is wetenschap? Van Schilfgaarde schrijft: 'Wetenschap is, als bepaalde wetenschap, elk samenhangend geheel van bizondere en verantwoorde kennis'.[3] Daarbij wordt weer van verantwoorde kennis opgemerkt dat het gaat om een weten dat tevens de gronden bevat. Ken-

1 Vgl. van hem: Holmes, Oliver Wendell, *The Essential Holmes.* Selections from Letters, Speeches, Judicial Opinions, and Other Writings of Oliver Wendell Holmes, Jr., Edited and with an Introduction by Richard A. Posner, The University of Chicago Press, Chicago and London 1992 en Holmes, Oliver Wendell, *Collected Legal Papers,* Peter Smith, New York 1952 (1920).

2 Vgl. daarover: Simmonds, N.E., *The Decline of Juridical Reason.* Doctrine and Theory in the Legal Order, Manchester University Press, Manchester 1984 en Simmonds, N.E., 'Law as a Rational Science', in: *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie,* 66 (1980), pp. 535-556.

3 Schilfgaarde, P. van, *Klein wijsgerig woordenboek,* Servire, Wassenaar 1968, p. 175.

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

merkend voor wetenschap is ook een bepaalde methode en een geheel van gesystematiseerde kennis. Verder wordt wetenschap wel geassocieerd met kennis die bewezen is: 'Wetenschappelijke kennis is bewezen kennis'.[4] Ook punten als objectiviteit, navolgbaarheid, kritiseerbaarheid, consensus, experiment en voorspelbaarheid keren regelmatig terug in omschrijvingen van wetenschap.

Alvorens tot een uiteenzetting over de wetenschappelijkheid van de rechtswetenschap te komen zullen we beginnen met een 'fenomenologische rondgang' langs enige kenmerken van wetenschap. We zullen ons niet wagen aan een definitie van wetenschap, maar proberen in een min of meer willekeurige volgorde een aantal kenmerken aan te orde te stellen waarmee de wetenschap doorgaans geassocieerd wordt. Vervolgens zullen we beoordelen of, en in welke zin, de rechtswetenschap beantwoordt aan het genoemde kenmerk. Vanzelf rijst dan het beeld op van de rechtswetenschappelijke activiteit als een eigengeaarde maar toch wel wetenschappelijke aanpak. (Althans, het is niet geforceerd de activiteit van de rechtsgeleerde als zodanig te kwalificeren).

1.1 Eerste kenmerk van wetenschap: consensus over enkele basale feiten

Laten we beginnen met een punt waarmee wetenschap, althans in de populaire voorstelling, vaak geassocieerd wordt: vaste, onbetwiste kennis over een onderwerp. Kan de rechtswetenschap bogen op feiten waarover nagenoeg universele consensus bestaat?

De historicus H.W. von der Dunk noemt een aantal voorbeelden van zaken die door geen enkele historicus worden betwist.[5] Historici kunnen over veel zaken met elkaar van mening verschillen, maar niemand betwist dat Hannibal de Romeinse legers versloeg in de derde eeuw voor onze jaartelling of dat er in 1566 een beeldenstorm in Vlaanderen woedde. Weliswaar kan door nieuw onderzoek een historisch feit ter discussie worden gesteld: Van der Lubbe heeft misschien toch de Rijksdag aangestoken! Maar ook in dat laatste geval vormt zich binnen de geschiedwetenschap weer betrekkelijk snel consensus over het nieuwe historische feit. Men kan zich afvragen waarmee dat te maken heeft. Waarschijnlijk daarmee, dat (1) de bronnen betrekkelijk gemakkelijk kunnen worden geverifieerd en (2) consensus bestaat over de vraag welke argumenten relevant zijn om het nieuwe feit te ondersteunen. Om met het eerste te beginnen: bepaalde nieuwe documenten uit de archieven kunnen voor alle beoefenaren van de wetenschap overtuigend bewijs opleveren. Het gaat om empirisch vast te stellen feiten. Tevens – en dat is dan een tweede punt, een punt dat nauw samenhangt met het eerste overigens – bestaat een brede consensus over de vraag welke argumenten valide zijn ter ondersteuning van een bepaalde historische claim. Een nieuw gevonden brief van Spinoza zal – wanneer tenminste de authenticiteit eenmaal is vastgesteld – door geen enkele historicus als een irrelevant gegeven ter zijde kunnen worden geschoven.

Maar hoe zit dat met de rechtswetenschap? Hebben we hier onomstotelijke zekerheden, zoals 'De slag bij Nieuwpoort vond plaats in 1600'? Opvallend is dat in de populaire voorstelling de rechtswetenschap uit *niets anders* dan zekerheden zou bestaan. Contracten moeten niet alleen 'juridisch waterdicht' zijn, maar rechtswetenschap wordt ook altijd geassocieerd met zekerheid, stabiliteit, onomstotelijk bewezen, niet voor tegenspraak vatbaar. Misschien gaat het hierbij echter om een beeld dat de rechtswetenschap zelf uitdraagt, maar dat op de keper beschouwd toch sterk ideologische trekken

4 Chalmers, A.F., *Wat heet wetenschap: Over aard en status van de wetenschap en haar methoden,* 4e druk, Boom, Meppel/Amsterdam 1987, p. 187.

5 Dunk, H.W. von der, 'Geschiedenis en wetenschap', in: P.B. Cliteur, H.D. Papma, R.T.P. Wiche, red., *Overtuigend bewijs.* Over het wetenschappelijke van de niet-exacte wetenschappen, Boom, Amsterdam Meppel 1994, pp. 38-65.

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

vertoont.[6] Welke feiten zou de rechtswetenschap ons hebben opgeleverd die de stevigheid benaderen van de hiervoor genoemde 'slag bij Nieuwpoort'? Allerlei heel voor de hand liggende antwoorden blijken bij nadere overweging niet te voldoen. De stelling bijvoorbeeld dat het recht in de wet te vinden is, is niet geheel onbetwist. Soms is de wet een dode letter. Soms is wat in de (straf)wet staat ook niet wederrechtelijk. Ook de stelling dat het recht altijd op de rechtvaardigheid is gericht, zoals natuurrechtsaanhangers ons voorhouden, wordt door anderen, de rechtspositivisten, weersproken.[7] Dat laatste wordt trouwens niet alleen tegengesproken door de rechtspositivisten, die, zoals hierna ook zal blijken, een waardeneutraal concept van recht menen te kunnen omlijnen, maar ook door de klassieke en moderne marxisten van de Critical Legal Studies Movement (CLS), die van mening zijn dat het recht altijd de belangen van een bepaalde maatschappelijke klasse beschermt of in ieder geval politiek bepaald is.[8] Ook uitspraken als dat de rechter zich aan de letter van de wet moet houden of zich buiten de politiek moet houden zijn betwist.

Zo blijkt dus dat in ieder geval op het terrein waar de populaire opvatting zekerheid en consensus veronderstelt, onder rechtswetenschappers deze consensus in feite niet bestaat. Toch zijn er ook over recht en rechtswetenschap uitspraken te doen die de 'Slag-bij-nieuwpoort-achtige status' benaderen. Het frappante is dat het hierbij gaat om uitspraken over de aard van het recht zelf. Tamelijk 'filosofische' uitspraken dus. Bijvoorbeeld dat het recht een algemene aard heeft of dat het in principe geen terugwerkende kracht mag hebben. Ook een uitspraak dat om als recht te kunnen gelden de normen door het publiek moeten kunnen worden gekend (geen 'Draconische wetten' die zo hoog hingen dat niemand ze kon lezen). Het zijn vooral rechtswetenschappers als Anselm von Feuerbach, Beccaria, de schrijvers van de Federalist Papers (Hamilton, Madison en Jay)[9] en anderen die op dit terrein enkele belangrijke principes hebben geformuleerd. Een beginsel dat wetten geen terugwerkende kracht mogen hebben is niet in eerste instantie het product van wetgever of rechter, maar van de rechtswetenschapper. Althans, in de rechtswetenschap heeft men aan de hand van een abstracte analyse van het concept 'recht' geprobeerd uiteen te zetten hoe de aard van het recht zich tegen een dergelijke praktijk verzet.[10] De Amerikaanse rechtsfilosoof Lon Fuller heeft de volgende acht vereisten om van recht te kunnen spreken omlijnd. (1) recht moet worden gegeven in de vorm van algemene regels en niet in de vorm van beslissingen voor afzonderlijke gevallen; (2) de burger moet zich op de hoogte kunnen stellen van de inhoud van die regels; (3) recht mag alleen gelden voor toekomstige gevallen; (4) rechtsregels moeten begrijpelijk zijn; (5) rechtsregels mogen elkaar niet tegenspreken; (6) rechts-

6 Vgl. daarover: Arnold, Thurman W., *The Symbols of Government,* Yale University Press, New Haven etc. 1935; Arnold, Thurman W., 'Institute Priests and Yale Observers', in: *University of Pennsylvania Law Review,* 84 (1936), pp. 811-824; Duxbury, Neil, 'Some Radicalism about Realism? Thurman Arnold and the Politics of Modern Jurisprudence', in: *Oxford Journal of Legal Studies,* 10 (1990), pp. 11-41 en Duxbury, Neil, *Patterns of American Jurisprudence,* Clarendon Press, Oxford 1995, pp. 179-180.

7 Zoals: Hart, H.L.A., 'Positivism and the Separation of Law and Morals', in: *Harvard Law Review,* 71 (1958), hier aangehaald in: H.L.A. Hart, *Essays in Jurisprudence and Philosophy,* Clarendon Press, Oxford 1983, pp. 49-87; Hart, H.L.A., 'Lon L. Fuller: The Morality of Law', in: *Harvard Law Review,* 78 (1965), pp. 1281-96, hier aangehaald in: H.L.A. Hart, *Essays in Jurisprudence and Philosophy,* Clarendon Press, Oxford 1983, pp. 343-365.

8 Vgl. voor een bundel van CLSers zelf: Kairys, David, ed., *The Politics of Law.* A progressive Critique, Pantheon Books, New York 1990 (1982). Over CLS: Altman, Andrew, *Critical Legal Studies.* A Liberal Critique, Princeton University Press, Princeton, Jew Jersey 1990; Singer, Joseph William, 'The Player and the Cards: Nihilism and Legal Theory', in: *Yale Law Journal,* 94 (1984), pp. 1-70; Kelman, Mark, *A Guide to Critical Legal Studies,* Harvard University Press, Cambridge, Mass. and London 1987. Een levendig geschreven kritiek is: Schwartz, Louis B., 'With Gun and Camera Through Darkest CLS-Land', in: *Stanford Law Review,* 36 (1984), pp. 423-464.

9 Vgl. *Federalist papers,* James Madison, Alexander Hamilton en John Jay, edited by Isaac Kramnick, Penguin Books, Harmondsworth 1987, No. 78.

10 Vgl. daarover: Krey, Volker, *Keine Strafe ohne Gesetz.* Einführung in die Dogmengeschichte des Satzes 'nullum crimen, nulla poena sine lege', Walter de Gruyter, Berlin New York 1983.

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

regels mogen geen eisen stellen waaraan men niet kan voldoen; (7) rechtsregels mogen niet te vaak veranderen; (8) de regels moeten worden toegepast door de overheid.[11]

Wie zal ontkennen dat het hierbij gaat om centrale vereisten om van recht te kunnen spreken? Dat betekent overigens niet dat alle verdere conclusies die Fuller aan deze lijst wilde verbinden voetstoots werden aangenomen. Bepaald niet. In de rechtsgeleerde literatuur is een enorme discussie ontstaan over de volgende vragen.

Allereerst: gaat het hierbij om normen die de wetgever dient te respecteren op straffe van nietigheid? Anders gezegd: is het zo dat wanneer een wetgever die zich aan deze beginselen niets gelegen laat liggen geen recht produceert? Fuller beantwoordde die vraag bevestigend. Hij onderschreef daarmee de betekenis van een oude, natuurrechtelijke traditie in de rechtswetenschap dat het schenden van bepaalde normatieve vereisten die men aan het recht dient te stellen, 'non-recht' oplevert.

Anderen hebben een dergelijke natuurrechtelijke terminologie echter als retorische opsmuk van de hand gewezen. Weliswaar is het *slecht recht* dat de wetgever produceert, maar het *is* recht. Het wordt afgedwongen door de rechters. De verdachte kan zich wel beklagen dat het recht niet deugt, maar hij eindigt toch aan de galg. Tegen de natuurrechtsaanhanger met de strop om zijn hoofd zegt men: en durf nu nog maar eens te zeggen dat het geen recht is op grond waarvan je over enkele minuten niet meer bestaat.[12]

Het is een verwarrende discussie. Daarbij speelt op de achtergrond natuurlijk voortdurend de vraag mee wat men als kenmerkend voor recht zou moeten zien. Ziet men recht als een dwangsysteem, als een geheel van normen waarvan het voornaamste kenmerk is dat het door de sterke arm kan worden afgedwongen? Dan is er natuurlijk veel te zeggen voor wat de criticus van het natuurrechtsdenken onder de aandacht brengt. Daar zal men echter anders over denken wanneer men het ethische gehalte van het recht, de vraag of het recht beantwoordt aan de rechtvaardigheid, als belangrijk kenmerk naar voren schuift. In het laatste geval zal de veroordeelde antwoorden: 'het is ook niet het *recht* op grond waarvan ik veroordeeld word, het is de grove *capitulatie van het recht* voor de brute macht'. We komen hierop nog terug in hoofdstuk vijf, waar de controverse natuurrechtsleer/rechtspositivisme behandeld wordt.

Een ander punt waarover veel discussie is geweest naar aanleiding van de beginselen van Fuller, is de vraag hoe men dat geheel van beginselen dat hij als constituerend voor het recht zag zou moeten *benoemen.* Hij sprak zelf van een 'morality of law'; een moraliteit van het recht.

Dat heeft hem blootgesteld aan triomfantelijke kritiek van de Britse rechtsfilosoof H.L.A. Hart die meende dat het bij die beginselen slechts zou gaan om effectiviteitscriteria, niet om een 'moraal' van het recht. Wanneer men de beginselen van Fuller morele beginselen zou noemen, zou men de regels die een gifmengster in acht neemt om haar activiteiten voorspoedig te laten verlopen ook wel de moraliteit van haar vak kunnen noemen. 'The morality of poisoning'; de gedachte alleen al![13]

Ook hiervoor geldt dat het een weinig vruchtbare discussie is geweest, waarbij niet goed werd gespecificeerd wat men onder 'moraal' verstaat. Gaat men uit van een moderne conceptie van moraal dan is er inderdaad iets voor te zeggen om de beginselen van Fuller geen morele beginselen te noemen; in de antieke conceptie van moraal staat echter het idee van 'human excellence' centraal, zoals de filosoof Richard Taylor in een belangwekkend boek over de moderne en antieke conceptie van de moraal heeft uiteengezet.[14] In de antieke conceptie heeft moraal te maken met de optimale staat van

11 Vgl. Fuller, Lon L., *The Morality of Law,* Yale University Press, New Haven and London 1978 (1964), p. 33 e.v.

12 Austin aangehaald bij: Hart, H.L.A., 'Positivism and the Separation of Law and Morals', in: *Harvard Law Review,* 71 (1958), hier aangehaald in: H.L.A. Hart, *Essays in Jurisprudence and Philosophy,* Clarendon Press, Oxford 1983, pp. 49-87, p. 73.

13 Hart, H.L.A., 'Lon L. Fuller: The Morality of Law', in: *Harvard Law Review,* 78 (1965), pp. 1281-96, hier aangehaald in: H.L.A. Hart, *Essays in Jurisprudence and Philosophy,* Clarendon Press, Oxford 1983, pp. 343-365, p. 350.

14 Taylor, Richard, *Ethics, Faith, and Reason,* Prentice-Hall, Inc., Englewood Cliffs, New Jersey 1985. Vgl. over deze kwestie uitvoeriger: Cliteur, P.B., 'Fuller's Faith', in: Willem J. Witteveen, Wibren van der Burg, eds., *Rediscovering Fuller.* Essays on Implicit Law and Institutional Design, Amsterdam University Press, Amsterdam 1999, pp. 100-124.

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

een bepaald persoon, een bepaald proces etc. En wie zal willen ontkennen dat een rechtsstelsel waarin de beginselen van Fuller worden gerespecteerd, recht in zijn optimale staat is?

Een derde en laatste controverse over Fuller's beginselen is of een voldoende voorwaarde of een noodzakelijke voorwaarde zijn voor goed recht.

Stel, in een bepaald land worden de beginselen van Fuller niet geschonden; kan men zich dan toch nog terreur voorstellen? De Engelsen zijn over dit punt optimistischer dan de Amerikanen. De Amerikanen menen dat men naast de 'rule of law' (het geheel van beginselen van Fuller zouden we kunnen omschrijven als de 'rule of law') ook 'constitutionalism' (in Europa spreekt men vaak van de 'rechtsstaat') als staatkundig ideaal dient te verwerkelijken.[15] Bij dat laatste gaat het om het formuleren van een aantal waarden, meestal in de vorm van grondrechten of mensenrechten, die de staat onder geen enkel beding zou mogen schenden.

Wanneer we het nu hebben over vaste waarden of feiten van de rechtswetenschap, dan lijkt het dat over de 'rule of law' en 'constitutionalism' nog de minste controverse bestaat. Weliswaar zullen verschillende rechtswetenschappers deze concepten enigszins verschillend omlijnen, maar er is toch een grote mate van consensus over de omlijning van deze begrippen, evenals over de wenselijkheid van het realiseren daarvan. Het gaat om centrale ordeningsconcepten voor de westerse rechtswetenschap.[16]

Dit is historisch een uitzonderlijke aangelegenheid. Het is een unieke verworvenheid dat sinds lange tijd een breed gedragen consensus is ontstaan over zulke fundamentele ordeningsconcepten van het westerse constitutionele recht en daarmee ook over de rechtswetenschap die zich richt op een coherente presentatie en analyse van het westerse constitutionele recht.

1.2 Tweede kenmerk van wetenschap: het experiment

Tot zover de consensus over enkele basale feiten als kenmerk voor wetenschappelijkheid. Als een tweede kenmerk van wetenschappelijkheid wordt vaak gewezen op de betekenis van het experiment. Wat maakt een uitspraak wetenschappelijk? Dat is dat deze kan worden 'getest'. Er kan een experiment worden gedaan, waarbij de juistheid (of onjuistheid) van de gemaakte bewerking kan worden vastgesteld.

Het woord 'experiment' is afgeleid van het Latijnse experiri (= op de proef stellen, beproeven, door ondervinding leren kennen). Het staat voor het bewust en actief ingrijpen in de stand der dingen om meetbare effecten te produceren. Bij voorkeur wordt een experiment zo opgezet en ingericht dat het herhaalbaar is alsmede dat de uitvoerder de belangrijkste condities waaronder het experiment wordt uitgevoerd, onder controle heeft. De meeste experimenten hebben betrekking op het creëren van kunstmatige, en vaak ook gekunstelde, situaties die in de vrije natuur niet voorkomen.[17]

Von der Dunk spreekt over het feit dat het experiment in de geschiedwetenschap ontbreekt. Inderdaad wordt de mogelijkheid van het uitvoeren van een experiment altijd als het karakteristieke van de natuurwetenschappen ter onderscheiding van de menswetenschappen gezien. Hoe zit het in de rechtswetenschap? In zekere zin geldt ook voor de rechtswetenschap dat men daar niet kan expe-

15 Vgl. over de verhouding van de begrippen 'constitutionalisme', 'Rule of Law' en 'Morality of Law': Zoethout, C.M., *Constitutionalisme.* Een vergelijkend onderzoek naar het beperken van overheidsmacht door het recht, Gouda Quint, Arnhem 1995, pp. 218-223 en Gordon, Scott, *Controlling the State.* Constitutionalism from Ancient Athens to Today, Harvard University Press, Cambridge (Mass.) / London 1999.

16 Vgl. over de consensus die op dit terrein zou bestaan: Fukuyama , Francis, 'The End of History?', in: *The National Interest,* No. 16, Summer 1989, pp. 3-18, ook in: Paul Schumaker, Dwight C. Kiel, Thomas W. Heilke, eds., *Ideological Voices.* An Anthology in Modern Political Ideas, The McGraw-Hill Companies, Inc., New York etc. 1997, pp. 409-417; Fukuyama, Francis, *The End of History and the Last Man,* The Free Press/Macmillan, New York 1992.

17 Raven, D.W., 'Experiment', in: *Woordenboek Filosofie,* Harry Willemsen, red., Van Gorcum, Assen/Maastricht 1992, p. 145.

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

rimenteren zoals men dat in de natuurwetenschappen gewend is. Een leerstuk, een nieuw geformuleerd beginsel, een bepaalde oplossing voor een juridisch probleem, kan men in die zin niet 'testen' dat er in de rechtswetenschap geen nabootsing van de werkelijkheid wordt gefabriceerd waarin we het te toetsen leerstuk, het beginsel of de oplossing, kunnen laten functioneren. Dat heeft verschillende redenen. Allereerst ethische. De natuur mogen we van Francis Bacon op de pijnbank leggen en volgens René Descartes zouden we dat ook met dieren mogen doen,[18] maar dat laatste staat tegenwoordig aan zware kritiek bloot (zie daarover hoofdstuk negen). De bezwaren die zich opdringen tegen het experimenteren met dieren doen zich nog sterker voor wanneer wordt geëxperimenteerd met mensen.

Experimenten *in deze directe zin* kennen we in de rechtswetenschap dan ook niet. Toch wordt in een andere, wat ruimere zin ook in de rechtswetenschap wel geëxperimenteerd. Niet dat er wordt geëxperimenteerd met het menselijk lichaam, maar we experimenteren wel met de ordening van de maatschappij.[19] De Amerikaanse president Franklin D. Roosevelt heeft eens gezegd toen hij een programma presenteerde waarmee de Amerikaanse economie zou moeten worden gered, dat hij niet naar een of andere theorie verwees, maar openlijk verklaarde dat hij het ene na het andere zou proberen net zolang tot hij een oplossing voor de problemen zou hebben: 'The country demands bold, persistent experimentation. It is common sense to take a method and try it: if it fails, admit it frankly and try another'.[20] Deze sterk experimentele instelling is niet alleen kenmerkend voor de Amerikaanse[21] en Britse *politiek,* maar ook voor het *juridische denken* in de Anglo-saksische wereld. En naar mate het Angelsaksische denken over recht meer invloed krijgt in de Europese verhoudingen dringt ook de 'experimentalistische' houding meer door in de Europese verhoudingen. Zou men de kern van de Angelsaksische benadering van het recht bondig willen samenvatten dan zou men kunnen zeggen: het recht is niet in eerste instantie te vinden in de grote codificaties, maar in de praktijk van het jurisprudentierecht.[22] Dat geldt niet alleen voor het privaatrecht, maar ook voor het publiekrecht. De Amerikaanse founding fathers benadrukten herhaaldelijk dat zij niet, zoals de Franse revolutionairen deden, een constitutie vanuit het niets bedachten, gebaseerd op contracts-constructies en de filosofie van verlichtingsfilosofen, maar dat het de ervaring was die hun richtsnoer vormde.[23] Herhaaldelijk komen we dan ook verwijzingen tegen naar de oude republieken in Griekenland en vooral de Romeinse, en voortdurend ziet men dat lering wordt getrokken uit de vergissingen en de successen die in het verleden met bepaalde politieke experimenten zijn behaald.[24]

Ook voor de *methodologie* van de rechtswetenschap is dat belangrijk en daarmee komen we bij ons eigenlijke onderwerp. In de Angelsaksische methodiek, zoals deze scherp tot uitdrukking komt in het Engelse common law systeem, ziet men het rechtssysteem als een grote experimenteersituatie.[25] Het functioneert volgens de Popperiaanse methodiek. Dat wil zeggen dat men door vallen en opstaan,

18 Vgl. daarover: Huxley, Thomas Henry, 'Science and Culture' (1880), in: Thomas Henry Huxley, *Science and Culture and Other Essays,* MacMillan, London 1882, pp. 1-23.

19 Zoals Mill bepleit in: Mill, J.S., *On Liberty,* Penguin Books, Harmondsworth 1977 (1859).

20 Aangehaald bij: Boorstin, Daniel, *The Genius of American Politics,* The University of Chicago Press, Chicago and London 1953, p. 21.

21 De filosoof die wat dit betreft representatief is voor de Amerikaanse mentaliteit is John Dewey. Vgl. over diens 'experimentalisme': Rockefeller, Steven C., *John Dewey.* Religious Faith and Democratic Humanism, Columbia University Press, New York 1991, pp. 440-444.

22 David, René, *Les grands systèmes de droit contemporaines,* 11e dr., Dalloz, Paris 1982, p. 383.

23 Vgl. over het verschil tussen de Franse en de Amerikaanse revolutie: Kristol, Irving, 'The American Revolution as a Succesful Revolution', in: *Reflections of a Neoconservative,* Basic Books, Inc., Publishers, New York 1983, pp. 78-95.

24 Vgl. Cliteur, P.B., 'De Federalist Papers', in: P.B. Cliteur, A.A.M. Kinneging en G.A. van der List, *Filosofen van het klassiek liberalisme,* Kok/Agora, Kampen 1993, pp. 113-135; Bailyn, Bernard, *The Ideological Origins of the American Revolution,* Enlarged Edition, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge (Mass.), London 1992.

25 Mooi beschreven door: Postema, Gerald J., *Bentham and the common law tradition,* Clarendon Press, Oxford 1989 (1986) en Atiyah, P.S., en Summers, R.S., *Form and Substance in Anglo-American Law,* A Comparative Study of Legal Reasoning, Legal Theory, and Legal Institutions, Clarendon Press, Oxford 1991 (1987).

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

stapje voor stapje, bepaalde modificaties aanbrengt.[26] Men maakt een kleine verandering, bekijkt het resultaat en alleen wanneer het resultaat bevalt gaat men op de ingeslagen weg voort.

In die zin kan men dus zeggen dat men in het Engelse recht *voortdurend* experimenteert. Weliswaar gaat het hierbij niet om experimenten waarbij een kunstmatige nabootsing van de natuur wordt gepleegd, maar de situatie vertoont toch wel voldoende overeenkomst met andere kenmerken van het experiment om als zodanig te worden aangeduid. Het experiment wordt gepleegd wanneer de kans daarvoor spontaan of liever gezegd zonder dat dit bewust menselijk kan worden gemanipuleerd, zich voordoet. Een rechter heeft immers af te wachten tot dat een zaak bij hem wordt aangebracht. Is dat echter eenmaal het geval dan kan alles verder gewoon, volgens de richtlijnen voor een wetenschappelijk experiment, verlopen. Dat geldt zelfs ten dele voor het toetsen van de resultaten van het experiment.

Daarbij is er natuurlijk weer wel het grote verschil met de natuurwetenschap (en ook met de geschiedwetenschap voorzover het gaat om het vaststellen van historische feiten) dat weliswaar het experiment kan worden uitgevoerd, maar dat we weer veel minder houvast hebben ten aanzien van de beoordeling van de vraag of het experiment geslaagd is. Daarvoor strijden twee criteria traditioneel om de voorrang, criteria waaraan de namen van Kant en Bentham zijn verbonden. *Kantiaans* is het centraal stellen van de *rechtvaardigheid.* Het ene juridisch concept is beter dan het andere wanneer het tot meer rechtvaardige resultaten leidt. *Bentham* benadert de vraag onder het gezichtspunt van de *nuttigheid.* Wanneer het ene criterium tot nuttiger resultaten leidt dan het andere, is het beter.

Beide criteria worden gehanteerd in de rechtswetenschap. Niet alleen ten aanzien van de beoordeling van de vraag of een concrete oplossing 'beter' is dan een andere, maar zelfs wanneer het gaat om zulke algemene zaken als 'is het ene systeem beter dan het ander?' Telkens staan hier het nuttigheidsperspectief en het rechtvaardigheidsperspectief tegenover elkaar.

Alles overwegend kan worden geteld dat wanneer we aan het experiment veel betekenis hechten voor het verlenen van het predikaat van 'wetenschappelijkheid' de rechtswetenschap niet behoeft achter te blijven.

1.3 Derde kenmerk van wetenschap: cumulatie van kennis

Het laatste brengt ons op een interessante vraag: bestaat in de rechtswetenschap cumulatie van kennis, een derde kenmerk van wetenschappelijkheid? De 'echte' wetenschap gaat vooruit; de pseudowetenschap draait altijd maar in dezelfde kring rond.[27] Voor de echte wetenschap geldt dat de latere generatie verder kan zien omdat men, naar de bekende woorden van Bernard van Chartres, als dwergen op de schouders van reuzen zit.[28] Vaak was het ontbreken van vooruitgang en cumulatie van kennis ook een belangrijk argument om de wetenschappelijkheid van een bepaalde discipline ter discussie te stellen. Triomfantelijk werd bijvoorbeeld door critici van de filosofie (onder wie ook filosofen) opgemerkt dat de wijsbegeerte geen echte wetenschap kan zijn. De filosofie heeft immers nog nooit één van haar problemen op kunnen lossen. Die delen van de filosofie waarin wèl enige vooruitgang lijkt te worden onderkend hebben zich snel van de moederwetenschap afgescheiden om een eigen weg te gaan, zoals de logica. Ook voor de geschiedwetenschap lijkt de vooruitgang (of het ontbreken daarvan) een nijpend probleem. Is Peter Gay verder dan Thucydides? Met het moderne

26 Overigens niet alleen een eigenaardigheid van de Popperiaanse benadering, maar ook van het pragmatisme. Vgl. daarover de discussie tussen Dworkin en Rorty: Dworkin, Ronald, 'Pragmatism, Right Answers, and True Banality', in: *Pragmatism in Law & Society,* edited by Michael Brint & William Weaver, Westview Press, Boulder/San Francisco/Oxford 1991, pp. 359-389; Rorty, Richard, 'The Banality of Pragmatism and the Poetry of Justice', in: *Pragmatism in Law & Society,* edited by Michael Brint & William Weaver, Westview Press, Boulder/San Francisco/Oxford 1991, pp. 89-99.

27 Ziegler, Peter, 'A General Theory of Law as a Paradigm for Legal Research', in: *Modern Law Review,* 51 (1988), pp. 569-592, p. 571.

28 Fremantle, Anne, *The Age of Belief,* The Medieval Philosophers, New American Library 1954, p. ix.

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

narrativisme dient zich de vraag aan of Herodotus toch niet net zo'n goed verhalenverteller was als Barbara Tuchman.

Hoe zit het met de rechtswetenschap? Is de rechtswetenschap verder dan in de tijd van Hugo de Groot? De gedachte van vooruitgang in de wetenschap is net als die van vooruitgang in het algemeen niet erg populair tegenwoordig. Het is zelfs een beetje chic daarover met enig dédain te spreken. Vooruitgang was een onkritisch en naïef geloof van de negentiende eeuwse denkers. Het was het geloof van – om maar even bij de rechtswetenschap te blijven – Henry Sumner Maine (1822-1888), de eerste hoogleraar in 'Jurisprudence' in Oxford, die meende dat de 'movement from progressive societies' er een zou zijn van 'status' naar 'contract', van despotisme naar vrijheid, van gemeenschappelijk eigendom naar privé-eigendom. Maine werd bekend door zijn boek *Ancient Law* (1861). Hij beweerde dat in vroege samenlevingen het recht zich geleidelijk uitkristalliseerde in beslissingen, vandaar in gewoontes en uiteindelijk in de eerste codificaties, waarvan de Griekse wet van Solon, de hindoewetten van Manu en de Romeinse wet van de twaalf tafelen voorbeelden zijn. Statische maatschappijen zouden niet ver voorbij dit stadium komen, maar 'progressieve' samenlevingen, zoals de Romeinse en de Engelse, wel. Met die bekende slagzin van 'status naar contract' bedoelde hij dat de eerste juridische relaties tussen mensen werden bepaald door de positie binnen het gezin en de familie, maar dat het individu zich geleidelijk van deze bindingen emancipeerde en zelfstandig zijn juridische rechten kon vaststellen door middel van contracten.[29]

Lezen we nu de verhalen van Maine en andere rechtswetenschappers uit vorige eeuwen dan worden we getroffen door het grote zelfvertrouwen. Berucht op dit terrein is ook William Blackstone (1723-1780), wiens zelfgenoegzame houding ten aanzien van het Engelse recht van zijn tijd, zoals uiteengezet in zijn *Commentaries on the laws of England* (1765-1769)[30] de irritatie van Bentham opriep.[31] Blackstone had een grote bewondering voor het Engelse recht en dan niet zozeer het door de wetgever gemaakte recht, maar de common law: het recht dat, mede door de doctrine ontwikkeld, voortleeft in de traditie en in de gewoontevorming die ontstaat in de spontane handelingspraktijk en in rechterlijke uitspraken. Net als Edward Coke in de zeventiende eeuw benaderde hij dit recht met een bijna religieuze toewijding. Hij stoort zich aan het gebrek aan belangstelling voor het recht onder zijn tijdgenoten. 'It has been the peculiar lot of our admirable system of laws, to be neglected, and even unknown, by all but one practical profession; though built upon the soundest foundations, and approved by the experience of ages'.[32]

Dit is voor ons een interessante passage. Blackstone constateert vooruitgang: het recht van zijn tijd is beter dan het was. Daaraan levert de rechtswetenschap, waarvan hij zelf een beoefenaar is, een belangrijke bijdrage. De wetenschapper *beschrijft* niet alleen het recht, maar doordenkt het, systematiseert het en presenteert het op een coherente wijze, zodanig dat hij het rechtssysteem ook verbetert.

29 Maine, Henry Sumner, *Ancient Law.* (1861) Its Connection With the Early History of Society, and Its Relation to Modern Ideas, Foreword by Lawrence Rosen, University of Arizona Press, Tucson 1986 en Maine, Henry Sumner, *Popular Government,* Liberty Classics, Indianapolis 1976 (1885). Vgl. over hem: Utz, Stephen G., 'Maine's *Ancient Law* and Legal Theory', in: *Connecticut Law Review,* 16 (1984), pp. 821-852.

30 Vgl. voor een hedendaagse selectie: Blackstone, William, *The Sovereignty of the Law.* Selections from Blackstone's *Commentaries on the Laws of England,* Edited with an Introduction by Gareth Jones, MacMillan, London and Basingstoke 1973.

31 Vgl. Barker, Ernest, 'Blackstone on the British Constitution', in: *Essays on Government,* Clarendon Press, Oxford 1965 (1945), pp. 120-154; Seagle, William, 'Sir William Blackstone: Law and Popularization', in: William Seagle, *Men of Law,* The MacMillan Company, New York 1947, pp. 188-212; Cairns, John W., 'Blackstone, An English Institutist: Legal Literature and the Rise of the Nation State', in: *Oxford Journal of Legal Studies,* 4 (1984), pp. 318-360 en Boorstin, Daniel J., *The Mysterious Science of the Law.* An Essay on Blackstone's Commentaries, With a new Foreword, The University of Chicago Press, Chicago and London 1996 (1941).

32 Blackstone, O.c., p. 3.

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

De vooruitgang van de common law is dan ook voor een belangrijk gedeelte aan de doctrine te wijten.

Ook hier zijn we weer een belangrijk verschil tussen de rechtswetenschap en andere wetenschappen op het spoor: het is een bij uitstek praktische aangelegenheid. De natuurwetenschapper verbetert de natuur niet, maar leert die kennen. De geoloog verandert de aardkorst niet, maar onderzoekt deze. De rechtswetenschapper daarentegen modificeert en creëert zelfs het object van zijn onderzoek. Zo levert de rechtswetenschapper een belangrijke bijdrage aan de perfectionering van zijn voorwerp van onderzoek. Blackstone's liefde voor het recht van zijn tijd is dus grotendeels liefde voor het product van zijn eigen creatie. (Althans ten dele). Hij zei:

> For I think it an undeniable position that a competent knowledge of the laws of that society, in which we live, is the proper accomplishment of every gentleman and scholar; and highly useful, I had almost said essential, part of liberal and polite education. And in this I am warranted by the example of ancient Rome; where as Cicero informs us, the very boys were obliged to learn the twelve tables by heart, as a *carmen necessarium* or indispensable lesson, to imprint on their tender minds an early knowledge of the laws and constitution of their country.[33]

Deze visie zou tegenwoordig als theatraal worden beschouwd. Dit soort hoogdravendheid schreeuwt als het ware om postmoderne deconstructie.[34] We zijn wereldwijs geworden, ten minste dat denken we. We zeggen – vrij naar Ranke – dat alle rechtsstelsels in een gelijke betrekking tot God staan. Maar geloven we er zelf in? Geloven we zelf echt dat, laten we zeggen, een constitutioneel bestel met een geschreven grondwet, verankerde grondrechten, een onafhankelijke rechterlijke macht en scheiding en evenwicht van machten, een systeem dat voortdurend wordt bewerkt, verbeterd en op coherentie getoetst en verder ontwikkeld door een speciaal daartoe opgeleide juridische klasse (om maar even in de geest van Blackstone door te gaan), werkelijk gelijkwaardig is aan een primitief rechtssysteem? (Deze vraag wordt verder uitgewerkt in hoofdstuk drie).

Geleidelijk gaan we nu van waardering van de rechtswetenschap naar het *object* van die rechtswetenschap, het rechtssysteem. Te scheiden zijn zij ook niet. Het is een belangrijk inzicht van rechtsgeleerden als Blackstone dat zij ons daarvan bewust hebben gemaakt en het is een bijdrage die nog niet door de meest verbeten critici van Blackstone en zijn burgerlijke rechtswetenschap wordt ontkend.[35] Rechtsgeleerden als James Bryce en A.V. Dicey hebben de klassieke traditie van Blackstone voortgezet.[36]

1.4 Vierde kenmerk van wetenschap: voorspellingen doen

Consensus, experiment, vooruitgang in de zin van cumulatie van kennis. Er ontbreekt nog iets. Laten we Comte, de grote profeet van de wetenschap, aan het woord laten: 'Savoir pour prévoir, prévoir pour prédire'. In de natuurwetenschap speelt het voorspellen een belangrijke rol, een vierde kenmerk van wetenschappelijkheid. Een wetenschap die kan voorspellen bewijst zich als een wetenschap met praktisch nut; een wetenschap met macht. Voorspellen geeft ons beheersing over de werkelijkheid. Met dat laatste komt het humanistisch kennisideaal ook in verbinding met het beheersingsideaal,

33 Blackstone, O.c., p. 4.

34 Overeenkomstig de lijn van: Tushnet, Mark, 'Critical Legal Studies and Constitutional Law: An Essay in Deconstruction', in: *Stanford Law Review,* 36 (1984), pp. 623-647.

35 Vgl. Boorstin, Daniel J., *The Mysterious Science of the Law.* An Essay on Blackstone's Commentaries, With a new Foreword, The University of Chicago Press, Chicago and London 1996 (1941).

36 Vgl. Dicey, A.V., *Introduction to the Law of the Constitution,* Tenth edition, with introduction by E.C.S. Wade, Macmillan Education, London 1987 (1885) en Bryce: Bryce, James, *Modern Democracies,* in two volumes, MacMillan, London 1921; Bryce, James, *The American Commonwealth,* twee delen, The Macmillan Company 1926 (1893).

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

eens de trots van de wetenschap, tegenwoordig het punt waarop deze het strengste wordt bekritiseerd. Het procedé verloopt als volgt. De wetenschapper komt wetmatigheden op het spoor. Die wetmatigheden maken het hem mogelijk om bepaalde gebeurtenissen te voorspellen. Thales, de eerste filosoof en astronoom van het Avondland, had niet alleen gezien hoe de hemellichamen zich gedroegen, maar hij baseerde daarop bepaalde verwachtingen voor de toekomst en zo kon hij ook een zonsverduistering voorspellen.[37] Voorspellen – en voorspellen niet op grond van gokken maar op grond van een inzicht in de wetmatigheden die de natuurlijke werkelijkheid beheersen – is altijd als een centraal kenmerk van de wetenschap gezien.

Kan de rechtswetenschap iets voorspellen? En zo ja, wat? Het zal niet verbazen dat vóór Comte ook Francis Bacon, die andere grote profeet van de wetenschap, hierover reeds zijn gedachten heeft laten gaan. Bacon was immers niet alleen een belangrijk methodoloog van de natuurwetenschappen, maar ook een invloedrijk jurist. En net als hij heeft geprobeerd om de natuurwetenschappen te bevrijden van wat hij zag als de spinnenwebben van het aristotelisme, zo probeerde hij ook de rechtswetenschap te bevrijden van de middeleeuwse invloeden waaraan deze zo lang had blootgestaan. In *Maxims of the law,* een aan het recht gewijd geschrift uit 1630, geeft hij aan wat hem voor de geest staat.

De 'uncertainty of law' zou verholpen moeten worden. Die ziet hij als de 'most just challenge that is made to the laws of our nation at this time'.[38] Wat hem voor ogen staat is het vergroten van de rechtszekerheid door de gronden of de wortels van het recht en de fundamenten van de wetenschap op te sporen. Zelfs wanneer het recht langs officiële weg is uitgelegd heeft de wetenschapper nog een belangrijke taak. De rechtsgeleerde, zo zegt hij, '(can) see more profoundly into the reason of such judgments and ruled cases, and thereby make more use of them for the decision of other cases more doubtful'.

De gedachte is kennelijk dat wanneer men de gronden van het recht kent, de beginselen waarop het berust, de uitgangspunten die aan de vele regels ten grondslag liggen, het mogelijk wordt die kennis pragmatisch aan te wenden: men kan toekomstige ontwikkelingen voorspellen, zowel op korte termijn als op de langere termijn.

Bacon geeft daarmee een vroege verwoording van een belangrijk ideaal dat zal worden opgepakt door een groep van Amerikaanse rechtsgeleerden aan het begin van deze eeuw: de Amerikaanse realisten.[39] De Amerikaanse realisten spelen een belangrijke rol in de geschiedenis van de rechtswetenschap in de Verenigde Staten en – zij het in mindere mate – Europa. Hun positie ten aanzien van het onderwerp dat we hier bespreken, de status van de rechtswetenschap als wetenschap, is in zekere zin een ambivalente. Enerzijds vormen zij een radicale breuk met het verleden. Hun werkzaamheid lijkt eerder destructief dan constructief. Zij namen een aantal klassieke pretenties van de rechtswetenschap scherp onder vuur, onder andere de traditionele idealen van rechtvaardigheid en rechtszekerheid. Maar in zekere zin hadden zij ook een optimistisch, bijna naïef vertrouwen in de toekomstmogelijkheden van de rechtswetenschap, wanneer men deze maar op een deugdelijke sociaalwetenschappelijke grondslag zou weten te grondvesten.

Het is vooral het eerste waarmee het Amerikaans realisme tegenwoordig geassocieerd wordt en waaraan deze richting ook haar naam te danken heeft. Zij werden 'realisten' genoemd vanwege hun nogal ontluisterende analyse van het recht, iets waarmee men al snel vertrouwd raakt wanneer men

37 Van 28 mei 585 v.o.j. Vgl. Gomperz, Theodor, *Griechische Denker.* Eine Geschichte der Antiken Philosophie, I/III, Veit & Comp. Leipzig 1896, I, p. 39.

38 Aangehaald bij: Kocher, Paul H., 'Francis Bacon on the Science of Jurisprudence', in: *Journal of the History of Ideas,* 43 (1957), pp. 3-26, p. 5.

39 Vgl. over hen: Cliteur, P.B., 'Amerikaans realisme', in: P.B. Cliteur, B.C. Labuschagne, C.E. Smith, red., *Rechtsfilosofische stromingen van de twintigste eeuw,* Gouda Quint, Arnhem 1997, pp. 41-109; Crozier, J.B., 'Legal Realism and a Science of Law', in: *The American Journal of Jurisprudence,* 29 (1984), pp. 151-167; Rumble, Jr., Wilfrid E., *American Legal Realism,* Scepticism, Reform, and the Judicial Process, Cornell University Press, Ithaca, New York 1968.

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

kennis neemt van een opstel van de voorman van de beweging.[40] Volgens Oliver Wendell Holmes zouden we het recht moeten beschouwen zoals de 'slechterik' ('bad man') dat doet. Vragen we aan de slechterik wat recht is dan is hij niet geïnteresseerd in mooie theorieën, zelfs niet wat in de wet staat, maar in de *kans dat hij zal worden veroordeeld.* Gezien vanuit het perspectief van de slechterik is het recht niets anders dan de *kans* om veroordeeld te worden en de taak van de juridisch adviseur zou het zijn om te *voorspellen* welke kansen hij loopt om te worden veroordeeld. Holmes was daarmee de eerste die een pleidooi hield voor de 'prediktietheorie van het recht'. In een bekende passage schrijft hij dat de mensen in feite willen weten hoe ver zij kunnen gaan tegenover een ordening die zoveel sterker is dan zijzelf. Welk risico nemen we wanneer we iets doen, waarvan we weten dat de wetgever het verboden heeft? Juristen kunnen de calculerende burgers helpen bij het maken van die voorspellingen. Het object van studie voor de jurist is daarom de voorspelling, schrijft Holmes.[41]

Wanneer men eenmaal heeft vastgesteld dat men op die manier tegen het recht aankijkt, ligt het voor de hand dat men zich geheel gaat toeleggen op het voorspellen van rechterlijk gedrag. De cruciale vraag wordt dan op basis van welke overwegingen men de meest betrouwbare predicties kan opstellen. Holmes had daarover nog betrekkelijk traditionele opvattingen. Volgens Holmes was het recht zoals dat in de handboeken beschreven wordt een belangrijk hulpmiddel ('law in the books'). Morele ideeën daarentegen zag hij als een onbetrouwbare leidraad.[42] Latere realisten richtten hun aandacht op andere factoren, zoals het feitelijke gedrag van rechters in het verleden ('law in action'). En waarom zou men niet tevens kijken naar politieke ideologieën en de sociale achtergrond van rechters?

Veel van de realistische pogingen om de ware determinanten van het rechterlijk gedrag op het spoor te komen lopen volgens het schema: 'jullie zeggen nu wel A, maar eigenlijk is het B'. Fred Rodell meende dat men zou moeten kijken naar waar een rechter *werkelijk* voor kiest, los van de *redenen* die hij aanvoert. Zo bestudeerde Rodell het beslissingsgedrag van Justice Black en Justice Frankfurter, twee leden van het Amerikaanse Supreme Court, die sterk verschillende opvattingen hadden ten aanzien van de wijze waarop de rechter te werk zou moeten gaan. Vaak kwamen zij echter tot een gelijkluidend resultaat en het is onmogelijk om hun beslissingsgedrag af te leiden uit hun opvattingen over hoe de rechter te werk zou moeten gaan. De ene keer hield Black zich aan de letterlijke bewoordingen van de constitutie,[43] dan weer las hij dingen in de constitutie die men daar alleen met zeer veel goede wil in kan lezen. Kort en goed: de beginselen waarvan rechters *zeggen* uit te gaan versluieren veeleer de redenen die rechters hebben dan dat zij die verklaren. Rodell schrijft dat Black's 'votes on the Court (...) have been and remain predictable with far greater accuracy from his many-faceted evangelical yet practical humanitarianism, than from any complex of abstract jurisprudential principles'. Hetzelfde gold overigens voor Frankfurter.

1.5 Het regel-skepticisme van de Amerikaanse realisten

Voor een leek zal het een wat vreemde indruk maken dat men zoveel aandacht geeft aan de noodzaak van voorspelling en de wijze waarop men dat zou kunnen realiseren, terwijl dat toch zo gemakkelijk moet zijn met recht. Volgens de populaire voorstelling vinden we het recht in de wet en de rechter

40 Vgl. Leiter, Brian, 'Legal Realism', in: Dennis Patterson, ed., *A Companion to the Philosophy of Law and Legal Theory,* Blackwell, Cambridge (Mass.), Oxford 1996, pp. 261-280.

41 Holmes, O.W., *The Path of the Law,* in: *Harvard Law Review,* 1897, hier aangehaald in: Holmes, Oliver Wendell, *Collected Legal Papers,* Peter Smith, New York 1952, pp. 167-202, p. 167.

42 Hij was ook een van de meest geharnaste bestrijders van het natuurrecht. Vgl. Holmes, Oliver Wendell, 'Natural Law', in: *Collected Legal Papers,* Peter Smith, New York 1952 (1920), pp. 310-316. Vgl. ook: Herget, James, *American Jurisprudence, 1870-1970,* Rice University Press, Houston, Texas 1990, pp. 8-12, 157-58.

43 Zoals naar zijn idee zou moeten gebeuren, hij was immers een aanhanger van 'originalisme'. Vgl. Black, Hugo LaFayette, *A Constitutional Faith,* Alfred Knopf, New York 1969.

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

past dat recht toe volgens de letter van de wet. De realisten waren echter van mening dat een dergelijke voorstelling van zaken wel erg simplistisch is; zij wezen erop dat het met die zekerheid van regels niet zo duidelijk lag. Men noemt dit onderdeel van hun denken 'regelscepticisme' en in het aanvoeren van redenen voor een dergelijke twijfel aan regels hebben de realisten ons indrukwekkende inzichten aangedragen. Wat waren de redenen voor het regelscepticisme? Rumble, schrijver van een belangwekkend boek over deze beweging, onderscheidt een aantal factoren die het regelscepticisme stimuleerde:[44]

(1) De *veelheid van precedenten.* Als een van de factoren die stabiliteit in het recht zouden moeten brengen is het gewoon te verwijzen naar precedenten. Precedenten zijn beslissingen van rechters in eerdere gevallen die in relevante opzichten lijken op het geval dat moet worden beoordeeld. Heeft een rechter een geval voor zich dat inderdaad sterk lijkt op het geval dat hij moet beoordelen dan dient hij dat geval ook *op dezelfde manier* te beoordelen. Daarmee wordt zowel de rechtsgelijkheid als ook de rechtszekerheid gediend. De realisten ondergroeven een dergelijk optimistisch verhaal. Juristen zijn kennelijk van mening dat precedenten een bepaalde richting uitwijzen, maar is dat wel zo? De realisten meenden dat er zóveel precedenten waren dat voor elk standpunt wel een lijn van precedenten zou zijn aan te voeren als rechtvaardiging voor de beslissing. Een van de meest radicale leden van de beweging, Felix Cohen, schreef dat 'no judge could possibly hand down a decision in any case for which a commentator could not find a precedent, even if the judge himself failed to find one'.[45] De pretentie dat rechters precedenten volgen wordt door de realisten op dezelfde manier bestreden als atheïsten de pretentie van christenen bestrijden dat zij zich door de bijbel zouden laten leiden. Voor elke daad is wel een bijbelse rechtvaardiging aan te dragen, zegt de atheïst.[46] Wil men oorlog en agressie dan zegt men dat de god een God der wrake is. Wil men vrede dan zoekt men inspiratie bij de Bergrede. Zo geldt dat ook voor het onbestemde boek van de wet en het nog veel schimmiger bereik van de rechtsgeschiedenis; ook dat wijst niet in één, maar in vele richtingen. De wet en traditie als grabbelton.

(2) Karl Llewellyn, dichter, rechtsgeleerde, rechtsantropoloog, bekend als een meer gematigd realist van de tweede generatie, wees er verder op dat ook de *technieken om precedenten te interpreteren* zo menigvuldig waren. Over precedenten is al heel wat geschreven, merkt hij op in *Bramble Bush* (1930), een leerboek voor beginnende rechtenstudenten, waarin de realistische geest goed tot uiting komt.[47] Eén van de tekortkomingen van die theorieën over precedenten is echter dat men niet als uitgangspunt neemt wat rechters feitelijk *doen* met precedenten, maar wat zij *zeggen* dat zij doen, aldus Llewellyn (het verschil tussen woorden en daden was ook al door Rodell geanalyseerd naar aanleiding van de rechters uit het Supreme Court, zoals we hiervoor hebben gezien).

(3) Verder waren de realisten van mening dat men ook uit de feitelijke beslissingen van rechters *geen regel kan deduceren.* Herman Oliphant presenteert ons in zijn artikel *A Return to Stare Decisis* het volgende voorbeeld.[48] A wordt door haar vader ervan overtuigd om niet te trouwen met B, hoewel zij dat wel had toegezegd te zullen doen. B begint een proces tegen de vader om de schade die hij heeft geleden vergoed te krijgen. De vader van A wordt door de rechter echter niet aansprakelijk geacht. Oliphant laat nu zien hoe men uit zo'n beslissing een eindeloze hoeveelheid regels kan afleiden. Men kan zich de volgende regels voorstellen: (a) de regel dat vaders gerechtigd zijn dochters hun beloften

44 Rumble, Jr., Wilfrid E., *American Legal Realism,* Skepticism, Reform, and the Judicial Process, Cornell University Press, Ithaca, New York 1968, p. 57.

45 Vgl. Cohen, Felix, 'Transcendental Nonsense and the Functional Approach', in: *Columbia Law Review,* 35 (1935), pp. 809-849.

46 Vgl. daarover: Hill, Jim & Cheadle, Rand, *The Bible Tells Me So.* Uses and Abuses of Holy Scripture, Anchor Books, Doubleday, New York etc. 1996.

47 Llewellyn, K.N., *The Bramble Bush,* On our Law and its Study, Oceana Publications, Inc., New York/London/Rome 1960 (1930).

48 Oliphant, Herman, 'A Return to Stare Decisis', in: *American Bar Association Jnl.,* 14 (1928) en Duxbury, Neil, *Patterns of American Jurisprudence,* Clarendon Press, Oxford 1995, p. 142.

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

te laten breken; (b) dat ouders daartoe gerechtigd zijn; (c) dat ouders dat kunnen doen ten aanzien van zowel zonen als dochters; (d) dat iedereen daartoe gerechtigd is wanneer het om huwelijksbeloften gaat; (e) dat ouders hiertoe gerechtigd zijn ten aanzien van alle beloften die hun kinderen maken; (f) dat iedereen daartoe gerechtigd is ten aanzien van beloften die elk ander maakt. Geen van deze regels is het logisch gevolg van de beslissing, aldus Oliphant.

Keer op keer zien we dus dat de realisten de pretenties van de traditionele rechtswetenschap aan de kaak stellen. Men zou hen ook 'ideologiecritici' kunnen noemen. In het rechtssysteem en in de rechtswetenschap die dit rechtssysteem bestudeert en bewerkt ligt een impliciete ideologie besloten die zekerheid, rechtvaardigheid, stabiliteit, voornaamheid en andere waarden hooghoudt die in werkelijkheid niet zo'n belangrijke rol spelen. Het is de door sociaalwetenschappelijke techniek geschoolde en door psychologische scepsis verrijkte rechtswetenschapper die deze pretenties aan de kaak kan stellen.[49]

Men heeft de realisten wel bekritiseerd vanwege hun overdrijving. Het waren eigenlijk *teleurgestelde absolutisten,* zo heeft men wel eens met een scherp psychologisch gevoel opgemerkt. Zij stellen eerst onmogelijke eisen aan het recht en de rechtswetenschap (volstrekte zekerheid) en wanneer die eisen niet gehonoreerd kunnen worden concluderen zij dat *geen enkele* zekerheid bestaat en dat elke gesystematiseerde kennis over het recht, zoals de rechtswetenschap die pretendeert te bezitten, een illusie is.

Een van de merkwaardige paradoxen van het realisme is dat men enerzijds de traditionele wetenschap in haar pretenties kritiseerde omdat deze veel te hoge eisen stelde, maar dat men daar een eigen wetenschap van het recht tegenover stelde die eveneens moest stranden vanwege te overspannen eisen. Het voorspellen van rechterlijk gedrag is heel wat problematischer gebleken dan Holmes kon vermoeden toen hij in 1897 voortvarend schreef dat 'the prophecies of what the courts will do and nothing more pretentious are what I mean by law'.[50] Eigenlijk waren die 'prophecies of what the courts will do' zeker zo hoog gegrepen als de oude voorstellingen over recht en rechtvaardigheid die de realisten wat hooghartig terzijde schoven als de hoogdravende ambities van de natuurrechtsleer. Het voorspellen van rechterlijk gedrag is eenvoudig niet mogelijk gebleken.

Nu gaat het hier om een kritiek op de pretenties van de realisten. En hun sciëntistische opvatting van de wetenschap is hard aangekomen. Men lijkt tegenwoordig overtuigd van het feit dat elke vorm van wetenschapsbeoefening altijd geschiedt vanuit een bepaald kader. De realisten wilden het recht bestuderen als gedragspatronen van de rechters. Maar, zo heeft men verschillende keren aan de realisten tegengeworpen, het rechterlijke gedrag als een puur objectief gegeven bestaat eenvoudigweg niet zonder elke verwijzing naar het recht in de boeken. Zonder verwijzing naar een wettelijk regelstelsel kan men het gedrag van rechters niet eens identificeren als zijnde het gedrag van een rechter die handelt in zijn officiële hoedanigheid.[51]

De scherpste kritiek op het realisme onder deze invalshoek stamt van Hermann Kantorowicz, de grondlegger van de *Freie Rechtslehre*[52] en bepaald geen vertegenwoordiger van de orthodoxe rechtswetenschap die van een op de rechter en niet de wetgever georiënteerde opvatting van het recht niets zou moeten hebben. De meest ernstige tekortkoming van het predictivisme, aldus Kantorowicz, schuilt daarin dat men het concept met één van zijn elementen verwart.[53] Stel, we geven Holmes en zijn volgelingen gelijk, aldus Kantorowicz, en we stellen dat recht is wat de rechtbanken doen. Dan

49 Vgl. Duxbury, Neil, 'Some Radicalism about Realism? Thurman Arnold and the Politics of Modern Jurisprudence', in: *Oxford Journal of Legal Studies,* 10 (1990), pp. 11-41.

50 Holmes, O.W., *The Path of the Law,* in: *Harvard Law Review,* 1897, hier aangehaald in: Holmes, Oliver Wendell, *Collected Legal Papers,* Peter Smith, New York 1952, pp. 167-202, p. 167.

51 In die zin reeds: Fuller, L.L., 'American Legal Realism', in: *University of Pennsylvania Law Review,* 82 (1934), pp. 429-462.

52 Vgl. Kantorowicz, Hermann, Rechtswissenschaft und Soziologie, Ausgewählte Schriften zur Wissenschafts-lehre, Verlag C.F. Müller, Karlsruhe 1962.

53 Kantorowicz, H., 'Some Rationalism about Realism', in: Yale Law Journal, 43 (1934), pp. 1240-1253.

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

is dat hetzelfde als zeggen: 'religie' betekent wat in de kerken gepredikt wordt, 'wetenschap' is wat aan de universiteiten wordt onderwezen, 'geneeskunde' is wat de dokter voorschrijft, een 'schoen' is wat de schoenmaker maakt. Men spant op die manier eenvoudigweg het paard achter de wagen. Immers 'kerk' kan men niet definiëren zonder 'religie', 'universiteit' niet zonder 'wetenschap', 'geneesheer' niet zonder 'geneeskunde', 'schoenmaker' niet zonder 'schoen'. Recht is ook niet wat rechtbanken uitvoeren, maar rechtbanken zijn instituties die het recht uitvoeren.[54]

1.6 Van Amerikaans Realisme naar Critical Legal Studies en Rechtseconomie

Overzien we de tot nu toe afgelegde weg dan blijkt de rechtswetenschap aan verschillende van de kenmerken waarmee wetenschappelijkheid geassocieerd wordt te kunnen voldoen, maar aan andere niet. We hebben gezien dat met name op het abstracte niveau, namelijk de vraag naar de aard van het recht, de rechtswetenschap enkele zaken aan het licht heeft gebracht die op grote consensus onder de wetenschapsbeoefenaars kunnen bogen. Verder hebben we gezien dat zelfs experimenten voorkomen, tenminste wanneer men bereid is het begrip 'experimenteren' in een ruimere zin te hanteren dan gebruikelijk is in de natuurwetenschappen. Ten aanzien van de vraag naar de vooruitgang in de wetenschap hebben we geconstateerd dat het optimisme van klassieke auteurs als Blackstone tegenwoordig weinig bijval krijgt, maar dat het toch tevens niet gemakkelijk is elke vooruitgang op een consistente manier te ontkennen. Wat betreft de mogelijkheid van het doen van voorspellingen is de rechtswetenschap niet veel verder dan in de tijd dat dit voor het eerst door Holmes als een wenselijkheid werd geponeerd en alleen op dat punt zouden we dus kunnen zeggen dat de wetenschappelijkheid van de rechtswetenschap ernstig te kort schiet. Het sciëntistisch ideaal van de realisten is nog even omstreden als vijftig jaar geleden.[55] Opvallend is overigens wel dat de twee lijnen binnen het realisme ook in de hedendaagse rechtswetenschap nog te onderkennen zijn. Twee moderne stromingen binnen de Amerikaanse rechtswetenschap zetten bepaalde lijnen van het realisme voort: CLS en EAL.

De *Critical Legal Studies* zet de kritische lijn voort. Voor de CLS'ers is de rechtswetenschap een vorm van ideologiekritiek. Hetzelfde soort geluiden als we bij Rodell,[56] Frank[57] en Thurman Arnold kunnen beluisteren over de onbepaalbaarheid van het verschijnsel recht, het grillig en onvoorspelbaar gedrag van de rechters en de ideologische functie van rechtswaarden als zekerheid en stabiliteit, vinden we bijna woordelijk terug bij hedendaagse protagonisten van de Critical Legal Studies.

Maar ook een andere kant van het realisme, de poging om door middel van de sociale wetenschappen, economie en statistiek (volgens Holmes zou de toekomst voor de studie van het recht gelegen

54 Vgl. ook: Summers, Robert S., Het Pragmatisch instrumentalisme, Een kritische studie van de belangrijkste Amerikaanse rechtsfilosofie, Standaard Wetenschappelijke Uitgeverij, Antwerpen/Amsterdam z.j. (uit het Duits, 1980), p. 144.

55 Vgl. daarover 'The Neotraditionalist Response', in: Posner, Richard A., The Problems of Jurisprudence, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, London, England 1990, pp. 433-453; Fried, Charles, 'The Artificial Reason of the Law or: What Lawyers Know', in: *Texas Law Review,* 60 (1981), pp. 35-58; Kronman, Anthony T., 'Living in the Law', in: *The University of Chicago Law Review,* 54 (1987), pp. 835-876.

56 Rodell, Fred, Nine Men, A Political History of the Supreme Court from 1790 to 1955, Random House, New York 1955.

57 Onder andere in Frank, Jerome, Courts on Trial, Myth and Reality in American Justice, Princeton University Press, Princeton, New Jersey 1973 (1949).

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

zijn in het gebruikmaken van de methoden van de economie en de statistiek) de rechtswetenschap naar een hoger niveau van wetenschappelijkheid te promoveren, heeft navolging gevonden.

Een tweede stroming (CLS is de eerste) die het rechtswetenschappelijk landschap van het moment beheerst is die van de *Economic Analysis of Law* (EAL) of *rechtseconomie*.[58] Men zegt wel dat CLS de linkervleugel van de Amerikaanse rechtswetenschap vertegenwoordigt; EAL de rechtervleugel.[59]

We zullen hier niet verder ingaan op deze nieuwe pogingen om een op een sociaal-wetenschappelijke grondslag gefundeerde rechtswetenschap te ontwikkelen die in feite neerkomt op een herformulering van de meer positieve idealen van het realisme.[60] We zullen een derde lijn in de moderne rechtswetenschap volgen, de lijn van diegenen die zich laten inspireren door de gedachte dat het recht minder gemakkelijk tot voorwerp van een sociaal wetenschappelijke benadering viel te maken dan gedacht werd. Men zou vervolgens de vraag kunnen stellen hoe dat komt. Benadert men het probleem onder deze invalshoek dan kan dat leiden tot een bezinning op de specifieke aard van het recht als sociaal verschijnsel; een specifieke aard die zich wellicht verzet tegen een methodologie die op de sociale wetenschappen of natuurwetenschappen geënt is. Wellicht past bij het recht een methodiek *sui generis*. Door deze laatste gedachte laten auteurs als Ronald Dworkin en door de hermeneutiek beïnvloede schrijvers zich leiden. Centraal staat hier de overtuiging dat *interpretatie* een centraal concept voor de rechtswetenschap is. Deze richting zou men de derde hoofdstroom in de moderne reflexie op de rechtswetenschap kunnen noemen.[61]

1.7 Van Amerikaans Realisme naar Critical Legal Studies en Rechtseconomie

Een goede introductie tot deze gedachtenwereld vormt een passage uit het opstel van Von der Dunk dat hiervoor al werd aangehaald. Von der Dunk wijst erop dat geschiedenis – uit de aard der zaak – te maken heeft met het verleden. Een van de zaken waarmee postmodernisme, narrativisme en hermeneutiek ons nu weer vertrouwd hebben gemaakt, is dat we altijd slechts een minuscule fractie van het verleden kunnen achterhalen. Daarbij zijn we wat betreft de kennis van dat verleden volledig afhankelijk van overleveringen. Het verleden zelf bestaat immers niet meer. Waar wij slechts over beschikken zijn de *sporen* van het verleden: schriftelijke en mondelinge overleveringen.

Hier worden twee moeilijkheden gesignaleerd die obstakels vormen op de weg van de geschiedwetenschap 'den sicheren Gang einer Wissenschaft' te gaan. Allereerst: het verleden ligt zo ver weg. We zijn er niet meer onmiddellijk mee bekend. Als tweede: we kennen het verleden alleen nog maar door middel van de interpretatie en daarmee door het filter van anderen.

Voor de rechtswetenschap ziet dat er op het eerste gezicht gunstiger uit. Het lijkt erop dat we direct geconfronteerd worden met het recht. Het recht ligt op straat, zegt men wel. Wanneer we een brood kopen, een huis huren, een kind erkennen; de rechtsregels liggen voor het oprapen. We zijn allemaal 'citizens of Law's Empire', zoals Dworkin het wel eens heeft uitgedrukt.[62]

Daar staat echter tegenover dat het recht, althans in de derde richting gaat men daarvan uit, ook een product van wetenschappelijke constructie is – net als het verleden. Weliswaar is er een aantal bronnen waarin we recht plegen te zoeken (de wet, gewoonte en jurisprudentie), maar op grond van

58 Met als meest actieve protagonist: Posner, Richard A., The Problematics of Moral and Legal Theory, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, London, England 1999; Posner, Richard A., *Overcoming Law,* Harvard University Press, Cambridge (Mass) and London 1995; Posner, Richard A., *The Economics of Justice,* Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts and London 1981.

59 Vgl. Kelly, J.M., A Short History of Western Legal Theory, Clarendon Press, Oxford 1992, p. 436.

60 Vgl. Franken, H., 'Rechtseconomie en strafrecht', in: E.H. Hondius e.a., Rechtseconomie en recht, W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle 1991, pp. 163-179.

61 Vgl. Moore, Michael S., 'The Interpretative Turn in Modern Theory: A Turn for The Worse?', in: Stanford Law Review, 41 (1989), pp. 871 e.v.

62 Dworkin, Ronald, Law's Empire, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, Mass., London, England 1986.

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

bepaalde argumentaties wordt lang niet altijd alles wat zich daar als 'recht' lijkt te presenteren als zodanig geaccepteerd. Zoals gezegd: telkens bereikt het recht ons door het filter van de interpretatie. Laten we dit punt iets verder uitwerken.

Ten aanzien van de *wet* kennen we het verschijnsel van de *contra legem* interpretatie (een interpretatie die ingaat tegen de letter van de wet). Soms is de wet een dode letter en wordt deze niet afgedwongen. Ook kennen we de gevallen dat bepaalde zaken weliswaar in de wet verboden zijn, maar dat het vervolgen van overtredingen van het soort feiten als hier omschreven staan voor de politie(k) geen prioriteit heeft. Men denke aan het beleid ten aanzien van softdrugs: verboden volgens de Opiumwet, maar niettemin te koop. Kan men wel spreken van een juridisch verbod wanneer het niet wordt afgedwongen? De realisten hanteerden in navolging van de Amerikaanse jurist Roscoe Pound een onderscheid tussen 'law in the books' (wat er op papier staat) en 'law in action' (recht wat ook werkelijk leeft in de maatschappij).[63]

Ten aanzien van de *gewoonte* is de zaak nog onzekerder. Niet alle gewoonte wordt immers als recht erkend. Daarvoor moet voldaan zijn aan een aantal voorwaarden. Traditioneel noemt men in de handboeken (1) de herhaling van feiten en (2) de overtuiging dat de herhaling van feiten zich voordoet terwijl de actoren die deze herhaling verrichten dat doen omdat zij menen te voldoen aan hun rechtsplicht.[64]

Herhaling van feiten levert de minste problemen op, maar ook hiervoor geldt dat men daarbij vragen kan stellen. Neem bijvoorbeeld herhaling van feiten op het terrein van het staatsrecht. Het parlementaire stelsel bestaat uit een aantal regels en conventies die tot stand zijn gekomen op basis van de politieke praktijk die zich heeft ontwikkeld tussen regering en volksvertegenwoordiging. Zo kennen we de voor het parlementaire stelsel fundamentele regel dat de regering het parlement niet twee keer voor dezelfde zaak mag ontbinden. Dat is een typische staatsrechtelijke gewoonteregel. Maar hoe is deze tot stand gekomen? Eigenlijk slechts naar aanleiding van een relatief gering aantal keren dat zich een conflict tussen regering en volksvertegenwoordiging heeft voorgedaan. Van een 'herhaling van feiten' kan men nauwelijks spreken.

Toch levert deze moeilijkheid geen onoverkomelijke problemen op. Misschien moeten we ten aanzien van de aard van de herhaling van feiten een onderscheid maken naar de frequentie van het aantal gevallen dat zich *kan* voordoen. En dan kunnen we tot de bevinding komen dat bijvoorbeeld in het staatsrecht we minder rigide eisen kunnen stellen dan in het burgerlijk recht, waar zich elke dag herhalingen van feiten voordoen die relevant lijken voor de vaststelling van de vraag of van een gewoonterecht sprake is.

Groter zijn de problemen echter met het tweede criterium. Het is duidelijk dat deze laatste omschrijving van de juridisch relevante gewoonte volkomen circulair is. Ook de gewoonte geeft ons dus geen ondubbelzinnig scherp criterium dat we met recht te maken hebben.

En hoe zit het met de jurisprudentie? Zijn *alle* regels die door rechters worden geformuleerd *rechts*regels? Ook dat is niet het geval. Over de vraag aan welke vereisten langs rechterlijke weg gevormde regels moeten voldoen om als rechtsregels te kunnen worden erkend, bestaat geen eenstemmigheid. In de literatuur wordt het volgende genoemd. Allereerst moet het gaan om *regels.* Dat wil zeggen dat het concrete oordeel wordt uitgesloten. Nemen we het volgende voorbeeld. Een tandarts tapt electriciteit af door het plaatsen van een pennetje in de electriteitsmeter, zodanig dat hij wel door kan gaan met het afnemen van stroom zonder dat de meter die aftapping registreert. Hij wordt betrapt en heeft zich voor de rechter te verantwoorden op grond van 'diefstal'. Diefstal staat in het wetboek

63 Vgl. daarover: Wigdor, David, Roscoe Pound, Philosopher of Law, Greenwoord Press, Westpost, Connecticut/London, England 1974, p. x en 234; Pound, Roscoe, 'Mechanical Jurisprudence', in: *Columbia Law Review,* 8 (1908), pp. 605-623; Pound, Roscoe, 'The Scope and Purpose of Sociological Jurisprudence', I, in: *Harvard Law Review,* Vol. XXIV, No. 8, June 1911, pp. 591-619; Pound, Roscoe, 'The Scope and Purpose of Sociological Jurisprudence', II, in: *Harvard Law Review,* Vol. XXV., No. 12 (1911-1912), pp. 140-168; Pound, Roscoe, 'The Scope and Purpose of Sociological Jurisprudence', III, in: *Harvard Law Review,* Vol. XXV, No. 12 (1911-1912), pp. 489-516.

64 Vgl. Kamphuisen, P.W., Gewoonterecht, Martinus Nijhoff, 's-Gravenhage 1935.

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

van strafrecht gedefinieerd als het *wegnemen* van een *goed* dat aan een ander toebehoort. Nu stelt de tandarts: (1) electriteit is geen goed en (2) het steken van een pen in een meter kan niet worden getypeerd als wegnemen. De Hoge Raad die deze kwestie had te beoordelen heeft het verweer van de tandarts niet gehonoreerd. Hij werd veroordeeld wegens diefstal.[65] Als concreet resultaat heeft deze procedure: *deze* tandarts wordt op basis van *dit* gedrag veroordeeld tot een straf wegens het plegen van diefstal. Nu onze centrale vraag: is dat concrete oordeel recht? In zekere zin wel, is men geneigd te stellen. Het heeft in ieder geval kracht van wet voor deze tandarts. Hij zal, eventueel met hulp van de sterke arm, worden gedwongen een boete te betalen of een gevangenisstraf te ondergaan. In bepaalde radicale theorieën over het recht heeft men het concrete oordeel van de rechter in het concrete geval dat voorligt ook inderdaad tot het recht gerekend. Men kan dat zelfs zien als een uitvloeisel van het standpunt van Holmes over de slechterik. De 'bad man' zal het oordeel van de rechter over hem zeker als recht ervaren. Holmes' radicale leerling Frank meende dan ook inderdaad geheel in de geest van de meester te spreken toen hij zei: wat de rechter in feite zegt is recht.[66] Minder radicale collega's van Frank, collega's zelfs die sympathiseerden met de Amerikaans realistische uitgangspunten, hebben echter verdedigd dat concrete oordelen in concrete gevallen geen recht kunnen opleveren. Kenmerkend voor het recht is dat het gaat om *algemene regels,* een woordcombinatie die eigenlijk een tautologie oplevert: in het recht gaat het om algemeenheid, om regels. Zo kan men dus wél stellen dat het geheel van *regels* dat de rechter hanteert bij het oplossen van conflicten recht is, aldus John Chipman Gray, een minder radicaal aanhanger van het realisme.[67]

1.9 Is rechten een geleerheid of een wetenschap?

Geeft de hiervoor geschetste rondgang ons nu het beeld van de rechtswetenschap als een 'wetenschappelijke' discipline? Of is de rechtswetenschap toch uiteindelijk een geleerdheid, zoals in de naam van verschillende rechtenfaculteiten tot uitdrukking komt? En is het überhaupt belangrijk?

De filosoof Van Nierop schrijft dat wanneer een wetenschapsbeoefenaar de noodzaak voelt om het wetenschappelijke karakter van zijn wetenschap voortdurend te overdenken en te rechtvaardigen, het met zo'n wetenschap vaak problematisch gesteld is.[68] Soms is dat zelfs een teken van haar naderend einde als wetenschappelijke institutie, zoals dat bijvoorbeeld bij de wetenschap van de andragologie in de jaren zeventig het geval is geweest.

Naar het zich laat aanzien hoeft de rechtswetenschap zich over dat laatste geen zorgen te maken. Dat heeft echter niet alleen te maken met de status van de rechtswetenschap als wetenschap, maar tevens met het maatschappelijk belang van het object dat zij bestudeert. Wat er ook zij van de moeilijkheden ten aanzien van de begripsomlijning van het verschijnsel recht, over twee dingen is men het toch over het algemeen wel eens: (1) recht bestaat en (2) het dient te worden bestudeerd.

Wat dat eerste betreft verkeert de rechtswetenschap in dezelfde luxueuze positie als de geschiedwetenschap. Men moet filosoof zijn om te kunnen beweren dat het verleden niet bestaat (een minuut geleden werd de wereld geschapen, met inbegrip van de mensen met geheugens die hen de illusie geven van een verleden). Dat er een verleden bestaat en dat het *kan* (we hebben het nog niet over het nut) worden bestudeerd is duidelijk. Maar hoe zit dat met het object van bijvoorbeeld de filosofie? We zouden ons er te gemakkelijk vanaf maken wanneer we bij de etymologie van het woord 'filosofie'

65 HR 23 mei 1921, NJ 1921, 564.

66 Vgl. Frank, Jerome, Law and the Modern Mind, Peter Smith, Gloucester, Mass. 1970 (1930); Frank, Jerome, *Courts on Trial,* Myth and Reality in American Justice, Princeton University Press, Princeton, New Jersey 1973 (1949) en Duxbury, 'Jerome Frank and the Legacy of Legal Realism', in: *Journal of Law and Society,* 18 (1991), pp. 175-205.

67 Gray, John Chipman, The Nature and the Sources of the Law, Second Edition from the Author's Notes, by Roland Gray, LL.B., The MacMillan Company, New York 1948 (1909) die vaak wordt gezien als een realist *avant la lettre.*

68 Nierop, M. van, 'Is filosofie een wetenschap?', in: P.B. Cliteur, H.D. Papma, R.T.P. Wiche, red., Overtuigend bewijs.Over het wetenschappelijke van de niet-exacte wetenschappen, Boom, Amsterdam Meppel 1994, pp. 38-65.

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

blijven hangen en zouden opmerken dat de *wijsheid* niet bestaat of dat er geen *liefde voor de wijsheid* bestaat, maar in de lijn van postmoderne theorieën doorredenerend komt het object van de filosofie wel dicht aan te liggen tegen de belletrie of de betogende essayistiek. De autonomie en onherleidbaarheid van het object van de filosofie wordt vanuit de filosofie zelf herhaaldelijk ontkend.

Nogmaals: hoe zit dat met recht? Hoe het ook zij, recht bestaat. Weliswaar wordt ook de rechtswetenschap regelmatig geconfronteerd met pogingen om de autonomie van het recht als een zelfstandig aspect van de werkelijkheid te ontkennen, maar erg succesvol zijn die pogingen tot nu toe toch niet geweest. Met name auteurs als Perelman,[69] Fried,[70] Kronmann,[71] Langdell[72] en anderen wijzen op de specifieke en 'reductionisme-resistente' geaardheid van het recht. Holmes schreef in zijn befaamde *The Path of the Law* (1897) dat de toekomst zou toebehoren aan de econoom en de statisticus. Hij voorspelde dat voor een zelfstandige juridische methodiek in de toekomst niet langer plaats zou zijn. De wetenschappelijke bestudering van het recht zou steeds meer worden overgelaten aan statistici en economen. Nu lijkt inderdaad een hedendaagse discipline als de rechtseconomie aansluiting te kunnen zoeken bij de idealen van Holmes en andere realisten. Maar tot de verdwijning van 'Law as an autonomous discipline' heeft dat tot nu toe niet geleid.[73] Integendeel zelfs, zeggen auteurs als Fried en Perelman. De specifieke methodieken van de rechtswetenschap zijn eerder een bron van inspiratie geworden voor andere wetenschappen dan dat de rechtswetenschap volgens het sciëntistische model van het positivisme is gereconstrueerd.[74]

Diegenen die het zelfstandig karakter van de rechtswetenschap verdedigen tegenover dat van de natuurwetenschappen, laten zich vaak inspireren door een kritiek op het *methodologisch naturalisme* van het positivisme. Het methodologisch naturalisme ontkent een verschil in methoden tussen de natuurwetenschappen en de geesteswetenschappen.[75] De naturalist gaat uit van het volgende:
– er is een wetenschappelijk procedé dat voor alle wetenschappen maatgevend is
– het betreffende methodisch ideaal kan men ontlenen aan de natuurwetenschappen
– de verhouding die men tussen feiten kan onderkennen is een causale relatie
– het natuurwetenschappelijk verklaren is een verklaren uit oorzaken.[76]

De wetenschapper die zich op het terrein van de maatschappijwetenschappen begeeft, verhoudt zich echter op een geheel andere manier tot zijn object dan een wetenschapper op het terrein van de natuurwetenschappen, brengen de tegenstanders van het methodologisch naturalisme onder de aandacht. De natuurwetenschapper staat *buiten* en *tegenover* zijn object. De maatschappijwetenschapper

69 Perelman, Chaïm, Droit, Morale et Philosophie, 2e druk, Pichon et R. Durand-Auzias, Paris 1976 ; Perelman, Chaïm, *Juridische logica als leer van de argumentatie,* Standaard Wetenschappelijke Uitgeverij, Antwerpen/Amsterdam z.j.

70 Fried, Charles, 'The Artificial Reason of the Law or: What Lawyers Know', in: Texas Law Review, 60 (1981), pp. 35-58.

71 Kronman, Anthony T., 'Living in the Law', in: The University of Chicago Law Review, 54 (1987), pp. 835-876; Kronman, Anthony T., 'Precedent and Tradition', in: *The Yale Law Journal,* Vol. 99 (1990), pp. 1029-1068; Kronman, Anthony T., *The Lost Lawyer.* Failing Ideals of the Legal Profession, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge (Mass), London 1993; Kronman, Anthony, 'Alexander Bickel's Philosophy of Prudence', 94 *Yale Law Journal,* 1567 (1985).

72 Vgl. Wightman, J.A., 'Christopher Columbus Langdell', in: Simpsom, A.W.B., ed., Biographical Dictionary of the Common Law, Butterwords, London 1984, p. 302; Glendon, Mary Ann, *A Nation under Lawyers,* How the Crisis in the Legal Profession is transforming Amercian Society, Farrar, Strauss and Giroux, New York 1994, pp. 184-185 en Frank, *Courts on Trial,* pp. 225-246.

73 Vgl. Posner, Richard A., 'The Decline of Law as an Autonomous Discipline: 1962-1987', in: Harvard Law Review, 100 (1990), pp. 761-780.

74 Vgl. Perelman, Chaïm, Droit, Morale et Philosophie, 2e druk, Pichon et R. Durand-Auzias, Paris 1976, p. 193 en Posner, Richard A., *The Problems of Jurisprudence,* Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, London, England 1990.

75 Vgl. Fay, Brian, Contemporary Philosophy of Social Science. A Multicultural Approach, Blackwell, Malden, Massachusetts 1996.

76 Aarnio, Aulis, Denkweisen der Rechtswissenschaft. Einführung in die Theorie der rechtswissenschaftlichen Forschung, Springer Verlag, Wien/New York 1979, p. 31.

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

daarentegen is zelf lid van de gemeenschap of cultuur die hij bestudeert. Hij kan zich ook niet van zijn eigen cultuur losmaken: 'Er (nl. 'Der Forscher'; PC) wächst hervor aus dem Boden, den sein Forschungsobjekt vertritt', schrijft Aarnio.[77]

Aarnio brengt het verschil tussen de methode van de natuurwetenschappen en die van de geesteswetenschappen als volgt onder woorden. De natuur wordt beheerst door *regelmatigheden.* Het is de taak van de natuurwetenschap om die regelmatigheden op het spoor te komen en in kaart te brengen. In de maatschappijwetenschappen gaat het echter niet om louter regelmatigheden, maar om *regels.* Het maatschappelijk leven wordt beheerst door bepaalde regels, regels van de moraal, van gewoonte en van het recht. Deze regels creëren weer instituties, die vorm geven aan het handelen binnen die maatschappij. Het is onmogelijk om kennis en wetenschap van de maatschappij te verkrijgen door alleen de regelmatigheden op het empirisch vlak te bestuderen. De 'ruwe waarnemingen', waarop de Amerikaanse realisten zich baseerden, zijn volkomen betekenisloos. Het wetenschappelijk weten omtrent de maatschappij berust op bepaalde 'Lesarten der Bedeutungen' en niet op empirische waarnemingen. Het gaat er, met anderen woorden om, hoe men de betekenissen kan verstaan.[78]

Niet alleen *bestaat* het recht en is het in de vele eeuwen dat het werd bestudeerd door rechtswetenschappers tamelijk 'reductie-resistent' gebleken, er is ook altijd behoefte geweest aan een wetenschappelijke *bestudering* van het recht. Rechtswetenschap werd nuttig geacht. Het recht is ook niet voor niets een van de oudste wetenschappen. Het ligt in de lijn der verwachting dat er ook altijd behoefte zal *blijven* aan het systematiseren van het recht en het overdragen van de juridische traditie op telkens een nieuwe generatie studenten. Het zou best eens kunnen dat dit soort, vanuit een principiële optiek tamelijk triviale gegevenheden, een belangrijke bijdrage leveren aan de 'sicheren Gang einer Wissenschaft'. In elke maatschappij heeft men de behoefte gevoeld om algemene begrippen in het recht te ontwikkelen met behulp waarvan men het recht overzichtelijk zou kunnen maken en beheersen.

Men zou de belangrijkste opgave van de rechtswetenschapper daarin kunnen zien dat de systematiek die in feite de wetgever al begonnen is verder wordt uitgewerkt. Daarbij loopt de rechtswetenschapper natuurlijk niet geheel aan de leiband van de wetgever. De wetenschapper kan nieuwe categorieën introduceren en andere ordeningen aanbrengen dan de wetgever heeft aangebracht.[79] Een van de belangrijkste taken van de rechtswetenschap is echter altijd geweest het structureren van het juridisch materiaal in het licht van de dragende beginselen van een rechtsstelsel. Dat brengt ons terug bij Van Schilfgaarde.

Aan het begin van dit hoofdstuk werd een definitie van wetenschap van Van Schilfgaarde gepresenteerd. Bij wetenschap zou het gaan om verantwoorde kennis, waarbij verantwoorde kennis door Van Schilfgaarde werd getypeerd als een weten dat tevens de gronden bevat. Hoe verhoudt zich dit streven tot de rechtswetenschap? Kunnen we ons rechtswetenschappelijk iets voorstellen bij een 'weten dat tevens de gronden bevat?' Volgens een bepaalde traditie in het denken over de rechtswetenschap is dat zeker het geval. Een systematische en coherente verwerking van het juridisch materiaal in het licht van enkele dragende beginselen is het ideaal van de 'klassieke rechtswetenschap'; Simmonds spreekt van 'Classical Legal Doctrine' (CLD). Eigenlijk zijn we al met de idealen van de klassieke rechtswetenschap in aanraking gekomen bij de bespreking van het werk van William Blackstone, een van de meest invloedrijke vertolkers van deze traditie, maar we zullen proberen om nu de idealen van de klassieke rechtswetenschap nog iets verder uit te werken en deze te confronteren met enkele punten van kritiek die vanuit relativistische stromingen als CLS op de traditionele rechtswetenschap worden uitgeoefend. In het hiernavolgende staat de confrontatie tussen CLD en een aantal concurrerende tradities zoals CLS centraal, waarbij we wat betreft onze weergave van de idealen van de

77 Aarnio, O.c., p. 27 en Bruggink, J.J.H., 'Is rechtswetenschap een wetenschap?', in: J.J.H. Bruggink, Rechtsreflecties. Grondbegrippen uit de rechtstheorie, Kluwer, Deventer 1993, pp. 123-147.

78 Vgl. Aarnio, O.c., p. 31.

79 Aarnio, O.c., p. 52.

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

'Classical Legal Doctrine' sterk aanleunen tegen de typering daarvan door de Britse rechtsfilosoof Nigel Simmonds.

1.10 'Classical Legal Doctrine' versus 'Critical Legal Studies'

De eerste duidelijke verwoording van wat een verantwoorde bestudering van het recht zou zijn is wat Simmonds noemt de 'classical view'. Hij schrijft deze toe aan Francis Bacon. In zijn hiervoor reeds aangehaalde *Maxims of Law* stelde Bacon vast dat het hem erom ging de beginselen of maximes van het recht vast te stellen die men zou kunnen verzamelen en deduceren uit een 'harmony and congruity of cases, and are such as the wisest and deepest sort of lawyers have in judgement and use', hoewel, zo voegt Bacon daar veelzeggend aan toe, deze juristen er niet zo gemakkelijk in zullen slagen om de grondbeginselen te formuleren.[80]

Daarmee stond Bacon aan de wieg van een traditie in de rechtswetenschap die enorm invloedrijk zou worden. In de achttiende eeuw werden de aspiraties van de klassieke theorie door Sir William Jones in zijn *Essay on the Law of Bailment* (1781) als volgt onder woorden gebracht:

> If Law be a *science,* and really deserve so sublime a name, it must be founded on principle and claim and exalted rank in the empire of *reason;* but if it be merely an unconnected series of decrees and ordinances, its use may remain though its dignity be lessened, and he will become the greatest lawyer who has the strongest habitual and artificial memory.[81]

Wat zijn de vooronderstellingen en uitgangspunten van de klassieke theorie, zoals we die aantreffen bij Bacon en Jones? Simmonds noemt de volgende drie punten.

Het is *allereerst* dat ervan wordt uitgegaan dat het recht kan worden gerechtvaardigd in termen van *beginselen* die aan dat recht ten grondslag liggen. Beginselen, aldus Bacon, kunnen worden afgeleid uit de 'harmony and congruity of cases' en vormen een rechtvaardiging voor die gevallen.

Een *tweede* vooronderstelling van de klassieke doctrine van de rechtswetenschap is dat rechtsregels kunnen worden gerechtvaardigd in termen van hun *inhoud* en niet alleen maar door te verwijzen naar de noodzaak van respect voor de uitspraken van rechters of respect voor de democratisch gekozen wetgever.

Als *derde* kan men de vooronderstelling onderscheiden dat het recht een geheel van *niet-instrumentele waarden* incorporeert.

Daarmee is ook gegeven dat we het recht niet kunnen *begrijpen* los van die idealen. Net zoals het voortbewegen van uit hout gesneden stukken op een geruit bord een zinloos en onbegrijpelijk proces is en alleen maar betekenis krijgt wanneer we het proces zien in het licht van de regels van het schaakspel, zo geldt ook dat constitutionele regels, de 'black letter rules', van een constitutioneel systeem, alleen maar betekenis krijgen in het licht van meer algemene waarden die in een rechtssysteem worden verwerkelijkt.

Een beginsel als de 'sovereignty of Parliament', het principe dat de formele wetgever het laatste woord heeft en dat de producten van de formele wetgever niet meer op overeenstemming met hoger constitutioneel recht kunnen worden getoetst door de rechter, kan men alleen maar begrijpen in het licht van het ideaal van het Engelse rechtsstelsel dat zich commiteert aan een bepaalde opvatting over

80 Simmonds, N.E., The Decline of Juridical Reason, Doctrine and Theory in the Legal Order, Manchester University Press, Manchester 1984, p. 20.

81 Aangehaald bij Simmonds, O.c., p. 21.

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

democratie. En een beginsel als het rechterlijk toetsingsrecht in het Amerikaanse stelsel, kan men alleen maar begrijpen in het licht van een *andere* opvatting over democratie die men daar hanteert.[82]

Die verschillende opvattingen over democratie behoren tot de dieptestructuur van het Amerikaanse en het Engelse constitutionele recht. Zij zijn vaak niet als regels in een grondwet vastgelegd, maar zij zijn aan het systeem min of meer voorondersteld. Zij dienen te worden afgeleid uit wat de rechtsgeleerden, commentatoren, rechters en andere betrokkenen in dat systeem over hun eigen handelingen opmerken.

Daaruit volgt ook dat een conceptie van rechtswetenschap die zich beperkt tot het louter weergeven van de regels die in de grondwet zijn opgetekend iets essentieels moet missen.[83]

Grote klassieke exposés van rechtsgebieden in de geest van de 'classical legal doctrine' zijn A.V. Dicey's *An Introduction into the Study of the Law of the Constitution,* de *Commentaries* van Blackstone of Bryce's *The American Commonwealth.* Wie Bryce of Dicey gelezen heeft, ziet dat een chaotische hoeveelheid regels tot een coherent idee kan worden getransformeerd. Men leert het recht dan verstaan als een systeem, een eenheid, gericht op een idee of bepaalde idealen.

Een dergelijke conceptie van wetenschapsbeoefening is ambitieus en vraagt veel van de onderzoeker. Met name in het Engelse recht wordt veel gevraagd van de beoefenaar van de klassieke doctrine omdat de bronnen hier weinig aanknopingspunten bieden. Weliswaar mag het Engelse systeem coherent zijn, maar het is dan toch een coherentie die verborgen ligt in het systeem en die geheel zal moeten worden geëxpliciteerd.

1.11 De (im)populariteit van CLD

De idealen van de 'Classical Legal Doctrine' staan aan zware kritiek bloot tegenwoordig. Weliswaar kan men niet stellen dat CLD onder deze kritiek bezwijkt, maar het zou toch onverantwoord optimistisch zijn te stellen dat de klassieke traditie onbetwist is. Men zou vier lijnen in de kritiek kunnen onderkennen.

Allereerst die van het positivisme. Positivistische schrijvers, zowel oudere zoals Austin en Bentham, maar ook hedendaagse, zoals Hart en Kelsen, kritiseren CLD op de grond dat deze onvoldoende de scheiding van recht en moraal respecteert. (Zie hierover hoofdstuk vijf).

Een *tweede* lijn in de kritiek op CLD is die van sciëntistische benaderingen. Hieronder zou men kunnen verstaan al die stromingen die op de een of andere manier de wetenschappelijke status van de rechtswetenschap hopen te verhogen door deze wat methodiek betreft op een andere grondslag te plaatsen. Niet meer de traditionele grondslag van CLD, maar die van de sociale wetenschappen vormt hier het richtsnoer. Het Amerikaans realisme was een vroege vorm van deze benadering, maar deze lijn van denken wordt voortgezet door disciplines als de rechtseconomie (waarbij men het recht bestudeert met aan de economie ontleende methodieken) en de jurimetrie (het voorspellen van rechterlijk gedrag met behulp van computers).

Een *derde* vorm van kritiek is die van wat Holmes en Simmonds de bestudeerders van de 'black letter rules' noemen. De 'black letter man' heeft geen 'voice' in de zin dat er geen vooraanstaande ideologen zijn die aan zijn ideaal een overtuigende legitimatie verschaffen,[84] maar in de praktijk van

82 Cliteur, P.B., 'Traditionalism, Democracy, and Judicial Review', in: B. van Roermund, ed., Constitutional Review, Verfassungsgerichtbarkeit, Constitutionele toetsing, Kluwer/W.E.J. Tjeenk Willink, Deventer/Zwolle 1993, pp. 55-77.

83 Hetgeen ook geldt voor artikelsgewijze commentaren, zoals gebruikelijk sinds: Buys, J.T., De Grondwet. Toelichting en kritiek, eerste deel, P. Gouda Quint, Arnhem 1883.

84 Ook het werk van Scalia is al te 'filosofisch'. Vgl. Scalia, Antonin, 'Modernity and the Constitution', in: Smith, E., ed., Constitutional Justice under Old Constitutions, Kluwer Law International, The Hague, London, Boston 1995, pp. 313-318; Scalia, Antonin, *A Matter of Interpretation.* Federal Courts and the Law, An Essay by Antonin Scalia with a commentary by Amy Gutmann, Gordon S. Wood, Laurence H. Tribe, Mary Ann Glendon, Ronald Dworkin, Princeton University Press, Princeton, New Jersey 1997.

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

het recht, evenals de bestudering van het recht aan de universiteiten, is de invloed van de 'black letter man' enorm groot.

Een *vierde* en laatste vorm van kritiek op CLD werd vroeger uitgeoefend door marxistisch geïnspireerde auteurs en wordt tegenwoordig uitgeoefend door aanhangers van de Critical Legal Studies beweging. Men zou kunnen spreken van een ideologiekritiek.

Enigszins kunstmatig is dit onderscheid in vier soorten kritiek overigens wel, omdat zij op bepaalde punten samenlopen. De 'black letter man' reikt de positivist de hand ten aanzien van het ideaal om het recht waardeneutraal te bestuderen. Een positivist als Kelsen zal verder veel van de ideologiekritiek die door CLS op CLD wordt uitgeoefend kunnen onderschrijven. We nemen daarom niet de vier stromingen als uitgangspunt, maar een thematische benadering van de kritiek. We komen op vijf punten: de scheiding van 'is' en 'ought', het ambitieuze van de klassieke rechtswetenschap, het probleem dat niet alle gebieden zich lenen voor de klassieke benadering, het verwijt van de aanhanger van CLD als laudator temporis acti en tenslotte het gevaar van ideologische vertekening.

(a) De scheiding van 'is' en 'ought'. Een van de klassieke kritiekpunten van met name rechtspositivistische auteurs op meer waardegeladen benaderingen van recht en rechtswetenschap (onder andere CLD), is dat men 'is' en 'ought', het recht zoals het 'is' en het recht zoals het 'moet zijn', 'recht' en 'moraal', niet met elkaar mag verwarren. Feiten en waarden vormen twee gescheiden domeinen van de werkelijkheid.[85] Zeggen dat iets zo is, is iets heel anders dan zeggen dat het zo moet zijn. De wetenschap zegt hoe iets is; laat men zich in met uitspraken over hoe iets zou moeten zijn, dan begeeft men zich niet langer op wetenschappelijk, maar op ethisch terrein. Wie dat miskent en met wetenschappelijk prestige normatieve uitspraken doet is zelfs geen ethicus meer, maar een ideoloog.

Zo zou men heel in het kort een positivistische standaardkritiek kunnen samenvatten op het soort wetenschapsbeoefening die we hier als de klassieke doctrine hebben getypeerd. In hoeverre is deze kritiek houdbaar? Maakt de klassieke doctrine zich inderdaad schuldig aan de vermenging van recht en moraal en is daarmee haar wetenschappelijke status verbeurd verklaard? Dat is in zekere zin *niet* en *wel* het geval. Voor een adequate beoordeling van die kritiek moeten we echter onderscheiden tussen twee soorten positivisme.

Het onderscheid stamt van Simmonds. Hij maakt een onderscheid tussen rechtspositivisme en meta-positivisme. Hij definieert *rechtspositivisme* als de theorie die stelt dat al het recht voortkomt uit authoritatieve bronnen in de zin dat dit bewust is neergelegd of stilzwijgend is aanvaard.[86] De klassieke doctrine van het recht is in strijd met rechtspositivisme in de zin, zoals hier omlijnd; immers de beginselen en doctrines die in CLD een belangrijke rol spelen zijn nooit afgekondigd of door iemand neergelegd.[87] Het kan zelfs zijn dat zij hun eerste formulering hebben gekregen door een rechtsgeleerde. Die rechtsgeleerde stelt die doctrine's of beginselen dan niet vast als iets wat het recht zou verrijken wanneer het als recht zou worden aangenomen, maar hij formuleert het *als recht.*

We moeten echter een rechtspositivistische positie onderscheiden van wat Simmonds noemt *meta-positivisme.* Kenmerkend voor meta-positivisme is de overtuiging dat het recht niet een soort van moreel oordeel is. Daarbij hanteert hij dan de term 'moreel oordeel' als iets dat verwijst naar oordelen die zijn gemaakt vanuit het gezichtspunt van degene die de moraliteit waarnaar hij verwijst ook als normerend beschouwt. Een standpunt dat beschrijft dat de katholieke kerk een bepaalde norm voor wenselijk houdt is in die zin geen moreel oordeel.

CLD verwerpt rechtspositivisme, schrijft Simmonds, maar niet het meta-positivisme. Dat betekent voor het hanteren van het onderscheid tussen recht en moraal, recht zoals het *is* en het recht zoals het *moet zijn,* het volgende. De rechtswetenschapper die werkt in de traditie van de klassieke

85 Opstel van Kelsen over verschil sociologische en juridische methode.

86 Simmonds, O.c., p. 22.

87 Dit punt wordt sterk benadrukt door Fuller in Fuller, Lon L., The Law in Quest of Itself, The Foundation Press, Inc., Chicago 1940 (AMS edition 1978).

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

doctrine ziet de beginselen als deel van het recht. De beginselen geven een 'appropriate justification for the black-letter rules and decisions'.[88] De rechtsregels kunnen ook niet gescheiden worden van de rechtvaardigheidsnoties die aan het recht ten grondslag liggen: 'The doctrinal writer, in so far as he is a heir to the classical tradition, views the law as embodying a coherent conception of justice'. De beginselen en regels waarmee de praktijkman van het recht werkt, worden door de rechtswetenschapper onder meer algemene noemers gebracht waardoor de 'moral perspective of the law' tot uitdrukking komt. De rechtswetenschapper klassificeert dus niet alleen de regels van het positieve recht op een neutrale manier, maar hij ziet deze in het licht van een 'underlying conception of justice'.[89]

Wat betekent dit voor de scheiding van recht en moraal? We kunnen in die zin *geen* scheiding van recht en moraal voltrekken dat de regels van het recht alleen maar betekenis krijgen in het licht van beginselen. De beginselen vormen de rechtsethische grondslag van het recht,[90] het zijn optimaliseringsgeboden voor het recht.[91] Maar wanneer Simmonds spreekt van een 'geschikte rechtvaardiging voor de drukinkt-regels' betekent dat niet dat het hier zou moeten gaan om een rechtvaardiging volgens de eigen morele maatstaven van de onderzoeker. 'Geschikt' betekent dus niet: 'in overeenstemming met het moreel uitgangspunt van de schrijver', maar alleen: 'in overeenstemming met de normatieve grondslagen van het rechtsstelsel dat wordt bestudeerd'.

Aangezien de eigen moraal van de onderzoeker nog altijd als een kritische instantie tegenover het rechtssysteem blijft staan kan men stellen dat het onderscheid van recht en moraal wordt gerespecteerd.

Men kan het ook als volgt stellen. CLD onderscheidt tweeërlei moraal: de moraal van het rechtsstelsel zelf en de moraal van de onderzoeker. Ten aanzien van het eerste wordt het onderscheid van recht en moraal als een onvruchtbare richtlijn van de hand gewezen, de tweede scheiding wordt gehandhaafd.

Wanneer we dit eenmaal hebben vastgesteld is een aantal kritiekpunten die onder deze invalshoek op CLD worden uitgeoefend niet langer overtuigend. Zo heeft men wel gezegd dat CLD een onkritische houding tegenover het recht zou stimuleren. Immers wanneer men het onderscheid tussen *recht* en *goed recht* laat vervloeien kan dat tot gevolg hebben dat van de vaststelling dat een normstelsel recht is de suggestie uitgaat dat men zich ook aan de eisen daarvan dient te conformeren. Deze vorm van kritiek raakt CLD niet. De klassieke rechtswetenschapper kan immers antwoorden dat hij niets meer constateert dan dat een bepaald rechtsstelsel rechtvaardig kan zijn volgens haar eigen uitgangspunten. Maar dat impliceert niet dat het overeenkomt met de persoonlijke morele opvattingen van de onderzoeker.

(b) Het ambitieuze van de klassieke rechtswetenschap. Een tweede bezwaar dat tegen de klassieke leer wordt aangevoerd is dat deze benadering te ambitieus is. Hier is het vooral de 'black letter man' die het bezwaar formuleert. Het wordt echter niet vaak gearticuleerd naar voren gebracht, aangezien de mensen die het onderschrijven te weinig wetenschapsfilosofische belangstelling hebben om het bezwaar op een intellectueel indrukwekkende manier te vertolken. De 'black letter man' *beoefent* slechts de rechtswetenschap op een bepaalde manier, maar elke verantwoording vraagt iets waartoe hij niet in staat is, noch bereid is, zich in te bekwamen: wetenschapsmethodische reflexie. De 'black letter man' is van mening dat men het recht slechts zou moeten optekenen, precies weergeven,

88 Simmonds, O.c., p. 23.

89 Simmonds, O.c., p. 25.

90 In deze zin ook: Larenz, Karl, Richtiges Recht. Grundzüge einer Rechtsethik, Verlag C.H. Beck, München 1979.

91 Raes, K., 'Rechtsbeginselen en de morele eenheid van het recht. Dworkins constructivisme', in: Ars Aequi, 40 (1991), pp. 773-785, p. 782. Dworkin zou men een hedendaags volgeling van CLD kunnen noemen. Vgl. Dworkin, Ronald A., '"Natural" Law Revisited', in: *University of Florida Law Review,* Winter 1982, Volume XXXIV, Number 2, pp. 165-188.

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

slechts zeer voorzichtig systematiseren en wel zonder zich te begeven in commentaar en 'sweeping generalizations'.

In verschillende varianten komen we dit standpunt tegen. Zo zegt men wel dat de rechtswetenschapper wordt geacht en ook is 'opgeleid', om het recht te *beschrijven.* En dan te beschrijven, zoals het is, niet zoals de wetenschapper zou vinden dat het zou moeten zijn. Op dat punt reikt de 'black letter man' de positivist de hand. Men zou de 'black letter man' ook een 'vulgair positivist' kunnen noemen, waarmee dan met 'vulgair' bedoeld wordt dat hier nog niet een begin van het methodische zelfbewustzijn aanwezig is zoals we dat kunnen aantreffen bij grote vertolkers van het rechtspositivisme als Hart en Kelsen.

Een enkele keer krijgt de 'black letter man' wat hiervoor is genoemd 'voice'. De Amerikaanse rechter en wetenschapper Robert Bork trekt regelmatig van leer tegen de invloed van filosofie en sociale wetenschappen in de rechtswetenschap.[92] Maar dat is toch betrekkelijk uitzonderlijk. De 'black letter man' profileert zich doorgaans niet met een presentatie van de eigen conceptie van wetenschapsbeoefening, maar in 'wandelgangen-kritiek' op die van CLD en andere benaderingen van de rechtswetenschap waarvan hij trouwens slechts summier kennis heeft genomen.

(c) Niet alle gebieden lenen zich voor de klassieke verwerking. Een volgend bezwaar tegen CLD heeft betrekking op de beperkte relevantie daarvan voor een groot gedeelte van het hedendaagse recht. CLD, zo zou de kriticus kunnen opmerken, heeft betekenis voor de grote rechtsgebieden die bepaalde grondslagen kennen. Men kan zich bij de grondslagen en uitgangspunten van het *constitutioneel recht* een voorstelling maken (rechtsstaat, democratie, wetmatigheid van bestuur), evenals bij de uitgangspunten van het *strafrecht* (legaliteitsbeginsel, geen straf zonder schuld) en het *privaatrecht* (contractsvrijheid). Maar hoe kan men het wegenverkeersrecht in het licht van fundamentele morele beginselen verstaan? Men kan niet zeggen dat het wegenverkeersrecht minder belangrijk is dan het contractenrecht, schrijft Simmonds, maar de meeste juristen zullen het toch wel eens zijn met de stelling dat er grote verschillen bestaan ten aanzien van de mogelijkheid om de rechtsgebieden te verstaan vanuit principiële grondslagen.

Dat geeft ook weer voedsel aan de kritiek van de 'black letter man'. Hij zou kunnen stellen dat CLD een mooi ideaal was, maar uit een tijd die voorbij is. Allerlei nieuwe rechtsgebieden, functionele rechtgebieden, hebben de juridische landkaart volkomen veranderd. Het hedendaagse recht vraagt eenvoudigweg om een andere aanpak dan vroeger. In de oudere rechtsgebieden kan de rechtsleerde veel meer doen. Hij kan de onderliggende doctrines uiteen zetten. Hij kan beginselen extrapoleren. Hij kan constructies maken. De aanhanger van de klassieke doctrine ziet immers het recht als 'embodying a coherent conception of justice'.[93] Maar het probleem is dat niet elke set van regels zich leent voor de klassieke benadering. De regels moeten wel zijn te rechtvaardigen in termen van een consistente morele theorie.[94] Is daarentegen het recht helemaal niet te verstaan in het licht van rechtvaardigheidsvoorstellingen, maar alleen in het licht van praktische behoeften, de waan van de dag, de activiteiten van pressiegroepen of de belangen van hooggeplaatste figuren in de maatschap-

92 Zoals in: Bork, Robert H., Slouching towards Gomorrah. Modern Liberalism and American Decline, Harper Collins, New York 1996; Bork, Robert H., *The Tempting of America,* The Political Seduction of the Law, Sinclair-Stevenson, London 1990. Men treft dat ook aan bij Antonin Scalia, rechter in het Amerikaanse Supreme Court. Vgl. over hem: Brisbin, Richard A., *Justice Antonin Scalia and the Conservative Revival,* The Johns Hopkins University Press, Baltimore and London 1997. In het volgende hoofdstuk wordt Scalia's visie op de rechtswetenschap behandeld.

93 Simmonds, O.c., p. 25.

94 Vgl. Hunt, Alan, 'The Theory of Critical Legal Studies', in: Oxford Journal of Legal Studies, 6 (1986), pp. 1-45; Tushnet, Mark, 'Critical Legal Studies and Constitutional Law: An Essay in Deconstruction', in: *Stanford Law Review,* 36 (1984), pp. 623-647.

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

pelijke hiërarchie, dan is het onmogelijk om in een dergelijk stelsel iets aan te vangen met de klassieke doctrine.

(d) De aanhanger van CLD als laudator temporis acti. In het vorige bezwaar zit veel dat CLD te denken zou moeten geven. Een volgend bezwaar hangt nauw met het voorgaande samen. Het klassieke model is niet de rechtswetenschap van vandaag, schrijft Simmonds.[95] Men ziet tegenwoordig het recht meer en meer als een geheel van bewust gecreëerde regels die bepaalde doelen moeten dienen. En wanneer het recht wordt *gebruikt* als een instrument, gaat men het vanzelfsprekend ook *beschouwen* als een instrument. Zag men vroeger het recht in 'Reason and Principle', nu ziet men het vaak als niets anders dan als een geheel van gemaakte en instrumenteel te hanteren regels. De klassieke doctrine was vooral het product van de zestiende en zeventiende eeuw. CLD past daarom wellicht niet meer in deze tijd, zoals het ook niet paste in de tijd die aan het optreden van CLD voorafging. Hoewel de klassieke juristen voorlopers hebben in de Middeleeuwen, is het werk van de post-glossatoren toch wezenlijk verschillend van de klassieke doctrine. In de Middeleeuwen kende men de glossen. De glosse was een kwestie van het invoegen van marginale commentaren of het geven van uitleg ten aanzien van een problematisch begrip in een juridische tekst. Vaak ging het daarbij om een tekst van het romeinse recht.

Geen van deze oudere vormen van juridisch commentaar kan men vergelijken met een geordend juridisch betoog waarin regels en beslissingen worden verklaard vanuit daaraan ten grondslag liggende beginselen.

Niets is eenvoudiger, schrijft Simmonds, dan om deze middeleeuwse omgang met het recht maar voor 'onwetenschappelijk' te verklaren. Inderdaad is zij dat misschien ook wel vanuit ons huidig perspectief. Het is echter verstandiger ons te realiseren dat een bepaalde conceptie van rechtswetenschap altijd samenhangt met de maatschappelijke en historische context waarin deze functioneert. De middeleeuwse maatschappij was een hele andere dan de onze. Sociale immobiliteit en hiërarchie waren hier maatgevend en dat wijst in de richting van een conceptie van rechten als inherent ongelijke privileges die door de verschillende standen werden genoten. De middeleeuwse rechtsorde was vergeven van de speciale wetten, privileges en particuliere jurisdicties. Er waren regels voor de geestelijkheid, voor de kooplui, enz. enz. De klassieke doctrine van de rechtswetenschap zou met een dergelijke orde natuurlijk niets kunnen beginnen.

(e) Het gevaar van ideologische vertekening: CLS versus CLD. Een laatste verwijt dat wel tegen CLD wordt ingebracht betreft een ideologiekritische opmerking. Wanneer het recht wordt voorgesteld als een coherent geheel van standaards gebaseerd op een notie van rechtvaardigheid, dan stelt de klassieke doctrine zich natuurlijk bloot aan het verwijt van een ideologische vertekening. We kunnen ons verschillende varianten van dat verwijt voorstellen. Zo wordt aan de rechtswetenschap wel verweten dat de naakte feitelijkheid van macht en dwang wordt bedekt met de mantel van rechtvaardigheid en onpartijdigheid. Men heeft ook wel gezegd dat de klassieke doctrine zich schuldig maakt aan het als een objectief gegeven presenteren wat in feite het product is van menselijke willekeur. Verder is wel gezegd dat de klassieke doctrine doet voorkomen alsof het mogelijk zou zijn een chaos van te-

95 Simmonds, N.E., 'Law as a Rational Science', in: Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, 66 (1980), pp. 535-556, p. 552.

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

genstrijdige principes tot een coherent geheel om te vormen. Maar kan dat wel zonder het materiaal enorm geweld aan te doen?

Het is niet mogelijk binnen het bestek van deze verhandeling tot een uitvoerige bespreking en waardebepaling van alle punten van kritiek te komen die op de klassieke doctrine is gepresenteerd. We beperken ons tot enkele opmerkingen.

Wat blijkt hieruit ten aanzien van de status van de rechtswetenschap? Is het een wetenschap of slechts geleerdheid? We hebben gezien dat gemeten aan de criteria die van oudsher voor wetenschappelijkheid gelden de rechtswetenschap zonder gewrongenheid een wetenschappelijke discipline mag heten. Maar dat geldt alleen voor wat hier genoemd is de klassieke doctrine (CLD). Het louter boekstaven van wat in de wet of jurisprudentie te vinden is kan men bezwaarlijk een wetenschappelijke activiteit noemen. De 'black letter men' kan men geleerd noemen en zijn activiteit een geleerdheid, maar het is evenmin wetenschap als het nauwkeurig beschrijven van een met veel ijver en vlijt aangelegde postzegelverzameling.

We hebben echter tevens gezien dat de klassieke doctrine van alle kanten onder druk staat. Postmoderne interpretatietheorieën,[96] Amerikaans realistisch cynisme, ideologiekritiek van de CLS-beweging en verschillende andere stromingen hebben het vertrouwen in een op objectiviteit, consensus en rationaliteit gerichte wetenschapsbeoefening ernstig ondermijnd. Ook culturele en politieke ontwikkelingen, zoals de toenemende tendens het recht als een waardeneutraal instrument in dienst van beleidsdoelen te percipiëren, ondergraven de idealen van de klassieke rechtswetenschap.

Interessant is de positie van wat de Amerikaanse filosoof Rorty de 'ironicus' noemt. De ironicus zou, volgens Rorty, steeds in de weer moeten zijn om de grote eeuwigheidspretenties van de naar objectieve waarheden zoekende filosoof historistisch en naturalistisch te ontmaskeren. De ironicus verzet zich tegen de vastgeroeste vocabularia van een verwetenschappelijkte cultuur. Deze zouden voor een samenleving waarin een vrije, democratische conversatie in het centrum staat niet anders dan evenzovele hinderpalen vormen. Volgens Rorty moet er een gepoëtiseerde cultuur komen waarin idealen van vrijheid en pluralisme tot hun recht komen en waarin de utopische fantast de taal kan veranderen, nieuwe vocabulaires kan stichten.[97]

Het zijn mooie woorden en zij hebben ook duidelijk doorgeklonken in de moderne rechtswetenschap. De idealen van de klassieke doctrine in de rechtswetenschap, waarbij centraal staat het opsporen van de gronden van het recht in de vorm van beginselen die een rechtvaardiging voor de regels van alledag zouden moeten vormen, zijn aan het relativisme dat Rorty belijdt natuurlijk geheel vreemd. Verschillende commentaren uit de hoek van CLS zijn sterk Rortiaans geïnspireerd.[98] Vooral over interpretatie zijn de opvattingen van Rorty zeer invloedrijk tegenwoordig.[99]

Men kan zich echter afvragen of de betekenis van de ideeën van Rorty voor het recht en de rechtswetenschap toch niet noodzakelijkerwijs beperkt moeten blijven gezien de specifieke aard van het recht en de belangen die hier op het spel staan. Wellicht dat de gepoëtiseerde cultuur van de utopische fantast die nieuwe vocabulaires kan stichten voor de literatuur of filosofie een hele aanwinst zijn, maar of we moeten willen dat ook *rechters* zich door dit soort opvattingen laten inspireren is ernstig de vraag. Ook Rorty zal het toch niet toejuichen wanneer een rechter één en dezelfde wetsbepaling geheel anders interpreteert voor hem dan voor zijn buurman. De wet is nu eenmaal geen gedicht naar

96 Vgl. daarover: Eagleton, Terry, Literary Theory. An Introduction, Blackwell, Cambridge (Mass.) / Oxford 1983; Eagleton, Terry, *The Illusions of Postmodernism,* Blackwell, Oxford 1996; Gellner, Ernest, *Postmodernism, Reason, and Religion,* Routledge, London and New York 1992.

97 Rorty, Richard, Contingency, irony, and solidarity, Cambridge University Press, Cambridge etc. 1989, p. 44.

98 Zoals: Singer, Joseph William, 'The Player and the Cards: Nihilism and Legal Theory', in: Yale Law Journal, 94 (1984), pp. 1-70.

99 Vgl. voor een goede kritiek: Dworkin, Ronald, 'Pragmatism, Right Answers, and True Banality', in: Pragmatism in Law & Society, edited by Michael Brint & William Weaver, Westview Press, Boulder/San Francisco/Oxford 1991, pp. 359-389.

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

aanleiding waarvan elke rechtswetenschapper en rechtstoepasser zijn fantasie de vrije loop kan laten, maar een fundamenteel contract waaraan mensen hun goedkeuring hebben gegeven om de vrede te handhaven. Men heeft wel eens gezegd dat een rechter moet doen waaraan wij allemaal een grote hekel hebben: beslissingen nemen. En geen beslissingen ten aanzien van zijn eigen leven, maar beslissingen voor anderen, beslissingen waarbij zware belangen op het spel staan voor alle betrokkenen. Men kan een dergelijk oordeel niet motiveren met de stelling dat het ook anders had kunnen luiden of dat men verschillend tegen de zaak kan aankijken. De justitiabelen verwachten van de rechter een oordeel dat juist en rechtvaardig is.

Het probleem met het recht en de rechtswetenschap is dat er hier altijd iets heel prozaïsch, maar wel uitermate weinig vrijblijvends, op het spel staat: het voortbestaan van een effectieve en rechtvaardige orde. En misschien is dan de *Fröhliche Wissenschaft* van Rorty en Nietzsche een iets minder voor de hand liggende inspiratiebron dan voor andere onderdelen van de cultuur.

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

2 Is rechtsfilosofische kennis nuttig voor de rechtspraktijk?

De meeste inleidingen in de rechtsfilosofie beginnen met een beantwoording van de vraag waarmee de rechtsfilosofie zich bezighoudt. Dat geeft dan een indruk van wat rechtsfilosofie *is.* Wij willen het hier iets anders aanpakken. Wij gaan ervan uit dat de lezer op basis van het eerste hoofdstuk al een vage notie heeft van wat de rechts*wetenschap* inhoudt. We hebben daar immers gezien dat de rechtswetenschap kan gelden als een echte wetenschap. Tenminste, als die rechtswetenschap op een 'wetenschappelijke' manier wordt gepraktiseerd. Wat dat is, is duidelijk gemaakt aan de hand van een beschouwing over de klassieke rechtswetenschappelijke doctrine: 'Classical Legal Doctrine'. Als de rechtswetenschap er zo uitziet, dan is het een echte wetenschap.

Maar hoe kan de rechtswetenschap zich op die manier opstellen? Daarvoor is een rechts*filosofische* benadering van de rechtswetenschap nodig. Immers een rechtswetenschap die zich richt op de grondslagen of de uitgangspunten van de rechtswetenschap kan men zonder bezwaar een 'rechtsfilosofische benadering' noemen.

Het vooroordeel jegens de rechtsfilosofie is echter groot. Vele juristen achten het weliswaar nuttig ter verdieping van hun inzicht in het recht, maar zij achten het niet nodig voor de rechtspraktijk. Filosofie is luxe.

Hier willen wij proberen te laten zien wat het 'nut' is van de (rechts)filosofie. Naar mijn idee is dat groot. Niet alleen voor een wetenschappelijke verdieping van het recht, zoals in het vorige hoofdstuk duidelijk is gemaakt, maar ook voor de rechts*praktijk.*

De vraag naar het 'nut' of – voor wie dat te triviaal klinkt – de 'zin' van de rechtsfilosofie is niet zonder praktische betekenis voor de inrichting van het curriculum. Studenten hebben tegenwoordig steeds minder tijd voor de studie. De eisen van de arbeidsmarkt zijn harder. Er zal dus een keuze moeten worden gemaakt in de enorme hoeveelheid literatuur die kan worden bestudeerd. Ook voor de inrichting van het curriculum heeft dat consequenties. Faculteitsbestuurders zullen zich de vraag stellen wat het nut is van bepaalde vakken.[1] Sommige van die vakken doorstaan zo'n onderzoek altijd met glans, voor andere vakken ligt dat problematischer. Het zijn de eisen van de praktijk die vaak de uitgangspunten dicteren. Maar heeft men wel een goede voorstelling van wat die praktijk zou vergen?

Doorgaans verloopt de redenering (zij het impliciet) als volgt. Er is een staat en die staat is georganiseerd volgens bepaalde principes. Dat brengt ons tot het *staatsrecht.* Het overheidsapparaat neemt steeds sterker in omvang toe en de verschillende manieren waarop de overheid zich met de samenleving bemoeit brengt ons op het *bestuursrecht.* Er zijn burgers die kopen, huren, verpanden en verpachten. Dat voert ons naar het *privaatrecht.* Het lijkt bijna een vanzelfsprekende zaak dat de rechtswetenschap kan opgaan in het leren van de regels die in deze verschillende rechtsgebieden te vinden zijn. Natuurlijk kan men daar nog enkele hulpwetenschappen aan toevoegen, om de afgestudeerde een steviger positie op de arbeidsmarkt te geven, zoals economie of bedrijfsadministratie. Maar met een optelsom van de verschillende rechtsgebieden, aangevuld met enkele vakken waardoor een jurist kan concurreren met afgestudeerden in de economie, lijkt de basis voor het curriculum gelegd.

Maar toch is dat onjuist. Grote rechtsgeleerden (Dicey, Holmes, Von Jhering, Scholten, Meijers en Gény hebben altijd geweten dat het recht *veel meer* is dan wat daarover in wetten en andere geschreven teksten te vinden is. Omgang met recht is *gecompliceerd.* Het vergt een zekere gevoeligheid voor sociale vraagstukken, voor afwegingen van wat redelijk en billijk is, voor argumentatie en nog

1 Ongetwijfeld is 'knowledge its own end'. Vgl. Newman, John Henry, *The Idea of a University,* University of Notre Dame Press, Indiana 1986, p. 74 e.v. en Finnis, John, *Natural Law and Natural Rights,* Clarendon Press, Oxford 1980, p. 87. Maar er is zoveel te leren dat men dan toch zal moeten selecteren.

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

veel meer. Dat is niet iets dat men er in de praktijk ('door ervaring') wel bijleert, maar een manier van omgang met het recht waarmee men studenten al in een vroeg stadium moet confronteren.[2] Wie daarvan eenmaal doordrongen is geraakt, krijgt meer belangstelling voor vakken in het curriculum die de omgang met het recht in een meta-juridisch perspectief plaatsen, zoals ethiek, economie, rechtssociologie, rechtsgeschiedenis, rechtsvergelijking, encyclopedie en rechtsfilosofie.

Wat is rechtsfilosofie? Dat is op zichzelf iets waarover men filosofisch kan speculeren. Voorlopig is voldoende één opvatting te citeren. Het is de omschrijving van rechtsfilosofie van de Amerikaanse rechtsfilosoof en rechter Richard Posner. Posner schrijft: 'By "jurisprudence" I mean the most fundamental, general, and theoretical plane of analysis of the social phenomenon called law'.[3] In de rechtsfilosofie komen vragen aan de orde als de volgende. Wat is recht? Wat is de functie van het recht? Wat is een staat? Wat is de functie van een staat? Wat is een rechtsstaat? Hoe verhoudt het ideaal van de rechtsstaat zich tot democratie? Waar ligt de scheiding tussen recht en moraal? Waar ligt de scheiding tussen recht en politiek? Kan iemand die zich met de toepassing van het recht bezighoudt, zich geheel distantiëren van politieke overwegingen? Hoe moeten we het recht interpreteren? Is er verschil tussen het interpreteren van juridische teksten en literaire teksten? En is er verschil tussen het interpreteren van een heilige tekst als de bijbel of de koran en de grondwet? Vooronderstelt verantwoordelijkheid een vrije wil? Wat is een 'vrije wil'? Is de rechtswetenschap een wetenschap? Hoe kunnen we een goed functionerend rechtssysteem onderscheiden van een slecht? Is het de taak van de rechtswetenschap zich met dit soort vragen bezig te houden? Kan het rechterlijk oordeel bogen op een zekere mate van objectiviteit? Zijn mensenrechten universeel? Mogen wij westerse normen en waarden opleggen aan andere culturen?

En dat is dan nog maar een kleine greep. In beginsel kan men elke vraag filosofisch benaderen en ook elke vraag over het recht *rechts*filosofisch. Het is niet de materie waarover men spreekt, maar de wijze *waarop* men daarover spreekt dat een benadering 'filosofisch' maakt.[4]

Voor een goed jurist is het niet alleen nodig dat hij of zij kennis heeft van de regels van het recht, maar dat hij of zij die regels tevens kan plaatsen in een breder kader van de theorieën, meningen en idealen die aan ons rechtsstelsel ten grondslag liggen. Men kan het ook iets dreigender formuleren. Een jurist die niet meer kent dan de regels van het recht, is een slecht jurist.

De Amerikaanse rechtsfilosoof Ronald Dworkin heeft de rechter (maar wat hij ten aanzien van de rechter betoogt, geldt voor ieder ander die het recht toepast) dan ook wel eens een 'Hercules' genoemd.[5] Deze Griekse mythologische held moest een aantal zware taken verrichten, waarvan het schoonmaken van de Augiasstal misschien wel de bekendste is. Hij moest ook gevechten leveren met gevaarlijke dieren, zoals leeuwen en stieren en zijn twaalf werken staan nog steeds model voor wat met bovenmenselijke krachtsinspanning te bereiken zou zijn.

Net als de mythologische Hercules heeft ook de rechter volgens Dworkin een zware taak. Een rechter is – of hij dat nu wil of niet – tevens altijd een politiek filosoof en een rechtsfilosoof. Of anders gezegd: een rechter kan in de hedendaagse gecompliceerde maatschappij niet naar behoren functioneren wanneer hij zich niet wil inlaten met normatieve vragen over de wenselijke inrichting van ons staatsbestel. Recht is kennelijk niet alleen een kwestie van wat recht *is,* maar tevens van wat recht zou *moeten zijn.*[6] Wie over de vragen nadenkt die een willekeurig juridisch probleem oproepen,

2 Vgl. Kronman, Anthony T., *The Lost Lawyer.* Failing Ideals of the Legal Profession, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge (Mass), London 1993.

3 Posner, Richard A., *The Problems of Jurisprudence,* Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, London, England 1990, p. xi.

4 Vgl. voor een geslaagde inleiding overeenkomstig deze benadering: Blackburn, Simon, *Think,* Oxford University Press, Oxford 1999.

5 Dworkin, Ronald, *Law's Empire,* The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, Mass., London, England 1986, p. 313 e.v.

6 Vgl. Dworkin, Ronald A., '"Natural" Law Revisited', in: *University of Florida Law Review,* 34 (1982), pp. 165-188.

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

zal inzien dat het onderscheid tussen het recht als een feitelijk bestaand regelstelsel en allerlei opinies over hoe dat regelstelsel eruit zou *moeten zien,* niet zo scherp ligt.

Dit hoofdstuk heeft geen ander doel dan aan de hand van een praktisch voorbeeld te illustreren hoe juist die visie van Dworkin is.

2.1 Het belang van de rechtsfilosofie geïllustreerd aan de hand van de zaak Kadijk

Laten we beginnen met een praktisch vraagstuk, een casus. Men kan tenslotte wel voortdurend het nut van de rechtsfilosofie proclameren en *beweren* dat het zo nodig is dat een jurist *in spe* zich daarmee bezighoudt, maar men zal het ook moeten *tonen.* Dat is niet zo moeilijk. Een geschikt voorbeeld is de zaak Kadijk.

Het geval is bekend uit de media. In 1994 werd door een arts uit Holwierde, de arts Kadijk, het leven beëindigd van een zwaar gehandicapte baby. Het kind was ter wereld gekomen met ernstige afwijkingen en had nauwelijks of geen kans op een menswaardig bestaan. Na rijp beraad kwam de arts (net als de ouders) tot de gevolgtrekking dat het *leven* voor dit kindje meer bedreigend was dan de *dood.*

Nu zullen we ons hier niet bezig houden met vragen rond euthanasie. Op zichzelf zouden die een goede illustratie kunnen vormen ter onderbouwing van de stelling, namelijk dat toepassing van het recht altijd samenhangt met filosofische, ethische, levensbeschouwelijke, rechtssociologische en politieke vragen. Maar dan maken we het ons te gemakkelijk. Rechtsfilosofen bewijzen hun zaak een grotere dienst wanneer het mogelijk blijkt de meta-juridische vragen op het spoor te komen bij gevallen die op het eerste gezicht eenvoudig liggen, zoals een vraag naar bevoegdheidsverhoudingen. Over precies dit punt, bevoegdheidsverhoudingen, is rond de zaak Kadijk een verschil van mening gerezen tussen de minister van justitie en de officier van justitie die geschikt is om ons punt te illustreren.

Zoals nog zal blijken uit het vervolg van dit hoofdstuk is de wet op dit moment een andere dan op het moment waarop de discussie over deze zaak speelde. De wet is aangepast. Dat is echter voor ons niet van belang of liever: het illustreert bij uitstek waarom het ons gaat, namelijk dat een kritische discussie kan leiden tot een verheldering van de vraag en uiteindelijk ook een wijziging van het standpunt van de wetgever.

Het probleem houdt verband met een verschil van mening over de meldingsplicht. Zoals bekend, moeten artsen die euthanasie plegen dat melden. Kadijk had deze meldingsplicht overigens gerespecteerd. Hij had aangegeven wat hij had gedaan en dat betekent dan dat de euthanasie ter kennisname komt van het Openbaar Ministerie.

Het Openbaar Ministerie zag aanvankelijk geen aanleiding om tot vervolging over te gaan. De minister echter wel. De minister van justitie, mevrouw Sorgdrager, wilde dat de arts vervolgd zou worden en gaf daartoe een opdracht aan het Openbaar Ministerie, een opdracht die via de hiërarchische lijn terecht kwam bij officier Drenth.[7] Over die opdracht is heel wat te doen geweest in de media. Drenth

7 In art. 5 RO (oud) stond ten tijde van de zaak dat de minister van justitie de bevoegdheid heeft tot het geven van een opdracht aan de ambtenaren van het OM. Dat staat er nu in art. 127 RO trouwens nog steeds, maar in iets andere bewoordingen en de bevoegdheid van de minister tot het geven van opdrachten is aangescherpt. Nu wordt ook expliciet vermeld dat de minister *bijzondere* opdrachten kan geven.

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

voelde zich met die opdracht nogal ongelukkig. Dat komt althans naar voren in een interview met de officier dat op 30 maart 1996 in *De Volkskrant* werd gepubliceerd.[8]

Wat was zijn probleem? Hij was van mening dat de meldingsplicht van artsen bij euthanasie in strijd was met een belangrijk rechtsbeginsel, een rechtsbeginsel dat ook in de internationale verdragen een plaats heeft gekregen: het *nemo tenetur*-beginsel. Het houdt in dat van de verdachte niet mag worden verwacht dat hij bezwarend bewijsmateriaal tegen zichzelf verzamelt.[9]

Zo'n in Nederland geldende meldingsplicht is in strijd met dat beginsel, volgens Drenth. Een verdachte wordt dan immers min of meer gedwongen zichzelf aan te geven en dat kan van hem niet worden verwacht. Aangezien Drenth van mening was dat de meldingsplicht niet deugde, was hij ook niet blij met de opdracht van de minister om tot vervolging over te gaan. Dat laatste deed hij echter wel, alleen op een wat bijzondere manier. Toen hij voor de rechter kwam eiste hij niet-ontvankelijkverklaring van het OM. Hij maakte duidelijk dat hij handelde op last van een ander, van de minister, en dat hij het zelf niet eens was met de vervolging. Daarmee werd de zaak Kadijk de zaak Drenth. Drenths vordering tot niet-ontvankelijk verklaring van het OM leidde weer tot onvrede bij de minister. Deze wilde namelijk richtlijnen van het hoogste rechtscollege verkrijgen voor het doden van wilsonbekwamen. Drenth kreeg een berisping. En Drenth ging tegen die berisping in beroep bij de ambtenarenrechter.

2.2 Van de zaak Kadijk naar de zaak Drenth

De zaak Drenth maakte nogal wat los. Er werd druk partij gekozen voor hetzij de officier hetzij de minister. Zeer negatief over het optreden van de minister was de rechtsgeleerde N.E. Algra. Hij heeft er bezwaren tegen dat de minister de officier gebruikt voor 'politieke spelletjes'.[10] Ook de journalist Geert Mak kiest partij voor officier Drenth. Mak schrijft: 'De openlijke schoffering van deze Groningse officier door de minister van justitie lijkt het einde te zijn van deze delicate machtsbalans. Het ligt in de lijn van een cultuurverandering die toch al gaande is binnen de justitiële wereld: die van magistraten naar referendarissen. Juristen met hart en ziel krijgen het nog moeilijk'.[11] De verdachte zelf, Kadijk, zegt dat hij aanvankelijk Drenth met argusogen bekeek. Tenslotte was hij de aanklager. Maar dat veranderde later. 'Ik heb groot respect voor hem gekregen om zijn moedig optreden tijdens de zitting. Dat hij door Winnie Sorgdrager daarvoor is bestraft is schooljuf-achtig'. Kadijk's vervolging was immers 'puur politiek'.[12] Ook de rechtssocioloog Griffiths was negatief over het optreden van de minister.[13] Volgens Griffiths is de officier een magistraat. Hij is niet 'louter een advocaat van

8 Sommer, Martin, 'Berispt door het leven' (Interview met R. Drenth), in: *De Volkskrant,* 30 maart 1996. Vgl. tevens: Siebelink, Rob, 'In ben niet ingehuurd door de politiek'. Interview met Roel Drenth, in: *Leeuwarder Courant,* 6 januari 1996.

9 Het nemo tenetur-beginsel heeft een expliciete verdragsrechtelijke basis in art. 14, lid 3, g van het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten, waar het recht is neergelegd om 'niet te worden gedwongen tegen zichzelf te getuigen of een bekentenis af te leggen'. In de zaak Funke (Europees Hof voor de rechten van de mens, 25 februari 1993) werd aanvaard dat onder art. 6 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (eerlijk proces) ook het nemo tenetur beginsel dient te worden begrepen. Vgl. EM, 'Zwijgen op aangeven van douane', in: NJCM-Bulletin, 18/5, 1993, pp. 584-592. EM schrijft dat het nemo tenetur beginsel ook een rol zou moeten spelen bij de meldingsprocedure bij euthanasie, waarbij de euthanaserende arts nu in feite verplicht wordt aangifte te doen van het door hem in noodtoestand gepleegde strafbare feit (p. 591). Vgl. tevens: EM, 'Zwijgen zonder raadsman', over John Murray tegen het Verenigd Koninkrijk (EHRM 8 februari 1996), in: NJCM-Bulletin, 21/5, 1996, pp. 706-724.

10 Algra, N.E., 'Een dialoog tussen de minister en de officier, oftewel: wie zit hier fout?', in: *Trouw,* 2 december 1995.

11 Mak, Geert, 'Op de juridische studiezaal', in: *NRC Handelsblad,* 12 december 1995.

12 Aangehaald bij: Haaft, Gonny ten, en Schipper, Aldert, 'Ik zou me tien keer bedenken voor ik nog eens wat meld', in: *Trouw,* 9 december 1995.

13 Griffiths, J., 'Sorgdrager toont gebrek aan ministeriële ruggegraat', in: *NRC Handelsblad,* 7 december 1995.

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

de staat'. Door de opdracht van Sorgdrager aan Drenth wordt de 'magistratelijkheid van het openbaar ministerie uitgehold'.

Van onverwachte zijde kreeg Drenth bijval in het dagblad *De Telegraaf*. De Telegraaf wierp de vraag op of een officier berispt moet worden die alleen maar naar eer en geweten zijn werk heeft gedaan. De minister en de procureur-generaal zouden er beter aan doen standjes uit te delen aan ondergeschikten die 'echt slecht werk' doen, als gevolg waarvan 'echte criminelen' de dans ontspringen.[14]

Dit is een interessant stukje, omdat het ons doet beseffen hoe gemakkelijk het is bij een vraagstuk als het onderhavige het centrale probleem uit het oog te verliezen. Die centrale vraag is *of het een officier van justitie vrij moet staan in te gaan tegen bevelen van zijn superieuren*. Men dient die vraag te beantwoorden los van een oordeel over de wijze waarop de minister van die bevoegdheid gebruik heeft gemaakt.

Ook Drenth werd in de media wel bekritiseerd. De journalist Cordia verklaart de populariteit van Drenth als volgt. De officier had 'gesproken naar het libertijnse hart van Nederland'. Maar er wordt niet gezegd dat hij gelijk had.[15] Ook de journalist Harm Harkema kritiseert het optreden van Drenth.[16] Hij maakt de vergelijking tussen David en Goliath, maar hij geeft aan die vergelijking een overwachte wending door te wijzen op de democratische legitimatie van het optreden van de minister. 'Zoals David de strijd aanbond tegen Goliath, zo probeerde deze eenvoudige officier een regeling die in het parlement na zeer langdurige en indringende debaten tot stand is gekomen, en die zeer gevoelig ligt, in zijn eentje om zeep te helpen'. En verder: 'Een eenvoudige officier van justitie heeft zodoende wel een erg grote broek aangetrokken'. Hij zegt dat Drenth wel wordt vergeleken met een martelaar, maar dat men hem met evenveel recht kan vergelijken met een kamikazepiloot of een olifant in de porceleinkast.

Het meest principieel wordt de minister echter bijgevallen door Hertogh.[17] Volgens Hertogh handelde de minister terecht door van haar aanwijzingsbevoegdheid gebruik te maken. Met de opdracht tot vervolging kan de officier het oneens zijn, maar dan nóg past de officier geen ongehoorzaamheid. 'De vraag of een minister van deze bevoegdheid in concreto terecht gebruik heeft gemaakt, staat ter beoordeling van het parlement en niet van individuele officieren van justitie'. Naar het oordeel van Hertogh heeft de minister overigens terecht van de aanwijzingsbevoegdheid gebruik gemaakt 'om recht te doen aan recent door het parlement vastgesteld beleid'. Het ging immers om het 'uitvoering geven aan het beleid zoals dat nog geen anderhalf jaar geleden is vastgesteld door het parlement bij de totstandkoming van de wettelijke meldingsprocedure euthanasie'.

2.3 Hoe zou rechter Hercules de zaak Drenth moeten beoordelen?

Uit deze enkele reacties in de pers blijkt al dat aan de zaak verschillende kanten zitten. Laten we nu eens proberen in de huid van de ambtenarenrechter te kruipen die over het conflict tussen Drenth en zijn superieuren moet oordelen.We willen laten zien hoe zwaar zijn taak is. Tenminste wanneer hij zijn taak serieus neemt en we hebben geen reden om daaraan te twijfelen. Als hij het vraagstuk

14 De Telegraaf, 'Berisping', 19 december 1995.

15 Cordia, J., 'Een officier van justitie is pias noch marionet', in: *Nederlands Dagblad,* 19 december 1995.

16 Harkema, Harm, 'Euthanasie-officier Drenth: martelaar of kamikazepiloot', in: *Rotterdams Dagblad,* 22 december 1995.

17 Hertogh, H.M., 'Sorgdrager gaf terecht opdracht tot vervolging', in: *Trouw,* 8 december 1995.

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

dat voorligt goed wil beoordelen, zal hij de begrenzingen van een eng juridische benadering verre moeten overschrijden.

De rechter wordt geconfronteerd met een zo op het eerste gezicht eenvoudige vraag: stond de minister in haar recht door Drenth te berispen? En die vraag leidt ons weer naar een andere vraag: heeft de minister de bevoegdheid om een officier van justitie een opdracht tot vervolging te bevelen?

Laten we eens bezien wat Hercules voor materiaal heeft om het probleem dat voorligt op te lossen. We zullen zien dat er tenminste *vier gezichtspunten* zijn die Hercules bij de beoordeling van het geval kan betrekken. We beginnen met de wet.

2.4 Eerste gezichtspunt: de wet

De wet is een belangrijke bron van recht. Dat wil zeggen dat we uit de wet het recht leren kennen. Men zegt het ook wel als volgt. De wet is een identificatiemiddel voor geldend recht. Ieder die wil weten wat het recht voorschrijft, kan dus in de wet kijken.

(a) Art. 5 (oud) van de Wet op de Rechterlijke Organisatie

Toen de zaak Kadijk speelde was art. 5 RO nog van kracht.[18] Daar staat dat de ambtenaren bij het Openbaar Ministerie verplicht zijn de bevelen na te komen, welke hun in hun ambtsbetrekking door de daartoe bevoegde macht, vanwege de koning, zullen worden gegeven. Deze bepaling stamt uit het midden van de vorige eeuw, vóór de totstandkoming van de parlementaire democratie.[19] Ministers hadden nog niet de betekenis die zij nu hebben. De eerste stap die Hercules bij de interpretatie van dit artikel moet nemen, is dat *nu* de minister (en niet de koning) de bevoegde macht is die de ambtenaren bij het OM bevelen kan geven.

Gelukkig is het niet omstreden dat een koning tegenwoordig geen opdrachten meer kan geven in de omschreven zin en dat de minister zijn plaats inneemt. Deze stap van de rechter zal dus niet al te controversieel zijn. Art. 5 RO zou daarmee het OM duidelijk als ondergeschikt aan de minister positioneren. Als er dan ook niet meer te vinden was dan art. 5 RO, zou de zaak snel beslist zijn. Officier Drenth is verplicht tot het opvolgen van de opdracht van minister Sorgdrager. Doet hij dat niet, dan kan hij worden berispt of bij persistentie van zijn weigering kan hij zelfs worden ontslagen.[20]

(b) Art. 117, lid 1 van de grondwet

Maar Hercules wordt met meer geconfronteerd. Een rechter die moet oordelen over het bevel van Sorgdrager aan Drenth, wordt ook geconfronteerd met art. 117, lid 1 van de grondwet. Of Hercules de stap van art. 5 RO naar art. 117, lid 1 van de grondwet zal moeten nemen, is reeds een vraag waarover men van mening kan verschillen. Men zou kunnen zeggen: 'in art. 5 RO is de zaak ondubbelzinnig geregeld'.[21] Daar staat – althans in de interpretatie die we aan dat artikel hebben gegeven – dat een minister bevelen mag geven aan een officier van justitie. Waarom nog verder zoeken? Dat

18 Ook de huidige Wet RO heeft een artikel waarin de aanwijzingsbevoegdheid is vastgelegd: art. 127. Het luidt: 'Onze Minister van Justitie kan algemene en bijzondere aanwijzingen geven betreffende de uitoefening van de taken en bevoegdheden van het openbaar ministerie'. Omdat de zaak Drenth speelde onder art. 5 RO oud wordt dit artikel als uitgangspunt van de beschouwing genomen.

19 Vgl. over de historie: Pieterman, Roel, *De plaats van de rechter in Nederlands 1813-1920,* Gouda Quint, Arnhem 1990; Stolwijk, S.A.M., 'De minister van justitie, het Openbaar Ministerie en artikel 5 RO', in: *Magistraat met beleid. De officier en zijn omgeving.* Opstellen aangeboden aan mr. C. van Steenderen bij zijn afscheid als hoofdofficier van justitie te Amsterdam op 25 september 1992, Gouda Quint, Arnhem 1992, pp. 33-40.

20 Ik zal er in het vervolg vanuit gaan dat Drenth zich met zijn eis van niet-ontvankelijkverklaring van het OM heeft verzet tegen de opdracht van de minister. Ook daarover kan men natuurlijk verschillend oordelen. Het is mogelijk te verdedigen dat hij de opdracht geheel of ten dele correct heeft uitgevoerd.

21 Art. 5 RO (oud).

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

zou echter om verschillende redenen een te beperkte opvatting zijn. Allereerst zullen partijen op andere artikelen wijzen als relevant voor de oplossing van het probleem en een rechter zal zich daarover moeten uitspreken. Verder is het ook gebruikelijk dat afzonderlijke artikelen van de wet met andere worden vergeleken. Men gaat ervan uit dat de wet een systeem is. Of men dat nu een fictie acht of niet, men gaat ervan uit dat het recht een coherent geheel vormt. Ook art. 117, lid 1 van de grondwet komt daarmee over het voetlicht. Daar staat:

> De leden van de rechterlijke macht met rechtspraak belast en de procureur-generaal bij de Hoge Raad worden bij koninklijk besluit voor het leven benoemd.

Op het eerste gezicht heeft deze bepaling niets met de opdracht van een minister aan een officier van justitie te maken, zo zal Hercules zich realiseren. Er wordt iets geregeld over de arbeidspositie van rechters, zo lijkt het. Pas wanneer Hercules zich gaat verdiepen in allerlei theorieën, zoals die van de Britse filosoof John Locke en die van de Franse filosoof Montesquieu, worden hem vergezichten geopend, waarvan hij geen weet zou hebben wanneer hij zich beperkte tot een letterlijke lezing van de tekst van het artikel. Er blijkt dan een theorie over machtenscheiding te zijn. Die theorie vergt dat de rechterlijke macht wordt gescheiden van de uitvoerende macht en van de wetgevende macht. Het is in het licht van *die* theorie dat Hercules zich verdere vragen kan stellen ten aanzien van het OM.[22]

Sommige schrijvers doen dat en geven dan in het licht van hun theoretische voorkennis een hele speciale interpretatie aan dit artikel. Men construeert de volgende redenering.

Stap 1: men stelt dat uit het feit dat er leden van de rechterlijke macht zijn die met rechtspraak zijn belast, valt af te leiden dat er leden van de rechterlijke macht zijn die *niet* met rechtspraak zijn belast.

Stap 2: tot die leden van de rechterlijke macht die niet met rechtspraak zijn belast rekent men dan het Openbaar Ministerie.

Stap 3: vervolgens verklaart men de privileges van de rechters naar analogie ook van toepassing op het OM.[23]

Het zal Hercules blijken dat de voorstanders van een dergelijke redenering doorgaans niet pleiten voor benoeming voor het leven van ambtenaren van het OM. Maar de gedachte die daaraan ten grondslag ligt (onafhankelijkheid van de uitvoerende macht) eisen zij wel op voor het OM.

Om deze argumentatie op zijn waarde te schatten, raakt Hercules meer en meer verdiept in de interpretatie van een theorie. Niet de wet vormt hier het probleem, immers de wet levert in zekere zin geen interpretatieprobleem op. Er staat niets meer dan dat rechters voor het leven worden benoemd. Het is de analogie-redenering die sommige rechtsgeleerden willen toepassen op art. 117 die hem voor problemen plaatst. Om te beoordelen of hij deze analogieredenering verantwoord vindt, moet hij beoordelen of de onafhankelijkheid die past bij het rechtersambt ook passend is voor het ambt van officier van justitie.

2.5 Tweede gezichtspunt: de meningen van schrijvers

Geleidelijk aan heeft zich daarmee de aandacht van Hercules van de *wet* verplaatst naar de *literatuur.* Hij zit gebogen over het werk van Montesquieu en dat van Locke. Hij leest ook de commentaren op het werk van deze twee filosofen. En nadat hij dat heeft gedaan, gaat hij verder met moderne litera-

22 Vgl. Asch van Wijck, L.H.K.C. van, 'De onafhankelijkheid van den rechter I', in: *NJB,* 1939, pp. 515-522; Asch van Wijck, L.H.K.C. van, 'De onafhankelijkheid van den rechter II', in: *NJB,* 1939, pp. 545-555.

23 Vgl. over deze redenering ook: Daalder, E.J., 'Het Openbaar Ministerie: magistraat of bestuursambtenaar', in: *Trema,* 1991, pp. 88-91.

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

tuur.[24] Daaruit leert hij dat er een hele traditie van schrijvers bestaat die ijvert voor een onafhankelijk OM. Hercules komt zes argumenten tegen die regelmatig worden gebezigd. De meest actieve schrijvers zijn de strafrechtsgeleerden.

2.6 Zes argumenten voor een onafhankelijk OM

Allereerst is er kritiek op het centralisme in het staatsapparaat. Er wordt gesproken van 'eenheidsmanie' en 'hiërarchisch denken', waardoor de minister zich zou laten leiden.[25] Een officier van justitie die in de hiërarchie wordt ingeschaard zou geen 'rechte rug' hebben, een 'marionet',[26] of een 'computer'[27] zijn. Ook het 'top-down' denken wordt wel bekritiseerd.

Een *tweede* punt dat in de literatuur naar voren komt, is verzet tegen wat wordt genoemd een 'instrumentalistisch gebruik van de wet'. Zo hoort men wel dat het recht 'inherente waarden' zou hebben die door de minister van justitie en zijn departement worden miskend. Het departement wil slechts van recht als instrument ter bestrijding van criminaliteit weten, terwijl hiermee de waarborgfunctie van het recht (recht ter bescherming van de belangen van de verdachte) wordt miskend.[28]

De redenering verloopt als volgt.

(a) Het recht is instrument én waarborg
(b) Het departement oriënteert zich slechts op de instrumentele functie
(c) Het OM moet het departement op dit punt corrigeren.

Een *derde* punt dat in de discussie naar voren komt, is dat art. 5 RO waaruit een bevelsbevoegdheid van de minister ten aanzien van het OM zou kunnen worden afgeleid een dode letter is. Daaruit kan men kennelijk afleiden dat niet alles wat in de wet staat altijd moet worden nageleefd.

Een *vierde* argument voor een onafhankelijk OM knoopt aan bij een bepaalde rolopvatting van de officier van justitie zelf. In het interview met Drenth dat hiervoor werd aangehaald, blijkt dat duidelijk. Drenth spreekt daar van 'magistratelijkheid'. Hij zou als officier 'magistraat' zijn. Het is niet zo gemakkelijk uiteen te zetten wat daarmee wordt bedoeld, maar duidelijk is wel dat het uitvoeren van opdrachten van hogergeplaatsten in de hiërarchie *niet* sporen met die 'magistratelijkheid'.

Een *vijfde* argument dat voor een onafhankelijk OM wordt aangevoerd is dat het niet past in onze procesrechtelijke traditie. Wij hebben, zo wordt aangevoerd, een inquisitoire proces-traditie. Inquisitoir staat dan tegenover accusatoir.[29]

In een *accusatoire* proces-traditie is een officier een 'openbare aanklager'. Hij is een ambtenaar van de staat en treedt op namens de staat. Hij is 'partijdig' in de zin dat hij optreedt namens een bepaalde partij. Die partij is de overheid. Tegenover de officier staat een advocaat. Ook die advocaat is partij-

24 Hij las beschouwingen van Van Veen, Van der Feltz en Moons, Matthijs, De Beaufort, Van de Bunt, Boek, Lommen, Boot, De Bosch Kemper, Corstens, Thorbecke, De Doelder, Schalken, 't Hart, Dullemen, Duisterwinkel, Ficq, Franken, Hazewinkel-Suringa, Heijder, Van Heijnsbergen, Hirsch Ballin, Hustinx, Jurgens, Kosto, Meijer, Mostert, Remmelink, Sorgdrager (toen nog PG en met een standpunt over het OM dat merkwaardig genoeg dichter bij dat van Drenth staat, dan bij dat van de latere minister), Degenkamp, Kummeling, Viering, Griffiths, Steenhuis, Stolwijk en vele anderen.

25 Schalken, T.M., 'Het vergeten Openbaar Ministerie', in: *NJB,* 1995, pp. 862-863.

26 Vgl. *Trouw,* 1-12-95.

27 Vgl. Siebelink, Rob, 'In ben niet ingehuurd door de politiek'. Interview met Roel Drenth, in: *Leeuwarder Courant,* 6 januari 1996.

28 Vgl. Doelder, H. de, 'De ministeriële verantwoordelijkheid voor het OM', in: *Trema,* 1988, pp. 373-377, p. 376. In de Paasbrief van de procureurs-generaal wordt de volgende taakstelling voor het OM geclaimd: 'de beoordeling van de praktische uitvoerbaarheid van beleid en (...) de bewaking van de integriteit van de strafrechtspleging in het licht van de *aan de strafrechtelijke rechtshandhaving inherente doelstellingen*' (Cursivering toegevoegd; PC). Vgl. (Procureurs-generaal), *Paasbrief procureurs-generaal,* (21 april 1992), in: *Trema,* 1992, pp. 291-293.

29 Vgl. Bosignore, John J., e.a., red., *Before the Law. An Introduction to the Legal Process,* Fifth Edition, Houghton Mifflin Company, Boston/Toronto 1994, pp. 329-347 ('Lawyers and the Adversary Process') en pp. 486-494 ('Conflict in Adversarial Culture'); Matthijs, Jacques, *Openbaar Ministerie,* E. Story-Scientia, Gent 1983, p. 7 e.v.

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

dig. Hij staat namelijk aan de kant van de verdachte. Alleen de rechter is niet partijdig. De rechter hoort beide partijen aan en geeft een oordeel.

De voorstanders van een onafhankelijk OM verwerpen deze benadering.[30] Zij wijzen erop dat in Nederland is gekozen voor een *inquisitoir* proces. Daarbij is kenmerkend dat OM en advocatuur niet dezelfde rolverdeling hebben, maar dat de officier van justitie als het ware met de rechter en advocaat meedenkt.

Een *zesde* argument voor een onafhankelijk OM is dat het noodzakelijk is om te waarborgen dat het OM politici kan vervolgen. Een OM dat ondergeschikt is aan de uitvoerende macht, staat onvoldoende vrij tegenover die uitvoerende macht en kan dus geen politici vervolgen. Men wijst in dit verband wel naar Italië. Een van de uitvoerende macht afhankelijk OM had nooit orde op zaken kunnen stellen binnen het overheidsapparaat.

2.7 Zes overwegingen over een onafhankelijk OM

Het is Hercules inmiddels gebleken dat hij meer te stellen heeft met meningen van schrijvers dan met wetsartikelen. In de wet alleen vindt hij onvoldoende steun voor een oordeel. Het probleem is echter dat ook die schrijvers elkaar weer tegenspreken, want nadat hij kennis heeft genomen van het werk van *strafrechtelijke* auteurs die pleiten voor een *on*afhankelijk OM, wordt hij geconfronteerd met *staatsrecht*geleerden die pleiten voor een *af*hankelijk OM.[31] Het belangrijkste argument van de staatsrechtgeleerden is dat wij in een parlementaire democratie leven. Zo'n democratie gaat uit van de gedachte dat een minister verantwoordelijk is voor beleid. Iemand aanspreken op beleid dat hij niet kan beïnvloeden is tamelijk zinloos. Een minister moet dus in staat zijn een officier te dwingen een bepaalde lijn te volgen. Het is in het licht van wat hij bij die staatsrechtgeleerden leest, dat Hercules de zes argumenten voor een onafhankelijk OM nog eens gaat nawegen.

(a) Een overweging over centralisme

In het *eerste* argument voor een onafhankelijk OM wordt centralisme in het staatsapparaat bekritiseerd. Maar waarom zou men daar eigenlijk tegen moeten zijn, vraagt Hercules zich af? Nederland is tenslotte een eenheidsstaat.[32] Het staatsapparaat zou in anarchie vervallen wanneer niet een zekere centralisatie werd aangebracht. Decentralisatie betekent *beperkte coördinatie* en een minder effectief overheidsoptreden. Hercules neemt ook kennis van beschouwingen van rechtsgeleerden die de noodzaak bepleiten van een intensiever gecoördineerd vervolgingsbeleid. De strijd tegen de criminaliteit kan alleen maar effectief gevoerd worden, zo zegt men, wanneer het Openbaar Ministerie

30 Vgl. bijvoorbeeld: Spigt, L.C.J.M., 'Het OM tegenvoeter van de advocatuur?', in: Doelder, H. de, Foqué, R.M.G.E., Gerding, R.A.F., red., *Taak en functioneren van het OM,* Gouda Quint, Arnhem 1994, pp. 249-255. Ook L.C.M. Meijers deelt deze opvatting: 'De taak van het Openbaar Ministerie op de terechtzitting valt (...) in geen geval volledig samen met de behartiging van welk overheidsbelang ook' (Meijers, L.C.M., 'Het Openbaar Ministerie, onpartijdig procesdeelnemer', in: *Handelingen van de rechtsorde,* (A. Mulder bundel), 1988, p. 139. En verder: Meijers, L.C.M., 'Het einde van de onpartijdigheid. Van openbaar ministerie tot departementale vervolgingsdienst', in: *RMThemis,* 1991, pp. 170-174, p. 174: 'de rechtsgemeenschap is uitsluitend gediend met een Openbaar Ministerie dat voldoende zelfstandigheid bezit om in een onpartijdige proceshouding tegen normschendingen ook van enige overheid op te treden'.

31 Lubberdink, H.G., *De betekenis van de ministeriële verantwoordelijkheid voor de organisatie van het openbaar bestuur,* Kluwer, Deventer 1982, p. 62; Degenkamp, J.Th., 'Justitie als barmhartige beul veroordeelde Van der Valkjes', in: *Haagsche Courant,* 20 december 1995; Elzinga, D.J., 'Verantwoordelijkheid en aanspreekbaarheid in de verhouding tussen bestuur, Openbaar Ministerie en politie. De institutionele aanbevelingen van de Commissie-Van Traa', in: *RMThemis,* 1996/6, pp. 205-214; Kortmann, C.A.J.M, 'Consistentie?', in: *NJB,* 3 juni 1994, p. 750; Stellinga, J., *Grondtrekken van het Nederlandse staatsrecht,* Zwolle 1953, pp. 415-419.

32 Vgl. over de historische achtergronden van het centraliseringsproces: Duisterwinkel, G., *Vereisen de functies van het Openbaar Ministerie nieuwe wettelijke voorzieningen?,* Preadvies NJV, Handelingen der Nederlandse Juristen-Vereniging 1968, 38e jg., dl. I, W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle 1968, pp. 195-251, p. 197.

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

gecoördineerd optreedt. Met andere woorden: de veranderde omstandigheden, de verharding in de maatschappij, vergen een slagvaardiger optreden van de overheid. Dat kan alleen maar geschieden door intensievere coördinatie. Beleid vooronderstelt centralisatie.[33]

Een tweede overweging van Hercules zou kunnen zijn dat centralisatie nodig is in verband met de *rechtsgelijkheid.* Wanneer officier *A* een geheel andere gedragslijn kiest ten aanzien van een bepaald probleem dan officier *B,* dan is dat in strijd met de rechtsgelijkheid. Burgers kunnen dan niet meer weten wat zij van de overheid mogen verwachten. Lezing van de dissertatie van de criminoloog Van de Bunt leert Hercules dat er schrikbarend grote verschillen bestaan tussen het beleid van individuele officieren van justitie. Voor één en hetzelfde feit worden zeer verschillende straffen geëist. Het overheidsbeleid op dit punt is kennelijk niet één en ondeelbaar, maar veelvormig en gefragmenteerd. Dat vergroot niet het vertrouwen van de burger in de rechtvaardigheid van het overheidsoptreden.[34]

Een derde overweging ten aanzien van centralisatie zou kunnen zijn dat een zekere mate van centralisatie nodig is om macht aan democratische controle te onderwerpen. De volksvertegenwoordiging kan de macht van één centraal punt, de minister, controleren. Men kan die minister aanspreken op het beleid in het parlement. Maar wanneer niet die minister maar een paar honderd officieren van justitie het laatste woord hebben over het vervolgingsbeleid, dan betekent dat in feite dat het vervolgingsbeleid is losgekoppeld van het overheidsbeleid in het algemeen en dus niet democratisch beheersbaar is.

Hercules is enigszins verrast door het feit dat dit punt reeds meer dan honderd jaar geleden aan de orde werd gesteld in een boek van W. Boot. Boot bepleit sterke centralisatie van het opsporingsbeleid onder de 'eenhoofdige leiding' van de minister. Als argumenten daarvoor voert hij aan dat centralisatie binnen het OM met zich meebrengt dat de vrees voor misbruik van macht sterk vermindert, omdat de ambtenaren onder controle van hun chefs staan 'en voor alle hunnen handelingen rekenschap aan hen verschuldigd zijn'.[35] Die chefs worden dan op hun beurt weer door chefs gecontroleerd en de opperchef door ons allemaal. Soortgelijke beschouwingen trof Hercules aan bij Van Maanen,[36] De Bosch Kemper,[37] Van den Wall Bake[38] en verschillende andere oudere schrijvers.

Overigens leert Hercules uit de literatuur dat er schrijvers zijn die de wenselijkheid van een *onafhankelijk* in de zin van *niet-democratisch* gelegitimeerd en gecontroleerd vervolgingsbeleid juist bepleiten. Vervolgingsbeleid moet geen deel zijn van het gewone overheidsbeleid. Wat rechters doen, is tenslotte óók geen deel van het gewone overheidsbeleid dat aan democratische controle onderhevig is, zeggen de voorstanders van een onafhankelijk OM. Maar daarop luidt dan weer het antwoord dat dit argument vooronderstelt wat moet worden bewezen: het gaat ervan uit dat de rechters en officieren een vergelijkbare taak hebben. Bovendien zal er door de voorstanders van centralisatie op worden gewezen dat wat rechters doen wel degelijk onderhevig is aan een vorm van centralistische controle. De laagste rechter wordt gecontroleerd door een hogere rechter en die hogere rechter door de Hoge Raad.[39] Daar houdt het dan weliswaar op, maar het betekent toch wel een sterke mate van

33 Vgl. in dit verband: Mostert, P., *Vereisen de functies van het Openbaar Ministerie nieuwe wettelijke voorzieningen?,* Preadvies NJV, Handelingen der Nederlandse Juristen-Vereniging, dl I, W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle 1968, pp. 253-376; Hirsch Ballin, E.M.H., 'Rechter en officier van justitie in 2000', in: *Trema,* 1990, pp. 246-250.

34 Vgl. Bunt, H.G. van de, *Officieren van justitie. Verslag van een participerend observatieonderzoek,* W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle 1985.

35 Boot, W., *De afhankelijkheid van het openbaar ministerie ten opzichte van het instellen der strafvordering,* Diss. Amsterdam, M.J. Portielje, Amsterdam 1885, p. 26.

36 Maanen, C.F.Th. van, *Het Openbaar Ministerie in Nederland,* Eerste gedeelte, J. Visser, 's-Gravenhage 1860.

37 Bosch Kemper, J. de, *Wetboek van Strafvordering,* Amsterdam 1838.

38 Wall Bake, W.A. van den, *Specimen historico-juridicum inaugurale de Remotione officialium ministerii publici,* J. de Kruyff, Trajecti ad Rhenum 1859.

39 Zonder dat men overigens van hiërarchie kan spreken. Vgl. Heide, J. ter, *De onafhankelijkheid van de rechterlijke macht.* Een functioneel-analytische beschouwing, Agon Elsevier, Amsterdam/Brussel 1970, p. 20.

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

centralisatie. Een officier vrijlaten in zijn vervolgingsbeleid betekent daarentegen het creëren van enkele honderden autonome enclaves van overheidsbeleid.

(b) Een overweging over instrumentalisme

Ook over het *tweede* argument ten gunste van een onafhankelijk OM zou Hercules verschillende overwegingen de revue kunnen laten passeren. Hiervoor werd een redenering gepresenteerd waarbij verschillende stappen werden genomen. Maar zijn die wel allemaal zo overtuigend? Het recht is instrument en waarborg, luidt de eerste premisse van de redenering. Men kan zich afvragen of dat juist is. Hier wordt gemakkelijk de suggestie gewekt alsof het recht tegelijkertijd én instrument kan zijn én waarborg. Maar misschien is het recht wel óf instrument óf waarborg, al naar gelang de actor die het recht gebruikt. Een advocaat zal het recht gebruiken als waarborg ter bescherming van de belangen van zijn cliënt. De officier zal het recht gebruiken als instrument ter bestrijding van criminaliteit. Geen van beiden 'miskent' daarmee de specifieke aard van het recht. Het recht is immers een multifunctioneel gegeven. Net als een stok niet één ware aard heeft, maar voor de wandelaar een andere functie vervult dan voor de gebruiker die er een appel mee uit een boom wil slaan, geldt ook voor het recht dat men er verschillende dingen mee kan 'doen'.

Het is overigens hier dat Hercules enigszins teleurgesteld raakt in theoretische beschouwingen over het recht. Het valt hem op dat over het recht gesproken wordt in metafysische termen, alsof het een vaste aard zou hebben. Bijvoorbeeld dat het voor 50% instrumenteel geaard zou zijn en voor 50% een waarborgkarakter zou hebben. Hercules leest allerlei beschouwingen van rechtsgeleerden die elkaar verwijten dat één van die functies door de andere partij miskend zou worden. Het leek op discussies over de ware aard van een stok of een steen, waarbij men de eindeloze variëteit aan functies van zo'n voorwerp probeert te verengen tot twee vormen en die in een percentagegewijze verhouding tot elkaar probeert te plaatsen. Men kan zich de discusses wel voorstellen: of de ware aard van een steen werd miskend wanneer deze werd gebruikt om naar iemand toe te gooien of een huis mee te bouwen. Weinig vruchtbaar.

Maar hiermee hebben we alleen nog maar kanttekeningen geplaatst bij de eerste premisse van het tweede argument voor een onafhankelijk OM. Ook op de andere vooronderstelling valt echter iets af te dingen. Hier wordt namelijk beweerd dat het departement zich slechts oriënteert op de instrumentele functie van het recht. Maar is dat wel waar? Om de juistheid van die bewering te kunnen doorgronden zou onze rechter eigenlijk niets minder dan een rechtssociologisch onderzoek moeten instellen of zich oriënteren op de resultaten van onderzoek dat reeds heeft plaatsgevonden. Eén ding is zeker: het *departement zelf* kwalificeert zijn eigen activiteiten tevens als rechtsbeschermend. Het departement werpt zich immers in allerlei officiële stukken als jaarverslagen, personeelsadvertenties, notities aan de Kamer enzovoorts op als hoeder van de rechtsorde, precies dus de taak die kritici van het departement menen dat miskend zou worden.[40]

Ten slotte een analyse van het laatste deel van de argumentatie die onder het tweede argument voor een onafhankelijk OM werd opgevoerd. Hierbij gaat het om de 'conclusie' die men trekt, namelijk die: het *Openbaar Ministerie* zou het departement moeten corrigeren. Aangezien het departement zich oriënteert op de instrumentele kant van het recht (recht als instrument in de strijd tegen criminaliteit), zou het OM zich tevens moeten oriënteren op de functie van het recht als beschermend schild voor de belangen van de verdachte.

Ter beoordeling van die redenering ten gunste van een onafhankelijk OM, zou Hercules weer allerlei afwegingen moeten maken. Een aantal onderdelen daarvan waren reeds eerder aan de orde geweest, dus daaraan behoefde Hercules niet opnieuw aandacht te besteden. Hij stelde zich daarom op het standpunt dat hij de vooronderstellingen van de redenering voor waar zou houden om dan

40 Vgl. bijvoorbeeld: Sorgdrager, W., 'Voordracht van de minister van justitie ter opening van het RAIO-congres "De eerbied waardig? Een bezinning op de positie van de rechter en de officier van Justitie"', Noordwijkerhout, 3 april 1996, ten dele afgedrukt in: *NJB,* 19 april 1996, pp. 620-621.

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

eens te bezien of daaruit iets kan worden afgeleid. Anders gezegd: *gesteld dat* het juist zou zijn dat het recht instrument is én waarborg en *gesteld dat* het departement zich eenzijdig zou oriënteren op de instrumentele functie van het recht, *volgt daar dan uit* dat *juist het OM* het departement zou moeten corrigeren op zijn taakopvatting? Hercules kwam tot een negatief resultaat. Hij dacht: als het departement zich niet correct gedraagt, moet het gecorrigeerd worden door de volksvertegenwoordiging. Het Openbaar Ministerie is daartoe niet geroepen.[41] In de redenering was eigenlijk sprake van een verborgen premisse dat het juist het OM zou moeten zijn die een taak heeft in het controleren van het departement.

(c) Een overweging over wetten die in onbruik raken

Ook het derde, vierde en vijfde argument ten gunste van een onafhankelijk OM leveren stof op tot diepe overpeinzingen van onze rechter. Het *derde* argument proclameert art. 5 RO eenvoudigweg tot dode letter. Onder welke omstandigheden geeft het pas om een bepaling buiten toepassing te laten, vraagt Hercules zich af? En wie zou dat mogen inroepen? Als er één orgaan geroepen is wettelijke bepalingen als die in onbruik zijn geraakt te diskwalificeren, dan is het de rechter, maar toch niet een individuele officier van justitie, overweegt Hercules.

Hercules realiseert zich ook dat wanneer we aan Drenth de bevoegdheid geven om de meldingsplicht bij euthanasie te toetsen aan zijn geweten, aan de wet of aan hoger recht uit verdragen, we aan de *officier van justitie* een bevoegdheid geven die aan een *rechter* slechts zeer beperkt en met een ruime controlemogelijkheid is toegekend.[42] Een rechter mag immers niet een wettelijke regeling toetsen aan hoger recht uit de grondwet. Art. 120 Gw staat daaraan in de weg. Anders gezegd: ook wanneer een rechter van oordeel is dat een wettelijke bepaling die hij moet toepassen in strijd is met grondwettelijk recht, zal hij die bepaling tóch moeten toepassen. Als dát geldend recht is in Nederland, zou het dan gepast zijn aan een individuele officier van justitie de bevoegdheid te geven een meldingsplicht buiten toepassing te laten omdat deze in strijd zou zijn met verdragsrecht?

Hercules realiseert zich dat hij hiermee een bepaling die voor rechters geschreven is (de rechter treedt niet in de beoordeling van de grondwettigheid van wetten) naar analogie van toepassing verklaart op een officier van justitie. Is dat verantwoord, vraagt hij zich af?

Als contra-argument zouden de voorstanders van een onafhankelijk OM kunnen aanvoeren dat de rechter weliswaar niet mag toetsen aan (nationaal) hoger recht uit de grondwet, maar wel aan internationaal hoger recht uit de verdragen. Het *nemo tenetur*-beginsel is te vinden in verdragsrecht. Een officier die daaraan toetst, eigent zich dus geen bevoegdheid toe die een rechter niet heeft.

Het antwoord daarop zou echter weer zijn, dat men vergeet dat een officier van justitie die een dergelijke bevoegdheid heeft het laatste woord heeft, een rechter niet. Een rechter wordt altijd weer gecontroleerd door een hogere rechter en uiteindelijk oordeelt de Hoge Raad over de juiste toepassing van het recht. Het is juist deze correctie door een hogere instantie waaraan Drenth zich wil onttrekken. Hij meent dat hij zijn eigen Hoge Raad kan zijn.

(d) Een overweging over de functie van een officier van justitie

Ook het *vierde* argument geeft stof tot nadenken. De officier van justitie heeft kennelijk een bepaalde taakopvatting waarbij hij zichzelf typeert als magistraat. Uit de literatuur blijkt dat dit een lange geschiedenis heeft.[43] Hercules leest dat J. de Bosch Kemper in 1838 ervoor waarschuwde dat officieren

41 Vgl. Munneke, Harold, 'Wetmatigheid van bestuur belangrijker dan toetsing politiek', in: *NJB,* 3 juni 1994, p. 750-751: 'Art 5 Wet RO verplicht ambtenaren van het Openbaar Ministerie van hogerhand gegeven bevelen op te volgen. In hoeverre het politiek opportuun geacht wordt om bevelen te geven, staat ter beoordeling van de Minister van Justitie en de hem controlerende volksvertegenwoordiging'.

42 Reeds in de vorige eeuw realiseerde men dat. Vgl. de parlementaire discussie bij de totstandkoming van de Wet RO: Handelingen II 1826-1827, p. 364.

43 Vgl. bijvoorbeeld: Blok, A.J., *Positie en taak van het openbaar ministerie,* Oratie Leiden, E.J. Brill, Leiden 1908 en Bunt, H.G. van de, *Officieren van justitie. Verslag van een participerend observatieonderzoek,* Zwolle 1985.

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

zich niet te veel als partij in het proces zouden mogen opstellen. 'Altijd behoort een ambtenaar van het openbaar ministerie eenvoudig, kalm en gematigd te zijn', schrijft De Bosch Kemper. 'Niets is verkeerder en meer strijdend met den aard zijner ambtsbediening, dan bij hem eene verplichting te zien tot het bewijzen der schuld en tot het streng eischen van straf'.[44]

Volgens De Bosch Kemper is een officier dus vrij in de vraag wat hij wil eisen. Dat is in strijd met een dictaat van hogerhand om een bepaalde straf te eisen. Maar wat moet Hercules met deze opinie? Het is een mening van een rechtsgeleerde schrijver. In de grondwet of in de wet heeft deze typering van het magistratelijk ethos geen enkele basis. In art. 4 van de Wet op de Rechterlijke Organisatie staat dat het OM belast is met de handhaving van de wetten. Hercules leest bij strafrechtsgeleerden en vertegenwoordigers van het OM zelf dat dit betekent dat het OM een zelfstandige wettelijke opdracht heeft en dat daaruit moet worden geconcludeerd dat het OM die opdracht zelfstandig moet kunnen inkleuren.[45] Bij staatsrechtgeleerden leest Hercules echter weer dat een zelfstandige toedeling van bevoegdheden *niet* betekent dat men op eigen gezag kan handelen.[46]

(e) Een overweging over tradities van procesvoering

De moeilijkste vragen dienen zich misschien nog wel aan ten aanzien van het *vijfde* argument voor een onafhankelijk OM. Hier staat onze rechter voor een bijna onmogelijke taak. Hij moet hier de vóór- en nadelen van twee procesculturen tegen elkaar afwegen. De voorstanders van een onafhankelijk OM vertellen hem dat hij zich moet oriënteren op een inquisitoire procestraditie. Immers *die* traditie is vigerend in onze cultuur. De idealen daarvan werden eigenlijk ook al verwoord in de hiervoor aangehaalde woorden van De Bosch Kemper. Maar tevens wordt onze rechter geconfronteerd met stemmen die beweren dat dit allemaal aan het veranderen is. De Bosch Kemper schreef in 1838. Tegenwoordig vinden we steeds meer accusatoire elementen in ons strafproces.[47] Er wordt ook van gezaghebbende zijde beweerd dat de accusatoire procestraditie zuiverder is. Hercules neemt kennis van wat door senator Glasz (tevens advocaat) in de Eerste Kamer is gezegd.

In het beleidsdebat inzake justitie in mei 1996 merkte Glasz op: 'Ik heb het als advocaat altijd onzuiver gevonden dat de officier van justitie, de vertegenwoordiger van de tot straf requirerende overheid, aan tafel zat bij de onafhankelijke rechter'. Weliswaar zit die officier om de hoek van die tafel en als het goed was aan een aangesloten maar afzonderlijk tafeltje, maar toch was het beeld verkeerd, aldus Glasz. Glasz vindt dat het beter zou zijn om de officier te beschouwen als géén deel uitmakend van de rechterlijke macht. 'Net als voor de raadsman dient zijn staanplaats in de zittingzaal op gepaste afstand van de onafhankelijke rechter te worden gezet'.[48]

Dat is geheel in overeenstemming met het voorstel van de Leidse staatsrechtgeleerde Brenninkmeijer dat, om duidelijkheid te scheppen, de officier van justitie uit de rechterlijke macht zou moe-

44 Bosch Kemper, J. de. *Wetboek van strafvordering.* Eerste deel. Müller, Amsterdam 1838, p. 175. Van der Feltz en Moons geven als verklaring voor de groei van het magistratelijk ethos in de vorige eeuw dat het zo typerend was voor de 'individualistische denkwereld' van die tijd. Vgl. Feltz, W.A. Baron van der, en Moons, J.M.A.V., *De ambtelijke verhouding in het Nederlandse Openbaar Ministerie,* Preadvies Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland, W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle 1969, p. 10.

45 Door de Procureurs-Generaal is dat in verschillende perioden naar voren gebracht. Bijvoorbeeld in de jaren tachtig. Vgl. Bijl. Hand. II, zitting 1975-1976, 13 600 VI, no. 3, p. 15. Voor een analyse daarvan: Maarseveen, H.Th.J.F. van, 'Ministeriële verantwoordelijkheid en Openbaar Ministerie na 1976', in: *NJB,* 26 februari 1977, pp. 209-215. En verder in (Procureurs-generaal), *Paasbrief procureurs-generaal,* (21 april 1992), in: *Trema,* 1992, pp. 291-293.

46 Dit wordt tevens onderkend door de strafrechtsgeleerde Stolwijk, S.A.M., 'De minister van Justitie, het Openbaar Ministerie en artikel 5 RO', in: *Magistraat met beleid.* De officier van justitie en zijn omgeving, Opstellen aangeboden aan mr. C. van Steenderen bij zijn afscheid als hoofdofficier van justitie te Amsterdam op 25 september 1992, Gouda Quint, Arnhem 1992, pp. 33-40.

47 Een proces dat overigens al aan het begin van deze eeuw begonnen is. Vgl. Apeldoorn, L.J. van, *Inleiding tot de studie van het Nederlandse recht,* vijftiende, herziene druk, W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle 1963, p. 289.

48 Vgl. voor een strafrechtelijke visie hierop: Veen, Th. W. van, 'Het gezag van het Openbaar Ministerie', in: *Tijdschrift voor Strafrecht,* 1968, pp. 1-18, p. 4 die juist de officier aan de tafel van de rechter wil laten aanschuiven.

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

ten worden gezet, zoals Hercules in het Nederlands Juristenblad leest.[49] Hercules kon daar wel mee instemmen al vroeg hij zich af of het verstandig was om het zo te formuleren, aangezien het veronderstelde dat de officieren van justitie tot de rechterlijke macht behoorden.

(f) Een overweging over het vervolgen van politici

Tenslotte het *zesde* argument voor een onafhankelijk OM. We zouden een onafhankelijk OM moeten hebben, omdat alleen op die manier gewaarborgd is dat politici kunnen worden vervolgd. Is het een sterk argument? Ook dàt zal Hercules moeten wegen. Hij zou aan art. 117, lid 1 van de grondwet kunnen denken. Daar staat dat de leden van de rechterlijke macht die met rechtspraak zijn belast, voor het leven worden benoemd. Er is echter één ambtenaar uit het Openbaar Ministerie die dezelfde constitutionele status krijgt toebedeeld als de rechters: de procureur-generaal bij de Hoge Raad. De procureur-generaal bij de Hoge Raad wordt immers, net als de rechters, voor het leven benoemd. Dat is niet toevallig het geval. Immers dat is ook de ambtenaar die belast is met het vervolgen van ambtsmisdrijven. Kennelijk heeft onze grondwetgever zich ter dege gerealiseerd dat het vervolgen van politici een constitutioneel onafhankelijke status veronderstelt. Maar de grondwetgever is tevens zo wijs geweest om met het verlenen van die status zeer voorzichtig om te springen. Om het doel te bereiken moet men niet de overige ambtenaren van het Openbaar Ministerie een vrijbrief geven tot het voeren van eigen beleid.

Dit alles overdenkend realiseert Hercules zich dat hij volop beleidsoverwegingen aan het maken is. Hij denkt niet meer na over wat de wetgever heeft geschreven, maar over de wenselijke inrichting van ons staatsbestel. Dat brengt hem weer op een nieuw probleem: moet hij zich wel op dat pad begeven? De rechtseconoom Posner beweert dat de rechter daar niet onderuit komt. Het is ook altijd door grote rechters *gedaan,* volgens Posner. Maar wat voor gewicht legt het oordeel van Posner in de schaal? Geleidelijk aan beseft Hercules dat hij *rechtsfilosofisch* partij kiest.

Het is misschien goed op dit moment het verhaal even te onderbreken om in herinnering te roepen dat het ons in dit verband niet gaat om de vraag of de opgevoerde argumenten voor een onafhankelijk OM *goede* argumenten zijn. Hier wordt slechts één stelling verdedigd: dat het geven van een oordeel over deze kwestie veel meer vergt dan het lezen van enkele bepalingen uit de wet. Kennelijk geeft het beantwoorden van zo'n ogenschijnlijk eenvoudige vraag of de minister bevoegd is tot het geven van een opdracht aan een officier van justitie aanleiding tot het beantwoorden van talloze nevenvragen. Een naïeve rechter die zou menen dat hij alleen maar te maken heeft met het probleemloos toepassen van de regels van het recht op het geval dat hij ter beoordeling krijgt voorgelegd, zou al snel wanhopig worden.

2.8 Wat betekent dit voor het 'nut' van de rechtsfilosofie en voor het curriculum?

Dat alles heeft ook consequenties voor het 'nut' van de rechtsfilosofie en voor de inrichting van het curriculum. Het betekent dat wij ons in de rechtenstudie rekenschap moeten geven van deze gecompliceerde taak van een jurist. Het recht is niet een verschijnsel dat bestaat als een geheel van regels dat is opgetekend in teksten. Het leeft in teksten, redeneringen, uitspraken, opinies, houdingen, vermoedens, overtuigingen, beginselen en zo voorts. Een rechter interpreteert niet alleen een tekst, maar hij interpreteert instituties en ideeën, ja een cultuur zelfs. Wanneer we rechters willen prepareren voor

49 Brenninkmeijer, A.F.M., 'De magistraat in het strafrecht', in: *Nederlands Juristenblad,* 10 februari 1996, p. 211. Er zijn ook schrijvers die erop wijzen dat de *on*afhankelijkheid van de rechter alleen kan worden gewaarborgd bij een *af*hankelijk OM. Vgl. daarover: Van Asch van Wijck, L.H.K.C. van, 'De onafhankelijkheid van den rechter I', in: *NJB,* 1939, p. 521.

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

hun taak dan zullen wij hen veel meer moeten leren dan de tekst van de wet. We moeten Hercules prepareren op zijn heroïsche arbeid. Wij mogen geen letterknecht van hem maken, maar we moeten hem inleiden in de filosofische kanten van het recht, in de principes achter de regels, zoals Critical Legal Doctrine voorstaat (zie hierover hoofdstuk één).

Laten we maar weer terugkeren naar onze casus. Zo'n op het eerste gezicht eenvoudig probleem als die naar de bevoegdheidsverdeling tussen minister en officier van justitie bracht ons op de volgende vragen.

- Wat is de betekenis van de trias politica-leer? (Een staatsrechtelijke vraag).
- Welke redenen zijn er om aan het OM een vergelijkbare positie toe te kennen als aan de rechterlijke macht in enge zin? (Een staatsrechtelijke en politieke vraag).
- Wat is de functie van het recht? (Een rechtsfilosofische vraag).
- Moet het staatsapparaat functioneren als een gecentraliseerde instantie? (Een politieke vraag).
- Wat zou het departement van justitie voor taak moeten hebben? (Een staatsrechtelijke vraag en een politieke vraag).
- Handelt het departement van justitie ook overeenkomstig die taak? (Een rechtssociologische vraag).
- Wat zou de taak van een officier van justitie moeten zijn? (Een staatsrechtelijke en een politieke vraag).
- Welke wettelijke bepalingen ten aanzien van de bevoegdheidsverdeling van onze staatsorganen zijn verouderd? (Een politieke vraag).
- Zijn er veranderingen te onderkennen in onze procestraditie? (Een rechtssociologische vraag).
- En dan nog misschien wel de meest klemmende vraag van alle: welke van de voorgaande vragen moet ik mijzelf stellen? (Een rechtsfilosofische vraag).

Dit zijn vragen waarvan men het antwoord niet 'op kan zoeken'. Het vergt diep nadenken en serieuze studie. Een antwoord op die vragen vindt men niet in de studenteneditie wetgeving. Ook niet in de jurisprudentie van de Hoge Raad. Men zal zich tevens moeten oriënteren op teksten die meer dan honderd jaar oud zijn, zoals die van Locke, Montesquieu, Kant en vele anderen. Hercules zal een eigen visie moeten hebben (of anders: ontwikkelen) op de grondslagen van ons staatsbestel. Daarvoor is kennis nodig van de politieke filosofie, de rechtsfilosofie, de politicologie, de rechtssociologie, kortom een heel arsenaal aan hulpwetenschappen die niet als luxe, maar als essentieel voor het juridisch métier moeten worden beschouwd.[50]

2.9 Derde gezichtspunt: de idealen van het recht

Dat brengt ons op een volgende stap in de argumentatie. Zoals we hiervoor hebben gezien, wordt Hercules niet alleen geconfronteerd met feitelijke kwesties, maar ook met normatieve. Hij wordt niet alleen voor de vraag gesteld of het ministerie *feitelijk* slechts als bestrijder van criminaliteit functioneert, maar ook met de vraag hoe een ministerie eigenlijk zou *moeten functioneren.* Hij wordt niet alleen gedwongen in te gaan op wat officieren van justitie over hun eigen rolopvatting te berde brengen, maar hij zal ook zijn positie moeten bepalen over de vraag hoe *hij,* Hercules, denkt over een officier van justitie. Hercules raakt, kortom, verzeild in allerlei normatieve kwesties.

De vraag is dan in het licht waarvan Hercules zijn keuzes maakt. Welke idealen van het recht mogen voor hem beslissend zijn? Dat hij daarbij niet zijn eigen hoogst persoonlijke opvattingen zal mogen volgen, zal duidelijk zijn. Het zou van het recht een grillig geheel maken. Het lijkt geen onterechte inperking van onze zedelijke oordeelsvorming, wanneer we zeggen dat Hercules zich behoort

50 In deze zin ook: Posner, Richard A., 'The Decline of Law as an Autonomous Discipline: 1962-1987', in: *Harvard Law Review,* 100 (1990), pp. 761-780.

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

te concentreren op de idealen van de constitutionele orde waarin hij recht moet spreken. Hij zal moeten onderzoeken welke waarden aan de grondwet en overige wetten die hij moet interpreteren ten grondslag liggen.[51] Eigelijk zijn we één van die waarden al op het spoor gekomen: democratie. Bij de interpretatie van art. 5 RO hebben we ons verdiept in de achtergrond van die bepaling, namelijk het functioneren van de parlementaire democratie, en tegen *die* achtergrond voelden we ons gelegitimeerd de letterlijke tekst (de *koning* mag bevelen geven aan het OM) te laten voor wat die is en daarvoor iets anders (de *minister* mag bevelen geven aan het OM) in de plaats te stellen.

Ook bij de interpretatie van art. 117, lid 1 Gw is de achtergrond van de bepaling aan de orde gekomen. Dat was het ideaal van een onafhankelijke rechterlijke macht. Maar waarom was dat een ideaal? Omdat het in de leer van de trias-politica als zodanig wordt aangeduid. Maar waarom wordt het dan in de leer van de trias-politica als zodanig aangeduid? Wat is de diepere ratio van een onafhankelijke rechterlijke macht? Dat is weer dat overheidsmacht dient te worden beperkt.[52] Dat laatste noemen we in Europa het ideaal van de rechtsstaat en in de Amerikaanse literatuur het ideaal van het constitutionalisme.[53]

Twee van die idealen moeten we dan ook nadrukkelijk naar voren halen als relevant voor Hercules' interpretatieve arbeid: (a) democratie en (b) rechtsstaat.[54] Zij vervullen een sleutelrol in onze constitutionele orde en die van vele andere westerse staten sinds de periode van de Verlichting.[55] Democratie en rechtsstaat zijn de twee grote aspiraties van hedendaagse moderne constitutionele stelsels. Elke rechter, ja elke jurist, zal zich daarvan bewust moeten zijn en zich op de hoogte moeten stellen van de inhoud van die twee ideeën. Zij komen tezamen in het ideaal van de democratische rechtsstaat.

2.10 Democratie als eerste constitutioneel ideaal

Laten we ons eerst buigen over het *eerste* ideaal, democratie. Het ideaal van democratie is als een constitutioneel idee vooröndersteld aan vele bepalingen en clausules op constitutioneel terrein die een rechter moet beoordelen. Eigenlijk kunnen we dat al opmaken uit de interpretaties die we hiervoor hebben gepleegd. Democratie was bijvoorbeeld in het geding bij de interpretatie van art. 5 RO. Toen we ons over de tekst van dat artikel bogen, is al naar voren gekomen dat het tegenwoordig niet meer de *koning* is die opdrachten kan geven aan de officier van justitie, maar dat het de *minister* is. De gedachte daarvan is deze, dat een minister verantwoording verschuldigd is aan het parlement. Een minister die niet langer het vertrouwen heeft van het parlement moet dan ook opstappen. Het gaat hier om de regel van de ministeriële verantwoordelijkheid, die een verwoording heeft gevonden in art. 42, lid 2 van de grondwet. Daar staat: 'De Koning is onschendbaar; de ministers zijn verant-

51 Vgl. daarover Schmitt, Carl, *Verfassungslehre,* Sechste, unveränderte Auflage, Duncker & Humblot, Berlin 1983 (1928), p. 125 e.v. Dat een constitutie alleen kan worden geïnterpreteerd in het licht van de dragende beginselen van die constitutie wordt in Nederland verdedigd door S.W. Couwenberg. Vgl. onder andere: Couwenberg, S.W., *Een nieuwe kijk op staatsrecht en staatsrechtbeoefening,* Kok/Agora, Kampen 1992.

52 Naar mijn idee is ook *niet* het gelijkheidsbeginsel de achtergrond van het ideaal van de onafhankelijke rechterlijke macht, zoals Ter Heide schrijft. Vgl. Heide, J. ter, *De onafhankelijkheid van de rechterlijke macht.* Een functioneel-analytische beschouwing, Agon Elsevier, Amsterdam/Brussel 1970, p. 10.

53 Vgl. Zoethout, C.M., *Constitutionalisme,* Een vergelijkend onderzoek naar het beperken van overheidsmacht door het recht, Gouda Quint, Arnhem 1995.

54 Vgl. over de verhouding: Greenberg, Douglas, & Katz, Stanley N., & Oliviero, Melanie Beth, & Wheately, Steven C., *Constitutionalism and Democracy,* Transitions in the Contemporary World, Oxford University Press, New York/Oxford 1993; Elster, J., and Slagstad, R., eds., *Constitutionalism and Democracy,* Cambridge University Press, Cambridge, New York 1988.

55 Vgl. Kramnick, Isaac, ed., *The Portable Enlightenment Reader,* Edited and with Introduction by Isaac Kramnick, Penguin Books, Harmondsworth 1995, pp. 351-480.

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

woordelijk'. Het is in het licht van die basisregel van de parlementaire democratie dat Hercules zich vrij achtte om waar stond dat de 'koning' bevelen zou mogen geven, te lezen 'de minister'.

Democratie was ook in het geding bij Hercules' beoordeling van de argumenten die voor een onafhankelijk OM worden aangevoerd. In het eerste argument werd centralisatie afgewezen. Maar toen Hercules dit argument beoordeelde, bedacht hij dat een zekere mate van centralisatie nodig is om democratische controle überhaupt mogelijk te maken. Daaruit blijkt dat de beoordeling van centralisatie niet losstaat van een appreciatie van democratie. Op het moment dat men zou zeggen dat democratie eigenlijk geen constitutioneel ideaal is (zoals in alle pre-moderne constitutionele stelsels),[56] komt de afweging van de argumenten in een heel ander licht te staan.

Bij de beoordeling van wat hiervoor is opgevoerd als het tweede argument voor een onafhankelijk OM (het OM moet instrumentalistisch gedrag van het ministerie corrigeren) kwamen we uiteindelijk uit op de vraag welke instantie het meest geëigend zou zijn om corrigerend op te treden ten aanzien van beleid van de minister: is dat het OM of is dat de volksvertegenwoordiging? Staatsrechtgeleerden zijn geneigd te denken dat op deze vraag vanzelfsprekend het antwoord moet luiden: de volksvertegenwoordiging. Maar dat kan hen toch niet ontslaan van de plicht om serieus na te denken over het alternatief dat min of meer voorondersteld is in commentaren van strafrechtsgeleerden. Het is immers ook mogelijk om die vraag te beantwoorden met de invalshoek welke instantie het *meest effectief* een minister zou kunnen corrigeren. Sommigen zeggen dan: dat is het OM. De Kamer is namelijk niet actief ten aanzien van het corrigeren van departementaal beleid op het terrein van strafrechtspleging.[57] De Kamer is bovendien niet competent. In het OM bevindt zich allerlei juridische expertise die juridisch gezien het OM een veel meer geduchte tegenspeler maakt van het departement dan de amateuristisch optredende kamerleden. Het is mogelijk een dergelijke conclusie te honoreren. Velen doen dat ook, vooral strafrechtelijk georiënteerde juristen, merkt Hercules tijdens zijn literatuurstudie. Maar tevens realiseert Hercules zich dat we dan voornamelijk bezig zijn met effectiviteitsmaatstaven en niet met wat principieel verantwoord is vanuit de idealen van rechtsstaat en democratie. Het is ook mogelijk dat – zoals Hercules zich zal realiseren – men rekening houdt met wie de minister *zou moeten* controleren. En dan kan men zeggen: dat is de volksvertegenwoordiging. De reden daarvoor is, opnieuw, dat overheidsbeleid onder controle dient te staan van het volk. Waarom? Omdat dát uiteindelijk het democratisch uitgangspunt is van ons bestel.

2.11 De gevaren van bureaucratische macht als buffer tegenover politieke macht

Nu klinkt dat allemaal nogal categorisch, dogmatisch zelfs. Er wordt iets afgewezen omdat het in strijd zou zijn met de uitgangspunten van het bestel. Het is echter ook mogelijk een meer pragmatische lijn van argumentatie te volgen. Men kan er bijvoorbeeld op wijzen dat de consequenties van een consistent doorgevoerde beperking van ministeriële bevoegdheden volgens louter effectiviteitsmaatstaven twijfelachtige gevolgen zou hebben. Nóg efficiënter dan het breidelen van ministeriële

56 Waarvan de invloed zich overigens nog tot ver in de negentiende eeuw doet gelden. Vgl. bijvoorbeeld: Lippincott, Benjamin Evans, *Victorian Critics of Democracy,* The University of Minesota Press, Minneapolis 1938 en Hirschman, Albert O., *The Rhetoric of Reaction,* Perversity, Futility, Jeopardy, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge (Mass), London 1991.

57 Volgens De Jonge is geen sprake van serieuze parlementaire controle op het OM. Daardoor kan het OM elke criminele politiek bedrijven die het zelf wil. Hij verwacht niet dat daar de komende tijd verandering in zal komen en typeert zijn visie daarom als 'sombere gedachten'. Vgl. zijn bijdrage met een veelzeggende titel: Jonge, G. de, 'Parlement geen partij voor Openbaar Ministerie', in: H.G. van de Bunt, G. de Jonge, H.J. Koops, H.J. Michel, red., *De macht van het O.M.,* Ars Aequi Libri, Nijmegen 1983, pp. 145-154, p. 145. Van Maarseveen schrijft in dezelfde bundel: 'De parlementaire controle op het OM is niet een stelselmatige, maar een incidentele' (p. 180).

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

macht door individuele officieren van justitie is het immers de top van het OM of zelfs ambtenaren op het departement aan te sporen tot tegenstrevende activiteiten.

Het eerste was aan de orde toen een kamerlid de procureurs-generaal uitnodigde hún visie te geven op de bevoegdheidsverhoudingen tussen OM en minister.[58] Dat resulteerde in een zogenaamde 'Paasbrief' van de procureurs-generaal die tevens werd gepubliceerd.[59] Ook de uitnodiging door journalisten aan topambtenaren van het departement van justitie om hun mening te geven over allerlei beleidsontwikkelingen beperkt de macht van een minister. Zo kan men zich voorstellen dat de hoogste ambtenaar op het Openbaar Ministerie, de voorzitter van het College van Procureurs-Generaal, in de media zijn visie naar voren brengt op de verhouding minister/OM. Wanneer die visie wijst op de noodzaak van ministeriële beperking dan maakt dat de positie van de minister zwakker. Maar, opnieuw, dit is allemaal een beperking van ministeriële macht *buiten de Kamer om.* Men controleert een minister door het mobiliseren van de publieke opinie, ja zelfs door het stimuleren van ambtelijke ongehoorzaamheid van ondergeschikten, niet door de minister tegenover de Kamer verantwoording te laten afleggen voor gevoerd beleid. De mate waarin men daarover enthousiast is dan wel men het afwijst, hangt nauw samen met de vraag óf en in hoeverre men de parlementaire democratie het model acht via welke overheidsmacht gecontroleerd zou moeten worden. Ook daarover zal Hercules dus impliciet danwel expliciet een knoop moeten doorhakken.

Dat hier het woord 'parlementaire democratie' valt, is wellicht nog wel een belangrijke precisering. Het is namelijk mogelijk dat de voorstanders van een onafhankelijk OM zich eveneens op een bepaalde democratie-conceptie beroepen, maar dat deze verschilt van de conceptie die doorgaans door staatsrechtgeleerden wordt gekoesterd. Voor staatsrechtgeleerden betekent democratie: controle door de gekozen volksvertegenwoordigers. Het is weliswaar geen volkomen directe democratie, maar wel een democratie-concept dat een directe relatie onderhoudt met de wil van het volk. Het is echter mogelijk dat men daar zijn bedenkingen tegen heeft, omdat men overtuigd is van de noodzaak dat de 'raw popular desire will be buffered, civilized, guided, mediated by professional experts, informed through deliberation'.[60] Dat laatste is een democratie-conceptie die de voorstanders van een onafhankelijk OM lijkt te inspireren. Men koestert een Tocquevilliaanse achterdocht[61] jegens meerderheidsbeslissingen, tegen wat de rechtsgeleerde Struycken 'Kopfzahldemokratie' noemde, en probeert tegenstrevende krachten te organiseren van *professionele experts.* De bureaucratische macht van ambtenaren wordt in deze tweede conceptie van democratie niet gezien als iets verwerpelijks, maar als een heilzame rem op de wil van de licht ontvlambare massa. Dit lijkt bijvoorbeeld de visie te zijn van magistraat L.A.R.J. de Beaufort. De Beaufort schrijft dat dankzij het feit dat de officier van justitie weerstand biedt aan de burgerij de 'rechtsstaat vorm krijgt'.[62] De bureaucratische beperking van politieke macht wordt hier niet getypeerd in termen van democratie, maar in termen van rechts-

58 Kamerlid Jurgens. Vgl. over deze gang van zaken: Jurgens, E., 'De Staten-Generaal en het OM', in: Doelder, H. de, Foqué, R.M.G.E., Gerding, R.A.F., red., *Taak en functioneren van het OM,* Gouda Quint, Arnhem 1994, pp. 267-275; Doelder, H. de, 'Van paasbrief tot herfstweer. Over de begroting van Justitie 1993', in: *Delikt en Delinkwent,* 1992, pp. 911-921.

59 (Procureurs-generaal), *Paasbrief procureurs-generaal,* (21 april 1992), in: *Trema,* 1992, pp. 291-293.

60 Aldus Posner, Richard A., *Overcoming Law,* Harvard University Press, Cambridge (Mass) and London 1995, p. 242.

61 Vgl. Tocqueville, Alexis de, *De la démocratie en Amérique,* I, Gallimard, Parijs 1986, p. 369: 'Il est de l'essence même des gouvernements démocratiques que l'empire de la majorité y soit absolu; car en dehors de la majorité, dans les démocraties, il n'y a rien qui résiste'. Interessant zijn ook de beschouwingen van Friedrich, C.J., *Limited government,* Englewood Cliffs, New Jersey 1974, p. 34.

62 Vgl. De Beaufort, L.A.R.J. de, 'Over het O.M. en de politiek', in: H.G. van de Bunt, G. de Jonge, H.J. Koops, H.J. Michel, red., *De macht van het O.M.,* Ars Aequi Libri, Nijmegen 1983, pp. 155-162, p. 157.

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

staat. De centrale gedachte die hieruit spreekt, is echter belangrijker: aan de wensen van het volk dient een beperking te worden gesteld door het optreden van professionele experts.

Wat moet Hercules hiervan denken? Natuurlijk is de gedachte dat een grens moet worden gesteld aan democratische besluitvorming een essentieel onderdeel van de rechtsstaatsidee. In de moderne vorm gaat het dan echter om 'government of law and not of men'. De 'rule of law' wordt hier gezien als het rechtsstatelijke instrument om de democratie te beteugelen, niet de 'rule of men'. De Beaufort laat echter een oudere, platoonse gedachte herleven, namelijk de aristocratie als beperking van de democratie, een opvatting waarvan men ook Montesquieu als woordvoerder zou kunnen beschouwen.[63]

Hercules staat dus voor niets minder dan de taak ook nog verschillende concepties van democratie en concurrende staatsvormen tegen elkaar af te wegen.

2.12 Rechtsstaat als tweede constitutioneel ideaal

Een *tweede* ideaal van ons constitutioneel bestel is het streven overheidsmacht te onderwerpen aan recht en rechten. Men kan spreken van het ideaal van de *rechtsstaat.* Het ideaal van de rechtsstaat is iets wezenlijk anders dan democratie.[64] *Democratie* vergt dat burgers invloed kunnen doen gelden op het overheidsbeleid. *Rechtsstaat* vergt dat overheidsmacht wordt beperkt door het recht. Weliswaar komt in de hedendaagse maatschappij het recht tot stand als een product van regering en staten-generaal en is dus het instrument waarmee overheidsmacht wordt beperkt een democratisch tot stand gebracht verschijnsel, maar dat maakt rechtsstaat en democratie nog steeds niet identiek. Men kan zich een rechtsstaat voorstellen zonder democratie, evenals een democratie zonder een rechtsstaat. Het ideaal van vele hedendaagse constitutionele rechtsstelsels is overigens om zowel een rechtsstaat alsook een democratie te zijn.

Ook het ideaal van rechtsstaat speelt een rol in de discussie over de taken van het OM. Voorstanders van een onafhankelijk OM verdedigen dat een onafhankelijk OM een essentiële voorwaarde is voor een rechtsstaat. Het standpunt van De Beaufort is daarvan een welsprekend voorbeeld.

Een tweede manier waarop men een relatie kan construeren tussen Hercules' probleem, namelijk de vraag of een minister opdrachten mag geven aan een officier van justitie, en het ideaal van de rechtsstaat, is de volgende. Kenmerkend voor de rechtsstaat is dat overheidsmacht wordt beperkt door het recht. Het *nemo tenetur*-beginsel vormt hoger recht voor de nationale wetgeving, kan men verder stellen. De minister van justitie die een vervolging beveelt die in strijd is met het *nemo tenetur*-beginsel, handelt dus onbevoegd. Hij is niet de 'bevoegde macht' wiens bevelen krachtens art. 5 RO

63 Vgl. Kinneging, A.A.M., 'Montesquieu', in: P.B. Cliteur, A.A.M. Kinneging en G.A. van der List, red., *Filosofen van het klassieke liberalisme,* Kok/Agora, Kampen 1993, pp. 89-113. Men zou de professionele experts van tegenwoordig kunnen vergelijken met de adel tijdens het Ançien Regime. Vgl. Cliteur, P.B., 'De magistratelijke elite van het Openbaar Ministerie', in: *Civis Mundi,* april 1996, pp. 57-64 en Goslinga die schrijft: 'De oude adel, die het nog onverminderd als plicht beschouwt (noblesse oblige) orde en gezag in de natie te stutten, is door de tijden heen een voorname recruteringsbasis voor de magistratuur gebleven. Dat is voor de cultuur in deze kring niet zonder gevolgen gebleven. Het kan niet anders of het elitegevoel, nog eens versterkt door de vereiste onafhankelijkheid, heeft tot een zeer gesloten cultuur van de magistratuur geleid. De democratiseringsgolf in de jaren zestig heeft daar weliswaar bressen in geslagen, maar de commissie-Van Traa heeft dit gesloten huis met zijn negentiende eeuwse trekken nu volledig opengebroken' (Goslinga, Hans, 'Het is geen oude adel', in: *Trouw,* 3 februari 1996).

64 De spanningsverhouding tussen democratie en rechtsstaat (constitutionalisme) wordt in de Nederlandse literatuur niet vaak geaccentueerd, maar wel in de Amerikaanse. Vgl. Hayek, F.A., *The Constitution of Liberty,* Routledge and Kegan Paul, London and Henley 1976 (1960); Corwin, Edward S., *The 'Higher Law' background of American constitutional law,* Great Seal Books, Cornell University Press, Ithaca, New York 1955; Lacorne, Denis, *L'invention de la République,* Le modèle americain, Hachette, Parijs 1991.

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

moeten worden nagevolgd. Een officier van justitie die een minister op dit punt controleert, handhaaft de rechtsstaat tegenover het onrecht van de minister.[65]

Dit is in feite het punt dat we eerder hebben besproken rond art. 120 van de grondwet. De officier van justitie toetst dan de wetgeving aan hoger recht. Weliswaar is aan een rechter verboden om dat te doen aan hoger recht uit de grondwet, maar aan verdragsrecht is het mogelijk. Men zou naar analogie van die rechterlijke bevoegdheid ook een bevoegdheid voor een officier van justitie moeten construeren.

2.13 Vierde en laatste gezichtspunt: de betekenis van Hercules' eigen rolopvatting

Laten we op het punt van het toetsen van wettelijke bepalingen aan hoger recht iets nader ingaan. Tot zover gaan we uit van een rechter die vooronderstelt dat wetgeving een belangrijke factor vormt voor het bepalen van zijn oordeel. Maar laten we er nu eens vanuit gaan dat onze rechter overtuigd is geraakt door de argumenten van de strafrechtsgeleerden voor een onafhankelijk OM. Stel, Hercules is van mening dat art. 5 RO een verwerpelijke bepaling is. Hij is van mening dat art. 117, lid 1 van de grondwet zó moet worden geïnterpreteerd dat daarin niet alleen een onafhankelijkheid voor de rechters, maar ook van de officieren kan worden gelezen. Hij meent dat art. 4 RO aan officieren van justitie een directe opdracht verleent tot rechtshandhaving, een taak die alleen maar naar behoren in onafhankelijkheid kan worden verricht.[66] Verder is onze rechter sterk gekant tegen het instrumentalistisch optreden van het departement, de waanzin van het streven naar centralistische beleidsbepaling en bepleit hij de noodzaak tot het handhaven van onze inquisitoire procestraditie. Hoe moet onze rechter dan optreden? Hoe moet hij zich opstellen tegenover de wetgeving waarin die onafhankelijkheid wordt opgeheven of beperkt, zoals art. 5 RO? Moet hij dan het hoofd buigen? Of moet hij gaan zoeken naar wegen om die wetgeving buiten toepassing te laten?

Het mag geen verbazing wekken dat deze kardinale vraag voor Hercules een aanleiding is tot veel gepeins. Wanneer hij voor het laatste zou kiezen, volgt hij eigenlijk de lijn van officier Drenth. Drenth toetste de meldingsplicht waaraan het parlement zijn goedkeuring had gegeven, aan een beginsel uit het verdragsrecht. Hercules zou hetzelfde kunnen doen. Weliswaar staat het hem niet vrij de op handen zijnde wetgeving te toetsen aan principes uit de *grondwet* (de strafrechtsgeleerden hadden hem art. 5 RO wel eens aan art. 117, lid 1 van de grondwet willen zien toetsen), maar hij zou wel kunnen gaan zoeken naar een bepaling uit het *verdragsrecht* waarin de onafhankelijkheid van de rechterlijke macht wordt gewaarborgd. Dat kan niet moeilijk zijn. Art. 6, lid 1 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens en de Fundamentele Vrijheden waarborgt het recht van een verdachte op een 'fair trial and public hearing (...) by an independant and impartial tribunal established by law'. Dit artikel is in zekere zin het pendant in het verdragsrecht van art. 117, lid 1 van de grondwet. Wanneer Hercules er nu vervolgens vanuit zou gaan dat de officier van justitie naar analogie van de rechter eveneens onafhankelijk zou moeten optreden, dan zou hij kunnen proberen om

65 Vgl. over de discussies over dit punt: Hingst, S.J., 'Regterlijke organisatie', in: *Nieuwe bijdragen voor regtsgeleerdheid en wetgeving,* verzameld en uitgegeven door B.J.L. de Geer en Van Boneval Faure, 20e deel, Johannes Müller, Amsterdam 1870.

66 Als een van de eerste pleidooien in deze zin: Blok, A.J., *Positie en taak van het openbaar ministerie,* Oratie Leiden, E.J. Brill, Leiden 1908. Daarna talloze keren herhaald.

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

elke bepaling waarin die onafhankelijkheid van het OM wordt aangetast (bijvoorbeeld art. 5 RO) te toetsen aan art. 6 van het EVRM.[67]

Maar *wil* Hercules de Rubicon over? Misschien is deze laatste keuze nog wel de belangrijkste die zich aan hem opdringt. Hij moet zijn eigen rolopvatting definiëren. Wat voor rechter wil hij zijn? Wil hij zich oriënteren op het beeld van grote rechters als Coke[68] en John Marshall[69] die zich beiden opwierpen als de hoogste interpreten van het recht, wier gezag voor niemand zou behoeven te buigen, ook niet voor dat van de wetgever? Of wil hij zich oriënteren op een minder ambitieus voorbeeld; op de rechter die weet dat het uiteindelijk de *wetgever* is die het laatste woord heeft, een woord dat door de rechter gerespecteerd moet worden, ook al zal dat laatste met grote tegenzin gepaard gaan?

In het hiervoorgaande is stilzwijgend uitgegaan van het feit dat een rechter begint met het interpreteren van de wet, maar dat hij dat niet naar behoren kan doen, wanneer hij zich niet verdiept in de meningen van rechtsgeleerde schrijvers en in de idealen die aan de wet ten grondslag liggen. We zijn onze overwegingen van Hercules immers begonnen met art. 5 RO en art. 117, lid 1 Gw. Pas daarna zijn we overgegaan tot een reflexie op de meningen van rechtsgeleerde schrijvers en in laatste instantie hebben we pas gegraven naar de fundamenten van ons constitutioneel bestel (democratie en rechtsstaat). Nu staat Hercules echter voor de belangrijke keuze waar hij het primaat wil leggen. Legt hij dat bij de wet? Of legt hij dat bij de grote beginselen die aan het recht ten grondslag liggen?

Kiest hij voor het laatste dan zou hij misschien de plicht hebben om een dwalende minister en intellectueel dolende kamerleden opnieuw op te voeden in de grondslagen van het staatsbestel die zij hebben miskend. Hij kiest daarmee tevens voor de heroïsche rol die zijn naam eer aandoet. Het is weliswaar nog niet de rol van Antigone die de statelijke wetgever corrigeert, omdat diens oordeel in strijd wordt geacht met het natuurrecht (zoals nog zal worden uiteengezet in hoofdstuk vijf), maar het is wel de rol van Coke die James I voorhoudt dat ook de koning is onderworpen aan het recht en dat alleen de rechter weet wat dat recht van ons eist. Dworkin zou misschien zeggen: terecht.[70] De rechter is tenslotte een Hercules. Maar de Griekse mythologie levert ons ook voorbeelden van figuren die door overmoed ten val kwamen, zoals Icarus.

Laten we voor deze laatste keuze die Hercules moet maken, nog twee pleitbezorgers van de verschillende standpunten laten optreden. De eerste is de reeds genoemde Ronald Dworkin, de tweede benadering is die van de Amerikaanse rechter Antonin Scalia.

2.14 De opvatting van Dworkin over interpretatie: 'the moral reading of the constitution'

Dworkin schrijft over de Amerikaanse constitutie. Maar wat hij daarover te berde brengt, kan men mutatis mutandis ook op de Europese verhoudingen van toepassing verklaren. Dworkin bepleit een

67 Dat de officier van justitie onder het beslag zou vallen van art. 6 EVRM wordt betoogd door: Meijers, L.C.M., 'Het Openbaar Ministerie, onpartijdig procesdeelnemer', in: *Handelingen van de rechtsorde,* (A. Mulder bundel), 1988, p. 143.

68 Vgl. Posner, Richard A., *The Problems of Jurisprudence,* Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, London, England 1990, p. 9 e.v.; Cliteur, P.B., 'Inleiding: drie fasen in de ontwikkeling en institutionalisering van mensenrechten' (samen met A. Deelder en M.R. Rutgers), in: P.B. Cliteur, A. Deelder, M.R. Rutgers (red.), *Mensenrechten,* Gouda Quint, Arnhem 1992, pp. 1-26; Grey, Thomas C., 'Advice for "Judge and Company"', in: *The New York Review of Books,* March 12 1987, pp. 32-35.

69 Vgl. Herwijnen, H.F. van, 'John Marshall en de eenwording van de Verenigde Staten', in: *Tijdschrift voor Bestuurswetenschappen en Publiekrecht,* okt./nov 1992, pp. 760-771; Cliteur, P.B., 'De Federalist Papers', in: P.B. Cliteur, A.A.M. Kinneging en G.A. van der List, red., *Filosofen van het klassieke liberalisme,* Kok/Agora, Kampen 1993, pp. 113-135.

70 Vgl. voor Dworkin's verdediging van het Amerikaanse bestel, want daarom gaat het tenslotte: Dworkin, Ronald, *A Bill of Rights for Britain,* Chatto & Windus, London 1990.

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

'moral reading of the constitution'.[71] In de morele lezing van de constitutie, zo schrijft Dworkin, gaat men ervan uit dat wij allen, zowel rechters, juristen alsook burgers, de abstracte clausuleringen van de grondwet interpreteren met als uitgangspunt dat deze bepaalde morele principes uitdrukken over wat politiek gewenst en rechtvaardig is. Dworkin geeft het voorbeeld van het eerste amendement uit de Amerikaanse constitutie (freedom of speech). Hierin wordt een moreel beginsel verwoord, het beginsel namelijk dat het verkeerd is voor de overheid om te willen controleren wat burgers zeggen of willen publiceren. Wanneer zich dan ook de vraag voordoet of we bijvoorbeeld pornografie mogen verbieden dan doet zich een interpretatiekwestie voor hoe we het morele beginsel dat in het eerste amendement is verwoord, moeten opvatten. Een morele lezing van de constitutie, aldus Dworkin, 'brings political morality into the heart of constitutional law'. Deze benadering geeft overigens aanleiding tot allerlei misverstand.

Zo schrijft hij dat sommige stromingen in het denken over recht (de in het vorige hoofdstuk beschreven 'American realists' en vertegenwoordigers van de 'Critical Legal Studies') eveneens hebben gewezen op de betekenis van politiek voor het recht. Dat was dan echter altijd om een skeptische reden, namelijk om te suggereren dat er niet zoiets als een objectieve waarheid of geldigheid zou kunnen bestaan. Dworkin ontkent dat. Moraal en politiek hebben voor hem niets met relativisme of skepticisme te maken.

Een tweede misverstand dat opgeld doet ten aanzien van die morele lezing van de constitutie, is dat in het bijzonder linkse wetenschappers zich hiervoor zouden beijveren. Volgens Dworkin is dat onjuist. De morele lezing is op zichzelf noch een liberale, noch een conservatieve strategie.

Een derde misverstand is dat deze morele lezing iets bijzonders zou zijn, iets waar juristen in hun alledaagse praktijk niet mee te maken zouden hebben. Ook dat is onjuist. Voor de morele lezing geldt: rechters en juristen doen het allemaal en bovendien, zij doen het elke dag dat zij met juridische problemen te maken hebben. De morele lezing van het recht is dus een veel meer alledaagse activiteit dan men doet voorkomen.

Dworkin signaleert op dit punt een merkwaardige hypocrisie. Dat heeft daarmee te maken dat men bijna nooit *erkend vindt* dat de morele lezing van de wet wordt gepraktiseerd. Zelfs onder constitutionele theoretici wordt het niet onderkend. Rechters doen graag voorkomen dat zij zich niet met de morele lezing inlaten.

Wat willen de meeste juristen ons laten geloven? Het is dat zij zich baseren op de tekst van een bepaald document. Die schijnvertoning vinden we bijvoorbeeld bij de benoemingen van rechters in het Supreme Court. Geen enkele kandidaat voor het Supreme Court kan het zich veroorloven eerlijk uit te spreken dat hij zich laat leiden door de morele lezing van de constitutie. 'Any endorsement of the moral reading (...) would be suicidal for the nominee and embarrassing for his questioners'.

Het is van groot belang dat we duidelijk stipuleren wat Dworkin verstaat onder die morele lezing. We hebben hiervoor al gezien dat 'moreel' voor hem niet willekeurig, relatief of subjectief betekent. Zo mag een rechter een clausule van de constitutie niet lezen als 'expressing any particular moral judgment', ook niet wanneer hij het zelf niet eens is met dat morele oordeel. Het morele principe dat een rechter in de constitutie leest, moet consistent zijn met de 'structural design of the constitution as a whole, and also with dominant lines of past constitutional interpretation by judges'.

Terug naar onze rechter. Hercules zou deze wijze van werken in verband kunnen brengen met zijn eigen activiteiten. Wat Dworkin schrijft klinkt redelijk. Wanneer Hercules op zoek gaat naar de dragende beginselen achter de artikelen uit de wet die hij moet interpreteren, kan hij daarin niet zomaar elk willekeurig beginsel projecteren, maar heeft hij zich te oriënteren op de morele beginselen die in deze constitutionele orde als dragend worden gezien. Ook wanneer Hercules zelf – in navolging van Nietzsche of een van zijn hedendaagse volgelingen – een overtuigd anti-democraat mocht zijn, mag

71 Dworkin, Ronald, 'The Moral Reading of the Constitution', in: *The New York Review of Books,* March 21, 1996, pp. 46-50.

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

hij bijvoorbeeld niet de artikelen die hij moet interpreteren gaan relateren aan de constitutionele principes van het Ançien Regime, of die van een andere pre-moderne en pre-democratische constitutionele orde.

Ook lijkt Dworkin erop te wijzen dat wetsartikelen in het kader van het *gehele* rechtssysteem moeten worden geplaatst. Het gaat om de 'constitution as a whole'.

Wat bij Hercules alleen nog niet aan de orde is geweest, is dat een beslissing ook moet aansluiten bij voorgaande beslissingen van rechters. Dat is alleen in zijn geval niet zo eenvoudig, want het vraagstuk dat aan Hercules is voorgelegd is in die zin uniek dat het niet eerder *sub judice* is geweest. Voor het overige lijkt echter de benadering die door Hercules is gevoerd sterk op de door Dworkin getypeerde morele lezing van de constitutie. Toch is deze benadering niet omstreden, zoals aan Hercules bekend wordt wanneer hij zich verder verdiept in de literatuur.

2.15 De opvatting van Scalia over interpretatie: 'Originalism'

Het perspectief van Dworkin verschilt sterk van een andere visie op de taak van de rechter,[72] zoals onder andere voorgestaan door Antonin Scalia, rechter in het Supreme Court van de Verenigde Staten.[73] Volgens Scalia bestaat er een neiging de rol van rechters veel te veel op te blazen. We moeten ons goed realiseren dat rechters geen politieke filosofen zijn, zegt Scalia. Hij citeert met instemming een uitspraak van een collega: 'We must never forget that the court is nothing but a committee of lawyers'.[74] En met 'juristen' wordt dan niet bedoeld de interdisciplinair geschoolde theoretici die Dworkin voor ogen heeft, maar 'gewone juristen'. Scalia haalt John Marshall aan, de rechter uit het Supreme Court die het arrest wees waarop het toetsingsrecht gebaseerd is en dus het recht van rechters om wetgeving die in strijd is met de constitutie buiten toepassing te laten. Marshall had een zeer prozaïsche opvatting van het rechtersambt.[75] Hij zei dat rechters gewoon schijnbaar onverenigbare teksten met elkaar moesten verzoenen en dat wanneer die teksten echt onverenigbaar bleken, hij zou moeten kiezen welk van die teksten de belangrijkste is. 'How strange to contend that a power we possess because we are law-yers should be exercised as though we are political philosophers'. Zelfs diegenen die in het Supreme Court zitten, schrijft Scalia, zijn geen Alexanders die aan de voeten van Aristoteles hebben gezeten.

De teneur is duidelijk. Scalia ziet de rechter niet als 'Hercules' en hij meent ook dat wanneer de rechter zich deze rol aanmeet hij hard kan vallen. De rechter als Icarus.

Hij vreest dat wanneer rechters zich oriënteren op het schijnbaar verheven ideaal om politiek filosoof te zijn, rechtspraak zal verworden tot de voortzetting van de politiek met andere middelen. Wordt eenmaal die weg ingeslagen dan zullen ook de benoemingen voor rechterlijke functies steeds meer politieke controverse opleveren.[76] Rechters worden dan van tevoren uitvoerig uitgehoord over

72 Dworkin's opstel over de morele lezing van de constitutie keert zich ook expliciet tegen Scalia.

73 Vgl. Scalia, Antonin, 'Modernity and the Constitution', in: Smith, E., ed., *Constituional Justice under Old Constitutions,* Kluwer Law International, The Hague, London, Boston 1995, pp. 313-318. Soortgelijke opvattingen vindt men bij: Rehnquist, William H., 'The Notion of a Living Constitution', in: *Texas Law Review,* 54 (1976), pp. 693-706; Berger, Raoul, *Government by Judiciary,* The Transformation of the Fourteenth Amendment, Harvard University Press, Cambridge, Mass., London, England 1977; Kay, Richard, 'Adherence to the Original Intentions in Constitutioal Adjudication: Three Objections and Responses', in: *Northwestern University Law Review,* 82 (1988), pp. 226-292; Bork, Robert H., *The Tempting of America,* The Political Seduction of the Law, Sinclair-Stevenson, London 1990.

74 Het is een uitspraak van Lino Graglia. Vgl. Graglia, Lino A., '"Interpreting" the Constitution: Posner on Bork', in: *Stanford Law Review,* 44 (1992), pp. 1019-1050.

75 Hoe anders gedacht wordt over Marshall kan men overigens lezen bij: Rodell, Fred, *Nine Men.* A Political History of the Supreme Court from 1790 to 1955, Random House, New York 1955.

76 Vgl. voor een beschrijving van de perikelen rond twee omstreden benoemingen in het Hooggerechtshof: Bronner, Ethan, *Battle for Justice.* How the Bork Nomination Shook America, Anchor Books, New York etc. 1989; Mayer, Jane, & Abrahamson, Jill, *Strange Justice.* The Selling of Clarence Thomas, Penguin Books USA, New York 1995.

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

hun opvattingen over deze of gene casus en wanneer de antwoorden niet bevredigen, worden zij niet benoemd. Dat is een hoge prijs, neemt Scalia, een *te* hoge prijs. Hij bepleit daarom een oriëntatie op de wil van de makers van de constitutie. Men spreekt wel van 'originalism', omdat men teruggaat naar de oorsprong van de constitutie.

Wat moet Hercules hier van vinden? Eén ding valt op. Scalia verzuimt te vertellen wat hij verstaat onder 'juristen' en eveneens laat hij na uiteen te zetten wat hij verstaat onder 'politieke filosofen'. De kern van de boodschap van Dworkin is dat ieder die zich orinteert op het interpretatieproces van rechters zich zal realiseren dat de jurist de politieke filosoof in hem zelf nooit het zwijgen op *kan* leggen.

2.16 De opvatting van Posner over interpretatie: Van boven naar beneden en van beneden naar boven

Hoe dat ook zij, Hercules zal zich realiseren dat hij hier geconfronteerd wordt met twee geheel verschillende opvattingen over wat een rechter zou moeten zijn. De rechter en rechtsfilosoof Richard Posner heeft de verschillende manieren van juridisch redeneren die door Dworkin en Scalia worden aangeprezen getypeerd als 'Legal Reasoning from the Top Down and from the Bottom Up'.[77]

Bij het 'van boven naar beneden'-redeneren begint een rechter of een andere interpreet van juridisch materiaal met een *theorie.* Hij gebruikt vervolgens die theorie om het materiaal dat voorligt te organiseren, kritiseren, accepteren of verwerpen – dat alles overeenkomstig de theorie die zijn uitgangspunt vormt. Heel anders verloopt het van 'beneden naar boven'-redeneren. Hier begint men met de *tekst* van een wettelijke bepaling en probeert men vervolgens vandaar door redeneren naar analogie andere vragen te beantwoorden. Van belang is dat men dicht bij de tekst blijft. 'One doesn't move far', schrijft Posner ter typering van de attitude van de aanhanger van het 'van beneden naar boven'-redeneren.[78]

Hij wijst erop dat het klassieke model voor juristen altijd het 'van beneden naar boven'-redeneren is geweest. Dat was althans altijd het ideaal. Posner lijkt zelf overtuigd van de beperkingen van het 'van beneden naar boven'-redeneren. We beginnen nooit met een verzameling casus of wetten. 'To read a case, to read a statue, a rule, or a constitutional clause presupposes a vast linguistic, cultural, and conceptual apparatus'.[79] Hij wijst erop dat veel van de rechten die wij nu erkennen geen basis vinden in een letterlijke tekst van de constitutie.

We hebben gezien dat dit min of meer overeenstemt met de opvatting die in het eerste hoofdstuk van dit boek verdedigd is en het lijkt waarschijnlijk dat ook Hercules tot dat resultaat komt. Hercules is immers 'van beneden' begonnen met art. 5 RO. Vandaar kwam hij terecht bij art. 117, lid Gw. Marshall (en met hem Scalia) mag gelijk hebben dat rechters niets anders behoeven te doen dan schijnbaar onverenigbare teksten met elkaar verenigen of wanneer zij niet verenigbaar blijken, te bepalen welke het primaat moet hebben. Maar die zo schijnbaar prozaïsche taak bleek 'a hell of a job'. Hercules mocht zich dan een eenvoudig infanterist voelen, maar hij werd door de omstandigheden van de zaak-Kadijk die een zaak-Drenth werd gedwongen een Alexander te spelen die bij Aristoteles in de leer moest. Hij werd geconfronteerd met een wirwar van meningen over de wijze waarop onze staatsinstellingen zich tot elkaar verhouden en in die wirwar van meningen kon hij alleen maar enige

77 Chapter 5 in Posner, Richard A., *Overcoming Law,* Harvard University Press, Cambridge (Mass) and London 1995.

78 Als klassiek voorbeeld van de laatste benadering wijst Posner op: Levi, Edward H., *An Introduction to Legal Reasoning,* The University of Chicago Press, Chicago & London 1949.

79 Posner, *O.c.,* p. 174.

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

structuur zien door ze te plaatsen tegen de achtergrond van de idealen van onze constitutionele orde.

Toen hij daarmee bezig was, ging hij zich geleidelijk aan ook bezighouden met een reflexie op zijn eigen activiteit en hij realiseerde zich dat hij als rechter zeer verschillende rollen kon spelen.

Van een universitaire opleiding in de rechtswetenschap mag men verwachten dat het toekomstige juristen bewust maakt van de vele vragen waarmee een jurist geconfronteerd wordt. Dat geldt niet alleen voor de rechter, maar voor ieder die zich met het recht bezighoudt, of het daarbij nu gaat om een wetgevingsambtenaar, een advocaat[80] of een officier van justitie. Misschien is een vleugje van de bescheidenheid van Scalia[81] wel gerechtvaardigd, maar het mag ons nooit ertoe brengen te denken dat juristen het met alleen kennis van de wet kunnen doen. Dat leidt tot wat een andere rechter uit het Supreme Court, Oliver Wendell Holmes, noemde de 'black letter man'.[82] Het is iemand die het recht verwart met de inkt waarmee het is opgetekend. Dit is onbevredigend. Wie het recht goed wil begrijpen zal het moeten plaatsen in de bredere context waarin het functioneert. Dat is natuurlijk voor een rechtsgeleerde van grote betekenis. Dat hebben we al gezien in het vorige hoofdstuk toen we ons bezighielden met de rechtswetenschap. Maar het is ook van grote betekenis voor de rechtspraktijk. Rechtsfilosofie is niet alleen nuttig, het is onontbeerlijk.

80 Vgl. Glendon, Mary Ann, *A Nation under Lawyers.* How the Crisis in the Legal Profession is transforming Amercian Society, Farrar, Strauss and Giroux, New York 1994.

81 Of zijn illustere voorgangers, zoals Black, Hugo LaFayette, *A Constitutional Faith,* Alfred Knopf, New York 1969. Vgl. voor een kritiek op deze benadering: Levinson, Sanford, *Constitutional Faith,* Princeton University Press, Princeton 1988.

82 Vgl. over dit concept: Simmonds, N.E., *The Decline of Juridical Reason,* Doctrine and Theory in the Legal Order, Manchester University Press, Manchester 1984.

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

3 Mogen wij andere culturen beoordelen met onze normen?

In 1999 sprak een groep Britse moslims, de Al-Muhajiroun (de emigranten), het doodvonnis uit over de Amerikaanse toneelschrijver Terrence McNally. McNally had een toneelstuk geschreven, *Corpus Christi,* waarin Jezus Christus als homosexueel wordt voorgesteld.[1] De leider van de moslimgroep, sjeik Omar Bakri Muhammad, achtte het stuk van McNally godslasterlijk. Ook voor moslims is dat een probleem, want zij zien Jezus als een boodschapper van God. Het doodvonnis (fatwa) betekent dat McNally zou moeten worden aangehouden en terechtgesteld zodra hij naar een islamitisch land reist.

De zaak was aan het rollen gekomen door de opvoering van het toneelstuk in een theater in Noord-Londen. Aanhangers van de Al-Muhajiroun deelden buiten exemplaren van de fatwa uit. Met name hun leider, Sjeik Bakri, deed van zich horen. Sjeik Bakri is een Syrische geestelijke die sinds 1982 op een staatsuitkering met zijn gezin in Engeland leeft. Bakri meent dat *hij* doet wat eigenlijk de Church of England had moeten doen. De eer van de maagd Maria en die Jezus worden verwaarloosd. Het is blasfemie dat de kerk niet in actie komt tegen McNally.

De sjeik heeft ook verder niet veel op met de Britse samenleving. Hij zou liever zien dat de 'zwarte vlag van de islam boven Downing Street wappert'. Tevens verklaarde hij de Britse samenleving decadent te achten: 'de maatschappij is hier vol corruptie, verkrachting, moord, verloedering van morele waarden, homoseksualiteit, lesbiennes en seks (...) De mensen hebben de islam nodig'. Tegen geweld om dit doel te bereiken heeft Bakri niets: 'We geloven in geweld; we denken dat het gezond is'.[2]

Deze berichtgeving over de fatwa over McNally is van belang, omdat het ons confronteert met een wereld die kleiner is geworden. Wat eens ver weg was, is tegenwoordig dicht bij. En met 'dicht bij' bedoelen we dan niet alleen dat de praktische problemen zich direct aan ons voordoen, maar eveneens de morele afwegingen die daarmee samenhangen. De moderne transportmiddelen, het vrij verkeer van personen en andere factoren hebben ertoe bijgegedragen dat bizarre folklore soms heel dicht bij kan komen. Het toneelstuk *Corpus Christi* werd geschreven door een *Amerikaan.* Het werd niet opgevoerd in Jemen, Syrië of een ander land dat zich onder de islamitische invloedssfeer bevindt, maar in Engeland. Het delict 'godslastering' dat in de westerse geschiedenis zo'n desastreuze ontwikkeling heeft gespeeld in het brandmerken (letterlijk en figuurlijk) van dissidenten, ketters, atheïsten en anderen die zich probeerden te onttrekken aan het orthodox geloof,[3] lijkt weer 'terug van weggeweest'.

Een bekende houding die men ten aanzien van praktijken waarmee men het niet eens is of die men zelfs als weerzinwekkend zou kunnen typeren, is die van de verlichte liberaal: leven en laten leven. Niet iedereen heeft dezelfde conceptie van het goede leven, maar daarin moeten we elkaar zoveel mogelijk vrijlaten. Wie zijn *wij* dat we over een ander een afwijzend oordeel mogen uitspreken?

Wie de liberale traditie niet het meest voor de hand liggend referentiekader acht, kan ook aansluiting zoeken bij uitspraken van religieuze leiders die hebben aangedrongen op matiging en tolerantie: 'Wie uwer zonder zonden is werpe de eerste steen'.[4]

Op het eerste gezicht lijkt dit ook wijsheid. Hebben *wij* het zo goed gedaan? De westerse cultuur in de twintigste eeuw heeft het grootste aantal massamoorden op zijn geweten.[5] Als men dit nog 'een

1 'Jezus als homosexueel. Britse moslims veroordelen toneelschrijver', in: *NRC Handelsblad,* 1 november 1999.

2 Meer informatie over Sjeik Omar Bakri Muhammad en zijn ideeën vindt men op zijn eigen website: http://www.obm.clara.net/Pages/OBMHistory/biography.html

3 Vgl. hierover het klassieke boek van: Robertson, J.M., *A Short History of Freethought.* Ancient and Modern, Russell & Russell, New York 1957.

4 Joh. 8: 8.

5 Vgl. Glover, Jonathan, *Humanity.* A Moral History of the Twentieth Century, Jonathan Cape, London 1999.

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

eeuw van beschaving' zou willen noemen dan is die beschaving in ieder geval bezoedeld door een aantal zwarte bladzijden die niemand kan veronachtzamen (Hitler, Stalin).

Anderzijds kan men misschien zeggen dat westerlingen juist door die ontsporingen hebben geleerd wat vermeden moet worden. De Universele Verklaring van de Rechten van de Mens zou nooit zijn geformuleerd zonder de verschrikkingen van het nazi-bewind.[6] Zou men daarom niet met hetzelfde recht kunnen stellen dat juist in de westerse cultuur een sensibiliteit voor het onrecht is gegroeid die van waarde kan zijn voor andere culturen?

Ik schort de beantwoording van deze vraag nog even op tot na het tweede verhaal.

3.1 Vrouwenbesnijdenis in Nederland

Op 2 november 1999 pleitte D66 in de Tweede Kamer naar een onderzoek over de omvang van vrouwenbesnijdenis in Nederland. Vrouwenbesnijdenis is een ritueel dat in Noord-Afrikaanse landen voorkomt.[7] Men kan verschillende vormen onderscheiden. Een van de meest vergaande is dat de clitoris en vaak ook de schaamlippen worden weggesneden, waarna de vagina gedeeltelijk wordt dichtgenaaid.[8] Kamerlid Dittrich (D66) was geschokt door een radio-uitzending van de KRO waaruit bleek dat vrouwenbesnijdenispraktijken ook in Nederland plaatsvinden. Een Somalische vrouw, Naïma Abdi Dahir, zei tijdens de uitzending veel verhalen te kennen van meisjes die in Nederland het slachtoffer zijn geworden van een besnijdenis. Het ritueel wordt gewoon thuis, op de keukentafel, uitgevoerd; dat alles zonder verdoving en onder het toeziend oog van vier of vijf vrouwen.

Een woordvoerder van de Somalische stichting Walaleeje, A. Mahamoud, bevestigt het verhaal dat Naïma Dahir voor de KRO vertelde. 'Om te voorkomen dat de besnijdenis aan het licht komt, wordt de ingreep dikwijls in de zomervakantie van de kinderen verricht'. Mahamoud meent dat in Nederland een groep van ongeveer tienduizend vrouwen het gevaar loopt besneden te worden. Meisjes van nauwelijks acht jaar worden op last van hun familie verminkt. Nederlanders reageren naar haar idee te lankmoedig op dit gebruik. Nederlanders zijn vaak bang gebruiken uit een andere cultuur ter discussie te stellen. 'Uit "respect" doen artsen en welzijnswerkers daarom geen aangifte als ze met een slachtoffer van besnijdenis geconfronteerd worden. Dat moet anders, want zolang iedereen uit "respect" zwijgend dit soort praktijken laat passeren, verandert er niets'. Binnen de Verenigde Naties zou Nederland overigens wel een voortrekkersrol vervullen bij het aan de kaak stellen van deze mensonterende praktijken.

Verschillende ministers, zoals die betrokken bij volksgezondheid, grote steden beleid en binnenlandse zaken beloofden aan de Kamer met een antwoord te komen op de gestelde vragen over de besnijdenispraktijken.

Het is een prangend probleem. Zouden we niet uit respect voor de cultuur van anderen ons oordeel moeten opschorten? Het zijn geen Nederlandse vrouwen die besneden worden – het zijn Somalische vrouwen. En het gebeurt *door* Somalische vrouwen. Het enige dat deze praktijk voor ons relevant lijkt te maken, is dat het binnen de Nederlandse landsgrenzen gebeurt. Dat is voor een jurist misschien belangrijk. Maar hoe belangrijk is dat voor een Somaliër? 'Mijn lichaam woont hier,

6 Dit is de paradox waarop men reeds in de christelijke traditie gewezen heeft: *O Felix culpa, quae talem ac tantum meruit habere Redemptorem*: 'O gelukkige schuld, die zulk een grote Verlosser verdiend heeft!' (uit een homilie van Augustinus, ten dele in de paaszang *Exsultet, jam Angelica turba*). Schuld, jazeker, maar toch gelukkige schuld, immers zonder die schuld geen verlosser. Dan ligt het voor de hand de schuldige zijn schuld niet zwaar aan te rekenen, ja deze zelfs als onontbeerlijk te beschouwen.

7 Doesum, Yvonne van, 'D66 eist harde aanpak besnijdenis meisjes', in: *Metro,* 3 november 1999.

8 Vgl. de discussie in: Tamir, Yael, 'Hands Off Clitoridectomy', in: *Boston Review,* October/November 1996, met reacties van: Martha Nussbaum, Jessica Neuwirth en anderen.

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

maar mijn hart is in mijn vaderland', aldus parafraseert Abdullah Mahmoud de houding van veel Somaliërs in Nederland.[9]

Hebben de artsen en sociaal werkers die geen aangifte doen dan niet gelijk? Moeten we deze voor ons vreemde gewoonten niet gewoon erkennen? Zolang zij zich niet met onze waarden bemoeien, waarom zouden autochtone Nederlanders zich dan met de waarden van Somaliërs bemoeien? Als we de tijd-ruimtelijke grenzen niet overschrijden om door middel van humanitaire interventie naar Somalië af te reizen en daar orde op zaken stellen, waarom zouden we dan wel de culturele grenzen overschrijden om in het cultureel Somalië in Nederland te interveniëren?

De hier getypeerde houding noemt men 'cultuurrelativisme'. De cultuurrelativist gaat uit van culturele verscheidenheid. Dat is voor hem niet alleen een *feit,* maar ook een *norm.* Het geeft derhalve geen pas 'hen' met 'onze' normen de maat te nemen. Het idee dat er een de cultuur overschrijdende maatstaf zou bestaan waarmee we andere culturen kunnen beoordelen acht de cultuurrelativist een illusie.

Laten we nu proberen te beoordelen hoe sterk de cultuurrelativisten staan. Het behoeft nauwelijks betoog dat dit een belangrijke vraag is. Immers wanneer het cultuurrelativisme gelijk heeft dan kunnen we praktijken als die van vrouwenbesnijdenis niet veroordelen. Of liever: we zouden die moeten beoordelen in het licht van de waarden en normen die gelden binnen de cultuur waarbinnen vrouwenbesnijdenis voorkomt.

Alvorens we het cultuurrelativisme gaan beoordelen is het echter eerst nodig dat we helder voor de geest krijgen waar het voor staat. Het cultuurrelativisme is als mentaliteit tegenwoordig wijd verbreid. De cultuurhistorische wortels daarvan liggen echter diep in de westerse geschiedenis. We zullen nu proberen de cultuurrelativistische mentaliteit (of houding) te reconstrueren op basis van enkele elementen die door grote denkers zijn aangedragen en die tegenwoordig een *gesunkenes Kulturgut* zijn geworden, te beginnen met Herodotus.

3.2 De opstap voor cultuurrelativisme: Herodotus' constatering dat gewoonte de koning over allen is

Een opstapje voor het cultuurrelativisme vinden we in het werk van de eerste Griekse geschiedschrijver: Herodotus (485-430 v.o.j.).[10] Het is ook niet verbazingwekkend dat we vooral cultuurrelativistische elementen aantreffen bij cultureel-anthropologen en bij historici, immers dit zijn de wetenschappers die culturele variëteit beschrijven in het perspectief van tijd en plaats. Als men iemand zou laten kiezen uit alle zeden en gewoonten die worden gepraktiseerd over de wereld, dan zouden ze bijna allemaal de eigen zeden en gewoonten kiezen. Zó overtuigd zijn de mensen dat de eigen gewoonten aan die van anderen superieur zijn, schrijft Herodotus.

Darius riep eens Grieken en Kallathianen (een Indiaas volk) bij zich. Hij vroeg aan de Grieken: 'Wat moet ik jullie betalen opdat jullie de lichamen van jullie overleden vaders zullen opeten?'. Daarop luidde het antwoord dat zij dat nooit zouden doen. Toen stelde Darius een vraag aan de Kallathianen (die nu juist gewoon waren de lichamen van overledenen op te eten): 'Wat moet ik jullie betalen opdat jullie de lichamen van jullie overleden familieleden zouden *verbranden?'* De Kallathianen waren geschokt: zoiets zou men nooit doen! Herodotus concludeert dat deze anekdote bewijst dat Pindarus gelijk heeft: 'Gewoonte is de koning over allen'.

De verhouding tussen gewoonte en natuur, tussen wat door mensen is gemaakt en wat van nature bestaat, is een centrale rol gaan spelen in de Griekse ethiek. Herodotus levert hiervoor een belangrijk

9 Mahmoud, Abdullah, 'Besnijdenis van vrouwen uitroeien', in: *Trouw,* 5 november 1999.

10 Vgl. Herodotus, *The Histories,* Penguin, Harmondsworth 1986 (1954), p. 220. Ook opgenomen in: Pojman, Louis, ed., *Moral Philosophy: A Reader,* Second Edition, Hackett Publishing Company, Inc., Indianapolis/Cambridge 1998 (1993), p. 20.

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

aanknopingspunt. Zijn uitspraak dat gewoonte de vader van ons allen is zou men echter een 'opstap voor cultuurrelativisme' of een 'basis voor cultuurrelativisme' kunnen noemen en nog geen cultuurrelativisme in volle zin. Wie zegt dat gewoonte *van invloed* is op moraal of gewoonte zelfs *dominant over* moraal, stelt zich op psychologisch of sociologisch standpunt. Relativisme en ook cultuurrelativisme is echter een ethisch standpunt. Aan de feitelijke constatering van een veelheid van culturen, zeden en gewoonten en de invloed daarvan zal derhalve nog een morele 'bovenbouw' moeten worden toegevoegd.

Deze werd verschaft door de Sofisten. De Sofisten, een groep rondtrekkende wijsheidsleraren,[11] wier opvattingen besproken (en bestreden) worden in de dialogen van Plato, waren gepreoccupeerd met het idee dat wetten en gewoonten een belangrijke plaats innemen in het menselijke leven. Zij contrasteerden de wet (en conventie) met de *natuur.*[12]

Ook de ethiek van Socrates (en die van Plato) is doortrokken van het onderscheid tussen conventie en natuur. Wat Socrates zich ten doel had gesteld is om ware deugd te vinden, dat wil zeggen deugd die goed is voor de mens. En bij 'goed' wordt dan gedacht aan iets dat 'van nature' als goed zou kunnen worden aangemerkt, ter onderscheiding van wat 'slechts' zijn oorsprong zou hebben in menselijke conventie of afspraak.

De Sofisten dachten overigens verschillend over de kwestie. Sommigen onder hen vestigden de nadruk op de betekenis van conventie, anderen wezen op het belang van de natuur. Dat laatste deed bijvoorbeeld Hippias.[13] Over Hippias weten we niet veel, maar hij zou gezegd hebben dat er ongeschreven wetten bestaan. Deze ongeschreven wetten hebben hun oorsprong in het denken van de *goden* en niet in dat van de *mensen.* Dat zou het verklaren dat die wetten onveranderlijk zijn en dat hun autoriteit zich over iedereen zou uitstrekken. Als voorbeelden van deze wetten gaf hij dat alle mensen broeders van elkaar zijn, los van de staat waarin zij wonen.

Dit nu, is een revolutionair idee. Het hief burgerschap uit boven de begrenzingen van tijd en plaats. Wanneer we de belangen van vreemdelingen schenden, zouden we ook een *wet* schenden. Een dergelijke wet is echter geen conventionele wet, niet een wet die berust op menselijke afspraak of uitvaardiging, maar een wet *van de goden* of, wat bij Hippias hetzelfde was, een wet *van nature.*

Is Hippias georiënteerd op de wetten van nature, Thrasymachus is onder de indruk van het conventioneel karakter van recht en moraal.[14] Hij verdedigt een conventionele theorie over rechtvaardigheid en neemt het op voor het recht van de sterkste.[15] Rechtvaardigheid, zegt Thrasymacus in Plato's *Republiek*, is niets anders dan het belang van de sterkere. Daarbij bedoelt hij dan met die 'sterkeren': diegenen die de macht hebben. Het hoeft dus niet te gaan om de sterkere in de zin van de fysiek

11 'Halb Professor, halb Journalist', naar de bekende typering van Gomperz. Vgl. Gomperz, Theodor, *Griechische Denker.* Eine Geschichte der Antiken Philosophie, I, Veit & Comp. Leipzig 1896, p. 333 en Stace, W.T., *A Critical History of Greek Philosophy,* MacMillan & Co LTD, London New York 1960 (1920), p. 109: 'They were a professional class rather than a school, and as such they were scattered over Greece, and nourished among themselves the usual professional rivalries. They were professional teachers and educators'.

12 Vgl. over natuur en conventie in het algemeen: Welzel, Hans, Naturrecht und materiale Gerechtigkeit, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen 1980 die de betekenis van het onderscheid uitwerkt voor de natuurrechtsleer. Vgl. daarover ook: Bryce, James, 'The Law of Nature', in: *Studies in History and Jurisprudence,* Volume II, reprint of the edition Oxford 1901, Scientia Verlag, Aalen 1980, pp. 112-171 en Hayek in Hayek, F.A., *Law, legislation and liberty*. A new statement of the liberal principles of justice and political economy, Complete edition in new one-volume paperback, Routledge & Kegan Paul, London Melbourne and Henley 1982.

13 Vgl. Guthrie, W.K.C., *The Sophists,* Cambridge University Press, Cambridge etc. 1971, pp. 280-285.

14 Vgl. Wolf, Erik, *Griechisches Rechtsdenken,* II, Rechtsphilosophie und Rechtsdichtung im Zeitalter der Sophistik, Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main 1952, pp. 103-119.

15 Vgl. Plato, *Republiek,* I, 336b.

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

sterkere. Het doel van de wet is niets anders dan het dienen van het belang van diegenen die deze wetten maken.

Over ditzelfde onderwerp, rechtvaardigheid, wordt door een andere Sofist, Callicles, een diametraal tegenovergestelde mening verdedigd aan die van Thrasymachus.[16] Callicles gaat ervan uit dat mensen volgens de natuur *niet* aan elkaar gelijk zijn. Men kan mensen onderscheiden in zwakken en sterken, intelligenten en dommen, in leiders en volgelingen – kortom in superieuren en inferieuren. De conventionele moraal is een uitvinding van de zwakken om zich te beschermen tegen de natuurlijke heerschappij van de sterken. 'Conventional morality is invented by the multitude precisely to keep the strong from expressing their strength', zoals Richard Taylor in een mooi boek over ethiek (met name die van de oudheid) het standpunt van Callicles parafraseert.[17]

Het is niet moeilijk om in Thrasymachus een voorloper van Karl Marx[18] en in Callicles een voorloper van Nietzsche[19] te herkennen.

3.3 Cultuurrelativisme bij Protagoras: 'When in Rome, do as the Romans do'

Thrasymacus en Callicles hebben echter gemeen dat zij zich beperken tot een *beschrijvend* standpunt. Zij laten het conventionele karakter van moraal zien. In het ene geval een conventie van de sterkeren, in het andere geval een conventie van de zwakkeren. Iemand die het idee van het conventionele karakter van de moraal het meest radicaal heeft doorgetrokken en daaraan ook normatieve consequenties heeft verbonden, is de bekende Sofist Protagoras.

Ook hij ging uit van het conventionele karakter van moraal. Men kan dan ook niet zeggen dat bepaalde delen van de moraal meer 'waar' zijn dan andere. De mens is de maat van alle dingen: alle morele onderscheidingen worden gemaakt door de mens,[20] zodat men ook niet kan spreken van een moreel juiste handeling en een moreel onjuiste handeling *van nature.*[21]

Het meest opvallende aan Protagoras' opvatting is echter dat hij niet bleef staan bij de negatieve kant van de opvatting dat moraal conventioneel is. Zo zou dat ook *moeten zijn.* Het criterium volgens welke hij dat oordeel velde, was dat bepaalde zaken *gemeten naar hun consequenties*[22] beter zijn dan andere. En die consequenties zijn een sociale aangelegenheid. Wat is daarom een moreel verantwoord leven? Dat is volgens Protagoras het leven in overeenstemming met de zeden en gewoonten van de maatschappij waarin je leeft. 'A genuine moral man, according to Protagoras, is simply a man

16 Vgl. Guthrie, *The Sophists,* pp. 101-107 en Gomperz, O.c., I, p. 326.

17 Taylor, Richard, *Good and Evil,* Prometheus Books, Buffalo/New York 1984, p. 33.

18 Marx was natuurlijk ook een cultuurrelativist in de zin dat de culturele bovenbouw van een samenleving bepaald wordt door de economische structuur van de maatschappij. Autonome ethiek en filosofie wordt in het marxisme afgewezen.

19 Vgl. ook: Rachels, James, 'Nietzsche and the Objectivity of Morals', in: N. Scott Arnold, Theodore M. Benditt, and George Graham, eds., *Philosophy Then and Now,* Blackwell, Cambridge (Mass.), Oxford 1998, pp. 385-414.

20 Een reden waarom sommigen spreken van een 'humanistisch' standpunt. Aldus: Luce, J.V., *An Introduction to Greek Philosophy,* Thames and Hudson, London 1992, p. 81. Het sofisme betekende echter ook een 'crisis in values', eveneens een crisis vanuit humanistisch gezichtspunt. Vgl. daarover: Prior, William J., *Virtue and Knowledge.* An Introduction to Ancient Greek Ethics, Routledge, London and New York 1991, p. 38 e.v.

21 Plato, *Protagoras,* 320 e.v.; Plato, *Theatetus,* 160c. Vgl. ook Zeller, Eduard, *Outlines of the History of Greek Philosophy,* Thirteenth Edition, Revised by Wilhelm Nestle, Translated by L.R. Palmer, Dover Publications, New York 1980 (1931, Duits 1883), p. 80 die erop wijst dat ook Herodotus zou hebben geput uit een verloren gegaan werk van Protagoras.

22 Protagoras was dus wat we tegenwoordig een 'utilist' of 'consequentialist' zouden noemen. Vgl. voor een heldere inleiding in het utilisme: Shaw, William H., *Contemporary Ethics.* Taking Account of Utilitarianism, Blackwell, Malden (Mass.), Oxford 1999 en voor de geschiedenis: Quinton, Anthony, *Utilitarian Ethics,* Second Edition, Duckworth, London 1989 (1973). De verhouding tussen consequentialisme en utilisme wordt besproken door: Pettit, Philip, 'Consequentialism', in: Peter Singer, ed., *A Companion to Ethics,* Blackwell, Oxford, Cambridge (Mass.) 1993 (1991), pp. 230-241. Vgl. voor een bespreking van het utilistisch karakter van de ethiek van Protagoras: Wolf, Erik, *Griechisches Rechtsdenken,* II, Rechtsphilosophie und Rechtsdichtung im Zeitalter der Sophistik, Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main 1952, p. 50 e.v..

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

who upholds and abides by the conventions of his culture, assuming that these conventions are well established and tested by time', schrijft Taylor, het standpunt van Protagoras parafraserend.[23] De meest heldere formulering daarvan vinden we overigens niet in de naar Protagoras zelf genoemde dialoog van Plato, maar in de *Theatetus.* Daar legt Plato aan Protagoras in de mond: 'Wat immers aan elke staat rechtvaardig en schoon toeschijnt, *is* het ook voor die staat (...).'[24]

Daarmee worden de normatieve consequenties (of vermeend normatieve consequenties) getrokken uit Herodotus' constatering dat gewoonte de heerser over ons allen is. Protagoras kwalificeert moraal als een functie van tijd en plaats, het is een product van cultuur. 'Goed handelen' in Athene is iets anders dan 'goed handelen in Perzië'. Dit cultuurrelativisme heeft ook een verankering gekregen in de volkswijsheid: ''s lands wijs, 's lands eer'. Of: 'When in Rome, do as the Romans do'.[25]

Daarmee zijn we twee belangrijke elementen op het spoor gekomen die telkens weer terug zullen komen als kenmerkend voor de cultuurrelativistische houding of de cultuurrelativistische mentaliteit. Allereerst: men constateert culturele verscheidenheid (Herodotus). Als tweede: men stelt dat een cultuur eigenlijk alleen beoordeeld zou mogen worden met de normen van die cultuur zelf (Protagoras).

Keer op keer zal dit inzicht worden geherformuleerd zoals bij de renaissance-filosoof Michel de Montaigne (1533-1592). We zullen echter nog zien dat latere denkers nieuwe accentueringen aanbrengen en het cultuurrelativisme langzaam aan van een kritische houding van de buitenstaander zich transformeert tot een perspectief dat tegenwoordig door velen wordt aangehangen, ja zelfs in 'verlichte kringen' min of meer vanzelfsprekend wordt geacht. Montaigne hielp het cultuurrelativisme aan een air van tolerantie.

3.4 Cultuurrelativisme bij Montaigne: de wens om bescheiden te zijn

Montaigne vond, zoals bekend, een uitspraak als 'ik weet niets' nog te onbescheiden. Hij maakte tot zijn motto: 'Wat weet ik?'. In zijn *Essais* (1580) vinden we op verschillende plaatsen cultuurrelativistische aanzetten geformuleerd. Bijvoorbeeld in zijn verhandeling 'Over kannibalen'. Hij reflecteert uitvoerig over het begrip 'barbaars'. Wat bedoelen we eigenlijk wanneer we iets 'barbaars' noemen? Is het niet curieus dat iedereen barbaars noemt wat niet tot de eigen gewoonten behoort, vraagt Montaigne bijna letterlijk identiek aan Herodotus?[26]

Bij Montaigne vinden we echter een nieuw element in de Europese cultuurgeschiedenis, namelijk *de wens om bescheiden te zijn*[27] en de overtuiging dat het cultuurrelativisme als een bij uitstek bescheiden levenshouding moet worden getypeerd (een ideaal waar de Sofisten nog geen notie van hadden

23 Taylor, *Good and Evil,* p. 40.

24 Plato, *Theatetus,* 167e, vertaling Xaveer de Win.

25 Toegeschreven aan St Ambrosius.

26 Die ook door hem wordt aangehaald: 'Darius demandait à quelques Grecs pour combien ils voudraient prendre la coutume des Indes, de manger leurs pères trépassés (car c'était leur forme, estimant ne leur pouvoir donner plus favorable sépulture, que dans eux-mêmes), ils lui répondirent que pour chose du monde ils ne le feraient; mais, s'étant aussi essayé de persuader aux Indiens de laisser leur façon et prendre celle de Grèce, qui était de brûler les corps de leurs pères, il leur fit encore plus d'horreur. Chacun en fait, ainsi, d'autant que l'usage nous dérobe le vrais visage des choses.' Montaigne, *Essais,* I, 23.

27 Een bewonderaar van Montaigne schrijft dat het moeilijk is om het levenswerk van een zo gematigd en humaan man als Michel de Montaigne niet als een uniek verschijnsel te zien in een eeuw van fanatisme en wreedheid. Vgl. Snethlage, J.L., *Montaigne,* Kruseman, Den Haag 1963, p. 5.

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

en wat zij ook niet als ideaal hoog hielden).[28] Hij fulmineert tegen de gewoonte de anderen 'wilden' en 'barbaren' te noemen; de anderen een goede religie en een volmaakte staatsorde te ontzeggen.

Laten we toch bescheiden zijn. Daartoe bestaat niet alleen aanleiding wanneer we onze eigen maaksels vergelijken met die van anderen, maar ook wanneer we de producten van menselijk vernuft vergelijken met wat de natuur vermag. Wat we ook proberen, aldus Montaigne, we kunnen nog niet het nest van het kleinste vogeltje namaken. Hierin vinden we een structuur, schoonheid en praktische inrichting die vele producten van menselijk vernuft niet kennen. Plato heeft gelijk wanneer hij een onderscheid maakt tussen dingen die zijn voortgebracht door de natuur en dingen die zijn voortgebracht door de techniek. De grootste en mooiste zijn echter door de natuur gemaakt, de minste door de techniek.[29] Het grote voordeel van de wilden is dat zij dichter bij de natuur staan dan wij.

Montaigne ziet 'wild' dus kennelijk als een aanbeveling. 'Wild' betekent: *in overeenstemming met de natuur.* Hij zegt over het wilde van de vruchten en van de volkeren dat we eigenlijk de vruchten die we zelf hebben gemaakt 'wild' zouden moeten noemen. We hebben de schoonheid en rijkdom van de natuur zo overladen met onze uitvindingen dat we de natuur 'totaal verstikt hebben'.[30]

Hier komt een vroege Rousseau naar voren.[31] Het kunstmatige, met mensenhanden gemaakte, het gecultiveerde – het wordt hier kritisch besproken. Niet het gemaakte, het culturele, maar het niet-gemaakte, het natuurlijke vormt de norm. Het wilde van de wilde volkeren mag men dan ook niet 'barbaars' in de depreciërende zin noemen, meent Montaigne. 'Die volken lijken me daarom alleen in die zin barbaars te zijn dat ze zeer weinig vorming hebben gekregen van de menselijke geest en nog heel dicht bij hun oorspronkelijke natuurlijkheid staan. Ze worden nog geregeerd door natuurwetten, heel weinig bedorven door de onze, maar met zo'n zuiverheid, dat ik soms overvallen word door een gevoel van spijt dat er niet eerder iets over hen bekend geworden is, in de tijd dat er mensen waren die daar beter over hadden kunnen oordelen dan wij'.

Het *woord* 'goede wilde' valt nog niet bij Montaigne, maar *naar de zaak* is het Rousseauïstisch perspectief hier in volle omvang aanwezig. Vol lof spreekt hij ook over de zedeleer van de wilden. 'Hun hele zedeleer bestaat uit niet meer dan deze twee punten: dapperheid in de oorlog en liefde voor hun vrouwen'.[32] Die gedachte, de gedachte dat we moeten leven overeenkomstig de wetten der natuur en niet overeenkomstig de door onszelf gemaakte wetten, zal nog een belangrijke carrière maken in de Europese cultuurgeschiedenis.

In een passage die sterk doet denken aan de schildering van de natuurstaat van Hobbes[33] (zij het dan dat Montaigne veel positiever oordeelt over de natuurtoestand) zegt hij:

> Het is een volk – zo zou ik tegen Plato zeggen – waar geen enkel soort handel bestaat; geen kennis van de letteren; geen wetenschap van getallen; geen naam voor magistraat of politiek gezag; geen onderda-

28 Vgl. over de herwaardering van trots als deugd (en depreciëring van bescheidenheid als ideaal) is: Taylor, Richard, *Restoring Pride.* The Lost Virtue of Our Age, Prometheus Books, Buffalo, New York 1996. De wens om bescheiden te zijn zou men ook kunnen zien als een typisch christelijke deugd en Bréhier, Émile, 'Le Pyrrohisme: Montaigne', in: *Histoire de la Philosophie,* Tome I/3, Presses Universitaires de France, Paris 1967, pp. 677-681, p. 677 heeft dus gelijk dat het skepticisme van Montaigne 'nullement antichrétien' is.

29 Montaigne, *Essais,* I, 31.

30 Montaigne, *Essais,* I, 31.

31 Die van het eerste Discours. Vgl. Rousseau, J.J., *Discours sur les sciences en les arts,* 1750, in: Rousseau, *Oeuvres complètes,* III, Bibliothèque de la Pléiade, Gallimard, Paris 1964, pp. 1-57.

32 Montaigne, *Essais,* I, 31.

33 Vgl. Hobbes, Thomas, *Leviathan,* Edited by Richard Tuck, Cambridge University Press, Cambridge 1996 (1651), Ch. 13, p. 89: 'In such a condition, there is no place for Industry; because the fruit thereof is uncertain: and consequently no Culture of the Earth; no Nagivation, nor use of the commodities that may be imported by Sea; no commodious Building; no Instruments of moving, and removing such things as require much force; no Knowledge of the face of the Earth; no account of Time; no Arts; no Letters; no Society; and which is worst of all, continuall feare, and danger of violent death; And the life of man, solitary, poore, nasty, brutish, and short.' Hobbes heeft het overigens ook over de indianen in America, maar hij noemt het 'savage people' die leven in een 'brutish manner'. O.c., p. 89.

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

> nigheid, rijkdom of armoede; geen contracten; geen erfenissen; geen verdelingen; geen andere bezigheden dan ledigheid; geen andere verwantschapsband dan een algemene; geen kleding; geen landbouw; geen metaal; geen gebruik van wijn of koren.[34]

En dan vervolgt hij: 'Zelfs de woorden voor leugen, verraad, veinzen, hebzucht, afgunst, laster en vergiffenis zijn daar onbekend'. Kortom, het leven in die natuurtoestand is bepaald niet 'nasty, poor, solitary, brutish, and short'.

Hier wordt het cultuurrelativisme een kritische reflexie op de eigen cultuur en moraal. De 'wilde' heeft het eigenlijk bij het rechte eind en niet wij. 'Ils ne sont pas en débat de la conquête de nouvelles terres, car ils jouissent encore de cette uberté naturelle qui les fournit sans travail et sans peine de toutes choses nécessaries (...)'. De wilde heeft alles al en hij hoeft het dus niet te veroveren.[35]

We zouden dit een derde element[36] van het cultuurrelativisme kunnen noemen: de wens om bescheiden te zijn en vooral de eigen cultuur niet te verhogen ten opzichte van die van anderen. Het is een punt dat na Montaigne telkens terug zal komen in de Europese ideeëngeschiedenis, vooral in de huidige tijd.

3.5 Het cultuurrelativisme van William Graham Sumner: 'Folkways always right'

Als vierde kroongetuige van het cultuurrelativisme kan men William Graham Sumner (1840-1910) opvoeren, hoogleraar in Yale, en een van de grondleggers van de moderne sociologie. Hij stond sterk onder invloed van het in zijn tijd vigerende darwinisme. De sociale wetenschappen zouden zich moeten bevrijden van moralistisch bijgeloof. Natuurlijke rechten of natuurlijke waarden bestaan niet, aldus Sumner. Bekend is zijn toepassing van het darwinisme in de context van de economische markt. Millionairs zouden een product zijn van dezelfde strijd om het bestaan (en selectie van de sterkste) als het geval is met 'sterke' diersoorten in de natuur.[37]

Voor ons is Sumner echter meer van belang vanwege zijn opvattingen over het ontstaan en de fundering van de moraal. Centraal is hier zijn stelling dat morele maatstaven altijd culturele maatstaven zijn. We kunnen dan ook niet zeggen dat de ene morele code superieur is aan de andere. Hiermee zijn we een vierde dimensie van het cultuurrelativisme op het spoor: *de accentuering het culturele als een alles omvattend fenomeen.*

Centraal in Sumners argumentatie staat de notie van 'folkways'.[38] Deze zijn 'always right', volgens Sumner: 'The folkways are the "right" ways to satisfy all interests, because they are traditional, and

34 Montaigne, *Essais,* I, 31.

35 De vraag van Rousseau, namelijk of 'Le rétablissement des Sciences et des Arts a-t'il contribué à épurer ou à corrompre les Moeurs?' beantwoordt eigenlijk ook Montaigne dus al in laatstgenoemde zin. Vgl. Rousseau, J.J., *Discours sur les sciences en les arts,* 1750, in: Rousseau, *Oeuvres complètes,* III, Bibliothèque de la Pléiade, Gallimard, Paris 1964, pp. 1-57, p. 5. Vgl. ook O.c., p. 17: 'L'Astronomie est née de la superstition; l'Eloquence, de l'ambition, de la haine, de la flatterie, du mensonge; la Géométrie, de l'avarice; la Physique, d'une vaine curiosité; toutes, et la Morale même, de l'orgueil humain. Les Sciences et les Arts doivent donc leur naissance à nos vices: nous serions moins en doute sur leurs avantages, s'ils la dévoient à nos vertus'.

36 Na het accentueren van culturele verscheidendheid (Herodotus) als eerste element en het voorschrijven van een cultuurimmanente beoordelingsmaatstaf (Protagoras) als tweede element van het cultuurrelativisme te hebben getypeerd.

37 Vgl. Hofstadter, Richard, 'William Graham Sumner: Social Darwinist', in: *Social Darwinism in American Thought 1860-1915,* University of Pennsylvania Press, Philadelphia 1945, pp. 37-52 en over het sociaal darwinisme in het algemeen: Rachels, James, *Created from Animals.* The Moral Implications of Darwinism, Oxford University Press, Oxford etc. 1991.

38 Sumner, William Graham, *Folkways,* Ginn and Company, New York 1907, passages daaruit onder de titel 'Cultural Relativism' ook in: James Rachels, ed., *The Right Thing To Do.* Basic Readings in Moral Philo-sophy, McGraw-Hill, inc., New York/Toronto 1989, pp. 51-57.

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

exist in fact. They extend over the whole of life. There is a right way to catch game, to win a wife, to make one's self appear, to cure disease, to honor ghosts, to treat comrades or strangers, to behave when a child is born, on the warpath, in council, and so on in all cases which can arise'. Net als Protagoras trekt hij dus normatieve consequenties uit zijn constatering dat gewoonte de heerser over ons allen is.

Rechten kunnen ook nooit 'natuurlijk' zijn, 'van God gegeven' of absoluut. 'The morality of a group at a time is the sum of the taboos and prescriptions in the folkways by which right conduct is defined'.

Sumner zegt het ook als volgt. Alle regels op filosofisch, moreel, juridisch en beleidsmatig gebied die door een groep worden gehanteerd zijn reflecties op (en generalisaties van) het ervaren van genot en pijn in de strijd om het bestaan.

Nu was dit een combinatie van ideeën die we ook al in de oudheid (vooral bij Protagoras) en bij Montaigne hebben aangetroffen. Sumner hanteert echter een expliciete benaming voor het bezien van de wereld door de bril van de waarden van de eigen groep. Hij spreekt van 'etnocentrisme', een woord dat bij Montaigne nog niet voorkomt, maar dat ook de renaissancefilosoof reeds *als verschijnsel* aan de kaak had gesteld. Etnocentrisme, aldus Sumner, 'is the technical name for this view of things in which one's own group is the center of everything, and all others are scaled and rated with reference to it'. Hoewel het een natuurlijke houding is in de zin dat elk volk daartoe is geneigd, lijkt hij dat af te wijzen. Immers dat blijkt uit de wijze waarop hij het typeert: 'Each group nourishes its own pride and vanity, boasts itself superior, exalts its own divinities, and looks with contempt on outsiders'. Elke groep denkt ook dat zijn eigen gewoonten de juiste zijn, zegt Sumner, bijna woordelijk het standpunt van Herodotus herhalend. De mens beziet de waarden van de andere groepen slechts met minachting. Zelfs is het niet ongewoon dat de leden van elke groep de leden van andere groepen niet als 'mensen' beschouwen. De Lappen duidden hun eigen volk aan als 'mensen' of 'menselijke wezens'. De Eskimo's van Groenland dachten dat de Europeanen naar Groenland waren gekomen om de zeden en gewoonten van de Groenlanders over te nemen. Het grootste compliment dat men een Europeaan kan maken, is dat hij of zij snel een goede Groenlander zal worden.

Nu zijn dit 'vreemde culturen'. Maar geldt niet hetzelfde voor de grote westerse culturen? Sumner denkt van wel. De Joden beschouwden zichzelf als het 'uitverkoren volk'. De Grieken en Romeinen beschouwden andere volkeren als 'barbaren'. De Arabieren beschouwden zichzelf als de meest nobele natie en de andere als min of meer barbaars. Hetzelfde geldt voor het tegenwoordige Engeland, Frankrijk, Duitsland of Rusland. 'Each state now regards itself as the leader of civilization, the best, the freest, and the wisest, and all others as inferior'.

3.6 Folkways als basis voor de moraal

Cruciaal voor de ethiek is natuurlijk de wijze waarop Sumner de verhouding ziet tussen de 'folkways' en moraal. Hij stelt dat wanneer in doctrines van welzijn de elementen van waarheid en juistheid worden ontwikkeld, de folkways naar een ander plan worden gebracht. Zij gaan dan een constructieve invloed uitoefenen over mens en samenleving. Dán noemen we ze 'mores'. De mores zijn dus de folkways, 'including the philosophical and ethical generalizations as to societal welfare which are suggested by them, and inherent in them, as they grow'.

De mores geven ons een richtsnoer van wat we moeten doen ('of what ought to be'). 'All notions of propriety, decency, chastity, politeness, order, duty, right, rights, discipline, respect, reverence, coöperation, and fellowship' – zij zijn allemaal afhankelijk van de mores. De mores kunnen dingen voor de ene groep goed en juist maken die voor een andere groep totaal verkeerd waren. In de dertiende eeuw had men zúlke negatieve gevoelens tegenover ketters dat de wens tot het uitroeien daarvan als even vanzelfsprekend werd gezien als onze wens tot het uitroeien van ratelslangen: 'The world

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

philosophy of the age is never anything but the reflection of the mental horizon, which is formed out of the mores, of the ruling ideas which are in the mores themselves'.

Waar het allemaal op uitloopt bij Sumner, is een omschrijving van 'immoreel' die als luidt volgt. *Immoreel is niets anders dan handelen in strijd met de mores van de tijd en de plaats* ('contrary to the mores of the time and place'). Een permanente of universele standaard waarmee men goed en kwaad kan onderscheiden, bestaat niet. Of, in zijn eigen woorden: 'there is no permanent or universal standard by which right and truth in regard to these matters can be established and different folkways compared and criticised'. 'Immoreel' is niets anders dan handelen in strijd met de eigen groepswaarden.

Eigenlijk voegt Sumner niet veel toe aan de cultuurrelativistische aanzetten die reeds bij Protagoras en Montaigne te vinden zijn. Maar wat hem in de geschiedenis van het cultuurrelativisme toch een belangrijke plaats geeft, is dat bij Sumner het cultuurrelativisme min of meer gepresenteerd wordt als de uitgangspositie voor wetenschappelijk denken over moraal, maatschappij en recht.[39] Daarbij verdedigde Sumner een standpunt dat tegenwoordig geassocieerd wordt met 'rechts', het sociaal darwinisme namelijk. Dat het cultuurrelativisme echter ook *en vogue* zou raken in kringen van linkse, maatschappijkritische denkers is grotendeels te danken aan de populariteit van het werk van Ruth Benedict.

3.7 Cultuurrelativisme bij Ruth Benedict: relativering van de betekenis van de westerse cultuur

Ruth Benedict (1887-1947) werd in New York geboren en studeerde aanvankelijk Engelse literatuur. Na haar huwelijk met de biochemicus Stanley Benedict raakte zij geïnteresseerd in anthropologie en kwam terecht aan Columbia University bij Franz Boas, een autoriteit die een hele generatie het cultuurrelativisme bijbracht.[40] Het Darwinisme was toen op een hoogtepunt. Benedict zou zich daartegen – in het voetspoor van haar leermeester Boas – verzetten. Benedict verwachtte heilzame consequenties van haar cultuurrelativisme. Als geen cultuur superieur zou zijn aan een andere, zou ook het imperialisme moeten worden afgewezen en verwachtte zij dat culturen tolerant zouden staan tegenover andere zeden en gewoonten.[41]

Zij is het meest bekend vanwege haar boek *Patterns of Culture* (1935). Eén jaar eerder had zij echter een artikel geschreven waarin zij haar licht had laten schijnen over de begrippen 'normaal' en

39 Gensler, Harry J., 'Cultural Relativism', in: *Ethics,* Routledge, London & New York 1998, pp. 11-20, p. 17 zegt: 'The popular stereotype says that all social scientists are cultural relativists. This is a false stereotype.' Dat mag zo zijn, maar het stereotype is niet voor niets ontstaan. Een sociaal wetenschapper die *niet goed nadenkt* over de beperkingen van zijn sociaal-wetenschappelijke benaderingswijze staat wel sterk bloot aan de cultuurrelativistische verleiding.

40 Vgl. Lemaire, *Over de waarde van kulturen,* Een inleiding in de kultuurfilosofie, Ambo, Baarn 1976, p. 93. Vgl. over Boas ook: Cook, John W., *Morality and Cultural Differences,* Oxford University Press, New York/Oxford 1999, pp. 51-116.

41 Vgl. over Benedict ook: Boss, Judith A., 'Cultural Relativism. Is Morality Dependent on Culture?', in: Judith A. Boss, *Ethics for Life.* An Interdisciplinary and Multicultural Introduction, Mayfield Publishing Company, Mountain View, California, London, Toronto 1998, pp. 104-146, p. 118.

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

'abnormaal' en waarbij zij een standpunt inneemt dat in handboeken over ethiek doorgaans wordt opgevoerd als representatief voor het cultuurrelativistisch standpunt.[42]

Van belang is haar omschrijving van wat zij typeert als de 'moderne sociale anthropologie'. 'Modern social anthropology has become more and more a study of the varieties and common elements of cultural environment and the consequences of these in human behavior'.

Typerend is ook een tweede opmerking. Zij zegt: 'For such a study of diverse social orders primitive peoples fortunately provide a laboratory not yet entirely vitiated by the spread of a standardized worldwide civilization'.

Dat laat aan duidelijkheid niets te wensen over. Zij veronderstelt dat de primitieve volkeren 'gelukkig' nog in een toestand leven waardoor zij nog niet zijn 'bedorven' door de wereldwijde cultuur, een element dat we ook bij Montaigne aantreffen, wanneer hij in zijn essay over kannibalen schrijft dat de wilde volkeren alleen in die zin barbaars zijn 'dat ze zeer weinig vorming hebben gekregen van de menselijke geest en nog heel dicht bij hun oorspronkelijke natuurlijkheid staan'.[43] Benedict wijst dan op de Dyaken, Hopi's, Fijiëns en Jakuts als de meer eenvoudige volkeren die in voldoende isolatie hebben geleefd om de locale sociale gewoonten in hun oorsprong te kunnen bestuderen. Maar waarom zou men dat doen? Wat is de waarde van die kennis? Van die studie verwacht zij materiaal dat ons kan leren de westerse mores enigszins te relativeren, precies wat Montaigne had gedaan vijf eeuwen geleden. 'In the higher cultures the standardization of custom and belief over a couple of continents has given a false sense of the inevitability of the particular forms that have gained currency, and we need to turn to a wider survey in order to check the conclusions we hastily base upon this near-universality of familiar customs'.

Dat Benedict breekt met het modern vooruitgangsgeloof blijkt uit het volgende. Wanneer we eenmaal het perspectief hebben aangenomen dat zij ons aanraadt, zegt Benedict, dan zullen we de moderne beschaving niet meer zien als een noodzakelijk hoogtepunt van menselijke vermogens, maar slechts als één van de mogelijke beschavingen.

Vervolgens gaat zij ertoe over ervaringen en gedrag te analyseren dat in sommige culturen als abnormaal en in andere als normaal wordt ervaren. Zo worden trance-achtige ervaringen en homosexualiteit weliswaar binnen de westerse cultuur als abnormaal ervaren, maar niet bij alle volkeren waarmee zij als cultureel anthropoloog in aanraking kwam. Dat leidt haar tot de vaststelling 'that normality is culturally defined'. Zij laat ook niet na de consequenties (althans wat zij daarvoor aanziet) van deze stand van zaken te trekken. Zij zegt: 'An adult shaped to the drives and standards of either of these cultures (namelijk die primitieve culturen; PC), if he were transported into our civilization, would fall into our categories of abnormality. He would be faced with the psychic dilemmas of the socially unavailable. In his own culture, however, he is the pillar of society, the end result of socially inculcated mores, and the problem of personal instability in his case simply does not arise'.

Het cultuurrelativisme gaat ook een alliantie aan met kennissociologie: 'The very eyes with which we see the problem are conditioned by the long traditional habits of our own society'. We kunnen

42 Benedict, Ruth, 'Anthropology and the Abnormal', in: *The Journal of General Psychology,*10 (1934), pp. 59-82, onder de titel 'A Defense of Ethical Relativism' ook in: Pojman, Louis, ed., *Moral Philosophy: A Reader,* Second Edition, Hackett Publishing Company, Inc., Indianapolis/Cambridge 1998 (1993), pp. 33-37 en in: Gould, James A., ed., *Classic Philosophical Questions,* Seventh Edition, MacMillan Publishing Company, New York 1992, pp. 95-101.

43 Montaigne, *Essais,* I, 31.

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

ons als mensen dus ook niet aan die determinerende werking van de cultuur onttrekken. Zelfs de wijze waarop wij kijken is cultureel bepaald.

3.8 Van culturele anthropologie naar ethiek. Moraal als 'socially approved habits'

Net als Sumner maakt ook Benedict de overstap van culturele anthropologie naar ethiek. Zij verwacht zelfs dat zij minder missiewerk onder ethici behoeft te verrichten met haar cultuurrelativisme dan onder psychiaters. 'It is a point that has been made more often in relation to ethics than in relation to psychiatry', schrijft zij over het releveren van de culturele gebondenheid van onze oordelen. 'We do not any longer make the mistake of deriving the morality of our locality and decade directly from the inevitable constitution of human nature', schrijft Benedict, alsof zij een soort equivalent van de 'naturalistic fallacy' in de ethiek op het spoor is. Let ook op het onverholen *nieuwe* vooruitgangsgeloof dat in deze zinnen schuilgaat: vroeger maakten we fouten die we nu, in deze verlichte tijd, weten te vermijden. Daaruit blijkt ook dat zij in de veronderstelling verkeert dat zij niet alleen de beste argumenten heeft, maar ook dat deze argumenten al gezegevierd hebben. Immers: 'We recognize that morality differs in every society, and is a convenient term for socially approved habits'.

Dit laatste is een belangrijke passage: moraal is niets anders dan 'socially approved habits'. De cultureel anthropoloog kan de ethicus helpen het voorwerp van zijn onderzoek te verduidelijken. Wij zijn gewend te zeggen: 'Het is moreel goed'. Maar wat we eigenlijk zouden moeten zeggen is: 'Het is gewoonte'. Het concept 'goed' verwijst naar hetzelfde als 'that which society has approved'. Zij komt dus op precies hetzelfde uit als Protagoras en als Sumner voor wie immoreel handelen een handelen is 'contrary to the mores of the time and place'.

Niets nieuws onder de zon? Toch wel, voorzover Benedict het cultuurrelativisme als het ware 'fasionable' maakt voor weldenkende progressieve intellectuelen.[44] Het cultuurrelativisme is niet alleen het 'wetenschappelijke' standpunt, zoals Sumner al had aangetoond, het is ook verkieslijk op politiek-sociale gronden voor een kritische intellectuele elite die op gespannen voet staat met de eigen cultuur en tijd. Het relativisme ging deel uitmaken van de 'Counter-culture'.[45]

Terwijl bij Sumner nog geen spoor van kritiek op het imperialisme en expansionistisch streven van de westerse cultuur te beluisteren valt, is dit de grondtoon van de geschriften van Benedict. Haar betekenis voor de verbreiding van de cultuurrelativistische attitude kan dan ook moeilijk worden overschat.

Bij Benedict is het cultuurrelativisme overigens nog geen echt filosofisch uitgewerkt standpunt en dat zou het rechtvaardigen ook nog aandacht te besteden aan een laatste kroongetuige van het cultuurrelativisme. Immers aan het begin van de twintigste eeuw werd door een groep filosofen de nadruk gelegd op het empirisch karakter van de moraal en ook *die* ontwikkeling zou van belang blijken voor de ontstaansgeschiedenis van het hedendaags cultuurrelativisme. Men zocht de fundering daarvan in menselijke gevoelens (emotivisme).[46] Aangezien deze verschillen naar tijd en naar plaats,

44 Vgl. over de populariteit van het relativisme onder studenten en intellectuelen ook: Bloom, Allan, *The Closing of the American Mind.* How Higher Education has Failed Democracy and Impoverished the Soul of Today's Students, Simon and Schuster, New York 1987.

45 Vgl. daarover: Kristol, Irving, 'The Adversary Culture of Intellectuals', in: *Encounter,* October 1979, ook in: *Reflections of a Neoconservative.* Looking back, looking ahead, Basic Books, New York 1983, en in: *Neo-Conservatism.* Selected Essays 1949-1955, pp. 106-123 en Podhoretz, Norman, *The Bloody Crossroads.* Where literature and politics meet, Simon and Schuster, New York 1986.

46 Vgl. daarover: Rachels, James, 'Subjectivism', in: Peter Singer, ed., *A Companion to Ethics,* Blackwell, Cambridge (Mass.), Oxford 1991, pp. 432-442 en Rachels, James, 'Introduction', in: James Rachels, ed., *Ethical Theory,* I, The Question of Objectivity, Oxford University Press, Oxford 1998, pp. 1-19.

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

zou 'de moraal' dus relatief zijn naar tijd en plaats. Misschien nog wel de meest overtuigende representant van dit perspectief is Edward Westermarck (1862-1939).

3.9 Cultuurrelativisme bij Edward Westermarck: moraal niets anders dan gevoelens

Westermarck, een wat oudere tijdgenoot van Benedict, had een grote hekel aan het Duits idealisme. Hij voelde zich aangetrokken tot de Britse empirische traditie van filosofiebeoefening (Hume), evenals het evolutionisme van Darwin en Spencer. Hij hield zich in het bijzonder bezig met onderzoek naar de historische ontwikkeling van het huwelijk, zoals in *The Origin of Human Marriage* (1889), waarbij hij de idee van primitieve promiscuteit verwierp. Als zijn belangrijkste werk wordt ook wel genoemd *The Origin and Development of Moral Ideas* (twee delen 1906/1908), waarbij Westermarck probeerde om het idee van goed en kwaad in diverse culturen en in zijn evolutionaire ontwikkeling te bestuderen. In *Ethical Relativity* (1932) herhaalt hij de hoofdlijnen van zijn eerdere werk, gaat hij in op kritici (waaronder G.E. Moore) en werkt hij de wijsgerige basis van zijn denken uit (het relativisme).

Ten aanzien van de grondslag van de moraal hield Westermarck vast aan de emotivistische these dat morele oordelen gebaseerd zijn op gevoelens. Deze morele gevoelens onderscheiden zich van andere door het idee van de vergelding en onpartijdigheid.

Volgens Westermarck is moraal een sociaal en een relatief gegeven.[47] Objectieve morele oordelen bestaan niet. Zijn grootste bijdrage aan de theorievorming over ethiek is misschien wel dat hij de verschillende houdingen tegenover doodslag, bloedwraak, liefdadigheid, slavernij, waarheidsliefde, altruïsme, asceticisme en de houding tegenover een andere wereld heeft beschreven. Er is geen eenvoudig-linaire vooruitgang in de geschiedenis. Veel van de gevoelens en regels die wij associëren met een verlichte mentaliteit vinden we soms ook bij primitieve volkeren, terwijl barbaarse opvattingen en praktijken soms voorkomen in hoogbeschaafde culturen. Toch is hij geen relativist in de zin dat hij de meer subjectivistische tendenzen die inherent zijn in de relativistische benadering van moraal wist te vermijden. De filosoof J.L. Mackie, zelf schrijver van een relativistisch getinte inleiding in de ethiek,[48] typeert het als volgt. 'Nevertheless, Westermarck did indicate a few main trends which he expected to continue – the expectation of the altruistic sentiment, the increasing influence of moral

47 Westermarck, Edward, *Ethical Relativity,* Kegan Paul, Trench, Trubner & Co., London 1932, passim. Een andere bekende emotivist is Alfred Jules Ayer, wiens *Language, Truth and Logic* in 1936, vier jaar na het boek van Westermarck, verscheen. Ayer heeft veel betekend voor het verbreiden van het emotivisme in de Angelsaksische wereld. Westermarck is voor ons echter belangrijker vanwege zijn cultureel-anthropologische benadering van de ethiek. Ayer is bovendien weliswaar emotivist, maar geen cultuurrelativist. Uiteindelijk gaat het emotivisme terug op Hume, die het als volgt verwoordde: 'When you pronounce any action or character to be vicious you mean nothing, but that from the constitution of your nature you have a feeling or sentiment of blame from the contemplation of it' (Hume, *Treatise*, III, i, 1). Vgl. ook het commentaar bij: Rachels, James, 'Introduction', in: James Rachels, ed., *Ethical Theory,* I, The Question of Objectivity, Oxford University Press 1998, pp. 1-18.

48 Mackie, J.L., *Ethics.* Inventing Right and Wrong, Penguin Books, Harmondsworth 1977, p. 105 betoogt 'that there are no objective values (...) and that no substantive moral conclusions or serious constraints on moral views can be derived from either the meanings of moral terms or the logic of moral discourse'.

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

judgments of reflection as opposed to sentimental likes and dislikes, and the restricting of religion to the function of supporting ordinary moral rules as opposed to special religious duties'.[49]

Westermarcks eigen opvattingen worden mooi verwoord met de volgende woorden. 'Society is the school in which we learn to distinguish between right and wrong. The headmaster is Custom, and the lessons are the same for all the members of the community. The first moral judgments were pronounced by public opinion; public indignation and public approval are the prototypes of moral emotions'.[50] De maatschappij is de geboortestonde van ons moreel bewustzijn, zegt Westermarck. 'Customs are not merely public habits – the habits of a certain circle of men, a racial or national community, a rank or class of society – but they are at the same time rules of conduct'. We zeggen niet voor niets 'custom demands' of 'custom commands'. Hij citeert ook Montaigne (*Essais,* I, 22)[51] die stelt 'Les lois de la conscience, que nous disons naître de nature, naissent de la coutume; chacun ayant en vénération interne les opinions et moeurs approuvées (...).' De term 'moral' is ook niet voor niets etymologisch verbonden met 'mos'.[52]

Ook Westermarck meent dat het idee van de relativiteit van morele waarden naar alle waarschijnlijkheid tolerantie tot gevolg zou hebben, een punt dat reeds bij Montaigne wordt gemaakt. 'Could it be brought home to people that there is no absolute standard in morality, they would perhaps be on the one hand more tolerant and on the other hand more critical in their judgments'.[53]

Het is dezelfde vraag die keer op keer gesteld is bij onze kroongetuigen van het cultuurrelativisme. Zij presenteren moraal als 'socially approved habits'. Vervolgens constateren zij dat deze variabel en relatief zijn en op basis daarvan formuleren zij de verwachting dat tolerantie en respect onder de volkeren zal zegevieren wanneer het relativisme maar wijd verbreid zal raken.[54]

Cultuurrelativisme ging daarmee langzaam aan deel uitmaken van het pakket aan overtuigingen dat de progressieve intellectueel zich zou moeten aanmeten. Tot grote ergernis van conservatieve intellectuelen als Allan Bloom en Robert Bork is het volledig gelukt de culturele elite van de westerse wereld van de waarde en juistheid van het cultuurrelativisme te overtuigen.

De Amerikaanse filosoof Louis Pojman beschrijft hoe populair het relativisme is onder studenten. 'The polls show a two-to-one ratio in favor of moral relativism over moral absolutism', schrijft hij.[55] De populariteit van het relativisme in deze tijd lijkt daarmee een parallel te vinden in de jaren veertig. Walter Terence Stace, een Amerikaanse filosoof die in 1937 een belangrijke kritiek schreef op het relativisme, heeft het over 'the growing belief that the things which are most valuable to human beings – beauty, knowledge, and moral goodness – are *relative* to the circumstances, the time, and the place of their appearance, as well as to the natures of men'.[56] Vooral onder intellectuelen die graag voor progressief doorgaan is het relativisme wijd verbreid, schrijft hij. 'Those of the left wing are the

49 Mackie, J.L., 'Edward Alexander Westermarck', in: Paul Edwards, ed., *The Encyclopedia of Philosophy,* Vol. 8, Macmillan/The Free Press, New York/London 1967, pp. 284-286, p. 285. In 1939, het jaar van zijn overlijden, schreef Westermarck *Christianity and Morals,* Kegan Paul, London 1939, waarin hij betoogde dat het christendom meer kwaad dan goeds had betekend voor de moraal. Vgl. over Westermarck ook: Cook, John W., *Morality and Cultural Differences,* Oxford University Press, New York/Oxford 1999, p. 106 e.v.

50 Westermarck, *Ethical Relativity,* p. 50.

51 Dat moet overigens zijn: I, 23.

52 Westermarck, O.c., p. 111.

53 Westermarck, O.c., p. 59.

54 Men vindt die verwachting ook uitgesproken bij de grote rechtsfilosoof Hans Kelsen, wiens opvattingen we nog uitvoerig zullen behandelen in hoofdstuk vijf dat gaat over het natuurrecht. Vgl. Kelsen, Hans, *Was ist Gerechtigkeit?,* Zweite Auflage, Franz Deuticke, Wien 1975 en Kelsen, Hans, 'Absolutism and Relativism in Philosophy and Politics', in: *American Political Science Review,* oct. 1948.

55 Pojman, Louis, ed., *Moral Philosophy: A Reader,* Second Edition, Hackett Publishing Company, Inc., Indianapolis/Cambridge 1998 (1993), p. 38.

56 Stace, W.T., *The Concept of Morals,* The MacMillan Company, New York 1962 (1937), p. vi.

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

ethical relativists. They are the revolutionaries, the clever young men, the up to date. Those of the right wing we may call the ethical absolutists. They are the conservatives and the old-fashioned'.[57]

Opvallend, dat is tegenwoordig nog precies zo. De vraag is hoe men die hardnekkige persistentie kan verklaren wanneer de argumentatie daarvoor toch bepaald niet vlekkeloos is. Pojman meent daarvoor een verklaring te hebben wanneer hij zegt dat het relativisme een soort 'default-position' is. Men denkt dat men zich committeert aan verouderde opvattingen, zoals een Platoons ideeënrijk, wanneer men universele waarden wil verdedigen.

Dit zal inderdaad een factor van betekenis zijn. Maar de grootste populariteit lijkt het relativisme te ontlenen aan de vermeende binding met tolerantie, bescheidenheid en een anti-imperialistische houding. Deze waarden staan tegenwoordig zo als vanzelfsprekend overeind (en terecht), dat een perspectief dat bloedverwantschap met déze ideeën weet te suggereren sterk staat in het publieke debat.

3.10 De aantrekkingskracht van het cultuurrelativisme. Westers chauvinisme à la Dickens en Kipling afgewezen

Wie de enorme populariteit van het cultuurrelativisme wil begrijpen zou zich eigenlijk ook moeten verdiepen in de vraag waartegen het cultuurrelativisme zich wilde verzetten: negentiende-eeuwse auteurs met overspannen ideeën over de superioriteit van de Westerse beschaving. Berucht zijn natuurlijk de opvattingen van schrijvers als Rudyard Kipling die een legitimatie vormden voor imperialistische politiek.

> Take up the White Man's burden –
> Send forth the best ye breed –
> Go, bind your sons to exile
> To serve your captive's need;
> To wait, in heavy harness,
> On fluttered folk and wild –
> Your new-caught sullen peoples,
> Half devil and half child.[58]

Dat was 1899. Sumner was toen 59 jaar oud, Benedict 12 en Westermarck 37. Rond de eeuwwisseling vonden overal op de wereld felle discussies plaats over de merites van het imperialisme. De *San Francisco Call* schreef: 'Rudyard Kipling has joined the ranks of those eminent British jingoes who are trying to induce the United States to help Great Britain in her imperial schemes by taking part in the Oriental imbroglio'.[59] De kritiek op het imperialistische streven van de grootmachten was niet mals. 'There is something sickening in this "imperial" talk of assuming and bearing burdens for the good of others', schreef Alfred Webb vanuit Dublin. 'Whenever empire (I speak of the United Kingdom) is extended, and the climate suits the white man, the aborigines are, for the benefit of the white man, cleared off or held in degradation for his benefit'.[60] Anderen zeiden het iets voorzichtiger: 'There is reason to doubt if the white man is entirely disinterested as a race in taking up the white man's burden'.[61]

Ook het idee dat de wilde 'half devil, half child' was en dus een wezen dat zou moeten worden opgevoed en geciviliseerd, heeft diepe wortels in de Europese cultuurgeschiedenis. Natuurlijk was daar

57 Stace, *The Concept of Morals,* p. 1.
58 Kipling, Rudyard, 'The White Man's Burden', in: *McClure's Magazine,* Feb. 12 1899.
59 *San Francisco Call,* Feb. 1899, Editorial.
60 Webb, Alfred, 'Mr. Kipling's Call to America', in: *The Nation,* Feb. 23 1899.
61 'The White Man's Burden', in: *San Francisco Bulletin,* Feb. 7, 1899, Editorial.

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

enerzijds een cultuurkritische benadering van de westerse beschaving, zoals voorgestaan door Rousseau[62] en Montaigne (en verder teruggaand op de cynici),[63] maar deze was niet de hoofdstroom.[64] De hoofdstroom was een zelfverzekerde houding ten aanzien van de superioriteit van de westerse cultuur. Een mooi voorbeeld daarvan vinden we in een opstel van Charles Dickens (1812-1870). Hij publiceerde in 1853 een uitermate kritisch artikel over 'de goede wilde'.[65] Hij werd daartoe gestimuleerd door het optreden van een groep Zoeloe's die naar Engeland waren gebracht door een koopman uit Natal: A.T. Caldecott. Het ging om een groep van elf mannen, een vrouw en een kind. Men voerde traditionele dansen op en toneelstukjes in Hyde Park Corner.

Dickens, toch bepaald geen conservatief, achtte het gedweep met de 'goede wilde' dat hij om zich heen aantrof weerzinwekkend. Het leidde de aandacht af van het kommervolle bestaan van de 'eigen' armen in de sloppenwijken, dacht hij. Zijn toon is onverzoenlijk. 'I have not the least belief in the Noble Savage', schrijft hij. 'I consider him a prodigious nuisance, and an enormous superstition. His calling rum fire-water, and me a pale face, wholly fail to reconcile me to him. I don't care what he calls me. I call him a savage, and I call a savage a something highly desirable to be civilized off the face of the earth'. De welwillende houding tegenover vreemde culturen, de nieuwsgierigheid waarvoor zij staan, zoals te vinden bij Montaigne, is hier volslagen zoek. De westerse cultuur is superieur, de overige culturen inferieur. Lijkt hier geen perfecte basis te worden gelegd voor het imperialisme van de jaren tachtig en negentig van de vorige eeuw, een houding die 'eine englische Erfindung' was?[66] Van de wilde wordt gezegd: 'he is a savage – cruel, false, thievish, murderous; addicted more or less to grease, entrails, and beastly customs; a wild animal with the questionable gift of boasting; a conceited, tiresome, bloodthirsty, monotonous humbug'.

Hoe verbazingwekkend dat de goede wilde zo verheerlijkt wordt, zegt Dickens! Men spreekt over hem alsof men het over de goede oude tijd heeft. Men betreurt zijn verdwijning van het wereldtoneel. Maar hoe onterecht is dat niet. Zijn verdwijning 'is a blessed relief and an indispensible preparation for the sowing of the very first seeds of any influence that can exalt humanity'.

Van weinig wat Dickens schrijft zullen we tegenwoordig met instemming kennis nemen. Licht gegeneerd lezen we zijn opstel door.[67] Een enkele keer maakt hij een opmerking die ook tegenwoordig

62 Het meest radicaal in: Rousseau, J.J., *Discours sur les sciences en les arts,* 1750, in: Rousseau, *Oeuvres complètes,* III, Bibliothèque de la Pléiade, Gallimard, Paris 1964, pp. 1-57 waarin het probleem wordt geformuleerd als volgt: 'Le rétablissement des Sciences et des Arts a-t'il contribué à épurer ou à corrompre les Moeurs?' (p. 5). Rousseau beantwoordt de vraag ontkennend, zich daarbij beroepend op Montaigne. 'Je n'ose parler de ces Nations heureuses qui ne connoissent pas même de nom les vices que nous avons tant de peine à réprimer, de ces sauvages de l'Amérique dont Montagne ne balance point à préférer la simple et naturelle police, non-seulement aux Loix de Platon, mais même à tout ce que la Philosophie pourra jamais imaginer de plus parfait pour le gouvernement des Peuples' (p. 12).

63 Een handig overzicht geeft: Luck, Georg, *Die Weisheit der Hunde.* Texte der antiken Kyniker, Alfred Kröner Verlag, Stuttgart 1997.

64 De meest bekende kritiek op het verheerlijken van de goede wilde is natuurlijk Voltaire. Aan J.J. Rousseau schreef hij op 30 augustus 1755: 'On ne peut peindre avec des couleurs plus fortes les horreurs de la société humaine, dont notre ignorance et notre faiblesse se promettent tant de consolations. On n'a jamais employé tant d'esprit à vouloir nous rendre bêtes; il prend envie de marcher à quatre pattes, quant on lit votre ouvrage. Cependant, comme il y a plus de soixante ans que j'en ai perdu l'habitude, je sens malheureusement qu'il m'est impossible de la reprendre, et je laisse cette allure naturelle à ceux qui en sont plus dignes que vous et de moi'. Vgl. Voltaire, *Lettres,* Présentées par Gérard Delaisement, Didier, Bruxelles, Paris Montréal 1968, p. 57.

65 Dickens, Charles, 'The Noble Savage', in: *Household Words,* 11 June 1853, ook in: John Carey, ed., *The Faber Book of Utopias,* Faber and Faber, London 1999, pp. 239-245.

66 Friedell, Egon, *Kulturgeschichte der Neuzeit,* II, Deutscher Taschenbuch Verlag, München 1976 (1927), p. 1369: 'Der Imperialismus ist, wie alle grossen politischen Neuorientierungen, eine englische Erfindung. *'Empire and extension'* lautete die zauberkräftige Devise der achtziger und neunziger Jahre. Ihr Sänger war Rudyard Kipling'.

67 En dat geldt eigenlijk ook voor diegenen die geen cultuurrelativistische sympathieën hebben. Of is het wellicht zo dat we daar tegenwoordig allen mee geïnfecteerd zijn? Vgl. over deze vraag en een verrassende beantwoording daarvan: Tongeren, Paul van, 'Multiculturaliteit, identiteit en tolerantie', in: Jaap Guppelaar en Jean-Pierre Wils, red., *Multiculturalisme,* Damon, Best 1998, pp. 135-151.

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

nog voor politiek correct zou kunnen doorgaan, zoals wanneer hij de wilde kritiseert op zijn vrouwonvriendelijke opvattingen. (Hij valt Buffon bij die de goede wilde had neergezet op de enige manier die rechtdoet aan zijn status: 'the sulky tyrant that he is to women'). Maar dat is dan het enige. Voor het overige klinken zijn opmerkingen voor moderne oren ongemeen hard, zo niet onheilspellend.

Eén van de bezwaren die Dickens tegen de wilde in het geding brengt, is de dictatoriale manier waarop hij regeert en geregeerd wórdt. 'The noble savage sets a king to reign over him, to whom he submits his life and limbs without a murmur or question, and whose whole life is passed chin deep in a lake of blood; but who, after killing incessantly, is in his turn killed by his relations and friends, the moment a grey hair appears on his head. All the noble savage's wars with his fellow-savages (and he takes no pleasure in anything else) are wars of extermination – which is the best thing I know of him, and the most comfortable to my mind when I look at him. He has no moral feelings of any kind, sort, or description; and his "mission" may be summed up as simply diabolical'.

Hij eindigt zijn opstel sinister. 'It is my opinion that if we retained in us anything of the noble savage, we could not get rid of it too soon'. En verder: 'To conclude as I began. My position is, that if we have anything to learn from the Noble Savage, it is what to avoid. His virtues are a fable; his happiness is a delusion; his nobility, nonsense. We have no greater justification for being cruel to the miserable object, than for being cruel to William Shakespeare or an Isaac Newton; but he passes away before an immeasurable better and higher power than ever ran wild in any earthly woods, and the world will be all the better when his place knows him no more'.

Misschien klinken die laatste woorden nog wel het meest onheilspellend: 'when his place knows him no more'. De westerse beschaving maakte zich gereed voor een imperialistische kruistocht over de gehele wereld, zo lijkt het.

Op het eerste gezicht lijkt het cultuurrelativisme dan ook een uiterst aantrekkelijke positie. Het representeert een sympathieke, ruimdenkende, tolerante, politiek-correcte houding als antidote tegen de arrogante, westerse pretentie de wereld te mogen en kunnen beheersen. Het is in overeenstemming met moderne en verlichte inzichten uit de sociologie, filosofie en culturele anthropologie, zoals uit de typeringen van Herodotus, Protagoras, Montaigne, Sumner, Westermarck en Benedict is gebleken. Het lijkt moeilijk de verleiding van de cultuurrelativistische positie te weerstaan. Maar is deze werkelijk zo sterk als het lijkt?

3.11 Waarom is het cultuurrelativisme zo verleidelijk?

Laten we de elementen van het cultuurrelativisme proberen iets nader te analyseren om te beoordelen of die aantrekkelijkheid standhoudt bij kritische analyse.

(1) Er bestaat culturele verscheidenheid. Het vertrekpunt van het cultuurrelativisme valt natuurlijk niet te ontkennen. Herodotus constateert verschillen tussen de Grieken en de Kallathianen. Montaigne releveert de verschillen tussen zijn eigen cultuur en die van de wilden. Sumner ziet dat de 'folkways' naar tijd en plaats divergeren. Benedict ziet dat homosexualiteit en andere praktijken in de westerse cultuur geheel anders worden gewaardeerd dan bij de Dyaken, Hopi's en Jakuts. Westermarck heeft zijn leven gewijd aan het beschrijven van grote verschillen tussen de wijze waarop wij bloedwraak, liefdadigheid, slavernij, waarheidsliefde en ascetisme beleven en de wijze waarop dat geschiedt bij andere volkeren. De Amerikaanse filosoof Louis Pojman wijst op Westermarck's *Origin and Development of Moral Ideals* (1906) als een 'mine of examples of cultural diversity',[68] maar eigenlijk vinden we in Montaigne's *Essais* hetzelfde. Zijn essay *De la coutume* is één lange opsomming van de meest verschillende zeden en gebruiken.[69] Er is niet één opvatting te noemen, hoe bizar ook,

68 Pojman, Louis P., 'A Defense of Ethical Objectivism', in: Pojman, Louis, ed., *Moral Philosophy: A Reader,* Second Edition, Hackett Publishing Company, Inc., Indianapolis/Cambridge 1998 (1993), pp. 38-52, p. 51.

69 Montaigne, *Essais,* I, 23.

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

die niet ergens kan worden aangetroffen. 'Ik geloof dat de menselijke fantasie niets kan invallen, hoe krankzinnig ook, of er is wel een voorbeeld van te vinden in een of ander volksgebruik, en dat derhalve niet gesteund en gefundeerd wordt door ons verstand'.

> Er zijn landen waar men iemand die men groet de rug toekeert; er zijn landen waar de mensen uitsluitend via een tussenpersoon met de koning praten; er zijn landen waar maagden openlijk hun schaamdelen tonen, terwijl de gehuwde vrouwen van hetzelfde volk ze juist zorgvuldig moeten bedekken en verbergen; er zijn landen waar men openbare bordelen met mannen ziet en zelfs huwelijken tussen mannen; er zijn landen waar zowel mannen als vrouwen besneden als gedoopt worden; er zijn landen waar de soldaat die er in geslaagd is zijn koning in één of meer gevechten zeven hoofden van vijanden aan te bieden, in de adelstand wordt verheven; ja, er zijn zelfs landen waar men vanuit de zo zeldzame en onbeschaafde overtuiging leeft dat de ziel sterfelijk is.

Wie van die variëteit kennisneemt kan toch niet anders dan onder de indruk zijn. En inderdaad, culturele variëteit valt ook niet te ontkennen.

(2) Moraal is een onderdeel van cultuur. Een tweede punt dat bij alle cultuurrelativisten voorkomt, is de stelling dat ook moraal onder de cultuur valt. Of: moraal is een deel van de cultuur. Het woord 'cultuur' kan in een bredere en in een engere zin worden gehanteerd. In de brede zin verwijst het naar alle kenmerken van bepaalde levensvormen, In de engere zin verwijst het naar een systeem van waarden dat daaraan impliciet is.[70] Maar in beide gevallen valt moraal daar onder.[71]

Dat moraal een onderdeel is van cultuur lijkt evenmin te loochenen als het gegeven van de variteit van waarden en normen. En dat leidt ons als vanzelf tot de derde stelling, namelijk:

(3) Moraal is afhankelijk van cultuur. Als de cultuur anders is, is de moraal anders. Zo kunnen we dat opmaken uit de voorbeelden van vrouwenbesnijdenis en het uitspreken van een fatwa over de Britse schrijver. Men heeft een andere cultuur en daaruit vloeien andere morele opvattingen voort. Lees Montaigne, lees Westermarck. 'Naar mijn mening is er niets dat de gewoonte niet doet of vermag, en terecht noemt Pindarus haar, naar men mij verteld, heeft, de koningin en heerseres van de wereld', schrijft Montaigne.[72] Pascal formuleerde het treffend toen hij schreef: 'Drie breedtegraden naar het Noorden gooien heel de jurisprudentie omver, een meridiaan verandert de geldende rechtswaarheid; na enkele jaren veranderen de meest fundamentele wetten'.[73]

Wat we bij Pascal aantreffen, is een punt dat keer op keer gemaakt zal worden. Het is een vergelijking tussen moraal en recht. Dat die vergelijking gemaakt wordt, is begrijpelijk. Recht en moraal zijn op vele punten vergelijkbaar. In beide gevallen gaat het om normatieve regels. Kenmerkend voor recht is dat de gelding daarvan verschilt naar de nationale jurisdictie waarin men zich bevindt. Het is rechtens juist om in Engeland links te rijden. Het is rechtens juist som in Nederland rechts te rijden. Niemand zal beweren dat men in Engeland weliswaar links rijdt, maar dat het 'eigenlijk juist' zou zijn om rechts te rijden. *Ten aanzien van het recht* zijn we dus allemaal cultuurrelativist. Waarom zouden we het dan niet zijn ten aanzien van de moraal?[74]

(4) Men kan zich niet bevrijden van zijn cultuur. Van de culturele invloed kan ook niemand zich bevrijden, leert de cultuurrelativist. Cliteur kijkt de wereld in als eenentwintigste-eeuwse Europeaan

70 'Culture', in: *The Oxford Companion to Philosophy,* Oxford University Press, Oxford/New York 1995, p. 172.

71 'Cultuur' wordt ook wel omschreven als 'The totality of socially transmitted behavior patterns, arts, beliefs, institutions, and all other products of human work and thought', waaronder natuurlijk ook moraal ressorteert. Vgl. *The American Heritage Dictionary of the English Language,* derde druk.

72 Montaigne, *Essais,* I, 23.

73 'Trois degrés d'élévation du pôle renversent toute la jurisprudence, un méridien décide de la vérité; en peu d'années de possession, les lois fondamentales changent'. Vgl. Pascal, *Pensées,* Fragment 294 (editie Brunschvicg).

74 Morton, Adam, 'Rationalism versus Relativism in Morals', in: *Philosophy in Practice,* Blackwell, Cambridge (Mass.), Oxford 1996, pp. 91-122, p. 107 formuleert het als volgt: 'What places are to table manners, and points of view are to right and left, societies might be to morality. Moral beliefs are not simply true or false but only relative to society'.

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

of Nederlander. Als hij in Somalië zou zijn geboren, dan zou hij toch een andere visie op vrouwenbesnijdenis hebben gehad? De macht van het culturele determinisme verwoordt Montaigne als volgt. De 'macht der gewoonte' bestaat hierin dat 'zij ons pakt en zo in haar greep heeft, dat we nauwelijks in staat zijn ons er weer aan te ontworstelen en tot onszelf te komen om haar voorschriften rationeel te overdenken'.[75]

We zuigen de gewoonte met de moedermelk op, aldus Montaigne. En juist omdat zij ons krachtens haar genese zo vertrouwd is, lijkt het alsof het ons aangeboren is om dat patroon te volgen. 'Zo komt het dat men gelooft dat wat buiten de grenzen van het gebruikelijke gaat, ook de grenzen van het redelijke overschrijdt; en God weet hoe onzinnig dat in de meeste gevallen is'. De cultuur is dus bepalend voor onze morele opvattingen in de zin dat we ons daarvan niet kunnen bevrijden. We hebben geen 'pristine eyes', zegt Benedict. De 'folkways', zegt Sumner, 'extend over the whole of life'. De mores bepalen alle noties van netheid, kuisheid, beleefdheid, plicht, recht, respect enzovoorts. Ook hier is het Montaigne die misschien nog wel de aardigste verwoording geeft van het cultuurrelativistisch standpunt. Hij zegt: 'Met hetzelfde recht als we Perigordijnen of Duitsers zijn, zijn we christenen'.[76] We ontvangen onze religie 'op onze eigen manier', schrijft hij, en 'met onze eigen handen'. 'We zijn toevallig in het land geboren waar zij gepraktiseerd wordt. (..) Een andere streek en andere zegslieden zouden ons met overeenkomstige beloften en dreigementen op dezelfde manier een tegengesteld geloof kunnen inprenten'.[77]

(5) Absolute waarden en waarheden bestaan niet. En ligt het dan tevens niet voor de hand te stellen dat het bestaan van absolute en universele waarden als een hersenschim moet worden afgewezen? Bijgeloof, noemt Sumner het en hij denkt ook te kunnen verklaren waar dat vandaan komt. Hetzelfde vinden we bij Herodotus, bij Protagoras, Benedict, Sumner en Westermarck.

Tot zover lijkt het cultuurrelativisme een louter beschrijvende opvatting die niet veel met ethiek of een andere normatieve wetenschap te maken heeft. Maar wie tussen de regels doorleest – en daarvoor hoeft men niet eens *zoveel* tussen de regels door te lezen – zal constateren dat de cultuurrelativist ook regelmatig normatieve uitspraken doet. Dat is ook de reden waarom het cultuurrelativisme in handboeken van de ethiek behandeld wordt. Zou het alleen een opvatting zijn over culturele verscheidenheid, dan zou het als object van reflexie niet verder komen dan de kring van cultureel anthropologen. Zou het alleen een theorie zijn over de invloeden op het menselijke gedrag, dan zouden alleen psychologen en sociologen zich daarmee bezighouden. Maar het cultuurrelativisme is ook een theorie over wat mensen *behoren* te doen. De cultuurrelativist maant ons aan tot bescheidenheid, zoals bij Montaigne en Benedict. Hij levert ons criteria aan waarmee we kunnen onderscheiden tussen moreel juist en moreel onjuist, zoals Protagoras en Sumner doen. De normatieve claims van de cultuurrelativist laten zich samenvatten in twee punten, namelijk:

(6) Het geeft geen pas een vreemde cultuur met onze eigen waarden te beoordelen. Dit is de eerste normatieve claim van de cultuurrelativist. Zij treedt vooral bij Montaigne op de voorgrond, maar is eigenlijk ook al bij Protagoras te vinden. Ook Ruth Benedict is sterk doordrongen van dit idee. Benedict verwachtte bovendien heilzame consequenties van haar cultuurrelativisme. Als geen cultuur superieur zou zijn aan een andere, zou ook het imperialisme moeten worden afgewezen. Culturen zouden tolerant tegenover elkaar komen te staan.[78]

Ook Westermarck meent dat het idee van de relativiteit van morele waarden naar alle waarschijnlijkheid tolerantie tot gevolg zou hebben. 'Could it be brought home to people that there is no ab-

75 Montaigne, *Essais,* I, 23.

76 Montaigne, *Essais,* II, 12.

77 Montaigne, *Essais,* II, 12.

78 Vgl. Boss, Judith A., 'Cultural Relativism. Is Morality Dependent on Culture?', in: Judith A. Boss, *Ethics for Life.* An Interdisciplinary and Multicultural Introduction, Mayfield Publishing Company, Mountain View, California, London, Toronto 1998, pp. 104-146, p. 118.

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

solute standard in morality, they would perhaps be on the one hand more tolerant and on the other hand more critical in their judgments'.[79]

(7) Als men een cultuur zou willen beoordelen, dan zou men dat moeten doen met de maatstaven die aan die cultuur zelf zijn ontleend. Een tweede normatieve claim van het cultuurrelativisme vormt het spiegelbeeld van de vorige. Aan de vorige zou men het standpunt kunnen verbinden dat men überhaupt geen moreel oordeel over een cultuur mag uitspreken. Maar dat is een vorm van moreel nihilisme die de cultuurrelativist zal vermijden. Hij meent wel degelijk dat een cultuur kan worden beoordeeld. Hij meent alleen dat de criteria die we daarvoor hanteren de criteria moeten zijn die *door deze cultuur zelf* worden aangeleverd. Reeds bij Protagoras vinden we dat perspectief verwoord.

3.12 Is het cultuurrelativisme bij nadere overweging overtuigend?

Pas nu we de elementen van het cultuurrelativisme hebben ontrafeld kunnen we deze waarderen. Dan blijft natuurlijk altijd de vraag: *hoeveel* en *welke* elementen moet iemand onderschrijven om hem of haar terecht een 'cultuurrelativist' te noemen? Wij zullen ons beperken tot de stelling dat in ieder geval het idee van de culturele bepaaldheid van de moraal een centrale plaats heeft. De basis van het cultuurrelativisme, het bestaan van culturele variëteit, is natuurlijk ook wel wezenlijk, maar tegelijkertijd zo'n algemeen geaccepteerde constatering dat het ons allemaal cultuurrelativist zou maken wanneer hier de essentie van het cultuurrelativisme mee getroffen zou zijn. Het gaat erom wat de cultuurrelativist met het gegeven van de culturele variëteit doet.[80] En wat doet hij? Hij trekt uit het gegeven van de culturele variëteit een vergaande conclusie, namelijk de conclusie van het relativisme. Maar *die* conclusie zou wel eens niet valide kunnen zijn. Wij denken dat dit inderdaad het geval is. De zwakke plek in het cultuurrelativisme schuilt in een overaccentuering van de culturele dimensie van de moraal. Cultuurrelativisten zijn *au fond* cultureel deterministen: zij zien de moraal geheel aan de leiband van de cultuur lopen. Maar daarmee doet men geen recht aan de aard van de moraal. We zullen dat nu illustreren door nader in te gaan op de elementen die hiervoor als de cultuurrelativistische verleiding zijn geïntroduceerd. Wanneer we immers het cultureel determinisme van de cultuurrelativisten hebben laten varen, is wellicht de weg vrijgekomen die de cultuurrelativisten gesloten waanden: het opstellen van universele waarden en normen.

3.13 De opvatting van Dworkin over 'kritische moraal': moraal gaat tegen de cultuur in

De eerste vraag die we dan aan de orde moeten stellen is niet of morele waarden door cultuur worden beïnvloed (een stelling die een ieder zal onderschrijven), maar *of het volledig onmogelijk is voor de moraal om zich van culturele bepaaldheid te bevrijden?*

Op dat moment hebben we te maken met een ambivalentie van het woord 'moraal'. De Amerikaanse rechtsfilosoof Ronald Dworkin wijst erop dat termen als 'een morele positie' en 'een morele overtuiging' zowel als termen van rechtvaardiging en kritiek functioneren, maar ook als termen

79 Westermarck, O.c., p. 59.

80 In deze zin ook: Gensler, Harry J., 'Cultural Relativism', in: *Ethics,* London & New York 1998, pp. 11-20; en ook: Pojman, Louis P., 'Ethical Relativism: Who's to Judge What's Right and Wrong?', in: Louis P. Pojman, *Ethics.* Discovering Right and Wrong, Second Edition, Wadsworth, Belmont, California 1995, pp. 24-40.

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

die louter iets beschrijven.[81] We kunnen over 'moraal', 'morele overtuigingen', 'morele posities' e.d. spreken 'in what might be called an anthropological sense, meaning to refer to whatever attitudes the group displays about the propriety of human conduct, qualities or goals'. In deze betekenis kunnen we bijvoorbeeld zeggen dat de moraal in Nazi-Duitsland gebaseerd was op vooroordelen of dat deze irrationeel was.

We kunnen 'morele positie' en 'morele overtuiging' echter ook gebruiken in een meer kritische zin, en wel om moraal te onderscheiden van rationalisaties, vooroordelen, zaken van persoonlijke aversie en smaak. Vervolgens probeert Dworkin aan te geven wat met die kritische moraal bedoeld wordt en welke kenmerken we daaraan kunnen onderscheiden. Het resultaat van zijn analyse is het volgende. *Kenmerkend voor de kritische moraal is dat men redenen moet kunnen aangeven voor een moreel standpunt en dat dit standpunt consistent moet zijn.* Men kan zich niet beperken tot het aangeven van gevoelens ('homosexuals make me sick'). Hij zegt: 'We distinguish moral positions from emotional reactions, not because moral positions are supposed to be unemotional or dispassionate – quite the reverse is true – but because the moral position is supposed to justify the emotional reaction, not vice versa'. Wie niet meer kan dan napraten wat anderen hem op dit terrein hebben geleerd, heeft zijn oordeel niet gebaseerd op een morele overtuiging.

Wat Dworkin hier formuleert, is een bekende, en onder ethici breed geaccepteerde, kritiek op het 'emotivisme'.[82] Emotivisten gaan ervan uit dat morele oordelen uitdrukking geven aan onze gevoelens. Westermarck is bijvoorbeeld een aanhanger van het emotivisme en zijn (cultuur)relativistische benadering van moraal hangt nauw samen met zijn emotivisme. Bernard Williams, een Britse filosoof, kritiseert het emotivisme met de vaststelling dat wanneer twee personen verschillende morele visies zouden presenteren volgens de emotivist geen *verschil van mening* bestaat, want zij zijn eigenlijk als twee personen in een boot waarbij de ene zegt 'ik voel me ziek' en de andere zegt 'ik voel me kiplekker'.[83] Kortom, de emotivist kan verschil van mening over morele aangelegenheden niet verklaren.

Maar voor ons onderwerp is ook belangrijk dat de kritiek van Dworkin (en Williams) raakt aan een opvatting die moraal ziet als niets anders dan consensus over 'folkways', mores, bestaande praktijken, zaken waarover consensus bestaat en dergelijke. Weliswaar is dit het begrip van moraal dat we aantreffen bij anthropologen, zegt Dworkin, maar daarmee is het begrip van moraal, ook in het alledaagse spraakgebruik, niet uitgeput. Iemand die niet meer doet dan de 'folkways' overnemen neemt geen 'morele positie' in, althans niet in de zin van de kritische moraal.

Het behoeft nauwelijks betoog dat daarmee de omschrijvingen van moraal, zoals we die hebben aangetroffen bij Benedict, Sumner, Protagoras en andere cultuurrelativisten vervallen. Moraal *in de zin van kritische moraal* is niet het volgen van de 'folkways', maar het bepalen van een eigen kritische attitude daartegenover.

Dat moraal een deel is van de cultuur en dat die cultuur *invloed uitoefent* op de moraal is overigens juist. Men zou het zelfs een gemeenplaats kunnen noemen. Wat dat betreft heeft Benedict ook gelijk dat het niet moeilijk zal vallen ethici te overtuigen van de culturele invloed op moraal. De ethicus

81 Dworkin, Ronald, 'Lord Devlin and the Enforcement of Morals', in: *The Yale Law Journal,* Vol. 75, no. 5, april 1966, pp. 986-1005, deels in: N. Schott Arnold, Theodore M. Benditt, and George Graham, eds., *Philosophy.* Then and Now, Blackwell, Malden (Mass.) and Oxford 1998, pp. 438-442. Dworkin neemt hier stelling tegen Patrick Devlin die in zijn boek *The Enforcement of Morals* een pleidooi had gehouden voor het door middel van het recht afdwingen van de moraal van de gewone burger ('the man in the Clapham Omnibus'). Vgl. Devlin, P., *The Enforcement of Morals,* Oxford University Press, Oxford/New York 1965 (first published as Maccabaean Lecture in Jurisprudence, *Proceedings of the British Academy,* 1959). Devlin voerde over dit punt ook een bekende discussie met Hart, H.L.A., *Law, Liberty and Morality,* Oxford University Press, Oxford New York 1963.

82 Vgl. Rachels, James, 'Subjectivism', in: Peter Singer, ed., *A Companion to Ethics,* Blackwell, Cambridge (Mass.), Oxford 1991, pp. 432-442; Rachels, James, 'Nietzsche and the Objectivity of Morals', in: N. Scott Arnold, Theodore M. Benditt, and George Graham, eds., *Philosophy Then and Now,* Blackwell, Cambridge (Mass.), Oxford 1998, pp. 385-414; Stace, W.T., *The Concept of Morals,* MacMillan, London 1937, pp. 1-69.

83 Williams, Bernard, *Morality,* Cambridge University Press, Cambridge 1993 (1972), p. 16.

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

Boss schrijft: 'Very few ethicists believe that morality is completely autonomous – that is, independent of its particular context. As moral decision-makers, we live in a world of particulars. Social settings, individual circumstances, cultural values, environmental conditions, and religious beliefs vary tremendously from culture to culture'.[84] Wie zou kunnen ontkennen dat waarden en normen worden beïnvloed door cultuur? Om een werkelijk opmerkelijke stelling te verdedigen zal men dan ook verder moeten gaan. Men zal bijvoorbeeld moeten verdedigen dat die invloed veel verder gaat dan de meeste mensen denken of dat mensen zich niet van die culturele binding kunnen losmaken. En dat is inderdaad wat de cultuurrelativist doet. Benedict zegt dat we de wereld nooit met 'pristine eyes' kunnen bekijken. Net als we volgens Kant niet kunnen waarnemen zonder de *Anschauungsformen* van tijd en ruimte, zo menen de cultuurrelativisten dat we ons niet kunnen bevrijden van de 'culturele tijd en ruimte'. Zoals volgens de psychologisch egoïst de individuele mens zich niet kan bevrijden van zijn eigen zelfzuchtige neigingen,[85] zo geldt voor de cultureel determinist dat de mens zich niet van de cultuur van zijn groep kan bevrijden.[86] De cultuurrelativist leert, met andere woorden, een vorm van cultureel determinisme.

De vraag is nu of die positie houdbaar is.

3.14 De wijsgerige anthropologie van de cultureel anthropologen is enigszins naief

Nu hebben wij ons hiervoor al aangesloten bij Dworkin die zijn standpunt uitwerkt ten aanzien van het concept 'moraal'. Maar we zouden die vraag ook kunnen opwerpen naar aanleiding van een analyse van het *mensbeeld* dat de (doorgaans cultureel anthropologisch geschoolde) cultuurrelativisten erop nahouden. Wat is eigenlijk de wijsgérige anthropologie van de cultureel anthropoloog?

De cultuurrelativist stelt niet alleen dat juist is *wat de groep vindt* dat juist is. Maar het cultuurrelativisme is ook een overtuiging dat het individu zich nooit aan de invloed van de groep kan onttrekken.[87] Impliciet in Sumner's *Folkways* is een confrontatie met geschriften als *On Liberty* van John Stuart Mill[88] of *Aforismen zur Lebensweisheit* van Arthur Schopenhauer[89] waarin – ondanks alle verschillen – toch de gemeenschappelijke overtuiging besloten ligt dat de individuele mens zich aan de dwang van de groep kan onttrekken.

Volgens Sumner moet zoiets onmogelijk zijn. Wat Schopenhauer als 'Selbstdenken'[90] typeert kan voor Sumner niet anders dan een illusie zijn. Voor Sumner zou een geschiedenis van 'vrijdenken', een geschiedenis van mensen die zich hebben onttrokken aan de geloofsdwang van hun samenleving,

84 Boss. O.c., p. 111.

85 Wel te onderscheiden van moreel egoïsme. Het psychologisch egoïsme wordt onder andere verdedigd door Thomas Hobbes in *Leviathan,* en bekritiseerd door: Butler, Joseph, *Fifteen Sermons Preached at Rolls Chapel,* Oxford 1726, gedeeltelijk ook in: D.D. Raphael, *British Moralists,* 1650-1800, I, Hobbes-Gay, Hackett, Indianapolis/Cambridge 1991, pp. 325-377. Vgl. voor een heldere analyse: Broad, C.D., *Five Types of Ethical Theory,* Routledge & Kegan Paul, London 1930 en Rachels, 'Man is not always Selfish', in: Gould, James A., ed., *Classic Philosophical Questions,* MacMillan & Maxwell, New York/Toronto 1992, pp. 121-132.

86 Een reden ook waarom psychologisch egoïsme, cultureel relativisme en subjectivisme worden getypeerd als uitdagingen voor de moraal. Vgl. bijvoorbeeld: Ellin, Joseph, *Morality and the Meaning of Life,* Harcourt College Publishers, Forth Worth, Philadelphia etc. 1995, p. 18 e.v. en Bond, E.J., *Ethics and Human Well-Being,* Blackwell, Oxford and Cambridge Mass. 1996, pp. 7-20.

87 Het maakt nogal wat uit of men de mens ziet als 'Schöpfer der Kultur' dan wel als 'Geschöpf der Kultur'. Vgl. over de verschillende opvattingen: Landmann, Michael, *Philosophische Anthropologie.* Menschliche Selbstdeutung in der Geschichte und Gegenwart, Walter de Gruyter, Berlin/New York 1976, p. 176.

88 Mill, J.S., *On Liberty,* Penguin Books, Harmondsworth 1977 (1859).

89 Opgenomen in: Schopenhauer, Arthur, *Parerga und Paralipomena,* in: *Sämtliche Werke,* V, Cotta-Verlag/Insel-Verlag, Frankfurt am Main 1965 (1851).

90 Vgl. Schopenhauer, O.c., pp. 577-588.

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

eigenlijk helemaal niet kunnen bestaan, immers de individuele mens is met huid en haar, van top tot teen, overgeleverd aan de cultuur waarin hij leeft. Elke poging ons te verheffen boven onze cultuur, elke pretentie dat we zoiets daadwerkelijk hebben gedaan, kan Sumner niet anders dan als een waanidee terzijde schuiven. 'Every attempt to win an outside standpoint from which to reduce the whole to an absolute philosophy of truth and right, based on a unaltarable principle, is a delusion'.[91] Toch blijft dan nog steeds de vraag bestaan hoe verandering mogelijk is. Daar zal Sumner als aanhanger van Darwin (en niet van Parmenides) toch een antwoord op moeten geven. Hij stelt deze problemen niet expliciet aan de orde, maar impliciet formuleert hij wel degelijk een antwoord, hoe onbevredigend ook. Hij blijkt zich te realiseren dat in elke cultuur soms nieuwe elementen doorbreken. Hij verklaart dat als volgt. 'New elements are brought in only by new conquests of nature through science and art'. Nu zou dat juist kunnen zijn. Wanneer men het 'art' weglaat, zou het een marxistische visie kunnen zijn. Maar stellen dat de motor van de geschiedenis uit de ontwikkeling van de wetenschap bestaat is nog iets anders dan *verklaren hoe dat mogelijk is op basis van de premissen die Sumner als onwrikbaar heeft geponeerd.* Immers hoe kan hij verklaren dát zoiets gebeurt? Wetenschap wordt gemaakt door mensen. En wanneer mensen, geheel bevangen in het keurslijf van folkways en mores, zich niet zouden kunnen vrijmaken van de dwang van de heersende paradigma's zou wetenschappelijke verandering toch niet plaats kunnen hebben gehad? Waarom heeft Galilei zich kunnen onttrekken aan de mores van zijn tijd? Waarom heeft ook Newton dat gekund? Hoe heeft Darwin de 'folkways' en 'mores' van de christelijke wetenschap van zijn tijd kunnen weerstaan?[92]

Waarschijnlijk zal Sumner John Donne citeren: 'No man is an island'. Ook grote wetenschappers opereerden niet in een vacuum. Toen Darwin de evolutieleer formuleerde 'hing deze in de lucht'.[93] Maar daarmee hebben we de zaak toch onvoldoende verklaard, want dan doet zich weer de vraag voor hoe deze *voorlopers* van Darwin zich konden bevrijden van hun cultuur.

Benedict lijkt iets voorzichtiger op dit punt. Zij zegt: 'The *vast majority* of individuals in any group are shaped to the fashion of that culture'. En verder: 'In other words, *most individuals* are plastic to the moulding force of the society into which they are born' (cursiveringen toegevoegd). En inderdaad: dat geldt voor de overgrote meerderheid van de mensen. John Stuart Mill zou het haar hebben nagezegd. Schopenhauer ook. Hij heeft het weinig vleiend over de 'fabriekswaren van de natuur'.[94] Daarmee bedoelt hij de mensen die de geijkte paden bewandelen, de standaardopinies aanhangen. Het overgrote deel van de mensen is conformistisch (ook wetenschappers die zich graag aansluiten bij de vigerende paradigma's en uitspreken wat in hun tijd leeft).[95] Maar het significante is natuurlijk dat het niet *voor allen* geldt. Ook Benedict lijkt zich dat te realiseren, want zij heeft het niet voor niets over de 'vast majority' en niet over 'everyone'. Er zijn altijd mensen geweest die zich aan het culturele matrijs hebben kunnen onttrekken.[96] En misschien is wel het specifieke van de moraal in haar

91 Sumner, O.c., p. 55. In de wereld van het cultureel determinisme kan De Vrije Gedachte dan ook bepaald geen 'zin van de geschiedenis' uitmaken. Vgl. Cliteur, P.B., 'De vrije gedachte als zin van de geschiedenis', in: S.W. Couwenberg, red., *Op de drempel van een nieuwe eeuw.* Terugblik op de 20ste en vooruitblik op de 21 eeuw, Agora, Baarn 1999, pp. 71-85.

92 Waaraan hij overigens weinig genoegen beleefde. Darwin was geen vrijdenker die de strijd met de heersende orthodoxie graag aanging, in tegenstelling tot zijn enthousiaste apostel T.H. Huxley die nog langer wilde leven om de 'foot of Science on the necks of her enemies' te zien staan. Vgl. White, Michael, & Gribbin, John, *Darwin.* A Life in Science, Simon & Schuster, London etc. 1995, p. 187.

93 Mooi beschreven door: Berg, J.H. van den, *Koude rillingen over de rug van Charles Darwin.* Metabletisch onderzoek naar de oorzaak van onze verknochtheid aan de afstammingsleer, Uitgeverij G.F. Callenbach, Nijkerk 1984.

94 Schopenhauer, Arthur, *Die Welt als Wille und Vorstellung,* I, Cotta-Verlag/Insel-Verlag, Stuttgart/Frankfurt am Main 1976 (1818), p. 268: 'Der gewöhnliche Mensch, diese Fabrikswaren der Natur (...)'.

95 Hoe vaak leest men in een 'wetenschappelijke' verhandeling niet dat standpunt zus of zo 'vroeger' werd aangehangen, maar dat 'we' nu wel beter weten. We zagen dat ook nog bij Benedict.

96 Vgl. over dit begrip: Romein, Jan, 'Over de menselijke waardigheid. *Uit de geschiedenis van een begrip',* (1938), in: *Historische lijnen en patronen.* Een keuze uit de essays, Em. Querido's Uitgeverij BV, Amsterdam 1976, pp. 119-147, p. 125 die spreekt over de menselijke waardigheid als een 'nieuw cultuurmatrijs', een nieuwe vorm 'waarin alles gegoten werd, een nieuwe gezichtshoek, van waaruit men onwillekeurig alles ging bekijken.'

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

kritische hoedanigheid dat het een 'view from nowhere'[97] hanteert, het perspectief van de 'impartial spectator',[98] de 'pristine eyes', waarvan Benedict het bestaan ontkent.

De juistheid van de kantiaanse benadering in de ethiek is dan ook dat een categorisch imperatief altijd universaliseerbaar moet zijn.[99] Dat sluit overigens niet uit dat men ten aanzien van betrekkelijk onbelangrijke zaken zich kan conformeren aan de locale folklore. Maar als het gaat om het beoordelen van vrouwenbesnijdenis, een onthoofdingsritueel of andere fundamentele kwesties, dan *kan* en *dient* men een universeel menselijk perspectief in te nemen. Niet *de eigen waarden en normen,* maar de waarden en normen zoals die voor alle redelijk denkende mensen zouden moeten gelden zijn doorslaggevend.[100]

3.15 De cultuurrelativisten handelen niet volgens hun eigen theorie

Nu is de boven gepresenteerde aanval op het cultuurrelativisme naar mijn smaak weliswaar theoretisch-principieel juist, maar strategisch-pragmatisch misschien toch niet erg effectief. Deze aanval blijft namelijk afhankelijk van de overtuigingskracht van de antropologische stelling dat de mens tot zoiets als wat hiervoor werd geïntroduceerd als kritische moraal *in staat is.* Cultuurrelativisten zijn echter geneigd daarover wereldwijs te schamperen. Het lijkt ook nogal een pretentie: dat de mens zich uit de aard van zijn menszijn van zijn cultuur kan bevrijden en het perspectief van de onpartijdige waarnemer kan innemen. Zoiets moet men maar geloven.

Ik wil daarom de kritiek op het cultuurrelativisme ook nog op een meer pragmatische manier inzetten, namelijk door te wijzen op de innerlijke tegenspraken waarin de aanhangers daarvan zich verstrikken. Misschien is een goede introductie hiervoor terug te keren naar het perspectief van Montaigne. De door Herodotus en Montaigne geciteerde uitspraak dat er niets is dat de gewoonte niet doet of vermag blijkt bij nadere overdenking toch iets minder overtuigend dan het leek. Dat blijkt zelfs Montaigne te beseffen wanneer men goed tussen de regels doorleest. Hij zegt: 'De macht der gewoonte bestaat hierin dat zij ons pakt en zo in haar greep heeft, dat we *nauwelijks* in staat zijn ons er weer aan te ontworstelen en *tot onszelf te komen* om haar voorschriften *rationeel* te overdenken' (cursiveringen toegevoegd; PC).[101] De hier gecursiveerde woorden zijn significant. Ondanks zijn herhaalde verzekering dat de macht der gewoonte groot is, erkent hij bepaalde criteria op basis waarvan we gewoonten zouden kunnen en moeten toetsen. Dat is moeilijk, zeker. Wij zijn daartoe nauwelijks in staat. Maar het is kennelijk wel nodig om 'tot onszelf' te komen. Daaruit treedt een 'zelf' naar voren dat niet geheel cultureel is gedetermineerd. Dat zelf moet zich dan oriënteren op de ratio en niet op de gewoonte. Even verder zegt Montaigne ook dat het *lijkt* (en dus niet zo *is)* alsof wat we gewoon zijn te doen wat ons is aangeboren.[102] Zelfs direct nadat Montaigne het verhaal over Darius heeft verteld maakt hij enkele opmerkingen die eigenlijk de portée van zijn stelling dat de cultuur almachtig

97 Nagel, Thomas, *The View from Nowhere,* Oxford University Press, New York/ Oxford 1986.

98 Smith, Adam, *The Theory of Moral Sentiments,* III,iii,4.

99 Tegenwoordig voorgestaan door Hare. Vgl. Hare, R.M., *Sorting out Ethics,* Clarendon Press, Oxford 1997 en in het kort: Hare, R.M., 'Universal Prescriptivism', in: Peter Singer, ed., *A Companion to Ethics,* Blackwell, Oxford, Cambridge (Mass.) 1993 (1991), pp. 451-464.

100 Terecht schrijft Rachels: 'Torture and slavery could still be wrong, independent of cultural standards, even if those other types of behavior are not. It is a mistake to think that because some standards are relative to culture, all must be'. Vgl. Rachels, James, *Can Ethics Provide Answers?* And Other Essays in Moral Philosophy, Rowman & Littlefield Publishers, Inc. Lanham, Boulder, New York, London 1997, p. 23.

101 Montaigne, *Essais,* I, 23.

102 Taylor (niet Richard, maar Charles) merkt op dat Montaigne aan het schrijven van zijn *Essais* begon in de veronderstelling dat men natuur en rede aan het culturele als norm voor kon houden, maar dat hij daarvan later zou zijn teruggekomen. Een genetisch-historisch onderzoek zou hier uitkomst moeten bieden. Op basis van de frequentie waarop hij zich op de ratio en de natuur beroept kan men echter opmaken dat hij deze een belangrijke plaats toemeet. Vgl. Taylor, Charles, *Sources of the Self.* The Making of Modern Identity, Cambridge University Press, Cambridge 1989, p. 178.

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

is ondermijnen. Darius vroeg, zoals we hiervoor al hebben besproken, tegen welke prijs de Grieken bereid zouden zijn het gebruik van de Indiërs over te nemen om hun overleden vaders op te eten, waarop het antwoord luidde dat zij dat nooit zouden doen.[103] Montaigne becommentarieert dat met: 'Iedereen reageert zo, aangezien gewoonten ons het zicht op de ware aard der dingen benemen'. Uit dat laatste blijkt dat Montaigne in die zin geen consequent relativist is, dat hij nog een 'ware aard der dingen' ('le vrai visage des choses') voor mogelijk houdt, los van wat de cultuur ons voorschrijft. In een radicaal – of zoals we tegenwoordig zeggen: postmodern – relativisme kan van een 'ware aard der dingen' geen sprake meer zijn. Keer op keer herformuleert Montaigne zijn centrale these over de culturele gebondenheid van al onze opvattingen, maar evenzovele keren relativeert hij die stelling weer met opmerkingen waarbij hij de 'waarheid' en de 'rede' contrasteert met het cultureel gevormde. Nog één voorbeeld: 'Wie zich van het machtige vooroordeel der gewoonte wil bevrijden, zal merken dat heel wat dingen die met beslistheid aanvaard zijn als boven iedere twijfel verheven, toch op niets anders berusten dan op de grijze baard en de ouderdomsrimpeltjes van het gebruik waarmee ze verbonden zijn. Als hij dit masker echter heeft afgerukt en de dingen tot de waarheid en de rede heeft teruggebracht, zal hij het gevoel krijgen dat zijn denken als het ware volkomen op z'n kop wordt gezet en desalniettemin in een toestand van veel grotere zekerheid gebracht wordt'.[104]

Tot zover Montaigne. Tot besluit willen wij opmerken dat niet alleen kenmerkend voor de morele positie is dat men zich kán bevrijden van cultuur, maar in feite is dat ook wat verschillende cultuurrelativisten zélf hebben gedaan. De paradox is daarom dat de cultureel relativisten in moreel opzicht handelden *in strijd met wat mogelijk was* volgens hun eigen theorieën. Immers het merendeel van de mensen binnen de cultuur waarin Benedict en andere cultureel antropologen leefden achtte de westerse cultuur superieur aan die van de 'wilde'. De opvattingen van Spencer en Dickens waren aan het eind van de 19e eeuw meer courant dan die van de cultuurrelativisten (zoals tegenwoordig de opvatting van de cultuurrelativisten het vigerend denkpatroon is en die van Dickens en Spencer uitzonderlijk zijn geworden). Eigenlijk handelden de cultuurrelativisten dus *immoreel* volgens de theorie over moraal die het cultuurrelativisme zelf voorschrijft. Immoreel handelen is immers handelen in strijd met de heersende mores, in strijd met de 'folkways' die naar het oordeel van Sumner 'always right' zouden zijn, de waarden van de cultuur die volgens Protagoras het richtsnoer voor de juist handelende mens zouden moeten vormen.

Maar uit het feit dat zij erin slaagden het dominante darwinisme van hun tijd te keren kan men ook weer afleiden dat de cultureel relativisten niet alleen 'immoreel' handelden, maar dat zij ook hun eigen theorieën over cultureel determinisme weerlegden. Het is de bekende paradox van de skepticus die met waarheidspretentie het bestaan van de waarheid loochent.

3.16 Aan het cultuurrelativisme kleven nog enige praktische bezwaren

Het cultuurrelativisme blijkt dus weliswaar met de mond te worden beleden, maar in het gedrag van haar aanhangers niet te worden gehonoreerd. Met hun eigen handelingen en morele aansporingen loochenen de cultuurrelativisten het door hen bepleitte relativisme. Dat de cultuurrelativisten het cultuurrelativisme zelf niet praktiseren, is overigens ook niet zo vreemd. Het zou tot wonderlijke consequenties leiden wanneer we de aansporing van Protagoras dat we een groep alleen met de eigen groepswaarden beoordelen volgen. Een consequentie van het cultuurrelativisme zou zijn dat morele hervormers altijd ongelijk hebben. Lincoln en de Britse schrijvers die zich verzetten tegen de slavernij

103 Montaigne, *Essais,* I, 23.
104 Montaigne, *Essais,* I, 23.

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

hadden ongelijk.[105] De Britten hadden ook ongelijk toen zij de weduwenverbranding afwezen. Jezus had ongelijk toen hij bepaalde Joodse riten en gebruiken afwees.[106]

Het cultuurrelativisme is ook in strijd met wat men wel noemt 'Amerikaanse waarden'. Als het cultuurrelativisme juist zou zijn, zou niet alleen de Universele Verklaring van de Rechten van de Mens een westerse aanmatiging zijn, maar ook de Amerikaanse waarden als 'life, liberty and the pursuit of happiness'. De Onafhankelijkheidsverklaring van 1776 waarin men zich losmaakt van het Britse moederland omdat George III bepaalde 'inalienable rights' zou hebben geschonden, is – nogmaals: als het cultuurrelativisme juist is – niets anders dan retorische onzin: 'non-sense upon stilts', zoals Bentham zei (overigens op andere dan cultuurrelativistische gronden).[107]

Maar Abraham Lincoln en de Noordelingen hadden ook ongelijk toen zij de Zuidelingen 'mores wilden leren' op het terrein van de slavernij. Waar haalden zij het recht vandaan de Zuiderlijke 'folkways' te kritiseren? Hoe kan men spreken van de 'monstruous injustice of slavery'[108] als het bij moraal gaat om 'socially approved habits'?

3.17 Universele waarden blijken toch onontbeerlijk

Het lijkt erop dat men de notie van universele waarden, dat wil zeggen: waarden die niet aan mores van een bepaalde groep zijn gebonden, overeind moet houden. Alleen wanneer dát het geval is kunnen we ook grote ontsporingen veroordelen, zoals deze hebben plaatsgevonden tijdens de heerschappij van het Derde Rijk. De verschrikkingen van de holocaust maakten het moeilijk verkoopbaar moraal als een kwestie van gevoelens te presenteren. Reeds voor de Tweede wereldoorlog wilde onder andere H.G. Wells de waarden formuleren op grond waarvan de westerse wereld de strijd tegen het nazisme zou moeten aanbinden.[109] Het nazisme en anti-semitisme leken toch vormen van mores of folkways die men moeilijk als een culturele uiting kon respecteren. ''s Lands wijs, 's lands eer' leek moeilijk te handhaven ten aanzien van de excessen van de Derde Rijk. Boss zegt dan ook terecht: 'The United Nations chose to reject cultural relativism. In 1945, the tribunal at the United Nations Neurenberg Trials put forth a list of universal standards of justice that established parameters on the norms of civilized behavior'.[110]

Ook ten aanzien van de morele verwerpelijkheid van het nazi-optreden zou het cultuurrelativisme tot opvallende consequenties leiden. Als Eichmann en andere oorlogsmisdadigers uitzonderingen geweest zouden zijn, zou hun gedrag moreel kunnen worden veroordeeld. Maar als zij zouden zijn

105 Vgl. de commentaren op slavernij van Lecky, Martineau, Dickens en anderen in: Haight, Gordon S., ed., *The Portable Victorian Reader,* Penguin Books, Harmondsworth 1976, pp. 271-296.

106 Vgl. Boss, O.c., p. 43.

107 Bentham, J., *Anarchical Fallacies,* in: *The Works of Jeremy Bentham,* Bowring edition, William Tait, Edinburgh 1843, ook in: Waldron, Jeremy, (ed.), *Nonsense upon stilts.* Bentham, Burke and Marx on the rights of man, Methuen, London and New York 1987, pp. 46-69.

108 Vgl. de speech van Lincoln op 16 october 1854 in: *Historic Speeches,* ed. Brian MacArthur, Penguin Books, Harmondsworth 1996, p. 344.

109 Vgl. daarover: Burgers, J.H., 'The Road to San Francisco: The Revival of the Human Rights Idea in the Twentieth Century', in: *Human Rights Quarterly,* 14 (1992), pp. 447-477.

110 Boss, O.c., p. 135.

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

opgetreden als 'vertolkers' van mores en folkways die brede acceptatie hadden gevonden in de cultuur van het Duitse Derde Rijk, zou hen eigenlijk geen 'immoreel' gedrag kunnen worden verweten.

Hannah Arendt[111] en Harry Mulisch[112] hebben zich verdiept in het karakter van Eichmann, de verantwoordelijke voor de Joden-transporten naar de concentratiekampen. Volgens hen was Eichmann niet een fanaticus, bezield door een groots idee, maar een gewone conformistische man die deed wat men in zijn omgeving van hem verwachtte en wat zijn superieuren leken te eisen.[113] Boss zegt: 'Nazi Adolf Eichmann represented the quintessential cultural relativist. He was, in terms of his moral reasoning, "everyman"'.[114]

Maar het Neurenberg Tribunaal stelde zich kennelijk op universalistisch standpunt. Men ging ervan uit dat 'misdaden tegen de menselijkheid' een universalistische notie is, bindend voor alle volkeren en voor alle tijden.

Na een analyse van de verschillende onderdelen daarvan blijkt het cultuurrelativisme heel wat minder sterk te staan dan aanvankelijk het geval leek.

Het is principieel verkeerd, voorzover het zich laat inspireren door een opvatting over moraal die 'kritische moraal' geheel buiten beschouwing laat.

Het is op pragmatische gronden verwerpelijk, voorzover het tot onaanvaardbare consequenties zou leiden.

Het is innerlijk tegenstrijdig in de zin dat ook diegenen die het als theoretisch perspectief belijden terug moeten vallen op universalistische noties om praktijken af te keuren die men onjuist acht.

Als we ons tenminste niet volledig willen laten verlammen in onze morele oordeelskracht moeten we het cultuurrelativisme verwerpen.

Betekent dit dat de vraag die in de titel van dit hoofdstuk is gesteld – 'mogen wij andere culturen beoordelen met onze normen?' – bevestigend moet worden beantwoord? Dat hangt ervan af hoe men de vraag opvat. Als men daarmee bedoelt dat wij niet met onze hoogst particuliere folklore een ander land of een andere cultuur de maat mogen nemen dan is het duidelijk dat zoiets geen pas geeft. De suggestie die in de vraag besloten ligt, is echter dat elke beoordeling *door ons* ook een beoordeling is met maatstaven die 'aan onze cultuur ontleend zijn'. Zoals we hebben gezien is dát een misvatting. Cultuur beïnvloedt onze gedachten en wie we zijn, maar we zijn niet opgesloten in onze cultuur. Wij hebben, als mensen, de mogelijkheid ons op een universeel plan te plaatsen – hoe moeilijk dat ook is. Wij kunnen normen ontwikkelen waarmee wij niet alleen anderen, maar ook onszelf de maat nemen die cultuur-overschrijdend van aard zijn. Dat is een kleine kern, zeker, maar zij bestaat.

Het uitroepen van een fatwa over een schrijver die andere opvattingen ventileert dan de jouwe, is in strijd met normen van betamelijkheid die de gevoeligheden van de westerse cultuur overschrijden. Het afwijzen van clitoridectonomie als een inbreuk op de waardigheid van een vrouw kan men niet alleen een folkloristische overtuiging van westerse samenlevingen noemen die principieel op gelijke voet staat als de bekritiseerde praktijk in Somalië. Het is dus ook een misvatting te denken dat alle culturen 'gelijkwaardig' zijn. *Mensen* zijn gelijkwaardig en daarom kan een cultuur waarin dat uitgangspunt wordt geloochend nooit gelijkwaardig zijn aan een cultuur waarin dat uitgangspunt wordt gerespecteerd.

111 Arendt, Hannah, *Eichmann in Jerusalem.* A Report on the Banality of Evil, Revised and Enlarged Edition, Penguin Books, Harmondsworth 1992 (1963) en Bergen, Bernard J., *The Banality of Evil.* Hannah Arendt and the 'The Final Solution', Rowman & Littlefield, Lanham etc. 1998.

112 Mulisch, Harry, *De zaak 40/61.* Een reportage, Uitgeverij De Bezige Bij, Amsterdam 1979; Lang, Jochen von, ed., *Eichmann Interrogated.* Transcripts form the Archives of the Israeli Police, Da Capo Press, New York 1999.

113 Een type waarvan de psycholoog Milgram aantoonde dat het veelvuldig voorkomt. Vgl. voor een korte typering van zijn experimenten: Milgram, Stanley, 'The Perils of Obedience', in: *Harper's Magazine,* 1974, onder de titel 'An Experiment in Autonomy' ook in: Louis P. Pojman, ed., *The Moral Life.* An Introductory Reader in Ethics and Literature, Oxford University Press, New York Oxford 2000, pp. 625-640.

114 Boss, O.c., p. 136.

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

4 Is godsdienst een noodzakelijk fundament voor recht en moraal?

Eeuwenlang is een nauwe relatie geconstrueerd tussen moraal en religie (of moraal en godsdienst; we zullen hier niet tussen religie en godsdienst onderscheiden). De godsdienst werd geacht de basis te zijn voor de moraal. Dat is ook niet zo'n vreemd idee. Godsdienst schrijft immers allerlei morele normen voor. Dat we onze ouders moeten eren, dat we niet mogen doden, dat we geen overspel mogen plegen, dat we niet mogen stelen, dat we geen vals getuigenis mogen afleggen. Het is allemaal te vinden in de Bijbel (Deuteronomium 5:16-20).

Nu spreekt die Bijbel niet alleen tot ons in concrete morele geboden, maar ook in de vorm van verhalen. Dan is het iets lastiger om de relatie met moraal te leggen, immers die verhalen moeten eerst worden geïnterpreteerd. Denk aan het verhaal van Adam en Eva die uit het paradijs zijn verjaagd vanwege hun ongehoorzaamheid aan het verbod van God om van de boom van kennis van goed en kwaad te eten. Het is met een verhaal moeilijker om op te maken wat er precies mee bedoeld kan zijn, want verhalen zijn polyinterpretabel. Dat geldt voor regels in zekere zin ook wel, maar toch in mindere mate. Een voor de hand liggende interpretatie van het verhaal van Adam en Eva zou kunnen zijn dat men God altijd moet gehoorzamen. Zo niet, dan zwaait er wat.

Nog iets moeilijker valt de relatie tussen religie en moraal te construeren wanneer we niet te maken hebben met verhalen, maar met poëtische onderdelen, zoals de Psalmen. Maar ook daar kunnen we vaak wel bepaalde aansporingen in herkennen.[1]

De belangrijkste onderdelen van de Schrift voor een ethicus zijn ongetwijfeld de leringen van Jezus Christus. Zo gaat een van de bekendste geboden van het christendom, het gebod tot naastenliefde, terug op een directe aansporing van Christus. Een bekend gebod is ook dat we een ander moeten behandelen zoals we zouden wensen dat we zelf behandeld worden (Mattheus 7:12). Want dat zou de wet zijn en de wil van de profeten, voegt Jezus daar aan toe. (Dat laatste is vanuit ethisch opzicht een twijfelachtige toevoeging. Jezus was een beter beoefenaar van de praktische ethiek dan van de meta-ethiek. Hij presenteerde opvattingen over de grondslag van de moraal die de meeste ethici tegenwoordig zouden verwerpen).

Ook werd aan Jezus gevraagd of hij in de zedelijke geboden een bepaalde prioriteitsvolgorde zou kunnen aangeven. Hij zei dat men allereerst met heel het hart God zou moeten liefhebben en als tweede gebod proclameerde hij dat we onze naaste moeten liefhebben als onszelf (Mattheus 22:36-40).

Niet alleen in de Bijbel treffen we zedelijke voorschriften aan, ook in de Koran. De Koran zou de komende tijd wel eens een belangrijk boek kunnen worden in Nederland, omdat de moslims zich meer gelegen laten liggen aan de Koran dan de christenen aan de Bijbel.[2] Zo vinden we in de Koran de volgende passage:

> But you (the wicked) show no kindness to the orphan, nor do you vie with each other in feeding the poor. Greedily you lay your hands on the inheritance of the weak, and you love riches with all your heart.[3]

We hebben hier opnieuw het probleem dat hiervoor werd aangestipt met de Bijbelse verhalen. Hoe moet je dit lezen? Er staat niet direct dat we goed moeten zijn voor wezen of armen. Ook wordt niet

1 Vgl. bijvoorbeeld Psalm 10.

2 Vgl. Brugman, Jan, *Het raadsel van de multicultuur*. Essays over Islam en integratie, Meulenhoff, Amsterdam 1998, p. 37: 'Als men de term "fundamentalisten" zou gebruiken in de oorspronkelijke betekenis (zoals in het begin van deze eeuw in Amerika), als een afwijzing van moderne wetenschappelijke implicaties voor de dogmatische waarheden, is de hele islamitische wereld nog fundamentalistisch'.

3 *The Koran*, 'The Dawn', Penguin, Harmondsworth 1956, p. 25.

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

direct gezegd dat we niet gulzig naar erfenissen mogen uitzien of rijkdom nastreven. Strict genomen wordt slechts beschreven hoe mensen, in het bijzonder slechte mensen, zich plegen te gedragen. Maar net als we een bepaling uit het Nederlandse Wetboek van Strafrecht niet opvatten als een feitelijke beschrijving wat zal gebeuren indien men een bepaalde daad verricht, maar als een aansporing om die daad achterwege te laten, zo kunnen we ook de passage uit de Koran lezen als een aansporing. Men mag wel aannemen dat bedoeld wordt:

- wees goed voor wezen
- wees goed voor armen
- graai niet naar de erfenissen van armen
- streef geen rijkdom na

Niet alleen de moraal wordt volgens sommigen geschraagd door de godsdienst, ook het recht. We vinden dat duidelijk uitgesproken in de Amerikaanse Onafhankelijkheidsverklaring van 1776. Daarin staat:

Wij beschouwen deze waarheden als vanzelfsprekend: dat alle mensen gelijk geschapen zijn; *dat zij door hun Schepper bedeeld zijn met onvervreemdbare rechten*; dat tot deze rechten behoren leven, vrijheid en het streven naar geluk (...) (cursivering toegevoegd).

Het recht op leven, vrijheid en het streven naar geluk ontlenen hun verbindende kracht aan de wil van God.

De theorie die hierachter zit is een, zoals eerder al beschreven, bekende theorie over ethiek die wordt aangeduid als de theorie van het 'goddelijk bevel': de kwaliteit 'goed' of 'kwaad' ontleent een handeling aan de mate van overeenstemming met de goddelijke wil. Iets is niet goed of kwaad in zichzelf (het standpunt van de zedelijke autonomie), maar omdat God bepaalde zaken als goed of kwaad heeft aangewezen (zedelijke heteronomie). Vanuit een theïstisch wereldbeeld ligt heteronomie of de theorie van het goddelijk bevel eigenlijk voor de hand.[4]

4.1 Ethiek als bevel van God en goden

Dat moraal en religie op de een of andere manier iets met elkaar te maken hebben lijkt dus wel duidelijk. Maar hoe precies? Op die vraag geven de religieuze geschriften geen antwoord. Dat is ook begrijpelijk. Het zijn religieuze en geen filosofische teksten. De godsdienst decreteert, de filosofie analyseert.

Er blijken twee manieren te zijn waarop men de relatie van God tot de morele geboden kan denken. De eerste is dat God ons doorgeeft wat goed en kwaad is in zichzelf. Het is verkeerd, in zichzelf verkeerd, om begerig te zijn naar roem en aardse goederen. Het is verkeerd om de vrouw van een ander te begeren. Het is verkeerd op de sabbath te werken. En daarom wordt ons dat door God verboden. Of: het is goed om voor de wezen te zorgen. Het is goed om een bescheiden leven te leiden.

4 Dit wordt mooi uitgesproken door: Gustafson, James M., 'Religion and Morality from the Perspective of Theology', in: *Religion and Morality*. A Collection of Essays, Anchor Books, Garden City, New York 1973, pp. 125-154, p. 126: 'If God is One, in Western religious beliefs, and if he is (in some sense) sovereign, and if his will is a moral will, and if all that occurs is (again, in some sense) dependent upon him, can one readily distinguish between a "religious" and a "moral" obligation? Between a religious and a moral relationship (or response) to God? If goodness is attributed to God – in giving his gifts of life to the world and man, in sustaining and restoring human life – and if that goodness is (in modern distinctions) both moral and nonmoral, does man's gratitude to God require deeds that are moral and religious at once?'.

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

Het is goed om een ander lief te hebben zoals wij ons zelf liefhebben. En daarom wordt dat door God voorgeschreven.

In dat model is God een soort super-raadgever, iemand met een oneindig intellect of een grote morele wijsheid. Hij kan morele vraagstukken veel beter en sneller oplossen dan wij dat kunnen en hij kan ons daarom van advies dienen. Dat doet hij via de Openbaring waaruit we de dingen die in zichzelf goed en kwaad zijn kunnen leren kennen. God is hier een medium, een 'doorgeefluik' voor het goede, als men dat niet een te oneerbiedige uitdrukking vindt. Hij is niet de creator van goed en kwaad, maar herkent het hoogstens en geeft het aan ons door.

In het tweede perspectief wordt de relatie tussen God en moraal en daarmee van religie en moraal heel anders gezien. Hier wordt God gezien als een schepper (en niet alleen 'herkenner') van goed en kwaad. In de Tien Geboden is niet vastgelegd wat goed en kwaad in zichzelf is; daarin is vastgelegd wat God ons verbiedt omdat het Hem behaagt dat als goed en kwaad te proclameren.

Men kan het ook als volgt tot uitdrukking brengen: goed en kwaad is goed en kwaad krachtens een goddelijk bevel. De theorie die moraal terugvoert op de goddelijke wil heet daarom ook wel de 'goddelijke bevelstheorie van de moraal'.[5] Die goddelijke bevelstheorie van de moraal wordt in het alledaagse leven veelvuldig verwoord, net als de tegenhanger daarvan overigens.

Laten we ons de volgende conversatie voorstellen.

Jan: Wist jij dat er culturen waren waarin mannen en vrouwen polygaam leven?
Piet: Dat kan best zijn, maar naar mijn smaak is dat onjuist.
Jan: Oh, maar die mensen voelen zich daar prima bij hoor, waarom zou daar dan iets op tegen zijn?
Piet: Wat een theorie! Vind jij dat alles verantwoord is waar mensen zich 'prima bij voelen'?
Jan: Nou, dat zou ik zo een-twee-drie niet aandurven als generalisatie, maar ik zie niet in waarom polygamie verkeerd zou zijn wanneer het gebeurt met de kennelijke instemming van alle betrokkenen. Wat zou jij dan als basis voor moraal willen aanbevelen?
Piet: Voor mij is dat de Bijbel. De Bijbel is het woord van God en in de Bijbel is aangegeven dat je monogaam moet leven. Daarom is monogamie de norm.

Een vanuit filosofisch oogpunt hoogst relevante discussie. Er blijkt weer uit dat filosofie op straat ligt, want over elke zin, elke opmerking zou een heel boek geschreven kunnen worden. Piet verdedigt hier de theorie van het goddelijk bevel. Een ethische theorie waarbij men goed en kwaad terugvoert op welbevinden en wederzijdse toestemming wijst hij af. Hij houdt een pleidooi voor de theorie waarin men de basis voor de moraal zoekt in het woord van God. Maar, en nu komt een belangrijk punt, hij ziet God niet alleen als een doorgever van ethische normen, maar tevens als een schepper van ethi-

5 Vgl. daarover: Rachels, James, 'God and Human Attitudes', in: *Religious Studies*, 7 (1971), pp. 325-37, ook in: James Rachels, *Can Ethics provide Answers*? And other Essays in Moral Philosophy, Rowman & Littlefield Publishers, Lanham Boulder New York London 1997, pp. 109-125.

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

sche normen. Polygamie is kwaad omdat God dat als zodanig heeft geproclameerd. De goddelijke wil maakt dus sommige dingen goed en andere dingen kwaad.

Laten we proberen de merites van die theorie te beoordelen. Een goede introductie daartoe is misschien een passage van de Duitse filosoof Schopenhauer. In een opstel over religie voert hij twee mensen op die 'in dialoog' zijn over de betekenis van de godsdienst voor recht en moraal.

4.2 Volgens Schopenhauer bestaat geen noodzakelijke band tussen godsdienst en moraal

In zijn dialoog *Über Religion* laat Schopenhauer een zekere Philalethes discussiëren met Demopheles. Philalethes is, zoals zijn naam al aangeeft, een vriend van de waarheid, wat voor Schopenhauer betekent: van de filosofie. Demopheles verdedigt dat de mens niet zonder religie kan. Demopheles houdt er overigens een weinig vrome visie op de godsdienst op na. Hij meent dat we religie nodig hebben als een sociaal disciplineringsmiddel. Hij beweert dat religie van de morele zijde bezien zich doet kennen als 'das alleinige Lenkungs-, Bändigungs- und Besänftigungsmittel dieser Rasse vernunftbegabter Tiere, deren Verwantschaft mit dem Affen die mit dem Tiger nicht ausschliesse'.[6] Schopenhauer laat Philalethes het volgende antwoord formuleren. 'Es ist falsch, dass Staat, Recht und Gesetz nicht ohne Beihülfe der Religion und ihrer Glaubensartikel aufrechterhalten werden können und dass Justiz und Polizei, und die gesetzliche Ordnung durchzusetzen, der Religion als ihres notwendigen Komplementes bedürfen. Falsch ist es, und wenn es hundertmal wiederholt wird'.[7] Philalethes wijst ter onderbouwing van zijn afwijzing van de religie als grondslag voor de moraal op het voorbeeld van de Grieken. Wat tegenwoordig bekend is als 'religie' kenden zij helemaal niet. Men had geen dogma's, heilige geschriften en andere geloofsartikelen. Toch kan men niet zeggen dat het politiek in deze tijd een volkomen wanorde was. Ook bleef het moraliseren van priesters geheel achterwege. Men beperkte zich tot tempelceremonieën, gebeden, gezangen, offers, processies en feestelijke reinigingen. Deze beperking van de actieradius van de priesters had echter geen gevolgen voor de moraal. 'Im ganzen Altertum ist kein Spur von einer Verpflichtung, irgendein Dogma zu glauben'. Maar kan men zeggen dat bij hen anarchie en wettenloosheid overheerste? Men kan bijna het omgekeerde betogen. Wij doen tegenwoordig nog steeds ons voordeel met de instituties en wetten waarvoor men toen de basis heeft gelegd. 'War nicht das Eigentum, obwohl es sogar grossenteils aus Sklaven bestand, vollkommen gesichert? Und hat dieser Zustand nicht weit über ein Jahrtausend gedauert?', vraagt Schopenhauer retorisch.

Het is een sterk argument. Net als het spiegelbeeld daarvan trouwens. Wanneer het christendom zo noodzakelijk zou zijn om de moraal overeind te houden hoe valt dan te verklaren dat het moreel verval in een land als Italië waarin het katholicisme een steviger greep op de mensen heeft dan in de decadente lage landen dit niet tot een hogere morele standaard heeft geleid? En hoe valt het te ver-

6 Schopenhauer, Arthur, *Parerga und Paralipomena*, Kleine philosophische Schriften, II, in: Arthur Schopenhauer, Sämtliche Werke, Textkritisch bearbeitet und herausgegeben von Wolfgang frhr. von Löhneysen, Band V, Cotta-Verlag/Insel-Verlag, Frankfurt am Main 1965, p. 402.

7 Schopenhauer, SW, V, p. 391.

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

klaren dat in een land als de Verenigde Staten, waar het protestantisme nog steeds een sterker positie heeft dan in Nederland de criminaliteit niet veel lager ligt dan in Nederland?[8]

4.3 De dood van God als morele ramp. Nietzsche's dwaze man

Het standpunt van Schopenhauer is echter verre van onbetwist. Talloze denkers hebben erop gewezen dat moraal gefundeerd moet zijn in godsdienst. Als God niet bestaat, zou alles geoorloofd zijn, merkt Dostojevski op. Een van de meest dramatische verwoordingen van dat laatste standpunt vinden we in de parabel van de dolle mens in Friedrich Nietzsche's *Die Fröhliche Wissenschaft*:

> De dwaze man. – Hebben jullie niet gehoord van die dwaze man die op een heldere ochtend een lantaarn ontstak, het marktplein opliep en onophoudelijk riep: 'Ik zoek God! Ik zoek God!'. Omdat er net een groot aantal mensen bijeen was dat niet in God geloofde, wekte hij grote hilariteit. 'Is hij soms verdwaald?' zei de een. 'Is hij de weg kwijt als een kind?' zei de ander. 'Of houdt hij zich schuil? Is hij bang voor ons? Heeft hij zich ingescheept? Is hij geëmigreerd?' – zo riepen en lachten ze door elkaar. De dwaze man sprong midden tussen hen in een doorboorde hen met zijn blikken. 'Waar is God naartoe?' riep hij. 'Ik zal het jullie zeggen! Wij hebben hem gedood – jullie en ik! Wij zijn allemaal zijn moordenaars! maar hoe hebben we dit gedaan? Hoe konden wij de zee leeg drinken? Wie gaf ons de spons om de hele horizon uit te wissen? Wat deden wij toen we deze aarde van haar zon losmaakten? In welke richting bewegen wij ons nu? Weg van alle zonnen? Vallen wij niet voortdurend? Achterwaarts, zijwaarts, voorwaarts, naar alle kanten? Is er nog een boven en een beneden? Dwalen wij niet als door een oneindig niets? Voelen wij niet de adem van de lege ruimte? Is het niet kouder geworden? Wordt het niet voortdurend nacht en nog weer nacht? Moeten we 's ochtends geen lantaarns ontsteken? Horen wij nog niet het lawaai van de doodgravers die God begraven? Ruiken wij nog niet iets van de goddelijke ontbinding? – ook goden gaan in ontbinding over! God is dood! God blijft dood! En wij hebben hem gedood! Hoe moeten wij onszelf troosten, wij moordenaars der moordenaars! het heiligste en machtigste dat de wereld tot nu toe bezat, is onder onze messen doodgebloed – wie wist dit bloed van ons af? Met welk water zouden wij ons kunnen reinigen? Welke boetefeesten, welke heilige spelen moeten we nog verzinnen? Is de grootheid van deze daad niet te groot voor ons? Moeten wij niet zelf goden worden om deze daad maar enigszins waardig te lijken? Er was nooit een grotere daad – en al wie na ons geboren wordt, hoort vanwege deze daad in een hogere geschiedenis thuis dan alle geschiedenis tot nu toe was!'. Hier zweeg de dwaze man en keek zijn toehoorders aan, ook zij zwegen en keken hem bevreemd aan. Ten slotte gooide hij zijn lantaarn op de grond, zodat die stukviel en doofde. 'Ik kom te vroeg', zei hij toen, 'mijn tijd is nog niet gekomen. Deze geweldige gebeurtenis is nog onderweg en trekt verder, ze is nog niet tot de oren der mensen doorgedrongen. Bliksem en donder hebben tijd nodig, het licht van de sterren heeft tijd nodig, daden hebben tijd nodig, ook nadat ze gesteld zijn, om gezien en gehoord te worden. Deze daad staat altijd nog verder van hen af dan de verste sterren – en toch hebben wij die daad gesteld! – Verder wordt nog verteld dat de dwaze man op dezelfde dag verscheidene kerken binnengedrongen is en daar zijn Requiem aeternam deo ingezet heeft. Naar buiten gevoerd en ter verant-

8 Vgl. daarover: Kelling, George L., & Coles, Catherine M., *Fixing Broken Windows*. Restoring Order and Reducing Crime in Our Communities, Foreword by James Q. Wilson, Simon & Schuster, New York NY 1996.

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

> woording geroepen, zou hij steeds alleen hebben geantwoord: 'Wat zijn die kerken dan nog als ze niet de grafkelders en grafmonumenten zijn van God?'.[9]

Dit is een meeslepend geschreven passage waarin vele vragen worden opgeworpen. Het is de locus classicus over de dood van God en zij vormt voor velen het vertrekpunt van hun filosofie. Men kan over die passage verschillende vragen opwerpen.

Allereerst de vraag of de dwaze man het standpunt van Nietzsche zelf verwoordt. Daar gaat men in de literatuur vaak vanuit, maar wanneer we dat doen, plaatst het ons ook voor allerlei problemen. In de correspondentie van Nietzsche kunnen we lezen dat hij helemaal niet zo bezig was met zijn afvalligheid van het christendom. Op jonge leeftijd voelde hij zich al geen christen meer en hij heeft daar nooit enige ophef van gemaakt. Eigenlijk net als vele anderen tegenwoordig. We gaan niet meer naar de kerk en langzaam glijden we naar een positie waarop we ons ineens realiseren dat we ons geloof zijn kwijtgeraakt. Natuurlijk kan dat voor sommigen een schokkende gebeurtenis zijn, maar voor een hele hoop mensen betekent het weinig.

Men kan ook andere hermeneutische vragen stellen naar aanleiding van deze passage. Nietzsche heeft het over de 'dood' van God. Wat zou daarmee bedoeld zijn? Is dat alleen een dichterlijke wijze van uitdrukken om te zeggen dat we niet meer geloven in het bestaan van God? Of zou men het ook letterlijk kunnen nemen? Zou men kunnen zeggen dat we inderdaad een bestaande God door miskenning letterlijk hebben laten sterven?

Voor ons is echter de belangrijkste vraag of de consequenties van het verdwijnen van God werkelijk zo ernstig zijn voor de moraal.

Velen zullen met het standpunt van Nietzsche enige onvrede hebben, omdat het lijkt uit te gaan van een opvatting over religie die tegenwoordig niet meer vanzelfsprekend is. Dat punt valt te illustreren aan de hand van de opvattingen van Albert Einstein.

4.4 Einstein's onderscheid in drie soorten van religie

De naam Einstein roept natuurlijk in eerste instantie de gedachte aan de relativiteitstheorie op, een theorie die een revolutie in de natuurwetenschap veroorzaakte,[10] zoals daarvoor alleen de theorie over de zwaartekracht van Newton had teweeggebracht. Maar Einstein heeft zich – net als vele andere grote wetenschappers – niet alleen met vakwetenschappelijke zaken beziggehouden, maar ook met politieke, filosofische en levensbeschouwelijke kwesties. Over het stellen van de vraag naar de zin van het leven schreef hij: 'Du fragst: Hat es denn überhaupt einen Sinn, diese Frage zu stellen? Ich antworte: Wer sein eigenes Leben und das seiner Mitmenschen als sinnlos empfindet, der ist nicht nur unglücklich, sondern auch kaum lebensfähig'.[11]

In 1934 publiceerde hij een serie artikelen, voordrachten, antwoorden op vragen van journalisten en brieven die tussen 1918 en 1933 geschreven waren en waaruit men de levensbeschouwelijke, politieke en filosofische ideeën van de schrijver goed kan leren kennen. Einstein laat zich daaruit kennen als een representant van het jodendom, het zionisme, maar ook als een scherp kriticus van

9 Nietzsche, Friedrich, *Die fröhliche Wissenschaft*, (1882) in: Werke, II, Verlag Ullstein, Frankfurt am Main 1972, p. 265.

10 Vgl. Johnson, Paul, *A History of the Modern World*. From 1917-1980s, Weidenfeld and Nicolson, London 1983, p. 2 en 3.

11 Einstein, Albert, *Mein Weltbild*, Querido Verlag, Amsterdam 1934, p. 11.

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

het nationaal-socialisme, hetgeen hem in conflict bracht met niet alleen de Duitse overheid van die tijd, maar ook met Duitse collega-wetenschappers die zich hadden gelieerd aan het nazisme.

Dat deel van het boek dat echter het meeste indruk maakte op het grote publiek waren – hoe interessant ook – niet Einsteins ideeën over politiek, maar een visie op religie en geloof en de verhouding daarvan tot wetenschap en moraal.

Het mooiste wat we kunnen beleven is het 'Geheimnisvolle', schrijft Einstein. Het is een gevoel dat ook aan de wieg staat van alle ware kunst en wetenschap. Wie dat niet kent, zegt Einstein, wie zich niet kan verwonderen, die is eigenlijk al dood. De belevenis van het 'geheimnisvolle' is het ook dat de religie heeft voortgebracht. Hij geeft de volgende definitie van religiositeit:

> Das Wissen um die Existenz des für uns Undurchdringlichen, der Manifestation tiefster Vernunft und leuchtendster Schönheit, die unserer Vernunft nur in ihren primitivsten Formen zugänglich sind, dies Wissen und Fühlen macht wahre Religiosität aus; in diesem Sinne und nur in diesem gehöre ich zu den tief religiösen Menschen. Einen Gott, der die Objekte seines Schaffens belohnt und bestraft, der überhaupt einen Willen hat nach Art desjenigen, den wir an uns selbst erleben, kann ich mir nicht einbilden. Auch ein Individuum, das seinen körperlichen Tod überdauert, mag und kann ich mir nicht denken; mögen schwache Seelen aus Angst oder lächerlichem Egoismus solche Gedanken nähren. Mir genügt das Mysterium der Ewigkeit des Lebens und das Bewustsein und die Ahnung von dem wunderbaren Bau des Seienden, sowie das ergebene Streben nach dem Begreifen eines noch so winzigen Teiles der in der Natur sich manifestierenden Vernunft.[12]

Hierover zijn verschillende opmerkingen te maken. Allereerst, Einstein heeft het niet over religie, maar over religiositeit. Hij typeert een bepaald menstype, het religieuze type, en vervolgens geeft hij aan dat hij daartoe zelf kan worden gerekend. Hij geeft ook duidelijk aan dat de religiositeit in de door hem omlijnde betekenis niets te maken heeft met het traditionele godsbeeld en de traditionele religie. Een god die een wereld geschapen heeft kan hij zich niet voorstellen. Hij breekt ook met het idee van een god die een persoonlijke relatie met mensen onderhoudt, een god die straft en beloont. Een god die een wil heeft of die we in onszelf zouden kunnen herkennen – hij kan het zich allemaal niet voorstellen.

Ook het leerstuk van de onsterfelijkheid of een leven na de dood wordt door Einstein verworpen. Hij geeft zelfs een psychologische verklaring voor het otnstaan van een dergelijk geloof. Het komt voort uit egoisme en zwakte. God is een uitvinding van de zwakkeren – althans de god die ons onsterfelijkheid belooft. Wat voor hem genoeg is, is de ervaring van het mysterie in het universum.

4.5 Einstein ziet een ontwikkeling van 'angstreligie' naar kosmische religiositeit

Wat zijn de gevoelens en behoeften die mensen aanzetten tot religieus denken in de zin waarin hij dat heeft omlijnd? Gaan we daarover nadenken, schrijft Einstein, dan zien we al snel dat aan de wieg van het religieuze denken de meest verschillende emoties staan.

Bij de primitieve mens is het in eerste instantie de angst die religieuze voorstellingen naar voren roept. Het zijn angst voor honger, wilde dieren, ziekte en dood. Verder is er iets anders karakteristiek voor deze fase in de ontwikkeling van de mens. Het is dat het inzicht in de causale samenhang nog gering is. In combinatie met die angst ontstaat dan het volgende partroon. De menselijke geest fingeert een Geest of verschillende geesten, analoog aan de menselijke geest, wier willen en handelen die zaken waar men angstig voor is bepalen. Men probeert die geesten dan gunstig te stemmen, brengt

12 Einstein, *Mein Weltbild*, p. 17.

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

volgens bepaalde regels en rituelen offers daarvoor en draagt deze regels van geslacht op geslacht over binnen een bepaalde cultuur. Einstein noemt dat de angst-religie.

Die angst-religie wordt weliswaar niet gemaakt maar toch onderhouden door een priesterklasse die zich opwerpt als middelaar tussen de wezens die de mens met ellende en voorspoed kunnen treffen en de gewone mensen.

Een tweede bron van religieuze voorstellingen vormen de sociale gevoelens. Vader en moeder en ook de leiders van bepaalde gemeenschappen zijn sterfelijk en feilbaar, schrijft Einstein. Het verlangen naar leiding, liefde en steun geeft de stoot tot het ontwikkelen van een sociaal of moreel godsbegrip. Dan ontstaat de god van de voorzienigheid, die beschermt, beloont en bestraft. Het is een god die het leven beschermt, over de overledenen waakt en die ons vertroosting biedt. 'Dies ist der soziale oder moralische Gottesbegriff'.[13]

In de Heilige Schrift van het joodse volk kunnen we de ontwikkeling van een angst-religie naar een morele religie goed waarnemen, een ontwikkeling die zich voortzet in het nieuwe testament. De godsdiensten van de cultuurvolkeren zijn voornamelijk morele godsdiensten. De ontwikkeling van een angst-religie naar een morele religie kan men ook als vooruitgang beschouwen.

Betekent dit dat de oudere religies allemaal angst-religies zijn en de moderne morele religies? Dat is toch ook weer niet het geval. Vele hedendaagse religies zijn mengvormen van de eerste twee stadia van godsdienstige ontwikkeling.

Ondanks alle verschillen, de twee eerste vormen van religieuze beleving hebben toch één ding nadrukkelijk gemeen: het is een anthropomorf idee van God. Einstein verwerpt dat. Hij stelt dat rijke denkers en edele gemeenschappen zich daarvan hebben kunnen losmaken en een derde manier van religieuze beleving hebben gecultiveerd. Einstein spreekt van de kosmische religiositeit.[14]

Het is niet eenvoudig om aan iemand die daar niet voor open staat duidelijk te maken waarom het gaat, merkt Einstein op. Hij omschrijft de geaardheid van dat kosmisch religieus beleven als volgt:

> Das Individuum fühlt die Nichtigkeit menschlicher Wünsche und Ziele und die Erhabenheit und wunderbare Ordnung, welche sich in der Natur sowie in der Welt des Gedankens offenbart. Es empfindet das individuelle Dasein als eine Art Gefängnis und will die Gesamt-heit des Seienden als ein Einheitliches und Sinnvolles erleben.[15]

Het is overigens niet juist te sterk de fasen van religieuze ontwikkeling te koppelen aan chronologische ontwikkelingsstadia. Dat blijkt uit het feit dat we aanzetten voor de kosmische religiositeit aantreffen in de Psalmen van David en ook bij de profeten. Nog sterker vinden we die kosmische religiositeit bij het boeddhisme 'was uns besonders Schopenhauers wunderbare Schriften gelehrt haben'.[16]

Einstein maakt zelfs de vergaande generalisatie dat de religieuze genieën van alle tijden door deze kosmische religiositeit waren getekend. Men kent geen dogma's en evenmin een God die naar het beeld van een mens wordt voorgesteld. Ook kan geen sprake zijn van een kerk. Het is dan ook niet verwonderlijk dat we vooral onder de ketters van alle tijden aanhangers van de kosmische religie hebben aangetroffen. Tegenstanders 'verketterden' deze waarlijk religieus bewogen personen als at-

13 Einstein, *Mein Weltbild*, p. 38.
14 Einstein, *Mein Weltbild*, p. 39.
15 Einstein, *Mein Weltbild*, p. 39.
16 Einstein, *Mein Weltbild*, p. 40.

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

heisten. En vandaar dat het kan voorkomen dat vanuit het gezichtspunt van de traditionele religie Franziscus van Assisi, Spinoza en Democritus in dezelfde categorie komen te vallen.

4.6 Bij Einstein wordt moraal van religiositeit gescheiden

Een van de meest opvallende punten aan Einsteins omlijning van religie en religiositeit, is dat het in de vorm waarin hij het voorstaat – de kosmische religiositeit – geen noodzakelijke band heeft met moraal. Religie geeft een gevoel van verbondenheid met het Al. Religie kan ook voor onze levens- en wereldbeschouwing van belang zijn. Religie zou ook een esthetische functie kunnen hebben. Maar, en daarom gaat het ons hier, het lijkt niet onontbeerlijk te zijn voor moraal, zoals Nietzsche's dwaze mens proclameert. Het ethische gedrag van mensen lijken we volgens Einstein te kunnen grondvesten op op sociaal gevoel (Mitgefühl), niet op religie.

Daarmee sluit Einstein zich aan bij Schopenhauer en – zoals gezegd – niet bij Nietzsche. Dat is ook niet zo vreemd. Einstein was sterk beïnvloed door Schopenhauer. Vanuit het standpunt van Einstein zouden we het soort van religie die Nietzsche als fundament voor de moraal veronderstelt als 'angst-religie' moeten typeren of als een religie van het tweede soort, waarin God wordt voorgesteld als Grote Straffer en Beloner.

Einstein draagt echter nauwelijks argumenten aan voor zijn ontkoppeling van religie en moraal. Hij proclameert eenvoudigweg dat drie soorten religie kunnen worden onderscheiden en dat de derde soort de voorkeur verdient boven de twee andere typen. We zullen nu proberen op basis van argumenten te laten zien dat een koppeling van religie en moraal (of religie en recht) minder voor de hand ligt dan menigeen denkt.

4.7 Problemen met de theorie van het goddelijk bevel

(a) Niet iedereen gelooft dat God bestaat

De theorie van het goddelijke bevel heeft allereerst het praktische probleem dat niet iedereen in God gelooft. Zo had Jan in de conversatie met Piet die we hierboven hebben weergegeven kunnen antwoorden: 'Oh, maar ik geloof niet in het bestaan van God, dus zal je mij een andere reden moeten geven om polygamie af te wijzen'. Jan is dan een a-theïst. Ik gebruik dat hier in een betrekkelijk neutrale betekenis.[17] Ik bedoel ermee dat er voor Jan kennelijk geen redenen zijn om theïst te worden. Dan dient zich natuurlijk onmiddellijk de vraag aan wat moet worden verstaan onder een theïst? Iemand is theïst wanneer hij gelooft in een god, maar dan wel een god van een bepaalde geaardheid. Het moet gaan om een godsbeleving zoals die tot ontwikkeling is gekomen in de grote theïstische godsdiensten, dat zijn: christendom, jodendom en islam.[18] In die godsdiensten gelooft men in één

17 Vgl. over de conceptuele omlijning van atheïsme: Edwards, Paul, 'Atheïsm', in: *The Encyclopedia of Philosophy*, Paul Edwards, ed., Vol. I, MacMillan & The Free Press, New York, London 1967, pp. 174-189 en voor discussies daarover: 'Theïsme, atheïsme en de zin van het leven', Themanummer van *Civis Mundi*, 35e jaargang, nr. 3, juli 1996. Ook: Stein, Gordon, 'Atheism', in: Gordon Stein, ed., *The Encyclopedia of Unbelief*, Volume One, Prometheus Books, Buffalo, New York 1985, pp. 27-29; Hiorth, Finngeir, *Introduction to Atheism*, Indian Secular Society, Pune 1995; Le Poidevin, Robin, *Arguing for Atheism*. An Introduction to the Philosophy of Religion, Routledge, London and New York 1996; Nagel, Ernest, 'A Defense of Atheism', in: Paul Edwards en Arthur Pap, eds., *A Modern Introduction to Philosophy*, Revised Edition, The Free Press, Collier-MacMillan, New York/London 1967 (1957), pp. 460-473. Het meest diepgravende boek is het monumentale: Martin, Michael, *Atheism*. A Philosophical Justification, Temple University Press, Philadelphia 1990. Voor Nederland kan nog worden genoemd: Philipse, Herman, *Atheïstisch Manifest*, Drie wijsgerige opstellen over godsdienst en moraal, Prometheus, Amsterdam 1995 en Cliteur, P.B., 'Atheïsme en de zin van het leven', in: *Civis Mundi*, 1996, pp. 7-19.

18 Vgl. de stukken over theïsme in: Quinn, Philip L. & Taliaferro, Charles, eds., *A Companion to the Philosophy of Religion*, Blackwell, Cambridge (Mass.) en Oxford 1997, pp. 393-525.

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

god (het meergodendom is dus uitgesloten) die uit zichzelf bestaat (zelf niet geschapen is), eeuwig, transcendent, almachtig, alwetend, algoed en persoonlijk is.

Het overgrote deel van de Nederlanders is geen theïst (meer). Wat we dan wél zijn is overigens niet zo gemakkelijk uit te maken. De vrijzinnige positie lijkt het uitgangspunt tegenwoordig.[19] Maar de paus is bijvoorbeeld wel een theïst, net als ieder rechtgeaard moslim, christen en jood dat zou moeten zijn. Een theïst is iemand die in God gelooft. En wanneer we nu God met een hoofdletter schrijven, dan is dat om de God aan te duiden die in de theïstische traditie tot ontwikkeling is gekomen.

De a-theïst gelooft daar niet in. Die atheïsten bestaan er in allerlei soorten en maten (net als gelovigen). Zo zijn er atheïsten die nadrukkelijk geloven dat God niet bestaat en atheïsten die zeggen: 'ik heb geen reden om aan te nemen dat God wel bestaat dus ga ik er in mijn leven praktisch vanuit dat hij niet bestaat.' Gelovigen zijn doorgaans geneigd te stellen dat wie de laatste positie zou innemen, zich eigenlijk een agnost zou moeten noemen: iemand die niet weet of God bestaat.[20] Maar dat is betwistbaar. Er zijn tenslotte vele andere zaken waarover we weinig tot niets weten. Je noemt je ten aanzien van die zaken niet 'agnost'.

Het valt te vrezen dat velen kiezen voor het agnosticisme omdat het atheïsme 'te negatief' klinkt. Vaak wordt het zelfs als 'agressief' getypeerd, zoals bij de ethicus Maneschijn die meent dat het atheisme 'een agressieve bijbetekenis' heeft.[21]

Naar mijn idee is niet nodig. Jezelf als 'atheïst' typeren is evenmin agressief als jezelf als 'Nederlander' of 'filosoof' aanduiden. Als je voldoet aan de criteria die staan voor het gebruik van dat woord, dan ben je het. Het lijkt mij dan ook niet echt nodig, zoals Bart de Ligt gedaan heeft, een 'religieus atheïsme' te omlijnen om de negatieve associaties die men bij het atheïsme heeft vermijden.[22]

Hoe het ook zij, velen geloven niet in het bestaan van God. Deze mensen ontlenen hun waarden en normen dus ook niet aan het woord van God of aan een andere goddelijke openbaring. Tegenwoordig is dat in de Nederlandse samenleving zelfs meer dan vijftig procent. En daarmee zijn we dan weer terug bij de conversatie zoals die plaatsvond tussen Jan en Piet. Meer dan vijftig procent van de Nederlandse bevolking heeft geen boodschap aan het antwoord van Piet dat men polygamie moet afwijzen omdat het in de Bijbel wordt afgewezen.[23]

Nu is daarmee natuurlijk niet gezegd dat de gelovige Piet dan maar een andere grondslag van de moraal moet zoeken. Hij gelooft. Hij gelooft dat God de schepper van waarden en normen is. En daarom houdt hij zich aan die waarden en normen en vindt hij dat anderen dat eveneens moeten doen.

Inderdaad, maar aangezien moraal een bij uitstek sociaal verschijnsel is waarover wij met elkaar plegen te discussiëren hebben we hier dus toch wel een prangend praktisch probleem.

Dat ligt bijvoorbeeld anders met esthetische zaken. Stel dat zich tussen Jan en Piet een discussie voor zou doen over esthetische zaken. Bijvoorbeeld de vraag of een modern schilderij mooi is of niet. Dan kunnen zij het daarover niet eens worden, maar dat is praktisch niet zo'n probleem. Voor

19 Vgl. voor een verdediging daarvan: Couwenberg, S.W., 'Verdediging van een vrijzinnig-religieuze geloofsvisie', in: *Civis Mundi*, 3/1996, pp. 110-115. Min of meer vrijzinnig lijkt mij ook: Brink, H. van den, 'Toekomst der religie', in: S.W. Couwenberg, red., *Op de drempel van een nieuwe eeuw*. Terugblik op de 20ste en vooruitblik op de 21ste eeuw, Uitgeverij Agora, Baarn 1999, pp. 61- 69.

20 Vgl. Huxley, Thomas Henry, *Agnosticism and Christianity*. And other Essays, Prometheus Books, Buffalo, New York 1992. Belangrijk materiaal over deze positie vindt men ook in: Pyle, Andrew, ed., *Agnosticism*, Contemporary Responses to Spencer and Huxley, Thoemmes Press, Bristol 1995.

21 Vgl. Manenschijn, Gerrit, 'Een onthutsend gebrek aan deernis', in: Trouw, 27 mei 2000.

22 Vgl. over het religieus atheïsme van De Ligt: Noordegraaf, Herman, 'Religion and Atheïsm: Bart de Ligt and G.H. van Senden on the Inheritance of Theism', in: Henri A. Krop, Arie L Molendijk, Hent de Vries, eds., *Post-theism: Refraiming the Judeo-christian Tradition*, Peeters, Leuven 2000, pp. 159-167.

23 Vgl. het onderzoek van het Sociaal Cultureel Planbureau. In 1994 werd door 50% van de ondervraagden op de vraag 'Gelooft u in God?' ontkennend geantwoord. Vgl. Becker, J.W., & Vink, R., *Secularisatie in Nederland*, 1966-1991, Sociaal en Cultureel Planbureau, Rijswijk 1994. Vgl. ook: Dekker, Gerard, & Hart, Joep de, & Peters, Jan, God in Nederland, 1966-1996, Anthos/RKK/KRO 1997.

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

moraal geldt dat wel. Over moraal moeten we het met elkaar eens zijn; niet in alle opzichten, maar ten aanzien van de basale uitgangspunten toch wel.

Een tweede probleem met de theorie van het goddelijk bevel is het volgende.

(b) Hoe onderken je wat God wil?

Hiervoor werd al aangegeven dat het moeilijk kan zijn een juiste interpretatie te geven aan een passage uit een heilig geschrift. Dat betekent dat zelfs wanneer men ervan zou uitgaan dat de Schrift ons bepaalde normen zou aanreiken, dat men dan nog steeds van mening kan verschillen waaruit die normen bestaan. Dat geldt zelfs al voor de meest schijnbaar duidelijke voorschriften. Stel Piet spreekt niet met Jan, een a-theïst, een ongelovige of een agnost, wat men maar wil, maar met een mede-gelovige, Hans. Piet en Hans zijn het volkomen eens over het feit dat het woord van God normerend is. Zij zien beiden God als de bron, de schepper, van goed en kwaad. Maar dan kunnen zij nog steeds van mening verschillen over de uitleg van een verbod als 'Gij zult niet doden'. Hans trekt daaruit de conclusie dat hij pacifist moet worden, Piet meent dat men dat moet lezen als 'gij zult geen onschuldigen doden' of 'gij zult niet doden zonder bevel van de overheid' en zo kan men meer interpretaties bedenken. Op dat moment zal tussen Hans en Piet een discussie ontstaan. Welnu, over het vervolg van die discussie gaat het mij, want die brengt een verrassend gegeven aan het licht. De discussie gaat bijvoorbeeld als volgt:

Hans: Natuurlijk moet je pacifist zijn! Gij zult niet doden! Het is toch zo duidelijk als het maar kan? Er is geen woord Spaans bij!

Piet: Dat lijkt mij nog niet zo duidelijk. Het zou betekenen dat we ook niet tegen Hitler de wapenen mogen opnemen. Ik kan mij niet voorstellen dat de Bijbel zo'n absurde norm zou proclameren. Hier moet iets anders bedoeld zijn dan jij daarin leest.

Waarom is dit een fascinerende wending? Omdat nu ineens blijkt dat Piet niet voetstoots alles overneemt wat in de Bijbel te vinden is, maar dat hij de geboden en verboden die daar worden geïntroduceerd naweegt. Wordt hij geconfronteerd met een interpretatie die hem absurd voorkomt dan zegt hij: dit kan God eenvoudigweg niet bedoeld hebben. Maar wat betekent dat? Hij schrijft aan God niet alleen een wil, maar ook een verstand, redelijkheid toe; en hij neemt aan dat God bepaalde zaken wel en andere niet niet gewild zal hebben. Hij komt daarmee gevaarlijk dicht bij het verlaten van de theorie van het goddelijk bevel, zo hij die niet al verlaten heeft.

Nu zal men wellicht tegenwerpen dat het incidenteel mogelijk is dat verschil van mening ontstaat over een bepaald religieus voorschrift, maar dat dit toch eerder uitzondering dan regel is. Maar is dat wel juist? Denk weer aan die passage uit de Koran die hiervoor geciteerd werd. 'Streef geen rijkdom na' ontleende ik aan die passage. Maar waarom? Dat hadden we afgeleid uit het stukje waar staat 'you love riches with all your heart'. Maar wat valt daar eigenlijk uit af te leiden? Hadden we misschien moeten zeggen: 'het is verkeerd om met volle overgave van je rijkdom te genieten'? Maar waarom zou dat verkeerd zijn? Als je toch al rijk bent, waarom zou je dan niet van je rijkdom genieten? Wellicht bedoelt de schrijver van de heilige tekst ons voor te houden dat wanneer je nog niet rijk bent en je de keuze hebt tussen een leven dat geheel in dienst staat van het verzamelen van rijkdom en het nastreven van geestelijke waarden we voor het laatste moeten kiezen. Maar dat is allemaal interpretatie. We weten het niet. We worden opgezadeld met een nogal cryptische tekst. Dat is echter heel vaak het geval met religieuze teksten. Neem ook de volgende geboden. In de Koran wordt ons ook verboden overspel te plegen. Dat is duidelijk. Ook wordt gezegd dat we niet iemand mogen doden waarvan

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

Allah heeft gezegd dat we die niet mogen doden, 'tenzij voor een goede zaak'.[24] Een verrassende toevoeging, dat laatste. Maar hoe weten we wat een goede zaak is?

(c) Religieuze geschriften laten vele morele dilemma's onbehandeld

Tot zover de uitleg van een bepaalde verbodsbepaling. De theorie van het goddelijk bevel heeft echter nog een paar andere problematische kanten, namelijk dat ten aanzien van vele ethische dilemma's waarmee we geconfronteerd worden de Bijbel geen enkele norm geeft. Dus niet een norm die men verschillend kan interpreteren, maar zelfs geen enkele norm. Neem de grote vragen van deze tijd. Milieu, overbevolking, abortus, euthanasie, hulp bij zelfdoding. Nergens zegt Jezus: 'U mag maar twee kinderen hebben', 'Abortus provocatus is ongeoorloofd', 'Hulp bij zelfdoding is uit den boze'. Het is de mens zelf die op deze vragen een antwoord zal moeten geven en daarvoor criteria zal moeten ontwikkelen.

Tegen deze achtergrond is het in zekere zin niet vreemd dat het instituut van het middelaarschap tot ontwikkeling is gekomen. Al die punten die we hierboven noemden zijn dan weliswaar geen punten die in de Bijbel grote aandacht krijgen, zij krijgen dat wel in pauselijke decreten. De paus heeft over dit soort zaken wel degelijk opinies, standpunten en hij maakt daarvan ook geen geheim. Maar in hoeverre die gebaseerd zijn op Bijbelse uitspraken, dat is twijfelachtig. Het is opnieuw een kwestie van uitleg, van interpretatie. Dat geeft aanleiding tot soms moeilijke vraagstukken.

Niet alleen moeten we nu de Bijbel interpreteren, volgens sommigen is daaraan al een element van interpretatie voorafgegaan. De Bijbel is immers wellicht gedicteerd door God, maar het dictaat werd opgeschreven door mensen en mensen maken fouten. Volgens sommige theologen moeten we daarom in heilige geschriften altijd het menselijke van het goddelijke proberen te onderscheiden. Maar opnieuw: hoe doen we dat? Wellicht door ons geweten te raadplegen. Worden in de Bijbel dingen gezegd of gesuggereerd die we moreel twijfelachtig achten, dan geven we aan die verhalen of voorschriften een interpretatie die past bij wat we moreel acceptabel achten. Maar zijn we dan nog wel christelijk, islamitisch of joods bezig? Hebben we dan niet het godsdienstig perspectief ingeruild voor een ethisch perspectief waarbij het autonoom menselijke oordeel centraal staat?

(d) Is het woord van God arbitrair?

Het meest prangende probleem met de theorie van het goddelijk bevel hebben we echter nog niet aan de orde gesteld: maakt de theorie van het goddelijk bevel van ethiek niet een kwestie van willekeur? Niet van menselijke willekeur, maar toch willekeur: de willekeur van God namelijk. Laten we dat weer illustreren met een dialoog.

Piet: Polygamie en overspel is slecht, want het wordt veroordeeld in de Bijbel en de Bijbel is het woord van God.

Jan: Zozo, en waarom heeft God dat verworpen? Bij wederzijdse toestemming van de huwelijkspartners is er toch geen vuiltje aan de lucht?

Een dergelijke vraag brengt de aanhanger van de theorie van het goddelijk bevel in een moeilijk dilemma. Zou hij proberen een antwoord op de vraag te geven dan zou hij in feite de theorie van het goddelijk bevel verlaten. Immers de redenen die hij dan opvoert zijn dan de gronden waarom de handelingen moeten worden afgekeurd (overspel veroorzaakt verdriet, het is onnatuurlijk, het degradeert het huwelijksleven en zo voorts). Zou Piet echter zeggen: 'het is gewoon fout omdat God het als zodanig heeft bevolen' dan heeft hij weliswaar God in zijn majestueuze soevereiniteit gehandhaafd, maar is moraal en daarmee ook de wil van God een willekeurige zaak geworden. In zijn

24 O.c., 'The Night Journey', pp. 235-236.

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

uiterste consequentie zou dat ertoe leiden dat God zonder problemen ook verkrachting, overspel, volkerenmoord en andere zaken die wij afschuwelijk vinden als geboden kan proclameren.

Verschillende schrijvers – zowel theïsten als atheïsten – hebben dat een onaanvaardbare consequentie gevonden.[25] Wie zou durven beweren dat hij goed is voor zijn kinderen omdat God dat bevolen heeft?[26] Wie zou willen verdedigen dat hij een afkeer heeft van martelen omdat in de Bijbel staat dat we onze naaste moeten liefhebben?

Het verhaal waarin de theorie van het goddelijk bevel het meest pregnant naar voren lijkte te komen is het verhaal van Abraham en Izaäk. God beval aan Abraham zijn zoon te offeren. Abraham gehoorzaamde. Hij bracht Izaäk naar de plaats waar het offer gebracht zou moeten worden en toen hij op het punt stond zijn zoon aan God te offeren greep God in. Het offer behoefde niet te worden gebracht.

Welke consequenties verbonden zijn aan de theorie van het goddelijk bevel kunnen we ook illustreren aan de hand van een van de Tien Geboden, bijvoorbeeld Exodus 20:15. Daar staat 'Gij zult niet stelen'. Stellen we ons nu op het standpunt van de theorie van het goddelijk bevel, dan zou dat betekenen dat stelen kwaad is, omdat het door God is verboden. Het onaantrekkelijke aan een dergelijke visie is dat het God's wensen en geboden als louter willekeurig voorstelt. Het geeft aan (iets dat overigens ook uit de goddelijke vrijheid en almacht lijkt voort te vloeien) dat God net zo goed iets anders had kunnen bevelen, bijvoorbeeld 'Steel er maar op los zo veel als gij wilt', aangezien het stelen alleen maar verkeerd is krachtens het vrije, goddelijke wilsbesluit.

Volgens deze theorie zouden de Tien Geboden ook hebben kunnen luiden: 'Gij kunt zoveel doodslaan als u belieft'; 'Gij kunt echtbreken wanneer het u uitkomt'; 'Gij kunt uws naasten vrouw begeren wanneer zij u aantrekkelijk voorkomt' en zo voorts. Men zal misschien tegenwerpen dat God iets dergelijks nooit zou doen. Maar waarom niet? Dat kan men alleen maar stellen wanneer er kennelijk een ethisch besef is van goed en kwaad dat los staat van de goddelijke wil en dat zou weer een ondermijning betekenen van de theorie van het goddelijk bevel.

Kortom de proclamatie dat moraal in feite arbitrair is, is een consequentie die ons zwaar valt. En daarmee bedoelen we niet dat het atheïsten zwaar valt, maar ook theïsten.

4.8 De consequenties van de theïstische positie: uiteindelijk onhoudbaar

Maar, en dan komen we nu bij het centrale punt, als men zich op een consistent theïstisch standpunt zou stellen, zou men dat eigenlijk wel moeten doen. Het vloeit voort uit de aard van het concept 'God'. Hij is soeverein, superieur aan alles dat bestaat, schepper van de materie maar ook van de geest, zelf aan niets onderworpen en dus ook niet aan de wetten van de moraal. Wanneer men zich die positie eigen maakt ligt het ook voor de hand, zoals Abraham bereid was te doen, om zijn zoon te offeren. Dan ligt het voor de hand dat men huis en haard verlaat om het evangelie te prediken. Kier-

25 Met als een van de eersten de platonische Socrates. Vgl. Socrates in Plato's Euthyphro. Daarin vinden we reeds het voldragen standpunt dat later door onder andere Nicolaï Hartmann zal worden verdedigd: 'Der religiöse Mensch schreibt alles, wovon er den Ursprung nicht kennt, der Gottheit zu; so in erster Linie den Ursprung der sittlichen Gebote. Er verkennt dadurch den autonomen Charakter der sittlichen Werte' (Hartmann, N., Ethik, Dritte Auflage, Walter de Gruyter, Berlin 1949/1925, p. 68). En daarmee heeft Hartmann natuurlijk een belangrijke stap gezet. Hij verwoordt de consequentie helder als volgt. 'So herrscht hier ein inneres Doppelverhältnis. Geschichtlich sind die meisten unsere ethischen Begriffe mythologisch-religiösen Ursprungs. Der Sache nach sind eben darum die mythologisch-religiösen Moralbegriffe ethischen Ursprungs. Denn echtes ethisches Gut is es, das von Anbeginn in ihnen steckt'. Maar dat kan natuurlijk nooit worden toegegeven vanuit het religieuze perspectief, omdat anders de religieuze moraal steeds verder in het defensief zal worden gedrongen door autonome moraal. Een mooi boek over dat laatste proces is: Hartmann, Eduard von, *Die Selbstzersetzung des Christenthums und die Religion der Zukunft*, Zweite Auflage, Carl Ducker's Verlag, Berlin 1874.

26 Vgl. voor deze kritische vraag: Nielsen, Kai, *Ethics Without God*, Pemberton Books, Prometheus Books, London, Buffalo, New York 1973.

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

kegaard stelt dat het morele en religieuze zich niet met elkaar verhouden, althans dat het religieuze superieur is aan het morele, en dat is vanuit het religieuze standpunt volkomen begrijpelijk.[27]

Dat strikte gehoorzaamheid aan wat gezien wordt als het onwrikbare woord van God ook praktische betekenis kan hebben voor Nederland hebben we geleerd op 2 november 2004. Toen werd de columnist en cineast Theo van Gogh op brute wijze vermoord. De moordenaar van Van Gogh liet een brief achter op zijn lichaam waaruit de religieuze intenties van de dader duidelijk naar voren kwamen.

Wederom: dit alles is vanuit ethisch en sociaal oogpunt bekeken hoogst onwenselijk. Het is verwerpelijk en ook gevaarlijk. Maar het is wel in overeenstemming met het consistent theïsme, zoals onder andere verdedigd door Kierkegaard. De moordenaar van Van Gogh heeft ongetwijfeld geconstateerd dat godslastering in Nederland te licht bestraft wordt. Volgens artikel 147 van het Wetboek van Strafrecht wordt daarvoor 'slechts' drie maanden gegeven. Dat is onwenselijk, denkt een fundamentalist. God's woord stelt daarop de doodstraf. Als de overheid niet bereid is de straf die God eist op te leggen dan nemen individuen het recht in eigen hand.

De zogenaamd 'fundamentalistische' positie is dan ook, hoe verwerpelijk vanuit moreel oogpunt, vanuit religieus oogpunt consistent. En elk verlaten daarvan door in het religieuze bolwerk de rede binnen te halen, is een vriendelijke uitnodiging aan het paard van Troje, zoals de katholieke kerk heel goed heeft aangevoeld in zijn bestrijding van Loisy en andere modernisten.[28] Immers op het moment dat men bijvoorbeeld het standpunt zou innemen dat de autonome moraal kan uitmaken welke Bijbelse of Koranische geboden richtinggevend mogen zijn (en welke mogen worden verworpen), heeft men in feite het religieuze standpunt verlaten en vervangen door het rationalistische of humanistische. Men beoordeelt dan niet meer de moderne seculiere cultuur met de religieuze maatstaf, maar men hanteert de moderne seculiere maatstaf om de religieuze cultuur de maat te nemen. Vroeger placht religie moraal te bepalen. Tegenwoordig bepaalt moraal steeds meer religie. Fundamentalisme is de amechtige poging om dit proces een halt toe te roepen of zelfs te keren. Waar de zuivere theïst zich tegen verzet is dat godsdienst geen noodzakelijk fundament voor moraal meer vormt, maar moraal het fundament voor de godsdienst is geworden.

27 Kierkegaard, Sören, *Fear and Trembling*, Translated by Walter Lowrie, Introduction George Steiner, Everyman's Library, London 1994. Vgl. verder: Davies, Brian, 'Morality and Religion', in: *An Introduction to the Philosophy of Religion*, Oxford University Press, Oxford/New York 1993, pp. 168-190, hier p. 174 en Adams, Robert Merrihew, 'Kierkegaard's Arguments Against Objective Reasoning in Religion', in: Steven M. Cahn en David Shatz, eds., *Contemporary Philosophy of Religion*, Oxford University Press, New York/Oxford 1982, pp. 213-229.

28 Vgl. daarover: Laeyendecker, L., 'Religie en wetenschap: Blijvende tweedracht? Terug- en vooruitblik', in: S.W. Couwenberg, red., *Op de drempel van een nieuwe eeuw*. Terugblik op de 20ste en vooruitblik op de 21ste eeuw, , Baarn: Agora 1999, pp. 95-116.

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

5 Is het natuurrecht óf het cultuurrecht een noodzakelijke basis voor het positieve recht?

Een van de belangrijkste problemen van de politieke filosofie en rechtsfilosofie, een probleem dat zich telkens weer aan de mensheid heeft opgedrongen is de vraag onder welke omstandigheden wij gerechtigd zijn onze gehoorzaamheid aan de staatswetten op te zeggen.[1] Het is een probleem dat speelt voor groepen mensen, maar ook voor het individu.

Een klassiek voorbeeld van dit conflict vinden we in de Amerikaanse Onafhankelijkheidsverklaring. In *The Declaration of Independence* (1776), de verklaring waarmee de jonge Amerikaanse staten zich afscheidden van het Britse moederland, vinden we de passage die in het vorige hoofdstuk al werd aangehaald: 'We hold these Truths to be self-evident, that all Men are created equal, that they are endowed by their Creator with certain unalienable Rights, that among these are Life, Liberty, and the Pursuit of Happiness – That to secure these Rights, Governments are instituted among Men, deriving their just Powers from the Consent of the Governed (...)'.[2]

Er wordt in deze verklaring aangegeven dat de statelijke wetgeving en het statelijk bestuur ergens een grens heeft. Namelijk daar waar deze in strijd komt met wat genoemd wordt 'zelf-evidente waarheden'. En wat zijn die waarheden? Allereerst dat alle mensen gelijk geboren zijn en als tweede dat zij van de schepper bepaalde onvervreemdbare rechten hebben meegekregen. Bij dat laatste gaat het dus niet om rechten die men ontleent aan door mensen uitgevaardigde wetgeving, maar om rechten die mensen ontlenen aan een goddelijke wil.

Ook over de inhoud van die onvervreemdbare rechten zegt de Onafhankelijkheidsverklaring het één en ander. Als onvervreemdbare rechten worden beschouwd:

1. een recht op leven;
2. een recht op vrijheid;
3. een recht op het nastreven van geluk.

Dit is de basis van het rechtssysteem, vinden de Amerikaanse 'revolutionairen'. Geen enkele staat mag deze rechten schenden. Het is niet zo dat deze rechten worden verleend door de staat, maar de staat is er ter effectuering van deze rechten: *to secure these Rights, Governments are instituted among Men.*

En omdat de Engelse koning had gehandeld in strijd met deze beginselen, althans dat was de mening van de revolutionairen, achtten zij zich gerechtigd tot verzet; tot, wat wij nu noemen, burgerlijke ongehoorzaamheid.

Nu doet deze situatie zich natuurlijk niet alleen voor in revolutionaire situaties en bij *groepen* mensen. Zij doet zich ook voor in het *individueel* menselijk leven: wanneer de staat van ons dingen verlangt waarmee wij op morele gronden menen niet in het reine te kunnen komen. Het is een probleem dat ouder is dan de weg naar Rome. Het is op z'n minst zo oud als de weg naar Athene. Reeds in Sophocles' *Antigone* werd een conflict beschreven waarbij een beroep wordt gedaan op een hoger soort recht dan de statelijke wetgeving. Sophocles beschrijft dat de tyran Kreon had bevolen dat Polyneices, de broer van Antigone, niet zou mogen worden begraven.[3]

Maar Antigone stoort zich niet aan de wil van de wetgever en zij beroept zich op een ander, een hoger recht. Over de bevelen van Kreon zegt zij: 'Het was Zeus niet, van wie dit bevel was uitgegaan, en

1 Quinton spreekt van 'the fundamental problem of political philosophy'. Vgl. Quinton, Anthony (ed.), *Political philosophy,* Oxford University Press, London 1971 (eerste druk 1967), p. 9.

2 Aangehaald bij: Brinton, Crane, *The Portable Age of Reason Reader,* edited, and with an introduction by Crane Brinton, The Viking Press, New York 1975 (eerste druk 1956), p. 195.

3 Vgl. hierover ook: Wolf, Erik, *Griechisches Rechtsdenken,* Band II, Rechtsphilosophie und Rechtsdichtung im Zeitalter der Sophistik, Vittorio Klosterman, Frankfurt am Main 1952, p. 248 e.v. evenals: Flückiger, Felix, *Geschichte des Naturrechtes,* Erster Band, Altertum und Frühmittelalter, Evangelischer Verlag AG., Zollikon-Zürich 1954, p. 80 e.v. en: D'Entrèves, A.P., *Natural law.* An introduction to legal philosophy, Hutchinson's University Library, London 1951, p. 8.

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

evenmin zijn ons mensen ooit dergelijke instructies geciteerd door het recht dat voor de doden geldt. Verder was ik van mening dat uw decreten niet zoveel kracht van wet bezaten dat zij, ongeschreven, tijdeloze, goddelijke wetten met voeten konden treden; u bent ook maar een mens. En die wetten zijn niet van vandaag of gisteren, maar van alle tijden, en niemand weet waar ze vandaan komen. Ik voelde er weinig voor om ze te overtreden uit vrees voor de wil van een willekeurig mens en zo de wraak van de goden te riskeren'.[4]

'U bent ook maar een mens', zegt Antigone tegen de hoogste bron van het positieve recht, de koning. Hoger dan het recht dat van de staat uitgaat geldt een soort van goddelijk recht. Zij spreekt van tijdloze, goddelijke wetten. Wetten die niet van vandaag of gisteren zijn, maar van alle tijden. Niemand weet waar die wetten vandaan komen, maar ze bestaan wel.

We kunnen uit deze woorden afleiden dat Antigone een aanhanger is van de goddelijke bevelstheorie van de moraal, zoals we die in het vorige hoofdstuk hebben besproken. Zij beroept zich op goddelijk recht dat hoger is dan het positieve recht. We hebben in het vorige hoofdstuk ook gezien dat aan die theorie gevaarlijke kanten zitten: de moordenaar van Theo van Gogh kan zich erop beroepen dat hij zijn daden verrichte met goddelijke sanctie. In het geval van Antigone gaat het om een veel sympathieker beroep op het hogere recht: de claim dat zij haar broer mag begraven, wat de statelijke wetgever daar ook van mag vinden.

5.1 Vijf kenmerken van natuurrecht

Deze voorbeelden, één ontleend aan de klassieke cultuur en één ontleend aan het moderne denken, confronteren ons met een beroep op een hoger recht dat aan het positieve, door de staat uitgevaardigde, recht als een model wordt voorgehouden. Dat hogere recht noemt men ook wel het 'natuurrecht', een term waarmee men het volgende wil aangeven. Het natuurrecht *bestaat vanzelf,* is niet het product van menselijke makelij, net als de natuur in de vorm van bomen en rivieren niet het product is van menselijke makelij. De term natuurrecht brengt ook tot uitdrukking de *onveranderlijkheid* van het hogere recht en het feit dat het *overal van kracht is.* Cicero (106-43 v. Chr.) vergelijkt het natuurrecht met een vuur: net zoals een natuurlijk verschijnsel als het vuur hetzelfde brandt in Athene als in Rome, zo bestaat er ook een natuurrecht dat zou gelden voor alle plaatsen en tijden.[5] De protagonisten van deze traditie in het rechtsdenken noemen we natuurrechtsaanhangers.

Er zijn overigens wel verschillende varianten van natuurrechtelijk denken. Maar een aantal grondtrekken kunnen we toch wel ideaaltypisch onderscheiden. Tot de cluster van kenmerken die we in verschillende combinaties bij natuurrechtsaanhangers aantreffen behoort de overtuiging:[6]

- dat er een absoluut geldig recht bestaat,
- dat dit recht kan worden afgeleid uit de menselijke natuur of de aard van de werkelijkheid,
- dat voor het kennen van dit recht de redelijke vermogens van de mens toereikend zijn,
- dat er een inhoudelijke toets in de vorm van natuurrechtelijke beginselen wordt gehanteerd voor de gelding van het positieve recht,
- dat positief recht dat die toets niet kan doorstaan niet als geldig erkend kan worden,
- dat deze inhoudelijke toets bestaat uit een verzameling van speculatieve en metafysische ideeën.

4 Vgl. hierover ook: Weinreb, Lloyd L., *Natural law and justice,* Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts/London, England 1987, p. 23 e.v.

5 Vgl. Cicero, *De Republica,* b. III, XXII, 33: 'Er is een waarachtige wet, een rechte rede overeenkomstig de natuur, aanwezig in allen, onveranderlijk, eeuwig'.

6 Weinreb, *Natural law and justice,* p. 2: 'Even within jurisprudence, it is not a distinct theory so much as a family of theories, allied more than anything else by their opposition to another family of theories known collectively as legal positivism'.

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

Kenmerkend voor dat natuurrecht is het volgende:
1. een *status:* de absolute gelding (1);
2. de *bron* waaruit het voortvloeit: de natuur (2);
3. het *keninstrument* waarmee het gekend wordt: de rede (3);
4. de *functie* die het vervult: een kritische toets (4 en 5);
5. de *inhoud* die het heeft: metafysische ideeën (6).

Dit zou men het natuurrecht in zijn meest zuivere of ideaaltypische vorm kunnen noemen Historisch is een dergelijk natuurrecht verdedigd door de middeleeuwse theoloog en filosoof Thomas van Aquino (1225-1274) en overwegend katholieke auteurs.[7] die bij zijn werk aansluiting hebben gezocht. We dienen ons overigens goed te realiseren wat een dergelijk begrip van natuurrecht 'in zuivere vorm' betekent. Het gaat hierbij om een normaaltypische omlijning, om een cluster van kenmerken die we in verschillende combinaties bij verschillende denkers aantreffen. Sommige denkers beantwoorden aan veel van die kenmerken, anderen aan minder, weer anderen vallen geheel buiten het begrip. Buiten het begrip van het natuurrecht vallen – het zal niet verbazen – de hierna nog te behandelen rechtspositivisten. Een denker die echter nagenoeg beantwoordt aan alle hier genoemde kenmerken is – naast Thomas van Aquino – Sir William Blackstone (1723-1780), een natuurrechtsdenker die grote invloed heeft uitgeoefend op het Amerikaanse constitutionele denken en dan met name de ideologie achter de onafhankelijkheidsverklaring.[8] Er zijn echter ook denkers die zichzelf als behorende tot de natuurrechtelijke traditie zien of door anderen daarmee in verband worden gebracht, maar die toch op beslissende punten afwijken van het hiervoor normaaltypisch omlijnde natuurrechtsbegrip.[9] Zo heeft de moderne natuurrechtsdenker John Finnis in ieder geval bezwaren tegen het vijfde kenmerk van de natuurrechtsdenker: dat men recht dat strijdt met het natuurrecht ziet als non-recht. Weer een andere natuurrechtsdenker, Rudolf Stammler, gaat uit van een natuurrecht met wisselende inhoud en breekt dus met de idee van een onveranderlijk natuurrecht. Wij zullen ons nu concentreren op het natuurrecht van Blackstone en Thomas van Aquino.

5.2 Het idealistisch denken als filosofische basis van de natuurrechtsleer: Plato

Thomas van Aquino had voor zijn filosofie in het algemeen en natuurrechtsleer in het bijzonder inspiratie opgedaan bij Aristoteles (384/3-322 v. Chr.) en deze was weer een leerling van Plato (427-347 v. Chr.).[10] Bij Plato en Aristoteles vinden we overigens geen uitgewerkte natuurrechtsopvatting. Wat zij daarvoor leverden, was de *filosofische basis:* een visie op de werkelijkheid die men als

7 Vgl. Scheltens, D.F., 'De filosofie van Thomas van Aquino', in: *Wijsgerig perspectief op maatschappij en wetenschap,* 15 (1974/75), p. 1: 'Er is een tijd geweest – en die tijd is nog niet zo lang voorbij – waarin het gezag van Thomas van Aquino het denken van vele katholieke filosofen zozeer overheerste, dat het voor een echte filosofische geesteshouding geen ruimte liet. Het magister dixit – het zwakste van alle argumenten volgens Thomas zelf – gold heimelijk als het decisieve argument'. Overigens zijn er, vooral de laatste decennia, katholieke rechtsfilosofen die zich niet meer voornamelijk door Thomas van Aquino laten inspireren. Vgl. daarover: Ven, J.J.M. van der, *Rechtsphilosophie in den Niederlanden,* in: *Archiv für Rechts- Sozialphilosophie*, 47 (1961), 213 e.v.; 49 (1963), 279 e.v. in het bijzonder p. 292.

8 Vgl. Boorstin, Daniel J., *The Mysterious Science of the Law.* An Essay on Blackstone's Commentaries, With a new Foreword, The University of Chicago Press, Chicago and London 1996 (1941).

9 Buiten dit natuurrechtsbegrip vallen auteurs als: Cohen, Morris Raphael, *Reason and Law.* Studies in Juristic Philosophy, Greenwood Press Publishers, Westport, Connecticut 1972 (eerste druk 1950); Kaufmann, Arthur, *Rechtsphilosophie im Wandel,* Stationen eines Weges, 2., überarbeitete Auflage, Carl Heymanns Verlag KG, Köln/Berlin/Bonn/München 1984 (1979); en Fuller, Lon L., 'Human purpose and natural law', in: *Natural Law Forum*, Volume 3 (1958) en *The Law in Quest of Itself,* Julius Rosenthal Foundation Northwestern University, The Foundation Press, Inc., Chicago 1940. Herdruk: AMS Press, New York 1978.

10 Vgl. hierover het vierde hoofdstuk, 'The heritage of Plato', in: Randall, *Plato: dramatist of the life of reason,* pp. 36-54 en: Piltz, Anders, *The World of Medieval Learning,* Basill Blackwell, Oxford 1981, p. 40 e.v.

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

'idealistisch' zou kunnen aanduiden. De idealist construeert een tegenstelling tussen een wereld van zuivere onveranderlijke waarden en ideeën en een wereld van zintuiglijk waarneembare en voortdurend veranderende objecten. Kenmerkend voor de ideeënleer is tevens dat de wereld van de ideeën als meer werkelijk, als meer 'bestaand', wordt gezien dan de wereld van de zintuiglijk waarneembare objecten. Bijvoorbeeld: 'schoonheid' als idee is meer werkelijk dan de veelheid van schone dingen om ons heen.

In de *Phaedo,* een van Plato's dialogen, zien we dat hij zijn leermeester Socrates als gesprekspartner introduceert en aan hem de grondgedachten van de ideeënleer in de mond legt. Socrates zegt namelijk: 'Het komt mij n.l. zo voor, dat als er nog iets anders schoon is dan het Schone-zelf, dat het dan door geen enkele andere oorzaak schoon is dan doordat het deelheeft aan dat Schone. En zo ook in alle andere gevallen'.[11]

Wat een voorwerp schoon maakt, zegt Socrates, is dat het deelheeft aan het Schone-zelf. Wat iets groot maakt is dat het deelheeft aan de Grootheid-zelf. En wat iets rechtvaardig maakt, is dat het deelheeft aan de Rechtvaardigheid-zelf.

Deze algemene begrippen noemen we 'ideeën'. In het Grieks is sprake van twee verschillende woorden, 'eidos' en 'idea', die wat betekenis betreft praktisch synoniem waren.[12] Plato's Socrates noemt het aannemen van het bestaan daarvan een *veilige hypothese:* het is iets wat hij noodzakelijk moet aannemen om de werkelijkheid en ons oordeel daarover te kunnen verklaren.[13] Hij zegt: 'Ik neem als grondslag aan dat er een Schoon-op-zichzelf bestaat, een Goed-in-zichzelf, een Groot-op-zichzelf bestaat, en zo in alle andere dingen'.

Deze goedheid op zichzelf en schoonheid op zichzelf is natuurlijk niet zintuiglijk waarneembaar. Hebt u ooit weleens iets met zulke ogen gezien? vraagt men Socrates. En hij antwoordt: Nee, nooit van mijn leven. Verder vraagt men hem over de ideeën: heb je ze dan weleens met een of ander lichamelijk zintuig aangeraakt? En opnieuw antwoordt Socrates dat dit niet het geval is.

Hij maakt dan duidelijk dat we *twee soorten zijnde* moeten aannemen: het zichtbare en het onzichtbare. Het eerste is voortdurend aan verandering onderhevig, terwijl het tweede zichzelf altijd gelijk blijft.

Met deze onderscheiding in de werkelijkheid correspondeert ook een tweedeling die men in de menselijke kenvermogens kan maken. Enerzijds heeft de mens een *ziel,* waarvan Plato zegt dat deze meer verwant is met het eeuwige onsterflijke dat altijd aan zichzelf gelijk is, anderzijds heeft de mens zijn *zintuigen,* waarmee hij de individuele dingen in het hier en nu waarneemt.

Van die wereld in het hier en nu wordt duidelijk gezegd dat deze een werkelijkheid van een lager niveau is.[14] Hij zegt niet dat het gaat om louter schijn, maar wel is het een werkelijkheid van een lager gehalte. De individuele dingen in het hier en nu zijn eigenlijk meer werkelijk naarmate zij meer deelhebben aan de idee waarop zij betrokken zijn.

Hiermee hebben we de filosofische grondslag geschetst voor de klassieke natuurechtsleer. Hoe wordt deze uitgewerkt in de natuurrechtsleer?

11 Vertaling van: Vogel, C.J. de, *Plato,* De filosoof van het transcendente, derde druk, Het Wereldvenster, Bussum 1983 (eerste druk 1974), p. 57.

12 Vgl. Friedländer, Paul, *Plato.* An Introduction, Bollingen Series, Princeton University Press, Princeton 1969, p. 16. Het woord heeft nu natuurlijk een geschiedenis van tweeduizend jaar en is beladen geraakt met talloze associaties. Vgl. bijvoorbeeld: Panofsky, Erwin, *Idea,* A concept in art theory, Icon Editions, Harper & Row, New York Hagerstwon San Francisco London 1960. Vgl. tevens: Guthrie, *Socrates,* p. 33.

13 De Vogel, *Plato,* p. 58. En: Burnet, John, *Greek Philosophy.* Thales to Plato, MacMillan, London and Basingstoke 1978 (1914), p. 126.

14 Vgl. Burnet, *Greek philosophy,* p. 126.

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

5.3 De bron van het natuurrecht: de natuur als teleologische orde

Voor Plato gold: niet de concrete, zintuiglijk waarneembare dingen zijn het waarlijk zijnde, maar alleen de ideale beelden, waarop de dingen betrokken zijn, 'bestaan' in de volle zin van het woord. Eveneens hebben we gezien dat Plato daarmee een scheiding introduceerde tussen de wereld van de verschijnselen en de wereld van de ideeën. Aristoteles was met die scheiding niet tevreden. Hij meende dat men de ideeën zich niet moest voorstellen in een transcendente werkelijkheid (dat wil zeggen een werkelijkheid die het zintuiglijk waarneembare overschrijdt), maar *in* de dingen. Zo ligt in het eikeltje zijn idee (dat van de eik) als een immanente streefkracht besloten. Daarmee hebben we de basis van het klassieke natuurrecht, dat door Thomas van Aquino verder zal worden ontwikkeld: de *natuur als een teleologische orde,* een orde waarin bepaalde waarden of ideeën immanent zouden zijn. De natuur is de bron waaruit het natuurrecht voortvloeit. Alle delen van de natuur zijn gericht op een doel. Hij noemde die streefkracht de *inclinatio naturalis* (de natuurlijke neiging).[15] De algemene wetmatigheid dat alle dingen streven naar hun eigen doel die zich als een goddelijk plan in het verstand van God bevindt, noemt Thomas de *lex aeterna*, de eeuwige wet.[16]

Een vraag die zich dan aandient is: hoe kan dat? Hoe kan de natuur zo'n grote doelmatigheid vertonen? Moet daar niet een intellect achter zitten? Inderdaad, dat kan niet anders, volgens Thomas. Overal waar we doelmatigheid ontwaren, komen we immers tot het aannemen van een intellect. Wanneer we op een onbewoond eiland een huis of een brug tegenkomen, dan concluderen we tot het bestaan van andere mensen op dat eiland dan wijzelf. Zo geldt dat ook voor het universum. Wanneer we hier een doelmatige ordening ontwaren dan moet die zijn aangebracht.[17] Maar door wie? Dat kan alleen maar God zijn, meent Thomas.[18] God is de grote architekt die het universum heeft geschapen en alle dingen op hun doel heeft gericht.

5.4 De mens als redelijk wezen: hij kan het natuurrecht *kennen*

Nu bekleedt de mens een bijzondere positie in de wereld. Die bijzondere positie bracht Plato tot uitdrukking met zijn twee-werelden-theorie. De mens staat op de scheidslijn tussen twee werelden. Enerzijds is de mens een verheven wezen dat via zijn verstand contact heeft met de ideeënwereld, anderzijds is hij door zijn lichamelijkheid aan de aarde en de zintuigen gekluisterd.

Thomas neemt deze visie op de mens over en accentueert dat de mens zich onderscheidt van de rest van de natuur door zijn *redelijkheid.* In de redeloze dingen ligt het goddelijk plan uitgedrukt als een feitelijke gerichtheid van de dingen op hun doel, zonder dat zij daarvan weet hebben. Maar de mens heeft als rationeel *wezen weet van* die gerichtheid. Thomas maakte als middeleeuwer voor het eerst

15 Vgl. voor een welsprekende verwoording van deze opvatting: Maistre, Joseph de, *Considérations sur la France,* in: *Oeuvres de Joseph de Maistre,* VII, Bruxelles 1844, p. 31: 'La Providence, qui proportionne toujours les moyens à la fin, et qui donne aux nations, comme aux individus, les organes nécessaires à l'accomplissement de leur destination (...)'.

16 De term 'lex aeterna' is overigens ook al bij Augustinus te vinden. Vgl. Luijpen, W., *Fenomenologie van het natuurrecht,* Uitgeverij Het Spectrum, Utrecht/Antwerpen 1969, p. 108. Voor Thomas: S.Th., I-II, q. 93, a. I: *Lex aeterna nihil aliud est quam ratio divinae sapientiae, secundum quod est directiva omnium actuum et motionum'.*

17 Een belangrijke kritiek op een dergelijke redenering vinden we bij David Hume. Vgl. Hume, David, *Dialogues concerning natural religion,* edited with introduction by Henry D. Aiken, Hafner Press, Collier Macmillan Publishers, New York London 1948. Een heldere bespreking van de argumentatie van Hume vindt men in: Tilghman, B.R., *An Introduction to the Philosophy of Religion,* Blackwell, Oxford (UK) en Cambridge (USA) 1994.

18 Luijpen, *Fenomenologie van het natuurrecht,* p. 104: 'Alle wezens zijn door God op hun natuurlijke doeleinden geordend, en al wat voor het bereiken van natuurlijke doeleinden noodzakelijk is, is door God op de betreffende wezens geordend. Dit geldt zowel voor de redelijke als voor de redeloze wezens', aldus de parafrasering van Luijpen van het thomisme.

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

weer een zekere plaats vrij voor het redelijke denken, dat wil zeggen een denken dat niet gestuurd wordt door de christelijke openbaring.[19]

Typerend voor de mens is ook zijn *vrijheid.* Weliswaar is er ook voor de mens een natuurlijk ideaal waarop hij gericht is, maar hij kan door zijn vrije wil die roeping verzaken. Deze bijzondere positie van de mens in de natuur brengt met zich mee, dat de mens binnen de lex aeterna een speciale positie inneemt. Dat gedeelte van de lex aeterna dat betrekking heeft op de mens noemen we de *lex naturalis*, de natuurlijke wet.

Het is wel een ethisch gebod, dat de mens zich gedraagt overeenkomstig de lex naturalis, maar hij kan de beginselen die daarin besloten liggen ook negeren. Het natuurlijke is voor de mens gegeven in de vorm van *normen.* Daarmee neemt de mens een eigen plaats in in de scheppingsorde: beneden God, maar toch boven de dieren, planten en andere dingen.

5.5 De inhoud van het natuurrecht: het bestaat uit metafysische beginselen

Hiermee hebben we dan de bron van het natuurrecht aangegeven (de natuur als een teleologische orde) en tevens geschetst hoe de individuele mens als een redelijk wezen geacht wordt met zijn rede als keninstrument kennis te kunnen nemen van het natuurrecht. Nu de vraag: wat is de inhoud van die lex naturalis? Het hoogste principe hiervan is: 'Het goede doen, het kwade nalaten'. Dat is op zich nog een weinig zeggende formulering. Want wat is goed? Goed voor de mens, zo schrijft Thomas, is onder andere het volgende:

1. het zoeken naar waarheid omtrent God;
2 het leven in gemeenschap met anderen;
3. de vereniging van man en vrouw in het huwelijk;
4. de opvoeding van de kinderen.

Het geheel van deze regels vormt het natuurrecht, het recht zoals het van nature, dat wil zeggen: onafhankelijk van menselijke wetgeving, bestaat. Bovengenoemde beginselen noemt men het *primaire natuurrecht*.

Daarnaast onderscheidt Thomas echter ook nog een *secundair natuurrecht* waartoe hij onder andere de regels rekent die worden opgesomd in de Tien Geboden. Het natuurrecht bestaat voor Thomas uit een geheel van ideeën dat men apriori, dat wil zeggen: vóór alle ervaring, kan afleiden. Het gaat hier om metafysische ideeën vergelijkbaar met die van Plato. Daarmee hebben we dan ook iets gezegd over de *inhoud* van het thomistisch natuurrecht.

We noemen deze beginselen *metafysische* beginselen omdat men de inhoud ervan, tenminste dat is de mening van de aanhangers van het klassieke natuurrecht, kan vaststellen los van de ervaring, meer in het bijzonder: los van onze ervaring van het positieve recht. Men drukt dat ook wel als volgt uit: het gaat om *aprioristische* beginselen, dat wil zeggen: beginselen die aan alle ervaring, in ons geval de ervaring van het positieve recht, voorafgaan.

5.6 De status van het natuurrecht: het heeft absolute gelding

Omdat het bij het natuurrecht gaat om een goddelijk recht, de wil van God zoals die is neergelegd en is af te leiden uit de natuur, is het een absoluut geldig recht. Daarbij kan men dan nog een tweetal dimensies onderscheiden: absoluut geldig naar *tijd* en naar *plaats.* Wat het eerste betreft: het natuur-

19 Vgl. D'Entrèves, *Natural law,* p. 40 e.v. en: Copleston, F.C., *Aquinas,* Penguin Books, Harmondsworth 1977 (eerste druk 1955), p. 47 evenals: Copleston, F.C., *A history of medieval philosophy,* Methuen & Co ltd, London 1972, p. 185.

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

recht ontwikkelt zich niet in de geschiedenis. Het is een tijdloos recht, onveranderlijk.[20] En wat dat tweede betreft: het natuurrecht is in die zin transcultureel dat het een recht is dat voor alle volkeren geldt: zowel voor Romeinen als voor Grieken, zowel voor Engelsen als voor Aziaten. Net als het evangelie in principe ook voor alle culturen en volkeren bestemd is, zo geldt dat ook voor het natuurrecht, dat immers gods wil als basis heeft.

De universaliteitspretentie van het natuurrecht is misschien nog het meest pregnant tot uitdrukking gebracht door de Romeinse natuurrechtsfilosoof Cicero. Een beroemde passage uit *De republica* waarin hij het natuurrecht typeert luidt als volgt: 'Er is een waarachtige wet, een rechte rede overeenkomstig de natuur, *aanwezig in allen, onveranderlijk en eeuwig;* zij roept de mens tot het goede door haar geboden en houdt hem af van het kwade door haar verboden; of zij nu beveelt of verbiedt, zij richt zich niet vergeefs tot de goede mensen, maar zij oefent geen enkele invloed uit op de bozen. Het is niet geoorloofd haar door andere wetten te verzwakken, dan wel van een harer voorschriften af te wijken; *het is onmogelijk haar geheel en al buiten werking te stellen.* Noch de senaat, noch het volk kan er ons van bevrijden en er hoeft niemand buiten onze kring gezocht te worden om haar te verklaren en uit te leggen. *Zij zal niet anders zijn in Rome dan in Athene, in de toekomst niet anders dan vandaag. Eén enkele wet, eeuwig en onveranderlijk, regeert over alle mensen, in alle tijden.* Eén God is er, heer en meester van allen. Hij is de maker van die wet, hij heeft haar afgekondigd en bekrachtigd. Wie hem niet gehoorzaamt ontvlucht zichzelf en ontkent zijn menselijke natuur; hem staan de grootste kastijdingen te wachten, zelfs als hij erin slaagt aan de andere straffen (die der mensen) te ontkomen'.

Vooral in de delen die hier gecursiveerd zijn weergegeven komt de universaliteitspretentie van het klassieke natuurrecht goed tot uitdrukking: het beoogt een recht van alle tijden en plaatsen te zijn.

5.7 De functie van het natuurrecht: een kritische toets

Wat kunnen we met dat natuurrecht doen? En maakt het natuurrecht het positieve recht niet volkomen overbodig? Om met dat laatste te beginnen, Thomas is van mening dat dit niet geval is, want de voorschriften van het natuurrecht zijn zo algemeen dat een zekere concretisering nodig is in de vorm van positieve menselijke wetten. De positieve wetten worden gezien als conclusies uit de algemene voorschriften van de natuurwet of als nadere bepalingen daarvan.[21]

Wat betreft de functie van het natuurrecht: het natuurrecht is bij Thomas een *kritische toets* voor het positieve recht.[22] Wanneer de vorst wetten uitvaardigt die een grove schending inhouden van het natuurrecht, dan is dat geen recht en zijn de burgers daaraan niet gebonden. Daarmee hebben we dan de *functie* van het natuurrecht aangegeven ten opzichte van het positieve recht: het is een kritische toets. Volgens Thomas is dus ook de overheid aan een hoger recht onderworpen. Volgens natuurrechtsaanhangers dienen dus aan de constatering dat een bepaalde door de overheid gestelde norm in strijd is met het natuurrecht twee consequenties te worden verbonden: (1) de door de overheid gestelde norm wordt niet erkend als een *rechtsnorm* (het gaat om louter macht, niet om recht); (2) de burger wordt geacht niet gebonden te zijn aan die door de overheid gestelde norm.

20 Sommigen, D'Entrèves en Arthur Kaufmann bijvoorbeeld (vgl. hun hiervoor genoemde boeken), ontkennen overigens dat dit het geval zou zijn bij Thomas. Hoe dat ook zij, duidelijk is in ieder geval dat in de thomistische traditie men vaak het onveranderlijke van het natuurrecht heeft benadrukt. En het gaat mij hier meer om een ideaaltypisch klassiek natuurrecht dan een natuurgetrouwe weergave van wat Thomas zelf precies heeft gezegd. Vgl. D'Entrèves, *Natural law,* p. 44.

21 S.Th., I-II, q.95, a.2 Citaat en commentaar: Luijpen, *Rechtvaardigheid,* tweede druk, herzien en aangevuld, W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle 1979, p. 46.

22 Dit is niet bij alle vormen van natuurrechtelijk denken het geval. Vgl. D'Entrèves, *Natural law,* p. 30. D'Entrèves schrijft: 'Nowhere, in fact, do we find in the *Corpus Iuris* an assertion of the superiority of natural to positive law, in the sense that, in a case of conflict, the one should overrule the other. The Roman conception of natural law is anything but a revolutionary principle'. Vgl. tevens O.c., p. 95: 'The recognition of the existence of an ideal law did not necessarily imply that positive law should be overruled by it in cases of conflict. Natural law could serve as well to support revolutionary claims as to justify an existing legal order'.

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

In dat laatste ligt een rechtvaardiging voor het recht van verzet tegen de overheid. Wanneer de overheid het natuurrecht schendt mag men zich als burger verzetten. Verzet is dan weliswaar niet legaal (het gaat immers tegen de wet van de overheid in), maar wel legitiem. Thomas van Aquino verwoordde het als volgt: 'De tirannieke regering is niet rechtvaardig, omdat zij niet gericht is op het algemeen welzijn maar op het privé-welzijn van de bestuurder (...). En daarom heeft de omverwerping van deze regering niet het karakter van een opstand (...).'[23]

Nu was Thomas zich er volkomen van bewust dat men met betrekking tot het toetsen van het positieve recht aan het natuurrecht de grootste voorzichtigheid zou moeten betrachten. Ter vermijding van wanorde doet men er in de meeste gevallen goed aan wetten die in strijd zijn met het het natuurrecht niettemin op te volgen, omdat de rechtszekerheid dat nu eenmaal eist. Maar het is toch mogelijk dat zich een situatie voordoet waarin verzet geoorloofd is.

5.8 Bezwaren tegen het klassieke natuurrecht

Hoe bruikbaar is het natuurrecht als normatieve grondslag van het recht? Het klassieke natuurrechtsdenken is onder vuur komen te liggen. Dat heeft verschillende redenen.

Allereerst sluit het natuurrecht slecht aan bij de methodologie van de exacte wetenschappen, zoals die dominant zijn geworden sinds de wetenschappelijke revoluties van de 16e en 17e eeuw. Wij kunnen de natuur eenvoudigweg niet meer zien als een teleologische orde.

Ook de ideeënleer die ten grondslag ligt aan de klassieke natuurrechtsopvattingen komt ons tegenwoordig onwerkelijk voor. Wij zijn geneigd de concrete zintuiglijk waarneembare dingen in het hier en nu als uitgangspunt te nemen om van daaruit ideeën te construeren. Bijvoorbeeld: we hebben een idee van 'rood' omdat we met onze zintuigen rode dingen hebben waargenomen en de menselijke geest kennelijk het vermogen heeft zich een voorstelling van het abstracte begrip te vormen.

Het klassieke natuurrecht is met de opkomst van de moderne natuurwetenschappen, dat wil zeggen vanaf de renaissanceperiode, steeds sterker onder vuur komen te liggen. Tot een hoogtepunt kwam die kritiek in een stroming binnen de rechtsfilosofie die men zou kunnen zien als de rechtswetenschappelijke vertaling van het wijsgerig positivisme, het rechtspositivisme.

Rechtspositivisten zijn er, net als natuurrechtaanhangers, in verschillende soorten. Tot de rechtspositivisten worden gerekend de Engelse rechtsfilosofen Jeremy Bentham (1748-1832), John Austin (1790-1859), H.L.A. Hart (1907) en de Oostenrijker Hans Kelsen (1881-1973). De relatie tussen rechtspositivisme en wijsgerig positivisme treedt overigens niet bij alle rechtspositivisten zo sterk op de voorgrond. Men zou kunnen zeggen dat het bij de Engelse rechtspositivisten iets minder scherp naar voren komt dan bij de Oostenrijker Kelsen, maar dat behoeft ons in dit verband niet bezig te houden. Ik zal hier niet proberen om een min of meer volledige weergave te geven van de idealen van rechtspositivistische denkers, maar voornamelijk ingaan op wat het rechtspositivisme als kritiek op het natuurrechtsdenken heeft aangevoerd. Bovendien zal ik mij beperken tot één vertegenwoordiger van het rechtspositivisme, namelijk Kelsen. Kelsen is daarom zo'n geschikte figuur om als criticus van het natuurrechtsdenken op te voeren omdat hij een gedegen kritiek op het natuurrechtsdenken heeft gegeven, maar ook omdat zijn rechtspositivisme zo radicaal is in de zin dat hij elk spoor van natuurrechtelijk denken probeert uit te bannen.

Kenmerkend voor het denken van Kelsen is dat hij een 'zuivere rechtsleer' heeft willen ontwikkelen. En met dat zuivere wordt dan bedoeld: een rechtsleer die gelouterd is van allerlei niet juridisch-technische elementen. Vooral ideologie en politiek zou men buiten de rechtswetenschap moeten houden en hier ligt dan ook een voornaam punt van kritiek op de natuurrechtsleer: door de natuur-

23 Aangehaald bij: Delfgaauw, B., *Thomas van Aquino*, Een kritische benadering van zijn filosofie, Het Wereldvenster, Bussum 1980. p. 166.

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

rechtsaanhanger wordt onder de mantel van een objectief natuurrecht allerlei politieke ideologie de rechtswetenschap binnengesmokkeld.

De taak van de rechtswetenschapper is het volgens Kelsen om de rechtsorde op een *zuiver formele* manier te benaderen. Een rechtsorde is opgebouwd uit rechtsnormen die in een hiërarchische ordening tot elkaar staan. De geldigheid van een lagere norm is afhankelijk van een hogere. Ter illustratie kan men denken aan een regeling van burgemeester en wethouders. Waarop berust de geldigheid van een dergelijke regeling? Die berust op weer een hogere juridische norm, namelijk de normen uit de Gemeentewet. En waarop berust de geldigheid van de Gemeentewet? Die is op haar beurt weer afhankelijk van opnieuw een hogere regeling, namelijk de Grondwet. Ergens moet dat proces echter worden afgebroken. Van de Grondwet kunnen we teruggaan naar een eerdere Grondwet maar we stuiten op een bepaald moment op de eerste Grondwet. Nu zou men kunnen betogen dat de geldigheid van die eerste Grondwet een sociaal feit is. De geldigheid van de eerste Grondwet is gebaseerd op het feit dat mensen die Grondwet als geldig aanvaarden. Maar Kelsen vindt die oplossing verkeerd omdat men 'Sein' en 'Sollen' goed gescheiden moet houden. De geldigheid kan men nooit afleiden uit een 'Sein', maar moet de geaardheid van een norm, een 'Sollen', hebben. De oplossing die Kelsen dan voor het dilemma aandraagt is dat hij stelt dat men ervan uit moet gaan dat de norm (hij noemt dat de 'Grundnorm') die de eerste Grondwet als geldig aanwijst een hypothetische, een vooronderstelde norm is.[24]

Maar ik zal niet te lang stilstaan bij Kelsens uitwerking van het rechtspositivistische standpunt, omdat hij mij in dit kader vooral interesseert als criticus van het natuurrechtsdenken. Drie bezwaren van Hans Kelsen tegen de natuurrechtsleer zal ik nu iets verder uitwerken. Het gaat om (1) het bezwaar dat natuurrechtsdenkers van het zijn naar het moeten (of van het feitelijke naar het normatieve) overstappen; (2) het bezwaar dat de natuurrechtelijke beginselen die natuurrechtsaanhangers omarmen slechts formele principes zijn waarmee men niets kan beginnen; (3) het bezwaar dat de natuurrechtelijke beginselen niet gelegitimeerd kunnen worden, omdat het bij normatieve principes gaat om irrationele uitingen van gevoel.

5.9 Kelsen's eerste bezwaar tegen het natuurrecht: de vermenging van 'Sein' en 'Sollen'

Kelsen zegt: wetenschap heeft met kennen te maken, niet met voelen en met willen. En als voorwerp van kennis valt de wereld uiteen in de twee rijken van 'Sein' en 'Sollen', een tegenstelling die identiek is met die tussen 'Wirklichkeit' en 'Wert' of 'Natur' en 'Zweck'. In de sfeer van het 'Sein' gelden de causale wetten, in de sfeer van het 'Sollen' gelden normen.

Welnu, dit onderscheid tussen causale natuurwetten als wetten van het zijn en een rechtsregel als een wet van het moeten gaat in het kader van een religieus-metafysische wereldbeschouwing, zoals die van de natuurrechtsaanhangers, geheel verloren. In de religieus-metafysische wereldbeschouwing (waarvan de natuurrechtsleer deel uitmaakt) wordt de verbinding van oorzaak en gevolg gezien naar analogie van een menselijke daad van rechtsschepping: de natuurwetten worden geïnterpreteerd als normen 'die, uitgaande van een goddelijke wil, aan de natuur een bepaald gedrag voorschrijven'. Vandaar ook dat de metafysische rechtsleer in de natuur een manifestatie van de goddelijke wil meent te herkennen, waardoor men dus weer vanuit een 'Sein' tot een 'Sollen' komt. 'Maar dat is een drogreden; en juist op deze drogreden is de natuurrechtsleer gebaseerd', aldus Kelsen.

Uit de natuur als een geheel van feitelijke verhoudingen kan nooit een norm worden afgeleid.[25]

24 In zekere zin gaat dit terug op het onderscheid van Kant tussen kategorische en hypothetische imperatieven. Vgl. Waldron, Jeremy, 'Why Law – Efficacy, Freedom, or Fidelity?', in: *Law and Philosophy,* 13 (1994), pp. 259-284, p. 259: 'The internal morality argument would be a way of establishing what Kant called a hypothetical imperative'.

25 Kelsen, Hans, *Reine Rechtslehre,* Mit einem Anhang: *Das Problem der Gerechtigkeit,* Zweite vollständig neu bearbeitete und erweiterte Auflage 1960, Unveränderter Nachdruck 1976, Verlag Franz Deuticke, Wien 1976, p. 5.

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

Wie in feiten normen meent te herkennen, in de werkelijkheid waarden meent te kunnen ontwaren, bedriegt zichzelf, schrijft Kelsen. Men moet dan eerst, hetzij bewust, hetzij onbewust de waarden in de natuur projecteren om deze eruit te kunnen halen.[26] Waarde en werkelijkheid behoren immers tot twee streng van elkaar gescheiden sferen.

Een goede illustratie van de logische dwalingen van de natuurrechtsaanhangers is ook de manier waarop Thomas van Aquino schrijft over de drang tot zelfbehoud die in zijn natuurrechtsleer een belangrijke rol speelt. Thomas leidt uit die drang tot zelfbehoud het natuurrechtelijk verbod tot zelfmoord af. Maar kennelijk is die drang tot zelfbehoud niet altijd even sterk: het feit dat zelfmoord voorkomt bewijst dat, aldus Kelsen. En dan zou men dus ook een drang om het leven onder bepaalde omstandigheden te beëindigen voor 'natuurlijk' moeten houden.[27] Dat laatste, daarvan wil de natuurrechtsleer echter niets weten. Toch zou het consequenter zijn wanneer zij ook voor driften die van zelfzuchtige aard zijn bereid was de ogen te openen.

5.10 Kelsen's tweede bezwaar tegen het natuurrecht: het natuurrecht bestaat uit lege formules

Een tweede bezwaar is dat de natuurrechtsaanhanger helemaal niet in staat blijkt om, zoals hij pretendeert, ons criteria aan te reiken die ons kunnen helpen het positieve recht op zijn rechtvaardigheidsgehalte te toetsen. Immers de natuurrechtsleer produceert slechts inhoudsloze frasen: 'Leerformeln'. Het komt er dus op neer dat ook wanneer men die natuurrechtelijke beginselen als universeel geldig zou accepteren de praktische waarde daarvan nog steeds gering is.

We vinden deze kritiek scherp geformuleerd in het opstel *Die Platonische Gerechtigkeit* (1933). Plato, zo schrijft Kelsen, identificeert gerechtigheid met vergelding. Maar wat is daarmee bereikt? Men zou denken dat hij daarmee een antwoord heeft gegeven op de vraag wat gerechtigheid is, maar dat is toch onterecht. Dit antwoord is slechts een schijnantwoord: de idee van de vergelding is even inhoudsloos als die van de gelijkheid, ja eigenlijk *is* deze niets anders dan gelijkheid voorzover er niets anders gesteld wordt dan dat kwaad met kwaad, goed met goed vergolden moet worden. Een antwoord op de vraag *wat* nu dat goede is zal men vergeefs zoeken in de dialogen van Plato.

In een nog radicalere vorm wordt dit standpunt uitgewerkt in *Was ist Gerechtigkeit*? (1953). Kelsen schrijft daar: 'De bepaling van de absolute waarden in het algemeen en de definitie van gerechtigheid in het bijzonder (...) blijken op volledig lege formules uit te lopen waarmee men elke willekeurige maatschappelijke ordening kan rechtvaardigen.[28] Zo leert de rationalistische natuurrechtsleer, dat rechtvaardig is dat ieder het zijne krijgt. Maar deze formule is volledig inhoudsloos zolang onbeslist blijft waaruit dat 'zijne' bestaat. Een formule als 'ieder het zijne' kan ter rechtvaardiging van elke willekeurige maatschappelijke ordening dienen, of het nu om een kapitalistische, een socialistische, een democratische of een autocratische gaat. In al deze ordeningen wordt aan ieder het zijne toebedeeld, zij het dan dat het 'zijne' in al die ordeningen een andere inhoud heeft. 'Ieder het zijne' als definitie van de gerechtigheid is dus volledig zonder betekenis.

Ook het gelijkheidsbeginsel, gelijkheid voor de wet, is een lege huls voor Kelsen. Het zegt alleen dat het recht toegepast moet worden volgens de regels die zij zelf stelt en als criterium voor rechtvaardige beslissingen brengt het ons dus geen stap verder.[29] En wat te denken van het grondbeginsel dat men wel als de gouden regel aanduidt? Wat jij niet wilt dat jou geschiedt, doe dat ook een ander niet. Het probleem dat zich met dit beginsel al direct opdringt is: wat moet je doen met mensen die het

26 Kelsen, O.c., p. 5.
27 Kelsen, O.c., p. 410.
28 Kelsen, Hans, *Was ist Gerechtigkeit?,* Zweite Auflage, Franz Deuticke, Wien 1975 (eerste druk 1975), p. 26.
29 Kelsen, O.c., p. 26.

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

schenden? Toepassing van het beginsel zou hier tot absurde consequenties voeren: 'niemand wenst te worden bestraft, ook niet diegene die een strafbaar feit heeft begaan'.

5.11 Kelsen's derde bezwaar tegen het natuurrecht: waardeoordelen zijn slechts uitingen van gevoelens

Kelsen heeft nog een derde pijl op zijn boog. Hij zegt ook dat zelfs wanneer de natuurrechtsleer inhoudelijke principes zou leveren dit ons nog niet verder brengt, omdat de geschiedenis uitwijst dat daarover geen enkele consensus bestaat. En dat is ook niet verbazingwekkend, want het gaat slechts om subjectieve uitingen van gevoelens waarvoor geen enkele redelijke argumenatie te geven is.

In het reeds genoemde opstel *Was ist Gerechtigkeit?* wordt deze stelling op radicale manier uitgewerkt. Hier stelt Kelsen dat een behoefte aan gerechtigheid alleen ontstaat waar belangentegenstellingen zich doen gevoelen. En een belangenconflict doet zich alleen daar voor waar het ene belang slechts ten koste van het andere belang kan prevaleren.

Is zo'n belangenconflict met redelijke middelen op te lossen? Kelsen is ervan overtuigd dat dit niet mogelijk is: het antwoord op dit soort vragen is telkens een oordeel dat bepaald is door emotionele factoren en daarmee hoogst persoonlijk. Het is derhalve alleen maar geldig voor de betreffende persoon. De vraag bijvoorbeeld of individuele vrijheid een hoogste waarde is, is iets waarover slechts een subjectief oordeel gegeven kan worden. Het is een geheel andere vraag dan of ijzer zwaarder is dan water of andersom. Bij die laatste oordelen gaat het om oordelen 'über die Wirklichkeit, die verifiziert werden können durch Experiment – keine Werturteile, die eine solche Verifizierung nicht gestatten'.

Het standpunt dat waardeoordelen slechts uitingen van emoties zijn en niet rationeel te rechtvaardigen werkt Kelsen ook uit onder verwijzing naar de doel-middel relatie.

Wanneer menselijk gedrag alleen als middel tot een bepaald doel gerechtvaardigd is, dan doet zich de vraag voor of dat doel zich laat rechtvaardigen, schrijft hij. En dit moet ons tenslotte tot het aannemen van een hoogste doel brengen.

De vraag dringt zich dan op of dat laatste doel zich rationeel laat rechtvaardigen. Is dat mogelijk? Kelsen is ervan overtuigd dat dat niet kan: 'Alle rationale Rechtfertigung ist ihrem Wesen nach Rechtfertigung als geeignetes Mittel; und ein letzter Zweck ist eben nicht mehr ein Mittel zu einem weiteren Zweck'. Absolute waarden, zo schrijft hij verder, zijn voor de menselijke geest onbereikbaar; voor de menselijke geest is altijd slechts een beperkte, een voorwaardelijke oplossing van het probleem van de gerechtigheid te bereiken.

Kortom, de natuurrechtsleer kan haar pretentie tot het vinden van boven-willekeurige beginselen niet waarmaken: waardeoordelen zijn immers subjectief en als uitingen van gevoelens niet redelijk te rechtvaardigen.

5.12 Kelsen's bezwaren nader beschouwd

Laten we de bezwaren die Kelsen tegen het klassieke natuurrechtsdenken heeft ingebracht proberen te waarderen. Heeft hij het natuurrechtelijk denken overtuigend bekritiseerd? Of blijft het toch nog mogelijk om, wellicht met de erkenning dat hij bepaalde zaken terecht onder de aandacht heeft gebracht, het natuurrechtelijk streven, namelijk het articuleren van een bovenwillekeurige grondslag voor het recht, trouw te blijven?

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

5.13 Zijn 'Sein' en 'Sollen' wel te scheiden?

Allereerst zullen we de kwestie van het 'Sein' en 'Sollen' behandelen. Of de natuurrechtsaanhanger zich schuldig maakt aan een gedachtenloze sprong van het 'Sein' naar het 'Sollen' is een punt waarover veel discussie is gevoerd. Dat zo'n sprong niet geoorloofd is, daarover zijn allen, zowel rechtspositisten als natuurrechtsaanhangers, het wel eens. Verdedigers van het natuurrechtelijk denken hebben echter geprobeerd aannemelijk te maken dat zij zich aan een ongerechtvaardigde sprong niet bezondigen. Zo heeft men wel gezegd dat het natuurrechtsdenken in zijn in intellectueel opzicht meest indrukwekkende vorm niets anders onder de aandacht brengt dan dat een rechtssysteem eenvoudig niet voort kan bestaan zonder op z'n minst een aantal procedurele vereisten aan het recht te stellen. Een mooi voorbeeld van zo'n natuurrechtsdenken dat zich niet bezondigt aan het vermengen van 'Sein' en 'Sollen' is de theorie van de Amerikaanse rechtsfilosoof Lon Fuller (1902-1973).[30] Fuller heeft op de volgende vereisten gewezen die men aan elk rechtssysteem moet stellen: (1) recht moet worden gegeven in de vorm van algemene regels en niet in de vorm van belissingen voor afzonderlijke gevallen; (2) men moet zich op de hoogte kunnen stellen van de inhoud van die regels; (3) wetten moeten gelden voor toekomstige gevallen; (4) rechtsregels moeten begrijpelijk zijn; (5) rechtsregels mogen elkaar niet tegenspreken; (6) rechtsregels mogen geen eisen stellen waaraan men niet kan voldoen; (7) rechtsregels mogen niet te vaak veranderen; (8) de regels moeten worden toegepast door de overheid.[31] Fuller constateert niet meer of minder dan dat een rechtssysteem dat deze procedurele vereisten op grove schaal schendt *eenvoudig niet voort kan bestaan als rechtssysteem.* Van een sprong van 'Sein' naar 'Sollen' is derhalve geen sprake. Een sprong van 'Sein' naar 'Sollen' zou het zijn, wanneer Fuller stelt dat deze bovengenoemde zeven beginselen in alle rechtsstelsels voorkomen en om die reden ook *moeten* voorkomen. Maar dat doet hij niet.

5.14 Is het natuurrecht een vorm van moraal?

Vooral het argument dat het natuurrechtelijk denken 'Sein' en 'Sollen', het recht zoals het is en het recht zoals het moet zijn, 'is' en 'ought', met elkaar zou verwarren is iets dat regelmatig terugkeert in de kritiek op het natuurrechtsdenken. Het vormt ook een van de belangrijkste argumenten van de Engelse rechtspositivisten op het natuurrecht. Zo werd al door John Austin naar voren gebracht dat de natuurrechtsaanhanger Blackstone zich schuldig maakte aan een drogreden toen deze laatste stelde dat wetten die in strijd zijn met het natuurrecht geen 'recht' zijn.[32] Volgens Austin zou men in geval van strijdigheid van wetten met wat wij moreel rechtvaardig achten moeten spreken van *slechte* wetten, maar niet stellen dat het dan *geen* wetten zijn. Men verwart dan 'is' en 'ought'. Immers uit het feit dat men bepaald recht niet wenselijk acht ('het zou geen recht moeten zijn') concludeert men dat het ook geen recht is. H.L.A. Hart zal later eenzelfde verwijt maken aan de natuurrechtsdenker Gustav Radbruch.[33] De natuurrechtsaanhanger verwart recht met moraal, zo stelt men doorgaans in de Engelstalige literatuur over dit onderwerp.

Deze kritiek, zo mooi geformuleerd en uitgewerkt door Hart, heeft echter één probleem: het vooronderstelt dat men de positivistische visie op het recht voor maatgevend houdt. Acht men het model van recht dat de rechtspositivist ons voorhoudt niet overtuigend dan is ook die kritiek niet

30 Vgl. over hem: Witteveen, Willem J., 'Rediscovering Fuller: An Introduction', in: Willem J. Witteveen & Wibren van der Burg, eds., *Rediscovering Fuller,* Amsterdam University Press, Amsterdam 1999, pp. 21-51.

31 Vgl. voor Fuller's theorie over de moraal van het recht: Witteveen, Willem J., 'Laws of Lawmaking', in: Willem J. Witteveen & Wibren van der Burg, eds., *Rediscovering Fuller,* Amsterdam University Press, Amsterdam 1999, pp. 312-346 en Cliteur, 'Fuller's Faith', O.c., pp. 100-124.

32 Vgl. Morison, W.L., *John Austin,* Edward Arnold, London 1982, pp. 154-155.

33 In Hart, H.L.A., 'Positivism and the Separation of Law and Morals', in: *Harvard Law Review,* 71 (1958), hier aangehaald in: H.L.A. Hart, *Essays in Jurisprudence and Philosophy,* Clarendon Press, Oxford, 1983, pp. 49-87.

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

overtuigend. Zoals uit de weergave van de opvattingen van Austin hierboven blijkt, gaat de rechtspositivist uit van twee aanname's die door de natuurrechtsaanhanger niet worden gedeeld. Allereerst gaat Austin (en na hem ook Hart) er kennelijk vanuit dat men onproblematisch kan vaststellen wat het positivieve recht 'is' zonder in de beoordeling te treden wat het zou 'moeten zijn'. Volgens natuurrechtelijk geinspireerde denkers en tevens volgens de visie op het recht, zoals uiteengezet in het tweede hoofdstuk van dit boek, is dat echter een vereenvoudiging van de werkelijkheid die geen recht doet aan de wijze waarop het recht in de praktijk functioneert. Wanneer een rechter bijvoorbeeld met een moeilijk probleem geconfronteerd wordt zal hij niet een scherp onderscheid maken tussen recht zoals het in de wet staat en het recht zoals hij persoonlijk vindt dat het eruit zou moeten zien, maar hij zal het recht in de wet als het ware al lezen in zijn meest acceptabele vorm. Dat is de kern van een activiteit die we *interpretatie* noemen.[34] Men zou een vergelijking kunnen maken tussen een rechter en een dirigent. Stel we vragen aan een dirigent om de vijfde symfonie van Beethoven uit te voeren en geven hem daarbij de volgende opdracht: 'je dient de vijfde symfonie uit te voeren zoals hij is en niet zoals jij persoonlijk vindt dat deze moet zijn.' Wat zal deze dirigent antwoorden? Hij zal repliceren dat hij een dergelijke scheiding niet kan voltrekken; voor hem *is* de vijfde wat hij *in zijn meest verheven interpretatie* is. Anders gezegd: ook de dirigent kan die scheiding van 'is' en 'ought' niet maken, althans het zou sterk indruisen tegen de wijze waarop hij zijn eigen taak ziet.

In de kritiek van Austin op het natuurrechtsdenken is echter nog een andere aanname verstopt, de aanname namelijk dat wat het natuurrechtsdenken ziet als natuurrecht eigenlijk een soort van morele opvattingen zijn. De natuurrechtsaanhanger zegt wel dat hij het positieve recht van alledag toetst aan hoger recht, maar in feite is dat hogere recht niets anders dan moraal. De natuurrechtsaanhanger maakt zich dus schuldig aan het verdoezelen van het onderscheid tussen recht en moraal.

Het is echter duidelijk dat een dergelijke kritiek alleen maar kan overtuigen wanneer men bereid is de rechtspositivist te volgen in zijn stelling dat de beginselen die de natuurrechtsaanhanger als 'recht', te weten natuurrecht, kwalificeert inderdaad niets anders zouden zijn dan moraal. En daartoe zal men alleen maar bereid zijn wanneer men het beeld van de rechtspositivist over het recht overneemt, namelijk dat het bij het recht exclusief gaat om normen die zijn gemaakt door de overheid (Austin sprak van bevelen die door de soeverein met dwang kunnen worden gehandhaafd)[35] en dat alles wat buiten de grenzen van deze positivistische definitie van recht valt dient te worden gezien als moraal. Die aanname wordt echter niet door de natuurrechtsaanhanger gedeeld. Volgens de natuurrechtsaanhanger is er bijvoorbeeld recht dat door God is gemaakt of recht dat 'van nature' geldt: 'This law of nature, being coeval with mankind and dictated by God himself, is of course superior in obligation to any other. It is binding over all the globe in all countries, and at all times'.[36] De hiervoor genoemde beginselen van natuurrecht, zoals onderscheiden door Thomas van Aquino, zijn dus een soort van hoger recht en niet een vorm van morele beginselen.

Heeft men eenmaal vastgesteld dat het natuurrecht inderdaad een vorm van recht is dan is ook de door rechtspositivisten gewraakte conventie om wetten die in strijd zijn met het natuurrecht gelding te ontzeggen (het karakter van 'recht' te ontzeggen) niet zo vreemd meer. Immers dat is geheel in overeenstemming met de semantische conventies, zoals deze in de rechtswetenschap en rechtspraktijk worden gehanteerd. Wanneer hoger recht in strijd is met lager recht stellen we (net als de rechter die over een dergelijke beweerde strijdigheid moet oordelen) dat het lagere recht geen recht is. Het heeft weliswaar de schijn van recht gehad, maar dat was toch *schijn,* zal de rechter zeggen. Een rechter die bijvoorbeeld zal vaststellen dat een gemeentelijke verordening (een wet gemaakt door een lagere wetgever, de gemeente) in strijd is met een wet in formele zin (een wet, zoals tot stand gekomen op

34 Vgl. onder andere: Dworkin, Ronald, 'How Law Is Like Literature', in: *A Matter of Principle,* Harvard University Press, Cambridge etc. 1985, pp. 146-166.

35 Vgl. Austin, John, *The Province of Jurisprudence Determined and The Uses of the Study of Jurisprudence,* With an Introduction by H.L.A. Hart, Weidenfeld and Nicolson, London 1954 (1832/1863), Lecture I, pp. 9-33.

36 Blackstone, William, *The Sovereignty of the Law,* Selections from Blackstone's *Commentaries on the Laws of England,* Edited with an Introduction by Gareth Jones, MacMillan, London and Basingstoke 1973, p. 29.

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

het centrale niveau van de parlementaire wetgever) zal niet zeggen dat de gemeentelijke verordening 'slecht recht' is en daarom niet moet worden toegepast, maar stellen dat het 'geen recht' is. De gemeentelijke verordening heeft weliswaar de schijn van recht gehad, maar blijkt dat toch niet te zijn. De natuurrechtsaanhanger doet nu niets anders dan deze manier van spreken voortzetten voor de verhouding van positief recht en natuurrecht, iets dat voor de hand ligt wanneer men beide soorten normen als recht erkent.

5.15 Het recht komt voort uit feitelijke regelmatigheden

Een ander punt dat men over de scheiding van 'Sein' en 'Sollen' zou kunnen aanvoeren zet ons op het spoor van een ingrijpender kritiek op het denken van Kelsen. Men zou kunnen stellen dat Kelsen weliswaar gelijk heeft dat men op conceptueel niveau de scheiding tussen 'Sein' en 'Sollen' kan handhaven, maar dat we ons toch van de betrekkelijke waarde daarvan voortdurend bewust moeten zijn. Immers het recht als normatief verschijnsel hangt wel nauw samen met bepaalde (feitelijke) regelmatigheden in het maatschappelijk verkeer. De romeinen wisten dat al: *ubi societas, ibi ius.* Overal waar mensen met elkaar in interactie treden ontstaan vroeg of laat bepaalde verwachtingen van elkaar en bij een stabilisering van die verwachtingspatronen gaan we op een gegeven moment van recht spreken.[37] Het gaat hierbij echter om geleidelijke overgangen. Een normstelsel dan ook meer of minder recht zijn; recht is een kwestie van gradatie, niet van harde overgangen.[38] Deze voor het verschijnsel recht zeer typische stand van zaken kan met Kelsen's rigide onderscheid van 'Sein' en 'Sollen' niet goed verklaard worden.

5.16 Bestaat het natuurrecht inderdaad uit lege formules?

Het tweede punt van kritiek dat Kelsen op het natuurrecht heeft geformuleerd, namelijk dat de natuurrechtsaanhangers zulke formele en lege formules presenteren dat daarmee niets te beginnen valt, lijkt meer hout te snijden. Thomas van Aquino had het over het goede doen en het kwade nalaten als principe van het natuurrecht. Maar wat is goed en wat is kwaad? Daar zal men dan toch iets over moeten zeggen. Weer andere natuurrechtsaanhangers hebben gewezen op beginselen als 'ieder het zijne' als de basis van het rechtssysteem. Maar wat is dan dat zijne? De nazi's plaatsten deze uitspraak heel cynisch boven een concentratiekamp en men zou kunnen zeggen dat dit in zoverre mogelijk is dat het adagium geen materiële norm bevat. Moderne natuurrechtsaanhangers wijzen tenslotte wel op de 'vrijheid' als de basis van het rechtssysteem, maar daarmee valt natuurlijk helemaal niets aan te vangen. Geen enkel begrip is zo vaag als het begrip vrijheid.

Ook zou men kunnen wijzen op het onpraktische van dergelijke criteria. Welke rechter zou een wet kunnen gaan toetsen als het begrip 'vrijheid'? Dat zou een volstrekt willekeurige aangelegenheid worden, uiteindelijk resulterend in anarchie.

5.17 Is een alternatief 'natuurrecht' denkbaar dat niet wordt getroffen door Kelsen's kritiek?

We kunnen daarom de verdiensten van Kelsen als criticus van het natuurrechtsdenken (op dit punt althans) moeilijk overschatten. Het klassieke natuurrecht is inderdaad kwetsbaar voor zijn aanval.

37 Vgl. Allen, Carleton, Kemp, *Law in het making,* Clarendon Press, London 1951 (eerste druk 1927).

38 Vgl. voor dit standpunt: Fuller, Lon L., 'Reason and Fiat in Case Law', in: *Harvard Law Review,* Vol. 59 (1946), pp. 376-395.

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

Maar gaat hij niet te ver, kan men vragen? Ten aanzien van het derde punt van kritiek op de natuurrechtsleer, namelijk dat deze een rationele legitimatie van waarden en normen wil geven terwijl dit onmogelijk is, lijkt hij echter door te schieten naar vorm van relativisme die onverantwoord is en ook niet noodzakelijk samenhangt met zijn kritiek op het klassieke natuurrecht. Kelsen acht elke rationele argumentatie voor een bovenwillekeurige grondslag voor het recht onmogelijk. De vraag is echter of Kelsen niet te strenge maatstaven aanlegt voor die argumentatie. Legt hij geen maatstaven van precisie en exactheid aan die misschien passen bij de exacte wetenschappen, maar die voor de rechtswetenschap, de ethiek en andere normatieve wetenschappen nu eenmaal uit de aarde der zaak niet kunnen worden gehaald? Reeds Aristoteles zei: we moeten niet dezelfde mate van exactheid voor alle onderwerpen verwachten; we moeten voor elke klasse van onderwerpen tevreden zijn met een exactheid die passend is voor het onderwerp. Een analoge gedachte, maar wat aardiger geformuleerd, stamt van de Franse rechtsgeleerde Pierre de Tourtoulon (1867-1932): er is geen reden om maar alles naar de honden te gooien dat niet geschikt is voor het altaar van de goden. In de geest van die uitspraken van Aristoteles en Tourtoulon zou men zich af kunnen vragen of het niet mogelijk is de idealen van de klassieke natuurrechtsleer trouw te blijven, namelijk het vinden van een bovenwillekeurige grondslag voor het recht, zonder zich te bezondigen aan de mateloosheid van de klassieke natuurrechtsleer: de proclamatie van het bestaan van universele, absolute, aculturele, ahistorische en volkomen rationeel te beargumenteren waarden en normen.

Ik denk dat dit mogelijk is. Daarbij is dan van belang dat we leren van de fouten van de klassieke natuurrechtsleer. Dat wil zeggen dat we:
(a) vermijden om uit feitelijke standen van zaken normen af te leiden, iets dat heel goed vermeden kan worden, zoals het werk van Fuller leert;
(b) proberen een meer concrete en praktisch bruikbare grondslag voor het positieve recht te vinden dan in de metafysische abstracties van de klassieke natuurrechtsleer ('vrijheid', 'menselijke waardigheid', 'ieder het zijne' enzovoort);
(c) laten zien dat het mogelijk is om de rationalistische legitimatie van het klassiek natuurrechtsdenken te vervangen voor een wat meer bescheiden benadering – hier aangeduid als traditionalistisch.[39]

5.18 Een uitwerking van het cultuurrechtelijk perspectief: Perelman en Hayek. Van klassiek natuurrecht naar cultuurrecht

Voor een uitwerking van dit perspectief zouden we aansluiting kunnen zoeken bij auteurs als Friedrich Hayek, Chaim Perelman, Karl Larenz[40] en anderen die – zonder te vervallen in de fouten van de klassieke natuurrechtsdenkers – niettemin menen dat het mogelijk is het rechtspositivistisch skepticisme ten aanzien van de normatieve grondslag van het recht te vermijden. Perelman heeft gesproken over de wenselijkheid van een 'meer bescheiden' natuurrechtelijk denken.

Dit 'meer bescheiden' natuurrechtelijke denken heeft zich niet alleen doorgezet in de theorievorming, schrijft Perelman, maar ook in de rechtspraktijk.[41] Na de Tweede Wereldoorlog en na het proces van Neurenberg doen de rechtbanken steeds vaker een beroep op algemene rechtsbeginselen,

39 Vgl. Acton, H.B., 'Tradition and some other forms of action', in: *Proceedings of the Aristotelian Society,* Vol. 53 (1952-53), pp. 1-28; Bréhier, Emile, 'The Traditionalist Movement', in: *The History of Philosophy,* The nineteenth century, period of systems, 1800-1850, Volume VI, translated by Wade Baskin, The University of Chicago Press 1968 (eerste Franse druk 1932), pp. 8-27; Krygier, Martin, 'Law as Tradition', in: *Law and philosophy,* 5 (1986), pp. 237-262.

40 Larenz, Karl, *Richtiges Recht,* Grundzüge einer Rechtsethik, Verlag C.H. Beck, München 1979.

41 Vgl. hierover: Abraham, Henry J., *The judicial process,* An introductory analysis of the courts of the United States, England and France, Fifth edition, Oxford University Press, New York Oxford 1986 (eerste druk 1962), p. 7 en D'Entrèves, A.P., *Natural law,* An introduction to legal philosophy, Hutchinson's University Library, London 1951, p. 96.

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

die gemeenschappelijk zijn voor alle beschaafde volkeren, aldus Perelman.[42] Als voorbeelden van dat soort beginselen noemt hij het *nullum crimen, sine lege*-principe (geen feit is strafbaar zonder een wet) en het *audiatur et altera pars*-beginsel (hoor en wederhoor). Bij deze beginselen gaat het niet om een willekeurige schepping, ook niet om een eenvoudige vaststelling, maar om een tussensituatie.[43]

Wat denkers als Perelman en Hayek naar voren schuiven als de normatieve grondslag van het recht zijn wat we zouden noemen *rechtsbeginselen, grondrechten en mensenrechten.* Dat het hierbij niet gaat om 'natuurrecht' met een absolute gelding is natuurlijk duidelijk. Het gaat om een normatieve consensus over basiswaarden van de westerse rechtsstaten, een consensus die dus tot op zekere hoogte plaats- en tijdgebonden is. Kenmerkend voor rechtsbeginselen en grondrechten is echter dat het gaat om recht met een groter normatief appèl dan de willekeurige wetgeving van alle dag en voor bepaalde rechtsbeginselen. Bijvoorbeeld van het bovengenoemde *legaliteitsbeginsel* en het beginsel van *hoor en wederhoor* zou men kunnen zeggen dat het de status van 'natuurrecht' dicht nadert.

Om de oude associaties van het begrip natuurrecht te vermijden en duidelijk te maken dat het om iets anders gaat dan het door Kelsen op bepaalde punten effectief bestreden geheel van opvattingen zou men wellicht beter kunnen spreken van een 'cultuurrecht'. Cultuurrecht is dan het geheel van rechtsbeginselen, grondrechten en mensenrechten waarover wij in de westerse samenlevingen een zekere mate van consensus hebben kunnen bereiken.[44]

Voor Kelsen zou het feit dat men rechtsbeginselen situeert in de culturele sfeer natuurlijk betekenen dat zij daarmee willekeurig zijn geworden, een product van menselijke makelij en daarmee niet universeel, zoals het klassieke natuurrecht was. Vanuit het cultuurrechtelijk perspectief (zoals we de opvattingen van Perelman en Hayek nu maar zullen noemen) zou men Kelsen echter kunnen voorhouden dat hij een veel te rigide grenslijn trekt tussen enerzijds een sfeer van onveranderlijke natuur en anderzijds volstrekt veranderlijke producten van de menselijke makelij. Het cultuurrechtelijk perspectief wijst op de betekenis van een soort tussencategorie: de spontaan gegroeide ordeningen. Dat valt te illustreren aan de hand van de opvattingen van Friedrich Hayek.

5.19 Friedrich Hayek over spontane ordeningen

Hayeks opvattingen over recht hebben een voltooiing gekregen in zijn driedelige serie *Law, Legislation and Liberty* (1973-1979), waarvan eigenlijk de hoofdgedachte al te vinden is in zijn opstel *The Results of Human Action but not of Design* (1967).[45]

Hayek stelt dat het geloof in de superioriteit van overwogen constructie en planning boven de spontane krachten in de maatschappij met het rationalistisch denken van Descartes zijn intrede doet in de Europese cultuur. Descartes weigerde als waar te beschouwen wat niet logisch afgeleid kon worden van premissen die hij als helder en onderscheiden boven alle twijfel verheven hield.[46] Elke vorm van orde is een orde die door de menselijke geest als zodanig herkend kan worden. Hayek heeft tegen deze visie grote bezwaren. Een groot gedeelte van de instituties in de maatschappij die een onontbeerlijke voorwaarde zijn voor een succesvol nastreven van onze bewuste doelstellingen, zijn het resultaat van gewoonten en manieren van doen die zijn ontstaan zonder dat iemand daar iets

42 Perelman, Chaïm, *Juridische logica als leer van de argumentatie,* Standaard Wetenschappelijke Uitgeverij, Antwerpen/Amsterdam, p. 113.

43 Perelman, *Juridische logica als leer van de argumentatie,* p. 118.

44 Vgl. voor een uitwerking van dit perspectief: Cliteur, P.B., *Conservatisme en cultuurrecht,* over de fundering van recht in rechtsbeginselen, (diss.), Drukkerij Cliteur, Amsterdam 1989, 591 pp. en Berg, P.G.J. van den, *Rechtvaardigheid en privaatrecht,* Gouda Quint, Deventer 2000.

45 Hayek, F.A., 'The Results of Human Action but not of Design', in: Hayek, F.A., *Studies in Philosophy, Politics, and Economics,* The University of Chicago Press 1980 (eerste druk 1967).

46 Hayek, F.A., *Law, legislation and liberty*, A new statement of the liberal principles of justice and political economy, Complete edition in new one-volume paperback, Routledge & Kegan Paul, London Melbourne and Henley 1982, p. 10.

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

mee voor had. Volledige rationaliteit in de Cartesiaanse zin zou een volledig overzicht en volledige kennis vergen van alle relevante feiten. Een ontwerper of ingenieur heeft alle gegevens nodig en de volledige macht daarover om te kunnen beheersen en manipuleren en het gewenste resultaat te kunnen bereiken. Maar ligt dat in de maatschappij ook zo?[47] Hayek is ervan overtuigd dat zulks niet het geval is.

Hayek gaat ook in op de historische wortels van het rationalisme. Het onbegrip van Kelsen en andere positivisten voor het evolutionaire, spontane karakter van bepaalde ordeningen (waaronder de rechtsorde) brengt hij in verband met een oudere onderscheiding die teruggaat op de Grieken, namelijk de onderscheiding tussen 'natuurlijk' en 'kunstmatig'.

We hebben hiervoor gezien dat dit onderscheid inderdaad ten grondslag ligt aan de manier waarop Kelsen de natuurrechtsleer van het rechtspositivisme afbakent. Bij het natuurrecht gaat het voor Kelsen immers om een 'systeem van normen (...) die ter onderscheiding van de normen van het positieve recht niet kunstmatig, door menselijke handeling, gesteld zijn, maar die van nature gegeven zijn, omdat zij uit de natuur, uit God, uit de menselijke rede of een ander beginsel voortvloeien'. De 'natuur' wordt dan door Kelsen als een volstrekt onveranderlijke zijnssfeer onderscheiden van de producten van menselijke makelij die variabel zijn.

Hayek meent echter dat we een tussencategorie moeten onderscheiden en hij geeft in zijn werk vele voorbeelden van ordeningen die noch berusten op menselijke rationele constructie, noch natuurlijk zijn. Men kan denken aan de taal.[48] Deze heeft een zeer complexe grammaticale structuur: woorden moeten consistent gebruikt worden, de taalgebruikers moeten de betekenis van de woorden hanteren overeenkomstig het heersend taalgebruik enz. Toch zal niemand willen beweren dat taal het product is van constructie of uitvinding door een rationeel denkend wezen. Een orde zoals die van de taal is eenvoudigweg gegroeid en heeft zich bewezen omdat deze nuttig bleek.

Ook dierensamenlevingen vormen een mooi voorbeeld van ordeningen die niet 'bedacht' zijn. Men kan denken aan de complexe manier van samenleven van bijen en termieten, die door hun arbeidsverdeling, verdediging tegen vijandelijke aanvallen e.d. een bijzonder ordelijke indruk maken. Maar wie zou willen beweren dat deze orde te wijten is aan het feit dat elke afzonderlijke bij of termiet weet hoe zijn gedrag bijdraagt tot het grotere geheel?

Ook in het alledaagse leven is dit verschijnsel bekend: een voetpad kan zich vormen omdat verschillende mensen in het voetpad van hun voorganger lopen. Dat maakt het lopen eenvoudiger en is dus louter zelfzuchtig gedrag. Maar na verloop van tijd heeft zich een pad gevormd.[49] Het is in deze tussencategorie tussen 'natuurlijk' en 'gemaakt' dat we ook rechtsbeginselen zouden moeten plaatsen. Rechtsbeginselen zijn geen natuurrechtelijke absolute en universeel geldige principes, zoals de natuurrechtsaanhangers denken, maar evenmin zijn het volstrekt willekeurige en voortdurend veranderende juridische constructies die door mensen zijn uitgedacht. Rechtsbeginselen zijn, in tegenstelling tot dat deel van de rechtsstof dat we als rechtsregels aanduiden, 'the results of human action but not of design' (Ferguson).

47 Hayek, *Law, legislation and liberty*, p. 12.

48 Een voorbeeld dat we overigens bij vele conservatieven aantreffen. Bijvoorbeeld bij De Bonald. Vgl. Thonnard, F.-J., *Précis d'histoire de la philosophie,* 5e Edition, revue et corrigée, Société de S. Jean l'évangeliste, Desclée & Cie, Editeurs Pontificaux, Paris Tournai Rome 1966, p. 681. Ook J. de Maistre wijst in dit opzicht op de taal. Niemand komt op het idee om een taal te gaan maken. De taal komt in het leven doordat generaties lang men bepaalde gewoonten conserveert. 'Yet, the outcome is a masterpiece of orderly cohesion', zoals Talmon de opvattingen van J. de Maistre parafraseert. Vgl. Talmon, J.L., *Political Messianism*, The Romantic Phase, Secker & Warburg, London 1960, p. 300.

49 Butler, Eamonn, *Hayek.* His contribution to the political and economic thought of our time, Temple Smith, London 1983, p. 17.

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

5.20 De individuele rede is niet het keninstrument voor het natuurrecht: traditionalisme

We hebben hiervoor gezien dat in het klassieke natuurrechtsdenken de rede werd gezien als het keninstrument voor het natuurrecht. Door de rede heeft de mens de mogelijkheid zich los te maken van de vluchtige zintuiglijke indrukken en kan hij zich richten op de absolute waarden en normen die de inhoud van het natuurrecht vormen. De natuurrechtstraditie is in die zin ook een sterk *rationalistische* traditie: aan de menselijke rede worden grote mogelijkheden toegeschreven.

Het rechtspositivisme van Kelsen heeft de natuurrechtstraditie ook op dit punt onder vuur genomen. Hij wijst erop dat de menselijke rede door de natuurrechtsaanhangers overschat wordt. Hoe denken de aanhangers van het cultuurrechtelijk perspectief daarover? Ook hier bekleden zij een tussenpositie. Omdat zij het hogere recht situeren in de cultuur en rechtsbeginselen het product zijn van een ontwikkeling binnen de cultuur zou men hun visie kunnen typeren als *traditionalistisch.* Het individueel menselijk verstand kan niet los van cultuur en traditie tot het opstellen van een lijst van fundamentele waarden en normen komen. Dit omarmen zou inderdaad een overschatting zijn van het menselijk verstand. Maar dat neemt niet weg dat een cultuurgemeenschap als geheel door vallen en opstaan *(trial and error),* door het steeds verder sleutelen aan het eigen rechtsstelsel enkele principes op het spoor kan komen die men als 'cultuurrecht' zou kunnen aanduiden. De normatieve grondslag van het recht wordt derhalve gezien als een product van samenwerking van vele mensen door de tijd heen. Kenmerkend voor het cultuurrechtelijk perspectief is dat men de mens *als groep* tot dingen in staat acht die de mens *als individu* niet zou kunnen.

De Schotse filosoof David Hume (1711-1776) heeft eens het volgende voorbeeld gegeven. Stel een vreemdeling, laten we zeggen een wezen van een andere planeet, wordt met een schip geconfronteerd. Wat zou hij dan op het eerste gezicht onder de indruk komen van het vakmanschap van de man die dat schip gemaakt heeft! *Wij* weten echter (1) dat zo'n schip niet door één vakman gemaakt is en bovendien (2) dat men het vakmanschap van de makers in die zin niet moet overschatten dat dit verdeeld is over alle bij de bouw betrokkenen. Bij die ene timmerman kan het zelfs gaan om een domme mechanisch handelende man die niets anders doet dan het werk van anderen imiteren en kopiëren, 'an art which, through a long succession of ages, after multiplied trials, mis-takes, corrections, deliberations, and controversies, had been gradually improving', schrijft Hume.[50] Imiteren, kopiëren, corrigeren – dat is de nuchtere werkelijkheid. Nooit is zo'n schip van het ene moment op het andere tot stand gebracht maar in een proces van verbetering langs trial and error 'through a long succession of ages'.

Wat Hume ons probeert te laten zien is dat perfectie in cultuurproducten (zoals een schip, maar hetzelfde geldt voor de normatieve grondslag van het recht in een geheel van juridische principes) ontstaat doordat velen samenwerken gedurende een lange tijd. Weer een andere filosoof, de Ierse politieke denker Edmund Burke (1729-1797) heeft het kernachtig tot uitdrukking gebracht met de uitspraak: *the individual is foolish, the species is wise.* Dus: het individu is dom, beperkt in zijn mogelijkheden, nooit in staat om alleen een lijst van rechtsbeginselen en mensenrechten te ontwerpen of te kennen, maar de menselijke soort als geheel kan door de geschiedenis heen wél tot zo'n lijst komen. Kenmerkend voor deze manier van denken is dat men niet (zoals de natuurrechtsaanhangers) het vertrekpunt neemt in de natuur, maar in de cultuur; dat men niet de ratio van de enkeling ziet als keninstrument voor normatieve aangelegenheden, maar de traditie van de gemeenschap.

50 Hume, David, *Dialogues concerning natural religion,* edited with introduction by Henry D. Aiken, Hafner Press, Collier Macmillan Publishers, New York London 1948, p. 39.

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

5.21 Rechtsbeginselen en mensenrechten hanteren als toets voor het positieve recht?

Over de status, bron, het keninstrument en de inhoud van het natuurrecht, evenals de kritiek van het rechtspositivisme hierop, hebben we nu een aantal opmerkingen gemaakt. Eén kwestie moeten we nog aan de orde stellen, namelijk de vraag of het wenselijk is om aan het positieve recht een toets voor te houden in de vorm van een geheel van beginselen.

We hebben hiervoor gezien dat Thomas van Aquino van mening was dat natuurrechtelijke beginselen deze functie moeten vervullen. Wanneer de wetgever recht maakt dat op grove wijze het natuurrecht schendt *is het geen recht* en is de burger daar ook niet aan gebonden. Nu zal het natuurlijk geen gewoonte zijn dat de wetgever hogere beginselen schendt. Toch komt dat van tijd tot tijd voor. Met name de situatie die in Duitsland tijdens het derde Rijk was ontstaan is in dit opzicht interessant: kunnen we stellen dat de wetgever in nazi-Duitsland 'recht' produceerde? Of ging het hierbij om niets anders dan de bevelen van een misdadigersorganisatie die men niet als 'recht' zou moeten erkennen?

Op het eerste gezicht lijkt dit een studeerkamerprobleem, immers wat doet het ertoe hoe je iets noemt *(What's in a name?)* Maar dat is toch te voorbarig, zoals zal blijken uit de volgende casuïstiek. Na de Tweede wereldoorlog kregen de Duitse rechters te maken met een precair probleem: er werd geprocedeerd tegen mensen die zich gedragen hadden op een moreel verwerpelijke manier, een manier ook die in strijd was met het naoorlogse Duitse recht en het recht zoals dat vóór de nazi-periode gold, maar *niet* met het nazi-recht. Bekend is het geval van een vrouw die een schadevergoedingsactie begon tegen een zekere Dr. V. Dr. V. was in 1945 aangesteld tot bestrijder van het defaitisme en het desertisme. Die houding kwam natuurlijk veel voor in die tijd. Toen de Duitsers gingen beseffen dat de oorlog een verloren zaak was, deserteerden sommige soldaten. Om dat proces een halt toe te roepen, vaardigde de Duitse overheid in 1945 een zogenaamd 'Katastrophenbefehl' uit waarin aan iedereen die een wapen in bezit had de bevoegdheid werd toegekend, ja zelfs als plicht werd opgelegd, een deserteur zonder proces dood te schieten.[51] Dr. V. had dat gedaan en nu werd na de oorlog een proces tegen hem aangespannen door de moeder van de gedeserteerde jongen die door V. was omgebracht.

Wat moest de rechter met zo'n geval doen? Was hier sprake van moord? Dr. V. beriep zich erop dat hij gehandeld had overeenkomstig hetgeen was voorgeschreven door de Duitse wetgeving van zijn tijd. Zou het niet fundamenteel onjuist zijn hem later te veroordelen voor iets dat niet strafbaar was, sterker, *voorgeschreven was* op het moment dat hij de daad beging? Een veroordeling zou alleen maar verantwoord zijn wanneer aannemelijk viel te maken dat de wetgeving waarop V. zich beriep om de een of andere reden niet geldig was op het moment dat deze werd uitgevaardigd. Maar waarom zou dat zo zijn? De wetgeving was uitgevaardigd door de bevoegde instantie, namelijk de toenmalige Duitse overheid. En is niet recht het geheel van regels dat wordt uitgevaardigd door de overheid?

Door deze praktische problemen was opeens weer de eeuwenoude scholenstrijd tussen rechtspositivisten en natuurrechtsaanhangers actueel geworden. Voor de aanhanger van het natuurrecht geldt dat het recht een bepaalde morele kwaliteit heeft, voor een aanhanger van het rechtspositivisme dat dit niet het geval behoeft te zijn. Voor de rechtspositivist is recht het geheel van regels dat door de bevoegde instantie is uitgevaardigd volgens de daarvoor voorgeschreven procedure.

Wat moest de rechter doen? Moest hij het beroep van deze man op de Duitse wetgeving van zijn tijd honoreren of stellen dat deze wetgeving elke rechtskracht ontbeerde wegens de inhoud daarvan? De Duitse rechter heeft voor het laatste gekozen. Gesteld dat zulk een bevel heeft bestaan, dan is het niet geldig, zegt de rechter: de wet vindt daar zijn grens waar deze in tegenspraak komt met algemeen aanvaarde beginselen van het volkenrecht of het natuurrecht.

51 Vgl. voor deze casuïstiek: Hommes, H.J., *Een nieuwe herleving van het natuurrecht,* W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle 1961.

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

5.22 Gustav Radbruch als bron van inspiratie voor een herleving van het natuurrecht

In dat oordeel was de Duitse rechter sterk beïnvloed door de ideeën van de Duitse rechtsgeleerde Gustav Radbruch (1878-1949).[52] Aanvankelijk was Radbruch een voorstander van het rechtspositivistisch standpunt. Dat wil zeggen dat hij (1) van mening was dat men 'Sein' en 'Sollen' goed moest onderscheiden, waaruit volgt dat onrechtvaardig recht niettemin 'recht' genoemd kan worden, (2) van mening was dat de rechter het recht, zonder dit te beoordelen, moet toepassen. Met dat tweede verwoordt Radbruch het legistisch standpunt dat de rechter zich aan de wet moet houden zonder daarvan de 'innerlijke waarde of billijkheid', zoals onze Wet Algemene Bepalingen het formuleert, te beoordelen.[53] Radbruch leidt zijn stellingname op dit punt in met een paar opmerkingen over de taak van de rechter. De rechter, zo zegt hij, heeft de beroepsplicht 'de geldingswil van de wet tot gelding te brengen'. Dat wil zeggen: hij moet zijn eigen rechtsgevoel ondergeschikt maken aan het rechtsbevel. Waar het voor de rechter op aan komt is te vragen wat rechtens is, niet of het ook rechtvaardig is.[54] Radbruch spreekt in dit verband zelfs van een opoffering van het intellect *(sacrificium intellectus),* een uitlevering van de eigen persoonlijkheid aan de rechtsorde. Hij wijst erop dat het de taak van de rechter is het recht toe te passen, niet het te beoordelen. We verachten de predikant die tegen zijn overtuiging predikt, maar we vereren de rechter die zich door zijn rechtsgevoel niet in de war laat brengen en trouw de wet toepast.[55]

Maar nu werd men na de Tweede Wereldoorlog ineens geconfronteerd met gevallen als die van Dr. V.. Dr. V. stelde dat het 'Katastrophenbefehl' afkomstig was van de overheid uit die tijd en daarom 'recht' waaraan hij gebonden was. Een dergelijke argumentatie is vanuit het rechtspositivistisch standpunt ook geheel consequent, meende Radbruch, maar daaruit trok hij *niet* de conclusie dat daarom mensen als Dr. V. maar vrijuit moesten gaan. Integendeel, hij zag het veeleer als een argument om het rechtspositivisme te verlaten! In een artikel uit 1945, *Fünf Minuten Rechtsphilosophie* klaagt hij het rechtspositivisme aan omdat deze rechtstheorie zowel de juristen als het volk weerloos had gemaakt tegen willekeurige, afgrijselijke en misdadige wetten.[56] Wanneer aan wetten iedere rechtvaardigheid ontbreekt, leert Radbruch nu, dan moeten juristen en rechters ook de moed hebben daaraan iedere gelding te ontzeggen. In een ander artikel, *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht* (1946)[57] schrijft hij dat het nationaal-socialisme de kans heeft gekregen de juristen aan zijn kant te krijgen omdat een tweetal principes voetstoots werd aangenomen: 'bevel is bevel' *(Befehl ist Befehl)* en 'wet is wet' *(Gesetz ist Gesetz)*. We zien nu ook dat Radbruch een streep haalt door zijn vroegere opvattingen over de rechter. Er kan zich een situatie voordoen waarin de discrepantie tussen positieve wetgeving en gerechtigheid zo groot wordt, dat de wet als onrechtvaardig recht ('unrichtiges Recht') heeft te wijken voor de gerechtigheid.

De vraag die dan rijst is: waaruit bestaat dat bovenwettelijk recht ('übergesetzliches Recht') waarmee de positieve wetgeving op niet al te gespannen voet mag staan? Echt duidelijk is Radbruch hierover niet. Maar hij wijst wel op 'mensenrechten' en 'natuurrecht'. Daarbij zou het dan niet gaan om

52 Vgl. Jansen, C.J.H., 'Gustav Radbruch', in: P.B. Cliteur & M.A. Loth, red., *Rechtsfilosofen van de twintigste eeuw,* Gouda Quint, Arnhem 1992, pp. 71-91, in het bijzonder p. 81 en 82.

53 Vgl. ook reeds M. Tullius Cicero *De Legibus,* iii.

54 Radbruch, *Rechtsphilosophie,* p. 178.

55 Radbruch, O.c., p. 178.

56 Opgenomen in: Radbruch, Gustav, *Vorschule der Rechtsphilosophie,* 2. Auflage, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen 1959 (eerste druk 1947).

57 Eveneens opgenomen in *Vorschule.*

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

een onveranderlijk natuurrecht, maar om een natuurrecht met wisselende inhoud.[58] Dat betekent dat Radbruch ten aanzien van de inhoud van de normatieve grondslag van het recht dicht nadert tot de opvattingen die we hiervoor ook bij Perelman en Hayek hebben onderkend en die we hebben aangeduid als 'cultuurrecht'.

5.23 Volgens Hart wordt aan het rechtspositivisme door Radbruch geen recht gedaan

De opvattingen van Radbruch zijn van rechtspositivistische zijde niet onweersproken gebleven. Het was echter niet zozeer de hiervoor genoemde Kelsen die zich in het debat roerde, maar een Engelse rechtspositivist, H.L.A. Hart. Hart is vooral bekend geworden door een boek over het rechtsbegrip, *The Concept of Law* (1961),[59] maar voor ons is in dit verband relevanter een opstel uit 1958, getiteld *Positivism and the Separation of Law and Morals*.[60] De titel geeft al aan waarom het gaat: om een verdediging van de scheiding van 'Sein' en 'Sollen', van 'law' en 'morals', zoals dat door rechtspositivisten wordt voorgestaan. Daarbij is dan het belangrijkste argument van Hart tegen Radbruch dat hij ten onrechte de twee bovengenoemde punten die Radbruch als kenmerkend voor het rechtspositivisme ziet aan elkaar koppelt. Inderdaad, zo zegt Hart, kenmerkend voor het rechtspositivisme is dat men recht en moraal, 'Sein' en 'Sollen', van elkaar wil onderscheiden. Dat impliceert ook dat men een rechtsstelsel dat grof onrechtvaardig is niet om deze reden de kwalificatie 'recht' kan ontzeggen. *Maar dat betekent niet dat de rechtspositivist op grond van die scheiding gehouden zou zijn trouw aan perfide wetgeving te prediken.* Men kan, met andere woorden, stellen dat een bepaald normstelsel 'recht' genoemd moet worden (op grond van bepaalde feitelijke criteria, bijvoorbeeld dat een norm het product is van samenwerking van Regering en Staten-Generaal), maar dat het (moreel) zulk verwerpelijk recht is dat er een plicht tot ongehoorzaamheid bestaat.[61] Weliswaar zijn er soorten van rechtspositivisme geweest waarin men aan de kwalificatie 'dit is recht' ook de conclusie verbond 'en derhalve dient het te worden nagevolgd', maar daarbij gaat het om een verouderd soort rechtspositivisme en het heeft niet veel zin dat telkens te blijven kritiseren.

Terug naar Dr. V. Wat betekent het standpunt van Hart voor het precaire probleem waarvoor we komen te staan met Dr. V.? Hart is van mening dat wanneer we van mening zijn dat mensen als Dr. V. gestraft moeten worden we dit nog het best met een wet kunnen doen waarmee zijn daden *met terugwerkende kracht* strafbaar worden gesteld. Dat is natuurlijk onaantrekkelijk, maar het is nog wel het meest zuivere wat men in een dergelijk dilemma kan doen.

5.24 Lon Fuller zet de discussie met Hart voort

Zo zien we dat het probleem wat moet gebeuren met de nazi-misdadigers eigenlijk een hele serie rechtsfilosofische problemen oproept. We kunnen die hier niet allemaal behandelen en nog minder

58 De gedachte van het natuurrecht met wisselende inhoud is vooral bekend geworden door: Stammler, R., *Die Lehre von dem richtigen Rechte,* J. Guttentag, Berlin 1902; Stammler, R., *Lehrbuch der Rechtsphilosophie,* Dritte, vermehrte Auflage, Walter de Gruyter, Berlin und Leipzig 1928. In deze traditie staat ook: Cohen, Raphael, *Reason and Law,* Studies in Juristic Philosophy, Greenwood Press, Westport, Connecticut 1972 (1950) en Kaufmann, Arthur, *Rechtsphilosophie.* Stationen eines Weges, 2., überarbeitete Auflage, Carl Heymans Verlag, Köln/Berlin/Bonn/München 1984.

59 Hart, H.L.A., *The Concept of Law,* Oxford University Press, Oxford 1961.

60 Hart, H.L.A., 'Positivism and the Separation of Law and Morals', in: Harvard Law Review, 71 (1958), hier aangehaald in: H.L.A. Hart, *Essays in Jurisprudence and Philosophy,* Clarendon Press, Oxford, 1983, pp. 49-87. Vgl. voor Hart in het algemeen: Loth, M.A., 'H.L.A. Hart', in: P.B. Cliteur & M.A. Loth, red., *Rechtsfilosofen van de twintigste eeuw,* Gouda Quint, Arnhem 1992, pp. 119-137.

61 Voor de opvatting dat alles wat 'recht' genoemd wordt ook moet worden gehoorzaamd hanteert men ook wel de term 'ideologisch positivisme'. Vgl. Soeteman, A., *Machtig recht,* Samsom H.D. Tjeenk Willink, Alphen aan den Rijn 1986.

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

oplossen. Het is misschien alleen wel verhelderend een vijftal posities te schetsen die men met betrekking tot deze problematiek kan innemen. Fuller heeft deze mooi over het voetlicht gebracht in zijn verhaal *The grudge informer* dat als appendix in zijn boek *The morality of law* is opgenomen.

Bekend is de discussie die Fuller aan het begin van de jaren zestig met Hart gevoerd heeft over de vraag wat diende te gebeuren met de (kleine) oorlogsmisdadigers of 'grudge informers' ('rancuneuze verklikkers'). In die discussie voert Fuller onder andere het voorbeeld aan van een vrouw die tijdens de nazi-heerschappij haar man had aangegeven bij de autoriteiten met als formele reden dat hij grappen over Hitler vertelde (waarop de doodstraf stond). In feite wilde zij echter van die man af. Ook kwam het voor dat mensen uit rancune (vandaar de term 'rancuneuze aanbrenger') anderen bij de nazi-autoriteiten aangaven voor zaken waarop toen de doodstraf stond, maar wat wij nu hoogst onschuldige kwesties achten (spotprentjes over Hitler e.d.). In een soort wijsgerig sprookje getiteld 'The grudge informer' onderscheidt Fuller een vijftal standpunten die men zou kunnen innemen met betrekking tot onrechtvaardig recht: (1) men kan, achteraf bekijkend, het nazi-recht respecteren als het toen geldende recht en de 'rancuneuze aanbrengers' laten lopen; (2) men kan stellen dat er in het Derde Rijk geen sprake was van een rechtssysteem. Er was sprake van een 'interregnum in the rule of law', een 'lawless chapter of our history', een tijd van 'anarchy and terror'; (3) men kan per geval gaan onderscheiden welke inbreuk van het nazi-systeem wel en welke niet harmonieert met ons huidige rechtssysteem; (4) een andere houding is het reeds genoemde standpunt van Hart: 'to deal with it by duly enacted law'; (5) men laat de burgers zelf naar een oplossing zoeken; ook dan mengt de overheid zich niet in het probleem.

5.25 Eigen standpunt: de natuurrechtelijke inspiratie blijft overeind, het natuurrechtelijk antwoord niet

Wanneer we ons nu weer wenden tot de discussie tussen Hart en Radbruch moeten we constateren dat de zaken er niet eenvoudiger op geworden zijn. Het is in ieder geval de verdienste van Hart geweest dat hij heeft laten zien dat het standpunt van Radbruch waarin de vraag naar de gelding van het recht en de gehoorzaamheidsplicht direct op elkaar gekoppeld zijn in ieder geval niet *logisch* dwingend is. Het is echter mogelijk dat de sympathisanten van een natuurrechtelijk standpunt zich terugtrekken op een iets zwakkere stelling en betogen dat weliswaar de vaststelling dat iets recht is niet logisch noodzakelijk tot de stelling voert dat het daarom ook nagevolgd dient te worden, maar dat deze verbinding *wel het meest voor de hand ligt.* Zo heeft de Duitse auteur Walter Ott gezegd dat een rechter sneller geneigd zal zijn om onrechtvaardig recht niet toe te passen wanneer hij ook (volgens het natuurrechtelijk denkkader) kan beargumenteren dat het geen recht is dan dat hij (het rechtspositivisme volgend) moet stellen dat het weliswaar wel recht is maar dat hij het *zo verwerpelijk vindt* dat hij het daarom niet navolgt.[62] Iets eenvoudiger gezegd: rechters zijn nu eenmaal opgeleid om recht toe te passen en zij zullen geneigd zijn dat te doen.

Het is overigens dan wel van belang dat men benadrukt dat rechtspositivisten als Hart terecht onder de aandacht hebben gebracht dat een natuurrechtelijke (of in ons geval cultuurrechtelijke) toets niet met zich mee mag brengen dat men de morele toets van het recht dan voor overbodig houdt. Volgens Hart is dat echter een dreigend gevaar. Wanneer men stelt dat het positieve recht dient te worden beoordeeld in het licht van de beginselen en fundamentele waarden die aan dat positieve recht ten grondslag liggen dan zou dat ertoe kunnen leiden dat men zich tot een dergelijke toets wil *beperken.* Dat is echter gevaarlijk, schrijft Hart. Immers, stel nu eens dat ook de beginselen en fundamentele waarden binnen een bepaald rechtsstelsel geperverteerd zijn? Dan hebben we toch nog altijd een morele beoordeling van het recht nodig?

62 Vgl. Ott, Walter, *Der Rechtspositivismus,* Kritische Würdigung auf der Grundlage eines juristischen Pragmatismus, Duncker & Humblot, Berlin 1976.

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

Die vraag zou echter ook een natuurrechtsaanhanger bevestigend kunnen beantwoorden. Het feit dat men natuurrechtelijke normen wil hanteren om het recht te beoordelen impliceert niet dat men *niets anders* als kritische toets voor het recht wil accepteren. Een natuurrechtsaanhanger zou kunnen betogen dat het recht met een tweetal standaards dient te worden beoordeeld: een aan het recht immanente standaard (de juridische waarden en beginselen die weliswaar aan het recht ten grondslag liggen, maar nog wel van juridische geaardheid zijn – dit in tegenstelling tot morele beginselen) en een aan het recht transcendente (dat wil zeggen 'overschrijdende') morele standaard.

Een andere kwestie waarover veel discussie is geweest is of Radbruch gelijk heeft met zijn stelling dat het in het bijzonder de rechtspositivistische mentaliteit is geweest die de Duitse juristenstand heeft verdorven. Als dat zo was, schrijft Hart, dan zouden ook in Engeland zich allerlei onverkwikkelijke ontwikkelingen hebben moeten voorgedaan, immers het rechtspositivisme is in Engeland altijd een dominante stroming geweest.

De discussie tussen natuurrechtsaanhangers en rechtspositivisme heeft zich in de loop der tijd dus verfijnd. De scherpe tegenstellingen zijn enigszins verminderd. Ik voel mij – alles welbeschouwd – iets meer aangetrokken tot het natuurrechtelijk dan het rechtspositivistisch taakgebruik ten aanzien van het woord 'recht'. Dat wil zeggen dat een normstelsel dat op grove schaal rechtsbeginselen en grondrechten schendt geen 'recht' genoemd zou moeten worden.

Het betreft hier een in het recht en de rechtswetenschap overigens bepaald geen excentrieke semantiek. Integendeel, juristen plegen lager recht dat in strijd met hoger recht 'geen recht' te noemen. Het is 'null and void', zoals de Amerikaanse jurist James Bryce heeft uiteengezet in zijn magistrale werk over de Amerikaanse politieke systeem. Bryce formuleert de achtergrond hiervan als volgt.

Hij maakt een onderscheid tussen het Britse en het Amerikaanse systeem. In Engeland is 'Parliament' (de wetgever) almachtig.[63] In de Verenigde Staten daarentegen wordt het Congress op een tweevoudige manier beperkt. Allereerst kan het alleen maar wetten maken over zaken die in de constitutie expliciet worden genoemd, maar ook geldt dat wanneer het Congress de bevoegheden zou overschrijden die men krachtens de constitutie toebedeeld heeft gekregen de producten van het congres niet als juridisch geldig worden erkend. In feite is dat in overeenstemming met hoe men in verschillende rechtsstelsels de verhouding ziet tussen de centrale overheid en lagere overheden. Wanneer een lagere overheid een besluit neemt dat niet in overeenstemming is met hogere wetgeving dan wordt dit niet als een rechtsregel erkent: 'these rules are not law, but are null and void'.[64] Dat betekent ook iets voor de verplichting tot gehoorzaamheid: 'Their validity depends on their being within the scope of the law-making power conferred by the superior authority, and as they have passed outside that scope they are invalid. They do not justify any act done under them forbidden by the ordinary law. They ought not to be obeyed or in any way regarded by the citizens, because they are not law'.[65]

De positie van het congres in de Verenigde Staten kan men vergelijken met die van een lagere overheid in Engeland, aldus Bryce. De hoogste wetgevende macht is het volk, dat wil zeggen, het gekwalificeerde electoraat. Dit volk heeft krachtens hun hoogste recht, de Amerikaanse constitutie, bepaalde bevoegheden gedelegeerd aan het congress. Echter dat congress kan alleen binnen de aangegeven grenzen opereren. 'Every statute passed under that power conformably to the Constitution has all the authority of the Constitution behind it. Any statute passed which goes beyond that power is invalid, and incapable of enforcement. It is in fact not a statue at all, because Congress in passing

63 Vgl. daarover: Cliteur, P.B., '"Wetgeverssoevereiniteit" in Engeland, de Verenigde Staten en Nederland', in: *Soevereiniteit: Lotgevallen van een Begrip,* speciaal nummer van *Theoretische Geschiedenis,* Jaargang 18, nummer 3, 1991, pp. 435-445; Zoethout, C.M., 'Reflections on Constitutionalism in the Netherlands', in: Zoethout, Carla M., & Tang, Ger van der, & Akkermans, Piet, eds., *Control in Constitutional Law,* Martinus Nijhoff, Dordrecht/Boston/London 1993, pp. 153-163.

64 Bryce, James, *The American Commonwealth,* Vol. I, The MacMillan Company 1926 (1893), p. 244.

65 Bryce, *The American Commonwealth,* I, p. 244.

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

it was not really a law-making body, but a mere group of private persons'.[66] Degene die het Amerikaanse systeem nog het meest helder verwoord heeft is waarschijnlijk Marshall geweest toen hij zei:

> The powers of the legislature are defined, and limited; and that those limits may not be mistaken, or forgotten, the Constitution is written. To what purpose are powers limited, and to what purpose is that limitation committed to writing, if those limits may, at any time, be passed by those intended to be restrained? The distinction, between government with limited and unlimited powers, is abolished, if those limits do not confine the persons on whom they are imposed, and if acts prohibited and acts allowed, are of equal obligation. It is a proposition too plain to be contested, that the Constitution controls any legislative act repugnant to it; or, that the legislature may alter the constitution by any ordinary act.[67]

Dit betekent, aldus Bryce, dat een 'wet' die door het congress wordt uitgevaardigd en die buiten haar competentiegebied valt niet meer effect heeft dan een wet van een gemeente die datzelfde zou doen in het Engelse recht. 'There is no mystery', schrijft Bryce. Het gaat hierbij eenvoudig om de 'ordinary principles of the law of agency'.[68]

Deze passage is voor de natuurrecht/rechtspositivisme-discussie ook van grote betekenis. Wanneer we ons eenmaal realiseren dat juristen lager recht dat met hoger recht strijdt 'geen recht' plegen te noemen, dan is er ook geen 'mystery' in het natuurrechtelijk taalgebruik dat stelt dat een gewone wet die in strijd is met het natuurrecht 'geen wet' is. *Lex iniusta non est lex* is nogal eens afgeschilderd als bizarre semantiek en een miskenning van het onderscheid tussen 'Sein' en 'Sollen'. Natuurrechtsaanhangers gaan echter uit van een natuurrecht dat werkelijk 'juridisch geaard' is en zij bezien de verhouding tussen een gewone wet en natuurrecht naar analogie van een wet in formele zin tot de grondwet (in een systeem met constitutionele toetsing, wel te verstaan).

Hoe men de kritiek van Hart op Radbruch zal waarderen hangt af van de wijze waarop men Radbruch interpreteert. Wat heeft Radbruch precies gewild met zijn kritiek op de Duitse juristenstand? Heeft hij willen zeggen dat een bepaald soort mentaliteit ten aanzien van het recht, door hem omschreven als positivistisch, in het geval van de Duitsers negatieve historische consequenties heeft gehad?[69] Of heeft hij willen beweren dat het rechtspositivisme, te omschrijven als de scheiding van recht en moraal, onder alle omstandigheden tot excessen moet leiden? Hart heeft Radbruch kennelijk op de laatste manier gelezen en inderdaad zou men dan aan Radbruch kunnen verwijten dat hij overhaaste conclusies heeft getrokken. Men kan de these van Radbruch echter ook veel bescheidener interpreteren, namelijk overeenkomstig het eerstgenoemde. Hij zou dan bedoeld kunnen hebben dat gegeven de historisch betrekkelijk unieke constellatie van factoren, zoals deze bestond in het Duitsland van de jaren dertig een positivistische mentaliteit, bestaande uit een onkritische houding tegenover het van overheidswege geproclameerde recht, ongunstige consequenties heeft gehad. Het probleem met de Hart/Radbruch-controverse is dat het misschien moeilijk is in abstracto (dat wil zeggen losgekoppeld van de historische omstandigheden en volksaard van een land) iets te zeggen over het potentieel gevaar van een bepaalde ideologie. Zo kan het positivisme in combinatie met de Duitse volksaard gevaarlijk zijn, maar in combinatie met de Engelse volksaard minder, zoals een

66 Bryce, *The American Commonwealth,* I, p. 246.

67 Aldus Marshall in het beroemde arrest *Marbury v. Madison* (1803) waarbij het toetsingsrecht in de Verenigde Staten werd geïntroduceerd. Vgl. Melone, Albert P, & Mace, George, eds., *Judicial Review and American Democracy,* Iowa State University Press/ Ames 1988, p. 61.

68 Bryce, *The American Commonwealth,* I, p. 247.

69 Vgl. voor een recentere behandeling van dezelfde thematiek: Müller, Ingo, *Hitler's Justice.* The Courts and the Third Reich, translated by Deborah Lucas Schneider (oorspronkelijke titel: *Furchtbare Juristen: Die unbewältigte Vergangenheit unserer Justiz,* 1987), Harvard University Press, Cambridge (Mass.) 1991 en het commentaar op dit boek door: Posner, Richard A., 'The Profession in Crisis', in: *Overcoming Law,* Harvard University Press, Cambridge (Mass) and London 1995, pp. 145-171.

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

doosje lucifers in de handen van de pyromaan een dodelijk gevaar oplevert, maar in handen van de gewone burger als een onschuldig instrument wordt gebruikt om een sigaar aan te steken.

Laten wij tot slot de in dit hoofdstuk gepresenteerde gedachtengang nog eens samenvatten. Centraal staat de waardering van een bepaalde traditie in de rechtswetenschap die wordt aangeduid als het natuurrechtsdenken. We hebben van een bepaalde vorm van dat natuurrechtsdenken (namelijk het systeem van Thomas van Aquino) een typering gegeven aan de hand van een paar kenmerken en laten zien hoe het gebaseerd is op het idealisme van Plato. Vervolgens is de kritiek van een vooraanstaand rechtspositivist, Hans Kelsen, op het natuurrechtelijk denken behandeld en ben ik tot de slotsom gekomen dat Kelsen in bepaalde opzichten gelijk heeft met zijn kritiek maar dat het nog altijd mogelijk blijft een 'bescheiden' vorm van natuurrechtelijk denken te verdedigen die werd aangeduid als het cultuurrechtelijk perspectief. Bij de uitwerking van dat cultuurrechtelijk perspectief is aansluiting gezocht bij de ideeën van Karl Popper.

Wanneer we het cultuurrecht in de vorm van het geheel van beginselen zoals dat in de westerse samenlevingen als de normatieve grondslag hebben aanvaard, vergelijken met het klassieke natuurrecht zouden we kunnen stellen dat het wat betreft de *status* geen absolute gelding heeft, maar evenmin volkstrekt willekeurig genoemd kan worden; dat het wat betreft de *bron* waaruit het voortvloeit niet de natuur heeft, maar de traditie en geschiedenis; dat het wat betreft het *keninstrument* niet gekend kan worden door de individuele rede, maar alleen door een gemeenschap als geheel door de eeuwen heen; dat het wat betreft de *functie* dezelfde functie kan vervullen als het klassieke natuurrecht, namelijk een kritische toets voor het positieve recht; dat het wat betreft de *inhoud* gaat om een geheel van redelijk omlijnbare beginselen (en dus niet om metafysische abstracties). Zo lijkt er dus een begaanbare middenweg te bestaan tussen de Scylla van het relativisme à la Kelsen en de Charibdis van het absolutisme à la Thomas van Aquino.

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

6 Kan men teveel rechten creëren?

In de vorige drie hoofdstukken staat de vraag centraal hoe we morele en juridische oordelen kunnen rechtvaardigen. We hebben daarop drie antwoorden besproken.

Allereerst het antwoord van de cultuurrelativist. Deze stelt dat een moreel oordeel zich alleen laat rechtvaardigen onder verwijzing naar de eigen waarden en normen van de cultuur waarbinnen de vraag naar de legitimiteit van normen is gerezen. Deze visie hebben wij afgewezen. Het leidt tot een verlamming van onze mogelijkheden tot het vellen van morele oordelen en het kan bovendien niet consequent worden gepraktiseerd, zoals blijkt uit de wijze waarop cultuurrelativisten zelf zich verstrikken in tegenstrijdigheden.

Een tweede legitimatiepoging is door moraal (en recht) te funderen in religie. Ook die poging is kritisch besproken. De theorie over moraal die bekend staat als de goddelijk bevelstheorie heeft weliswaar diepe wortels in de Europese cultuurgeschiedenis en vindt nog steeds aanhang, maar de problemen daarmee zijn zeker niet kleiner dan met het cultuurrelativisme.

Een derde poging recht en moraal te funderen is een seculiere theorie. Het natuurrechtsdenken probeert hoger recht op het spoor te komen door zich te bezinnen op de aard van de mens en de aard van de werkelijkheid.

Ook deze theorie is niet zonder problemen. In zijn klassieke variant lijken die problemen met de natuurrechtsleer aanzienlijk. Het bleek echter mogelijk een gematigde variant van het natuurrechtsdenken te ontwikkelen die is aangeduid als 'cultuurrecht'. Binnen elk rechtssysteem zijn enkele dragende beginselen, leidende gedachten, diepere noties te vinden die de gewone rechtsregels van alledag zin en betekenis geven en tegen de achtergrond waarvan het positieve recht beoordeeld kan worden. Het cultuurrecht is 'hoger recht'. Het is geen goddelijk recht dat geheel onttrokken is aan menselijke makelij, maar een vorm van recht waaraan een gemeenschap door de tijd heen met vallen en opstaan heeft geschaafd.[1]

Het hogere recht, zo is hiervoor gesteld, is een product van 'human action but not of design'. Aangezien wel 'human action' in het geding is, is het hogere recht niet meer een louter gegeven. Hoger recht is niet te vinden in de werkelijkheid, zoals bomen en rivieren eenvoudigweg gegeven zijn. Hoger recht wordt gemaakt. Men kan het eventueel een 'gemaakt natuurrecht' noemen, zij het dat die notie voor de aanhangers van het klassieke natuurrecht natuurlijk een contradictio in terminus zou zijn. Hoe het ook zij, het hogere recht wordt *gemaakt,* zij het zonder plan.

Dat brengt dan onmiddellijk wel een volgende vraag op de voorgrond: welke concrete rechten zouden voor de status van 'hoger recht' in aanmerking komen? En hoe moeten we de verhouding denken tussen dat hogere en dat lagere recht? Kan men in het proces van het codificeren van hoger recht ook fouten maken? En worden die fouten wellicht *reeds gemaakt?* Via welke rechtvaardiging komen rechten in een grondwet terecht? Waarom wordt een bepaald belang in een verdrag als 'mensenrecht' opgenomen. En werkt deze procedure van totstandkoming bevredigend?

Niet van de zijde van juristen, maar wel van die van het grote publiek hoort men wel eens het volgende. 'Mensen hebben teveel rechten tegenwoordig. Maar hoor je ze ooit over hun plichten?'. Het laatste, plichten, zullen we in dit hoofdstuk niet aan de orde stellen, maar het eerste wel. Is het mogelijk dat men teveel rechten creëert?

We zullen hier de vraag bevestigend beantwoorden. En we zullen ook proberen te laten zien dat die beantwoording grote consequenties heeft voor de wijze waarop we ons systeem inrichten. De ontwikkeling van de democratische rechtsstaten verloopt ogenschijnlijk goed, maar wanneer men nader analyseert welke processen een rol spelen bij de productie van hoger recht dan zou dat aanleiding moeten geven tot ernstige zorg. Er wordt eigenlijk zonder dat daarover wordt nagedacht een grote

1 Zie ook het reeds genoemde proefschrift van Berg, P.G.J. van den, *Rechtvaardigheid en privaatrecht,* Gouda Quint, Deventer 2000, p. 283 e.v.

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

hoeveelheid hoger recht geproduceerd. Als dat proces niet een halt kan worden toegeroepen zal dat op termijn leiden tot ernstige problemen, ja zelfs tot een verval van de democratische rechtsstaat.

Aan deze 'culturele problemen' zijn de hoofdstukken zes en zeven gewijd. In hoofdstuk zes wordt het algemene kader van de problemen die ons bedreigen geschetst. In hoofdstuk zeven wordt geprobeerd aan te tonen dat zwaarwegende *belangen* niet altijd door een *recht* zouden moeten worden beschermd.

Dan is het nodig eerst aan de orde te stellen waarom we überhaupt van 'rechten' spreken. Lincoln Allison schrijft: rechten zijn een zeer belangrijke en brede categorie van menselijke relaties. Het is moeilijk om over een samenleving te praten zonder op de een of andere manier het woord 'rechten' te gebruiken. Onmogelijk is dat overigens niet. Men zou namelijk het spreken over rechten kunnen vertalen in een spreken over wetten, over regels, over conventies, over rollen en oordelen. Het nadeel van een dergelijke vertaling is echter volgens Allison dat het 'clumsier' (onhandiger) zou zijn en dat het de enorme rhetorische kracht zou ontberen die verbonden is aan het spreken over rechten.[2]

Dit is voor ons onderwerp een belangrijke opmerking. Ook bij andere schrijvers vindt deze visie steun. Immers Almond constateert dat 'rights-talk' kan worden vertaald in andere vocabularia, zoals dat van 'plicht', 'juist', 'regel', 'aanspraak' enz.[3] Waarom is het dan aantrekkelijk om te praten in 'rights-talk'? Almond wijst op drie factoren.

Allereerst is aantrekkelijk dat 'rights-talk' geschiedt vanuit het perspectief van de onderdrukte, van degene die iets eist, niet vanuit het perspectief van de overheid die eventueel iets te vergeven heeft.

Als *tweede* is het pragmatisch aanlokkelijk dat 'rights have legal overtones'.[4]

Als *derde* heeft men erop gewezen dat een beroep op rechten overal op de wereld wordt begrepen.

Het is echter bepaald niet noodzakelijk of onvermijdelijk dat we bepaalde wensen formuleren in termen van rechten. Men kan bijvoorbeeld ook spreken in termen van nuttigheid. In het laatste geval hebben we te maken met een heel ander vocabulaire.

Tegenover het *rechten-perspectief* staat het *utilistisch* perspectief om handelingen van mensen te rechtvaardigen. Het klassieke utilisme dat teruggaat op filosofen als Jeremy Bentham en John Stuart Mill kan men aan de hand van de volgende drie punten typeren.

– Handelingen zijn alleen maar goed en kwaad onder verwijzing naar hun *gevolgen.* Goede handelingen zijn handelingen die goede consequenties hebben (consequentialisme);
– Bij het beoordelen van die gevolgen telt alleen of deze een bijdrage leveren aan het *geluk* of *ongeluk* van mensen. Al het andere is irrelevant (hedonisme);
– Bij het calculeren van dat geluk, moeten we dat van *ieder even zwaar* laten wegen. Anders gezegd: ieders welzijn is even belangrijk.[5]

Er is veel te zeggen over de vraag welk van beide perspectieven de beste rechtvaardiging voor ons handelen kan verschaffen, maar de wijsgerige discussies waartoe deze vraag aanleiding zou geven kunnen we hier niet in extenso aan de orde stellen. Laten we ons beperken tot enkele opmerkingen van James Bryce over het verschil in perspectief die voor ons onderwerp van belang zijn.

Bryce was het aan het begin van deze eeuw al opgevallen dat weliswaar 'rights-talk' (hij spreekt zelf van de 'doctrine van natuurlijke rechten') en utilisme beide een legitimatie aan overheidspolitiek en individuele wensen kunnen geven, maar dat wat men ook moge denken van de wijsgerige houdbaarheid van de twee theorieën, 'rights-talk' *retorisch* sterk in het voordeel is. Over de utilistische

2 Allison, Lincoln, 'Rights', in: Lincoln Allison, *Right Principles,* Basil Blackwell, Oxford, 1984, pp. 87-99, hier p. 87.
3 Almond, Brenda, 'Rights', in: Peter Singer, ed., *A Companion to Ethics,* Basill Blackwell, Oxford, 1993 (1991), pp. 259-269, hier p. 261.
4 Almond, 'Rights', p. 263.
5 Vgl. over het utilisme: Allison, Lincoln, ed., *The Utilitarian Response,* The Contemporary Viability of Utilitarian Political Philosophy, Sage Publishers, London etc., 1990 met bijdragen van onder andere Goodin, Allison, Lucardie e.a. Vgl. ook: Shaw, William H., *Contemporary Ethics.* Taking Account of Utilitarianism, Blackwell, Malden (Mass.), Oxford 1999.

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

rechtvaardiging van rechten schrijft hij: 'Reflective minds in our day will find arguments of this type more profitable than the purely abstract doctrine of Natural Rights, a series of propositions called self-evident, incapable of proof or disproof, interpretable and applicable in whatever sense the believer may please to give them'.[6] In die zin ligt een hoop kritiek besloten. De 'reflective minds' (wat wel een elegante manier van uitdrukken zal zijn voor het feit dat Bryce zelf een bepaalde voorkeur heeft) hebben een voorkeur voor utilistische argumenten boven een formulering in eisen van rechten. Waarom?

(i) Allereerst: 'rights-talk' doet een beroep op 'abstracte rechten'. (ii) Bovendien is dat beroep niet te bewijzen noch aan te vechten; het wordt eenvoudig gesteld, lijkt Bryce ons te willen zeggen. (iii) Verder laakt hij ook de speelruimte in interpretatie: abstracte rechten houden in wat men maar wil.[7]

Maar hoezeer ook het utilisme intellectueel bevredigender is, Bryce realiseert zich tevens dat 'rights-talk' meer tot de verbeelding spreekt: '(..) these transcendental axioms have in fact done more to commend democracy to mankind than any utilitarian argument drawn from history, for they appeal to emotion at least as much as to reason'.[8] 'Rights-talk' is eenvoudiger en meer direct, zegt hij. Diezelfde vaagheid die het onbevredigend maakt voor de 'reflective minds' spreekt voor anderen juist tot de verbeelding: 'Their very vagueness and the feeling that man is lifted to a higher plane, where Liberty and Equality are proclaimed as indefeasible rights, gave them a magic power. Rousseau fired a thousand for one whom Benthamism convinced'.[9]

Wat is nu het belang van deze getuigenissen van Bryce, Almond en Allison over rechten? Zij zijn voor ons van groot belang. Het leert in feite dat 'rights-talk' een *keuze* impliceert; men kan zich ermee inlaten, maar men kan het ook laten. Bovendien kan die keuze worden gerechtvaardigd door pragmatische argumenten, bijvoorbeeld het het argument dat het ene meer rhetorische overtuigingskracht heeft dan het andere.

Dat is een belangrijk inzicht, immers wanneer men ervoor kan kiezen om 'rights-talk' *aan te nemen*, kan men er ook voor kiezen om het *achterwege te laten.* Het is een manier van denken en een manier van spreken die pragmatisch kan zijn te rechtvaardigen, maar die we ook kunnen ontraden. Het is een manier van praten die men collectief kan leren, maar misschien ook *af*leren. Dat brengt ons op een tweede vraag: hoe komen we ertoe om bepaalde rechten te verheffen tot fundamentele rechten? Om dat te analyseren is het van belang dat we iets meer inzicht krijgen in de verschillende soorten rechten, in de nomenclatuur van 'rights-talk'.

6.1 De nomenclatuur van rechten

'Rights-talk' komt voor op verschillende niveaus en het door elkaar halen van die niveaus is een van de dingen die het onderwerp van rechten zo verwarrend maakt. Men zou vier soorten rechten kunnen onderscheiden.[10] Daarbij gaat het overigens niet om vier verschillende soorten rechten die iedereen zal erkennen, maar om vier manieren waarop we in het alledaagse spraakgebruik een beroep op

6 Bryce, James, *Modern Democracies,* I, MacMillan and Co. London, 1921, p. 51.

7 Vgl. hierover ook: Waldron, Jeremy, 'A Right-Based Critique of Constitutional Rights', in: *Oxford Journal of Legal Studies,* 13 (1993), pp. 18-51; Waldron, J., 'Rights', in: Robert E. Goodin en Philip Pettit, eds., *A Companion to Contemporary Political Philosophy,* Basill Blackwell, Oxford 1993, pp. 575-585 en verder de opstellen gebundeld in: Waldron, *Liberal Rights,* Collected Papers 1981-1991, Cambridge University Press, Cambridge etc., 1993; Weinreb, Lloyd L., *Oedipus at Fenway Park,* What Rights Are and Why There Are Any, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), London 1994.

8 Bryce, o.c., p. 51.

9 Bryce, o.c., p. 51.

10 Vgl. in het algemeen: White, A.R., *Rights,* Oxford University Press, Oxford, 1984 evenals het schema van: Cranston, M., 'Human Rights, Real and Supposed', in: *Political Theory and the Rights of Man,* ed. D.D. Raphael, Macmillan, London, 1967, 43-54 en dat van Nickel, James, W., *Making Sense of Human Rights,* University of California Press, Berkeley and Los Angelos, 1987, p. 13 e.v. en Freeden, Michael, *Rights,* University of Minnesota Press, Minneapolis 1991.

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

rechten kunnen onderkennen.[11] Zo kunnen we onderscheiden tussen (a) gewone juridische rechten, (b) constitutionele rechten, (c) gewone morele rechten en (d) universele of natuurlijke rechten. De eerste twee categorieën rekenen we doorgaans tot het positieve recht; de laatste twee categorieën tot de moraal.

(a) Gewone juridische rechten

Allereerst het minst controversiële: het gewone positiefrechtelijke niveau. Spreken we op dit niveau van een recht dan verwijzen we naar het positiefrechtelijk systeem, waaraan we een recht ontlenen. We zouden kunnen spreken van *juridische rechten.* Wie bijvoorbeeld tegen de schilder zegt dat hij een recht heeft op een deugdelijke afwerking van het schilderwerk van zijn huis, baseert zich op de regeling over aanneming van werk, zoals geregeld in het Burgerlijk Wetboek. De schilder en de opdrachtgever hebben een overeenkomst gesloten, waarbij de opdrachtgever zich verplicht tot het betalen van een bepaald bedrag en de schilder tot het schilderen van het huis. Wanneer de schilder zich niet op behoorlijke wijze van zijn taak heeft gekweten dan spreekt de opdrachtgever hem eerst aan met een verzoek: 'Zou u niet de plinten nog even willen bijwerken?'. Wil dat niet helpen dan beroept de opdrachtgever zich op zijn 'recht' op een behoorlijke prestatie. In deze zin is 'rights-talk' een gesprek over de rechten die de wet aan opdrachtgever en opdrachtnemer toedeelt.

Zoals gezegd, in deze context is 'rights-talk' het minst controversieel. Het is overigens weer niet zò weinig controversieel als de niet-jurist doorgaans veronderstelt. Een niet-jurist heeft namelijk de indruk dat de positiefrechtelijke rechten en plichten uitputtend zijn geregeld in het geschreven recht, zodat om daar kennis van te nemen men maar het wetboek open hoeft te slaan of een advocaat te raadplegen om het antwoord op een juridisch probleem te vernemen. Dat is echter om verschillende redenen een te eenvoudig beeld. Vaak bevat de wet vage termen en soms is iets niet geregeld in het geschreven recht. In dat soort gevallen moet men gaan zoeken naar wat over een onderwerp bepaald is in: (1) jurisprudentie (rechtersrecht) en (2) gewoonte en soms moet men gaan zoeken naar de (3) uitgangspunten van het rechtssysteem (rechtsbeginselen).[12] Maar hoe het ook zij, terecht is het vermoeden van de niet-jurist dat het antwoord op de vraag naar de positief-rechtelijke rechten en verplichtingen van mensen op een minder controversiële manier kan worden gegeven dan bij de tweede manier waarop we in het alledaagse spraakgebruik 'rights-talk' kunnen onderscheiden.

(b) Constitutionele rechten

Van de gewone positiefrechtelijke rechten moeten we dan een speciale categorie onderscheiden: de *constitutionele rechten.* De term 'constitutionele rechten' is in de betekenis die wij eraan geven in de literatuur onbekend, maar het is verhelderend deze hier in te voeren. Deze term zou men kunnen reserveren voor rechten die binnen het positiefrechtelijke systeem een speciale status hebben gekregen. Niet alle positiefrechtelijke rechten zijn namelijk van gelijke rang. Zo kennen we rechten die we ontlenen aan gewone wetten en rechten die we ontlenen aan meer fundamentele wetten.[13] Een gewone wet is bijvoorbeeld het Burgerlijk Wetboek, waarvan hierboven sprake was. De opdrachtgever heeft recht op een deugdelijke prestatie van de schilder op basis van een artikel uit het burgerlijk wetboek. Van zo'n gewone wet moeten we meer fundamentele juridische regelingen onderscheiden, zoals een

11 Allison, 'Rights', p. 88.

12 Vgl. hierover de in hoofdstuk een besproken opvattingen van: Simmonds, N.E., 'Law as a Rational Science', in: *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie,* 66 (1980), pp. 535-556; Simmonds, N.E., *The Decline of Juridical Reason,* Doctrine and Theory in the Legal Order, Manchester University Press, Manchester, 1984.

13 Een categorie die men van oudsher in Engeland niet erkende. Vgl. Dicey, A.V., *Introduction to the law of the constitution,* tenth edition, with introduction by E.C.S. Wade, Macmillan Education, London 1987 (1885), p. 39 e.v. Dit staat echter ter discussie. Vgl. Lester, Anthony, 'Fundamental Rights: The United Kingdon Isolated?', in: *Public Law,* 1984, pp. 46-72; Brown-Wilkinson, Lord, 'The Infiltration of a Bill of Rights', in: *Public Law,* 1992, pp. 397-410; Zoethout, Carla M., 'Rechten van de mens na vijftig jaar "thuisgebracht". Labours voorstel de Europese Conventie te incorporeren in het Britse rechtsstelsel', in: *NJB,* 12 juni 1998, pp. 1067-1072.

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

grondwet en een verdrag. In grondwetten en verdragen vinden we *constitutionele* rechten. We kunnen die term hanteren ter aanduiding van wat ook wel wordt genoemd grondrechten en mensenrechten samen.[14] Het gaat hierbij om rechten die toekomen aan de burger, maar het zijn rechten van een meer fundamentele aard dan de gewone rechten die de burger aan alledaagse wetgeving ontleent. De rechten die we aan grondrechten ontlenen worden ook op een bijzondere manier beschermd. *Allereerst* is een speciale procedure voorgeschreven om ze te wijzigen. De grondwet kan alleen maar met een meerderheid van tweederde in de volksvertegenwoordiging worden gewijzigd. Als *tweede* geldt vaak dat men ook tegenover de centrale wetgever door de rechter beschermd wordt bij een eventuele aantasting van grondrechten. Dat betekent dat de grondwettelijke bescherming van fundamentele rechten op het volgende neerkomt. Wanneer de Nederlandse regering in samenwerking met het Nederlandse parlement het grondrecht van de vrijheid van meningsuiting zou willen afschaffen (een onder normale omstandigheden weinig waarschijnlijke gebeurtenis, maar toch van principieel belang als gedachte-experiment),[15] dan kan dat alleen wanneer daarvoor een meerderheid van twee derde in de volksvertegenwoordiging kan worden gevonden.[16] En ten aanzien van de tweede bescherming: wanneer de Nederlandse wetgever een wet zou maken die in strijd is met het grondrecht van de vrijheid van meningsuiting zal de Nederlandse rechter die wet niet toepassen in het concrete geval waarin een conflict rijst over de toepassing. Deze laatste opmerking moet nog worden genuanceerd in die zin dat het wel moet gaan om de vrijheid van meningsuiting, zoals gewaarborgd in een *verdrag.* Wij kennen in Nederland (nog) niet de mogelijkheid van rechterlijke toetsing aan hetzelfde grondrecht uit de grondwet (vgl. de artt. 93, 94 en 120 Gw).

(c) Gewone morele rechten

Een derde manier waarop we over rechten spreken ligt iets gecompliceerder. We spreken van *morele rechten.*[17] Sommigen zullen zeggen dat we op deze tweede manier alleen maar in metaforische zin over rechten kunnen spreken. Wat daar ook van zij, in ieder geval is duidelijk dat het niet gemakkelijk zal zijn een dergelijke manier van spreken in het alledaagse leven te vermijden. Laten we beginnen met een praktisch voorbeeld: speelschulden. Worden deze niet betaald dan hebben we geen juridische actie tegenover degene die de schuld moet betalen. Toch zeggen we tegen iemand op wie we een dergelijke vordering hebben: 'Ik heb recht op betaling'. Ook in een andere context kunnen we onderkennen dat mensen rechten inroepen. Neem het volgende geval: een portier die twintig jaar bij een bedrijf heeft gewerkt, merkt dat een reorganisatie op handen is. Hij wordt daarin niet gekend, een manier van doen waartegen hij protesteert met het argument dat hij, na vele dienstjaren, 'recht heeft om te weten wat hij te verwachten heeft'. Ook in familie en gezin kan men zich op een dergelijke manier op rechten beroepen. Een huwelijkspartner die overspel vermoedt, spreekt de ander aan met het argument dat hij of zij 'recht heeft op de waarheid'.

Een groot deel van de 'rights-talk' heeft trouwens betrekking op een 'recht op waarheid' of een recht op deugdelijke informatie. 'Zou ik in mijn eigen huis geen recht hebben te weten wat er hier gebeurt?'. 'Zou ik tegenover mijn eigen zoon geen recht hebben om te weten of...'. Dat zijn de geluiden die we dan meestal horen.

In hoeverre we dit spreken over recht moeten toejuichen of niet is het voorwerp van een lange controverse in de rechtsfilosofie. Vanuit een bepaald perspectief is het praten over rechten op deze

14 De woorden 'grondrechten' en 'mensenrechten' worden hier door elkaar gehanteerd. Soms wordt echter in die zin een verschil gemaakt dat men van grondrechten spreekt wanneer het gaat om hoger recht dat is neergelegd in een grondwet, van mensenrechten wanneer het gaat om hoger recht dat is neergelegd in verdragen. We brengen deze categorieën samen onder de term 'constitutionele rechten'.

15 In crisisachtige omstandigheden komen dit soort zaken trouwens wel voor. Denk aan de afschaffing van het legaliteitsbeginsel onder de Duitse bezetting. Van vrijheid van meningsuiting was toen ook geen sprake.

16 De procedure is iets ingewikkelder, maar dat is hier niet van belang. Vgl. art. 137 Grondwet.

17 Vgl. de hoofdstukken zeven tot en met tien 'In Defense of Moral Rights' in: Feinberg, Joel, *Freedom and Fulfillment,* Philosophical Essays, Princeton University Press, Princeton, New Jersey 1992, pp. 197-260.

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

manier een vorm van taalvervuiling die alleen maar spraakverwarring met zich meebrengt. De grote tegenstander van 'rights-talk' in deze morele zin was Jeremy Bentham wiens diatribes tegen de mensenrechtenverklaringen even bekend zijn als die van Burke.[18] Wat bedoeld wordt, zo zou een kriticus van 'rights-talk' in de geest van Bentham kunnen opmerken, is dat degene die het woord 'recht' in deze tweede zin gebruikt, vindt dat men een recht *zou moeten hebben.* Men *heeft* dat recht echter pas op het moment dat het wordt toebedeeld door de wet (Bentham: 'from real laws come real rights'). In de rechtspositivistische traditie, zoals in Engeland geïnitieerd door Bentham en verder ontwikkeld door zijn leerling John Austin,[19] staat dan ook het nauwkeurig onderscheiden tussen recht *zoals het is* en recht zoals het *moet zijn* hoog op de verlanglijst (zie daarover hoofdstuk vijf).[20] Het zal niet verbazen dat Bentham en Austin om dezelfde redenen ook principiële bezwaren hebben tegen een vierde manier van 'rights-talk'.

(d) Morele rechten die aan alle mensen toebehoren

Een vierde vorm waarop we over rechten spreken is door een beroep te doen op *natuurlijke rechten* of *mensenrechten.* Daarbij gaat het om morele rechten die aan alle mensen toebehoren in alle maatschappijen en die onvervreemdbaar zijn. Het is een variant van de derde manier van spreken: mensenrechten zijn een soort morele rechten. Natuurlijke rechten of mensenrechten komen met morele rechten overeen in de zin dat men zich niet voornamelijk beroept op positieve wetgeving ter onderbouwing van de claim. Natuurlijke rechten of mensenrechten verschillen echter van gewone morele rechten door de categorische termen waarin over het eerste gesproken wordt. Het gaat om rechten voor *iedereen, overal* en *onder alle omstandigheden.* Pas wanneer 'rights-talk' die hoedanigheid heeft aangenomen, spreken we van natuurlijke rechten of van mensenrechten. Maurice Cranston formuleert het als volgt: 'Human rights are a form of moral right, and they differ from other moral rights in being the rights of all people at all times and in all situations'.[21]

Hieruit blijkt dus dat ten aanzien van het woord 'mensenrechten' enige spraakverwarring heerst. Sommigen hanteren het woord ter aanduiding van de rechten die zijn gecodificeerd in verdragen, anderen hanteren het woord ter aanduiding van de categorie van morele rechten die een universele strekking hebben. In het eerste geval gaat het om de 'gepositiveerde mensenrechten'; in het tweede geval om mensenrechten als *jus constituendum.* Vaak zullen de twee categorieën overigens samenvallen, zodat deze semantische verwarring geen problemen op zal leveren. We zullen er hier vanuit gaan dat wanneer we het over mensenrechten hebben, we doelen op de tweede categorie: de constitutionele rechten. De reden daarvan ligt voor de hand: centraal staat hier het proces van codificatie van hoger recht, meer in het bijzonder de beperkingen die we ons daarbij hebben op te leggen.[22] Het gaat ons niet om de mensenrechten die eventueel van nature gegeven zouden zijn, maar de mensenrechten die we in het postieve recht nader gestalte hebben gegeven. Het gaat om wat Roscoe Pound

18 Vgl. over het verzet van Bentham en Burke tegen de mensenrechten: Waldron, Jeremy, ed., *Nonsense upon stilts,* Bentham, Burke and Marx on the rights of man, Methuen, London and New York, 1987.

19 Vgl. over de relatie tussen Bentham, Austin en latere denkers binnen deze traditie: Halévy, Elie, *The Growth of Philosophic Radicalism,* Faber and Faber, London 1972 (1928).

20 Hart zet deze traditie voort. Vgl. de klassieke tekst: Hart, H.L.A., 'Positivism and the Separation of Law and Morals', in: *Harvard Law Review,* 71 (1958), hier aangehaald in: H.L.A. Hart, *Essays in Jurisprudence and Philosophy,* Clarendon Press, Oxford, 1983, pp. 49-87.

21 Cranston, Maurice, 'Human Rights, Real and Supposed', in: D.D. Raphael, ed., *Political Theory and The Rights of Man,* MacMillan, London etc., 1967, pp. 43-54, hier p. 49. Vgl. over de universaliteitspretentie van mensenrechten verder: Ven, J.J.M. van der, 'Les droits de l'homme: leur universalité en face de la diversité des civilisation', in: *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie,* 71 (1985), pp. 437-451; Donnelly, Jack, 'Cultural Relativism and Universal Human Rights', in: *Human Rights Quarterly,* 6 (1984), pp. 400-419 en het themanummer van *Civis Mundi,* Universaliteit van mensenrechten, 32, nr. 2 (1993).

22 De twee categorieën hangen echter nauw samen. Vgl. Almond, 'Rights', p. 261: 'The justification of rights of this sort (mensenrechten; PC) is essentially ethical, although the international community, in attempting to enshrine them in law, seeks to convert their justification into a matter of fact practice'.

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

zo aardig noemde 'positive, not natural natural law'.[23] Men kan het ook als volgt stellen: de traditie van de mensenrechten is een moderne voortzetting van de traditie van het denken over natuurlijke rechten.[24] Naar mate die natuurlijke rechten steeds meer erkenning vinden in het positieve recht worden het tevens culturele constructies. Men zou dan ook een geschiedenis van het natuurrecht kunnen schrijven als een van natuurrecht naar cultuurrecht, zoals in hoofdstuk vijf gedaan is.[25] Maar dit onderwerp moeten we hier laten rusten.

Waar we onze aandacht op zullen concentreren is het culturele en politieke proces dat ertoe heeft geleid dat steeds meer rechten tot constitutionele rechten zijn verklaard. De verandering is van tweeerlei aard. Allereerst is sprake van een verandering in het denken over de legitimiteit van het overheidshandelen en als tweede is sprake van een kwantitatieve proliferatie van fundamenteel recht. Teruggekoppeld op onze vier categorieën rechten betekent het dat categorie twee, de constitutionele rechten, overvol raakt. We zullen deze twee ontwikkelingen nu kort typeren.

6.2 Twee soorten proliferatie: cultureel en juridisch

(a) De culturele verandering: proliferatie van 'rights-talk'

De culturele verandering komt duidelijk over het voetlicht in een passage van H.L.A. Hart. Hart, zelf geen aanhanger van 'rights-talk', schreef in 1979:

> I do not think that anyone familiar with what has been published in the last ten years, in England and the United States, on the philosophy of government can doubt that this subject, which is the meeting point of moral, political, and legal philosophy, is undergoing a major change. We are currently witnessing, I think, the progress of a transition from a once widely accepted old faith that some form of utilitarianism, if only we could discover the right form, *must* capture the essence of political morality. The new faith is that the truth must lie not with a doctrine that takes the maximization of aggregate or average general welfare for its goal, but with a doctrine of basic human rights, protecting specific basic liberties and interests of individuals, if only we could find some sufficiently firm foundation for such rights to meet some long-familiar objections.[26]

Het is altijd een indrukwekkend moment, wanneer we zien hoe een groot denker die zijn stempel heeft gezet op zijn tijd terugkijkt, zich realiserend dat het tij aan het veranderen is. In 1687 schreef Bossuet, de grote ideoloog van Ançien Régime, aan een leerling van Malebranche: 'Le mal gagne (...) Il s'introduit (...) une liberté de juger qui fait que, sans égard à la tradition, on avance témérairement tout ce qu'on pense'.[27] Bossuet zag de 'philosophes' opkomen, de protagonisten van wat we tegenwoordig met een weinig fraaie term aanduiden als de 'moderniteit' (en wat vroeger zo poëtisch de 'Verlichting' werd genoemd).

De passage van Hart lijkt hierop. Hart had in het naoorlogse Engeland met veel succes het utilistisch perspectief van Bentham en Austin verdedigd en daarmee ook het Engelse model dat van 'rights-talk' in Amerikaanse stijl niets moet hebben. In 1979 moest Hart echter constateren dat deze

23 Vgl. Pound, Roscoe, *Social control through law,* Archon Books 1986, p. 3 en Pound, Roscoe, 'Natural natural law and positive natural law', in: *Natural Law Forum,* Volume 5 (1960), pp. 70-82.

24 Overigens zijn er wel verschillen. Vgl. daarover: McInery, Ralph, 'Natural Law and Human Rights', in: *American Journal of Jurisprudence,* 1991, pp. 1-14; Weinreb, Lloyd L., 'Natural Law and Rights', in: George, Robert P., ed., *Natural Law Theory,* Clarendon Press, Oxford, 1992, pp. 278-309.

25 Vgl. over de filosofie achter UVRM ook: Morsink, Johannes, 'The Philosophy of the Universal Declaration', in: *Human Rights Quarterly,* 6 (1984), pp. 309-334.

26 Hart, H.L.A., 'Between Utility and Rights' in: *Columbia Law Review,* 79 (1979), hier aangehaald in: *Essays in Jurisprudence and Philosophy,* Clarendon Press, Oxford, 1983, p. 198.

27 Aangehaald in: Clarc, P., en Simon, A., *Le XVIIe Siècle,* Librairie Classique Eugène Belin, Parijs, 1956, p. 293.

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

slag in zekere zin verloren was, althans Hannibal stond onmiskenbaar voor de poorten; 'rights-talk' was 'in the air'.

Het was Hart's opvolger op de leerstoel Jurisprudence in Oxford, de Amerikaan[28] Ronald Dworkin, die aan 'rights-talk' in de jaren zeventig een invloedrijke intellectuele onderbouwing heeft gegeven (een poging tot de 'firm foundation' waarvan Hart spreekt). In *Taking Rights Seriously* (1978) verklaarde Dworkin rechten primair tegenover de beleidsdoelstellingen. Rechten zouden ook een grond voor ongehoorzaamheid aan de staatswetten opleveren. 'Rights' zijn 'trumps'.

Het woord 'trump' heeft verschillende betekenissen. Het kan 'troefkaart' betekenen en 'trompet' en beide betekenissen resonneren mee in het gebruik dat Dworkin van dat woord maakt. Rechten zijn ook inderdaad trompetten en troefkaarten. Met veel vertoon ('trompet') roept men ze in wanneer als het ware het spel van het gewone recht uit is, maar men zich toch nog niet gewonnen geeft ('troefkaart'). Rechten hebben voorrang op de beleidshandelingen van de overheid.[29]

Dworkin was bepaald niet de enige 'rights'-protagonist in de jaren zeventig en tachtig. Een ander bekend boek uit die tijd was het vier jaar eerder verschenen *Anarchy, State, and Utopia* (1974) van Robert Nozick. Ook Nozick stelt: 'Individuals have rights, and there are things no person or group may do to them (without violating their rights)'[30], een standpunt dat, ondanks alle verdere verschillen, geheel in harmonie was met de stelling van John Rawls uit *A Theory of Justice* (1972): 'Each person possesses an inviolability founded on justice that even the welfare of society as a whole cannot override'.[31]

Ondanks alle verschillen (Dworkin en Rawls behoren tot de linkerzijde van het politieke spectrum, Nozick was een libertarisch liberaal), over één ding is men het eens: 'rights-talk' dient het utilisme te vervangen. Van de linkerzijde naar de rechterzijde van het politieke spectrum: 'rights-talk' was duidelijk *en vogue.*

Het paste ook in het tijdsbeeld. Men liep bijzonder warm voor burgerlijke ongehoorzaamheid en men was gepreoccupeerd met een Milliaanse angst voor de terreur van de massa.[32] Kelly geeft het goed weer wanneer hij schrijft: 'This approach, very much in tune with the liberal end of American thinking in the 1960s, necessarily involves the state and community in accepting, where individuals' consciences dictate such behaviour, the burden of civil disobedience as legitimate'.[33]

Nu was 'rights-talk' natuurlijk ook weer in zoverre niet nieuw dat het aansluiting kon vinden bij een eeuwenoude traditie in het denken over recht die bekend staat als de natuurrechtsleer en die na de Tweede Wereldoorlog zo'n opvallende herleving doormaakte. Een van de meest recente varianten van natuurrechtelijk denken verscheen twee jaar na *Taking Rights Seriously* van Dworkin: John Finnis' *Natural law and Natural Rights* (1980).[34] Finnis, later een collega van Dworkin in Oxford en

28 Dat is niet zonder betekenis. Het verschil tussen de Engelse en Amerikaanse rechtscultuur is onder andere dat de Engelsen het utilisme veel meer trouw zijn gebleven terwijl de Amerikanen sinds 1776 gewend zijn te denken in termen van constitutionele rechten. Vgl. Corwin, Edward S., *The 'Higher Law' background of American constitutional law,* Great Seal Books, Cornell University Press, Ithaca, New York, 1955; Ryan, Alan, 'The British, the Americans, and rights', in: Michael J. Lacey & Knud Haaksonssen, eds., *A Culture of Rights.* The Bill of Rights in Philosophy, Politics, and law – 1791 and 1991, in: Woodrow Wilson International Center for Scholars and Cambridge University Press, Cambridge etc. 1991, pp. 366-440.

29 Vgl. Dworkin, Ronald, 'Rights as Trumps', in: Jeremy Waldron, ed., *Theories of Rights,* Oxford University Press, Oxford, 1992 (1984), pp. 153-168.

30 Nozick, Robert, *Anarchy, State, and Utopia,* Basic Books, New York, 1974, p. ix.

31 Rawls, John, *A Theory of Justice,* Oxford University Press, Oxford etc., 1972, p. 3.

32 Vgl. Mill, J.S., *On Liberty,* Penguin Books, Harmondsworth 1977 (1859).

33 Kelly, J.M., *A Short History of Western Legal Theory,* Clarendon Press, Oxford, 1992, p. 426.

34 Finnis, John, *Natural Law and Natural Rights,* Clarendon Press, Oxford, 1980.

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

vooraanstaand natuurrechtsfilosoof, is het in verschillende opzichten met Dworkin eens. Ook hij meent dat 'rights-talk' nuttige kanten heeft. Hij noemt er drie.

Allereerst: 'rights-talk keeps justice in the foreground of our consideration'.[35] Hij bedoelt daarmee dat de moderne gewoonte van 'rights-talk', aldus nog steeds Finnis, 'rightly emphasises equality, the truth that every human being is a locus of human flourishing (...)'.

Als tweede is een nuttige kant van 'rights-talk' dat het de aantrekkelijkheid van de utilistische calculus van de 'consequentalisten' ondermijnt (vgl. wat hiervoor is gezegd over de drie kenmerken van het utilisme).

Als derde verschaft het een differentiatie van de verschillende aspecten waarin de mens kan floreren. Zij verschaffen een: 'usefully detailed listing of the various aspects of human flourishing (...)'.[36]

'Rights-talk' en de belangstelling voor natuurrecht paste goed in het na-oorlogse denken. De Tweede Wereldoorlog en de ontwikkeling daarvoor in Stalinistisch Rusland had een ongehoorde hoeveelheid schendingen van mensenrechten te zien gegeven. We zouden de geschiedenis van 'rights-talk' – noodzakelijkerwijs enigszins vereenvoudigd en daarmee ook wat vertekend – als volgt kunnen weergeven. In de zestiende en zeventiende eeuw werden door schrijvers als Hugo de Groot, Pufendorf en Locke de mensenrechten ontwikkeld. Een eeuw later werden die mensenrechten opgenomen in de grote codificaties. Gedurende de negentiende eeuw was voor die mensenrechten echter minder belangstelling, onder andere door de kritiek die daarop was uitgeoefend door liberalen als Bentham en conservatieven als Burke. Hoe het ook zij, 'rights-talk' was niet dominant. Pas na de Tweede Wereldoorlog kwam het weer op. Niet alleen in de praktijk van de rechtbanken, maar ook in de theorievorming. Auteurs als Lon Fuller,[37] Gustav Radbruch[38] en talloze anderen hielden opnieuw een pleidooi voor de gedachte van het natuurrecht. Een latere generatie denkers, waarvan Ronald Dworkin en John Rawls de bekendste vertegenwoordigers zijn, bouwde op deze inzichten voort.

Ook op het internationale vlak werden allerlei pogingen gedaan 'rights-talk' een stevige basis te geven. In 1948 werd binnen de Verenigde Naties een Universele Verklaring van de Rechten van de Mens tot stand gebracht. Twee jaar later werd deze gevolgd door een binnen de Raad van Europa ontwikkelde verklaring die wat betreft het implementatiemechanisme veel beter ontwikkeld was: de Europese Verklaring van de Rechten van de Mens en Fundamentele Vrijheden. Vooral het Verdrag van Rome is dan van belang. Het Europese Hof in Straatsburg vervult voor de bij het verdrag geassocieerde lidstaten een vergelijkbare rol met die van het Amerikaanse Supreme Court: men waakt over een lijst van mensenrechten en verklaart alle wetgeving van de staten die zich bij het verdrag hebben aangesloten ongeldig wanneer deze in strijd komt met de verdragsrechtelijk gewaarborgde vrijheidsrechten.

Hoe belangrijk ook, al deze ontwikkelingen zouden niet zo sterk hebben aangeslagen wanneer 'rights-talk' niet tevens een verankering had gevonden in het bewustzijn van de burgers. Dat was echter duidelijk het geval. In belangrijke ethische kwesties als die over euthanasie, abortus, misdaad en straf,[39] het behandelen van dieren[40] en onze verhouding tot de natuurlijke omgeving is 'rights-talk'

35 Finnis, *Natural Law and Natural Rights,* p. 221.
36 Finnis, *o.c.,* p. 221.
37 Fuller, Lon L., *The Morality of Law,* Yale University Press, New Haven and London, 1978 (1964).
38 Radbruch, Gustav, *Vorschule der Rechtsphilosophie,* 2e Auflage, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen 1959 (1947).
39 Vgl. hierover: Rachels, James, *The End of Life,* Oxford University Press, Oxford etc. 1986.
40 Vgl. D'Amato, Anthony, en Chopra, Sudhir, 'Whales: Their Emerging Right to Life', in: *American Journal of International Law,* 85 (1991), pp. 21-62. Voor Nederland: Boon, Dirk, *Nederlands dierenrecht,* Gouda Quint, Arnhem 1983.

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

enorm sterk op de voorgrond getreden.[41] Het was vooral in deze tijd dat we overheidsoptreden hebben leren ervaren als iets *waarop we recht hebben.*

(b) De constitutionele verandering: de proliferatie van constitutionele rechten

Niet alleen heeft gedurende de jaren zestig en zeventig een proliferatie van 'rights-talk' plaatsgevonden, maar ook de *hoeveelheid* constitutionele rechten is enorm gegroeid. Hoe worden nu constitutionele rechten tot stand gebracht? Men zou op alle vier van de hier genoemde terreinen waarop 'rights-talk' plaatsvindt een toename kunnen onderkennen, maar zorgwekkend om hierna nog te specificeren redenen is de proliferatie van de *constitutionele* rechten.

Maar laten we eerst eens kijken naar het morele niveau (derde categorie). Men kan zich voorstellen dat iemand niet meer spreekt in termen van 'ik wil graag dat jij....', maar dat hij elk verzoek, elke wens, elke aansporing presenteert in de vorm van 'rights-talk': 'Ik heb er recht op dat je mij zakgeld geeft; ik heb er recht op dat je met mij gaat tennissen; ik heb er recht op dat je mij van het station afhaalt'. Een dergelijk persoon zou de lachtlust of irritatie van zijn medemensen opwekken, maar verder is er niet veel aan de hand. Wanneer we het over proliferatie van 'rights-talk' hebben bedoelen we echter meestal de proliferatie op de niveau's *een* en *twee.* Op het gewone niveau van de juridische rechten is dat een toenemende juridificering van de samenleving. In zekere zin heeft men dat in de Verenigde Staten. Dat leidt dan tot die gigantische schadeclaims die worden ingesteld *en ook nog worden gehonoreerd* door de rechter.

Wanneer we het hier echter over proliferatie van 'rights-talk' hebben bedoelen we de vermenigvuldiging door de wetgever[42] van wat men zou kunnen noemen 'hoger recht': constitutionele rechten (en mensenrechten voorzover die laatste een juridische verankering hebben gekregen in constituties en verdragen en daarmee dus ook constitutionele rechten zijn geworden).

Ten aanzien van constitutionele rechten heeft na de Tweede Wereldoorlog een enorme proliferatie plaatsgevonden. De Universele Verklaring van de Rechten van de Mens die door de Verenigde Naties in 1948 werd tot stand gebracht beperkte zich niet tot de klassieke vrijheidsrechten, maar bevatte ook tien artikelen met rechten van een geheel andere aard. Art. 22 geeft aan dat een ieder als lid van de gemeenschap recht heeft op maatschappelijke zekerheid en er aanspraak op kan maken, dat door middel van nationale inspanning en internationale samenwerking, en in overeenstemming met de organisatie en de hulpbronnen van de betreffende staat, de economische, sociale en culturele rechten, die onmisbaar zijn voor de waardigheid en voor de vrije ontplooiing van zijn persoonlijkheid, verwezenlijkt worden. Art. 23 geeft aan dat ieder recht heeft op arbeid, op vrije keuze van beroep, op rechtvaardige en gunstige arbeidsvoorwaarden en op bescherming tegen werkloosheid. In datzelfde artikel wordt ook in lid 3 bepaald dat een ieder, die arbeid verricht, recht heeft op een rechtvaardige en gunstige beloning, welke hem en zijn gezin een menswaardig bestaan verzekert, welke beloning zo nodig met andere middelen van sociale bescherming zal worden aangevuld. In art. 24 wordt gesproken van een recht op rust en op vrije tijd, met inbegrip van een redelijke beperking van de arbeidstijd, en op periodieke vakanties met behoud van loon, terwijl art. 25 bepaalt dat ieder recht heeft op een levensstandaard, die hoog genoeg is voor de gezondheid en het welzijn van zichzelf en zijn gezin, waaronder begrepen voeding, kleding, huisvesting en geneeskundige verzorging en de noodzakelijke sociale diensten, alsmede het recht op voorziening in geval van werkloosheid, ziekte of invaliditeit, overlijden van de echtgenoot, ouderdom of een ander gemis aan bestaansmiddelen, onstaan ten gevolge van omstandigheden onafhankelijk van zijn wil. In lid 2 van hetzelfde artikel

41 Almond, 'Rights', p. 259.

42 Ik beperk mij dus tot proliferatie *door de wetgever.* Men kan echter ook langs interpretatieve weg een proliferatie van rechten bewerkstelligen. Met name in de Amerikaanse constitutionele theorie is hierover veel geschreven. Vgl. Rehnquist, William H., 'The Notion of a Living Constitution', in: *Texas Law Review,* 54 (1976), pp. 693-706; Bork, Robert H., *The Tempting of America,* The Political Seduction of the Law, Sinclair-Stevenson, London 1990; Kay, Richard, 'Adherence ot the Original Intentions in Constitutioal Adjudication: Three Objections and Responses', in: *Northwestern University Law Review,* 82 (1988), pp. 226-292.

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

wordt daaraan nog toegevoegd dat moeder en kind recht hebben op bijzondere zorg en bijstand. Art. 27 tenslotte stelt dat een ieder recht heeft om vrijelijk deel te nemen aan het culturele leven van de gemeenschap, om te genieten van kunst en om deel te hebben aan wetenschappelijke vooruitgang en de vruchten daarvan.

De eerste twintig artikelen kwamen bekend te staan als de politieke en burgerlijke rechten, de daarop volgende rechten als economische en sociale rechten. Zo is men gaan onderscheiden tussen een eerste generatie en een tweede generatie mensenrechten. In de jaren tachtig is ook nog een pleidooi gehouden voor een derde generatie mensenrechten. De auctor intellectualis hiervan is de volkenrechtsgeleerde K. Vasak.[43]

6.3 De derde generatie rechten van Karel Vasak

Vasak introduceerde in 1977 (later uitgewerkt in 1984) het concept van een derde generatie mensenrechten die hij aanduidde als solidariteitsrechten. Het idee van solidariteitsrechten was weliswaar niet nieuw, maar Vasak was wel de eerste die probeerde het een conceptuele plaats te geven in de traditionele katalogus van internationaal gewaarborgde mensenrechten. Als uitgangspunt hanteerde Vasak het idee dat men drie soorten revoluties zou kunnen onderscheiden.

De *eerste* revolutie is de Franse Revolutie. Hoewel het motto van de Franse Revolutie 'Vrijheid, Gelijkheid en Broederschap' luidde, kwam eigenlijk alleen van het eerste iets terecht. De Franse Revolutie introduceerde alleen de vrijheidsrechten, datgene wat we tegenwoordig burgerlijke en politieke rechten noemen.

Pas door de Russische Revolutie, de *tweede* revolutie, kwam een andere categorie rechten in het vizier: de gelijkheidsrechten, rechten die we tegenwoordig aanduiden als de economische, sociale en culturele rechten.

Aan deze eerste twee generaties mensenrechten zou nu een *derde* moeten worden toegevoegd. De derde categorie rechten zijn de rechten van deze tijd. Deze derde categorie rechten, de solidariteitsrechten, hangen samen met de emancipatie van de gekoloniseerde wereld en van de onderdrukte volkeren. Aangezien de eerste twee generaties van mensenrechten al een codificatie hebben gekregen in de conventies van de VN uit 1966 ontwierp Vasak een model voor een derde VN-verdrag waarin de solidariteitsrechten nader werden omschreven. Daarbij zou het gaan om het recht op vrede, het recht op ontwikkeling, het recht op een gezonde leefomgeving en het recht om mee te delen in de gemeenschappelijke erfenis van de mensheid. Ook het recht op communicatie en het recht op humanitaire assistentie rekende hij tot deze derde generatie van mensenrechten.

In de literatuur is een principiële strijd ontbrand over de merites van de verschillende categorieën mensenrechten. De scherpste kritici van de economische en sociale rechten, de tweede generatie rechten, zijn de politiek filosoof Maurice Cranston[44] en de filosoof en econoom Hayek.[45] De discussie over de derde generatie mensenrechten wordt nog steeds gevoerd. Zo is het standpunt van Vasak

43 Vgl. Vasak, K., 'A 30-Year Struggle: The Sustained Effort to Give Force of Law to the Universal Declara-tion of Human Rights', in: *UNESCO Courier,* november 1977 en Vasak, K., 'Pour une troisième génération des droits de l'homme', in: C. Swinarski, ed., *Etudes et Essais sur le droit internationale humanitaire et sur les principes de la Croix-Rouge en l'honneur de Jean Pictet,* Martinus Nijhoff, Dordrecht 1984, p. 837 e.v.

44 Cranston, M., 'Human Rights, Real and Supposed', in: *Political Theory and the Rights of Man,* ed. D.D. Raphael, Macmillan, London, 1967, 43-54. Vgl. verder: Flew, Anthony, 'Freedom is Slavery', in: A. Phillips Griffiths, ed., *Of Liberty,* Royal Institutute of Philosophy Lecture Series, Cambridge, 1983.

45 Hayek, F.A., 'Justice and Individual Rights', in: F.A. Hayek, *Law, Legislation and Liberty,* Routledge and Kegan Paul, London etc., 1982, pp. 101-106.

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

bekritiseerd door P.H. Kooijmans, P. Alston, J. Donnely en anderen.[46] Voordat we echter op de kritiek op de proliferatie van mensenrechten ingaan, eerst nog enkele opmerkingen over de achtergrond van het verheffen van rechten tot de mensenrechtenstatus.

Hoe wordt een recht tot constitutioneel recht gepromoveerd? Wanneer maakt een 'huis-tuin-en-keuken-recht' carrière? Dat zal het geval zijn wanneer een ander recht, een natuurlijk recht, een moreel recht of een gewoon recht door de constitutionele wetgever (dat is de gewone wetgever die met een gekwalificeerde meerderheid bijeen komt; in Nederland een meerderheid van twee-derde) tot constitutioneel recht wordt gepromoveerd. Het natuurrecht of de mensenrechtentraditie (de vierde categorie rechten) is van oudsher een belangrijke leverancier gebleken van suggesties voor constitutionele rechten. Zo is het beginsel dat wetten niet met terugwerkende kracht mogen gelden ook altijd door natuurrechtsleraren als een belangrijk principe naar voren geschoven. Men kan zich echter ook voorstellen dat een gewoon recht (een recht van de eerste categorie) carrière maakt. Dat is over het algemeen gebeurd met de sociale grondrechten. In de Universele Verklaring van de Rechten van de Mens vinden we in art. 24 een recht op vrije tijd en vakantie. Het artikel luidt als volgt: 'Een ieder heeft recht op rust en op eigen vrije tijd, met inbegrip van een redelijke beperking van de arbeidstijd, en op periodieke vakanties met behoud van loon'. Het gaat hier om een 'gewoon recht' dat op een bepaald moment naar de constitutionele status is gepromoveerd. In beginsel *kan* men natuurlijk alles tot constitutioneel recht proclameren. Om het op de nationale grondwet te betrekken: elk belang dat door twee derde van de volksvertegenwoordiging belangrijk genoeg wordt geacht kan de constitutionele status verwerven.[47] Of het *verstandig* is om daartoe over te gaan, is een andere vraag. Mijn vermoeden is dat het over het algemeen verkeerd is gegaan toen de mensenrechtentraditie zich is gaan oriënteren op de gewone rechten en morele rechten om die vervolgens tot grondrechten te promoveren en dat men op het juiste pad was zolang men zich oriënteerde op de natuurlijke rechten (de vierde categorie). Maar hoe men daar ook over moge denken, het is in ieder geval voor de status van constitutionele rechten onontbeerlijk dat deze lijst *beperkt* wordt gehouden. Proliferatie van hoger recht is op de lange duur fnuikend voor de traditie van het denken in hoger recht. Dat kan duidelijk worden gemaakt aan de hand van het bespreken van enkele bezwaren tegen de proliferatie van 'rights-talk' en van constitutionele rechten.

6.4 Bezwaren tegen de tweede en tegen de derde generatie rechten

Zoals gezegd, een scherp kriticus van de *tweede generatie* rechten, de sociale en economische rechten, is de politiek filosoof Maurice Cranston. Hij schrijft: 'Some politicians (...) have a vested interest in keeping talk about human rights as meaningless as possible'.[48] Cranston is fel gekant tegen het

46 Kooijmans, P.H., 'Human Rights – Universal Panacea?', in: *Netherlands International Law Review,* 37 (1990), pp. 315-329; Alston, Philip, 'A Third Generation of Solidarity Rights: Progressive Development or Obfuscation of International Human Rights Law?', in: *Netherlands International Law Review,* 29 (1982), pp. 307-322; idem, 'Conjuring up New Human Rights: A Proposal for Quality Control', in: *The American Journal of International Law,* 78 (1984), pp. 607-621; Donnely, J., 'Human Rights, Individual Rights, Collective Rights', in: J. Berting et al., eds., *Human Rights in a Pluralist World,* 1990; Marks, Stephen P., 'Emerging Human Rights: A New Generation for the 1980's?', in: *Rutgers Law Review,* 33 (1981), pp. 435-452.

47 De procedure is overigens iets ingewikkelder. Vgl. daarvoor art. 137 Gw.

48 Cranston, 'Human Rights, Real and Supposed', p. 43.

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

verheffen van de politieke en economische rechten tot de mensenrechtenstatus. Hij voert daarvoor drie redenen aan.

(1) Een van zijn argumenten daarvoor is 'that it would be totally impossible to translate them in the same way into positive rights by analogous political and legal action'.[49]

(2) Verder is hij van mening dat sociale en economische rechten nooit tot mensenrechten kunnen worden geproclameerd omdat het deze rechten ontbreekt aan universele status, hetgeen kenmerkend is voor mensenrechten. De test voor een waar mensenrecht, aldus Cranston, is 'that it shall be a genuinely universal moral right'. En dat is een test die het recht op vakantie met behoud van loon, zoals neergelegd in art. 24 van de Unviversele Verklaring van de Rechten van de Mens, niet kan doorstaan. Dit is immers een recht dat alleen geldt voor diegenen die al in dienstbetrekking staan. Om maar iets te noemen.

(3) Tenslotte is kenmerkend voor een mensenrecht dat het gaat om een universeel moreel recht van 'paramount importance' en daaraan voldoen een aantal van de beleidsdoelstellingen uit de lijst van sociale en economische rechten niet. 'A human right is something of which no one may be deprived without a grave affront to justice'.[50] Er zijn bepaalde daden die nooit mogen worden verricht, bepaalde vrijheden die nooit mogen worden geschonden, bepaalde goederen die absoluut heilig zijn. Die test kan vacantie met behoud van loon niet doorstaan. 'Thus the effect of a Universal Declaration which is overloaded with affirmations of so-called human rights which are not human rights at all is to push *all* talk of human rights out of the clear realm of the morally compelling into the twilight world of utopian aspiration'.[51] In hoofdstuk zeven zal deze kritiek speciaal op sociale en economische rechten verder worden uitgewerkt. Het gaat ons hier echter om het mechanisme van de proliferatie als zodanig.

De bezwaren tegen de *derde generatie* van mensenrechten hangen ten dele samen met de bewaren tegen de tweede generatie, maar hebben toch ook een eigen argumentatief gewicht.

(i) Een van de punten die telkens weer tegen de derde generatie rechten worden ingebracht, is dat de voorgaande generaties rechten aan individuen toekennen, terwijl dat met de derde generatie niet het geval is. Volgens Kooijmans is dat individualisme echter intrinsiek verbonden met de mensenrechtenidee.[52] In groepsrechten ziet Kooijmans niet zo veel. De groep moet duidelijk te identificeren zijn in onderscheiding van de staat tegen welke de claim wordt geldend gemaakt en het is juist op dit punt dat Kooijmans grote moeite heeft met het concept van de derde generatie rechten.

(ii) Een tweede bezwaar dat Kooijmans inbrengt tegen de derde generatie rechten is dat zij een gevaar vormen voor de eerste generatie. 'The continual introduction of new categories of human rights unavoidably has the effect of excusing the non-observance of earlier categories. It diverts attention from today's human rights problems, by shifting attention to tomorrow's solution. In the final analysis, this is to the detriment of those who in both the first and last place should be the focus of the human rights debate: individual human beings'.[53]

49 Cranston, o.c., p. 47.
50 Cranston, o.c., p. 52.
51 Cranston, o.c., p. 52.
52 Kooijmans, 'Human Rights – Universal Panacea?', p. 323.
53 Kooijmans, o.c., p. 329.

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

6.6 Drie problemen met de proliferatie van constitutionele rechten

Aan de bezwaren van Cranston, Kooijmans en anderen zou men overigens ook andere bezwaren kunnen toevoegen. Interessant is daarbij dat het niet alleen juristen en rechtsfilosofen zijn die de proliferatie van 'rights-talk' hebben bekritiseerd. Zo wijzen sociologen en cultuurfilosofen op de diepere culturele grondslag van 'rights-talk'.

Bekend is het boek van de Amerikaanse socioloog Christopher Lasch, *The Culture of Narcissism,* een thema waarop in neo-conservatieve literatuur veelvuldig is voortgeborduurd.[54] Zo kritiseert de conservatief Edward R. Norman het idee dat het leven ons een soort van belofte van persoonlijke vervulling verplicht is. Hij ziet dat als een misvatting die hij in verband brengt met de idee 'that we have a wide range of "rights" so sacred that we are justified in developing or enjoying them without regard to their effect on others'.[55] Weliswaar wordt hier niet ontkend dat mensen een aantal rechten kunnen hebben, maar tevens wordt gewaarschuwd tegen de schaduwzijden die kleven aan een dergelijke manier van denken. Het aannemen van enkele rechten kan gemakkelijk leiden tot een kettingreactie, meer en meer rechten. Mensenrechten als de doos van Pandora. 'Each child is taught to think that his own satisfaction is his birth-right, that life owes him happiness, good health, uncomplicated family and personal relationships, an enjoyment of whatever pleasures appear to his mind or senses'.[56]

Voor een deel kan die sociologische of cultuurfilosofische kritiek worden onderschreven, maar dat is toch niet de invalshoek waaronder we het hier zullen benaderen. Wij beperken ons tot vraag wat de proliferatie van 'rights-talk' betekent *voor het constitutionele recht.* Enkele bezwaren tegen de proliferatie van constitutionele rechten hebben we al gehoord. Wat echter nog onbevredigend is in de kritiek van Kooijmans, Alston, Cranston en anderen die hebben gewaarschuwd voor de proliferatie van constitutionele rechten, is dat hun kritiek op die proliferatie niet radicaal genoeg is. Zij wijzen op schaduwzijden en problemen die kleven aan de vermenigvuldiging van rechten. Men kan het echter krachtiger uitdrukken: de mensenrechtenidee *kan* eenvoudig niet voortbestaan, wanneer we op deze voet doorgaan. Als we de proliferatie van constitutionele rechten niet op de een of andere manier een halt weten toe te roepen heeft de mensenrechtenidee geen overlevingskansen voor het volgende millennium.[57]

We zullen proberen dat duidelijk te maken door het bespreken van drie problemen met de proliferatie van constitutionele rechten en dan laten zien dat als we die problemen niet de baas kunnen worden dit moet leiden tot ondergang van de constitutionele idee. Het gaat om: (1) botsing van rechten; (2) inflatie van rechten; (3) een onaanvaardbare vergroting van het democratisch tekort.[58]

54 Vgl. Lasch, Christopher, *The Culture of Narcissism,* Warner Books New York, 1979.

55 Norman, Edward R., 'Freedom in an Age of Selfishness', in: *The Intercollegiate Review,* A Journal of Scholarship and Opinion, 28 (1993), pp. 3-7, hier p. 3.

56 Norman, o.c., p. 5.

57 Vgl. tevens: Cliteur, P.B., 'Drie modellen van constitutioneel denken', in: *Tijdschrift voor bestuurswetenschappen en publiekrecht,* 49st jg., nr. 9, september 1994, pp. 571-579.

58 Vgl. voor bezwaren tegen de proliferatie van rechten ook het provocerende artikel van Korzec, Michel, 'Onzin op stelten', in: *Intermediair,* 10 december 1993, pp. 51-55. Op het eerste gezicht valt enige overeenkomst te onderkennen tussen wat hier betoogd wordt en het artikel van Korzec. Er zijn echter substantiële verschillen. Korzec lijkt de gehele mensenrechtentraditie te verwerpen, niet alleen het onverantwoorde gebruik van mensenrechten. Korzec lijkt bovendien van mening dat wanneer democratie maar gewaarborgd is het vanzelf wel goed komt met de mensenrechten. Dat is echter veel te optimistisch. Het voornaamste verschil is overigens dat wij de traditie van mensenrechten willen beschermen tegen een onverantwoord gebruik ervan, terwijl Korzec zich helemaal geen verantwoord gebruik lijkt te kunnen voorstellen. Vgl. verder: Doorn, J.A.A. van, 'Wildgroei en woekering. De "gevaarlijke" uitbreiding van de mensenrechten', in: *HP/De Tijd,* 23 december 1994, pp. 14-19.

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

6.7 Het eerste probleem: proliferatie van hoger recht leidt tot botsing van rechten

Onze eerste stelling is dat een ongebreidelde proliferatie van rechten onvermijdelijk zal leiden tot botsing van rechten.[59] Dat probleem doet zich al voor bij de tweede generatie van rechten, maar het zou helemaal enorme proporties aannemen wanneer ook een derde generatie van rechten zou worden erkend.

Allereerst moeten we daarvoor kijken naar het specifieke vocabulaire waarin aanhangers van 'rights-talk' bepaalde eisen formuleren. Het vocabulaire waarin de eisen aan de altijd expanderende staat gesteld zijn was niet het vocabulaire 'dat het op utilistische gronden wenselijk zou zijn dat...', maar 'dat men een *recht* heeft op': eerst recht op vrijheid van geweten, levensovertuiging, vereniging en vergadering, maar allengs op een schoon milieu, werk, vrije tijd, bestaanszekerheid en vakantie met behoud van loon. Eigenlijk heeft men *recht* op datgene wat het utilisme voor ogen stond: een recht op geluk! Is dat eenmaal vastgesteld, dan is de logica verder duidelijk: de overheid dient alles in het werk te stellen om dat geluk te realiseren. Om dat te doen *moet* zij wel interveniëren in de persoonlijke levenssfeer van mensen. Het waarborgen van een recht op uitkering *moet* wel in botsing komen met privacy, tenminste wanneer men ervan uitgaat dat de overheid ook enige controle moet uitoefenen op de wijze waarop de daarvoor ter beschikking gestelde gelden aan de daarvoor bestemde categorieën burgers ten goede komen.[60] Men kan dat mitigeren door sommige vormen van inmenging als legitiem en onvermijdelijk, andere als illegitiem te kwalificeren, maar hoe men het ook wendt of keert, elke vorm van controle zal door de betrokkenen als een inmenging in de persoonlijke levenssfeer worden ervaren.

Waar het ons aan ontbreekt, is een afweging en prioritering van rechten. We moeten ons ook opnieuw bezinnen op de vraag naar de status van de verschillende categorieën grondrechten en ons realiseren dat we wellicht niet alles kunnen hebben.

De eerste bedenking tegen 'rights-talk' zou dus kunnen zijn dat een ongebreidelde proliferatie daarvan vanzelf moet leiden tot een botsing tussen de verschillende rechten. In die botsing tussen verschillende rechten zullen we dan toch weer moeten gaan kiezen wil niet het ene recht het andere opheffen. Het saillante daarvan is dat we dan toch weer teruggeworpen worden op een utilistische calculus die de aanhangers van 'rights-talk' nu juist willen vermijden. We moeten ons dan weer gaan afvragen: welk fundamenteel recht geeft de gemeenschap als geheel zo'n groot welbevinden dat het voorrang moet worden verleend boven een ander recht?

6.8 Het tweede probleem: proliferatie van hoger recht leidt tot inflatie van hoger recht

Een tweede bezwaar tegen een ongebreidelde proliferatie van 'rights-talk' is zeker zo ernstig, namelijk dat het zal leiden tot een rechteninflatie en uiteindelijk tot het verdwijnen van de constitutionele idee als zodanig.

59 Vgl. over dit onderwerp: Hoeven, J. van der, 'Botsing van grondrechten' (1983), in: *Staatsrecht en bestuursrecht,* Opstellen van Mr. J. van der Hoeven, W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle 1984, pp. 109-135.

60 Er zijn maar weinig mensen die bereid zijn dit onder ogen te zien. Het dilemma wordt over het algemeen weggepoetst door bepaalde vormen van controle als legitiem en *dus* niet in strijd met privacy te definiëren. Een uitzondering vormt Van der Zwan die het probleem heel scherp stelt: 'Wie bijstand aanvraagt, kàn zich niet beroepen op privacy. Je doet een beroep op de maatschappij omdat je niet in je eigen onderhoud kunt voorzien. Dan mag die maatschappij dat ook controleren'. Interview met Van der Zwan in NRC Handelsblad, 14 september 1993, p. 3.

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

Onder de *constitutionele idee* kan men dan verstaan: het streven om het gewone politieke proces van alledag onder de heerschappij van fundamenteel recht te brengen. Het gewone recht als product van de normale politiek wordt beheerst door hoger recht in de vorm van grondrechten als resultaat van constitutionele politiek.[61] Het is een mooi ideaal, maar het is een ideaal dat alleen maar kan slagen wanneer de hoeveelheid hoger recht *beperkt is.* Dat valt met een vergelijking te illustreren.

6.9 Excursie: de vormen van menselijke bloei van Finnis

Sommige dingen verliezen hun waarde niet wanneer er een overvloed aan is. Liefde, vrede, welwillendheid, beleefdheid, vriendschap en genegenheid zijn daar voorbeelden van. Wijsgeren hebben geprobeerd enige ordening in de goede dingen van het leven aan te brengen, waarbij in het bijzonder de poging van de hedendaagse natuurrechtfilosoof John Finnis indruk heeft gemaakt op de rechtsfilosofische gemeenschap. Finnis reduceert deze veelheid tot enkele 'goods'. Hij spreekt van 'human goods' en 'forms of human flourishing', maar ook wel de 'basic values of human existence'. De mens komt het meeste tot zijn recht, komt tot 'bloei', wanneer die 'human goods' worden gerespecteerd. Het zijn er zeven: (1) *Kennis;* (2) *Leven;* (3) *Spel;* (4) *Esthetische ervaring;* (5) *Sociale vaardigheden en vriendschap;* (6) *Praktische redelijkheid;*[62] (7) *Religie,* een woord dat hij hanteert in een ruime zin.[63]

Het gaat hierbij om dingen of waarden die goed zijn *in zichzelf* en niet om dingen die goed zijn omdat zij instrumenteel kunnen worden ingezet ter realisering van iets anders (was dat het geval dan zou dat andere in het lijstje moeten worden opgenomen). Het gaat bovendien om zaken die *absoluut* goed zijn.

Wij zullen ons hier niet bezighouden de vraag of de lijst van Finnis goed getroffen is. Het ligt voor de hand dat daar een lange filosofische discussie over te voeren zou zijn. Het gaat slechts om de vaststelling dat we ons kunnen voorstellen dat een dergelijke lijst wordt opgesteld: een opsomming van een aantal basiswaarden, waarvan de andere waarden een afgeleide zijn. Het gaat mij, met andere woorden, om het onderscheid tussen dingen die absoluut goed zijn, ongeacht de hoeveelheid beschikbare entiteiten van die soort, en dingen of goederen waarvoor dat niet geldt.

De lijst van Finnis geeft gemakkelijk aanleiding tot misverstand. Hij zegt *niet* dat er geen gebruik van kennis gemaakt kan worden op een manier die verwerpelijk is; hij zegt *niet* dat overbevolking nooit een probleem kan worden op deze aarde; hij zegt *niet* dat spel geen animositeit tussen mensen kan stimuleren; ook niet dat religie geen uitwassen kan kennen die fnuikend zijn. Het gaat hem om de goederen zelf: leven is in zichzelf goed; kennis ook; evenals esthetische ervaring.

Nu gaat het niet om de vraag of Finnis met deze lijst een niet verder aan te vechten catalogus van vormen van 'menselijke groei en bloei' heeft gegeven. We zullen waarschijnlijk allemaal wel geneigd zijn toevoegingen te maken of bepaalde zaken uit zijn lijst te elimineren.[64] Waar hier slechts aandacht

61 Vgl. voor dit begrippenpaar: Ackerman, Bruce, *We the People,* 1, Foundations, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, London, England, 1991. Een uitwerking daarvan in: Cliteur, P.B., 'Traditionalism, Democracy, and Judicial Review', in: Roermund, B. van, ed., *Constitutional Review,* Kluwer/ W.E.J. Tjeenk Willink, Deventer/Boston en Zwolle, 1993, pp. 55-77.

62 Dat wil zeggen het vermogen om onze intelligentie effectief aan te wenden bij onze handelingen en levensstijl, evenals bij het vormen ons karakter.

63 Finnis, John, *Natural Law and Natural Rights,* Clarendon Press, Oxford, 1980, pp. 85-97.

64 Finnis is een katholiek en dat valt uit zijn lijst met goede dingen te merken. Er zijn ook humanistische lijsten van 'standards of excellence'. Vgl. daarvoor: Kurtz, Paul, *Forbidden Fruit,* The Ethics of Humanism, Prometheus Books, Buffalo, New York 1988, pp. 97-129; Taylor, Richard, *Ethics, Faith, and Reason,* Prentice-Hall, Inc., Englewood Cliffs, New Jersey 1985; Taylor, Richard, *Reflective Wisdom,* Prometheus Books, Buffalo, New York 1989.

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

voor wordt gevraagd, is voor het onderscheid tussen goederen die wél en goederen die niet 'inflatiegevoelig' zijn.

Ter bepaling van de gedachten is het wellicht goed ook een paar zaken te noemen waarvoor *niet* geldt dat zij absoluut goed zijn; goederen dus die wel inflatiegevoelig zijn. Sommige zaken zijn namelijk niets meer waard wanneer er een overvloed aan is: koninklijke onderscheidingen, sportbekers, prestigieuze auto's en adel. Voor deze goederen geldt de wet van de afnemende meeropbrengst. Hoewel filosofen in het westen al tweeduizend jaar bezig zijn met het inventariseren van de eerste categorie is ook de tweede categorie interessant. In het kader van die contrastwerking is het ook interessant niet alleen te onderzoeken welke goede dingen goed zijn in zichzelf, maar ook welke goede dingen alleen maar relatief goed zijn. Nu gaat het niet om de afzonderlijke elementen van dit lijstje. Het gaat ons wederom alleen om de vraag of voorstelbaar is dat er goederen bestaan die alleen maar waarde hebben in het geval van een zekere schaarste. Alle verdere problemen met de twee lijstjes kunnen we laten voor wat ze zijn. Zo kan men bijvoorbeeld niet stellen dat alle gevallen heel duidelijk in de eerste of in de tweede categorie kunnen worden ingedeeld. Vele goederen zullen twijfelgevallen zijn. Voor een prestigieuze auto geldt dat deze minder duidelijk tot de tweede categorie behoort dan een medaille. Bovendien speelt in de appreciatie ook de persoonlijke instelling een rol. Hoe het ook zij, het onderscheid tussen de twee categorieën goederen is duidelijk. Een esthetische ervaring is niet minder indrukwekkend, wanneer *iedereen* kan genieten van de glimlach van Mona Lisa, maar een trots op de borst gespelde onderscheiding wordt wel heel wat minder aantrekkelijk wanneer de buurman daar ook mee loopt. Het leven wordt niet minder waardevol, omdat ook andere mensen leven, maar het zijn van winnaar van een tournooi zou betekenisloos zijn wanneer *iedereen* zich winnaar kan noemen (in Lewis Carroll's *Alice in Wonderland* wordt een wedstrijd gehouden waarbij iedereen als winnaar wordt uitgeroepen.[65] Alice is hierdoor, zoals men kan verwachten, 'very puzzled').

Wat voor 'winnaar' geldt, geldt ook voor 'adel'. Een ongebreidelde proliferatie van adellijke titels (Woelrat in de adelstand, zoals Gerard Reve in zijn fantasiegesprek met de koningin als wens te kennen geeft)[66] maakt de titel waardeloos. De 'echte adel' zal zich daarom altijd op het standpunt stellen dat het verheffen van iemand in de adelstand alleen onderscheidende waarde heeft, wanneer niet *iedereen* daarin verheven wordt. Wanneer iedereen een prins en prinses, een hertog en een graaf wordt, *bestaan* er geen prinsen en prinsessen meer. Het paradoxale is dus dat een ongebreidelde proliferatie van adel niet leidt tot *meer* adel, maar tot een *verdwijnen* van adel.[67]

65 Vgl. *The Complete Works of Lewis Carroll,* with an introduction by Alexander Woolcott and illustrations by John Tenniel, Vintage Books, New York, 1976, p. 38: *'Everybody* has won, and *all* must have prizes'.

66 Reve, Gerard, *De taal der liefde/ Lieve jongens,* Elsevier Manteau, Amsterdam/ Brussel 1980, p. 145: 'Majesteit, ik taal noch naar roem, noch naar eerbewijzen, noch naar geschenken of tijdelijke goederen. Ik ben al te oud en te ziek. Maar zo Uwe Majesteit het mij vraagt, zo zij het mij ook vergund uit te spreken wat mij nog, na Godes genade en de Troost van Zijn Geest, lief zou zijn: de verheffing, zo het Uwer genadigster Majesteit zou mogen behagen, van deze *Woelrat* in de adelstand'.

67 Het onderwerp is overigens ook in Nederland even aktueel geweest. Van Thijn – een sociaal-democraat die blijkens zijn dagboek met adel niet veel op heeft – schrijft op 12 april 1994 over de Wet op de Adeldom die in de Kamer werd behandeld: 'De Tweede Kamer had de euvele moed gehad een amendement-Van den Burg aan te nemen waarin 'natuurlijke' en adoptiekinderen worden gelijkgesteld aan echte nazaten. Mede op grond van enkele doorwrochte beschouwingen in het *Nederlands Juristenblad,* vreest men nu een explosieve groei van de adeldom in Nederland'. Vgl. Thijn, Ed van, *Retour Den Haag,* Van Gennep, Amsterdam 1994, p. 199.

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

6.10 Excursie (vervolg): tot welke categorie goederen behoren de constitutionele rechten?

Terug nu naar ons onderwerp: constitutionele rechten en dan met name de tweede generatie constitutionele rechten. Hoe moeten we constitutionele rechten categoriseren? Behoren zij tot de eerste categorie, de 'forms of human flourishing' van Finnis? Of tot de tweede categorie, de goederen die ontwaarden bij een overvloed, zoals de adel? Dat is de cruciale vraag die we moeten beantwoorden. Op het eerste gezicht lijken constitutionele rechten tot de eerste categorie te behoren. Het gaat tenslotte om zeer fundamentele waarden, 'ultimate commitments' in constitutioneel opzicht, rechten die onze privésfeer beschermen, rechten die nauw samenhangen met de waardigheid van de mens. Hoe kan men ooit van zoiets te veel hebben? Denken we daar echter even langer over na dan is duidelijk dat wij ons hiermee vergissen: constitutionele rechten zijn inflatiegevoelig.

We hebben waarschijnlijk de neiging dit te miskennen, omdat de waarden die constitutionele rechten beogen te beschermen doorgaans intrinsiek beschermingswaardige belangen vertegenwoordigen. Vandaar dat de verleiding groot is te denken dat we van die *rechten* niet genoeg kunnen creëren. We hebben de neiging om constitutionele rechten te beschouwen als een oneindige zee te verkrijgen materiaal, waarvan we nu een klein deel hebben, maar waarvan we steeds nieuwe vormen kunnen onderkennen en vervolgens veroveren. Eerst was er de Magna Charta die maakte alleen de standen tegenover de vorst vrij. Toen kwam er de Franse Déclaration en die gaf de gezeten burgers politieke rechten. Toen kwam Marx en die zag dat de politieke rechten met de sociale rechten zouden moeten worden aangevuld, zoals geschiedde dank zij de vasthoudendheid van zijn volgelingen in de Soviet-Unie tijdens de onderhandelingen voorafgaande aan de mensenrechtenverklaringen van na de oorlog. En sinds enkele jaren rijpt nu het inzicht dat de klassieke en sociale rechten nog moeten worden aangevuld met een derde generatie mensenrechten: de solidariteitsrechten.

De zon gaat steeds meer schijnen, zo lijkt het; we worden steeds vrijer, steeds beter beschermd in onze constitutionele rechten. Vasak blijkt eigenlijk een aanhanger te zijn van een ongebreideld juridisch vooruitgangsgeloof. Zoals Vasco da Gama de zeeën bevoer en steeds nieuw land vond en in bezit nam, zo vinden we steeds nieuwe constitutionele rechten. Telkens wanneer we het schone goed hebben onderkend, prijzen we het, leggen het vast in een geschreven tekst en laten het afdwingen door de rechter. Maar wat we ons niet realiseren, is dat het ten koste gaat van iets. Net als Vasco da Gama's occupaties iets hebben gekost voor andere mensen (de inheemse bevolking was niet zo blij met zijn komst) en het verheffen van 'deze Woelrat in de adelstand' iets kost (een degradatie van de titel), creëren wij met het verheffen van rechten in de constitutionele stand bepaalde problemen. Het verheffen van het ene recht, betekent een degradatie van het andere recht. Waar leidt dit toe?

Het lijkt mij onontkoombaar dat we erkennen dat het welslagen van de constitutionele idee (het streven het gewone recht van alledag te onderwerpen aan het fundamentele recht) staat en valt met de mate waarin we erin slagen de proliferatie aan constitutionele rechten een halt toe te roepen. De constitutionele rechten zijn uit de aard der zaak een beperkte categorie.

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

6.11 Het derde probleem: proliferatie van hoger recht leidt tot een vergroting van het democratisch deficiet

Een derde bezwaar dat men tegen de proliferatie van hoger recht zou kunnen aanvoeren is dat men zich zelden realiseert dat het proclameren van een bepaald mensenrecht iets 'kost' op het terrein van een andere fundamentele aspiratie van de westerse staatkundige ontwikkeling: democratie.[68] Een van de grieven tegen mensenrechten en het daarmee verbonden idee van het rechterlijke toetsingsrecht, een punt dat al bij een van haar eerste critici naar voren kwam, is dat deze een ondermijning vormen van de democratie.[69] Wat is namelijk de kern van de traditie van het denken over hoger recht? Dat is dat bepaalde zaken worden uitgezonderd van het normale politieke proces.[70] Bepaalde waarden en beginselen worden van zo'n fundamentele betekenis geacht dat we zeggen: ze mogen nooit geschonden worden, ook niet door de wetgever, zelfs niet door de *democratisch gecontroleerde* wetgever. Vrijheid van meningsuiting is zó fundamenteel dat wanneer de Nederlandse wetgever een wet zou maken die daarmee in strijd is, de rechter die wet niet zal toepassen wegens strijdigheid met die vrijheid van meningsuiting.

Dat is natuurlijk een inbreuk op democratie, en wel in tweeërlei zin:

– het constitutionele recht kan niet door middel van een gewone democratische besluitvorming worden afgeschaft (daarvoor is immers een gekwalificeerde meerderheid van 2/3 vereist),
– de rechter, een niet democratisch gecontroleerd orgaan, heeft het recht om democratisch gelegitimeerde besluitvorming te negeren ten gunste van hogere belangen.

Vooral in de Amerikaanse literatuur wordt dit *counter-majoritarian* dilemma veelvuldig aan de orde gesteld.[71] Hierbij gaat het dan vaak om de legitimatie van het toetsingsrecht. 'Certainly, the Supreme Court is a somewhat odd institution in a democratic society. A committee of unelected lawyers, the Court possesses the power to nullify the decisions of elected officials, whether the Congress, the president, or a local school board. The Court sets its own rules, decides what it wants to decide, and proudly ignores the public's reaction once it has decided. Not only are its members not selected by the voters, but also, once seated, they hold theirs jobs for life', schrijft Savage.[72] 'In the end, the Constitution means what these nine persons say that it means', aldus een veelgehoorde frase.[73]

In de Amerikaanse constitutionele geschiedenis hebben zich dan ook herhaaldelijk conflicten voorgedaan tussen de uitvoerende en de rechterlijke macht. Robert Jackson schrijft dat toen de president in conflict kwam met het Supreme Court (en dat is verschillende keren gebeurd; onder andere door Jefferson, Jackson, Lincoln en Franklin Roosevelt) was het telkens zo dat de president representatief was voor een krachtige 'popular majority'.[74]

Hier gaat het om een van de grootste dilemma's van het rechterlijk toetsingsrecht, een dilemma waar men maar al te vaak aan voorbij gaat. Men dient het echter scherp onder ogen te zien: 'Judicial power to nullify a law duly passed by the representative process is a restriction upon the power of the majority to govern the country'.[75] Jackson meent overigens wel dat het systeem kan worden ge-

68 Vgl. Cliteur, P.B., 'De doorwerking van grondrechten in de nationale rechtsorde' (samen met Heidi van Belleghem e.a.), in: P.B. Cliteur, A. Deelder, M.R. Rutgers (red.), *Mensenrechten,* Gouda Quint, Arnhem 1992.

69 Aldus: Bergh, G. van den, 'Beschouwingen over het toetsingsrecht', in *Nederlands Juristenblad,* 26 mei 1951, pp. 417-425.

70 Vgl. Waldron, Jeremy, 'A Right-Based Critique of Constitutional Rights', in: *Oxford Journal of Legal Studies,* 13 (1993), pp. 18-51.

71 Interessante beschouwingen over dit onderwerp vindt men bij: Elster, J., en Slagstad, R., eds., *Constitutionalism and Democracy,* Cambridge University Press, Cambridge, New York 1988.

72 Savage, David, *Turning Right,* The Making of the Rehnquist Supreme Court, John Wiley & Sons, Inc., New York etc. 1992, p. 11.

73 Savage, *Turning Right,* p. 12.

74 Jackson, Robert H., *The Supreme Court in the American System of Government,* Harvard University Press, Cambridge 1967, p. 79.

75 Jackson, *The Supreme Court in the American System of Government,* p. 79.

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

rechtvaardigd. Ongeclausuleerde wetgevingsmacht zou het individu uitleveren aan de meerderheid. De makers van de Amerikaanse consitutie kozen daarom terecht voor een *beperkte* wetgevingsmacht. Maar het is eenvoudigweg onverantwoord om deze spanning binnen het bestel te verdoezelen.

Het is ook niet verwonderlijk dat verschillende keren een pleidooi is gevoerd tegen het toetsingsrecht (hetzij om het niet in te voeren, hetzij om het, eenmaal ingevoerd, af te schaffen) als in wezen ondemocratisch. Dat gebeurt bijvoorbeeld door de marxistisch georiënteerde Britse auteur J.A.G. Griffith die zich verschillende keren tegen een vergrote invloed van de rechterlijke macht heeft gekeerd en het daarmee samenhangend pleidooi voor een 'Bill of Rights for Britain'.[76] 'The proposals for a written constitution, for a Bill of Rights, for a House of Lords with greater powers to restrain governmental legislation, for regional assemblies, for a supreme court to monitor all these proposals, are attempts to write laws so as to prevent Her Majesty's Government from exercising powers which hitherto that government has exercised'.[77] Dit komt in feite neer op het verlangen om het recht de politiek te laten vervangen en daar kan geen sprake van zijn, meent Griffith. Het is voor sommigen misschien een harde waarheid, maar het recht kán en mág de politiek niet vervangen. 'They merely pass political decisions out of the hands of politicians and into the hands of judges and other persons', schrijft Griffith over de voorstanders van een Britse mensenrechtenverklaring annex toetsingsrecht.

Niet alleen in Groot-Britannië, maar ook in de Verenigde Staten is op die gronden kritiek op het toetsingsrecht geformuleerd, onder andere door Henry Steele Commager die aan het eind van een tirade schrijft: 'The conclusion is almost inescapable that judicial review has been a drag upon democracy and – what we may conceive to be the same thing – upon good government'.[78]

Is het verbazingwekkend dat in een dergelijk systeem een sterke politisering van de rechterlijke macht heeft plaatsgevonden en tevens een politisering van de benoemingsprocedure voor rechters van het Supreme Court, zou men kunnen vragen? Vooral onder president Reagan zijn de benoemingen sterk gepolitiseerd geraakt.[79] Rond 1986 werd in conservatieve kringen de overtuiging gehoord dat men duidelijke conservatieven zou moeten benoemen. Niet mensen die nog verschillende kanten uit zouden kunnen, want daar had men slechte ervaringen mee. De revolutie die Reagan voor ogen had was gefrustreerd doordat Nixon en Ford 'verkeerde' keuzes hadden gedaan voor het Supreme Court. Van de vier leden van het Hof die door Nixon waren benoemd waren er twee besliste mislukkingen. Eén werd gezien als een minder geslaagde keuze. De eerste mislukking was Lewis F. Powel. Powel, die door Nixon was uitgekozen voor zijn law-en-order-opvattingen, had weliswaar aan de verwachtingen voldaan door zijn standpunten over misdaad en de doodstraf, maar wanneer het ging om civil rights, religie en abortus was hij vaak met de liberals meegegaan. Een andere 'misgreep' was Harry A. Blackmum. Twee jaar na zijn benoeming schreef hij Roe v. Wade waarin aan vrouwen een constitutioneel recht op abortus werd gegarandeerd. Ook Burger, de chief Justice die Nixon in het zadel had geholpen, was geen echt succes. Weliswaar was het een conservatief, maar zijn optreden was toch niet erg effectief gebleken. De problemen rond de nominatie van Bork (niet benoemd) en Thomas (wel benoemd) liggen nog vers in het geheugen.

Dat alles wil niet zeggen dat men het rechterlijk toetsingsrecht beter niet kan invoeren of zelfs – waar ingevoerd – zou moeten afschaffen. Maar het is eveneens niet verantwoord blind te zijn voor de 'kostenzijde'. Daarvan dienen we ons bewust te zijn en we dienen op die grond terughoudend gebruik te maken van de mogelijkheid rechten een constitutionele status te verlenen. Alleen op die manier kan worden voorkomen dat het democratisch deficiet onaanvaardbaar groot wordt.

76 Vgl. Dworkin, Ronald, *A Bill of Rights for Britain,* Chatto & Windus, London 1990; Hailsham, Lord, *The Dilemma of Democracy,* Diagnosis and Prescription, Collins, London 1978. Vgl. verder het hierna genoemde boek van Scarman en de literatuur genoemd in noot 104.

77 Griffith, J.A.G., 'The Political Constitution', in: *The Modern Law Review,* Vol. 42, No. 1, 1979, pp. 1-21, hier p. 16.

78 Commager, Henry Steele, 'Judicial Review and Democracy', in: *Virginia Quarterly Review,* 19 (Summer 1943), pp. 417-428, hier p. 428.

79 Vgl. Bronner, Ethan, *Battle for Justice,* How the Bork Nomination Shook America, Anchor Books, New York etc. 1989.

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

De vraag die aan het begin van dit hoofdstuk is gesteld hebben we daarmee positief beantwoord: men kan inderdaad teveel rechten, in het bijzonder 'hoger recht' produceren. En dat kán niet alleen, het gebeurt ook. Hoe dat in zijn werk gaat bij een categorie hoger recht die wordt aangeduid als de 'sociale grondrechten' is het voorwerp van analyse in hoofdstuk zeven.

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

7 Moet de menselijke óf de dierlijke waardigheid de grondslag zijn voor hoger recht?

In 1948 werd binnen de Verenigde Naties een belangrijke verklaring over de mensenrechten afgekondigd: de Universele Verklaring van de Rechten van de Mens. Doel en grondslag van de verklaring werden in de preambule als volgt getypeerd:

> Overwegende, dat erkenning van de *inherente waardigheid* en van de *gelijke en onvervreemdbare rechten* van alle leden van de mensengemeenschap grondslag is voor de vrijheid, gerechtigheid en vrede in de wereld … (cursivering toegevoegd; PC).

De afkondiging van de Universele Verklaring van de Rechten van de Mens mag om verschillende redenen een publicitair en politiek succes worden genoemd.

Het is allereerst een *compromis tussen Oost en West*. Het Westen kreeg zijn klassieke grondrechten erkend, waardoor voor individuen rechten ter bescherming van een staatsvrij domein werden opgevoerd. Het Oosten kreeg een groot aantal sociale grondrechten gehonoreerd.

Een tweede reden waarom de Universele Verklaring als een succes kan gelden, is dat hiermee voor het eerst een lijst van waarden werd gepresenteerd met een *universele pretentie.* En deze pretentie werd bovendien ook waargemaakt aangezien een groot deel van de wereldgemeenschap de mensenrechten als richtsnoer heeft erkend.

Een derde punt dat opvalt in de Universele Verklaring is, ten slotte, dat het om een lijst van mensenrechten gaat die worden gerechtvaardigd met een beroep op niets anders dan de *menselijke waardigheid*.

Verschillende van de hier aangesneden zaken zijn al eerder aan de orde geweest in dit boek. Het verschil tussen klassieke en sociale rechten in hoofdstuk zes. De universaliteitpretentie (en ontkenning daarvan) vormde het onderwerp van hoofdstuk drie. In dit hoofdstuk zullen wij ingaan op de vraag of de menselijke waardigheid een goede keuze is als grondslag van de mensenrechten. We zullen dat doen door het werk te bespreken van auteurs die daarvan een voorstander zijn, maar we zullen ook auteurs opvoeren die de menselijke waardigheid als centraal concept hebben afgewezen.

Wie de vraag naar de oorsprong van het idee van de menselijke waardigheid wil beantwoorden, zal moeten preciseren wat de inhoud is van het concept. Als het gaat om een centraalstelling van de mens in de kosmos, zou men kunnen denken aan de bekende uitspraak van Protagoras die de mens tot maat van alle dingen proclameert.

Bij Protagoras lijkt het echter te gaan om een betrekkelijk nuchtere constatering, die niet wordt ingegeven door een overtuiging dat de mens zo'n verheven schepsel is.[1] Dichter in de buurt bij wat we tegenwoordig met het idee van de waardigheid van de mens associëren komt Sophocles. In diens tragedie *Antigone* wordt gesteld:

> Wonders are many on earth, and the greatest of these is man (...). He is the master of ageless Earth, to his own will bending (...). He is the lord of all things living; birds of the air, beasts of the field, all creatures of sea and land.[2]

1 Protagoras leerde dat de mens de maat is van alle dingen. Eigenlijk is dit slechts een constatering. Er wordt geen morele waarde aan toegekend. Het is misschien daarom ook niet geheel terecht Protagoras als een protagonist van het humanisme op te voeren, zoals geschiedt bij Luce, J.V., *An Introduction to Greek Philosophy,* Thames and Hudson, London 1992, p. 81. Kritischer is: Stace, W.T., *A Critical History of Greek Philosophy,* MacMillan & Co LTD, London New York 1960 (1920), p. 112.

2 Sophocles, Antigone, in: *Theban Plays,* Penguin, Harmondsworth 1947.

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

De mens als heerser over de aarde. Hij kan alles dienstbaar maken aan zijn wil. De vogels in de lucht, de dieren van het veld en alle dieren op zee en land. De gelijkenis met Genesis is opvallend: 'En God zeide: laat Ons mensen maken naar ons beeld, als onze gelijkenis, opdat zij heersen over de vissen der zee en over het gevogelte des hemels en over het vee en over de gehele aarde en over al het kruipend gedierte, dat op de aarde kruipt'.[3]

Natuurlijk kan men stellen dat dit geen lofzang is op de centrale positie van de mens in de kosmos, maar een lofzang *op God*. Ongetwijfeld is dat juist. Maar de centrale positie die aan de mens wordt toegedacht kan toch evenmin aan onze aandacht ontsnappen.

Sluiten daarmee de Griekse traditie en de Joods-christelijke niet naadloos op elkaar aan? Zou het niet betekenen dat we in beide tradities eenzelfde centraal-stelling van de mens aantreffen? Een positie waarbij de mens als heer en meester over de rest van de natuur wordt geproclameerd?

Dat lijkt inderdaad het geval, maar er is toch één duidelijk verschil, een verschil waarvan onder andere de historicus Jan Romein zich goed bewust blijkt te zijn in zijn opstel over de cultuurhistorische wortels van het concept van de menselijke waardigheid.[4] Laten we op dat essay iets verder ingaan.

7.1 Jan Romein over menselijke waardigheid

Romein verhaalt van een bezoek aan de verkoopafdeling gipskopieën van het Louvre. Daar zouden de beelden van Voltaire, Goethe, Descartes en Diderot tot de meest verkochte exemplaren behoren. Het verbaast Romein niet. Hij zou deze figuren willen zien als dragers van de 'menselijke waardigheid'.[5] Maar waarom is dat het geval, kan men vragen? Waarom staan hier niet Jezus Christus of Augustinus? Vanwaar die rijke vertegenwoordiging van achttiende eeuwse filosofen, filosofen die worden geassocieerd met het verlichtingserfgoed? Dat heeft daarmee te maken dat de achttiende eeuw brak met een ouder 'cultuurmatrijs', waarvoor kenmerkend is het *zondebegrip,* het *autoriteitsgeloof,* en het *groepsverband* waarin de mensen leefden, schrijft Romein.[6] Alle drie deze ideeën ziet Romein kennelijk als ideeën die afbreuk doen aan het moderne concept van de menselijke waardigheid.

Dat lijkt mij juist[7] en het zet ons tevens op het spoor van een verschil in geaardheid tussen de centraal-stelling van de mens zoals deze naar voren komt in sommige Griekse teksten en de centraal-stelling van de mens zoals we die aantreffen in het Genesis-verhaal en de hiervoor geciteerde Psalm. De menselijke waardigheid die in de christelijke traditie gecultiveerd wordt, lijkt zich in tweeërlei opzicht te onderscheiden van de seculiere variant van de menselijke waardigheid. De menselijke waardigheid van de verlichters is autonoom in de zin van 'niet afgeleid'. Dat wil zeggen: de waardigheid van de mens wordt niet afgeleid van de waardigheid van de schepper. En als tweede is de menselijke waardigheid in die zin 'vol' dat deze niet wordt gerelativeerd door een zondebegrip dat zo'n centrale rol heeft gespeeld in de christelijke traditie. Zo blijkt dus dat het begrip 'menselijke waardigheid', dat zowel in de Griekse en seculiere traditie een plaats heeft gekregen alsook in de joods-christelijke, verschillend geaard is.[8]

3 Genesis 1:26.

4 Romein, Jan, 'Over de menselijke waardigheid. Uit de geschiedenis van een begrip', in: *Historische lijnen en patronen.* Een keuze uit de essays, Em. Querido, Amsterdam 1976, pp. 119-146.

5 Romein, O.c., p. 119.

6 Romein, O.c., p. 126.

7 Kritiek op het idee van de erfzonde is natuurlijk een typisch verlicht punt. Vgl. de Amerikaanse humanist Kurtz, Paul, *The Courage to Become.* The Virtues of Humanism, Praeger, Westport, Connecticut, London 1997, p. 95: 'Many theists hold a bleak view of human nature; the doctrine of original sin demeans who we are'.

8 Pogingen om vanuit een seculier wereldbeeld toch respect te herstellen voor het vocabulaire van 'zonde', 'duivel', 'demonie', zoals men dat onder andere aantreft bij Leszek Kolakowski, leveren slechts spraakverwarring op. Vgl. zijn opstel 'Kan de duivel verlost worden?', in: *Encounter,* July 1974, ook in *Essays van Leszek Kolakowki,* Het Spectrum, Utrecht 1983, pp. 84-99.

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

7.2 Immanuel Kant over menselijke waardigheid

Wanneer we vervolgens de vraag stellen welk concept van menselijke waardigheid voor de ontwikkeling van mensenrechten doorslaggevend is gebleken, dan gaat het om de seculiere variant. De rechten opgesomd in de mensenrechtenverklaringen worden niet langer gerechtvaardigd door een verwijzing naar hun status als 'bevolen door God' (zie hierover het hoofdstuk over de relatie tussen ethiek en godsdienst), maar door een verwijzing naar de specifieke geaardheid van de mens: de mens is, wat Romein noemt, 'drager van menselijke waardigheid'.

Maar dan dient zich onmiddellijk de vraag aan hoe dat seculiere concept zich heeft ontwikkeld en wie daaraan een belangrijke bijdrage hebben geleverd. Het antwoord op die vraag kan eigenlijk niet moeilijk zijn. Er is namelijk geen denker die daarop een grotere invloed heeft gehad dan de Duitse filosoof Immanuel Kant. Zoals de Amerikaanse Onafhankelijkheidsverklaring is geïnspireerd door het denken van Thomas Jefferson en van John Locke, zo is de Universele Verklaring van de Rechten van de Mens, althans de grondslag daarvan in de menselijke waardigheid, geïnspireerd door het gedachtegoed van Immanuel Kant. Kant was het die voor het eerst de menselijke waardigheid als het specifieke anthropinon naar voren schoof en die de ethiek van het goddelijke bevel op overtuigende gronden afwees.

Hij deed dat in een boek waarin in kort bestek reeds een aantal lijnen worden uitgezet voor zijn latere geschriften op het terrein van ethiek en recht: *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten* (1785).[9] Kant poneert hier een belangrijk onderscheid tussen 'waardigheid' en 'prijs'.[10] In het 'Rijk der doelen' heeft alles óf een prijs óf een waardigheid. Wat een prijs heeft kan ook door iets anders worden vervangen. Wat daarentegen boven alle geldelijke waarde verheven is, heeft waardigheid. Wat waardigheid heeft, is een 'doel in zichzelf'. Het heeft geen relatieve, maar een absolute waarde. Het is 'Gegenstand einer unmittelbare Achtung'.[11]

Volgens Kant beantwoordt *alleen de mens* aan deze omschrijving. Alleen de mens, als een rationeel wezen, bestaat als een doel in zichzelf, niet als een middel voor anderen.[12] Alle voorwerpen in de wereld hebben slechts relatieve waarde, relatief ten opzichte van de mens.

Vanwaar deze speciale positie? Deze waardigheid van de mens hangt nauw samen met het vermogen van de mens om zichzelf aan zedelijke wetgeving te onderwerpen. Het volgen daarvan is een plicht. Om 'Pflicht' en niet om 'Neigung' zou het gaan in de ethiek. Langs deze weg komt Kant tot het opstellen van zijn categorische imperatief.

Reeds in de *Grundlegung* treffen we verschillende formuleringen aan van Kant's bekende categorische imperatief, zoals:

– Handel zo dat de maxime van jouw handeling door je wil tot algemene wet zou worden (of korter: handel zoals je zou wensen dat iedereen zou handelen);
– Handel zo dat de mensheid zowel in jouw eigen persoon als ook in de persoon van ieder ander telkens als een doel en nooit als een middel wordt behandeld.

Paul Deussen, een volgeling van Schopenhauer maar tevens met grote sympathie voor het kantiaanse gedachtegoed, geeft het volgende voorbeeld om de aard van de categorisch imperatief te verduidelijken.[13] Laten we ervan uitgaan dat iemand honger heeft. Dan leidt dat tot de eis dat hij moet eten.

9 Kant, Immanuel, *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten,* (1785), in: *Werkausgabe,* Band VII, Hrsg. W. Weischedel, Suhrkamp, Frankfurt am Main 1981, pp. 11-102.

10 Kant, o.c., p. 68.

11 Kant, o.*c.,* p. 68.

12 In de Angelsaksische filosofie behandelt men dit onderwerp doorgaans als de vraag welke wezens een 'intrinsieke waarde' zouden hebben. Vgl. Moore, G.E., 'The Conception of Intrinsic Value', in: James Rachels, ed., *Ethical Theory,* I, The Question of Objectivity, Oxford University Press, Oxford/ New York 1998, pp. 28-42; Waldron, Jeremy, 'The Edges of Life', in: *London Review of Books,* 12 May 1994, pp. 11-13.

13 Deussen, Paul, *Allgemeine Geschichte der Philosophie,* Zweiter Band, Dritte Abteilung, *Neuere Philosophie von Descartes bis Schopenhauer,* 2e Auflage, F.A. Brockhaus, Leipzig 1920 (1917), p. 251.

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

Kant spreekt van een 'imperatief'. Daarbij kan men dan weer twee soorten imperatieven voorstellen. Zij zijn of hypothetisch, of categorisch.

Hypothetische imperatieven zeggen mij: 'als je je honger wilt stillen, moet je eten.' Maar als je je honger niet wilt stillen, hoef je ook niet te eten. De imperatief dat je moet eten, geldt alleen maar onder een bepaalde vooronderstelling, de vooronderstelling namelijk dat je je honger wilt stillen.

Wie hypothetische imperatieven volgt, aldus Kant, handelt niet waarlijk moreel, maar slechts passend of niet passend. Iemand die hier geen fouten maakt is niet goed, maar slechts verstandig ('klug').

Heel anders ligt dat bij het *categorisch imperatief*. Hierbij gaat het om een stem die mij zegt: 'Je moet het goede doen en het boze nalaten'. En dat niet onder een bepaalde vooronderstelling, niet hypothetisch (onder de hypothese dát je goed wilt handelen bijvoorbeeld) maar absoluut.

De wil die geregeerd wordt door hypothetische imperatieven noemt Kant *heteronoom.* De wil die geregeerd wordt door een categorisch imperatief is *autonoom.*[14]

7.3 De invloed van Kant: de eerste grote verdediger van zedelijke autonomie

Kant's ideeën over zedelijke autonomie en menselijke waardigheid hebben een grote invloed gehad op tijdgenoten. Dat geldt bijvoorbeeld voor de eerste grote filosoof die als opvolger van Kant in de geschiedenisboeken wordt opgevoerd: J.G. Fichte. Nergens wordt de lyriek van de menselijke waardigheid sterker aangezet dan bij Fichte.[15] 'Alles, was jetzt noch unförmlich und ordnungslos ist, wird durch den Menschen in die schönste Ordnung sich auflösen, und was jetzt schon harmonisch ist, wird – nach bis jetzt unent-wickelten Gesetzen – immer harmonischer werden', schrijft Fichte.[16] De mens brengt 'Ordnung in das gewühl'.[17] De mens legt niet alleen de noodzakelijke ordening in de dingen, maar hij kiest daarvoor ook een willekeurige uit. Waar de mens binnentreedt 'erwacht die Natur'.[18] Alleen al het lichaam van de mens is het meest vergeestelijkte dat uit de materie gemaakt kan worden. De natuur verheugt zich door hem, de mens, verzorgd te worden en een plaats toegewezen te krijgen.

> Das ist der Mensch; das ist jeder, der sich sagen kann: *Ich bin Mensch.* Sollte er nicht eine heilige Ehrfurcht vor sich selbst tragen, und schaudern und erbeben vor seiner eigenen Majestät! – Das ist jeder, der mir sagen kann: *Ich bin.* Wo du auch wohnest, du, der du nur Menschenantlitz trägst.[19]

Het is duidelijk dat we hier een enorme verheerlijking van de mens aantreffen. Fichte radicaliseert al in de kentheorie de idealistische aanzetten van het denken van Kant. Hij verklaart immers de gehele buitenwereld als een product van de activiteit van het 'ik'.[20] Maar ook in de ethiek voert de verdere ontwikkeling van het denken van Kant tot een centraal-stelling van de mens als het middelpunt van de kosmos.

14 Deussen, *Allgemeine Geschichte,* II, 3, p. 254.

15 Fichte, J.G., *Über die Würde des Menschen* (1794), in: *Fichtes Werke,* herausgegeben von Immanuel Hermann Fichte, Band I, Zur theoretische Philosophie I, Walter de Gruyter & Co., Berlin 1971, pp. 412-416.

16 Fichte, O.c., p. 413.

17 Fichte, O.c., p. 413.

18 Fichte, O.c., p. 413.

19 Fichte, O.c., p. 415.

20 De Amerikaanse filosoof George Santayana heeft in *Egotism in German Philosophy,* voor het eerst gepubliceerd in 1916, nieuwe editie in 1940, het 'egotisme' van de Duitse filosofen bekritiseerd. Bij Santayana gaat het echter niet om een kritiek op ecologische gronden, maar politieke. Vgl. Schaub, Edward L., 'Santayana's Contentions Respecting German Philosophy', in: *The Philosophy of George Santayana,* ed. Paul A. Schilpp, Open Court, La Salle, Illinois 1940, pp. 399-415.

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

Van centrale betekenis voor het accentueren van het concept 'menselijke waardigheid' als 'Grundstein der Ethik' was ook de tegenwoordig vergeten filosoof Wilhelm Block. In zijn *Neuen Grundlegung zur Philosophie der Sitten* (1802) heeft hij als eerste de menselijke waardigheid tot het exclusieve uitgangspunt van de ethiek willen maken.[21]

Het behoeft nauwelijks betoog dat Kant met zijn accentuering van de autonomie van de moraal en zijn centraal-stelling van de menselijke waardigheid een grote bijdrage heeft geleverd aan de ethiek.[22] Zijn categorisch imperatief verschilt inhoudelijk misschien niet van de 'gulden regel' die men in alle grote wereldreligies kan aantreffen. Maar Kant gaf voor het eerst een goede rechtvaardiging voor dit beginsel en reinigde de ethiek van alle theïstische verwijzingen. Wie het goede doet omdat God dit heeft voorgeschreven, handelt heteronoom en vanuit zedelijk oogpunt bezien oneigenlijk. Pas wie het goede doet louter uit respect voor de zedewet handelt onberispelijk. Men kan het ook als volgt stellen: ware moraal is uit de aard der zaak autonoom in de zin van vrij van godsdienstige invloed. In de Universele Verklaring van de Rechten van de Mens komt de kantiaanse benadering in zekere zin tot een hoogtepunt. Het concept van de menselijke waardigheid wordt gepresenteerd als de grondslag voor een universele moraal. Wat de Verenigde Naties in 1948 realiseerde was precies wat Kant voor ogen stond.

7.4 De schaduwzijden van de theorie van Kant: radicaal anthropocentrisme

De kantiaanse benadering (in zekere zin nog versterkt door de antropocentrische rhetoriek van Fichte) heeft echter haar schaduwzijden. Net als Descartes vóór hem slaat Kant door het centraal-stellen van de zedelijke betekenis van de menselijke persoonlijkheid een enorme kloof tussen de mens en de rest van de natuur. Weliswaar ziet hij de mens niet meer als machine, zoals Descartes en de Cartesianen deden,[23] maar het is toch duidelijk dat ook voor Kant het dier slechts een *instrumentele* en geen *intrinsieke* waarde heeft – een waarde en geen waardigheid. Voor de 'vernunftlose Tiere' geldt dat men daarmee 'nach Belieben schalten und walten kann', immers het dier is een van de mens 'durch Rang und Würde ganz unterschiedenes Wesen'.[24]

Kant keert zich ook tegen de filosoof Baumgarten (1714-1762). Baumgarten meende dat de mens tegenover wezens die onder en boven hem staan bepaalde verplichtingen zou hebben. Over de verplichtingen tegenover wezens bóven de mens laat Kant zich niet uit, maar van directe verplichtingen tegenover de *dieren* wil hij niet weten. Dieren hebben geen zelfbewustzijn en zij zijn slechts een *middel tot een doel*. Dat doel is de mens. We kunnen heel goed vragen: 'Waarom bestaan dieren?', terwijl de vraag 'Waarom bestaan mensen?' verkeerd gesteld zou zijn. De mens heeft slechts indirecte verplichtingen tegenover dieren. Waarom? Omdat we door bepaalde verplichtingen tegenover dieren in acht te nemen, we ze indirect tegenover de mens in acht nemen. Kant geeft een voorbeeld dat aan

21 Aldus: Schopenhauer, Arthur, *Über die Grundlage der Moral,* in: *Sämtliche Werke,* Band III, Cotta-Verlag/Insel-Verlag, Stuttgart/Frankfurt am Main 1976 (1840), pp. 631-815, p. 695.

22 Daarna werd de autonomie van de moraal nog indrukwekkend uitgewerkt in twee boeken die beide in het jaar 1925 verschenen: Kerler, D.H., *Weltwille und Wertwille.* Linien des Systems der Philosophie, Alfred Kröner Verlag, Leipzig 1925 en Hartmann, N., *Ethik,* Dritte Auflage, Walter de Gruyter, Berlin 1949 (1925). Onder het hoofdje 'Religie en mythe' behandelt Hartmann de verhouding tussen religie en moraal. De oudere filosofische ethiek oriënteerde zich altijd op de religie. Gedurende honderden jaren werden morele opvattingen ontleend aan de positieve religie. Maar dat is voorbij: 'Die Zeiten solcher Abhängigkeit sind freilich vergangen'. (Hartmann, O.c., p. 66). De Britse filosoof Derek Parfit schrijft dat, in tegenstelling tot wat men doorgaans denkt, de ethiek als zelfstandige, dat wil zeggen: van godsdienst losgemaakte, discipline slechts zeer jong is. Pas sinds de tweede helft van de twintigste eeuw neemt men de autonomie van de ethiek serieus. Vgl. Parfit, Derek, *Reasons and Persons,* Clarendon Press, Oxford 1984, p. 454.

23 Vgl. daarover: Huxley, T.H., 'On the Hypothesis that Animals are Automata, and its History' (1874), Thomas Henry Huxley, *Science and Culture and Other Essays,* MacMillan, London 1882.

24 Kant, Immanuel, *Anthropologie in pragmatischer Hinsicht,* (1798), in: *Werkausgabe,* Band VII, Hrsg. W. Weischedel, Suhrkamp, Frankfurt am Main 1982, pp. 399-690, p. 407.

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

duidelijkheid niets te wensen overlaat. Als een hond zijn hele leven zijn heer trouw gediend heeft 'verdient' hij een beloning. Hij verdient het bijvoorbeeld niet om te worden afgedankt wanneer hij te oud is om verder van nut te zijn. Maar de reden daarvoor is alleen maar dat door goed te zorgen voor de hond we onze morele neiging cultiveren ten aanzien van de mens. En alleen de mens kan *direct* op onze zorg aanspraak maken.[25]

Overigens was het hier geventileerde standpunt geen gemeengoed meer in de tijd dat Kant schreef. Hij wijst zelf op Baumgarten die meende dat verplichtingen tegenover dieren mogelijk zouden zijn. Men kan ook wijzen op Jeremy Bentham (1748-1832), min of meer een tijdgenoot van Kant (1724-1804), die in 1789 als criterium voor de vraag of we met de belangen van wezens rekening hebben te houden het dilemma als volgt aan de orde stelde: de vraag is niet of zij kunnen redeneren, ook niet of zij kunnen spreken, maar of zij kunnen *lijden.*[26] De suggestie is duidelijk. Niet wat menselijke van niet-menselijke dieren van elkaar *onderscheidt* (redeneren en spreken) is doorslaggevend voor de vraag of een wezen belangen en wellicht rechten heeft, maar wat menselijke en niet-menselijke dieren *gemeenschappelijk* hebben: het vermogen tot lijden. Dit was een volstrekt ander perspectief dan het kantiaanse, een perspectief dat in de Angelsaksische wereld ook grote carrière heeft gemaakt.[27] Maar een echte confrontatie met het perspectief van Kant was het *niet.* Immers Bentham had geen grondige kritiek op de kantiaanse concepten gepresenteerd, maar eenvoudigweg, als min of meer vanzelfsprekend, zijn eigen benadering geponeerd. De empirische richting had Kant echter beargumenteerd van de hand gewezen als relevant voor de ethiek en hij had dat naar het oordeel van zijn tijdgenoten op overtuigende gronden gedaan. Het volgen van het perspectief van Bentham en andere Britse empiristen zou de ethiek als een louter aprioristische onderneming maar verontreinigen met allerlei empirisch materiaal. Over het algemeen ging men er in de continentale filosofie van uit dat Kant de beste argumenten had en de menselijke waardigheid, zoals gepreciseerd door Kant, maakte een ware zegetocht door de continentale filosofie, resulterend in, zoals gezegd, de Universele Verklaring van de Rechten van de Mens als een nieuwe grondslag voor de mensenrechten.[28] Maar is dat uiteindelijk zo gelukkig gebleken? Was het niet beter geweest wanneer een meer empirische benadering had doorgebroken? Stel nu eens dat we het 'vermogen tot lijden' als het meest centrale element voor menselijke en andere wezens naar voren hadden gehaald, zou dat niet een meer vruchtbare basis zijn geweest voor de verdere ontwikkeling van de theorievorming over de grondslag van de ethiek en mensenrechten?

Deze suggestie lijkt het overwegen waard. De reden daarvoor is dat 'het vermogen tot lijden' een beter uitgangspunt vormt voor een ecologie-vriendelijke, meer in het bijzonder dier-vriendelijke, benadering van mensenrechten dan de dominante richting die met de filosofie van Kant verbonden is. Misschien was het beter geweest Jeremy Bentham uit te roepen als patroonheilige van de Verenigde Naties. De benadering van Kant, met het accentueren van de *menselijke* waardigheid (het woord geeft het al aan), introduceerde een sterk antropocentrische tendens in het denken over mensenrechten.[29] Maar zijn er alternatieven? En zo ja welke? Daarbij ligt het voor de hand dat we in eerste

25 Vgl. het tekstfragment en commentaar: Kant, Immanuel, 'We have only indirect duties to animals', in: Louis P. Pojman, ed., *Environmental Ethics.* Readings in Theory and Application, Jones and Bartlett Publishers, Boston/London 1994, pp. 27-28.

26 Bentham, Jeremy, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation,* edited by J.H. Burns and H.L.A. Hart, Methuen, London/New York 1982 (1789), p. 283: 'The question is not, Can they *reason?* nor, Can they *talk?* but, Can they *suffer?*'.

27 Onder andere bij: Singer, Peter, *Practical Ethics,* Cambridge University Press, Cambridge etc. 1990 (1979), pp. 48-72; Singer, Peter, *Animal Liberation,* Second Edition, Jonathan Cape, London 1990; Singer, Peter, *How Are We to Live?* Ethics in an Age of Self-Interest, Prometheus Books, Amherst, New York 1995 (1993).

28 Vgl. voor de cultuurhistorie van het begrip en de wijze waarop het ook in de Duitse grondwet verankerd werd: Giese, Bernhard, *Das Würde-Konzept,* Duncker & Humblot, Berlin 1975.

29 Vgl. voor een kritiek op het anthropocentrisme ook: Gillespie, Alexander, *International Environmental Law Policy and Ethics,* Clarendon Press, Oxford 1997.

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

instantie zoeken naar een benadering in de ethiek waarin (i) de kantiaanse erfenis is verwerkt, (ii) de juiste kern daarvan behouden blijft (zedelijke autonomie), maar (iii) tevens de antropocentrische inslag wordt verzacht of liefst zelfs geëlimineerd.

Is een dergelijke theorie voorhanden? Bentham kan – zoals gezegd – die toets niet doorstaan. In ieder geval is er een theorie met een dergelijke pretentie: de ethiek van Arthur Schopenhauer. Als een verdere ontwikkeling van de aanzetten van een ethiek zoals ontwikkeld in zijn hoofdwerk *Die Welt als Wille und Vorstellung* (1818)[30] schreef Schopenhauer in 1840 een verhandeling over de grondslag van de moraal[31] die te weinig aandacht heeft gehad in de Europese cultuurgeschiedenis.[32] De ethiek van Schopenhauer lijkt in verschillende opzichten een betere basis voor een ecologische ethiek en een nieuwe fundering van mensenrechten dan het kantiaanse erfgoed.

Ik zal eerst iets zeggen over de filosofie van Schopenhauer in het algemeen.

7.5 Schopenhauer begint bij Kant

Schopenhauer was geïnspireerd door de filosofie van Kant,[33] maar hij trekt daaruit consequenties die Kant voor onmogelijk zou hebben gehouden. Hij stelt dat onwetende mensen geneigd zijn om de fenomenale wereld, de wereld zoals deze aan ons verschijnt, voor de ware werkelijkheid te houden. Dat is onjuist. Wat we zien, horen en anderszins met onze zintuigen kunnen leren kennen is slechts schijn. Het is een illusie die ons wordt voorgetoverd, een wereld waarvan de aard geheel wordt bepaald door ons *kenvermogen,* niet door de *wijze waarop de wereld in elkaar zit.* De wereld is slechts een 'idee' – iets dat alleen maar bestaat in onze verbeelding. De wereld van de individuele dingen, gestructureerd in ruimte en tijd, is een illusie, een sluier van maya. De wijze kan dit doorzien, omdat hij leert zien dat ruimte en tijd een toevoeging zijn van het menselijk subject aan de wereld.

Hoe kunnen we dan doordringen tot het ware wezen van de werkelijkheid? In kantiaanse termen: hoe dringen we door tot het 'ding-op-zichzelf?' Schopenhauer antwoordt: dit is mogelijk omdat we zelf deel zijn van de werkelijkheid en het diepste wezen van onszelf ook het diepste wezen van de werkelijkheid uitmaakt. Door inkeer in onszelf kunnen we ook leren kennen 'was die Welt im innersten zusammenhält' (Goethe, Faust). Deze inkeer tot onszelf is niet een activiteit waarbij de *rede* ons kan helpen, zoals Kant in feite lijkt te denken. We kunnen onszelf niet beschouwen op een afstandelijke manier, zoals we dat kunnen met een object in de buitenwereld. Inkeer tot onszelf is een kwestie van intuïtie. Langs de weg van de *intuïtie* weten we wat de mens en dus ook de werkelijkheid in diepste wezen is: wil. Onze gedachten, de expressies van onze individuele wil, ons lichaam, de dingen in de buitenwereld – het zijn alles slechts manifestaties van die ene wil. De wereld is dus enerzijds voorstelling of idee. Anderszijds is deze wil. De wereld is wil én voorstelling.

30 Schopenhauer, Arthur, *Die Welt als Wille und Vorstellung,* I, in: *Sämtliche Werke,* Band I, Cotta-Verlag/Insel-Verlag, Stuttgart/Frankfurt am Main 1976 (1818).

31 Schopenhauer, Arthur, *Über die Grundlage der Moral,* in: *Sämtliche Werke,* Band III, Cotta-Verlag/Insel-Verlag, Stuttgart/Frankfurt am Main 1976 (1840), pp. 631-815.

32 Taylor noemt Schopenhauer's *The Basis of Morality* 'one of his most original and inspiring writings'. Tot op de dag van vandaag is het 'relatively unknown' gebleven. Vgl. Taylor, Richard, 'Schopenhauer', in: D.J. O'Connor, ed., *A Critical History of Western Philosophy,* The Free Press, New York/London 1964, pp. 365-384.

33 Zijn kritiek op de filosofie van Kant die hij 'Anhang' bij het eerste deel van *Die Welt als Wille und Vorstellung* had opgenomen begint als volgt: 'Es ist viel leichter, in dem Werke eines grossen Geistes die Fehler und Irrtümer nachzuweisen als von dem Werte desselben eine deutliche und vollständige Entwicklung zu geben. Denn die Fehler sind ein Einzelnes und Endliches, das sich daher vollkommen überblicken lässt. Hingegen ist eben das der Stempel, welchen der Genius seinen Werken aufdrückt, dass diese ihre Trefflichkeit unergründlich und unerschöpflich ist: daher sie auch die nicht alternden Lehrmeister vieler Jahrhunderte nacheinander werden'. Vgl. Schopenhauer, *Die Welt als Wille und Vorstellung,* I, p. 561.

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

7.6 Het voluntarisme kan de kloof tussen mens en dier overbruggen

Tot zover wijst dit nog niet in de richting van een filosofie die vanuit ecologisch en dier-vriendelijk perspectief een duidelijke stap voorwaarts zou betekenen ten opzichte van de filosofie van Kant en Fichte. Maar dat wordt anders wanneer we het volgende bedenken. Het voluntarisme van Schopenhauer had het effect dat iets naar voren kwam 'what is by now becoming increasingly taken for granted', schrijft de Amerikaanse filosoof Richard Taylor, een hedendaags volgeling van de Duitse filosoof.[34] Het is het volgende: de mens is verwant aan de rest van de natuur. De mens is een dier dat deel uitmaakt van de dierenwereld. De verschillen tussen mens en dier zijn natuurlijk aanwezig, maar het zijn graduele verschillen, geen essentiële verschillen.

Continentale filosofen zijn geneigd een dergelijk standpunt te verbinden met een 'materialistische' visie op de werkelijkheid, met darwinisme[35] en met positivisme. Maar in het geval van Schopenhauer komt hij tot deze bevinding door een verdere ontwikkeling van het 'idealisme' dat ook kenmerkend is voor de filosofie van Kant. Hoewel idealistisch, heeft de filosofie van Schopenhauer echter ook in die zin empiristische trekken dat hij van mening is dat we de wereld van het 'zijn' (hoe de mens in elkaar zit) en het 'moeten' (wat de mens zou moeten doen; het 'ethische') niet zo streng kunnen scheiden als Kant deed. Traditioneel ziet men de ethiek of morele filosofie als een niet-empirische studie, als een wetenschap die meer te maken heeft met idealen dan met feiten. De ervaring kan ons nooit leren wat het geval zou moeten zijn, zegt men dan. Het kan ons slechts informeren over wat mensen doen, maar niet over wat zij zouden moeten doen. Kant ging daarin zelfs zover dat hij beweerde dat het niet uitmaakt voor een theorie over ethiek of er ook maar één persoon is die handelt in overeenstemming met de voorschriften van die theorie.

Volgens Schopenhauer is dat onjuist. De taak van de filosoof zou het zijn om te beschrijven wat de bron is van waaruit we onze verontwaardiging of lofprijzingen halen. Voor Schopenhauer is de ethiek dus nauw verbonden met een reflexie op de menselijke natuur. Door zich hierop te bezinnen kwam hij op drie basale motieven voor het menselijk gedrag:

– egoïsme of liefde voor het zelf;
– kwaadaardigheid of de impuls om een ander kwaad te doen;
– compassie of de aandrang om een anders welzijn in het oog te houden.

Egoïsme is het centraal-stellen van het eigen ik. Het is de belangrijkste drijfveer van mensen. Mensen laten hun eigen belangen altijd prevaleren boven die van anderen. Maar mensen zijn ook *kwaadaardig*. Dat wil zeggen dat zij een ander schade en leed berokkenen zonder dat zij daarmee een voordeel voor zichzelf zeker stellen. Kwaadaardigheid ziet hij als de basis van immoraliteit. Het bestaat alleen in de mens, niet in andere wezens. Daardoor werd Gobineau ertoe gebracht de mens als *l'animal méchant par excellence* te typeren. *Compassie* ten slotte is een drijfveer voor het menselijk handelen van mensen die we 'goed' noemen.

Wanneer we bezien hoe de menselijke natuur wordt beheerst door egoïsme en door kwaadaardigheid dan dient zich de vraag aan of het mogelijk is dat we ons door iets anders dan door die twee motieven laten leiden. Compassie mag een mooi motief zijn, maar is het wel in staat om de mens in beweging te zetten?

Schopenhauer meende dat het voor de mens mogelijk is om zich aan de kracht van egoïsme en kwaadaardigheid te onttrekken. Het is zeldzaam, maar het gebeurt. We zien het in mensen die tot compassie of sympathie in staat zijn. In de compassie (of het medelijden)[36] gaat het om een identi-

34 Taylor, O.c., p. 368.

35 In deze zin: Rachels, James, *Created from Animals.* The Moral Implications of Darwinism, Oxford University Press, Oxford etc. 1991; Cliteur, P.B., *Onze verhouding tot de apen.* De consequenties van het Darwinisme voor ons mensbeeld en voor de moraal, Oratie Delft, Delft 1995.

36 Het woord 'medelijden' moet misschien worden vermeden omdat het associaties oproept die niet bedoeld zijn door Schopenhauer.

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

ficatie van onszelf met anderen die in nood of angst verkeren. Nogmaals: zeldzaam, maar het komt voor.

7.7 Twee punten van kritiek op Kant door Schopenhauer

(a) Een 'doel in zichzelf' is een tegenstrijdige notie

Het is tegen deze achtergrond dat men de ethiek van Schopenhauer moet verstaan maar ook zijn radicale kritiek op het concept van de menselijke waardigheid als grondslag voor recht en ethiek.

We hebben hiervoor gezien dat Kant als hoogste gebod voor de ethiek aanvoert dat de mens nooit als middel, maar altijd als een doel in zichzelf moet worden gezien. Schopenhauer geeft een kritische analyse van de kantiaanse beschouwingen over doel en middel. Schopenhauer is met deze begrippen snel klaar. Een doel is het directe motief voor een akt van de wil. Een middel is het indirecte.[37] Maar wat doet Kant? Hij zegt: 'Der Mensch, und überhaupt jedes vernünftige Wesen, existiert *als Zweck an sich selbst*'.[38] Het is echter duidelijk dat vanuit het begrippenkader dat Schopenhauer heeft gepresenteerd dit onmogelijk is. 'Als doel op zichzelf bestaan' is een contradictio in adiecto. Doel zijn betekent: gewild worden. Ieder doel is dus alleen een doel met betrekking tot een wil *waarvan* het een doel is. Alleen in die context, dus: van een wil die ergens op gericht is, heeft het zin van een 'doel' te spreken. Het begrip 'doel in zichzelf' is even zinloos als het begrip 'vriend in zichzelf'.

Voor Kants definities geldt derhalve dat deze de 'Logik beleidigen', zoals Schopenhauer schrijft.[39] Maar zij beledigen niet alleen de logica, de ethiek van Kant beledigt ook – en dat is eigenlijk ernstiger – de 'echte moraal'. Weinig filosofen[40] beoordelen het ethisch perspectief van Kant op wat hij zegt over dieren, maar Schopenhauer doet dat wel. En dat is een toets die de ethiek van Kant niet kan doorstaan, aangezien hij van mening is dat alle redeloze dieren slechts *zaken* of *dingen* zouden zijn die men – zoals we al eerder hebben gezien – als louter *middelen* voor het menselijk welbevinden zou mogen gebruiken. Volgens Kant kan de mens geen andere verplichtingen hebben dan verplichtingen tegenover *mensen.* Natuurlijk ziet ook Kant wel in dat dierenmishandeling verwerpelijk is. Maar, zo stelt hij, dan moeten we de afwijzing van die dierenmishandeling construeren als een plicht van de mens tegenover zichzelf. Hoe kan dat geschieden? Door de stelling aannemelijk te maken dat 'Mitgefühl an ihrem Leiden im Menschen abstumpft, wodurch eine der Moralität im Verhältnis *zu andern Menschen* sehr diensame natürliche Anlage geschädet wird'.[41]

We hebben hiervoor de houding van Kant reeds aan de orde gesteld bij de bespreking van zijn kritiek op Baumgarten. Schopenhauer vat de houding van Kant tegenover dieren samen met de woorden dat Kant van mening is dat men eigenlijk alleen zou moeten waken tegen dierenmishandeling *als oefening voor juist gedrag tegenover mensen.* Dieren zijn op zichzelf in de ethiek van Kant volledig vogelvrij. Het zijn middelen, dingen waarmee men stierengevechten, vivisektie, jacht en andere spelletjes mee kan spelen.

(b) Een 'absolute waarde' in de vorm van 'menselijke waardigheid' moet worden afgewezen

Over het concept 'menselijke waardigheid' is Schopenhauer zo mogelijk nog scherper afwijzend dan over de overige onderdelen van de kantiaanse ethiek. Kant had het nog niet uitgesproken of het werd daarna een uithangbord voor 'rat- und gedankenlosen Moralisten, die ihren Mangel an einer wirklichen oder wenigstens doch irgend etwas sagenden Grundlage der Moral hinter jenen imponierenden

37 Schopenhauer, *Über die Grundlage der Moral,* p. 689.
38 Schopenhauer, *Über die Grundlage der Moral,* p. 689.
39 Schopenhauer, *Über die Grundlage der Moral,* p. 690.
40 Begrip voor een dergelijke benadering vindt men ook bij: Schweitzer, Albert, *Kultur und Ethik,* Verlag C.H. Beck, München 1996 (1923), p. 252 e.v.
41 Kant, *Metaphyischen Anfangsgründen der Tugendlehre,* Par. 16 en 17. Schopenhauer, *Über die Grundlage der Moral,* p. 690.

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

Ausdruck *'Würde des Menschen'* versteckten, klug darauf rechnend, dass auch ihr Leser sich gern mit einer solchen *Würde* angetan sehn und demnach damit zufriedengestelt sein würde'.[42]

Dit zijn harde woorden, zeker. Maar wat men daarvan ook mag denken, Schopenhauer daagt in ieder geval diegenen uit die dit begrip onproblematisch gebruiken zich daarvan rekenschap te geven. Dat zou ook voor die juristen een uitdaging moeten betekenen die gemakkelijk de preambule van de Universele Verklaring napraten en allerlei willekeurige rechten afleiden uit de 'menselijke waardigheid'. Gemakkelijk ontaardt dit concept tot een frase waarin men allerlei willekeurige rechten en verplichtingen kan lezen.[43]

Opnieuw volgt Schopenhauer daarbij de argumentatie die hij ook reeds ten aanzien van het concept 'doel' had gevolgd. Een doel veronderstelt altijd een wil, zei hij. Zo veronderstelt 'waarde' altijd een maatstaf. Het begrip 'waarde' is de beoordeling van een zaak in vergelijking met een andere zaak. 'Waarde' is derhalve altijd een vergelijkende grootheid, relatief. Relativiteit maakt het *wezen* van het begrip waarde uit. Een onvergelijkbare, onvoorwaardelijke en absolute waarde, wat de menselijke 'waardigheid' volgens Kant zou moeten zijn, is daarom – zoals zoveel in de filosofie – een met woorden aan het denken gestelde opgave die zich niet laat uitvoeren. Het is zoiets als het hoogste getal of de grootste ruimte.[44]

Tot zover de kritiek 'in abstracto' op het denken van Kant. Het is een indringende confrontatie met de beide basisbegrippen van de ethiek van Kant: een 'doel in zichzelf' en een 'waardigheid' die zich niet als een vergelijkingsgrootheid zou moeten laten denken. Maar Schopenhauer neemt de kritiek van Kant ook heel direct onder vuur, namelijk door precies het punt aan de orde te stellen dat hiervoor reeds enige keren aan de orde is geweest: de plaats die daarin is ingeruimd voor dieren.

7.8 De 'empörende Roheit und Barbarei des Okzidents'. Schopenhauers pleidooi voor dierenrechten

Schopenhauer is van mening dat zijn eigen opvattingen over moraal in het bijzonder *daarom* zich superieur bewijzen aan andere moraalsystemen, omdat zijn ethiek ook de dieren in bescherming neemt. De vermeende rechteloosheid van de dieren, de waan dat onze houding tegenover de dieren zonder morele betekenis is of dat we tegenover dieren geen verplichtingen hebben noemt hij een 'empörende Roheit und Barbarei des Okzidents, deren Quelle im Judentum liegt'.[45] Hoe anders is de houding tegenover dieren in andere religies. De Egyptenaren plaatsten temidden van hun mummies van mensen die van ibissen, krokodillen en andere dieren. Alleen in Europa wordt het als een gruwel ervaren wanneer een mens naast zijn trouwe hond begraven wil worden.[46]

Maar niet alleen het jodendom is daaraan schuldig, hij wijst ook op de filosofie. In de filosofie zijn het vooral de filosofieën van Descartes en van Kant die de scheiding tussen mens en dier het meest hebben beklemtoond.[47]

Met veel begrip verhaalt Schopenhauer van een Brit die eens nadat hij een aap had doodgeschoten voor de rest van zijn leven in de war was door de blik die het dier hem had toegeworpen voordat hij zijn laatste adem uitblies. Hij geeft ook het voorbeeld van de idiote daad van iemand die 'um das

42 Schopenhauer, *Über die Grundlage der Moral,* p. 95.

43 Dat geldt bijvoorbeeld voor de Duitse grondwet. Art. 1 daarvan luidt: '(1) Die würde des Menschen ist unantastbar. Sie zu achten und zu schützen ist Verpflichtung aller staatlichen Gewalt. (2) Das Deutsche Volk bekennt sich darum zu unverletzlichen und unveräusserlichen Menschenrechten als Grundlage jeder mensch-lichen Gemeinschaft, des Friedens und der Gerechtigkeit in der Welt. (3) Die nachfolgenden Grundrechten binden Gesetzgebung, vollziehende Gewalt und Rechtsprechung als unmittelbar geltendes Recht'.

44 Schopenhauer, *Über die Grundlage der Moral,* p. 696.

45 Schopenhauer, *Über die Grundlage der Moral,* p. 773.

46 Zoals Frederik de Grote.

47 Schopenhauer, *Über die Grundlage der Moral,* p. 774.

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

Vergnügen der Jagd zu geniessen' een olifant had gedood. Toen hij de volgende dag op dezelfde plaats terugkwam waren alle andere olifanten gevlucht behalve één olifantje wiens moeder door de jager de vorige dag was afgeschoten. Zonder angst trad hij de jager weeklagend over het verlies tegemoet. Toen was de jager 'om'. Hij gevoelde een 'wahre Reue' over zijn daad en het was hem te moede alsof hij een moord had begaan.[48]

Passages als bovengenoemde kan men begrijpen zonder dat men de metafysica van Schopenhauer daarbij betrekt. Uiteindelijk krijgt zijn ethiek echter een dieptedimensie wanneer men onderkent van waaruit deze geschreven is. Het heeft natuurlijk daarmee te maken dat individuatie *schijn* is. En dat heeft weer daarmee van doen dat ruimte en tijd uiteindelijk niet in de werkelijkheid verankerd liggen, maar in het menselijk intellect dat zich daarvan bedient om de werkelijkheid te leren kennen (ideeën die hij aan Kant ontleende).[49] De hoogste bekroning krijgt de ethiek van Schopenhauer dan in de identificatie van de mens met al wat leeft. Diegene die in alles wat leeft zijn eigen wezen herkent, wiens bestaan derhalve met het bestaan van alle anderen samenvalt, diegene verliest door de dood ook slechts een klein aandeel van zijn bestaan:

> er besteht fort in allen andern, in welchen er ja sein Wesen und sein Selbst stets erkannt und geliebt hat, und die Täuschung verschwindet, welche sein Bewusstsein von dem der übrigen trennte.[50]

Het is duidelijk dat dit hoge ethische inzicht op het eerste gezicht moeilijk te realiseren valt. Maar is dat niet altijd het geval wanneer een hoog ethisch ideaal wordt geformuleerd? Is dat niet hetzelfde bij de kern van de ethiek zoals ons deze door Jezus, Albert Schweitzer, Ghandi of Tolstoi wordt gepresenteerd?[51] Het zal misschien ook geen verbazing wekken dat weinig schopenhauerianen tot in de laatste consequenties zijn meegegaan met wat schopenhauer aanbeveelt: de ontkenning van de wil tot leven. Toch lijkt de ethische houding die Schopenhauer aanbeveelt in gematigde vorm een goed richtsnoer om als ideaal te hanteren. Het is misschien door niemand korter en bondiger gezegd dan door de schopenhaueriaan Paul Deussen die stelt dat de ware morele houding in de mogelijkheid ligt van de 'Erweiterung des Ich über die Aussenwelt'.[52]

Deussen geeft op een didaktisch aantrekkelijke manier ook aan hoe we de ethiek van Schopenhauer tot leven kunnen brengen in onze alledaagse ervaringswereld. Er is een manier waarop het categorisch imperatief in de verschijningswereld zijn entrée kan maken, schrijft hij. Dat kan doordat het zijn natuurlijke grenzen verbreedt. Allereerst doordat het ook onze familie, stamgenoten, landgenoten en tenslotte alle medemensen, zelfs de dieren en de gehele natuur 'zu empfinden und zu behandeln wie früher nur das eigene Selbst'.[53] In de instinctieve liefde tot onze echtgenoten, onze kinderen, onze medeburgers toont de natuur ons de weg waardoor eros, naar filia en agapè voert 'zum christlichen Liebe, die alles Lebende und Leidende umfasst, sich selbst im andern findet und fühlt und somit die fremden Leiden empfindet als die eigenen', schrijft Deussen in een poging om het christendom toch weer met het perspectief van Schopenhauer te verzoenen.[54] Het is echter duidelijk dat hij daarmee een zeer 'eigen christendom' presenteert en een interpretatie van de leer van de meester waarmee deze zelf niet accoord zou gaan. Het christendom predikt namelijk helemaal niet de uitbreiding die Deussen in het voetspoor van Schopenhauer meent te moeten aanprijzen. In het christendom – in tegenstelling tot boeddhisme en hindoeïsme – houdt de morele gemeenschap bij de

48 Schopenhauer, *Über die Grundlage der Moral,* p. 777.
49 Schopenhauer, *Über die Grundlage der Moral,* p. 811.
50 Schopenhauer, *Über die Grundlage der Moral,* p. 812. In deze zin ook: Fechner, G.Th., *Das Büchlein vom Leben nach dem Tode,* 3e Auflage 1887.
51 En andere 'Gesinnungsethiker'. Vgl. daarover: Weber, Max, *Politik als Beruf,* Siebente Auflage, Duncker & Humblot, Berlin 1982 (1919).
52 Deussen, *Allgemeine Geschichte,* II, 3, p. 268.
53 Deussen, *Allgemeine Geschichte,* II, 3, p. 269.
54 Deussen, *Allgemeine Geschichte,* II, 3, p. 269.

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

mensen op. De leer van Kant lijkt daarom meer in overeenstemming met de christelijke godsdienst dan die van Schopenhauer.

7.9 De waarde van de filosofie van Schopenhauer voor een nieuwe ecologische ethiek

Een en ander heeft echter van doen met de eigenaardigheid dat Deussen – geheel tegen de bedoelingen van Schopenhauer zelf in – weer een verzoening tot stand heeft proberen te brengen tussen christendom, Kant en Schopenhauer. Wij kunnen dit punt hier verder laten rusten. Voor ons is slechts van belang de vraag of de filosofie van Schopenhauer een basis kan vormen voor een nieuwe ethiek, een nieuwe inspiratiebron wellicht voor een verklaring van de rechten van levende wezens, een verklaring waarbij de rechten en belangen van andere aardbewoners dan de mens in acht worden worden genomen, en die vraag kan men niet anders dan bevestigend beantwoorden. Schopenhauer heeft inderdaad de ethiek van Kant een stap verder gebracht.

Terecht zijn dan ook de concluderende opmerkingen die Deussen maakt bij het denken van Kant in zijn geschiedenis van de filosofie. Deussen staat zeer positief tegenover Kant. Maar het bleef toch wachten op de voltooiing van de kantiaanse erfenis. Er zijn losse einden. Dat zou zo blijven 'bis die Vorsehung den Mann herbeiführte, welcher allein imstande war, Kants Gedanken in ihrer vollen Tiefe zu erfassen, sie von den ihnen anhaftenden Schlacken zu reinigen und in ihren Konsequenzen zu einem System von unvergänglichen Werte fortzuentwickeln'.[55]

Die man was – natuurlijk – Schopenhauer. Deussen ziet in Schopenhauer de diepere denker ten opzichte van Kant. 'Dem fast übermenschlichen Scharfsinnen Kant' was het gelukt de grondslagen van een nieuwe ethiek te ontwikkelen, schrijft Deussen, 'Schopenhauers unermesslich weiter und tiefer Geist war dazu berufen, diese Entdeckung fruchtbar zu machen, indem er ihre Strahlen von dem Centrum des eigenen Innern aus bis zur Peripherie der Welt ausbreitete und dadurch wissenschaftlich gewann, was Jahrtausende lang die ahnungsvollen Stimmen der Weisesten unter den Menschen nur bildlich auszudrücken wussten'.[56]

Het is een gezwollen passage, zeker. Het is een toon die we in een cynische tijd niet gemakkelijk meer zullen aanheffen. Maar is het werkelijk zo wereldvreemd?

7.10 De notie van een 'morele blinde vlek'

Het valt te vrezen dat de hiervoor gepresenteerde stelling van Schopenhauer, Bentham en anderen die hebben gebroken met het radicaal anthropocentristisch wereldbeeld van Kant – de stelling namelijk dat dieren moeten worden gezien als wezens met een morele status en eventueel ook rechten – voor vele lezers een 'dode hypothese' is. Dat laatste is een term die is geïntroduceerd door William James.[57] Hij doelt daarmee op het psychologisch feit dat sommige ideeën weliswaar logisch zouden kunnen verdedigd, maar dat ze voor mensen eenvoudigweg geen levensvatbare optie zijn. Men acht dat soort zaken 'absurd', te gek om over te praten, en ja, te gek om over na te denken zelfs. Er zijn ook maar weinig mensen die zich überhaupt *uitgedaagd* voelen door een argumentatie overeenkomstig de lijnen zoals uitgezet door Schopenhauer en door Bentham. Men begint met het opsommen van verschillen tussen mens en dier – alsof *iemand* die zou ontkennen.

55 Deussen, *Allgemeine Geschichte,* II, 3, p. 290.

56 Deussen, Paul, *Die Elemente der Metaphysik,* J.J. Meyer, Aachen 1877, p. 45.

57 James, William, 'The Will to Believe', in: William James, *Writings 1878-1899,* The Library of America 1984, pp. 457-479.

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

Het is inderdaad uitermate moeilijk om door een muur van onwil en onbegrip heen te breken. Toch kan men daar naar blijven zoeken. Een geschikt aanknopingspunt is misschien het stellen van de vraag wat vroegere generaties zouden hebben gedacht van onze morele handel en wandel? Hoe zou bijvoorbeeld Socrates denken over ons hedendaags moreel besef? Hoe zou Boeddha oordelen over de ethiek van de twintigste eeuwer? Wat zou Jezus denken van onze moderne lijst van ethische waarden, zoals opgesomd in de Universele Verklaring van de Rechten van de Mens (1948)?

De gedachte dat we het huidige morele klimaat kunnen toetsen aan normen die in het verleden zijn ontwikkeld, is ons kennelijk heel vertrouwd. Daarin komt een vaak al dan niet expliciet uitgesproken veronderstelling tot uiting dat het juiste morele gezichtspunt *reeds gevonden* is. Bijvoorbeeld de gulden regel ('wat gij niet wilt dat u geschiedt, doe dat ook een ander niet') is al eeuwen oud. Maar ook lijsten van normen als dat je niet mag doden, niet mag stelen, niet mag liegen zijn al lang geleden geformuleerd en eindeloos herhaald. Van de wetten van Hammurabi, van de Tien Geboden, tot een modern wetboek van strafrecht – veel zaken zijn identiek. De bescherming van het leven en de bescherming tegen diefstal zijn van alle tijden en plaatsen.

De verleiding is groot om te denken dat we eigenlijk wel *weten* hoe we goed zouden moeten leven. Het probleem is alleen dat we het niet *doen.* De geest is gewillig, het vlees is zwak, zegt men dan. Maar zeker zo interessant als het oordeel van het verleden over het heden, lijkt een andere vraag. Hoe zouden *toekomstige* generaties denken over onze morele ontwikkeling? Hoe zouden zij aankijken tegen de wijze waarop wij onze samenleving hebben ingericht? Niemand weet natuurlijk welke moreel exemplarische figuren de toekomst in petto heeft, welke moderne equivalenten voor Socrates, Boeddha en Jezus zich zullen manifesteren. Maar dát zij er zullen zijn ligt voor de hand. Hoe zouden die toekomstige morele leraren tegen ons aankijken? Tegen de wijze waarop mannen en vrouwen met elkaar omgaan? De manier waarop we ons verhouden tot medemens, milieu en dier?

Alvorens die vraag te beantwoorden is het misschien interessant eerst eens te kijken naar hoe wij het verleden bezien en er dan met name op te letten hoe bepaalde zaken die we *nu* als morele vanzelfsprekendheden zien *toen* werden gewaardeerd.

7.11 Slavernij: een morele blinde vlek van de ouden

Neem slavernij.

Een van de meest fascinerende fenomenen in de cultuurgeschiedenis van de mensheid is de wijze waarop elementen die wij nu zien als de hoogste uitingen van onze beschaving, vermengd waren met zaken die wij nu zien als manifestaties van een stuitend barbarisme.

Dat valt duidelijk te maken met een voorbeeld. Drie denkers zijn in zekere zin representief voor het hoogste wat respectievelijk de klassiek-griekse, de middeleeuws-christelijke en de modern-humanistische cultuur is geworden. Men kan denken aan Plato, Thomas van Aquino en Thomas Jefferson.

Plato formuleerde in de vijfde eeuw voor Christus een hoogstaand ideaal van een oriëntatie op absolute zedelijke waarden.

Thomas van Aquino probeerde in de dertiende eeuw de middeleeuwse cultuur van een duurzaam christelijke signatuur te voorzien door het klassieke denken en het bijbelse met elkaar te verzoenen.

Thomas Jefferson schreef in 1776 de Amerikaanse Onafhankelijkheidsverklaring waarin hij proclameerde dat 'all men are created equal'. Mensen zouden in het bezit zijn van enkele onvervreemdbare rechten als 'life, liberty, and the pursuit of happiness'. Deze theorie over mensenrechten heeft tegenwoordig mondiale betekenis gekregen. Niet alleen omdat de mensenrechten door de Verenigde Naties in 1948 tot 'common standard of achievement' werden verklaard, maar ook omdat de meeste naoorlogse grondwetten mensenrechten hebben opgenomen als idealen voor overheidsoptreden.

Maar ondanks deze verheven theorieën – theorieën die wij geneigd zijn om als hoogtepunten te zien van wat de westerse beschaving heeft voortgebracht – hadden zij alle drie een *morele blinde vlek.* Althans vanuit ons hedendaags gezichtspunt bezien. Zowel Plato als de twee Thomassen bleken

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

namelijk geen enkel probleem te hebben met slavernij. Plato verdedigde slavernij zelfs[58] (net als zijn leerling Aristoteles trouwens). Datzelfde gold voor Thomas van Aquino.[59] En Jefferson gedoogde slavernij. Plato *had* ook vier slaven. Thomas Jefferson had er in 1787 – dat was in het jaar dat de Amerikaanse grondwet werd aangenomen – zelfs meer dan 149.[60]

De slavernij werd pas in de achttiende eeuw van enkele kritische kanttekeningen voorzien (onder andere door de filosoof Condorcet) en na een lange strijd uiteindelijk in de negentiende eeuw afgeschaft. Dat was negentien eeuwen(!) na het proclameren van de bergrede die toch vele van die christelijke plantagehouders in het Zuiden van America althans voorgaven te onderschrijven.

7.12 Wreedheid bij de romeinen

Die merkwaardige mengeling van beschaving en barbarij – nogmaals: zoals *wij* dat nu zien – tref je ook in andere perioden aan. Denk aan de wreedheden in de Romeinse beschaving. De negentiende eeuwse historicus W.E.H. Lecky heeft een overzicht gegeven van de enorme wreedheden (tenminste zo ervaren wij dat tegenwoordig) die ten aanzien van zowel mensen als dieren werden begaan tijdens de Romeinse spelen.[61] Een beer en stier werden aan elkaar vastgeketend en rolden vechtend door het zand. Veroordeelden werden in dierenvellen gekleed en voor de wilde beesten gegooid die eerst gek waren gemaakt met gloeiende poken. Onder Caligula werden eens op één dag vierhonderd beren gedood. Onder Nero vochten vierhonderd tijgers met stieren en olifanten. Nero verlichtte zijn tuinen door christenen als kaarsen aan te steken. De 'craving for blood' was zo groot, schrijft Lecky, dat een vorst die de spelen zou afschaffen meer impopulair zou worden dan een vorst die geen graan zou uitdelen. Het volk wil brood en spelen, heet het. Vooral spelen dus.

Maar men kan ook denken aan zaken die dichterbij liggen. De handelingsonbekwaamheid van de gehuwde vrouw is in de jaren vijftig van deze eeuw opgeheven. Dat wil dus zeggen dat lange tijd juridisch een gehuwde vrouw min of meer onder curatele van haar echtgenoot stond. Het vrouwenkiesrecht dateert van het begin van deze eeuw.

Soms lijken ook zaken terug te komen die we gewaand hadden ver achter ons te hebben gelaten. De gladiatorengevechten zijn afgeschaft. Maar de kooigevechten zijn weer bijna reçu, zo lijkt het.

Het meest fascinerende met dit soort voorbeelden is dat zaken die ons tegenwoordig tot heftige verontwaardiging stimuleren door tijdgenoten nauwelijks werden besproken. Plato en Aristoteles *rechtvaardigden* de slavernij. Men kan zeggen: 'wat verschrikkelijk'. Ja, maar wat misschien nog wel erger is, is dat voor de mensen in hun samenleving het een punt was waarover niet eens werd nagedacht. Het werd geaccepteerd zonder dat het een rechtvaardiging behoefde.

De vraag is nu natuurlijk: hebben ook wij, *in deze tijd,* van die blinde vlekken, zoals we die nu in voorgaande generaties kunnen aanwijzen? Kijken over driehonderd jaar enkele morele voortrekkers of misschien wel de samenleving als geheel naar ons op dezelfde manier zoals wij nu naar Plato, Thomas van Aquino en Thomas Jefferson kijken in relatie tot de slavernij? En om welke morele blinde vlekken zou het dan gaan?

Een vleiend antwoord op die vraag zou natuurlijk kunnen zijn dat wij *geen morele blinde vlekken hebben.* In zekere zin ligt het zelfs voor de hand dat men zoiets zou antwoorden. Immers we zijn geneigd te denken dat wat we *nu* niet als een moreel probleem *ervaren* ook geen moreel probleem *is.* Kenmerkend voor een blinde vlek is dat hij blind is. Het eventuele morele falen van deze tijd wordt nog niet onderkend, althans niet door de grote meerderheid van de mensen. Maar wanneer we de

58 Plato, *De Republiek,* 469. St. Aristoteles, *Politica,* I/5.

59 Summa Theologica, I qu. 21 a 1 ad 3.

60 Klenner, Hermann, 'Human Rights: A Battle Cry for Social Changes or A Challenge to Philosophy of Law', in: *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie,* 1978/4, pp. 465-477, p. 471.

61 Lecky, W.E.H., *History of European Morals from Augustus to Charlemagne,* I, Longmans, London 1869, pp. 280-282.

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

geschiedenis overzien en ons realiseren dat elke tijd door een morele blindheid wordt gekenmerkt, dan is het moeilijk te geloven dat nu juist *onze* tijd daarvan geheel vrij zou zijn. Als dat het geval was, dan zou onze generatie een soort afwijking van het Algemeen Menselijk Patroon vormen. Dat ligt toch niet erg voor de hand.

7.13 Hoe komen we onze blinde vlekken op het spoor?

Wanneer we op het spoor willen komen van onze moreel blinde vlekken dan is het misschien interessant weer even terug te denken aan de blinde vlekken van voorgaande generaties. Waaruit bestaan die? Is daarin soms een bepaald patroon te onderkennen? Mijn antwoord zou het volgende zijn. Wat ons nog het meeste verbaast, is dat mensen niet in staat zijn de tegenspraken te onderkennen die zich – voor ons althans – voordoen tussen *bepaalde* onderdelen van een beschaving en *andere* delen. Wanneer slavernij voorkomt in een barbaarse samenleving, dan geeft ons dat niet te denken. We verwachten niet anders. Maar wat ons frappeert, is dat Plato en Aristoteles, mensen die zulke verheven ethische idealen wisten te formuleren, ja het *gelijkheidsbeginsel* zelfs onderschreven, slavernij hebben verdedigd. Het is het *contrast* dat ons treft: barbaarse enclaves in een overwegend geciviliseerde samenleving. Zeer grote geesten wisten kennelijk niet de verbinding te maken tussen hun eigen beleden uitgangspunten, theorieën, wetenschappelijke ontdekkingen zelfs, en bepaalde delen van hun cultuur.

Het blijkt een hard feit te zijn in de geestesgeschiedenis dat de consequenties van bepaalde 'morele ontdekkingen' soms pas honderden of zelfs duizenden jaren later getrokken worden. Laten we bijvoorbeeld weer eens kijken naar de erkenning van het gelijkheidsbeginsel, zoals dat naar voren komt in bepaalde morele theorieën of zelfs verklaringen van rechten.

Misschien is het aardig om een Nederlandse mensenrechtenverklaring als uitgangspunt te nemen. In de 'Verklaring van de Rechten van de Mens en de Burger', een Nederlandse mensenrechtenverklaring uit 1795, wordt gesteld dat *'alle* Menschen met gelyke rechten geboren worden'; dat '*ieder* Mensch het regt heeft, om God zoodanig te dienen, als hy wil, of niet wil, zonder daarin op eenigerlei wyze gedwongen te kunnen worden'; dat *'ieder* stem hebben moet in de wetgevende Vergadering der geheele Maatschappy, het zy persoonlyk, het zy door eene by hem mede gekozene vertegenwoordiging'; dat *'alle* Menschen gelyk zyn, allen verkiesbaar zyn to alle Ampten en Bedieningen zonder eenige andere redenen van voorkeur dan die van deugden en bekwaamheden'; dat 'een *iegelyk* het regt heeft om van ieder Amptenaar van het publiek bestuur rekening en verantwoording van zyn bewind te helpen afvorderen'; dat de 'Soeverainiteit by het *geheele* Volk berust' (cursivering toegevoegd; PC).

Maar 'alle', 'ieder', 'iegelyk' en 'geheel' betekent hier toch niet wat wij er nu onder geneigd zijn te verstaan.[62] Dat is onmiddellijk duidelijk wanneer men bedenkt dat het algemeen kiesrecht nog maar van het begin van deze eeuw dateert.

Een naïeve benadering die door kennisname van de historische feiten dus wordt geloochenstraft zou zijn dat tot 'de mens' wel zal worden gerekend wat de *biologische kenmerken* heeft van de soort homo sapiens. Maar zo blijkt dat niet te werken. We weten nu dat er een *biologische* soort homo sapiens is en een *sociale* soort homo sapiens. Wie tot de eerste categorie behoort, behoort nog niet tot de laatste categorie. Slaven, vrouwen, kinderen, zwarten, gelen, bruinen, roodhuiden – eeuwenlang was op hen de kwalificatie 'mens' in sociale zin niet van toepassing. Toen Odysseus thuiskwam hing hij voor relatief geringe vergrijpen eerst een dozijn slavinnen op die hij verdacht van ongehoorzaam gedrag tijdens zijn afwezigheid. Zo'n daad werd gezien als een 'matter of expediency, not of right

62 Vgl. hierover: Loof, J.P., 'De Verklaring van de rechten van de mens en van de burger – tweehonderd jaar mensenrechten in Nederland', in: *NJCM-Bulletin,* oktober 1996, pp. 867-872.

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

and wrong', zoals Aldo Leopold het formuleerde. De ethische structuur van die tijd was dat slaven eenvoudigweg nog niet onder het beslag van rechten vielen.[63]

7.14 Vrouwen en dieren

Dat zou nog duizenden jaren het geval blijven, hoewel het *beginsel* van gelijkheid zich al aan het begin van onze jaartelling als een belangrijk ethisch principe had opgedrongen. Maar de beschavingsgeschiedenis bestaat kennelijk daaruit dat men langzaam aan alle sub-categorieën van de biologische soort *Homo Sapiens* als 'mensen' in de zin van 'ethisch gelijkwaardige mensen' en als subject van bepaalde rechten gaat erkennen. Blank of zwart; man of vrouw; kind of volwassene – het zijn allen mensen.

Het heeft bijna tweeduizend jaar geduurd voordat men dat idee in zijn uiterste consequenties ging doordenken. Dat manifesteert zich onder andere in de moeizame erkenning van de rechten van vrouwen. Toen Mary Wollstonecraft in 1792, drie jaar voor de 'Verklaring van de Rechten van de Mens en de Burger', haar *Vindication of the Rights of Woman* schreef, riep dat nog veel hilariteit op.[64] Er verscheen een anoniem geschrift van een filosoof uit Cambridge die wij nu hebben kunnen identificeren als Thomas Taylor, die verklaarde dat de argumentatie die Wollstonecraft ten beste gaf ook zou kunnen worden gehanteerd voor dieren. Daarmee was volgens Taylor afdoende aangetoond dat vrouwen *niet* het subject konden zijn van rechten.

Wanneer we nu tegen die redenering aankijken treft ons dat als naïef. De gedachte dat misschien ook dieren wel bepaalde rechten zouden kunnen hebben komt kennelijk bij Taylor niet op. Maar een hedendaagse vraag zou kunnen zijn wat zich daar eigenlijk tegen zou verzetten? Waarom zouden we niet dieren, net als vrouwen, zwarten en slaven kunnen erkennen als *dragers van rechten?*

Een van de meest voorkomende strategieën om aan dieren rechten te ontzeggen, is door erop te wijzen dat zij een bepaald kenmerk X zouden missen dat hen ongeschikt maakt als dragers van rechten. De redenering is vaak deze. Men gaat ervan uit dat alleen mensen kenmerk X hebben en op basis van kenmerk X wordt dan aan dieren ontzegd dat zij dragers van rechten kunnen zijn.

Het bekendste voorbeeld van deze argumentatie is die van Immanuel Kant. Hiervoor zijn we uitvoerig stil gestaan bij zijn ideeën op dit punt.

7.15 Bentham en Jefferson

Voorondersteld aan deze opvatting van Kant is dat wanneer bij een bepaalde soort intellectuele vermogens worden aangetroffen dit zou moeten worden 'beloond' door het toekennen van rechten. Misschien dat er een onderbouwing van die stelling te geven is, maar die zou dan wel nadrukkelijk gepresenteerd moeten worden.

Het ongerijmde van de redenering van Kant kan men duidelijk maken met een citaat van Jefferson. Jefferson schreef eens dat hoewel Sir Isaac Newton superieur is aan anderen in intellectueel opzicht, dit nog niet betekent dat hij ook meer rechten heeft of hij de rechten van anderen mag schenden.[65] Voor Jefferson zijn intellectuele vermogens kennelijk niet doorslaggevend voor de vraag of we een wezen rechten moeten toekennen.

63 Leopold, Aldo, 'The Land Ethic', in: Pierce, Christine, en VanDeVeer, Donald, *People, Penguins, and Plastic Trees,* Basic Issues in Environmental Ethics, Second Edition, Wadsworth Publishing Company, Belmont etc. 1995, p. 142.

64 Wollstonecraft, Mary, *Vindication of the Rights of Woman,* edited with an introduction by Miriam Brody Kramnick, Penguin Books, Harmondsworth 1982 (1792).

65 Aangehaald bij: Singer, Peter, *Animal Liberation,* Second Edition, Jonathan Cape, London 1990, p. 6.

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

Diezelfde gedachte treft men aan bij Jeremy Bentham en Bentham verwoordde ook de radicale consequentie die men uit het inzicht van Jefferson kan trekken. Die consequentie is deze. Als verschil in intellectuele capaciteiten *tussen mensen* niet relevant is voor een verschil in rechten (hetgeen trouwens ook uitgangspunt lijkt te zijn in de behandeling van geestelijk gehandicapten en babies – die we tenslotte ook niet rechteloos verklaren), waarom zou datzelfde verschil dan wél relevant zijn *tussen mens en dier?*

In een bekende passage die hiervoor al is aangehaald schreef hij dat er een tijd zou kunnen komen waarin de rest van de schepping de rechten erkend zou krijgen die alleen door tirannie aan hen onthouden is. De Fransen hebben ontdekt dat de zwartheid van de huid geen reden is om een menselijk wezen aan de willekeur van zijn onderdrukker uit te leveren.[66] Er zou best eens een dag kunnen komen waarop we tot het inzicht komen dat het aantal benen dat we hebben, de aard van de huid of de aard van het beendergestel geen reden zijn om verschil te maken ten aanzien van het respecteren van rechten. Ook die zogenaamde verheven kenmerken – redelijkheid, waardigheid, het vermogen tot taal – zijn niet toereikend om de mens uit het rijk der natuur te verheffen. Men wijst wel op de betekenis van de *rede,* zegt hij. Maar een volgroeide hond of een volwassen paard is ongetwijfeld redelijker dan een kind van een dag, een week of een maand oud. En dan volgt die beroemde zin van Bentham die in alle boeken over dierenrechten en dierenwelzijn wordt aangehaald: 'The question is not, Can they *reason?* nor Can they *walk?* but, Can they *suffer?*'[67]

Dat was in 1789. Bentham's opmerking werd door zijn tijdgenoten totaal niet opgemerkt. Het rationalistisch wereldbeeld had voor deze bizarre gedachte geen enkele aandacht. Zoals hiervoor reeds bleek, vijf jaar later zou Immanuel Kant formuleren dat mensen alleen maar verplichtingen kunnen hebben tegenover andere mensen.

7.16 Can they suffer? Een paard wel, een garnaal niet

Toch had Bentham met de vraag of dieren kunnen lijden een punt gemaakt. Het gaat inderdaad niet om de vraag of die wezens kunnen redeneren of ze kunnen lopen, maar of ze kunnen lijden.

Daarmee hebben we dan tevens een criterium aan de hand gedaan op grond waarvan we kunnen beoordelen welke dieren *wel* en *niet* een morele statuur kunnen hebben. Het zijn de dieren die kunnen lijden. Een garnaal lijdt minder dan een paard. Daarom lijkt het redelijk ook meer rekening te houden met de belangen van een paard dan met de belangen van een garnaal.

Hoe weten we wat in een dier omgaat, zal men vragen? Hoe weten we wat dieren voelen? In beginsel hebben we daarvoor geen andere criteria dan die we hebben voor mensen. Wij weten van elkaar

66 Zeer vooruitstrevend over dit onderwerp was de Franse verlichter Condorcet. Hij correspondeerde met Benjamin Franklin in 1773 over de mogelijkheden die de negers zouden hebben tot ontplooiing van hun capaciteiten. Franklin antwoorde op 20 maart 1774: 'Ik denk dat hun natuurlijk begripsvermogen niet te kort schiet, maar zij missen het voordeel van de scholing'. In 1781 viel Condorcet in een in Zwitserland uitgegeven betoog, *Réflexions sur l'esclavage des nègres,* de Amerikaanse kolonisten en andere verdedigers van slavernij aan. Het maakte in 1781 echter nog niet veel indruk. Pas zeven jaar later, toen het opnieuw werd uitgegeven, vond het een zekere weerklank. Bentham's *Introduction to the Principles of Morals and Legislation* dateert van 1780. Vgl. Badinter, Elisabeth, en Badinter, Robert, *Markies de Condorcet,* 1743-1794, Een intellectueel in de politiek, Uitgeverij G.A van Oorschot, Amsterdam 1993 (oorspronkelijk in het Frans, Parijs 1988), p. 128.

67 Bentham, Jeremy, An Introduction to the Principles of Morals and Legislation, edited by J.H. Burns and H.L.A. Hart, Methuen, London/New York 1982, p. 283 (ch. 17). Dit werk van Bentham werd gedrukt in 1780, maar pas negen jaar later gepubliceerd omdat de schrijver onvolkomenheden had ontdekt. Honderd jaar later, in 1880, merkte Minister Modderman in de Kamer op dat het wel eens zou kunnen zijn dat de stelling dat dieren geen rechten hebben geen andere grond heeft dan het feit dat de vraag 'Wie heeft rechten?' door *mensen* beantwoord werd. Vgl. Verburg, M.E., *Geschiedenis van het Ministerie van Justitie,* Deel I, Sdu, Den Haag 1994, p. 418. In datzelfde jaar 1880 merkte de evolutionist Asa Gray op dat we niet willen erkennen dat mensen van dieren afstammen, omdat zulks zou betekenen dat we dieren ook rechten zouden moeten geven. En dat willen we niet. Vgl. Gray, Asa, *Natural Science and Religion,* Charles Scribner's Sons, New York 1880, p. 103.

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

niet wat wij voelen. Wat wij kunnen doen, is elkaars reacties duiden. Sla Afshin Ellian met een stok op zijn hoofd en hij roept 'au'. De pijn die hij voelt is hem uit eigen ervaring bekend. Als Afshin nu een hond met een stok op zijn hoofd slaat en die hond roept 'kai' dan is het waarschijnlijk dat die hond iets soortgelijks heeft gevoeld als Afshin. Wellicht dat een vergelijking van ons centraal zenuwstelsel nog additioneel materiaal aandraagt voor ons vermoeden dat wanneer we eenzelfde zenuwstelsel hebben, we ook hetzelfde soort gevoelens zullen hebben.

Natuurlijk, deze conclusies zijn allemaal maar voorlopig. Misschien dat in de toekomst biologen ontdekken dat ook garnalen pijn voelen of zelfs planten. Dan zou dat een reden zijn om ons gedrag ten aanzien van garnalen en planten aan te passen. Maar voorlopig zitten we in een morele fase waarin we bepaalde 'gevoelige' wezens een morele status ontzeggen louter op basis van het feit dat zij niet de *macht* hebben om voor hun belangen op te komen. Wij verwachten dan ook dat dát de blinde morele vlek zal blijken te zijn waarover toekomstige generaties zich met verbazing zullen buigen wanneer zij onze tijd bestuderen.

Het ligt voor de hand dat toekomstige generaties met verbijstering zullen kijken naar de uiterst langzame erkenning van het idee dat ook dieren een morele status hebben. Zij zullen naar ons kijken en het volgende over ons zeggen. 'Hoe kan dat nou toch? Zij zien dat geluk en het vermijden van lijden belangrijke waarden zijn. Zij zien dat een volwassen ethiek daar rekening mee moet houden. Zij zien dat niet alleen menselijke dieren lijden, maar ook niet-menselijke. Maar tóch slagen zij er niet in om de verbinding tussen die ideeën te leggen?'.

Net als het Griekenland van Plato of het America van Thomas Jefferson zal waarschijnlijk ook onze samenleving er één blijken te zijn waarin beschaving en barbarij op een intrigerende manier met elkaar verstrengeld zijn.

De vraag is dan: hoe kan daarin verandering komen? Hier presenteren zich twee perspectieven: dat van de dierenbevrijding en dat van het toekennen van rechten aan dieren.

7.17 Peter Singer over de bevrijding van dieren

De meest bekende protagorist van het eerste perspectief is de Australische filosoof Peter Singer.[68] Diens pleidooi voor dieren-bevrijding in 1975 *(Animal Liberation)* opende talloze mensen de ogen voor het lijden dat wij dieren aandoen. Deze tirannie heeft in het verleden al een grote hoeveelheid pijn en lijden veroorzaakt en dat gaat door tot op de dag van vandaag, aldus Singer. 'The struggle against this tyranny is a struggle as important as any of the moral and social issues that have been fought over in recent years'.[69]

Hij zegt zich ervan bewust te zijn dat de meeste lezers zijn standpunt als 'wild exaggeration' zullen afdoen. Maar is dat niet altijd aan de orde wanneer men zich met een ongebruikelijk standpunt tot andere mensen richt?

Het is van belang te benadrukken dat het niet gaat om het standpunt dat we dieren zo lief en aardig vinden. Men behoeft niet in het bijzonder een liefhebber van dieren te zijn om de strijd voor dierenbevrijding te steunen. 'We didn't "love" animals', schrijft Singer over zijn vrouw en zichzelf. 'We simply wanted them treated as the independent sentient beings that they are, and not as means to human ends – as the pig whose flesh was now in our hostess's sandwiches had been treated'.

Uit de hiervoor aangehaalde passages blijkt al dat Singer zich niet beroept op *rechten* van dieren. Hij is geen voorstander van rights-talk. Singer is *utilist* en hij beweegt zich dus in de traditie van

68 Zijn bekendste boek is: Singer, Peter, *Animal Liberation,* Second Edition, Jonathan Cape, London 1990 (1975). Vgl. verder: Singer, Peter, *How Are We to Live?,* Ethics in an Age of Self-Interest, Prometheus Books, Amherst, New York 1995 (1993); Singer, Peter, *Life & Death,* The Collapse of Our Traditional Ethics, Oxford University Press, Oxford etc. 1994; Cavalieri, Paola & Singer, Peter, *The Great Ape Project,* Equality beyond Humanity, Fourth Estate, London 1993.

69 Singer, *Animal Liberation,* p. i.

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

Bentham. Hij heeft het over de dieren als 'sentient beings' en daarop is ook zijn betoog voor hun belangen gebaseerd. Zouden zij geen gevoel hebben, dan zouden we ons aan hun belangen niets gelegen behoeven te laten liggen. (Denk aan Bentham's vraag: 'Can they suffer'?). Misschien kan men in het utilisme van Singer nog wel een kantiaanse correctie onderkennen. Immers hij zegt ook dat we de dieren niet als *middelen* mogen gebruiken voor *onze* doelen. Maar daar blijft het dan bij. Hij stapt niet over op 'rights-talk'.

Singer is een glashelder auteur met een indringende betoogtrant. Zijn *Animal Liberation* heeft dan ook veel betekend voor zaak van de dierenbevrijding. Typerend is echter dat deze filosoof ook steeds praktisch blijft. Hij verdiept zich niet alleen in vragen van principe, maar ook van strategie. Hoe komt het bijvoorbeeld dat de dierenbevrijding zo moeizaam van de grond komt, vraagt Singer?

Allereerst is een significant verschil met andere bevrijdingsbewegingen dat de geëxploiteerde groep geen georganiseerd protest kan laten horen tegen de behandeling die hen ten deel valt. Er zijn anderen die het pleit moeten voeren. 'Human beings in pain (...) have one behavioral sign that nonhuman animals do not have: a developed language'.

Een ander probleem is dat de exploiterende groep direct geïnvolveerd is in het proces van uitbuiting. Er zijn maar heel weinig mensen die niet op de een of andere wijze dieren eten, op dieren jagen, cosmetica gebruiken die op dieren is uitgetest enz. Dat is een andere situatie dan bijvoorbeeld de bewoners van de Noordelijke staten die de Zuiderlingen kritiseerden ten tijde van de slavernij. 'People who eat pieces of slaughtered nonhumans every day find it hard to imagine what else they could eat. On this issue, anyone who eats meat is an interested party. They benefit – or at least they think they benefit – from the present disregard of the interests of nonhuman animals'. Hoevelen van de Zuiderlijke slavenhouders werden daadwerkelijk overtuigd door de argumenten van de Noorderlingen?

Dit soort vergelijkingen provoceren natuurlijk en zij irriteren ook. Singer is zich daarvan bewust. Maar hij blijft hameren op zijn punt. Telkens stelt hij ook de heersende semantische onderscheidingen aan de kaak. We gebruiken het woord 'dier' in de betekenis van 'niet menselijk dier'. Een dergelijk taalgebruik plaatst de dieren al apart van de niet-menselijke dieren – iets dat iedereen die ook maar elementaire kennis heeft van biologie weet dat onjuist is.

7.18 Tom Regan en de rechten van dieren

Nu weten we dat op het utilisme in de continentale filosofie allerlei reacties zijn gekomen. Men kon dan ook voorspellen dat op het utilistisch pleidooi voor de bevrijding van dieren een op rechten gebaseerd pleidooi zou volgen. Bentham wees de mensenrechten van zijn tijd af als 'nonsense upon stilts',[70] maar hij heeft de traditie van het formuleren van wensen in de vorm van rechten niet stop kunnen zetten. Integendeel, de enorme proliferatie van rechten moest in de tijd van Bentham eigenlijk nog plaatsvinden.

Na Singer werden ook verschillende pleidooien voor de rechten van dieren gehouden. Met name Tom Regan is naar voren gekomen als een invloedrijk auteur op dit terrein.[71] Regan wil twee stellingen verdedigen. Allereerst dat dieren bepaalde basale rechten hebben en als tweede dat die rechten een fundamentele verandering van de manier waarop wij dieren behandelen met zich mee zouden moeten brengen.[72] Hij stelt verder dat men niet moet denken dat de dierenrechtenbeweging op de een of andere manier gekant zou zijn tegen de mensenrechtenbeweging. 'The animal rights movement is a part of, not opposed to, the human rights movement'.

70 Vgl. hierover: Waldron, Jeremy, (ed.), *Nonsense upon stilts,* Bentham, Burke and Marx on the rights of man, Methuen, London and New York 1987.

71 Regan, Tom, *The Case for Animal Rights,* Routledge & Kegan Paul, London/Melbourne/Henley 1983.

72 Regan, *The Case for Animal Rights,* p. xii.

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

Dat we de dierenrechten heel serieus moeten nemen en dat we ons ook geen vergissingen kunnen veroorloven in het opkomen voor de belangen van dieren is duidelijk. Dieren kunnen immers niet voor zichzelf opkomen en zij kunnen het ook niet zeggen wanneer zij ontevreden zijn over hun belangenbehartigers. Dat noopt tot extra voorzichtigheid.

Regan gaat uitvoerig in op de theorie van Descartes. Volgens Descartes zijn dieren 'thoughtless brutes', automata, machines. Ondanks de schijn van het tegendeel: dieren hebben geen bewustzijn, zijn kunnen niets zien noch iets horen. Zij ervaren noch honger noch dorst, noch angst, noch boosheid. Dieren zijn als klokken. Net als klokken kunnen dieren dingen beter dan mensen, maar zij zijn zich nergens van bewust.

Een van de manieren om Descartes te kritiseren was zijn gedachten te radicaliseren en deze ook op mensen van toepassing te verklaren. Dat deed Lamettrie. Als we dieren niet als bewuste wezens zouden moeten beschouwen omdat we hun gedrag middels mechanische principes kunnen verklaren, waarom zouden we dan niet hetzelfde doen met mensen, vroeg LaMettrie zich af? En zouden we dan niet moeten aannemen dat niet alleen dieren, maar ook mensen machines zijn?

In zekere zin verloopt de strategie van de argumentatie bij Regan analoog aan die van Singer. Het komt er telkens op neer dat de mens wordt aangesproken op inconsistenties in zijn waarderingen.

Na een lange analyse (Regan is een iets taaier auteur dan Singer) komt Regan tot de slotsom dat dieren een psychofysische identiteit over een bepaalde tijdsperiode hebben. Aangezien dat het geval is spreken we *niet* in metaforen wanneer we het goede, het belang en het welzijn van dieren formuleren. Net als het goed kan gaan met een mens, kan het ook met een dier goed gaan.

Dieren hebben ook een mate van autonomie, de preferentie-autonomie. We kunnen ze voordelen geven *(benefits)* maar ze ook schaden *(harm).* Dieren leven goed – net als mensen – naar mate zij (i) kunnen nastreven en verkrijgen wat zij willen, (ii) zij bevrediging kunnen putten in het nastreven en verkrijgen wat zij willen, (iii) wat zij verkrijgen in hun belang is.

Rond deze problematiek heeft zich inmiddels een enorme discussie ontwikkeld. Wie op Internet gaat zoeken naar 'animal rights' wordt geconfronteerd met vele artikelen.[73] Ook de meeste inleidingen in de ethiek die in het Engels verschijnen, bevatten hoofdstukken over de rechten en het welzijn van dieren.[74]

James Rachels, een van de meest interessante auteurs op dit terrein,[75] gaat – geïnspireerd door Darwin – frontaal de confrontatie aan met het westerse mensbeeld: 'The traditional doctrine of human dignity is speciesist to the core, for it implies that the interests of humans have priority over those of all other creatures'.[76] De dieren-activisten pleiten voor een radicale verandering van onze wereldbeschouwing, waarbij zij vaak ook een confrontatie aangaan met de dominante anthropocentische uitgangspunten van onze cultuur.

Wanneer we vanuit déze optiek naar de Universele Verklaring voor de Rechten van de Mens gaan kijken en beoordelen of de 'menselijke waardigheid' een geëigende notie is om onze ultieme morele binding op te grondvesten is duidelijk wat het antwoord moet zijn. Dat luidt ontkennend. De menselijke waardigheid is welbeschouwd een discriminerende notie, omdat het een onderscheid maakt waar geen onderscheid gemaakt zou mogen worden. Het lijkt niet al te speculatief te veronderstellen

73 Vgl. voor een eerste kennismaking: Pierce, Christine, en VanDeVeer, Donald, *People, Penguins, and Plastic Trees,* Basic Issues in Environmental Ethics, Second Edition, Wadsworth Publishing Company, Belmont etc. 1995.

74 Vgl. Nuttall, Jon, *Moral Questions,* An Introduction to Ethics, Polity Press, Oxford 1993, pp. 178-194; McInerney, Peter K., en Rainbolt, George W., *Ethics,* Harper Perennial, Harper Collins, New York 1994, pp. 203-217; Singer, Peter, *Practical Ethics,* Cambridge University Press, Cambridge etc. 1990 (1979), pp. 48-72; Art, Brad, *Ethics and the Good Life,* A Text with Readings, Wadsworth, Belmont, California 1994, pp. 487-513.

75 Rachels, James, *Created from Animals,* The Moral Implications of Darwinism, Oxford University Press, Oxford etc. 1991. Vgl. verder: Rachels, James, *The End of Life,* Euthanasia and Morality, Oxford University Press, Oxford etc. 1986, in het Nederlands vertaald onder de titel *Leven en sterven.* Met een voorwoord van H.M. Dupuis, Het Spectrum, Utrecht 1987; Rachels, James, ed., *Moral Problems,* Third Edition, Harper/Collins Publishers, New York 1979.

76 Rachels, *Created from Animals,* p. 181.

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

dat déze tijd wordt gekenmerkt door een morele blinde vlek jegens dieren en dat we over tweehonderd jaar met dezelfde verbazing naar de Universele Verklaring van de Rechten van de Mens kijken als wij nu naar een of andere codificatie van de rechten van bepaalde standen of een democratie die slaven en vrouwen uitsluit. De huidige grondslag van de Universele Verklaring van de Rechten van de Mens zal worden beschouwd als botte discriminatie.

Maar, zo zal misschien iemand tegenwerpen, is de hier ingezette lijn niet volledig in strijd met het in hoofdstuk zes beweerde? Daar is betoogd dat proliferatie van rechten een grote bedreiging vormt voor de traditie van het denken in mensenrechten. Is het toekennen van rechten *aan dieren* dan niet een volgende te laken stap in dat proces?

Het antwoord luidt ontkennend. Het toekennen van rechten aan dieren is geen proliferatie van rechten, omdat het geen nieuwe rechten creëert. De dierenrechten-beweging vraagt slechts om een gelijke distributie van rechten en opheffing van discriminatie. De discriminatie van het *speciesisme.*

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

8 Geldt vrijheid van meningsuiting ook voor mensen in overheidsbetrekking?

In hoofdstuk zes is uiteengezet dat men *teveel* rechten kan creëren. De proliferatie van hoger recht leidt tot inflatie van hoger recht. Bovendien leidt het tot een ontstaan of vergroten van het democratisch tekort. Het rechtsstatelijke element van de democratische rechtsstaat slokt het democratische op. Door de proliferatie van hoger recht transformeren de meeste democratische rechtsstaten in de westerse wereld zich tot *on*democratische rechtsstaten. Althans dat gevaar dreigt.

De thematiek van hoofdstuk zes en zeven hangt samen met het in dit hoofdstuk behandelde probleem. De centrale vraag is hier of rechten, die in eerste instantie zijn gemaakt (en bedoeld) om te gelden in de relatie tussen overheid en burger ook kunnen worden toegepast in andere verhoudingen. Komt bijvoorbeeld aan ambtenaren en werknemers een recht toe op vrijheid van meningsuiting?

Een voor de hand liggende weg om deze vraag te beantwoorden is: in de wet kijken. Maar de wet geeft niet op alle vragen een antwoord; zij is op beslissende punten vaag. Dan kan men proberen een antwoord te vinden in de jurisprudentie. Maar ook de jurisprudentie geeft een verbrokkeld beeld. De ene uitspraak lijkt een bevestigend antwoord te suggereren, de andere een ontkennend. Moeten we dan misschien de doctrine raadplegen? Het zou kunnen. Maar de doctrine is – dit wordt eentonig – over het onderwerp verdeeld. Deze stand van zaken verleidt ons dan gemakkelijk de *fantasie* als rechtsbron te erkennen. Dat wil zeggen: we zien aan voor recht *wat wij graag zouden willen dat recht zou zijn.* Men zou dit de 'voluntaristic fallacy' kunnen noemen.

Toch lijkt het niet onmogelijk het leerstuk op een manier aan te pakken die heldere antwoorden geeft en gefantaseer vermijdt. De behandeling van het onderwerp aan overtuigingskracht winnen wanneer we het benaderen door te reflecteren *op de grondslagen van ons systeem.* Meer in het bijzonder: op de grondslagen van wat in een parlementaire democratie kan en (vooral) niet kan. Het is déze benadering die hier wordt beproefd.

Men zou de hier gepraktiseerde benadering kunnen zien als een voorbeeld van wat in hoofdstuk twee de Critical Legal Doctrine is genoemd. Op heikele rechtsvragen kan men alleen een antwoord verwachten door te reflecteren op de grondslagen van ons systeem. Helaas gebeurt dit te weinig. In het bijzonder omdat velen in de ban zijn van een onkritisch vooruitgangsgeloof. Rechten, zo is de veronderstelling, zijn iets moois. Meer rechten is dus altijd nóg mooier. Of die rechten 'gepast' zijn in de verhouding waarin zij moeten gelden wordt niet gevraagd. Daarmee wordt een praktijk geïnitieerd die even fatale gevolgen heeft als de proliferatie, zoals beschreven in hoofdstuk zes en zeven. Het hier beschreven probleem zou men dan ook kunnen zien als een variant op de proliferatieproblematiek.

Laten we beginnen met een min of meer modelmatige presentatie van de verschillende situaties waarin vrijheid van meningsuiting een rol kan spelen. Vervolgens proberen we tegen de achtergrond van de hier verkregen conclusies het positieve recht te interpreteren. Positief recht, dat wil zeggen: wet (verdrag), jurisprudentie en doctrine.

Eerst de modellen dus.

Situatie 1. Piet is burger in een democratische rechtsstaat. Dat wil zeggen dat hij leeft in een systeem dat beoogt een democratie én een rechtsstaat te zijn. 'Democratie' betekent dat Piet niet wordt geregeerd door een aristocratische klasse of bureaucratische elite, maar door politici die plaats maken voor anderen wanneer Piet (middels zijn vertegenwoordigers in de Tweede en Eerste Kamer) aangeeft dat daarvoor de tijd gekomen is. Die politici staan aan het hoofd van een in beginsel neutraal

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

ondersteunend apparaat van permanent aangestelde functionarissen.[1] Voor het handelen en voor het spreken van dat apparaat zijn die politici volledig verantwoordelijk, net zoals zij dat zijn voor het handelen en spreken van het staatshoofd. Het beginsel volgens welke die verantwoordelijkheid wordt geëffectueerd heet 'ministeriële verantwoordelijkheid'.

Maar Piet leeft ook in een rechtsstaat. Een 'rechtsstaat' plaatst de staat zelf onder het recht. Allereerst het gewone recht van alledag. Zo is de staat, net als hij, Piet, gebonden aan de grenzen van de wet. Maar ook is aan Piet (en andere burgers) een speciale categorie subjectieve rechten toebedeeld die worden aangeduid als 'grond- of mensenrechten'. Daartoe behoort onder andere vrijheid van meningsuiting.

De vrijheid van meningsuiting geeft aan dat Piet in beginsel alleen *achteraf* (voor een onafhankelijke rechter) ter verantwoording kan worden geroepen voor zijn uitingen. Maar vooraf kan zijn meningsuiting niet worden gebreideld.[2] Gebeurt dat wel, dan spreken we van censuur.

De vrijheid van meningsuiting (en andere grondrechten; maar die laten we hier buiten beschouwing) geeft aan Piet een zekere autonomie. Hij treedt op als eigen heer en meester. Hij staat voor zijn eigen meningen en legt daar ook zelf verantwoording over af tegenover de rechter wanneer hij de grenzen van het toelaatbare heeft overschreden.[3]

Vooraf kan hem echter geen meningsuiting worden verboden. Ook impopulaire uitingen niet. Of liever gezegd: *vooral* impopulaire uitingen niet. Immers, juist dáárvoor bewijst het beginsel van de vrijheid van meningsuiting zijn waarde: meningsuitingen 'that offend, shock, or disturb the State or any sector of the population'.[4] Voor de gevallen van 'hier sta ik, ik kan niet anders'. Of voor: 'En toch beweegt zij'.

Het beginsel van de vrijheid van meningsuiting heeft voor de ontwikkeling van de beschaving een moeilijk te overschatten betekenis.[5] Alle grote veranderingen in de wereldgeschiedenis, paradigmawisselingen in de wetenschap, doorbraken in godsdienstige en theologische voorstellingen – het is allemaal niet denkbaar zonder vrijheid van meningsuiting. Een groot pleitbezorger van dit principe zei daarom: 'If all mankind minus one, were of one opinion, and only one person were of the contrary opinion, mankind would be no more justified in silencing that one person, than he, if he had the power, would be justified in silencing mankind.'[6] Dát vrijheid van meningsuiting voor Piet in zijn hoedanigheid van burger en voor andere burgers dus van eminente betekenis is, kan niet ter discussie staan.

De waarde van vrijheid van meningsuiting voert men wel terug op twee noemers. Allereerst de betekenis daarvan voor het goed functioneren van een representatieve democratie. De opstellers van het eerste amendement op de Amerikaanse constitutie, waarin de vrijheid van meningsuiting is

1 Hierna zal nog blijken waarom wij de neutraliteit als norm niet verouderd achten, zoals tegenwoordig doorgaans in de doctrine wordt aangenomen. Vgl. voor een verwoording van dat moderne standpunt: Verhey, L.F.M., *De zwoegers uit het vooronder.* Over ambtelijke taakuitoefening, ministeriële verantwoordelijkheid en parlementaire controle, W.E.J. Tjeenk Willink, Deventer 2001, p. 5 e.v.

2 Zie daarover de geschiedenis van de vrijheid van meningsuiting, zoals beschreven door: Lewis, Anthony, *Make No Law,* The Sullivan Case and the First Amendment, Vintage Books, A Division of Random House, Inc., New York 1992.

3 Bijvoorbeeld wanneer hij zich schuldig heeft gemaakt aan racisme. Vgl. voor de spanning tussen vrijheid van meningsuiting en racisme: Schuijt, G.A.I., & Voorhoef, D., red., *Vrijheid van meningsuiting, racisme en revisionisme,* Academia Press, Gent 1995; voor een kritische bespreking van een aantal gevallen: Doorn, J.A.A. van, *Belast verleden.* Over de historisering van de publieke moraal, NWO/OKW-voorjaarslezing 2000, Amsterdam 18 mei 2000, NWO, Den Haag 2000.

4 EHRM, *Handyside v. United Kingdom* (1976).

5 Vgl. voor een historisch overzicht van de vrijheid van meningsuiting en waardering van de betekenis daarvan: Bury, *A History of the Freedom of Thought,* Thornton Butterworth, London 1932 (1913); Haworth, Alan, *Free Speech,* Routledge, London and New York 1998.

6 Aldus: Mill, John Stuart, *Three Essays.* On Liberty (1859), Representative Government (1861), The Subjection of Women (1869), Oxford University Press, Oxford New York Toronto Melbourne 1975, p. 22 (*On Liberty,* ch. II).

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

neergelegd, geloofden in de 'power of reason as applied through public discussion so they eschewed silence coerced by law'.[7]

Een tweede reden waarom wij vrijheid van meningsuiting koesteren is dat het als een onontbeerlijke voorwaarde wordt gezien voor de vrije ontwikkeling van het individu. Van dat ideaal zou men John Stuart Mill als de grote apologeet kunnen aanmerken in zijn *On Liberty* (1859). De eerste rechtvaardiging noemt men wel de *instrumentele* rechtvaardiging van vrijheid van meningsuiting, de tweede de *intrinsieke*.[8]

Tot zover de betekenis van vrijheid van meningsuiting voor de burger. Nu de tweede situatie. Daarin treedt Piet op in een andere hoedanigheid, een andere 'rol'.

Situatie 2. Piet is werknemer in een bedrijf, bijvoorbeeld vertegenwoordiger van Coca-Cola. Hij doet dat werk al tien jaar naar tevredenheid, maar op een dag ziet hij het licht. Hij leest een artikel in een consumententijdschrift waaruit blijkt dat Coca-cola slecht is voor de gezondheid. Weliswaar neemt hij geen ontslag bij Coca-cola, maar deze frisdrank aanbevelen kan hij niet langer. Integendeel, hij pleit openlijk voor het drinken van sinaasappelsap; vers geperst.

Zijn baas is ontevreden. Hij is als vertegenwoordiger van een product waartegen hij actie voert niet langer te handhaven, meent de directie. Maar Piet ziet dat anders. Met een beroep op de vrijheid van meningsuiting houdt hij staande dat het hem vrij staat negatieve propaganda te maken voor frisdranken en te ijveren voor het drinken van vers geperste sinaasappelsap. Grondrechten[9] gelden toch voor iedereen?[10]

Nu de derde hoedanigheid van Piet.

Situatie 3. In mijn derde verhaal is Piet ambtenaar bij de centrale overheid. Hij heeft zelfs een verantwoordelijke functie. Hij is als professor in de economie voor vier dagen van de week overgestapt naar de Haagse bureaucratie en werkt daar nu als secretaris-generaal op het ministerie van economische zaken. Hij is nog even geëngageerd én hij is briljant (in tegenstelling tot het vorige verhaal). Hij heeft grensverleggende ideeën over privatisering, de verdere ontwikkeling van de Europese Unie en andere zaken. Waarom zou hij zijn talent verspillen aan ongemotiveerde studenten als hij leiding kan geven aan het apparaat dat belast is met de vormgeving van de Nederlandse economie? Waarom nog aan de universiteit blijven hangen als hij de minister en zelfs minister-president kan adviseren?

Maar helaas, de minister is dom. Hij luistert niet naar Piet of begrijpt niet wat Piet bedoelt. Piet is ook te knap voor de minister. Eén keer en nog een keer wil Piet wel over zijn kant laten gaan dat niets gebeurt met zijn inzichten, maar als keer op keer briljante ideeën van hem niet op hun waarde worden geschat legt hij het nog eens uit in de krant. Misschien dat de volksvertegenwoordiging wil luisteren. Misschien dat hij via déze weg toch nog zijn briljante inzichten aan de Nederlandse

7 Aldus rechter Brandeis in *Whitney v. California* (1927).

8 Ontleend aan: Janis, Mark, & Kay, Richard, & Bradley, Anthony, European Human Rights Law. Text and Materials, Clarendon Press, Oxford 1995, p. 158. Vgl. ook: Gomien, Donna, *Short Guide to the European Convention on Human Rights,* Council of Europe, Strasbourg 1995, p. 72 en Feinman, Jay M., *Law 101,* Oxford University Press, Oxford New York 2000, p. 60 die meent dat de instrumentele benadering de laatste tijd als te beperkt wordt gezien: 'freedom of speech has an independent value in affirming the dignity and promoting the development of individuals'.

9 De woorden 'grondrechten' en 'mensenrechten' worden hier door elkaar gebruikt. Weliswaar kan men de term 'grondrechten' reserveren voor het nationaal gecodificeerde hogere recht en de term 'mensenrechten' voor het internationaal gecodificeerde hogere recht, maar dat onderscheid is niet van principiële betekenis.

10 Vgl. Rood, M.G., 'Over grondrechten in dienstbetrekking en hun grenzen', in: P.B. Cliteur en A.P.M.J. Vonken, red., Doorwerking van mensenrechten, Wolters-Noordhoff, Groningen 1993, pp. 125-141, p. 125 die stelt dat 'aan grondrechten in beginsel ook een horizontale werking toegekend is'. Vandaar dat hij zich keert tegen wat hij ziet als een 'heersende overtuiging', namelijk dat het met grondrechten in dienstbetrekking 'slecht is gesteld' (p. 125).

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

samenleving kwijt kan. Hij is tenslotte een dienaar van de publieke zaak en geen tassendrager van de minister.[11]

Hoewel hij in de krant wordt bijgevallen door zijn collega's en de journalisten hem prijzen vanwege zijn analytisch talent, vallen zijn openbare aanbevelingen in Den Haag niet in goede aarde. Over de privatiseringsplannen van Piet worden vragen gesteld in de Kamer. Niet aan Piet, maar aan de minister. Zo gaat dat in ons bestel. Of de minister de inzichten van Piet kent en of hij ze deelt? Kennen wel, zegt de minister, maar hij deelt ze niet. De volksvertegenwoordigers willen weten wat nu staand beleid is op het ministerie: dat van Piet of dat van de minister? Van de minister, zegt de minister. Piet zwijgt.

De ambtenaren die onder Piet werken weten ook niet meer zo goed waarop zij zich moeten oriënteren. Enerzijds denken zij dat de minister de 'baas' is. Het klinkt wel een beetje autoritair, maar zo is het toch? Of is Piet de baas? Er zijn zelfs optimisten die denken dat de a-kefale samenleving sinds de jaren zestig gerealiseerd is en dat het begrip 'baas' een relict is uit een autoritair verleden. Gezag moet je toch 'verdienen'?[12]

Tot zover drie situaties waarin vrijheid van meningsuiting een rol kan spelen. Natuurlijk, dit is allemaal veel te gechargeerd gesteld. Met een beetje schikken en plooien komen we er wel. En zóveel conflicten doen zich toch ook weer niet voor? Is deze voorstelling van zaken daarom niet 'tendentieus'? Nee, al moet worden erkend dat het hier gaat om ideaaltypen. Daarin ligt al besloten dat deze drie hoedanigheden (burger, werknemer en ambtenaar) zich nooit zo scherp van elkaar laten onderscheiden. 'De ambtenaar is toch ook burger?'. We komen daar nog op terug.

Democratie en rechtsstaat zijn ook niet zo gemakkelijk te onderscheiden en het ambtelijke apparaat is niet volledig politiek neutraal. Maar dat is toch voor de *norm* niet van belang. Dit is geen bijdrage aan de empirische sociologie of aan de bestuurskunde, maar aan het normatief staatsrecht. Het bevestigt een *norm.* Het probeert uiteen te zetten hoe ons staatkundig model *idealiter* functioneert; dat alles in het volle bewustzijn dat het 'in de praktijk' allemaal anders functioneert of tenminste niet geheel zoals hier wordt geschetst. 'Alle Ethik ist praktischer Idealismus', schrijft Höffding terecht.[13] Als dit luchtfietserij is, dan is het luchtfietserij uit principe.

8.1 Geldt vrijheid van meningsuiting voor bijzondere verhoudingen?

De vraag is nu of het, gegeven de uitgangspunten van ons constitutioneel bestel, voor de hand ligt de vrijheid van meningsuiting die in de eerste situatie (burger) als groot ideaal is gepresenteerd ook op dezelfde gronden (en in dezelfde mate) hoog te houden in de situaties 2 (werknemer) en 3 (ambtenaar). Hoewel dat antwoord misschien op het eerste gehoor vreemd aandoet, luidt het 'nee'. Vrijheid van meningsuiting is voor de *burger* een groot ideaal. Maar de toepassing daarvan in

11 Piet was in het bijzonder onder de indruk van de stelling van de voormalige secretaris-generaal van economische zaken, Prof. S. van Wijnbergen, die in een interview had aangegeven niet de 'boodschapper van de minister' te zijn. Vgl. 'Economische groei kan tegenvallen', (Interview met S. van Wijnbergen), in: *NRC Handelsblad,* 7 september 1998 en 'Topambtenaar soms meer dan louter boodschapper', in: *NRC Handelsblad,* 9 september 1998. Vgl. verder: Akkerboom, Broer, 'De boodschap van een ambtenaar. Het gelijk van Van Wijnbergen', in: *Openbaar Bestuur Magazine,* jg. 1, winter 1998, pp. 6-7.

12 Een vreemd principe overigens dat eerder aan de ethologie dan aan het staatsrecht ontleend lijkt te zijn. Voor de apenrots geldt inderdaad dat gezag daar moet worden verdiend en voortdurend aan uitdagingingen blootstaat. Het geldt ook voor mensen in de natuurstaat waar het leven 'solitary, poore, nasty, brutish and short is'. Voor *beschaving* geldt echter dat gezag niet op basis van charisma en machtsvertoon wordt verworven, maar langs legale en rationele weg en dat gezag van de ene op de andere persoon kan worden overgedragen op basis van de functie die iemand vervult.

13 Höffding, Harald, *Ethik.* Eine Darstellung der Ethischen Prinzipien und deren Anwendung auf besondere Lebensverhältnisse, Zweite Auflage der Deutschen Ausgabe, Leipzig 1901, p. 63.

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

de verhouding werknemer/werkgever en *a fortiori* in de verhouding ambtenaar/minister leidt tot geheel andere consequenties dan in de verhouding burger/overheid. De vrienden van de vrijheid van meningsuiting zouden dat eigenlijk moeten inzien. Zij zouden moeten leren dat zij de vrijheid van meningsuiting niet dienen door deze ongekwalificeerd aan te bevelen in situaties waarin het niet past. Wat op het eerste gezicht een sympathiek, progressief en honorabel standpunt lijkt, is bij nadere overweging een resultaat van inconsequent denken. Vooral is het bezwaarlijk omdat het leidt tot een ondermijning van de grondslagen van de parlementaire democratie.

Maar voordat we daarop verder ingaan, eerst nog iets over situatie 2. Situatie 2 (werknemer) en 3 (ambtenaar) hebben gemeen dat daarin de vrijheid van meningsuiting niet dezelfde rol kan spelen als in situatie 1 (burger). Voor situatie 2 geldt dat de vrijheid van meningsuiting hier enerzijds beperkter is dan in situatie 1, maar toch ook weer niet geheel afwezig, zoals het geval is in situatie 3. Laten we beginnen met de beperking.

Iedereen voelt natuurlijk aan dat erkenning van vrijheid van meningsuiting in de relatie werknemer/werkgever *in het geschetste voorbeeld* tot absurde consequenties zou leiden. Ieder voelt immers aan dat we van een werkgever nooit kunnen verwachten dat hij een werknemer gedoogt die het specifieke doel van de organisatie waarvoor hij werkt in de wielen rijdt. Ongetwijfeld heeft Piet een hoger belang op het oog met zijn reclame voor vers geperste sinaasappelsap, namelijk de gezondheid van zijn medemens, maar het economisch en maatschappelijk verkeer zouden op onaanvaarbare wijze worden ontregeld bij een erkenning van uitingsvrijheid in de hier gegeven context. Elk bedrijf of elke instelling zou van binnenuit in haar doelstellingen volledig kunnen worden verlamd door dissidenten en gewetensbezwaarden.

Dat de vrijheid van meningsuiting van Piet als werknemer niet anders dan beperkt kan zijn kan ook worden betoogd op grond van een meer principiële reden. Die reden is dat hij als werknemer bij de frisdrankfabrikant niet *namens zichzelf* spreekt, zoals in de eerste situatie het geval is. Integendeel, hij spreekt *namens een ander:* de werkgever. Het is ook de werkgever die het financieel nadeel van zijn anti-Coca-Cola-propaganda heeft te dragen, niet Piet. Niemand verplicht Piet bovendien voor een frisdrankenfabriek te gaan werken; het is zijn eigen keuze.[14]

Maar laten we nu de omvang van de vrijheid van meningsuiting belichten die in situatie 2 *nog steeds overblijft*. Immers Piets werk voor de frisdrankgigant behoeft zijn vrijheid van meningsuiting niet *geheel* op te heffen. Het staat Piet als werknemer niet vrij zich te keren tegen het drinken van Coca-cola of zelfs tegen het drinken van frisdrank in het algemeen, maar er blijven vele andere onderwerpen over waarover hij toch niet door censuur van zijn werkgever kan worden getroffen. Wat niets met frisdrank te maken heeft, daarin is Piet vrij.

Maar hoe zit dat met de derde situatie? Naar mijn idee is het om meer dan een reden misleidend hier nog te spreken van een ideaal van vrijheid van meningsuiting. De vrijheid van meningsuiting van een secretaris-generaal is krachtens de functie waarvoor hij gekozen heeft zó beperkt dat het zuiverder is helemaal *niet te spreken* van vrijheid van meningsuiting dan de kleine vrijheid die hem

14 Er dringt zich een vergelijking op met de opmerking van Oliver Wendell Holmes over een politiefunctionaris: 'Petitioner may have a constitutional right to talk politics but he has no constitutional right to be a police-man.' *McAuliff v. New Bedford,* 155 Mass. 216, 220 (1892). Holmes zat toen nog in het Massachusetts Supreme Judicial Court. Vgl. ook Janis, Mark, & Kay, Richard, & Bradley, Anthony, *European Human Rights Law.* Text and Materials, Clarendon Press, Oxford 1995, p. 215 over 'expression and public employment'. B.C.J. Loder zei vijf jaar na Holmes iets soortgelijks: 'Staatsbelang en Staatsdienst gaan vóór alles, en wie onbeperkte vrijheid in alle omstandigheden wil, hij behoude die vrijheid, maar ga niet in Staatsdienst'. Vgl. Loder, B.C.J., 'Interventie NJV 1897', in: *Handelingen der Nederlandsche Juristen-Vereeniging,* 1897, 28ste jg., II, F.J. Belinfante, 's-Gravenhage 1897, pp. 52-57, p. 54. De Savornin Lohman formuleerde hetzelfde, zij het in iets omslachtiger bewoordingen: 'De man, die eenmaal deel uitmaakt van de overheid, is gebonden om die taak te vervullen. Alle handelingen die hij te verrichten heeft, zijn in de eerste plaats onderworpen aan die verplichting. Al heeft hij honderd malen het recht van spreken, zoodra hij eenmaal in die betrekking is, wordt zijn algemeen burgerlijk recht geprimeerd door de verplichtingen, die hij als overheid te vervullen heeft'. Vgl. Savornin Lohman, A.F. de, 'Interventie NJV 1897', in: *Handelingen der Nederlandsche Juristen-Vereeniging,* 1897, 28ste jg., II, F.J. Belinfante, 's-Gravenhage 1897, pp. 42-52, p. 47.

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

rest op geforceerde wijze nog 'vrijheid van meningsuiting' te blijven *noemen.* Immers de vrijheid van meningsuiting die Piet tegenover zijn minister of het kabinet kan opeisen, is net zo groot als die van de koningin: dat wil zeggen *bijna geheel afwezig.*[15]

Dat heeft te maken met de aard van de situatie en wat men een zinvolle omlijning van de concepten 'vrijheid van meningsuiting' en 'ministeriële verantwoordelijkheid' zou kunnen noemen. Vrijheid van meningsuiting houdt in dat men *in het openbaar* controversiële opinies mag betrekken over onderwerpen die men essentieel acht en waarop men meent een zekere expertise te hebben. De volledige verantwoordelijkheid van de minister jegens de Kamer betekent dat de minister nagenoeg op élke meningsuiting kan worden aangesproken en dat bijna élke meningsuiting zijn politieke lot kan beslissen. Dat geldt niet alleen voor meningsuitingen op het gehele terrein van de economie, maar ook voor uitingen die een gebied betreffen waarover een andere minister de skepter zwaait. Krachtens de bij ons gehanteerde collectieve ministeriële verantwoordelijkheid is het gehele kabinet voor het totale beleid verantwoordelijk.[16] De secretaris-generaal dient zich dus te onthouden van meningen over economische aangelegenheden wanneer de *minister van economische zaken* deze niet voor zijn rekening wenst te nemen, maar ook van uitingen over bijvoorbeeld de privatisering van het Openbaar Ministerie die onder de *minister van justitie* vallen. Dat betekent dat een ambtenaar niet alleen beperkt is in zijn meningsuiting voor het terrein waarop hij werkzaam is, maar beperkt op het *gehele terrein waarop overheidsbeleid wordt gemaakt.*

Natuurlijk blijft dan nog steeds een terrein over waarop een ambtenaar vrij is zich te uiten. Daarbij zou het om onderwerpen moeten gaan die geen enkel beleidsterrein betreffen en waarvoor dus geen enkele minister ooit ter verantwoording zou kunnen worden geroepen. Zo'n terrein bestaat. Maar het is klein. Het is bovendien een terrein dat door de ambtenaar zélf niet kan worden uitgekozen en dat hij naar alle waarschijnlijkheid zelf niet zal ervaren als zeer wezenlijk om zich publiekelijk over uit te laten (de secretaris-generaal wordt niet naar NOVA gehaald voor zijn opvattingen over tuinieren). Vandaar dat het gekunsteld is dat restje van vrijheid dat overblijft als alle terreinen waarop overheidsbeleid wordt geformuleerd zijn geëlimineerd nog als een toestand te typeren waar 'vrijheid van meninguiting' de *uitgangssituatie* is. In de derde situatie staat niet vrijheid primair en zijn de uitzonderingen secundair, zoals in de eerste situatie het geval is. Het is precies omgekeerd: uitgangspunt is dat een ambtenaar zich niet kan uitlaten *over het totale beleid.* De ónvrijheid van spreken is hier dus het uitgangspunt, niet de vrijheid. De ambtenaar kan *in beginsel* niet in het openbaar spreken over zaken die hem bezighouden en waarover hij 'Fachwissen' heeft.

Wat is de diepere ratio daarvan? Hiervoor hebben we slechts laten zien dat dit noodzakelijk voortvloeit uit de conceptuele omlijning van de begrippen 'vrijheid van meningsuiting' en 'ministeriële verantwoordelijkheid'. Maar waarom zou men die begrippen zó en niet anders omschrijven? Het antwoord ligt voor de hand: omdat het onredelijk is een minister weg te sturen voor een meningsuiting die hij niet bevoegd zou zijn te verbieden. De ratio achter deze stand van zaken is dat niet alleen geldt 'indien bevoegd, dan verantwoordelijk', maar ook 'indien verantwoordelijk, dan bevoegd'.[17] Volledige verantwoordelijkheid en ook volledige *ministeriële* verantwoordelijkheid zou een 'wassen

15 De verantwoordelijkheid van de minister voor het optreden van het staatshoofd berust op hetzelfde grondwetsartikel als de verantwoordelijkheid van de minister voor het optreden van het ambtelijke apparaat: 'De Koning is onschendbaar; de ministers zijn verantwoordelijk' (art. 42, lid 2 Gw). Het is vreemd dat dit niet tot meer beschouwingen over de verwante positie van koning en ambtenaar heeft geleid.

16 Vgl. daarover: Engels, J.W.M., 'De collectieve ministeriële verantwoordelijkheid', in: Elzinga, D.J., red., Ministeriële verantwoordelijkheid in Nederland, W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle 1994, pp. 51-63.

17 Uitvoeriger hierover: Cliteur, P.B., 'Indien verantwoordelijk dan bevoegd?', in: M.C. Burkens, E.C.M. Jurgens, A.K. Koekkoek, J.J. Vis, red., *Gelet op de Grondwet,* Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, Den Haag 1998, pp. 124-137 en Angeren, J.M. van, 'Mag de ministeriële verantwoordelijkheid voor het bestuur worden beperkt?', in: *RMThemis,* 1996/10, pp. 367-375.

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

neus' zijn wanneer men niet volledig bevoegd is op het terrein waarop men volledig verantwoordelijk is.

Dit gegeven heeft natuurlijk ook consequenties voor de wijze waarop een rechter zich zou moeten opstellen. Als het om zaken gaat waarvoor representatieve organen verantwoordelijkheid, in het bijzonder *gesanctioneerde* verantwoordelijkheid, dragen, past de rechter terughoudendheid. Een rechter die zou bepalen dat een minister op grond van art. 7 Gw of art. 10 EVRM een meningsuiting van een ambtenaar zou moeten gedogen terwijl die minister dat zélf niet wil omdat hij daarvan de politieke consequenties vreest, zou op onaanvaardbare wijze het evenwicht van de staatsmachten verstoren. Het zou betekenen dat deze rechter met een beroep op de rechtsstaat de democratie om zeep brengt.

Gelukkig is dat nog niet gebeurd, noch op instigatie van nationale rechterlijke instanties, noch op instigatie van Europese (hoewel de rechter *door de doctrine* daartoe veelvuldig wordt uitgenodigd).[18]

8.2 Een verbod op ambtelijke meningsuiting is impopulair

Het hier geventileerde standpunt lijdt overigens aan een slecht imago. Men acht het ouderwets of achterhaald.[19] Maar ook autoritair.[20] Weinigen kunnen zich voorstellen dat het is ingegeven door een serieuze poging de democratische grondslag van ons bestel consequent te doordenken.[21] Vrijheid van meningsuiting breidelen in de 'democratische samenleving'? Men moet wel een groot sofist of quasiludieke provocateur zijn om te willen bewijzen dat democratie een verbod op ambtelijke uitingsvrijheid vooronderstelt. Veel meer voor de hand liggend lijkt het de bekende woorden van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens te citeren in de zaak *Handyside v. United Kingdom* (1976). Daar wordt over de rol van vrijheid van meningsuiting in een democratische samenleving gezegd:

> Freedom of expression constitutes one of the essential foundations of such a society, one of the basic conditions for its progress and for the development of man (...). It is applicable not only to 'information' or 'ideas' that are favourably received or regarded as inoffensive or as a matter of indifference, but also to those that offend, shock, or disturb the State or any sector of the population. Such are the demands of the pluralism, tolerance and broadmindedness without which there is no 'democratic society'.

18 Een aanzienlijk deel van de literatuur van de laatste jaren is gewijd aan het relativeren van het door mij geschetste gevaar. Vele hedendaagse commentatoren achten vrijheid van meningsuiting voor ambtenaren niet alleen mogelijk maar ook gewenst. We noemen slechts twee auteurs die het hier bekritiseerde standpunt innemen: Verhulp, E., *Vrijheid van meningsuiting van werknemers en ambtenaren,* NV SdU, Den Haag 1996 en Koning, Henk, 'Het recht van vrije meningsuiting voor ambtenaren en de rechtsfilosofie van Cliteur', in: NJB, 12 mei 2000, pp. 977-979 en Koning, Henk, *Directe democratie in Nederland.* Een onderzoek naar de mogelijkheden van openbaarheid van bestuur, inspraak, referendum en volksinitiatief in onze rechtsorde, SdU, Den Haag 1995.

19 Vgl. bijvoorbeeld: Thijn, Ed. van, 'Contempt of Parliament', in: *Openbaar Bestuur Magazine,* jg. 1, winter 1998, pp. 8-9: 'Zo doen de onlangs geactualiseerde richtlijnen voor ambtenaren, waarin hun verboden wordt buiten medeweten van de minister met Kamerleden te communiceren, nogal archaïsch aan'. Die richtlijnen wekken de indruk dat men geen benul heeft hoe snel de 'virtuele democratie' oprukt, schrijft Van Thijn. Vgl. ook: Thijn, E. van, 'De ambtenaar en de politiek II', in: *RM Themis,* nr. 5, 1999, pp. 165-167 en Kortmann, C.A.J.M. Kortmann, 'De ambtenaar en de politiek I', in: *RM Themis,* nr. 5, 1999, pp. 163-165.

20 Zelfs praktiserende politici hebben gewetensbezwaren als het aankomt op het opeisen van het 'primaat van de politiek'. Vgl. bijvoorbeeld: Peper, Bram, 'Op zoek naar samenhang en richting. Een essay over de veranderende verhoudingen tussen overheid en samenleving', 12 juli 1999, te vinden op: www.nrc.nl/Doc/peper.html

21 Van der Horst bespreekt het standpunt van De Groot die meent dat een minister een ambtenaar kan voorschrijven over elk onderwerp te zwijgen. Theatraal zegt Van der Horst dat de geestelijke slavernij van de ondergeschikte daarmee volledig zou zijn. Vgl. Horst, Th.A.M. van der, *Ambtenaar en grondrechten,* N. Samsom N.V., Alphen aan den Rijn 1967, p. 143.

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

Vooruitgang, de ontwikkeling van de mens, pluralisme, tolerantie en ruimdenkendheid – het lijkt hier alles in een probleemloze en directe relatie tot 'democratie' te worden gedacht. Ook de Europese Commissie heeft vrijheid van meningsuiting wel eens getypeerd als een van de 'essential foundations of a democratic society and one of the basic conditions for its progress and for each individual's self-fulfilment'.[22]

Het is dan ook niet verbazingwekkend dat velen hun ogen zullen uitwrijven wanneer wordt geprobeerd een *verbod* op ambtelijke uitingsvrijheid te rechtvaardigen als een bij uitstek *anti*-autoritair en *pro*-democratisch gegeven. Wie echter een serieuze poging onderneemt tot het doordenken van de grondslagen van ons bestel moet wel tot het inzicht komen dat vrijheid van meningsuiting in ambtelijke verhoudingen een tegenspraak oplevert met het grondbeginsel van de parlementaire democratie: de ministeriële verantwoordelijkheid.

Op zijn best levert het standpunt dat ambtelijke meningsuiting niet met democratie verenigbaar is een 'cognitieve dissonantie' op. Enerzijds voelt men de harde logica van het hiervoor geventileerde standpunt. Anderzijds legt ook de *wens* om ambtelijke uitingsvrijheid te erkennen gewicht in de schaal. En zo wordt de wens de vader van de gedachte. De wil overheerst het intellect, zoals de voluntarist leert dat noodzakelijk het geval is. In die situatie ontstaat in zijn meest radicale vorm het standpunt waarbij men elke problematische verhouding tussen democratie en ambtelijke uitingsvrijheid glashard ontkent.

– 'Waarom de zaken zo op de spits drijven? Waarom al dat gepolariseer? Het gaat toch allemaal redelijk in Nederland?'
– 'Een meningsuiting van een competente beoordelaar uitsluiten van het maatschappelijk debat? En dat zou "democratie" zijn? Democratie is juist dat alle meningen gehoord kunnen worden.'

Deze theoretici, hoe sympathiek ook, zoeken hun heil in retorische definities waarbij alle idealen die mensen kunnen hooghouden als harmonisch met elkaar verbonden worden geacht.[23]

Maar er is ook een categorie theoretici die wel degelijk aanvoelt, dat er iets niet klopt. Zij erkennen de spanning tussen ministeriële verantwoordelijkheid en ambtelijke uitingsvrijheid, maar menen dat die kan worden verzacht of liefst zelfs geheel opgeheven. Men onderneemt pogingen 'to have your cake and eat it'.

8.3 Vier strategieën 'to have your cake and eat it'

Hoe heeft men geprobeerd ambtelijke uitingsvrijheid en democratie met elkaar te verzoenen?

Ministeriële verantwoordelijkheid achterhaald. De meest koene denkers schuiven de ministeriële verantwoordelijkheid als essentieel voor democratie terzijde.[24] Daarbij zou het een verouderd concept betreffen. De ministers kunnen toch niet alles meer beheersen? Wie denkt dat men vanuit een

22 Appls. Nos. 11553/85 en 11658/85, ook aangehaald bij : Gomien, Donna, *Short Guide to the European Convention on Human Rights,* Council of Europe, Strasbourg 1995, p. 72.

23 Het zijn, in de terminologie van Berlin, 'monisten': zij achten alle goede dingen in het leven met elkaar verenigbaar. In tegenstelling tot wat hij zelf denkt, is de monist géén pluralist. Vgl. Berlin, Isaiah, 'Two Concepts of Liberty', Inaugural Lecture University of Oxford 31 October 1958, published by the Clarendon Press in the same year, also in: Isaiah Berlin, *Four Essays on Liberty,* Oxford University Press, Oxford etc. 1975 (1969), pp. 118-172.

24 In deze zin bijvoorbeeld: Frissen, P. 'De justitiecrisis in bestuurskundig perspectief', in: *Nederlands Juristenblad,* 17 april 1998; Frissen, P.H.A., 'Justitie en postmodern bestuur', in: *Justitiële verkenningen,* 23 (1997) 4, pp. 9-19.

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

centraal punt volledige beheersing kan verkrijgen over de eindeloos complexe processen in de maatschappij of een complexe organisatie jaagt een hersenschim na.[25]

Introductie van politieke verantwoordelijkheid voor ambtenaren. Men kan ons systeem ook in die zin veranderen dat we overgaan op een 'spoils-system' (ambtenaren komen en gaan met de politieke top).[26] Ook dan doen zich niet de bezwaren voor tegen ambtelijke uitingsvrijheid zoals hiervoor weergegeven. Maar het is ook de vraag of deze modificatie van het systeem iets oplost. Immers dan verschuift het probleem zich naar beneden. Wat dan gebeurt, is dat we een categorie ambtenaren tot politici verheffen. We hebben bijvoorbeeld secretarissen-generaal en directeuren-generaal een politieke verantwoordelijkheid gegeven. Zij komen en gaan met de politieke ambtsdragers. Zij zijn zelf verantwoordelijk voor hun uitingen tegenover vertegenwoordigende organen en niemand kan hen dus meningsuitingen verbieden die zij zelf voor hun rekening willen nemen. Het probleem verschuift zich dan echter naar de ambtenaren *onder* de directeuren-generaal. *Ook die* willen weer participeren aan het publieke debat. En hoe is dat mogelijk als zij permanente functionarissen zijn die geen verantwoording behoeven af te leggen aan vertegenwoordigende organen?

Beperkte ministeriële verantwoordelijkheid. Een andere strategie is het beperken van de ministeriële verantwoordelijkheid. Zo zou men kunnen afspreken dat een minister alleen verantwoordelijk is voor het 'handelen' van de bureaucratie en niet voor het 'spreken'.[27] De ambtenaar kan dan 'op persoonlijke titel' deelnemen aan het publieke debat, maar als actor blijft hij hiërarchisch ondergeschikt aan de minister.

Het lijkt een voor de hand liggende poging de hier gesignaleerde spanning te mitigeren. Maar is zij geslaagd? Aan de harde werkelijkheid verandert de gesuggereerde oplossing niets. Piet *is nu eenmaal bekend* als secretaris-generaal. Een rechter kan ook niet zeggen: 'Persoonlijk denk ik dat u vrijspraak verdient, maar *als rechter* moet ik u vijf jaar geven.' Hier stelt het ambt beperkingen aan de vrijheid die men als burger heeft. Wie dat niet wil, moet geen rechter worden. Het geheim van de raadkamer lijdt geen schipbreuk op art. 7 Gw of art. 10 EVRM. En wie mee wil doen aan het academisch debat moet toch echt weer terug naar de universiteit en niet tevens secretaris-generaal willen zijn.[28]

Wat natuurlijk wél mogelijk zou zijn, is dat Piet *anoniem* zijn bijdrage levert aan het publieke debat. Een secretaris-generaal die van mening is dat hij een onontbeerlijke bijdrage kan leveren aan

25 Enkele decennia geleden was het gebruikelijk ter ondersteuning van het anti-centralisme-denken te wijzen op analyses van de econoom Hayek, zoals uiteengezet in: Hayek, F.A., *Law, Legislation and Liberty,* Routledge and Kegan Paul, London etc. 1982 en het al oudere Hayek, F.A., *The Road to Serfdom,* Routledge & Kegan Paul, London and Henley 1979 (1944). Tegenwoordig wordt dit vaak onderbouwd door een verwijzing naar ideëen over een 'netwerksamenleving' waarin niets meer beheersbaar zou zijn. Vgl. Castells, Manuel, *The Rise of the Network Society,* Volume 1 van *The Information Age,* Blackwell, Massachusetts, Oxford 1996.

26 Vgl. daarover Wilson, James Q., 'The Bureaucracy', in: *American Government.* Institutions and Policies, Fifth Edition, D.C. Heath and Company, Lexington, Massachusetts, Toronto 1992 (1986), pp. 362-392, p. 365. In het eerste congres van 1789 introduceerde James Madison een wetsvoorstel om een departement van binnenlandse zaken in te stellen die de minister van binnenlandse zaken, Thomas Jefferson, terzijde zou kunnen staan. De mensen die op dat departement zouden werken, zouden worden aangesteld door de president en goedgekeurd door de senaat maar zij waren 'to be removable by the president alone'. In deze enkele woorden ligt dus eigenlijk het recht besloten om ambtenaren te ontslaan. Over die clausule werd zes dagen gedebatteerd in het Huis van Afgevaardigden. De tegenstanders van Madison wilden dat niet alleen de aanstelling zou geschieden met toestemming van de Senaat, maar ook het ontslaan. Madison verzette zich daar echter tegen. In de woorden van Wilson: 'without the unfettered right of removal, the president would not be able to control his subordinates, and without this control he would not be able to discharge his constitutional obligation to "take care that the laws be faithfully executed"'. Madison won, zoals bekend, het debat.

27 Vgl. mw Scheltema-de Nie (D66) die waarschuwde voor wat zij noemde een 'paarse muilkorf': 'D66 vindt dat in een volwassen democratie ook topambtenaren naar buiten toe moeten kunnen zeggen wat zij vinden. Dat is gewoon hun recht op vrijheid van meningsuiting'. Hand. II 1998-1999, p. 273. Zij trekt daaruit ook de conclusie dat kamerleden ministers niet – of beperkt – moeten aanspreken op uitingen van ambtenaren. Let trouwens op de woorden 'gewoon hun recht op vrijheid van meningsuiting'. Hier is daagt nog niets van een besef dat dit 'recht' wel eens problematisch zou kunnen zijn in een parlementaire democratie met ministeriële verantwoordelijkheid als basis.

28 Zoals in het geval-Van Wijnbergen ook is gebeurd, waarmee een staatsrechtelijk hoogst relevant feit zich heeft voorgedaan dat in de handboeken van het staatsrecht uitgebreid aandacht zou verdienen.

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

de opinievorming over een bepaald vraagstuk zou een artikel in een krant kunnen publiceren zonder daarin met naam en functie genoemd te worden. Een praktisch probleem is daarbij wel dat kranten niet snel geneigd zijn dergelijke artikelen op te nemen.[29] Hoewel, een probleem? Is dat wel een probleem? Het zou wel een aardige lakmoesproef zijn voor de kwaliteit. Als de bijdrage van de secretaris-generaal werkelijk *op inhoudelijke gronden* van zulke hoge kwaliteit is dat deze aantrekkelijk wordt om te publiceren (en dus niet omdat Piet op spectaculaire wijze de minister in de wielen rijdt) dan zou een krant het ook moeten doen zonder de naam van Piet eronder. Werkelijk belangwekkende bijdragen aan het publieke debat worden door kranten ook gepubliceerd wanneer zij afkomstig zijn van mensen die 'nog geen naam' hebben: debutanten. Als het Piet werkelijk gaat om de zaak en niet om zijn persoon dan *zou ook moeten willen* dat het artikel wordt gepubliceerd ook al kan het niet met zijn persoon in verband worden gebracht. Zoals een middeleeuwse kunstenaar zijn werk niet wilde signeren ter meerdere ere van God, zo zou een hedendaags ambtenaar zijn bijdrage aan het publieke debat niet moeten signeren uit respect voor democratie.[30]

8.4 De grondrechten vormen niet één blok

Wat het bovenstaande duidelijk maakt, is dat het aanbeveling verdient niet alleen scherp te onderscheiden tussen de hoedanigheid van burger, werknemer en ambtenaar als het aankomt op de vraag of vrijheid van meningsuiting als ideaal kan worden gezien, maar ook dat men een scherp onderscheid moet maken tussen de verschillende grondrechten.

In zekere zin druist dat in tegen een trend die men de laatste tijd kan waarnemen in de doctrine en in de politiek. Zo kan men berichten in de krant aantreffen dat 'de mensenrechten' worden geschonden in land zus of zo. Maar het wordt in het midden gelaten of het hierbij gaat om het 'recht om te genieten van kunst'[31] danwel dat in de catacomben van een regeringsgebouw wordt geprobeerd mensen met marteling tot een bekentenis van staatssubversieve activiteiten te brengen.[32] Toch maakt dat – zoals met mijn voorbeeld al gesuggereerd wordt – wel degelijk verschil. Grondrechten en mensenrechten zijn dan ook niet 'ondeelbaar' zoals op de Tweede Wereld Conferentie Mensenrechten in Wenen in juni 1993 plechtig werd vastgesteld.[33] Integendeel, er lijkt veel voor te zeggen scherp onderscheid te maken tussen de verschillende grondrechten. Niet alleen is dat van belang voor de hiërarchie die men wil aanbrengen (een harde noodzaak gezien de tegenwoordige proliferatie van rechten), maar ook voor een bevredigende theorie over de beperkingsgronden en voor een bezinning

29 Alleen het verwijderen van de *functie* van Piet bij de personalia ('Deze bijdrage is op persoonlijke titel geschreven' is natuurlijk niet voldoende. Hij staat nu eenmaal bekend als de secretaris-generaal.

30 Vgl. over de parallel tussen de absolute soevereiniteit van het volk in een democratie en de absolute soevereiniteit van God: Schmitt, Carl, *Politische Theologie.* Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität, Dritte Auflage, Duncker & Humblot, Berlin 1979, p. 51: 'Alle prägnanten Begriffe der modernen Staatslehre sind säkularisierte theologische Begriffe. Nicht nur ihrer historischen Entwicklung nach, weil sie aus der Theologie auf die Staatslehre übertragen wurden, indem zum Beispiel der allmächtige Gott zum omnipotenten Gesetzgeber wurde, sondern auch in ihrer systematischen Struktur, deren Erkenntnis notwendig is für eine soziologische Betrachtung dieser Begriffe.'

31 Vgl. art. 27, lid 1 UVRM: 'Een ieder heeft het recht om vrijelijk deel te nemen aan het culturele leven van de gemeenschap, om te genieten van kunst en om deel te hebben aan wetenschappelijke vooruitgang en de vruchten daarvan.'

32 Vgl. art. 5 UVRM: 'Niemand zal onderworpen worden aan folteringen, noch aan een wrede, onmenselijke of onterende behandeling of bestraffing.'

33 Flinterman schrijft over de 'ondeelbaarheid' van alle rechten van de mens dat het een fundamenteel beginsel van de benadering van de rechten van de mens door de Verenigde is. Het behoort 'tot de normatieve grondslag van het tegenwoordige internationale recht inzake de rechten van de mens.' (Flinterman, C., 'De ondeelbaarheid van de rechten van de mens', in: Coomans, A.P.M., Heringa, A.W., Westendorp, I., red., *De toenemende betekenis van economische, sociale en culturele rechten,* Maastricht Centrum voor de Rechten van de Mens en Stichting NJCM-Boekerij, Leiden 1994, p. 1-7). Men moet vrezen dat Flinterman gelijk heeft dat velen daar tegenwoordig zo tegenaan kijken. Maar is het vanuit het oogpunt van doctrinaire zuiverheid bezien ook gelukkig?

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

op de vraag welke rechten zich lenen voor een toepassing in bijzondere verhoudingen. Om op dat laatste door te gaan: in de literatuur is het courant met tevredenheid vast te stellen dat 'grondrechten ook voor ambtenaren' gelden.[34] Dat wordt vaak gecombineerd met een vooruitgangsgeloof in die zin dat ons een panorama wordt geschetst van een 'vroeger' toen men nog niet inzag dat ambtenaren ook grondrechten hebben en een 'tegenwoordig' (sinds de nieuwe grondwet van 1983) waarin ons dat duidelijk is geworden. Wat er ook zij van de stelling dat grondrechten 'in het algemeen' voor ambtenaren zouden gelden (ik kom daar nog op terug), het verdient aanbeveling streng te onderscheiden tussen *verschillende* grondrechten. Vrijheid van meningsuiting voor ambtenaren en vrijheid van vereniging en vergadering is voor het onderwerp dat we hier bespreken iets heel anders dan vrijheid van godsdienst.

Dit wordt vaak miskend. Zo wordt tegenwoordig regelmatig gehoord dat de rechten die voor gewone burgers zouden gelden eigenlijk ook voor ambtenaren zouden moeten gelden. Het realiseren van die gedachte wordt ons als ideaal voor de toekomst voorgehouden. Naar mijn smaak is dat echter geen ideaal voor de toekomst, maar een – hoe goed bedoeld ook – regressie naar een pre-democratisch tijdperk van vóór 1866/1868 toen niet-democratisch gelegitimeerde ambten (toen de koning) aan de publieke discussie konden participeren zonder onder het bereik van ministeriële verantwoordelijkheid te vallen.

Ijveren voor vrijheid van meningsuiting voor ambtenaren is dus een misplaatst idealisme. Het miskent dat Piet *als burger* namens zichzelf spreekt, maar *als ambtenaar* namens een ander: de overheid namelijk. Net als een officier van justitie in functie namens een overheidsorgaan spreekt en niet zijn persoonlijke zieleroerselen aan de rechter voorlegt[35] en net als een rechter namens de staat een vonnis velt, zo spreekt een ambtenaar ook altijd namens een ander. Die ander is de minister.

De achtergrond van dat idee is *niet* dat de minister beter op de hoogte is. Zoveel is zeker: Piet heeft wat Weber het 'Fachwissen' noemde.[36] Misschien is Piet op inhoudelijke gronden ook volkomen terecht door zijn collega's aan de universiteit bijgevallen. Het probleem is alleen – als men dat als een 'probleem' zou willen zien – dat we leven in een *democratie* en niet in een technocratie of ambtelijke aristocratie. Dat wil zeggen dat we – *for better or for worse* – ervoor hebben gekozen te worden geregeerd door een verwijderbare speciale klasse van 'amateurs' (politici, gerekruteerd uit de burgers) die leiding geven aan een permanent apparaat van deskundigen (ambtenaren) dat niet opstapt na een mislukte poging tot verantwoording aan representatieve organen. Piet blijft in functie, ook al verliest hij het debat in de krant. De minister gaat en maakt plaats voor een ander. Wie dat systeem in stand wil houden, moet wel – op logische gronden – vasthouden aan een opheffing van ambtelijke uitingsvrijheid – zo die überhaupt ooit erkend is.

34 Vgl. Niessen, C.R., 'Ambtenaar en grondrechten, ofwel: leve het poldermodel!', in: *NJCM-Bulletin,* jrg. 24 (1999), nr. 7, pp. 947-961, p. 947: 'Dat ook ambtenaren grondrechten hebben, is sinds jaar en dag gemeengoed.' (p. 955). Weliswaar constateert Niessen dat de laatste tijd 'geluiden te horen' zijn die dat ontkennen, maar daarbij betreft het 'een enkeling' (p. 946). Op p. 958 wordt de 'enkeling' geïdentificeerd als P.B. Cliteur, 'Ambtenaar moet zwijgen en dienen', in: *NRC Handelsblad,* 20 oktober 1998, maar, zegt Niessen, 'zie evenwel het weerwoord van J.J. Stam in *NRC Handelsblad,* 27 oktober 1998'. Nu is het aardig te vermelden dat Stam werkt op de afdeling constitutionele zaken en wetgevingsaangelegenheden waarvan R.M. Niessen hoofd was. Stam is dus ambtenaar. Dat betekent dat Stam zijn pleidooi voor ambtelijke uitingsvrijheid heeft geschreven onder ministeriële verantwoordelijkheid. En dat betekent weer dat hij dan *namens* de minister sprak. Of nog beter: hij had een tekst moeten aanleveren die met de naam van de minister ondertekend in de krant had moeten verschijnen. Onze volksvertegenwoordiging had daarover dan een discussie kunnen voeren met de minister en zich van deze minister ontdoen. Immers een minister die ambtenaren wil laten discussiëren op eigen naam en titel verzaakt zijn democratisch mandaat. Weinig parlementaire debatten zouden zo'n principiële inzet hebben gehad als juist *dit* debat.

35 Van een zogenaamde 'vrijheid van requisitoir' kan dus ook een sprake zijn. Vgl. voor het naar mijn idee juiste standpunt hierover: Asser, R.W., 'Het OM – ook een kwestie van organisatie', in: *Trema,* 1982, pp. 205-209 en vooral: Asscher, B.J. *Meesters der metamorforse.* Overwegingen van een rechter, Tweede druk, Uitgeverij Balans, Amsterdam 1989. Het *on*juiste standpunt wordt verdedigd door vele strafrechtjuristen.

36 Vgl. Weber, Max, *Politik als Beruf,* Siebente Auflage, Duncker & Humblot, Berlin 1982 (1919).

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

Quod non.

Deze laatste woorden behoeven nu enige uitleg. We zullen proberen te laten zien dat
– noch de doctrine
– noch de wet
– noch de rechtspraak
nopen tot een aanvaarding van ambtelijke uitingsvrijheid.

Daarmee is dan de overgang gemarkeerd van een reflexie over de beginselen waarop onze parlementaire democratie is gebaseerd naar de positiefrechtelijke vormgeving daarvan in wet, jurisprudentie en doctrine.

8.5 De doctrine: een pluriform beeld

Ten aanzien van de doctrine is het hiervoor geformuleerde doel overigens slechts een ten dele haalbaar streven, want ambtelijke uitingsvrijheid vindt wel degelijk bijval in de doctrine. Echter niet zoveel als doorgaans wordt aangenomen. En ook is het niet juist dat een ontwikkeling kan worden geconstateerd van een verouderde negentiende eeuwse opvatting waarin van vrijheid van meningsuiting voor ambtenaren geen sprake zou zijn naar een moderne en verlichte conceptie waarin dat wél het geval is. Bestudering van de historische ontwikkeling van dit leerstuk leert dat zowel het ene als het andere standpunt in voortdurende strijd met elkaar zijn gewikkeld.[37] Het standpunt dat ambtenaren vrijheid van meningsuiting zou toekomen was ook in de vorige eeuw reeds zeer populair, zij het gelukkig ook tegengesproken door theoretici met meer oog voor de noodzakelijke voorwaarden waaronder een parlementaire democratie alleen maar kan functioneren.

8.6 De tekst van art. 10 EVRM

Het is tegen de achtergrond van de hiervoor geschetste beginselen van ons bestel dat we ontwikkelingen in de jurisprudentie moeten plaatsen en wettelijke bepalingen moeten interpreteren. Twee artikelen verdienen dan onze aandacht, art. 10 en (zijdelings ook) art. 11 EVRM. Art. 10, lid 1 vestigt voor 'een ieder' de vrijheid van meningsuiting. De tekst luidt als volgt:

37 Dat blijkt bijvoorbeeld uit Horst, Th.A.M. van der, *Ambtenaar en grondrechten,* N. Samsom N.V., Alphen aan den Rijn 1967. Reeds in 1897 bleek hoe verschillende schrijvers voor vrijheid van meningsuiting voor ambtenaren pleitten. Vgl. Fokker, E., en Krabbe, H., 'Welke is de aard der rechtsverhouding van den Staat tot zijn ambtenaren; moet zij wettelijk worden geregeld; en zoo ja, hoe in hoofdzaak?', in: *Handelingen der Nederlandsche Juristen-Vereeniging,* 1897, 28ste jg., I, F.J. Belinfante, 's-Gravenhage 1897, pp. 136-255 en pp. 63-102. Ook een van de oudste auteurs over dit onderwerp pleitte daarvoor: Ferf, *De regten der ambtenaren,* diss. Leiden 1864. Men kan daarom twijfels hebben over het onderscheiden van 'ontwikkelingsfasen' in de doctrine, zoals sommige schrijvers doen. Vgl. onder andere Verhulp, E., *Vrijheid van meningsuiting van werknemers en ambtenaren*, SdU Uitgevers, Den Haag 1996, p. 1995; Olde Kalter, C.J.G., *Overheidspersoneel en grondwetten,* Pre-advies, Geschriften van de Vereniging voor Administratief Recht LXXXIV, Alphen aan de Rijn 1979 en Niessen, C.R., 'Ambtenaar en grondrechten, ofwel: leve het poldermodel!', in: *NJCM-Bulletin,* jrg. 24 (1999), nr. 7, pp. 947-961. Zij allen onderscheiden 'fasen' in de ontwikkeling van de doctrine waarbij de laatste fase een standpunt ten gunste van vrijheid van meningsuiting voor ambtenaren zou zijn. Maar dat lijkt mij betwistbaar. De laatst genoemde publicatie – die van Niessen – is een noot bij de uitspraak Ahmed v. het Verenigd Koninkrijk van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens. In die uitspraak wordt korte metten gemaakt met een vermeende vrijheid van meningsuiting voor ambtenaren. Het vreemde is echter dat dit aan de annotator geheel lijkt te ontgaan. De annotator blijft geloven in vrijheid van meningsuiting voor ambtenaren als een beginsel dat in het positieve recht erkenning vindt, terwijl hem de argumenten daarvoor in de uitspraak die aan zijn annotatie is onderworpen één voor één uit handen worden geslagen. We komen over deze uitspraak nog te spreken.

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

> Een ieder heeft recht op vrijheid van meningsuiting. Dit recht omvat de vrijheid een mening te koesteren en de vrijheid om inlichtingen of denkbeelden te onvangen of te verstrekken, zonder inmenging van enig openbaar gezag en ongeacht grenzen. Dit artikel belet Staten niet radio-omroep, bioscoop- of televisieondernemingen te onderwerpen aan een systeem van vergunningen.

Deze vrijheid wordt echter beperkt door lid 2.

> Daar de uitoefening van deze vrijheden plichten en verantwoordelijkheden met zich brengt, kan zij worden onderworpen aan bepaalde formaliteiten, voorwaarden, beperkingen of sancties, die bij de wet zijn voorzien en die in een democratische samenleving noodzakelijk zijn in het belang van de nationale veiligheid, territoriale integriteit of openbare veiligheid, het voorkomen van wanordelijkheden en strafbare feiten, de bescherming van de gezondheid of de goede zeden, de bescherming van de goede naam of de rechten van anderen, om de verspreiding van vertrouwelijke mededelingen te voorkomen of om het gezag en de onpartijdigheid van de rechterlijke macht te waarborgen.

De vraag is nu: levert de tekst van lid 1 en 2 voldoende basis om ambtelijke uitingsvrijheid als ondermijning van de democratie buiten de deur te houden?

8.7 Tot een 'ieder' behoort niet de ambtenaar. De beperking ligt reeds in lid 1 van art. 10 ERVM

De meest verstrekkende blokkade die aan een claim tot vrijheid van meningsuiting voor ambtenaren kan worden opgeworpen, is het interpreteren van art. 10, *lid 1* EVRM op een zodanige manier dat ambtenaren worden uitgesloten. Art. 10 EVRM begint, net als andere artikelen uit het verdrag, met bewoordingen waarin aan 'een ieder' een recht wordt toegekend. Ook vindt men in de formulering van bepaalde rechten uit het EVRM wel dat 'niemand' onderworpen mag worden aan een bepaalde praktijk (bijvoorbeeld foltering of slavernij). We zouden nu moeten argumenteren dat dergelijke woorden op het eerste gezicht duidelijkheid verschaffen, maar dat zij bij nader inzien toch interpretatie behoeven. Hier kan eenzelfde strategie worden gevolgd als bij de woorden 'Hij die' waarmee de bepalingen uit het Wetboek van Strafrecht beginnen. Lezen we letterlijk wat daar staat, dan zouden vrouwen zich kunnen onttrekken aan de werking van de strafwet. Dat zou echter een onzinnige gang van zaken zijn. Daarom heeft de Hoge Raad uitgemaakt dat waar in het Wetboek van Strafrecht staat 'hij die' we dit moeten lezen als 'Hij/zij die'.

Iets soortgelijks zouden we moeten doen met de woorden 'een ieder' waarmee de artikelen uit het EVRM openen. We moeten aan die bewoordingen een zodanige interpretatie geven dat deze geen tegenspraak oplevert met de beginselen waarop onze parlementaire democratie is gebaseerd. En dan lijkt het redelijk ervan uit te gaan dat de verdragssluitende partijen niet kunnen hebben bedoeld een situatie te scheppen die tot onvermijdelijk resultaat heeft dat het functioneren van de parlementaire democratie volledig in de wielen wordt gereden door de interpretatie van bepalingen uit het verdrag. Weliswaar kan men stellen dat rechten gelden als 'trumps'.[38] Kenmerkend voor rechten zoals gewaarborgd in mensenrechtenverdragen is inderdaad dat zij grenzen stellen aan wat de democratie vermag ten aanzien van minderheden of zelfs een enkeling. Maar die werking van fundamenteel recht kan nooit zo ver gaan dat van een parlementaire democratie niets overblijft. Als dát gevaar dreigt, dan

38 Dworkin, Ronald, 'Rights as Trumps', in: Jeremy Waldron, ed., *Theories of Rights,* Oxford University Press, Oxford 1992 (1984), pp. 153-168.

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

moeten we aan 'een ieder' een restrictieve interpretatie geven. Men zou dat kunnen zien als een geval van rechtsverfijning.[39]

Nu kan men dat het beste *duidelijk* doen, dat wil zeggen door tegen te spreken wat vaak als vanzelfsprekend wordt verondersteld. Zo kan men stellen: 'De ambtenaar *is* geen burger, evenmin als de koningin een burger is. De ambtenaar is ook geen "individu" of "mens" en valt ook niet onder "een ieder". De ambtenaar behoort *biologisch* tot de soort Homo Sapiens, maar staatsrechtelijk-constitutioneel tot een eigen soort. En de beginselen en argumentaties die in de ene context geldig zijn, zijn dat niet in de andere.' Het is dan ook verre van gelukkig dat het Europese Hof in Straatsburg in de zaak *Ahmed vs. Verenigde Koninkrijk* (1998) bewoordingen herhaalt die eerder in de *Vogt*-zaak waren gebezigd, namelijk waar het Hof stelt art. 10 EVRM ook van toepassing is op ambtenaren. Het gaat mij met name om de redengeving die het Hof daarvoor aanvoert. Het zegt: 'Although it is legitimate for a State to impose on civil servants, on account of their status, a duty of discretion, civil servants are individuals and, as such, qualify for the protection of Article 10 of the Convention.'
De gedachte lijkt hier de volgende te zijn.
– Alle individuen hebben de rechten van het EVRM
– Een ambtenaar is een individu
– Derhalve heeft een ambtenaar de rechten van het EVRM.

Hier volgt inderdaad de conclusie logisch uit de premissen. De enige mogelijkheid om de conclusie ter discussie te stellen is het kritisch ondervragen van de premissen. Kan dat? Het Hof schijnt te menen van niet, maar dat is verre van duidelijk. De fout schuilt in de tweede premisse: *ambtenaren zijn namelijk géén individuen*. 'Individu' is 'alles wat niet gedeeld kan worden zonder een wezenlijke verandering te ondergaan'. Het is 'wat op zichzelf bestaat'.[40] Een ambtenaar staat echter niet 'op zichzelf'. Hij is een onlosmakelijk onderdeel van de overheid of van de 'staat'. Het mooiste komt dat misschien nog tot uitdrukking bij de ambtenaren van het Openbaar Ministerie waar men het principe van de 'één en ondeelbaarheid' kent. Het houdt in dat een individuele officier altijd optreedt namens het OM als geheel. Elke officier is ook door een andere vervangbaar.[41] Men concludeert *namens de staat.*

Bij sommige delen van het overheidsapparaat brengt men dat symbolisch tot uitdrukking met toga's (rechterlijke macht) en uniformen (leger), alsof de onderlinge verschillen tussen individuen zoveel mogelijk moeten worden weggenomen. Maar ook waar dat niet het geval is geldt de norm van uniform optreden door de overheid. De grilligheden van het individuele moeten zoveel mogelijk worden geëlimineerd. De ambtenaar treedt niet op eigen naam en titel op, maar namens de overheid

39 Een parallel voor de hier gepresenteerde argumentatie zou men kunnen onderkennen in EHRM in *Sunday Times v. United Kingdom* waar onder andere de vraag aan de orde was of aan de woorden 'prescribed by law' ('bij de wet voorzien') voldaan is wanneer de beperking van de vrijheid van meningsuiting plaatsvindt door *ongeschreven* recht. Het Hof meende dat dit het geval kan zijn, immers een tegenovergestelde mening zou betekenen dat common-law landen in grote verlegenheid worden gebracht. Het Hof zou deze landen dan dwingen om hun gehele systeem overhoop te halen. Iets dergelijks kan men ook verdedigen ten aanzien van de vraag die in dit hoofdstuk in het geding is. Wanneer het Hof vrijheid van meningsuiting voor ambtenaren zou vestigen, zou dat betekenen dat het Hof de basis voor een parlementaire democratie volgens het Nederlands en Britse model zou vernietigen. Vgl. over deze kwestie: Janis, Mark, & Kay, Richard, & Bradley, Anthony, *European Human Rights Law.* Text and Materials, Clarendon Press, Oxford 1995, p. 219.

40 Vgl. Kuypers, K., *Encyclopedie van de filosofie,* Elsevier, Amsterdam Brussel MCMLXXIX, p. 354.

41 Vgl. Matthijs, J., *Het Belgische Openbaar Ministerie en zijn beleid, getoetst aan de nieuwe wetten,* W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle 1969, p. 38. Over de ondeelbaarheid van het OM schrijft Matthijs dat de magistraten van het OM nooit uit eigen naam optreden, maar uit naam van het parket waaraan zij verbonden zijn: 'hun persoonlijkheid vermengt zich met de morele persoon, samengesteld uit het geheel van de magistraten van één zelfde parket'. In Nederland gaan we overigens eveneens van de één en ondeelbaarheid uit. Vgl. onder andere: Feltz, W.A. Baron van der, en Moons, J.M.A.V., *De ambtelijke verhouding in het Nederlandse Openbaar Ministerie,* Preadvies Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland, W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle 1969.

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

die hij representeert. Het is misschien mogelijk om aan ambtenaren bepaalde grondrechten toe te kennen, maar zeker *niet* op de grond dat zij 'individuen' zouden zijn, zoals het EHRM meent.

Eens was het staatsgezag niet ónpersoonlijk, maar persoonlijk. Het was de tijd dat de koning kon zeggen 'l'état c'est moi'.[42] Maar sinds de opkomst van de democratie wordt de soevereiniteit gedragen door fluctuerende ambten met een zo groot mogelijk gezag over aangestelde ambten. En dat laatste vergt weer ónpersoonlijk en anoniem optreden van de 'vierde macht' die eigenlijk geen 'macht' zou mogen zijn.[43]

Deze eerste strategie om de democratie veilig te stellen is ongetwijfeld de meest radicale. Overigens niet zo radicaal dat daarmee categorisch wordt beweerd dat geen enkel grondrecht op mensen in ambtelijke verhoudingen van toepassing zou kunnen zijn. We hebben immers hiervoor gezien dat grondrechten niet 'één blok' vormen, zoals sommige ijveraars voor grondrechten in bijzondere verhoudingen graag willen doen voorkomen. We hebben het hier slechts over de vrijheid van meningsuiting. En dan kan op basis van een interpretatie van art. 10 lid 1 EVRM worden verdedigd dat de vrijheid van meningsuiting in beginsel niet voor ambtenaren geldt.

Een tweede strategie om de democratie veilig te stellen gaat minder radicaal te werk. Men zou ook de vrijheid van meningsuiting voor ambtenaren *in beginsel* kunnen accepteren (zoals het EHRM doet), maar deze laten beperken door de beperkingsgronden die in art. 10 lid 2 worden genoemd. Als het dan vervolgens mogelijk is die beperkingen zo ver op te rekken dat *de facto* nauwelijks enige vrijheid van meningsuiting voor de ambtenaar resteert komt men bijna tot hetzelfde resultaat als bij de eerste strategie om de democratie veilig te stellen. We zullen nu de lijn van een dergelijke interpretatie proberen te vervolgen.

8.8 In Nederland is beperking van de ambtelijke uitingsvrijheid 'bij de wet voorzien'

Zoals we hebben gezien in het tweede lid van art. 10 EVRM wordt gesteld dat beperkingen van de vrijheid uit het eerste lid kunnen worden onderworpen aan 'formaliteiten, voorwaarden, beperkingen of sancties'. Daarbij is dan nodig dat deze beperkingen

– bij de wet zijn voorzien' ('prescribed by law') en
– dat deze perkingen noodzakelijk zijn in een democratische samenleving' ('necessary in a democratic society')
– ter bescherming van één of meer belangen die in het artikel worden opgesomd.

De eerste vraag zou dan dus moeten zijn of in Nederland een beperking of zelfs opheffing van de ambtelijke uitingsvrijheid 'bij de wet voorzien' is. Immers dat is de voorwaarde die art. 10, lid 2 stelt: de beperking moet zijn 'prescribed by law'.

Het antwoord luidt bevestigend. Sinds 2 november 1988 geldt art. 125a e.v. van de Ambtenarenwet. Hierin vinden we de wettelijke grondslag voor een beperking van de vrijheid van meningsuiting voor ambtenaren. Een voorstander van de vrijheid van meningsuiting voor ambtenaren schrijft over

42 Hoewel niet alleen koningen die pretentie hadden. Vgl. Chateaubriand over Bonaparte: 'Geen redevoering van Bonaparte waarin niet zijn aversie blijkt jegens de republiek waaruit hij was voortgekomen; maar van de misdaden van de republiek had hij een minder grote afschuw dan van haar vrijheidsprincipes. (...)'. Napoleon zei: 'Wil men de souvereiniteit van het volk herstellen? Goed, in dat geval roep ik mezelf tot volk uit; want ik ben altijd daar waar de souvereiniteit is'. Chateaubriand: 'Nimmer heeft een despoot op krachtiger wijze zijn eigen aard onderstreept: hij keerde gewoon de uitspraak van Lodewijk XIV om: "De Staat, dat ben ik"'. Vgl. Chateaubriand, Francois-René, *Memoires van over het graf.* Autobiografie, Meulenhoff, Amsterdam 2000, p. 232.

43 Crince le Roy, R., *De vierde macht.* Een hernieuwde kennismaking, derde, herziene druk, Den Haag 1976 die het begrip 'vierde macht' in Nederland bekend heeft gemaakt is overigens zelf niet duidelijk over de vraag of hij die vierde macht een goede of een kwade zaak vindt.

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

de achtergrond van deze wet: 'De invoering ervan heeft niet de bedoeling gehad de beperkingen uit te breiden. Het streven is gericht op het bepalen van een zo bevredigend mogelijk evenwicht tussen het belang van de individuele ambtenaar of arbeidscontractant en een zo onbelemmerd mogelijke uitoefening van zijn grondrechten en het belang van de overheid ten behoeve van een goede taakvervulling bij terughoudendheid van die uitoefening'.[44]

In het licht van de voorgaande analyse moeten we echter zeggen: het hier als ideaal gestelde 'evenwicht' kan nooit bereikt worden. De posities staan lijnrecht tegenover elkaar. We moeten kiezen tussen óf democratie óf het (vermeende) grondrecht van de ambtenaar op vrijheid van meningsuiting. En wanneer de zaken eenmaal zó liggen dan is het niet meer dan redelijk te kiezen voor het publieke belang van een goed functionerende democratie boven het hooghouden van een recht van een individuele werknemer die bovendien zichzelf contractueel in de situatie geplaatst heeft dat hem bepaalde privileges die hij als burger heeft als werknemer onthouden moeten blijven. Er is niets vreemds aan het standpunt dat 'il n'est point permis au fonctionnaire d'engager une polémique sur les questions qui touchent à son service'.[45] De 'bijzondere aard van de hem opgedragen werkzaamheden' brengen voor de ambtenaar met zich mee dat hij geen vrijheid van meningsuiting tegenover zijn werkgever, de overheid, kan doen gelden, schrijft Buys.[46]

Ook Hugo Krabbe had met dat standpunt geen moeite. Waar hij, schrijvende in 1897, wél moeite mee had, was dat voor die beperking van de vrijheid van meningsuiting geen wettelijke grondslag bestond. Die eis wordt ook gesteld door art. 10, lid 2 EVRM en die wettelijke grondslag bestaat nu dus voor Nederland in art. 125a, lid 1 Ambtenarenwet. Het enige dat ons rest is het geven van een interpretatie aan dat artikel zodanig dat het goed functioneren van de parlementaire democratie niet wordt gefrustreerd. Is zo'n interpretatie mogelijk? Of noopt de tekst van dit artikel ons tot het vinden van een 'evenwicht' zodanig dat de 'grondrechten' van ambtenaren altijd met zich meebrengen dat het democratisch karakter van ons systeem in gevaar komt? Het is mogelijk een democratievriendelijke interpretatie van art. 125a, lid 1 te geven. De tekst luidt – voorzover hier relevant[47] – als volgt:

> De ambtenaar dient zich te onthouden van het openbaren van gedachten of gevoelens (...) indien door de uitoefening van deze rechten de goede vervulling van zijn functie of de goede functionering van de openbare dienst, voorzover deze in verband staat met zijn functievervulling, niet in redelijkheid zou zijn verzekerd.

Nu is het ongetwijfeld juist dat wanneer we dit artikel zouden interpreteren tegen de achtergrond van de voornemens en opvattingen van de verschillende kamerfracties die het hebben aangenomen een aanzienlijke vrijheid van meningsuiting voor ambtenaren zou moeten worden verondersteld.[48] Daarin heeft Verhulp en met hem verschillende andere auteurs gelijk. Naar onze mening zijn die op-

44 Verhulp, *Vrijheid van meningsuiting van werknemers en ambtenaren,* p. 207.

45 De Franse auteur Vivien, aangehaald bij: Fokker, E., 'Welke is de aard der rechtsverhouding van den Staat tot zijn ambtenaren; moet zij wettelijk worden geregeld; en zoo ja, hoe in hoofdzaak?', in: *Handelingen der Nederlandsche Juristen-Vereeniging,* 1897, 28ste jg., I, F.J. Belinfante, 's-Gravenhage 1897, pp. 136-255, p. 228.

46 De woorden tussen aanhalingstekens zijn ontleend aan: Buijs, J.T., 'Art. 8', in: *De grondwet.* Toelichting en kritiek, Eerste Deel, P. Gouda Quint, Arnhem 1883, pp. 56-62. Buijs werpt een relevante vraag op wanneer hij over de regeling van de vrijheid van drukpers schrijft: 'Is het voorschrift van ons artikel zoo absoluut, dat aan niemand, onder welke omstandigheden hij ook moge verkeeren, welke ook de bijzondere aard zij van de hem opgedragen werkzaamheden, zou mogen worden verboden zonder voorafgaand verlof door middel van de drukpers zijne denkbeelden te verkondigen?'. Zijn antwoord luidt 'nee'.

47 In één adem wordt iets gezegd over de vrijheid van meningsuiting voor ambtenaren en de vrijheid van vereniging en vergadering. Voor de duidelijkheid laten we dat laatste weg.

48 Vgl. Wijziging van de Ambtenarenwet 1929 ter zake van de uitoefening van grondrechten. Memorie van toelichting, Tweede Kamer, vergaderjaar 1985-1986, 19 495, nr. 3, pp. 1-8; Wijziging van de Ambtenarenwet 1929 ter zake van de uitoefening van grondrechten, Voorlopig verslag, vastgesteld op 5 december 1986, Tweede Kamer, vergaderjaar 1986-1987, 19 495, nr. 4, pp. 1-9.

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

vattingen van de kamerleden echter een vergissing en daarom zullen wij ons concentreren op de tekst zelf, geïnterpreteerd tegen de achtergrond van de beginselen van ons bestel. Niet de wetshistorische, maar de grammaticale en teleologische interpretatiewijze moet in dit geval richtinggevend zijn als we een resultaat willen rechtvaardigen dat de grondslagen van ons democratisch bestel overeind houdt.[49] De vraag is: biedt *de tekst* van art. 125a AW en van art. 10 EVRM, lid 2 aanknopingspunten voor wat men een 'minimalistische interpretatie' van de vrijheid van meningsuiting voor ambtenaren zou kunnen noemen? Immers hoe kleiner de ruimte voor ambtelijke uitingsvrijheid, hoe groter de ruimte voor democratie. Een dergelijke interpretatie lijkt mogelijk. Dat heeft daarmee te maken dat de tekst van art. 125a AW eigenlijk geen enkele richting aangeeft. De ruimte die voor ambtelijke uitingsvrijheid bestaat wordt door de wetgever geheel afhankelijk gemaakt van een oordeel over de goede vervulling van de functie van de ambtenaar en het goed functioneren van de openbare dienst. Het zal niet verbazen dat we dan maximalistische interpretaties kunnen krijgen en minimalistische.

'Maximalistisch' is de interpretatie van al diegenen die menen dat met artikel 125 AW in beginsel de vrijheid van ambtenaren positief recht is geworden. Sinds 1983 is toch bepaald dat 'de grondrechten' ook voor ambtenaren gelden? Dat is alleen maar *niet* het geval wanneer de ambtenaar het echt 'te gek' maakt. 'Nee, natuurlijk, hij moet de minister niet voor de voeten lopen', wordt dan gezegd. 'Maar dat *hoeft* toch ook niet?'

'Minimalisten' (zoals de schrijver van dit boek) stellen dat gegeven de uitgangspunten van ons bestel het niet goed denkbaar is dat een aanzienlijke reële ambtelijke uitingsvrijheid overblijft in een systeem dat functioneert onder de volledige ministeriële verantwoordelijkheid. Toch nog blijven spreken van 'vrijheid van meningsuiting' als uitgangspunt is eigenlijk misleidend. Men draait daarmee zichzelf, maar ook de ambtenarij een rad voor ogen. Men stelt een vrijheid in het vooruitzicht in het eerste lid die telkens in het tweede lid van art. 10 EVRM zó drastisch moet worden beperkt dat van enige reële vrijheid niets overblijft. Hier stuiten onze wensdromen (vrijheid van meningsuiting erkennen voor iedereen; ook mensen werkzaam in bijzondere verhoudingen) af op de harde realiteit dat het tot onacceptabele resultaten voert wanneer deze een reële erkenning krijgt.

Ik heb hiervoor al aangegeven dat naar mijn idee de vrijheid van meningsuiting voor ambtenaren, met name een topambtenaar, zeer klein is. Het staat hem – althans *op eigen naam,* dit ter onderscheiding van anoniem – eigenlijk alleen maar vrij te spreken over het terrein dat geen enkele relatie onderhoudt met een deel van het overheidsbeleid. En hoe groot is dat? Heel klein. Dat kleine deel wordt dus inderdaad door art. 125a AW beschermd, zal een enthousiasteling voor ambtelijke uitingsvrijheid kunnen volhouden. En dat is waar, maar realiter heeft men daarmee weinig in handen.

8.9 Het uitsluiten of beperken van ambtelijke uitingsvrijheid is noodzakelijk in een 'democratische samenleving'

Wanneer we nu hebben geconstateerd dat de wettelijke grondslag voor de beperking van de vrijheid van meningsuiting voorhanden is en dat deze wettelijke grondslag ruimte zou moeten bieden voor een drastische inperking van ambtelijke uitingen is de vraag aan de orde *of* en *hoe* kan worden aangesloten bij de beperkingsgronden die in art. 10, lid 2 EVRM worden opgevoerd. Opvallend is dan dat in het gehele hier gepresenteerde betoog het om democratie draait. Nu speelt dat concept ook een belangrijke rol als beperkingsgrond van de vrijheid van meningsuiting in lid 2. Op basis van onze

49 De belangen die hier op het spel staan zijn zo groot dat men – om met Amerikaanse equivalenten te spreken – 'original understanding' (Black, Bork) moet laten varen ten gunste van 'law as integrity' (Dworkin). Vgl. Black, Hugo LaFayette, *A Constitutional Faith,* Alfred Knopf, New York 1969; Bork, R.H., 'Neutral Principles and Some First Amendment Problems', in: *Indiana Law Journal,* Vol. 47, 1971, pp. 1-35; en van Dworkin als een geslaagde samenvatting van zijn theorie: Dworkin, Ronald A., 'Natural' Law Revisited', in: *University of Florida Law Review,* 34 (1982), pp. 165-188, ook in: David M. Adams, ed., *Philosophical Problems of the Law,* Second Edition, Wadworth Publishing Company, Belmont etc. 1996, pp. 93-99.

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

bezinning op de uitgangspunten van ons democratische systeem is het duidelijk dat het verwerpen of beperken van ambtelijke uitingsvrijheid noodzakelijk is voor het overeind houden van wat art. 10, lid 2 noemt een 'democratische samenleving', althans wel het model van democratie zoals we dat onder andere in Nederland en Groot-Brittannië kennen.[50] Ook is duidelijk dat de erkenning van ambtelijke uitingsvrijheid grote 'wanordelijkheden' (eveneens art. 10, lid 2 EVRM) tot gevolg zouden hebben, immers – mits consequent doorgevoerd – het verdwijnen van een democratie ten gunste van een bureaucratische eliteheerschappij.

Enige reflexie op de gevolgen van een erkenning van ambtelijke uitingsvrijheid leert ons dus dat dit inderdaad het einde zou betekenen van de parlementaire democratie. Een minister zou immers langs rechterlijke weg gedwongen worden een ambtelijke meningsuiting voor zijn rekening te nemen – en daarvan de consequenties te dragen: gedwongen heengaan wanneer de Kamer de meningsuiting afkeurt – die hij eigenlijk niet voor zijn rekening wenst te nemen. Dat geeft de bureaucratie een groot machtsoverwicht tegenover de politieke organen in de staat. Een minister zou meer te vrezen hebben van openbaar geventileerde kritiek van zijn ambtenaren – vaak topambtenaren – dan van de controlerende kamerfracties.[51]

Een meer sluipenderwijs zich voltrekkende ondermijning van de democratie zal waarschijnlijk daaruit bestaan dat ministers *anticiperen* op onvrede binnen de ambtenarij over beleidsplannen. Ministers zullen proberen ambtenaren gunstig te stemmen door hen invloed op het beleid te geven die verder gaat dan waarop zij krachtens hun constitutionele status aanspraak kunnen maken.[52]

We moeten dus wel zoeken naar een zodanige interpretatie van de beperkingsgronden uit lid 2 van art. 10 EVRM dat de parlementaire democratie kan voortbestaan en verenigbaar blijft met een redelijke mate van vrijheid die volgens sommigen onder lid 1 wordt gewaarborgd (en volgens hen ook zou *moeten* worden gewaarborgd). Lid 2 levert daarvoor verschillende aanknopingspunten.

Zo kan men aansluiting zoeken bij de passage dat de 'uitoefening van de(ze) vrijheden plichten en verantwoordelijkheden met zich brengt'. De plicht en verantwoordelijkheid die hier dan in het

50 Dat zou dus anders liggen in de Verenigde Staten waar men een met verandering van de politieke top wisselende ambtelijke top kent. Het zou ook anders komen te liggen in Nederland en Groot-Brittannië wanneer een *gesanctioneerde* verantwoordelijkheid jegens het parlement voor ambtenaren zou gelden. Maar zolang dat niet het geval is moet gelden wat de Britse staatsrechtsgeleerde John Alder formuleert: 'Civil servants must be anonymous, absolutely loyal to their ministers and politically neutral. This is necessary to justify the minister being made responsible to Parliament that is, to complete the democratic chain. It also helps to ensure that civil service advice is truly impartial, and is thought to justify the secrecy that pervades our system of government'.Vgl. Alder, John, 'Ministerial Responsibility and Civil Servants', in: *Constitutional & Administrative Law,* Second Edition, MacMillan, Houndmills and London 1994 (1989), pp. 223-233, p. 225.

51 De journalist Breedveld schrijft: 'Stel je voor. Ad Geelhoed op de stoel van Wim Kok. Sweder van Wijnbergen op die van Annemarie Jorritsma en Arthur Docters van Leeuwen op die van Winnie Sorgdrager. Zelfs een eerstejaars student staatsrecht voelt op zijn klompen aan: dat geeft geen pas. Niet-gekozen ambtenaren die het over hun wél gekozen bazen voor het zeggen hebben' (Breedveld, Willem, 'Veenbrand in de Haagse burelen', in: *Openbaar Bestuur Magazine,* jg. 1, winter 1998, pp. 4-5). Maar Breedveld is hier veel te optimistisch. Het gedachtegoed dat hij hier bekend veronderstelt wordt in de literatuur door verschillende geleerden geloochend.

52 Oud-minister Hirsch Ballin heeft de verhouding tussen de minister en de ambtenaar wel eens als volgt getypeerd: 'Als je tot een gemeenschappelijke doelformulering komt en samen op werkbezoeken gaat, dan wordt het project er één van jou als politicus en de ambtenaar samen. Dat werkt het beste, ook al is het misschien niet volgens het boekje van het staatsrecht: politici zeggen hoe het moet, ambtenaren voeren het uit zonder eigen denkvermogen.' Hirsch Ballin, geciteerd in een interview in: Hes, Joyce, *Voetangels voor kopstukken.* De invloed van media en politiek op ambtsdragers bij Justitie, De Balie, Amsterdam 1999, p. 76. Deze opvatting lijkt mij niet zonder gevaren. Beter ware het vast te houden aan 'het boekje van het staatsrecht'.

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

bijzonder in het geding is, is wat in politicologische en staatsrechtelijke literatuur genoemd wordt de 'ambtelijke loyaliteit'.[53]

Een probleem met deze interpretatie is overigens wel dat lid 2 niet spreekt van een beperkingsgrond 'noodzakelijk in een democratische samenleving' *tout court.* Wat er staat, is dat deze beperkingen noodzakelijk moeten zijn in een democratische samenleving 'in het belang van de nationale veiligheid, territoriale integriteit of openbare veiligheid, het voorkomen van wanordelijkheden en strafbare feiten, de bescherming van de gezondheid of de goede zeden, de bescherming van de goede naam of de rechten van anderen, om de verspreiding van vertrouwelijke mededelingen te voorkomen of om het gezag van de onpartijdigheid van de rechterlijke macht te waarborgen.'

Daarin zou men kunnen lezen dat ondermijning van de democratie *alleen* onvoldoende reden is om een beperking van het grondrecht te rechtvaardigen. Er moet een combinatie worden gemaakt met een van de andere doelen die in het vervolg van lid 2 worden genoemd. Maar moeilijk kan dat niet zijn. Wanordelijkheid is wel het minste dat men kan zeggen van het realiseren van een stand van zaken die het functioneren van de parlementaire democratie onmogelijk maakt.

Het beste ware het echter geweest wanneer de redactie van art. 10 naast de beperkingsgrond van 'gezag en onpartijdigheid van de rechterlijke macht' (art. 10, lid 2 EVRM) had opgenomen 'het democratisch functioneren, de loyaliteit en onpartijdigheid *van de ambtelijke dienst*'. Dat staat er echter niet.[54]

In art. 11 EVRM waar het gaat om de vrijheid van vergadering en vereniging is dat wel het geval. Daar wordt in lid 2 gesteld dat de geformuleerde vrijheid niet verbiedt 'dat rechtmatige beperkingen worden gesteld aan de uitoefening van deze rechten door leden van de krijgsmacht, van de politie of van het *ambtelijk apparaat* van de Staat' (cursivering toegevoegd; PC).

De Europese wetgever draagt blijkens art. 11 kennis van het feit dat in een democratie, althans het model van democratie dat hier gerealiseerd is, we geen gepolitiseerde krijgsmacht, politie en bureaucratie kennen. Men realiseert zich dat het grondrecht van de vrijheid van vergadering heeft te wijken (of moet worden beperkt) door de voorwaarden waaronder een democratie kan functioneren. Maar precies dezelfde redenen die pleiten tegen een gepolitiseerde krijgsmacht, politie en bureaucratie in de context van *vrijheid van vereniging en vergadering* (art. 11) pleiten daartegen in de context van *vrijheid van meningsuiting* (art. 10).

De conclusie van de hier geanalyseerde mogelijkheden tot het vinden van een democratievriendelijke interpretatie van art. 10 EVRM moet derhalve zijn dat zowel lid 1 als ook lid 2 van art. 10 daarvoor aanknopingspunten bieden. De radicale strategie zou zijn reeds in art. 10, lid 1 te lezen dat met 'een ieder' niet de ambtenaar kan zijn bedoeld. Deze strategie heeft mijn voorkeur. Het zou overeenkomen met de grondslagen van de parlementaire democratie en dus 'passen' in ons systeem. Het EHRM stelt zich echter – vooralsnog – op het tweede standpunt, namelijk dat de ambtelijke uitingsvrijheid wordt beperkt op grond van de beperkingen die zijn genoemd in lid 2. Aangezien

53 Vgl. over dit begrip: Ridder, J. de, 'Ministeriële verantwoordelijkheid en politiek-ambtelijke verhoudingen', in: Elzinga, D.J., red., *Ministeriële verantwoordelijkheid in Nederland,* W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle 1994, pp. 279-291. Wat deze norm inhoudt werd door oud-minister Ritzen eens mooi getypeerd met de volgende woorden: 'Ambtenaren moeten binnen je werkkamer maximaal brutaal zijn en daarbuiten maximaal loyaal'. Vgl. Ritzen, Jo, *De Minister. Een handboek,* Bert Bakker, Amsterdam 1998, p. 28.

54 De drie leden die een *dissenting opinion* maakten bij de *Ahmed*-zaak hebben daar terecht op gewezen. In die zaak werd de vrijheid van van meningsuiting van ambtenaren door het Europese Hof in Straatsburg beknot met het oog op het goed functioneren van de Britse democratie. De beperking van de vrijheid van art. 10, lid 1 EVRM was 'necessary in a democratic society' met het oog op het waarborgen van de neutraliteit van de ambtelijke dienst. De drie dissenters bij deze uitspraak wezen echter op een verschil in de bewoordingen van de beperkingsgronden van art. 10 en art. 11. 'Only the latter Article provides expressly for the possibility to restrict the right concerned for members of the administration of the State', schrijven de rechters Spielman, Pekkanen en Van Dijk. Naar mijn idee is hun constatering juist, maar trekken zij daaruit de verkeerde conclusie. Zij hadden met het oog op het *systeem* van het verdrag en in het licht van de beginselen van een parlementaire democratie ook art. 10 zodanig moeten interpreteren dat daarin de beperkingen op de politieke activiteiten van ambtenaren worden gelezen die art. 11 *expressis verbis* kent.

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

die beperkingen echter zó ver gaan dat van een reële uitingsvrijheid weinig meer lijkt over te blijven, komen *in feite* de eerste en de tweede strategie dicht tegen elkaar aan te liggen. Dat is ook aan een voorstander van vrijheid van meningsuiting voor ambtenaren niet ontgaan.

8.10 Waarom het geheel *ontkennen* van ambtelijke uitingsvrijheid en het *radicaal beperken* daarvan op bijna hetzelfde neerkomt

'Dat ook ambtenaren grondrechten hebben was tot voor kort in Europa en ook in Nederland niet omstreden. De laatste tijd zijn echter geluiden te horen (van een enkeling overigens), dat dat niet zo zou zijn. De erkenning van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens in de onderhavige uitspraak, dat ambtenaren ook grondrechten hebben, bevestigt eerdere uitspraken van het Hof, en gaat in tegen die geluiden. Niettemin kan het zich voordoen, dat aan (bepaalde categorieën) ambtenaren opgelegde beperkingen in de uitoefening van grondrechten zo ver gaan, dat er van het grondrecht niets meer overblijft. In de onderhavige uitspraak worden dit soort vergaande beperkingen gesauveerd.'

Aldus de eerste zin van een bijdrage van C.R. Niessen over de ambtenaar en grondrechten, naar aanleiding van de uitspraak *Ahmed e.a. vs het Verenigd Koninkrijk* (1998).[55] Het is een opvallende passage, omdat men de vraag kan stellen of de gepresenteerde informatie niet innerlijk tegenstrijdig is. Eerst wordt gesteld dat ambtenaren ook grondrechten hebben. Vervolgens wordt gesteld dat er 'geluiden' zijn te horen die dit ontkennen (van een enkeling overigens). Daarna wordt gesteld dat het Europese Hof in aansluiting bij eerdere uitspraken ingaat tegen de 'geluiden' van die enkeling, maar bij de zin die met 'niettemin' begint krijgen we dan een merkwaardige tournure. Dan blijkt het ineens zo te zijn dat aan bepaalde ambtenaren beperkingen in de uitoefening van grondrechten worden opgelegd die – in de woorden van de schrijver – 'zo ver gaan dat er van het grondrecht *niets meer overblijft*' (cursivering toegevoegd; PC). En *die uitspraken*, de uitspraken van het Hof dus die aangeven dat van de uitoefening van het grondrecht niets meer overblijft, worden door het Hof in *Ahmed* gesauveerd.

Maar hebben de 'geluiden' van die 'enkeling' dan toch niet enige grond, is de lezer geneigd te denken? Als het Europese Hof uitspraken sauveert waarbij van de uitoefening van een grondrecht *niets meer overblijft,* wat is dan nog het verschil met de situatie dat die grondrechten niet bestaan?

Toch heeft de schrijver naar mijn idee in een bepaald opzichte wel gelijk. Wie kennis neemt van de recente jurisprudentie van het Europese Hof komt onder de indruk van twee tendensen.

Allereerst valt op dat het Hof verschillende keren herhaalt dat de rechten uit het verdrag ook van toepassing zijn op mensen in bijzondere rechtsverhoudingen, zoals militairen *(Engel)* en ambtenaren *(Ahmed)*.

Als tweede blijkt telkens dat de klagers uit die kringen wel de deksel op de neus krijgen in die zin dat hun klachten over beperkingen op hun vrijheid door het Hof niet worden gehonoreerd. Telkens blijken de beperkingen op hun vrijheden namelijk onder de beperkingsclausules te vallen.

Nu zal men zeggen: 'All in the game. Geen vrijheid is absoluut. Het is redelijk dat militairen en ambtenaren minder vrijheid van meningsuiting hebben dan burgers. Het Hof zal van geval tot geval moeten uitmaken hoe ver die beperkingen moeten gaan. Maar vrijheid blijft het uitgangspunt, ook voor mensen in bijzondere rechtsverhoudingen.'

Naar mijn idee schuilt iets onzuivers in die benadering. Niessen heeft gelijk: die beperkingen gaan zo ver dat men inderdaad met recht de stelling kan verdedigen – zoals Niessen doet in de laatste zin van het aangehaalde citaat – dat er van het grondrecht *niets meer overblijft.* En als dat zo is (en het is zo) dan is het misschien verstandiger eens goed te gaan nadenken *waarom* dat zo is. Is de positie

55 Niessen, C.R., 'Ambtenaar en grondrechten, ofwel: leve het poldermodel!', in: *NJCM-Bulletin,* jrg. 24 (1999), nr. 7, pp. 947-961.

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

van de burger wellicht tóch structureel verschillend van die van de militair en de ambtenaar? Zó verschillend misschien dat het realistischer is te stellen dat bijvoorbeeld vrijheid van meningsuiting hier *in beginsel* niet geldt en alleen *in uitzonderingsgevallen* wel? Dat klinkt niet zo prettig, maar het is misschien doctrinair en methodologisch zuiverder. En bovendien: misschien is het ook *eerlijker* naar de betrokkenen. Wat heeft een ambtenaar eraan dat het Hof regelmatig herhaalt dat vrijheid van meningsuiting ook voor ambtenaren geldt als we op grond van een patroon in de jurisprudentie kunnen voorspellen dat het niets zal opleveren voor klagers? Is het niet een beetje misleidend wanneer het Hof telkens verklaart *in beginsel* een vrijheid te honoreren die *de facto* nooit erkenning krijgt (en binnen ons democratisch bestel kán krijgen)? Is het geformuleerde beginsel dan wel 'recht'?

Oliver Wendell Holmes zei: 'The prophecies of what the courts will do and nothing more pretentious are what I mean by law.'[56] Volgens dát realistisch criterium gemeten zouden we de stelling dat vrijheid van meningsuiting ook voor ambtenaren geldt misschien geen 'recht' moeten noemen. We kunnen immers zo langzamerhand wel voorspellen dat het in concreto niet tot een honorering van de klacht leidt (recht is een 'law-suit won', zei Holmes' leerling Jerome Frank). Ambtelijke uitingsvrijheid is 'law in the books', geen 'law in action'.[57]

8.11 De zaak Engel: vrijheid van meningsuiting voor militairen?

Een ander geval waarin de vraag in hoeverre grondrechten gelden in bijzondere verhoudingen aan de orde is, is de zaak *Engel and Others v. Netherlands* (1976). In dit geval heeft het Hof een verbod in stand gehouden van het publiceren van materiaal waarin hogergeplaatsten in het leger worden bekritiseerd door ondergeschikten. Het Hof meende dat het concept van 'public order' omvat: 'The order that must prevail within the confines of a specific social group (...) in the case of the armed forces, disorder in that group can have repercussions on order in society as a whole.'

> The proper functioning of an army is hardly imaginable without legal rules designed to prevent servicemen from undermining military discipline, for example by writings (...). [Dutch law] is based on this legitimate requirement and does not in itself run counter the Article 10 of the Convention.

Dit alles wordt door het Hof naar voren gebracht nadat eerst is gezegd dat art. 10 EVRM ook voor 'servicemen' geldt. Hoewel enerzijds wordt erkend dat het goede functioneren van het leger ondenkbaar is zonder regels die het ondermijnen van de militaire discipline verhoeden, wordt eveneens gesteld:

> There was thus no question of depriving them of their freedom of expression but only of punishing the abusive exercise of that freedom on their part. Consequently, it does not appear that its decision infringed Article 10.2

Het Hof probeert hier naar mijn idee onverenigbare standpunten te combineren. Men ziet enerzijds wel in dat het radicaal strijdig is met het idee van een militaire organisatie dat het daarin aan ondergeschikten vrij zou staan hun superieuren in geschrifte te bestrijden, maar dat wordt toch niet als beginsel van de organisatie aangemerkt. Er wordt gezegd dat ook voor militairen *in beginsel* vrijheid van meningsuiting geldt. Van deze meningsuiting mag echter geen 'abusive use' worden gemaakt.

56 Holmes, O.W., *The Path of the Law,* in: *Harvard Law Review,* 1897, hier aangehaald in: Holmes, Oliver Wendell, *Collected Legal Papers,* Peter Smith, New York 1952, pp. 167-202, p. 173.

57 Vgl. Pound, Roscoe, 'Law in Books and Law in Action', in: *American Law Review,* 44 (January-February 1910), p. 35 e.v.

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

Het probleem met een dergelijke opstelling is dat vrijheid van meningsuiting nu juist alleen maar betekenis heeft in het geval van impopulaire uitingen. Wanneer de generaal zou zeggen 'het staat alle manschappen volledig vrij het met mij *eens* te zijn' dan is dat geen vrijheid van meningsuiting. Vrijheid van meningsuiting is het pas als de generaal zegt: 'en ieder heeft in het leger het recht publiekelijk uiting te geven aan zijn ongenoegen met het beleid van de legerleiding, net als dat voor burgers mogelijk is ten aanzien van de politici die het land besturen'. Maar het behoeft natuurlijk nauwelijks betoog dat van een dergelijke vrijheid van meningsuiting in een legersituatie geen sprake kan zijn. Het leger is nu juist gebaseerd op discipline en hiërarchie. Wie daartegen is moet pacifist worden of anarchist. Dat zou ook een volstrekt honorabel standpunt zijn. Maar wie zegt dat voor militairen in beginsel vrijheid van meningsuiting geldt en vervolgens kritiek op de leiding afwijst als 'abusive exercise' van die vrijheid van meningsuiting leidt een ander om de tuin. Men *doet voorkomen* alsof men een vrijheid erkent die men *in feite* niet erkent doordat zij oplost in de beperkingen.

Het meest zuiver is het derhalve een *conceptie, omschrijving of definitie* van vrijheid van meningsuiting hoog te houden waarin men opneemt dat het gezag bekritiseerd kan worden. Van vrijheid van meningsuiting kan men alleen maar *spreken* wanneer men zijn superieuren onder vuur kan nemen, ongehoorde opinies kan ventileren. Kan dat niet, dan spreken we niet van vrijheid van meningsuiting.

Natuurlijk ondermijnt vrijheid van meningsuiting in de hier gegeven interpretatie 'het gezag'. Daarvoor is dat principe juist 'uitgevonden' – om het *mogelijk te maken* dat gezag wordt ondermijnd. Theologisch gezag, wetenschappelijk gezag, politiek gezag – elke vorm van gezag kan men betwisten. Als men wil dat dat ook gebeurt, dan moet men vrijheid van meningsuiting accepteren. Als men dat niet wil – en daarvoor zijn goede redenen aan te voeren in bepaalde situaties, zoals die van het leger – dan is het zuiverder om te stellen dat vrijheid van meningsuiting in die situatie *niet geldt*, dan, zoals het Hof hier doet, het voor te stellen alsof de vrijheid van meningsuiting ook hier geldt, maar dat daarvan alleen geen 'abusive exercise' mag worden gemaakt.

Dit is overigens niet een kritiek op het oordeel van het Hof in *Engel* 'van buiten'. Ook op basis van de jurisprudentie van het *Hof zelf* kan men de redelijkheid van de hier aanbevolen semantische strategie aannemelijk maken. In de *Handyside*-zaak stelt het Hof dat vrijheid van meningsuiting niet beperkt mag zijn tot opvattingen 'that are favourably received or regarded as inoffensive or as a matter of indifference, but also to those that offend, shock or *disturb the State* or any sector of the population' (cursivering toegevoegd; PC).

Ook in *Lingen v. Austria* legt het Hof de nadruk op het feit dat vrijheid van meningsuiting juist voor impopulaire uitingen bedoeld is. 'Freedom of political debate is at the very core of the concept of a democratic society', zegt het Hof terecht. Maar kan men van een leger hetzelfde zeggen? Kan men serieus volhouden dat 'political debate at the very core of the concept of the military service' is? Of geldt hier juist het omgekeerde? Een leger is géén 'democratic society'. Het leger is … het *leger:* een bij uitstek hiërarchische organisatie met een bevelsstructuur die *in de burgerlijke samenleving* al lang niet meer bestaat. In het leger kunnen begrippen als inspraak, democratische besluitvorming, roulatie van bestuurlijke élites en andere zaken slechts een beperkte betekenis hebben en – zo lijkt realistisch te veronderstellen – vrijheid van meningsuiting helemaal niet.

Is dat erg? Er zijn verschillende redenen om dat te ontkennen. De eerste sluit aan bij wat men zou kunnen noemen 'zelf-binding' of contractsvrijheid. Met een variant op een uitspraak van Oliver Wendell Holmes kan men zeggen dat er een constitutioneel recht en mensenrecht bestaat op vrijheid van meningsuiting, maar er bestaat geen constitutioneel recht en mensenrecht op een plaats in het leger. Wie de beperkingen die deze specifieke organisatie met zich meebrengt niet aan kan of aan wil moet zich daar vooral niet aanmelden.

Een tweede reden waarom het niet erg is dat in sommige situaties geen vrijheid van meningsuiting bestaat, is omdat het bestaan van een vrijheid in de ene situatie soms afhankelijk is van de opheffing van een vrijheid in de andere situatie.

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

Dat is natuurlijk moeilijk te accepteren, want we zouden graag zien dat alle goede dingen in het leven met elkaar verenigbaar zijn. Het probleem is alleen: dat is niet zo.

Het paradoxale feit doet zich voor dat een 'democratic society' alleen kan bestaan dank zij het feit dat *in sommige instituties* binnen die democratische samenleving géén democratie bestaat.

Laten we eens proberen ons een democratisch ingericht ambtenarenapparaat voor te stellen. Dat zou een apparaat zijn waarbij de *ambtenaren zelf* hun politieke leiders kunnen kiezen. Alleen voor wie het zicht op het democratisch ideaal volledig is kwijtgeraakt kan dit als een uitwerking van de democratische gedachte worden gezien. Democratie op staatkundig niveau kan alleen worden gerealiseerd als de bureaucratie genoegen moet nemen met bestuurders die zij in zekere zin krijgen 'opgedrongen'. Democratie als staatkundig ideaal kan alleen bestaan als de bureaucratie daadwerkelijk ondergeschikt is aan democratisch gelegitimeerde ambten, zoals een minister.

Vele schrijvers denken daar anders over. Maar naar mijn idee verwarren zij 'democratie' met 'democratisering'. Zij menen bovendien in een gezagsloze maatschappij te leven waarin iedereen mondig is geworden. Maar de paradox is nu juist dat mondigheid van de burger alleen kan bestaan bij de gratie van het feit dat de bureaucratie onder volledige controle staat en dus ónmondig is. Een departement krijgt zijn leider opgedrongen op dezelfde manier als waarop een onmondig volk vroeger een koning opgedrongen kreeg.[58]

Tot zover de bureaucratie. Laten we vervolgens proberen ons een democratisch ingerichte legerorganisatie voor te stellen. Dat zou een leger zijn dat *zelf* zijn generaals mag kiezen. Een leger dat publiekelijk zijn generaals mag kritiseren. Een leger dat bovendien langs intern-democratische weg beslist of het wel of niet wordt uitgezonden naar een plaats waar oorlogshandelingen moeten worden verricht. De essentie van een leger onder democratische controle is echter dat het leger daarover *niet* zelf beslist. Er wordt over beslist door de burgerlijke maatschappij. Een leger dat zelf beslist wat het doet, is het model van een leger in een politiestaat.

Nu zal men zeggen dat dit alles waar kan zijn, maar dat men de relatie nog niet ziet met het punt dat hier gemaakt wordt, namelijk dat vrijheid van meningsuiting in het leger niet erkend kan worden. Men kan zeggen: 'Maar niemand verwacht ook dat vrijheid van meningsuiting in het leger dezelfde erkenning zal vinden als het geval is in de burgerlijke maatschappij. Iedereen voelt aan dat in het leger verdere beperkingen nodig zijn. Waar het alleen om gaat, is dat ook voor het leger geldt dat daarin *in beginsel* vrijheid van meningsuiting niet helemaal kan worden uitgesloten.'

Maar is dat niet een misleidende voorstelling van zaken? Wanneer men zich realiseert dat in een bepaalde situatie of binnen een bepaald instituut van een werkelijke vrijheid van meningsuiting in de zin een mogelijkheid tot het openlijk bekritiseren van de leiding geen sprake kan zijn dan moet men dat ook eerlijk uitspreken. We hebben hier te maken met een eis van integriteit. Het geeft geen pas het voor te spiegelen alsof in een situatie een bepaalde vrijheid zou bestaan die vervolgens telkens moet worden ontkend wanneer mensen daarvan concreet gebruik gaan maken.

We hebben hier te maken met wat in het recht het 'legaliteitsbeginsel' wordt genoemd. De normen moeten (a) *van tevoren* en bovendien (b) *helder en duidelijk* aangeven welke rechten en verplichtingen partijen hebben.[59] Vanuit het oogpunt van het legaliteitsbeginsel is het onzuiver om te doen voorkomen alsof bepaalde vrijheden worden gevestigd terwijl als daarvan gebruikt wordt

58 Republikeinen zijn van mening dat dit tegenwoordig evenzeer geldt voor Nederland. Vgl. bijvoorbeeld: Rooduijn, Tom, red., *De Republiek der Nederlanden.* Pleidooien voor het afschaffen van de monarchie, De Bezige Bij, Amsterdam 1998; Bergh, Hans van den, 'De republiek komt toch', in: *NRC Handelsblad,* 30 april 1998. Het kan echter niet worden ontkend dat het koningschap zich in een brede populariteit kan verheugen, waardoor de niet-democratische legitimatie iets minder wringt. Realistisch lijkt: Couwenberg, S.W., 'Monarchie en democratie', in: *Tijdschrift voor Bestuurswetenschappen & Publiekrecht,* nr. 3, maart 1999, pp. 180-186.

59 Vgl. Krey, Volker, *Keine Strafe ohne Gesetz,* Einführung in die Dogmengeschichte des Satzes 'nullum crimen, nulla poena sine lege', Walter de Gruyter, Berlin New York 1983.

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

Tot zover de vrijheid van meningsuiting voor militairen. In de literatuur over vrijheid van meningsuiting voor mensen in bijzondere relaties wordt een geval als Engel vaak in één adem besproken met Ahmed of de casuïtiek over Berufsverbote, zoals Vogt. Toch bestaan tussen die gevallen – naast punten van overeenkomst, natuurlijk, dat ook – tevens essentiële verschillen. De casus-Ahmed is daarom van zulk groot belang, omdat daarin aan het Hof voor het eerst de vraag werd voorlegd hoe moet worden gedacht over vrijheid van meningsuiting voor ambtenaren *waarvoor de minister een directe ministeriële verantwoordelijkheid draagt.*

8.12 De zaak Ahmed tegen het Verenigde Koninkrijk (1998): ambtelijke uitingsvrijheid wordt sterk beperkt

In 1989 werd in Groot-Brittannië de *Local Government Act* uitgevaardigd.[60] Daarin werd de Staatssecretaris van milieu gemachtigd regels te stellen ter beperking van de politieke activiteiten van bepaalde categorieën gemeente-ambtenaren. Op basis van die bevoegdheid maakte de Staatssecretaris in 1990 *Local Officers (Political Restrictions) Regulations.* Bepaalde in de regelgeving gespecificeerde categorieën ambtenaren zouden geen kandidaat mogen staan voor verkiezingen van het Lagerhuis, het Europees Parlement of het lokaal bestuur, noch daarvoor propaganda bedrijven. Onderwijzend personeel was uitgezonderd.[61]

Het hier ontwikkelde systeem was terug te voeren op een rapport van de Widdicombe Commissie die door de Britse regering was ingesteld. Daarin werd de nadruk gelegd op de neutraliteit van de Britse openbare dienst als een permanent corps van ambtenaren.

De vraag die nu voorlag, is of de beperkingen die door de Local Government Act werden gesteld aan de politieke activiteiten van ambtenaren strijdigheid met de artikelen 10 en 11 van het EVRM en artikel 3 van Protocol No. 1 zouden opleveren.

De Commissie meende dat (dertien tegen vier) sprake was van een schending van art. 10 van het EVRM. Het Hof daarentegen was een andere mening toegedaan. Met zes tegen drie stemmen was men van mening dat geen sprake was van een schending van art. 10. Met zes tegen drie stemmen meende men eveneens dat geen sprake was van een schending van art. 11.

Enkele punten zijn van belang. Allereerst dat men geconstateerd had dat een toenemende politisering van het Openbaar Bestuur problemen had opgeleverd. 'Against the background of the increasing politicisation of local government and attendant problems in respect of the relationship between

60 ECHM, *Ahmed and Others v. The United Kingdom,* 2 september 1998 (65/1997/849/1056).

61 Kennelijk heeft men zich gerealiseerd dat docenten een heel andere positie innemen dan andere ambtenaren. Voorstanders van vrijheid van meningsuiting voor ambtenaren willen tegenstanders nog wel eens voorhouden dat als ambtenaren geen vrijheid van meningsuiting zouden hebben aan universitaire geleerden ook geen academische vrijheid zou toekomen. Inderdaad is *eens* die opvatting wel gehoord in Nederland. Minister van Justitie Van Maanen adviseerde op 20 februari 1830 aan Koning Willem I over de hoogleraren Lesbroussart en Van de Weijer, bezoldigd door het stedelijk bestuur in Brussel. Zij waren naar het oordeel van Van Maanen 'openbare vijanden der regeering' die door het schrijven in een dagblad van hun gezindheid blijk hadden gegeven. Van Maanen schrijft: 'De regeering toch behoort mijns insziens niet alleen prijs te stellen op *kundige,* maar ook op *rechtschapene* ambtenaren, en daaronder kan ik niet tellen zoodanige die, al is het dan ook buiten hunne ambtsbetrekkingen, daden verrigten, of daarin behulpzaam zijn, welke de vijandigste gezindheid tegen de regeering verraden. Dusdanige ambtenaren behooren, naar mijn wijze van beschouwing, de *ongenade* van het hoog bestuur te gevoelen, niet alleen omdat zij op een niet voldoende of op eene verkeerde wijze de taak zouden volvoeren die men hun in hunne kwaliteit heeft opgelegd, maar ook omdat zijn toonen *on*waardige, zedelooze menschen te zijn, daar er toch wel niets zedeloozer kan worden bedacht dan het baldadig ondermijnen eener gevestigde orde van zaken, het verstoren van de rust, de eendragt en den vrede in de staat, het schendig aanranden van den persoon des Konings en van alle verordeningen door hem ten algemeenen nutte daargesteld.' Aangehaald bij: Horst, Th.A.M. van der, *Ambtenaar en grondrechten,* N. Samsom N.V., Alphen aan den Rijn 1967, p. 4. In Duitsland zou deze kwestie weer actueel worden naar aanleiding van de 'Berufsverbote'. Naar mijn idee betreft het hier echter een geheel zelfstandige problematiek die niet identiek is aan die van de meningsuiting van ambtenaren in gewone dienst waarvoor een minister jegens de volksvertegenwoordiging direct verantwoordelijk is.

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

elected members and local government officers, the Secretaries of State for the Environment, for Scotland and for Wales, appointed on 5 February 1985 a committee ("the Widdicombe Committee") to inquire, *inter alia*, into the respective roles of elected members and officers of local government authorities and to make any necessary recommendations for strengthening the democratic process.'

Hieruit blijkt dat men van mening is dat er daadwerkelijk sprake was van een politisering van lagere overheden. Nadat de Widdicombe-commissie van 138 locale overheidsinstellingen informatie had gekregen en meer dan 500 organen en personen had geraadpleegd presenteerde men op 9 mei 1986 een rapport waarin de ernst van de situatie werd geschetst. De commissie stelde zich bovendien op het standpunt dat het traditioneel Britse systeem van een politiek-neutraal ambtelijk apparaat zou moeten worden gehandhaafd. 'The Committee firmly endorsed the continuation of the tradition of politically impartial local government officers having regard in particular to the roles of senior officers as managers, advisers and arbitrators in the day-to-day functioning of local government.' De voorzitter van de commissie schreef in het voorwoord van het rapport: 'Although most of the problems we have perceived have been ones of uncertain relations, there have been some cases, albeit a few, where power has been abused.' 'In the Chairman's view', zo vat het Hof de visie van de commissie en haar voorzitter samen, 'the recent sharpening of the political intensity of local politics was reflected in the relations between elected council members and local government officers and that the trend towards greater politicisation might be a source of future problems unless recommendations were made in order to provide a framework able to cope with it.'

8.13 De Britse traditie van democratie: politieke neutraliteit van ambtenaren vereist

Dat roept natuurlijk de vraag op *wat* die Britse traditie van democratie dan wel mag zijn. De commissie zei daarover: 'Public service in the United Kingdom is founded on a tradition of a permanent corps of politically neutral officers serving with equal commitment whatever party may be in political control. (...) Local government in the United Kingdom has traditionally been based on the same public service tradition as central government, but this has been a matter of convention and practice. (...) The issue of principle is therefore straightforward. There must continue to be a system of permanent and politically neutral officers appointed on the basis of merit. The issue which we need to consider is whether new machinery or rules are required to ensure this, and if so on what basis.'

De commissie kwam, zoals gezegd, tot de bevinding dat nieuwe regels nodig waren om de politieke neutraliteit van de Britse bureaucratie te beschermen. Hoe wilde men dat doen?

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

8.14 De maatregelen ter bescherming van de Britse democratie, zoals voorgesteld door de Widdicombe-commissie

'To ensure that senior officers continued to discharge their functions in a manner which was impartial from both a subjective and an objective point of view, the Widdicombe Committee in paragraph 6.217 of its report recommended that:
"(a) the legislation should be amended so that persons who are councillors or who are standing for election as councillors, or who have been councillors within the last year, may not be employed by another authority at the rank of principal officer or above;
(b) the Local Authorities' Conditions of Service Advisory Board should take steps to include in the terms and conditions of officers at the rank of principal officer and above a prohibition on political activity, including:
(i) standing for, and holding, public elected office;
(ii) holding office in a political party;
(iii) speaking or writing in public in a personal capacity in a way that might be regarded as engaging in party political debate; and
(iv) canvassing at elections;
if the changes recommended at (b) are not made to officers' terms and conditions, legislation should be introduced to similar effect."'

Als gevolg van de bevindingen van de Widdicombe-commissie werd op 16 november 1989 de reeds genoemde *Local Government Act* aangenomen op basis waarvan de staatssecretaris werd gemachtigd tot het stellen van regels voor de beperking van politieke activiteiten door gemeente-ambtenaren.

Dit had verstrekkende gevolgen voor de politieke activiteiten van een aantal gemeenteambtenaren. De heer Ahmed was advocaat in dienst van de London Borough of Hackney. Hij was echter ook de Labour-kandidaat in 1990. Krachtens de uitgevaardigde wet en daarop gebaseerde regels van de staatssecretaris was hij genoodzaakt zijn kandidatuur in te trekken.

Ook anderen werden door de nieuwe wetgeving geraakt. Mr. Bentley, een 'planning manager with Plymouth City Council' moest een positie binnen de Labour-party opgeven. Ook kon hij geen campagne meer voeren voor zijn vrouw die politieke functies ambieerde. Weer een ander, de heer Brough, kon niet langer optreden als voorzitter voor zijn partij in Harrow East. Tevens werd het voor hem onmogelijk op openbare bijeenkomsten te spreken op het terrein waarop hij als ambtenaar werkzaam was ('housing and public health service').

8.15 Het oordeel van de Britse rechters: negatief voor klagers. Ambtelijke uitingsvrijheid *niet* erkend

Deze en enkele andere ambtenaren spanden een procedure aan wegens een schending van hun rechten, waarbij zij werden geholpen door hun ambtenarenbond. De Britse rechter kon hen niet helpen. 'The judge, Mr Justice Hutchison, considered that he was bound by the recent decision of the House of Lords in the case of *R. v. Secretary of State for the Home Department, ex parte Brind and Others* regarding the status of Article 10 of the Convention in domestic law.' De Britse rechter verwees ook naar een passage van het rapport van de Widdicombe-commissie waarin over bepaalde ambtenaren werd gesteld: '... It is part of their job to advise councillors, and to adjudicate on matters of propriety, and in so doing they must command the respect and trust of all political parties. There might well be some senior officers who are politically active but who are nevertheless totally able to detach themselves from such activity in carrying out their duties as neutral officers. Nevertheless we believe there will always be a very significant risk that they are viewed with suspicion by councillors of other

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

parties, and that as a consequence the performance of their duties towards the council as a whole will be impaired.'

Wat de klagers nu eigenlijk stellen, zo concludeert de Britse rechter, is dat het idee van politieke neutraliteit voor hen geen ideaal is. '... I preface my summary by pointing out that some of [the applicants' complaints] reflect the applicants' root and branch opposition to the whole concept of restricting the political activities of local government employees.'

Maar daarmee kon de rechter hen toch niet helpen. Hij stelt dat de Regulations niet in strijd waren met het doel en beleid van de *Local Government Act* en zij dus niet de verwachting konden koesteren dat hun politieke activiteiten zouden moeten worden gedoogd. Op 26 november 1992 werd ook een hoger beroep in de zaak niet gehonoreerd.

8.16 De zaak van Ahmed c.s. voor het EHRM

Voor het EHRM betogen Ahmed c.s. dat door de wet en de maatregelen op basis van de wet hun recht op vrijheid van meningsuiting wordt geschonden. 'They alleged that the Local Government Officers (Political Restrictions) Regulations 1990 operate to their detriment in a way which denies their rights to freedom of expression (Article 10 of the Convention) and of assembly (Article 11), and their rights to participate fully in the electoral process (Article 3 of Protocol No.1).'

Opvallend was dat zij de commissie achter zich kregen. Allereerst was de commissie het met klagers eens dat zij zich als ambtenaren konden beroepen op art. 10 EVRM. Ook was de commissie het met hen eens dat de toepassing van de 'regulations' interfereerde met hun recht op grond van dat artikel. Men meende echter dat de beperkingen op art. 10 hier van toepassing waren. 'They contended however that the interferences which resulted from the application of the Regulations to the applicants were justified under the second paragraph of Article 10.'

Ook het Hof meent dat art. 10 van toepassing is op ambtenaren. 'The Court notes that the guarantees contained in Article 10 of the Convention extend to the applicants irrespective of their status as public servants employed by local government authorities.' Direct daarop volgt dan echter een belangrijke kwalificatie: '(see, *mutatis mutandis*, the Vogt v. Germany judgment of 26 September 1995, Series A no. 323, p. 22, § 43'). Het 'mutatis mutandis' geeft hier wel stof tot nadenken: is Vogt inderdaad in relevante opzichten gelijk aan Ahmed? Hiervoor is al gesteld dat men daar kritische kanttekeningen bij kan plaatsen. Maar hoe dat ook zij, klagers vonden gehoor bij het Hof dat art. 10 ook op hen, als ambtenaren, van toepassing zou zijn. 'The Court for its part also considers that there have been interferences with the applicants' rights to freedom of expression and it accepts in this respect the Commission's summary of the situation which resulted for each of the applicants by virtue of the fact that the nature of his duties brought him within the ambit of the parent legislation and hence the implementing Regulations: Mr Ahmed was unable to stand for elected office; Mr Perrin and Mr Bentley had to resign their respective positions and could no longer canvas for their wives in local elections; Mr Brough could no longer act as Parliamentary Chairman of his political party. All of these activities involved the exercise by the applicants of their rights to freedom of expression in various ways and in particular their rights to impart information and ideas to third parties in the political context.'

Wanneer klagers dan onder de bescherming van art. 10, lid 1 vallen, dient zich vervolgens de vraag aan of wellicht één of meer van de beperkingsclausules op hun zaak van toepassing is. Dat is naar het oordeel van het Hof wel het geval. Klagers hadden aangeven dat aan de voorwaarde 'prescribed by law' niet voldaan was, omdat de 'regulations' te vaag en imprecies waren geweest in hun bewoordingen. Het Hof verwerpt dat.

Vervolgens diende zich de vraag aan of de opgelegde beperkingen een gerechtvaardigd doel hadden ('legitimate aim'). Het Hof beantwoordde die vraag eveneens bevestigend. 'The Government defended their view that the Regulations were essential to the proper functioning of the democratic system of local government in the United Kingdom. They stressed that, in line with the conclusions

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

and recommendations of the Widdicombe Committee (see paragraphs 9 and 10 above), the restrictions contained in the Regulations were intended to strengthen the tradition of political neutrality on the part of specific categories of local government officers by prohibiting them from participating in forms of political activity which could compromise the duty of loyalty and impartiality which they owed to the democratically elected members of local authorities.'

8.17 De rechten van de klagers versus de rechten van politici en van het van het publiek op loyaliteit

De rechten van klagers moesten derhalve worden beperkt op grond van het hogere belang van het goed functioneren van de democratie. Van de ambtenaren mocht een 'duty of loyalty and impartiality' worden gevergd. Maar daarbij laat het Hof het niet. Men presenteert een intrigerende *verdere fundering* van die plicht tot loyaliteit. 'The Court observes that the local government system of the respondent State has long rested on a bond of trust between elected members and a permanent corps of local government officers who both advise them on policy and assume responsibility for the implementation of the policies adopted. That relationship of trust stems from the right of council members to expect that they are being assisted in their functions by officers who are politically neutral and whose loyalty is to the council as a whole. Members of the public also have a right to expect that the members whom they voted into office will discharge their mandate in accordance with the commitments they made during an electoral campaign and that the pursuit of that mandate will not founder on the political opposition of their members' own advisers; it is also to be noted that members of the public are equally entitled to expect that in their own dealings with local government departments they will be advised by politically neutral officers who are detached from the political fray.'

Dit is een opvallende argumentatie. Het Hof benadert de zaak dus niet alleen vanuit het perspectief van de *rechten van de klagers* maar eveneens vanuit het perspectief van de *rechten van de politici* ('right of council members') en de *rechten van het publiek* ('members of the public').

Opvallend is de grote hoeveelheid 'rights-talk' die we in deze passage aantreffen.[62] Het gaat niet om de vraag of een goed functionerende democratie wel ruimte voor vrijheid van meningsuiting voor ambtenaren overlaat, maar om de vraag hoe de rechten van politici en de burgerij zich verhouden tot de rechten van ambtenaren. De vertrouwensrelatie wordt immers in verband gebracht met een 'right of council members' op neutrale en loyale ambtenaren. Ook het grote publiek heeft een recht. Welk? Het recht te mogen verwachten dat de door hen gekozen politici geen schikbreuk lijden op oppositie van mensen van wie men mag vergen dat zij slechts *adviseurs* zijn. De beperkingen van de ambtenaren in hun politieke activiteiten moeten zij zich laten welgevallen omdat het doel waarop die beperkingen zijn gericht de beperkingen legitimeert: 'the political neutrality of certain categories of officers'. De klagers kregen van het Hof hun 'rights-claim' dus als een boemrang terug. Niet alleen de rechten-schendingen van *hen* waren in het geding. Ook de rechten van anderen die eventueel door klagers waren geschonden zouden moeten worden meegewogen.

Het Hof antwoordde ook dat het doel op grond waarvan de rechten van klagers was beperkt legitiem was met het oog op de bescherming van de rechten van anderen, namelijk 'to protect the rights of others, council members and the electorate alike, to effective political democracy at the local level'.

Men kan de vraag stellen of het wel gelukkig is dat deze alleszins redelijke verwachting dat ambtenaren zich onthouden van politieke activiteiten geformuleerd wordt in het rechten-vocabulaire. *Als* men al tegenover de rechten van klagers rechten van politici en van de burgerij zou willen onderscheiden dan gaat het toch om een geheel ander soort rechten dan wat juristen daaronder verstaan.

62 Vgl. over die term: Glendon, Mary Ann, *Rights Talk.* The Impoverishment Of Political Discourse, The Free Press, New York 1991.

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

De klagers konden wijzen op een artikel uit het EVRM. Weliswaar kan men de vraag opwerpen of dat recht wel op hen van toepassing is, maar volgens vaste jurisprudentie van het Hof was dat het geval: art. 10 beschermt ook ambtenaren. Maar de 'rechten' van politici en van de burgerij, namelijk het recht op loyaliteit en het recht te verwachten dat de politici die men heeft gekozen niet in de wielen worden gereden door niet-democratisch gelegitimeerde functionarissen, zijn geen 'rechten' die op hetzelfde plan staan als de rechten die kunnen worden aangetroffen in een verdrag of een grondwet. De 'rechten' van de politici en van de burgerij zou men hoogstens via een lange argumentatie kunnen afleiden uit – in Nederland – art. 42 van de grondwet ('De koning is onschendbaar; de ministers zijn verantwoordelijk'). Dat is in feite wat hier wordt beproefd. De vraag is echter: zijn het wel 'rechten'? Het is alleszins redelijk dat het aan niet-democratisch gelegitimeerde ambten onmogelijk wordt gemaakt met een samenstel van misvattingen het goed functioneren van de parlementaire democratie onmogelijk te maken, maar dat is toch iets anders dan een afweging van rechten. In deze casus staat niet recht tegenover recht, maar een vermeend recht tegenover een collectief belang. Een vermeend recht op vrijheid van meningsuiting tegenover een collectief belang op democratie.

Vanwaar dan dat het Hof de zaak niet overeenkomstig deze lijnen heeft behandeld? Men kan stellen: 'rights-talk' heeft zo'n enorme impact heeft op de moderne verbeelding dat men weliswaar *principieel* daaraan niet mee zou moeten doen, maar dat is een luxe die men zich uit *strategische* overwegingen bijna niet kan veroorloven.

In de argumentatie van het Hof is de door mij als zuiverder getypeerde argumentatie-lijn overigens niet geheel afwezig. Dat blijkt wanneer het Hof naar het doel van de 'regulations' verwijst. Dat is 'to underpin that tradition (sc. de neutraliteit; PC) and to ensure that the effectiveness of the system of local political democracy was not dimin-ished through the corrosion of the political neutrality of certain categories of officers'.

Het Hof verwijst ook naar de beginselen zoals gehanteerd in de Vogt-zaak. Kennelijk ziet het Hof de Vogt-zaak als een belangrijke parallel. In de Vogt-zaak 'the Court declared that these principles apply also to civil servants. Although it is legitimate for a State to impose on civil servants, on account of their status, a duty of discretion, civil servants are individuals and, as such, qualify for the protection of Article 10 of the Convention.'

Hiermee wordt weer de dubieuze suggestie gedaan dat ambtenaren omdat zij *individuen* zouden zijn aanspraak kunnen maken op de rechten uit het EVRM. Opvallend is ook dat geen melding wordt gemaakt van een aanzienlijk verschil in positie tussen een ambtenaar die direct betrokken is bij democratisch gecontroleerd beleid en een onderwijzer die in een geheel andere relatie werkzaam is binnen het overheidsapparaat.

Een andere kwestie was de vraag of de beperking van de vrijheid van meningsuiting 'noodzakelijk' was in een democratische samenleving. De klagers hadden gesteld dat er geen 'pressing social need' voor de beperkingen bestond. 'In their view the Widdicombe Committee had concluded that there was no serious evidence of the political impartiality of senior local government officers having been compromised as a result of their engagement in political activities. Accordingly, there was no need to introduce statutory restric-tions to curb activities which had never been seen to constitute a problem.'

Dit is een belangrijk punt. Het zal ook weer terugkomen bij het oordeel van de drie dissenters in deze uitspraak. Wat hier beweerd wordt, zo lijkt het, is dat ambtenaren:

– zich kunnen begeven in politieke activiteiten en
– toch onafhankelijk en onpartijdig als ambtenaar functioneren.

De commissie hadden klagers op dit punt weten te overtuigen. 'In the Commission's view, there had never been any suggestion that the applicants' professionalism and impartiality had been compromised by their pursuit of political activities.'

Het Hof stelt zich daarentegen afwijzend op. Het laat zich niet overtuigen door de klacht dat *niet gebleken is* dat zich op dit punt geen problemen voordeden. Het Hof verwijst naar een *risico.* Namelijk: 'a risk to the effective operation of local democracy, especially so where, as in the respondent

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

State, the system is historically based on the role of a permanent corps of politically neutral advisers, managers and arbitrators above factional politics and loyal to the council as a whole.'

Het Hof stelt overigens wel dat ambtenaren best *lid mogen zijn* van een politieke partij. Zij mogen daaraan alleen geen ruchtbaarheid geven door politieke activiteiten in het openbaar te ontwikkelen. Maar, zo meenden de klagers, het recht om zich aan te sluiten bij een politieke partij zou toch ook moeten inhouden 'the right to be active in an organisational and administrative capacity in that party and to be an office-holder'? Nee, zegt het Hof.

Weer een geheel andere argumentatie wordt door klagers aangevoerd wanneer men stelt: *ook al zou het vaststaan* dat de beperkingen van de rechten nodig zijn ter versterking van de democratie, *dan nog* zijn die beperkingen niet geoorloofd, omdat daarmee op onaanvaardbare wijze een inbreuk op rechten wordt gemaakt. Dat is de klassieke gedachte van rechten als 'trumps', rechten die als het ware boven het alledaagse democratische proces verheven zouden moeten zijn. Klagers verwoorden dit punt als volgt. 'They further submitted that even if it were possible to concede that there was a pressing social need at stake, the restrictions amounted to a disproportionate interference with their rights under Article 10 in view of the fact that they applied to a large number of officers and precluded involvement in a wide range of activities and not solely political ones.' Maar ook met dit punt vinden zij geen gehoor bij het Hof.

Concluderend valt dus te zeggen dat het Hof zich op het standpunt stelt van de gematigde strategie om ambtenaren hun recht op vrijheid van meningsuiting te ontzeggen danwel het te beperken. Men stelt zich niet op het standpunt dat ambtenaren geen vrijheid van meningsuiting hebben, maar op het standpunt dat zij dat wel hebben, maar dat het recht kan worden onderworpen aan de beperkingen zoals geformuleerd in het tweede lid van art. 10 EVRM. De beperkingen op basis van de Local Government Act vielen onder die beperkingen.

Het Hof volgt derhalve de strategie die hiervoor als de 'gematigde' is getypeerd: vrijheid van meningsuiting als beginsel, ook voor ambtenaren, maar beperkt door lid 2. Betekent dit dat de 'radicale' strategie verder helemaal niet ter sprake komt? Zijn in de Ahmed-zaak geen aanknopingspunten te vinden voor de hiervoor bepleite semantische strategie, namelijk het in beginsel uitzonderen van ambtenaren van de vrijheid van meningsuiting? Dat brengt ons op een concurring opinion van één de rechters.

8.18 Concurring opinion van rechter De Meyer: ambtelijke uitingsvrijheid als beginsel afgewezen

J. de Meyer blijkt zich in een concurring opnion nog iets voortvarender uit te laten ten nadele van de argumenten van de klagers dan de meerderheid van het Hof. Net als het Hof stelt hij: 'It is not only legitimate, but also necessary, especially in a democratic society, to ensure as far as possible the loyalty of officers in public service towards the authority to which they are accountable and at the same time the freedom of the electorate in its choice of representatives.' Hier wordt dus het ideaal van *ambtelijke loyaliteit* geformuleerd als basis voor een democratische samenleving. Ook wordt het in verband gebracht met de *vrijheid van het electoraat* om zijn vertegenwoordigers te kiezen. De Meyer gaat dan verder met de stelling dat het volk een dergelijke neutraliteit van de ambtenaren mag verwachten. 'The people are entitled to count on the objectiveness, impartiality and political neutrality of their servants, those being essential requirements of a position of trust. They are likewise entitled not to be exposed to a risk that their servants may, during elections or in other circumstances, benefit personally or politically from their position.' Met name met de laatste zin maakt hij een opmerking die iets scherper formuleert wat ook in de uitspraak van het Hof als geheel naar voren was gekomen. Zijn afwijzing van politieke activiteiten van ambtenaren formuleert De Meyer als volgt. 'Members of staff in the public service must not therefore be allowed to be members of assemblies elected by the people or to stand as candidates for such assemblies, or permitted to take part in any manner

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

whatsoever in the activity of the parties. Common sense dictates that such interests are incompatible with the public service.'

Met dat laatste introduceert De Meyer een punt in de discussie dat honderd jaar geleden ook al werd besproken: de vraag of men niet kan zeggen dat ambtenaren *vrijwillig* afstand hebben gedaan van bepaalde rechten. Buijs stelde in 1883 dezelfde vraag aan de orde. 'Is het voorschrift van ons artikel (namelijk de vrijheid van drukpers; PC) zoo absoluut, dat aan niemand, onder welke omstandigheden hij ook moge verkeeren, welke ook de bijzondere aard zij van de hem opgedragen werkzaamheden, zou mogen worden verboden zonder voorafgaand verlof door middel van de drukpers zijne denkbeelden te verkondigen?'[63]

'De bijzondere aard van de hem opgedragen werkzaamheden' – dat moet een belangrijk oriëntatiepunt zijn in de discussie over vrijheid van meningsuiting in voor mensen in bijzondere rechtsverhoudingen. Bepaalde vormen van gedrag zijn nu eenmaal onverenigbaar met een bepaald ambt. En voor dat ambt heeft men zelf gekozen.

Het is alsof De Meyer wil zeggen: 'Maar waarom al dat gedoe? Het is toch *common sense* dat het onmogelijk is wat klagers willen?'. Mensen die in de publieke dienst willen werken, zo gaat hij verder, moeten de politiek vaarwel zeggen. Het is een beperking van hun vrijheid die inherent is aan het soort werk dat zij hebben gekozen. 'People who wish to work in public service must renounce 'politics', that being a restriction on their freedom of expression, freedom of association and electoral rights that is inherent in their position.'

Het standpunt is geheel 'Brits' in de zin dat we daarin met dezelfde vanzelfsprekendheid de grieven van klagers afgewezen zien als was gedaan door de Britse rechters.

Wat het standpunt van De Meyer in het bijzonder interessant maakt, is dat hier geen enkele keer wordt verwezen naar een vermeend recht van de ambtenaar om aan politiek te doen, een recht dat vervolgens weer zou moeten worden beperkt op basis van een van de beperkingsgronden uit lid 2. Dat is, zoals we hebben gezien, een dominante lijn in de Europese doctrine en ook in uitspraken van het Hof zelf. De Europese doctrine en jurisprudentie formuleren steeds als uitgangspunt dat 'natuurlijk' op ambtenaren ook de bepalingen van het EVRM van toepassing zijn en dat zij daarom 'in beginsel' vrijheid van meningsuiting zouden hebben. Dat recht moet alleen worden afgewogen tegen andere rechten. Tot die 'andere rechten' rekent het Hof in *Ahmed* dan ook het recht van politici op neutrale ambtenaren en het recht van het grote publiek op loyaliteit van de ambtenaren aan de door hen gekozen politici. De Meyer komt echter in dat 'afwegingstraject' helemaal niet terecht, omdat hij reeds vanaf het begin af aan stelt dat het idee dat ambtenaren zich aan gepolitiseer mogen overgeven onjuist is. Niets meer dan 'common sense' is nodig om dat te beseffen. De kracht van de argumentatie is dezelfde als die van vele andere Amerikaanse[64] en Britse auteurs, onder andere de staatsrechtgeleerde John Alder die de afwijzing van ambtelijk gepolitiseerd in het hiervoor gegeven citaat met dezelfde nadruk onder woorden bracht.

Daarmee komt De Meyer dicht bij wat wij hiervoor hebben aangeduid als de 'radicale strategie' om aan art. 10 EVRM een democratie-vriendelijke interpretatie te geven. Ambtenaren kunnen niet in beginsel *wel,* maar in beginsel *niet* onder de bescherming van art. 10, lid 1 EVRM vallen.

De dissenting opinion of de rechters Spielmann, Pekkanen en Van Dijk: het minderheidsstandpunt ten gunste van ambtelijke uitingsvrijheid.

Daarmee is dan ook een scherp verschil aangegeven tussen De Meyer en de drie dissidenten die niet mee konden gaan met het oordeel van het Hof als geheel. De dissidenten gaan ervan uit dat aan de

63 Buijs, J.T., 'Art. 8', in: *De grondwet.* Toelichting en kritiek, Eerste Deel, P. Gouda Quint, Arnhem 1883, pp. 56-62. Buijs, J.T., 'Art. 8', in: *De grondwet.* Toelichting en kritiek, Eerste Deel, P. Gouda Quint, Arnhem 1883, pp. 56-62, p. 60.

64 Zoals: Finer, Herman, 'Administrative Responsibility in Democratic Government', in: *Public Administration Review,* Summer 1941, pp. 336-341, onder de titel 'the case for subservience', gedeeltelijk ook in: John C. Koritansky & Hiram College, *Public Administration in the United States,* Focus Publising, R. Pullins and Company 1999, pp. 80-84.

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

ambtenaar in beginsel vrijheid van meningsuiting toekomt en dat hij ook 'aan politiek mag doen'. Hij mag dat alleen maar dán niet, wanneer is gebleken dat dit tot problemen aanleiding heeft gegeven. Enkele elementen van dit standpunt lenen zich voor nader commentaar.

Als eerste de wijze waarop de dissidenten het dilemma construeren. Zij schrijven er begrip voor te hebben dat het Verenigd Koninkrijk een gerechtvaardigd doel voor ogen had in het beperken van de rechten van klagers, namelijk 'the protection of the rights of others'. Dat is een opvallende formulering, immers daaruit blijkt dat ook de dissidenten zich niet verzetten tegen het rechtenvocabulaire zoals door het Hof gebruikt. Toch hadden hier mogelijkheden gelegen voor critici van de meerderheidsopvatting. Men had kunnen zeggen: 'Hoe komt het Hof erbij te stellen dat politici recht hebben op loyaliteit? Waar staat dat burgers recht hebben te verwachten dat ambtenaren hun politieke heren dienen? Het enige recht dat hier in het geding is, is art. 10 EVRM dat volgens vaste jurisprudentie van het Hof ook aan ambtenaren toekomt.' Maar dat doen de dissidenten dus niet. Zij nemen de – op zichzelf kwestieuze – formulering van het Hof over dat het een zaak is van botsende rechten. Waar het de dissidenten echter om ging, was dat de notie 'rechten van anderen' te ver was opgerekt: 'we would highlight the risk of that notion being stretched so far as to lose almost all distinct meaning if it is held to cover "rights" such as that to effective political democracy at the local level.'

Bij een dergelijke voorstelling van zaken zijn kanttekeningen te plaatsen. Moet men de tegenstelling in standpunten die zich hier heeft uitgekristalliseerd zien als een botsing van rechten', namelijk enerzijds het recht op vrijheid van meningsuiting van de ambtenaren en anderzijds het recht op een effectieve politieke democratie op lokaal vlak? Inderdaad, wij leven in een democratie. Maar hebben wij ook *recht* op democratie? Het is de vraag of een dergelijke benadering van het probleem ons veel verder zal helpen. We hebben hiervoor al gezien dat het wellicht beter is het probleem dat voorligt te typeren in termen van een belangenconflict. De botsende belangen zijn dan hier: het belang van de doorwerking van een (vermeend) grondrecht van ambtenaren tegenover het belang van een goed functionerende democratie.

Het rechten-vocabulaire is echter zo ver doorgeschoten dat niet alleen door Hof en dissenters wordt verondersteld dat ambtenaren op grond van hun status als 'individu' een recht toekomt dat eigenlijk alleen geschikt is om te worden toegepast in de verhouding burger/overheid en burger/burger, maar ook wordt van de zijde van de wederpartij (politici en de burgerij) verondersteld dat hun belangen alleen adequaat zijn te formuleren in 'rights-talk'. Daarmee wordt elke mogelijkheid om tot een degelijk gemotiveerde afweging te komen ernstig bemoeilijkt. Immers hoe moet men een recht op vrijheid van meningsuiting afwegen tegen een recht op loyaliteit en een recht op democratie? Een argumentatie in deze ontbreekt bij het Hof ook. Men zegt eenvoudigweg dat men de rechten heeft afgewogen, maar hoe dat gegaan is – daarvan is ons alleen het resultaat bekend: ten nadele van de klagers.

Een ander punt dat de dissidenten, zoals men kan verwachten, aanvoeren is dat de beperking van de rechten van de klagers niet 'noodzakelijk' was in een democratische samenleving. Zij herhalen de bewoordingen uit de Vogt-zaak, waarin wordt aangegeven dat vrijheid van meningsuiting een belangrijk beginsel is in een democratische samenleving. Verder roepen zij in herinnering dat 'as a general rule the guarantees of the Convention extend to civil servants'. 'There is no reason, and indeed no room, for an inherent limitation in respect of the civil service.'

Daarmee is het verschil met De Meyer scherp gemarkeerd: geen ruimte voor een inherente beperking van de vrijheid van meningsuiting voor ambtenaren. Waar de positie van de ambtenaar voor De Meyer dus structureel verschillend is aan die van de burger, iets dat niet meer dan 'common sense' vraagt om te doorzien, willen de dissidenten van een structureel verschil niet weten. Natuurlijk kan op dat recht voor ambtenaren wel een beperking worden aangebracht in het kader van een goede vervulling van de plichten en verantwoordelijkheden die ambtenaren hebben, maar – en dan volgen belangrijke woorden – 'only if they fail to do so in one or more concrete cases, or if there is the imminent danger of such a failure, would there be grounds for introducing legislative or administrative

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

measures to ensure the proper fulfilment of these duties and responsibilities; but even then only to the extent "necessary in a democratic society".'

Kennelijk gaan de dissidenten ervan uit dat de Widdicombe-commissie de gevaren verkeerd heeft getaxeerd. Volgens de Widdicombe-commissie was namelijk wel degelijk een gevaar voor een politisering van het ambtelijk apparaat gebleken. De dissidenten stellen nu: daarvan is niets gebleken. Er was geen 'imminent danger' dat de ambtenaren hun plichten zouden verzaken.

De dissidenten lijken met een dergelijke formulering aan te sluiten bij een bekend criterium voor beperking van de vrijheid van meningsuiting dat een grote rol heeft gespeeld in de jurisprudentie van het Amerikaanse Supreme Court: de 'clear and present danger'-test. Een meningsuiting zou alleen, aldus Oliver Wendell Holmes, die het criterium van het direct dreigend gevaar als eerste formuleerde, mogen worden gebreideld bij direct gevaar. Men kan bij een toepassing van de 'clear and present danger'-test een kanttekening maken. Die kanttekening is deze. Is het een overtuigende beperkingsgrond ex art. lid 2 onder de vooronderstelling dat art. 10, lid 1 op ambtenaren van toepassing wordt verklaard? Duidelijk is dat Holmes in 1919 in een dissenting opinion in Schenck v. United States de 'clear and present-danger' test voorstelde onder de veronderstelling dat vrijheid van meningsuiting een groot goed is voor burgers. Dat kan men reeds vermoeden op grond van de bewoordingen die hij gebruikt in de zaak McAuliff v. New Bedford (1892) die hiervoor al zijn aangehaald. Daarin stelde Holmes dat een politieambtenaar niet in dezelfde positie verkeert als een burger. Aangezien vrijheid van meningsuiting een groot goed is voor burgers, zowel op grond van het 'market place of ideas'-argument als ook dat vrijheid van meningsuiting bijdraagt aan de individuele ontwikkeling van de mens lijkt het redelijk de beperkingen op dat recht aan een zeer strenge test te onderwerpen: er moet een direct gevaar zijn voor de openbare orde. Daarmee wordt een zware drempel opgeworpen aan beperking van de vrijheid van meningsuiting voor burgers.

Deze argumenten voor een strenge test zijn echter veel minder overtuigend, zo niet geheel misplaatst, wanneer het gaat om de toepassing van een recht in een context waarin het recht eigenlijk helemaal niet past. Dezelfde Holmes die de 'clear and present danger'-test introduceerde in Schenck v. United States (1919) heeft – mutatis mutandis – gesuggereerd dat men een constitutioneel recht heeft op vrijheid van meningsuiting, maar dat men geen constitutioneel recht heeft om een ambtenaar te zijn.

De meest verstrekkende kritiek op het standpunt van de dissidenten lijkt echter dat zij verwachten (en eisen) dat de gevaren van ambtelijke meningsuitingen en andere politieke activiteiten zich eerst moeten hebben gemanifesteerd alvorens men daarover de staf kan breken. En is dat wel verstandig? In Dennis v. United States (1951) kwam het Amerikaanse Supreme Court terug op de 'clear and present danger'-test. Men achtte die toen te eng. 'Obviously, the words cannot mean', zei Chief Justice Vinson voor de meerderheid van het Hof, 'that before the Government may act, it must wait until the putsch is about to be executed, the plan have been laid and the signal is awaited. If Government is aware that a group aiming at its overthrow is attempting to indoctrinate its members and to commit them to a course whereby they will strike when the leaders feel the circumstances permit, action by the Government is required.' Hoewel het in Ahmed niet om een terroristische aanslag op de staat gaat, gaat het wel om een principiële vraag die in zijn consequenties niet minder verstrekkend behoeft te zijn dan terroristische aanslagen.

Wie ambtenaren binnen het overheidsapparaat het recht toekent de politieke ambtsdragers via vrije meningsuiting te kritiseren creëert een aanzienlijk gevaar voor de ondermijning van de democratie. Niet een 'clear and present danger' in de zin dat elke meningsuiting meteen de ondergang van de democratie betekent. Maar wel een gevaar in de zin dat daarmee een weg wordt geopend die op de lange duur serieuze consequenties heeft. Die consequenties behoeven zich niet eerst te materialiseren alvorens de staat gerechtigd is stappen te ondernemen.

Hier ligt weer een duidelijk verschil tussen burgerlijke en ambtelijke meningsuiting. Burgers kunnen met hun meningsuiting het overheidsapparaat niet corrumperen. Integendeel. Daarom kan voor burgerlijke meningsuiting de 'clear and present danger'-test nuttig zijn. Maar niet voor ambtenaren, zoals de dissidenten in Ahmed ten onrechte veronderstellen. Voor burgers kan men stellen dat de

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

bewijslast ligt bij degenen die menen dat een recht beperkt zou moeten worden. Een specifieke meningsuiting kan dan alleen worden beperkt wanneer een direct gevaar dreigt ('imminent danger', in de bewoordingen van de dissidenten) dat daardoor de openbare orde of basale morele overtuigingen (bijvoorbeeld de afwijzing van kinderpornografie) zouden worden geschonden. In het geval van de breideling van ambtelijke uitingsvrijheid is de situatie een geheel andere. Daarbij behoeft men niet de specifieke aard van de meningsuiting in kwestie in overweging te nemen, maar gaat het om meningsuiting in het algemeen. Elke meningsuiting die een minister niet voor zijn rekening kan nemen tegenover representatieve organen is intrinsiek af te wijzen. Men behoeft dus eigenlijk helemaal geen taxatie te maken over de te verwachte gevolgen van een bepaalde meningsuiting. Men kan *a priori* de zaak overwegen en daarover een standpunt innemen. Dat is ook wat hier voortdurend gebeurd is. Hier wordt niet geprobeerd allerlei soorten ambtelijke meningsuitingen te taxeren op hun bedreigende betekenis voor de democratie (zoals men pleegt te doen bij bijvoorbeeld racistische uitingen), omdat het ambtelijke meningsuiting *als zodanig* is die een bedreiging vormt voor democratie.

Voor deze verschillen tussen burgerlijke en ambtelijke meningsuiting hebben de dissidenten echter geen aandacht. Eigenlijk schuilt daarin het vitium originis van hun redenering, een basale fout die zich in hun gehele verdere behandeling van de zaak voortzet. Zo wijzen zij erop dat wanneer men art. 10, lid 2 goed doorleest daarin geen categorische beperking van de vrijheid van meningsuiting van ambtenaren te vinden is.

Maar, zo hebben we gezien, een eventuele categorische beperking zou men kunnen lezen in lid 1, zoals rechter De Meyer lijkt te doen. Dat is voor hen echter onaanvaardbaar en zij menen zich dus te moeten afvragen: 'was there a pressing social need for the interference, and was the scope of the interference proportionate to the aim pursued?' Die vraag wordt door de dissidenten ontkennend beantwoord: 'no serious problems had arisen in the past'. Ook waren nog geen klachten van de burgerij genoteerd over partijdige ambtenaren: 'Nor had there been any complaints from citizens or local administrations.'

En verder: 'there has been no suggestion that the applicants fell short of their responsibilities and duties as civil servants, or have shown any lack of impartiality; and the authorities could have used other, less restrictive ways and means to act against abuses of positions or against threats to the impartiality of civil servants.' De beperkingen op de vrijheid ex art. 10 EVRM waren dus 'not necessary in a democratic society' en derhalve 'not justified under the second paragraph of Article 10.'

Zoals eerder is gebleken wordt door de Widdicombe-commissie juist ontkend dat zich geen problemen hadden voorgedaan. Er waren wel degelijk klachten en problemen. Dat was gebleken uit het grootscheepse onderzoek dat de commissie had laten instellen. Echter, zoals hiervoor is gebleken, is dat niet het centrale punt. Men behoeft niet eerst het afglijden van een democratie in de richting van een bureaucratie af te wachten alvorens men daarover een veroordeling kan uitspreken. Men kan op basis van de beginselen van ons systeem tot een dergelijke afwijzing komen. A priori dus.

Geheel consistent met de overige opvattingen van de dissenters is dan natuurlijk dat zij instemmend verwijzen naar het Canadese Supreme Court dat de stelling verdedigt dat ambtenaren geen 'silent members of society' kunnen zijn. Als algemene regel zou moeten worden aangenomen dat het hen vrij staat mee te doen aan de publieke discussie over de publieke zaak, menen zij, conform de visie van de Canadese rechters – en geheel in afwijking van de Britse, zo kan men daaraan toevoegen. De dissenters achten het ook uiterst onwaarschijnlijk dat men de democratie zou kunnen versterken door bepaalde categorieën mensen te breidelen in hun vrijheid van meningsuiting. 'Indeed, strengthening democracy at the expense of freedom of expression may be justified in extreme circumstances only, since logically such a measure would seem to be counterproductive.' Het is een herhaling van zetten en het opnieuw formuleren van vragen die niet alleen door het Hof waren beantwoord, maar ook reeds door de Britse rechters die zich vóór het Hof reeds over de zaak hadden gebogen.

Relatief nieuw is een laatste punt dat de dissenters opwerpen en waarin hun – misschien mag men zeggen – cultuurfilosofische of politiek-levensbeschouwelijke motieven naar voren komen. De dissenters blijken te geloven in de 'eigen verantwoordelijkheid' van mensen en ook die van ambtenaren.

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

Waarom zou men de ambtenaren niet zelf verantwoordelijk kunnen houden voor hun gedrag? Waarom zouden de ambtenaren niet 're-sponsible enough to decide for themselves' zijn? Hun inschatting van de gevaren kan dan altijd achteraf worden beoordeeld ('the sort of political action their position permits and does not permit, subject to ex post facto disciplinary supervision'). Wanneer men zó te werk zou gaan, zou men de verantwoordelijkheid bij de ambtenaren zelf laten liggen: 'the primary responsibility and discretion is placed on the civil servants themselves, with possibilities for corrective but not preventive restraint.'

Ook die suggestie verdient naar mijn idee geen navolging. Het recht moet 'Orientierunggewissheit' verschaffen. Niet voor niets speelt de verwerping van vaagheid, 'void for vagueness', een belangrijke rol in de jurisprudentie van zowel het EHRM alsook andere constitutionele hoven, zoals het Amerikaanse Supreme Court.[65] Waar de dissidenten het Hof en de wetgever nu eigenlijk toe uitnodigen is de normen vaag te laten of in het geheel niet te formuleren om daarmee aan de individuele taxatie van ambtenaren over te laten welke uitingen wel en niet toelaatbaar zouden zijn. Dat is om verschillende redenen geen aanbevelenswaardige strategie. Het creëert onzekerheid in het overheidsapparaat. Het stimuleert een cultuur van zelf-censuur. En verder zal het sommigen uitnodigen de grenzen van het systeem te gaan verkennen met alle risico's van dien.

Natuurlijk is het duidelijk dat verantwoordelijk handelende actoren een belangrijk ideaal is in een democratie. Ook verantwoordelijk optredende ambtenaren. Maar een stimulans daarvoor is heldere regelgeving en niet het vaag laten van wat de rechten en verplichtingen van partijen zijn onder verwijzing naar 'eigen verantwoordelijkheid'.

Het is nu tijd de lijnen tesamen te trekken. We hebben gezien dat men de vraag of vrijheid van meningsuiting ook voor ambtenaren geldt op verschillende manieren kan beantwoorden. Het positieve recht op zichzelf geeft geen uitsluitsel, althans het wijst niet in de richting van een ondubbelzinnig resultaat. Dat betekent dat we een andere strategie moeten hanteren om de vraag te beantwoorden. Het meest vruchtbaar lijkt een bezinning op de grondslagen of beginselen van ons systeem. 'Democracy is not so much a form of government as a set of principles', zei de Amerikaanse president Woodrow Wilson.[66]

Bezien we de vraag tegen de achtergrond van de beginselen van ons systeem, met name de uitgangsputen van een parlementaire democratie, dan kan het resultaat niet anders zijn dan dat vrijheid van meningsuiting voor ambtenaren moet worden afgewezen. Het is in strijd met de volledige ministeriële verantwoordelijkheid en daarmee met de grondslag van een parlementaire democratie.

Vervolgens dient zich de vraag aan hoe in hoogste instantie waarop over deze vraag beslist wordt men de zaak beoordeelt. Dat brengt ons bij de jurisprudentie van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens in Straatsburg als zijnde de hoogste instantie die oordeelt over de toepassing van hoger recht. Erkent het Hof ambtelijke uitingsvrijheid? Hier openen zich weer twee wegen.

Enerzijds erkent het Hof dat 'de grondrechten' in het algemeen ook voor ambtenaren gelden. Dat zou ertoe leiden dat de volgende redenering onvermijdelijk lijkt.

– Grondrechten gelden ook voor ambtenaren
– Vrijheid van meningsuiting is een grondrecht
– Dus Vrijheid van meningsuiting geldt ook voor ambtenaren

Dit is ook de bevinding die men bij een aanzienlijke schare theoretici over dit onderwerp aantreft.

Anderzijds is duidelijk dat het Hof op basis van de beperkingsclausules uit lid art. 10, lid 2 EVRM zulke vergaande beperkingen aan die vrijheid van meningsuiting oplegt – en terecht – dat men de vraag kan stellen of de met de mond beleden vrijheid van meningsuiting voor ambtenaren wel een 'Sitz im Leben' heeft. Vrijheid van meningsuiting kan in abstracto weliswaar erkenning krijgen, maar

65 En ook bij vele theoretici die zich hebben gebogen over wetgevingstechniek en – wat Fuller noemt – 'the morality of law'. Vgl. Fuller, Lon L., *The Morality of Law,* Revised edition, Yale University Press, New Haven and London 1978 (1964) en Cliteur, P.B., 'Fuller's Faith', in: Willem J. Witteveen, Wibren van der Burg, eds., *Rediscovering Fuller.* Essays on Implicit Law and Institutional Design, Amsterdam University Press, Amsterdam 1999, pp. 100-124.

66 In *Atlantic Monthly,* March 1901.

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

wordt deze in concreto wel gehonoreerd? Dan moet, zoals zelfs de voorstanders van vrijheid van meningsuiting tot hun leedwezen moeten toegeven, het antwoord luiden: 'nee'.

Vervolgens is dan de vraag of de ontstane situatie gelukkig is. Het Hof erkent een vrijheid in beginsel die in de realiteit zich nooit kan materialiseren, omdat wanneer dat wél het geval zou zijn, de grondslagen van een parlementaire democratie worden vernietigd. Dat kan nooit de bedoeling zijn. Toch wel de meest elementaire eis die men aan een 'margin of appreciation' mag stellen, is dat aan een democratisch land wordt toegestaan zijn democratie in stand te houden, ook wanneer dat ten koste gaat van wat sommige ervaren – ten onrechte overigens – als een schending van een mensenrecht.

Voor het Hof staan in die situatie twee wegen open. De eerste is dat men doorgaat op de ingeslagen weg. Dat wil zeggen dat men blijft herhalen dat vrijheid van meningsuiting in beginsel ook voor ambtenaren geldt en vervolgens telkenmale de beperking op de vrijheid van meningsuiting brengen onder een van de beperkingsclausules van art. 10, lid 2 EVRM. Dat heeft echter als nadeel dat het Hof een vrijheid in het vooruitzicht blijft stellen die de facto zich nooit laat verwerkelijken. Een dergelijke strategie is op zijn minst misleidend. Het ware te overwegen of het niet beter is voor in ieder geval de vrijheid van meningsuiting van ambtenaren helder te stellen dat deze niet te verenigen is met de parlementaire democratie. En dat betekent dat in art. 10, *lid 1* EVRM reeds moet worden gelezen dat dit artikel niet van toepassing is op ambtenaren. Het is deze radicale maar dogmatisch zuivere strategie die lijkt te worden gevolgd door rechter De Meyer.

8.19 De geschiedenis van de discussie over politiek-ambtelijke verhoudingen

Over de verhouding tussen politieke (en dus democratisch gelegitimeerde) bestuurders enerzijds en aangestelde (en dus niet-democratisch gelegitimeerde) bestuurders anderzijds is een bekende theorie ontwikkeld door de grote Duitse socioloog Max Weber (1864-1920).[67] Weber maakt een scherp onderscheid tussen de 'Fachbeambte' en 'politische Beamte'.[68] De eerste, de ambtenaar, zou eigenlijk ('seinem eigentlichen Beruf nach') niet aan politiek moeten doen, maar zuiver besturen, dat wil zeggen onpartijdig optreden. ('Sine ira et studio, 'ohne Zorn und Eingenommenheit' soll er seines Ambtes walten'). Hij moet pertinent niet doen wat de politieke bestuurder wél moet doen, dat wil zeggen: partijdig zijn, strijd voeren, hartstocht in het spel brengen. 'De eer van de ambtenaar is het', aldus Weber, om loyaal uitvoering te geven aan besluiten, ook wanneer hij het daarmee persoonlijk oneens is. Weber spreekt zelfs van een ethische discipline, van zelfverloochening ('im höchsten Sinn sittliche Disziplin und Selbstverleugnung'). Wanneer de ambtenaren in een staat deze houding niet meer kunnen opbrengen dan zou het hele apparaat in elkaar storten ('zerfiele der ganze Apparat').[69]

8.20 Weber en de parlementaire democratie

Men kan zeggen dat wat Weber aan het eind van de vorige eeuw modelmatig gepresenteerd heeft over de verhouding tussen democratisch gelegitimeerde bestuurders en de bureaucratie, in overeenstemming is met de grondslagen van de parlementaire democratie zoals deze zich in Nederland (en andere landen) in de tweede helft van de vorige eeuw ontwikkeld heeft.

67 Onder andere in: Weber, Max, *Politik als Beruf,* Siebente Auflage, Duncker & Humblot, Berlin 1982 (1919); Weber, Max, *Staatssoziologie.* Soziologie der rationalen Staatsanstalt und der modernen politischen Parteien und Parlamente, Mit einer Einführung und Erläuterungen herausgegeben von Johannes Winckelmann, Zweite, durchgesehene und ergänzte Auflage, Duncker & Humblot, Berlin 1966.

68 Weber, *Politik als Beruf,* p. 22.

69 Weber, *Politik als Beruf,* p. 28.

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

Weber was overigens *zelf* niet gedurende zijn gehele politieke en academische loopbaan een verdediger van de parlementaire democratie.[70] In een bekend en omstreden boek over Weber wordt hij zelfs getypeerd als een enghartig nationalist, Duits imperialist en niet vrij van 'führeristische' denkbeelden.[71] Maar hoe dat ook zij, aan de persoonlijke motivatie voor het ontwikkelen van zijn theorieën kunnen wij nu voorbij gaan. Duidelijk is dat Weber met zijn straffe typering van de hiërarchische ondergeschiktheid van de ambtenarij aan de politieke machten een beeld heeft geschetst dat perfect harmonieert met de grondtrekken van de Nederlandse parlementaire democratie. Immers, in een democratie geldt het beginsel dat een minister verantwoordelijk is voor het politieke beleid. Niet de koning, niet de staatssecretaris, niet de ambtenarij, maar de minister is volledig verantwoordelijk voor het beleid. De kernbepalingen zijn hier: 'De Koning is onschendbaar; de ministers zijn verantwoordelijk' (art. 42, lid 2 Gw) en: 'Bij koninklijk besluit worden ministeries ingesteld. Zij staan onder leiding van een minister' (art. 44, lid 1 Gw).

Nu is 'verantwoordelijkheid' een complex begrip. Het kan – ook in het alledaagse spraakgebruik – verschillende betekenissen hebben.[72] Het kan betekenen (1) 'het gedaan hebben', zoals in de zin: 'wie is verantwoordelijk voor de moord op Kennedy?'. (2) Het kan ook betekenen dat men inlichtingen dient te verschaffen over processen of gebeurtenissen waarop men wordt aangesproken.
Maar voor de ontwikkeling van de parlementaire democratie is verreweg het belangrijkste dat ministeriële verantwoordelijkheid niet alleen inhoudt dat een *causale relatie* tussen beleid en minister kan worden geconstrueerd (eerste notie van 'verantwoordelijkheid'); ook niet alleen dat de minister gehouden is over dat beleid *inlichtingen te verschaffen* (tweede notie van 'verantwoordelijkheid'); maar dat (3) de minister een *sanctie opgelegd kan krijgen* bij gebleken onvrede met het beleid dat aan hem – en aan niemand anders – kan worden toegeschreven: hij heeft dan te gaan.

8.21 De implicaties van de ministeriële verantwoordelijkheid

De vraag is nu onder welke voorwaarden een minister deze verantwoordelijkheid voor het doen en laten van de bureaucratie kan dragen. Hiervoor is al gebleken: de minister moet de mogelijkheid hebben bevelen of instructies te geven. Maar een minister wordt niet alleen verantwoordelijk gehouden voor wat de koning en de ambtenaren *doen,* ook voor wat zij *zeggen.* Zou bijvoorbeeld de koning in een toespraak zijn sympathie voor een bepaalde religie tot uitdrukking brengen, dan is de minister daarvoor verantwoordelijk.[73] En wat voor de koning geldt, geldt *eo ipso* voor de ambtenaar. Voor

70 Zie Hughes, H. Stuart, 'Max Weber and the Transcending of Positivism and Idealism', in: *Consciousness and Society.* The Reorientation of European Social Thought 1890-1930, Revised Edition, Vintage Books, Random House, New York 1977 (1958), pp. 278-335; Tellegen, E., 'Max Weber (1844-1920)', in: L. Rademaker en E. Petersma, red., *Hoofdfiguren uit de sociologie.* Klassieken, deel 1, Het Spectrum, Utrecht/Antwerpen 1974, pp. 95-114; Coser, Lewis, A., 'Max Weber', in: Lewis A. Coser, *Masters of Sociological Thought.* Ideas in Historical and Social Context, Harcourt Brace Jovanovich, Inc., New York 1977 (1971), pp. 217-260; Dronberger, Ilse, *The political thought of Max Weber.* In quest of statesmanship, Meredith Corporation, New York 1971.

71 In Wolfgang Mommsen *Max Weber und die Deutsche Politik* (1959). Zie het commentaar bij: Tromp, Bart, 'Wetenschap en politiek bij Max Weber', in: Bart Tromp, *Het falen der nieuwlichters,* De Arbeiderspers, Amsterdam 1981, pp. 65-78, p. 71 en Roth, Günter, *Politische Herrschaft und persönliche Freiheit.* Heidelberger Max Weber-Vorlesungen 1983, Suhrkamp, Frankfurt am Main 1987.

72 Zie voor de verschillende betekenissen van het concept 'verantwoordelijkheid': Schauer, Frederik, & Sinnott-Armstrong, Walter, eds., 'What is Responsibility', in: *The Philosophy of Law.* Classic and Contemporary Readings, Harcourt Brace College Publishers, Forth Worth etc. 1996, pp. 784-788; Feinberg, J., 'Responsibility', in: Feinberg, Joel, & Gross, Hyman, eds., *Philosophy of Law,* Fourth Edition, Wadsworth Publishing Company, Belmont, California 1991, pp. 485-491.

73 Toen de koning in een rede partij koos voor een bepaalde godsdienstige denominatie terwijl hem dat door het kabinet was afgeraden, werd dat hoog opgenomen in 1853. Zie Welderen Rengers, W.J. van, *Schets eener parlementaire geschiedenis van Nederland van 1849 tot 1901,* Vierde bijgewerkte uitgave met aanteekeningen van C.W. de Vries, Eerste deel 1849-1891, Martinus Nijhoff, 's-Gravenhage 1948, (De aprilbeweging van 1853), pp. 87-109.

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

zowel koning als ambtenaar geldt dan ook dat zij al hun publieke uitingen moeten afstemmen met de minister. En zelfs ligt het voor de hand dat zij bij heikele politieke vraagstukken geen meningen naar buiten ventileren. Immers: voor elke uiting is de minister verantwoordelijk. En dan niet in de – ik herhaal – betekenis dat de minister daarover inlichtingen moet verschaffen (tweede betekenis van verantwoordelijkheid), maar dat voor een uiting van koning of ambtenaar die het parlement afwijst de minister in het uiterste geval het veld moet ruimen. Welnu, het is absurd iemand ter verantwoording te roepen (derde betekenis van het woord: *gesanctioneerde* verantwoordelijkheid) voor een meningsuiting die hij niet bevoegd zou zijn te verbieden. Vandaar dat de koningin, de staatssecretaris en de ambtenaar geen enkele uiting naar buiten mogen doen die een minister niet voor zijn rekening wil nemen. Weber had gelijk: 'partij kiezen, strijd, passie' zijn voor de ambtenaar uit den boze.[74] Zou men dat beginsel laten varen dan 'zerfiele der ganze Apparat' of, in de ronde woorden van VVD-kamerlid Te Veldhuis: dan wordt het een 'bestuurlijk soepzootje'.

8.22 Is het model van Weber verouderd?

Nu lijkt dit een betrekkelijk eenvoudig te begrijpen verhaal. Maar wie dat Weberiaanse model uiteenzet, wordt geconfronteerd met een reactie die luidt als volgt. 'Dit is een volkomen verouderd beeld dat hier geschetst wordt. Het is in deze samenleving niet langer mogelijk staande te houden dat ambtenaren strikt ondergeschikt zouden moeten functioneren ten aanzien van de politieke leiding. Ambtenaren hebben een eigen verantwoordelijkheid. Zij zijn geen willoos werktuig in handen van hun politieke superieuren. Zij hebben ook in beginsel vrijheid van meningsuiting, zij het dan dat van hen verwacht mag worden dat zij hun politieke bazen niet al te zeer voor de voeten lopen. Tussen het primaat van de politiek en ambtelijke ondergeschiktheid moet een redelijk evenwicht worden gezocht dat recht doet aan de hedendaagse stand van de ontwikkeling van de democratie. Het model van Weber over de strikte hiërarchische ondergeschiktheid van de ambtenaar aan de politieke leiding is verouderd. Een top-down model past niet meer in deze tijd. Een strakke commando-structuur of bevel-is-bevel theorie moet worden afgewezen. Ambtenaren hebben bovendien, net als gewone burgers, wettelijk vrijheid van meningsuiting. Dat is vastgelegd in de grondwet en in de Ambtenarenwet en het is niet mogelijk, noch wenselijk, op dit terrein de klok terug te draaien. Het uitsluiten van welke gekwalificeerde mening dan ook – ook die van een ambtenaar – kan in een moderne democratie nooit getolereerd worden'.

Men zou dat het 'Algemeen Verlicht Gevoel' (AVG) kunnen noemen. Het is *algemeen* omdat het bij de meest invloedrijke schrijvers over dit onderwerp kan worden aangetroffen en omdat het een brede basis van acceptatie heeft in de publieke opinie. Natuurlijk zijn er mensen die het niet delen of die de zwakke punten in dit verhaal zien,[75] maar die zijn verre in de minderheid en zeker (nog) niet trend-bepalend. Het is ook een *verlicht* gevoel voorzover het aansluit bij een progressieve – of als zodanig gepercepieerde – mentaliteit. Zij die onder de invloed staan van het AVG ervaren het als passend bij de moderne ontwikkelingen. Het model van Weber wordt als 'verouderd' of 'archaïsch' ervaren – als een afgeschreven fase in de geschiedenis.[76] Maar het AVG is ook een *gevoel,* omdat het duidelijk irrationele trekken draagt. Het is niet gebaseerd op een koele analyse van de uitgangspun-

74 Weber, *Politik als Beruf,* p. 28.

75 Zoals Kortmann in: Kortmann, C.A.J.M. Kortmann, 'De ambtenaar en de politiek I', in: *RMThemis,* nr. 5, 1999, pp. 163-165, contra: Thijn, E. van, 'De ambtenaar en de politiek II', in: *RMThemis,* nr. 5, 1999, pp. 165-167.

76 Naar aanleiding van de berispingen van Geelhoed en Van Wijnbergen schrijft Akkerboom met enig gevoel voor dramatiek: 'Ineens leek menigeen af te willen van de moderne ambtenaar die – op gepaste wijze – met beide benen in de maatschappelijke discussie staat, en was er een roep naar de ouderwetse ambtenaar van Max Weber die – met de oogkleppen op – zijn handelen beperkt tot het 'gewetensvol' uitvoeren van gegeven opdrachten'. Zie Akkerboom, Broer, 'De boodschap van een ambtenaar. Het gelijk van Van Wijnbergen', in: *Openbaar Bestuur Magazine,* jg. 1, winter 1998, pp. 6-7.

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

ten van het systeem. Het kan niet bogen op grote denkers die het hebben ontwikkeld, zoals met het model van Weber het geval is.[77] Het is veeleer een wollig amalgaam van overtuigingen en intuïties.

8.23 Het Algemeen Verlicht Gevoel versus Weber

Het AVG is ook in die zin *onwetenschappelijk* dat het niet tot een rationele verantwoording weet te komen van de uitgangspunten waardoor het zich geïnspireerd weet. Sommigen doen daartoe zelfs geen poging meer. Centrale sturing, het primaat van de politiek, controle op het overheidsapparaat – het zijn idealen die naar de rommelkamer worden verwezen.

Tegen het model van Weber en de klassieke uitgangspunten van onze parlementaire democratie wordt een hele serie argumenten aangevoerd die geen hout snijden, maar die wel veel aanhang hebben.

Het probleem met de scheefgegroeide verhoudingen van tegenwoordig (want zo moet men ze zonder theatraal te worden toch wel noemen), is dat we onszelf het AVG hebben aangepraat. Intellectueel-rationeel is het AVG niet te verantwoorden. Als het echt op argumenten aankomt, is de heerschappij van Weber onomstreden. Maar het lastige is dat mensen zich slechts in bescheiden mate door rationele argumenten laten beheersen, noch zich daardoor laten overtuigen. Het zijn *gevoelens* en *historische ervaringen* die het AVG inspireren. De gedachte dat een ambtenaar 'bevelen' moet uitvoeren is in diskrediet gebracht door onze jongste geschiedenis. Wie wil begrijpen wat het AVG beheerst, zou eigenlijk *Eichmann in Jeruzalem*[78] van Hannah Arendt of *De zaak 40/61* van Harry Mulisch moeten lezen. Het lezen van dat soort literatuur geeft een betere verklaring voor de schroomvalligheid van velen tegenover staatkundige hiërarchie dan de bestuurskundige handboeken. Het moment van overlijden van de plichtsgetrouwe ambtenaar van Weber valt met enige exactheid te bepalen: tussen 26 maart 1961 en 30 september 1961 – de periode van Eichmann-proces.

8.24 Eichmann als sleutel tot de chaotisering van het Openbaar Bestuur

Eichmann was een oorlogsmisdadiger die door de Israëlische geheime dienst was opgepakt en ter berechting naar Jeruzalem gebracht. In verschillende landen leidde dit tot een bezinning op het oorlogsverleden en gespeculeer over de persoonlijkheid van Eichmann in het bijzonder. In Nederland is over deze kwestie een boek verschenen van Harry Mulisch die van 26 maart 1961 tot 30 september 1961 het proces versloeg voor *Elsevier.*[79]

De aanklachten tegen Eichmann waren verschrikkelijk: miljoenen vergaste joden in Auschwitz; honderdduizenden doden in werkkampen; gedwongen abortussen op joodse vrouwen in alle stadia van zwangerschap; deportatie van een half miljoen polen en veertienduizend slovenen; de moord op honderd kinderen uit Lidice. Mulisch: 'Er is geen eind'.[80]

De naoorloge generatie was druk bezig met een bezinning op de aard van deze oorlogsmisdadiger. Eén bekend antwoord was dat de oorlogsmisdadiger een fanaticus was, verblind door ideologie. Had Rosenberg niet Chamberlains *Die Grundlagen des 19. Jahrhunderts* aan Hitler voorgelezen, waarin de rassenleer wordt opgetuigd tot een agressieve *Weltanschauung* met een extreem antisemitische

77 Wel wordt als zodanig beschouwd: Friedrich, Carl J., 'The Nature of Administrative Responsibility', in: Carl J. Friedrich & Edward S. Mason, eds., *Public Policy: A Yearbook of the Graduate School of Public Administration,* Harvard University, 1940, pp. 5, 8-10, 12-14, 19-20, 22-24, gedeeltelijk ook in: John C. Koritansky & Hiram College, *Public Administration in the United States,* Focus Publising, R. Pullins and Company 1999, pp. 74-80.

78 Arendt, Hannah, *Eichmann in Jeruzalem.* A Report on the Banality of Evil, Revised and Enlarged Edition, Penguin Books, Harmondsworth 1977 (1963).

79 Mulisch, Harry, *De zaak 40/61.* Een reportage, De Bezige Bij, Amsterdam 1962.

80 Mulisch, *De zaak 40/61,* p. 39.

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

tendens? Rosenberg zelf zou daarop voortborduren in *Der Mythus des 20ste Jahrhunderts.* De wortels voor de twintigste eeuwse ontsporingen van nazisme (en tevens communisme) lagen dus in het vaste geloof in absolute ideologische waarheden. Volgens dit spoor loopt bijvoorbeeld de nazisme-theorie (en kritiek op het totalitarisme) van de bekende Britse liberaal Isaiah Berlin. Nazisten zijn mensen die geloven in absolute waarheden. Wie daarin gelooft, is ook bereid deze op de punt van de bajonet aan anderen op te dringen.[81]

Hoewel deze theorie tegenwoordig een zekere aanhang vindt,[82] is een andere 'Vergangenheitsbewältigung' van groter betekenis voor ons onderwerp. Het is de theorie die Mulisch ontwikkelt in *De zaak 40/61*, maar die ook door anderen is verdedigd.

8.25 Eichmann als de gewone burger: 'Befehle-empfänger'

Mulisch was gefascineerd door Eichmann omdat hij *anders* was. Anders dan de andere nazi's. Niets wijst erop dat bijvoorbeeld Eichmann de joden haatte. Bij hem was het een 'ingewikkelder mechanisme' dan bij Hitler of Himmler.[83] Kenmerkend voor Eichmann was ook zijn 'onzichtbaarheid'. Voor de oorlog was hij een onzichtbare SD-klerk. Tijdens de oorlog viel hij niet op als SS-officier. Na de oorlog was hij een onzichtbare, ondergedoken nazi. En het laatste jaar een onzichtbare gevangene in Israël. Bekenden van Eichmann typeerden hem als 'ongeoorloofd normaal'.[84]

Mulisch sluit ook aan bij wat Eichmann over zichzelf gezegd heeft. Over zijn eigen psychologie zegt Eichmann later dat hij zijn hele leven aan gehoorzaamheid gewend was geweest. Vanaf zijn kinderkamer tot aan 8 mei 1945, een gehoorzaamheid die in de jaren dat hij bij de SS was zich had ontwikkeld tot kadaverdiscipline. ('Ich war mein ganzes Leben an Gehorsam gewöhnt gewesen, von der Kinderstube angefangen bis zum 8. Mai 1945, ein Gehorsam, der sich in den Jahren der Zugehörigkeit zur SS zum Kadaver-Gehorsam, zum bedingunglosen Gehorsam entwickelte. Was auch hätte Ungehorsam mir eingetragen. Und wem wäre er dienlich gewesen? Planendes, Grundsätzliches, Einscheidendes an dem Geschehen von 1935-1945 stand mir zu keinem Zeitpunkt während dieser 10 Jahre zu').[85] Hij zegt overigens wel dat hij ondanks alles zich realiseert dat hij niet zijn handen in onschuld kan wassen, omdat het feit dat hij een absolute bevelen-ontvanger was tegenwoordig geen betekenis meer heeft. ('Trotz allem weiss ich natürlich, dass ich meine Hände nicht in Unschuld waschen kann, weil die Tatsache, dass ich ein absoluter Befehle-Empfänger war, heute sicherlich nichts mehr bedeutet').[86] Inderdaad, dat is nog zacht uitgedrukt: het betekent tegenwoordig *niets* meer. Het is zelfs uitgesproken negatief. Men behoort geen bevelen op te volgen. Immers bevelen zijn *uit de aard der zaak* verkeerd. Daarom hebben we ook zulke ongemakkelijke gevoelens wanneer we een ambtenaar onder de bevelsmacht van een minister plaatsen. Hoewel het vroegere artikel 5 van de Wet op de Rechterlijke Organisatie uitdrukkelijk sprak van 'bevelen' die de minister aan een officier van justitie zou kunnen geven, werd dat woord altijd angstvallig vermeden. Men sprak van een 'aanwijzingsbevoegdheid'.

Maar terug naar Eichmann. Zijn meest uitvoerige beschrijving van het karakter van Eichmann geeft Mulisch in zijn bericht van 28 mei 1961. Hij laat daar allerlei sinistere figuren de revue passeren die in de literatuur beschreven zijn en stelt dan dat één ontbreekt: Eichmann.

81 Zie onder andere Berlin, Isaiah, 'Joseph de Maistre and the Origins of Fascism', in: Isaiah Berlin, *The Crooked Timber of Humanity.* Chapters in the History of Ideas, Vintage Books, Randon House, New York 1990, pp. 91-175.

82 Ook bij Mulisch. Zie Mulisch, Harry, *Voer voor psychologen,* De Bezige Bij, Amsterdam 1961, p. 29: 'Bij het ruiken van absolute waarheden weet ik niet hoe snel ik mij uit de voeten moet maken: aan de horizon verrijzen de pijnbank van de Inquisitie, de gaskamer, de guillotine, en de andere heilgymnastische turninstrumenten van de absolute waarheid'.

83 Mulisch, *De zaak 40/61,* p. 21.

84 Mulisch, *De zaak 40/61,* p. 48.

85 Mulisch, *De zaak 40/61,* p. 64.

86 Mulisch, *De zaak 40/61,* p. 64.

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

Aan hem heeft niemand gedacht. Zelfs het grootste genie heeft hem niet kunnen veronderstellen. De rustige, plichtsgetrouweambtenaar, die Maldorors buldog het meisje aanreikt. De rustige, plichtsgetrouwe ambtenaar, die de surrealist een voorbijganger brengt om neer te schieten. De rustige plichtsgetrouwe ambtenaar, die de student voor Cesares mes houdt. De rustige, plichtsgetrouwe ambtenaar, die de europese joden naar Rudolf Höss' gaskamers vervoert.[87]

8.26 Het einde van de ambtenaar van Weber

Het behoeft weinig betoog: hier eindigde de sympathie voor Webers plichtsgetrouwe ambtenaar. Hoe had Weber het ook alweer verwoord? De eer van de ambtenaar bestaat in het vermogen nauwgezet en loyaal een bevel uit te voeren, ook al heeft de ambtenaar zelf bezwaren tegen dat bevel. ('Ehre des Beamten ist die Fähigkeit, wenn – trotz seiner Vorstellungen – die ihm vorgesetzte Behörde auf seinem ihm falsch erscheinenden Befehl beharrt, ihn auf Verantwortung des Befehlenden gewissenhaft und genau so auszuführen, als ob er seiner eigenen Überzeugung entspräche').[88] Zelfs het Duits van Weber klinkt nu een beetje onheilspellend. We hebben gezien dat Mulisch stelt dat Eichmann eigenlijk niet de trouwe volgeling van Hitler was in de zin dat hij geloofde in de ideologie van het nazisme. Was hij dan misschien de trouwe volgeling van Weber?

Weber wordt door Mulisch overigens niet genoemd in *De zaak 40/61.* Het is merkwaardig dat een erudiete schrijver als Mulisch de Duitse socioloog niet expliciet in zijn beschouwingen betrekt, want het door Weber gestelde sluit naadloos aan bij de aan Eichmann toegeschreven houding. Ook bespreekt Mulisch geen theorieën over gehoorzaamheid aan bevelen, noch bespreekt hij in welke situaties gehoorzaamheid gerechtvaardigd kan zijn. Maar met of zonder de naam van Weber daaraan verbonden, duidelijk was wel dat een nieuw soort demon was ontstaan in de jaren zestig: de plichtsgetrouwe ambtenaar. Nog geen honderd jaar na Weber werd het *bevel-is-bevel* verantwoordelijk geacht voor de ontsporingen van de nazi-periode in plaats van dat het een beschrijving was van het goed functionerende overheidsapparaat. Het was niet de ideologie. Niet het fanatisme. Niet het nationalisme. Maar het *bevel-is-bevel* denken werd verantwoordelijk geacht voor de sociaal-politieke malaise. Precies zoals voor de Duitse jurist Gustav Radbruch het bevel-is-bevel denken een hele generatie Duitse *juristen* had geperverteerd, zo had het bevel-is-bevel denken voor de protestgeneratie van '68 een generatie *bestuurders* op het verkeerde spoor gezet.[89] Eichmann zei: men moet 'die Hakken zusammenschlagen und 'Jawohl' sagen und eben dienen (...). Ich habe gehorcht. Egal, was man mir befohlen hätte, ich hätte gehorcht. Sicherlich, ich hätte gehorcht. Ich habe gehorcht. Ich habe gehorcht – ich kann aus meiner Haut nicht heraus'.[90]

87 Mulisch, *De zaak 40/61,* p. 105.

88 Weber, *Politik als Beruf,* p. 28.

89 Zie Müller, Ingo, *Hitler's Justice.* The Courts and the Third Reich, translated by Deborah Lucas Schneider (oorspronkelijke titel: *Furchtbare Juristen: Die unbewältigte Vergangenheit unserer Justiz,* 1987), Harvard University Press, Cambridge (Mass.) 1991; Posner, Richard A., 'The Profession in Crisis', in: *Overcoming Law,* Harvard University Press, Cambridge (Mass) and London 1995, pp. 145-171. Over Radbruch: Radbruch, Gustav, *Vorschule der Rechtsphilosophie,* 2e Auflage, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen 1959 (1947); Jansen, C.J.H., 'Gustav Radbruch', in: P.B. Cliteur & M.A. Loth, red., *Rechtsfilosofen van de twintigste eeuw,* Gouda Quint, Arnhem 1992, pp. 71-91.

90 Mulisch, *De zaak 40/61,* p. 124.

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

8.27 De gevolgen van 'Ich habe gehorcht' voor de jaren zestig

Mulisch heeft verschillende tijdsgeschiedenissen geschreven, maar naar mijn idee is een van zijn eerste boeken, het Eichmann-boek, van grote betekenis voor een goed begrip van niet alleen Mulisch' eigen standpunten, maar ook de standpunten van de protestgeneratie van '68.[91]

De protestgeneratie groeide op in luxueuze omstandigheden. De naoorlogse jaren, de jaren van hun ouders, zijn door de historicus Blom wel eens getypeerd als de jaren van 'tucht en ascese'.[92] De collectieve karaktertrekken van de mensen die in die jaren de toon aangaven waren soberheid, gezagsgetrouwheid en een strenge sexuele moraal. Dat alles werd nog eens versterkt door een overheidsbeleid waarin snelle wederopbouw en planmatige industrialisatie de belangrijkste doelen waren. In de jaren vijftig begon deze 'ascese' zijn vruchten af te werpen. Er ontstond een krachtige economische groei. Op basis daarvan kon de uitbreiding van de sociale zekerheid gestalte krijgen en vanaf 1953 leidde dat tot individuele welvaartsverhogingen.[93] Dankzij de economische groei en de welvaart namen de consumptieve bestedingen en de vrije tijd toe. Nieuwe luxegoederen verspreidden zich over de gehele bevolking met als meest bekende de auto en de televisie.

Opgegroeid in weelde, banen voor het oprapen en eigenlijk zonder dat men ergens voor behoefde te strijden – dat waren de omstandigheden waaronder de protestgeneratie opgroeide. Het enige gevaar dat op de loer lag was de verveling. Strijd had men niet moeten te leveren, en al helemaal niet tegen een groot gevaar als het nationaal-socialisme.

Het is onterecht en ondankbaar, maar misschien wel begrijpelijk dat juist de leden van déze generatie een hang naar groots en meeslepend leven ontwikkelden en zich afzetten tegen hun vaders. Maar hoe kon men dat rechtvaardigen? Waarop kon men zich laten voorstaan? De grootste provocatie die men voor die vaders kon bedenken was dat *niet de vaders* de strijd tegen het nazisme hadden geleverd, maar dat eigenlijk *de leden van de protestgeneratie* erkenning zouden moeten krijgen als de vaandeldragers van het anti-nazisme.

Op 16 juli 1961 formuleerde Mulisch het zeer treffend: 'Eichman is geen uitzondering'. Hij verpersoonlijkt de 'doodgewone mens', het massa-dier of gewoonheidsdier met de 'machinale bevelenontvanger'.[94] En even verder: 'bij miljoenen loopt hij over de aarde rond'.[95] Eichmann was eigenlijk de 'kleinste mens'.[96]

In de jaren zestig kwam een vloedgolf van publicaties over gehoorzaamheid, autoritair denken en het verwerpelijke van conformisme over ons heen. Auteurs als Adorno, Fromm, Stanley Milgram en anderen presenteerden allen hun vernietigende analyses over gehoorzaamheid aan 'het bevel'.[97]

Nogmaals, niet het *verkeerde* gezag kwam centraal te staan, maar *elke vorm van gezag.* Van *De zaak 40/61* (1962) liep het spoor door naar *Bericht aan de rattenkoning* (1966), Mulisch' glorificatie van de provocatie om de provocatie.[98] God, Nederland, Oranje, het klootjesvolk, de brave burger, spruitjeslucht, ziedaar het ware gezicht van het nazisme. De brave burger moest dus worden *genazificeerd*

91 Dit punt krijgt overigens weinig aandacht in het overzicht van de idealen van de '68-generatie van: Kennedy, James C., *Nieuw Babylon in aanbouw.* Nederland in de jaren zestig, Tweede druk, Boom, Amsterdam/Meppel 1997 (1995).

92 Aangehaald in: Righart, Hans, *De eindeloze jaren zestig.* Geschiedenis van een generatieconflict, De Arbeiderspers, Amsterdam/Antwerpen 1995, p. 25.

93 Zie Righart, *De eindeloze jaren zestig,* p. 26; Couwenberg, S.W., 'Cultuuromslag jaren zestig in historisch perspectief', in: *Spiegel Historiael,* mei 1997, pp. 190-192, p. 191 die wijst op de loonexplosie van 1963.

94 Mulisch, *De zaak 40/61,* p. 132.

95 Mulisch, *De zaak 40/61,* p. 134.

96 Mulisch, *De zaak 40/61,* p. 183.

97 Milgram, Stanley, 'The Perils of Obedience', in: *Harper's Magazine,* 1974, onder de titel 'An Experiment in Autonomy' ook in: Louis P. Pojman, ed., *The Moral Life.* An Introductory Reader in Ethics and Literature, Oxford University Press, New York Oxford 2000, pp. 625-640. Zie voor een kritische bespreking van de opvattingen van de leden van de Frankfurter Schule in relatie tot ons thema: Herman, Arthur, *The Idea of Decline in Western History,* The Free Press/ Simon & Schuster, New York, London Toronto Sydney Singapore 1997, 295-328.

98 Mulisch, Harry, *Bericht aan de rattenkoning,* De Bezige Bij, Amsterdam 1966.

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

en het nazisme *verburgerlijkt.* Mulisch verwoordt het als volgt: 'Afkomstig uit de bourgeoisie had ik om mij heen alleen gematigdheid gezien, liberalisme, voortbestaan, verstandigheid, melancholie, hypochondrie, kollaboratie, de dood in de pot'. Hij constateerde wel dat Goebbels en andere nazis niet echt gematigd, liberaal, verstandig, kortom, niet burgerlijk leken, maar daarop antwoordt hij 'dat het onafgebroken gepraat van Goebbels over 'radicaliteit' niets anders was dan de radikaliteit van de spruitjeslucht, die radicaal en totaal spruitjeslucht wilde zijn'.[99] In 1972 vatte Mulisch zijn eigen houding en die van de protestgeneratie misschien nog wel het beste samen met de woorden: 'een hekel aan vaders, leraren, politieagenten en dat soort mensen, die dingen verbieden en afpakken, niet luisteren, alles beter weten, maar in werkelijkheid stom zijn, serviel en daarom brutaal van beroep en wat het ergste is: onrechtvaardig'.[100]

8.28 Is gezag altijd verkeerd?

Nu, weer bijna een halve eeuw later, lijkt het mogelijk de vraag te stellen of deze ongekwalificeerde verwerping van elke vorm van gezag zo verstandig is geweest. Moeten we niet onderscheiden tussen legitiem en illegitiem gezag? Het ironische is dat Mulisch zelf materiaal aanlevert dat het stellen van deze vraag zou rechtvaardigen. Hij schrijft immers dat 'als in dezelfde jaren niet Adolf Hitler maar Albert Schweitzer rijkskanselier was geweest, en Eichmann had bevel gekregen om alle zieke negers naar moderne hospitalen te vervoeren, dan had hij het zonder mankeren uitgevoerd – met hetzelfde genoegen in zijn eigen stiptheid als bij het werk, dat hij nu achter de rug heeft'.[101]

Die passage zou aanleiding kunnen geven tot nadere reflexie op gezag en gehoorzaamheid. Zouden we niet moeten stellen dat *in dit geval* gehoorzaamheid geboden, ja zelfs een grote deugd was geweest?

Aan een onderscheid tussen bevoegd gegeven bevelen en onbevoegde bevelen is de protestgeneratie echter niet toegekomen. Gezag was *altijd* en *in elke situatie* verkeerd. Mulisch beschrijft ook het komische voorval van iemand die zich tijdens een chaotische vergadering 'als voorzitter probeerde op te werpen'.[102] Niet goed natuurlijk, want ook een voorzitter betekent 'gezag'.

Het is deze mentaliteit die heeft geleid tot een anarchistische situatie die voorzover het de inrichting van het Openbaar Bestuur betreft niet louter voordelen heeft gehad.[103] In de jaren tachtig en negentig hebben we daarvan zelfs de wrange vruchten geplukt. Aan het 'bezoedelen' van gezag in het algemeen – zonder onderscheid te maken tussen legitiem en illegitiem gezag – zijn in het bijzonder twee nadelen verbonden.

Het eerste heeft te maken met *efficiëntie.* Elke vorm van organisatie en van heerschappij vergt een zekere efficiëntie. Men kan niet telkens alles ter discussie stellen. Wanneer bij de bevalling van een kind zich een complicatie voordoet moet snel en zonder discussie een beslissing worden genomen over een te plegen ingreep (zoals ik uit eigen ervaring weet).

Ook wanneer ergens een brand uitbreekt moeten bespiegelingen over een te volgen strategie bij het blussen of competentieconflicten onder de brandweerlieden niet de overhand krijgen. Dit zijn situaties in het leven waarbij een 'onderhandelingshuishouding' niet de meest geëigende is, om het

99 Mulisch, Harry, *De toekomst van gisteren,* De bezige Bij, Amsterdam 1972, p. 39.

100 Mulisch, *De toekomst van gisteren* p. 37.

101 Mulisch, *De zaak 40/61,* p. 125.

102 Mulisch, *De toekomst van gisteren,* p. 245.

103 Ik wil niet de indruk wekken de jaren zestig over de gehele linie te verwerpen. De sexuele revolutie heeft veel goeds gebracht. Tegenover *Bericht aan de rattenkoning* is een kategorisch 'nee' op zijn plaats, waar *Het sexuele bolwerk* moet worden geprezen. Zie Mulisch, Harry, *Het seksuele bolwerk,* De Bezige Bij, Amsterdam 1973. Ook veranderde Nederland van een 'traditioneel-christelijke natie in een van de meest geseculariseerde landen ter wereld' (Couwenberg, S.W., 'Cultuuromslag jaren zestig in historisch perspectief', in: *Spiegel Historiael,* mei 1997, pp. 190-192, p. 191), een ontwikkeling die ik eveneens als positief waardeer.

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

vriendelijk uit te drukken. Hier geldt als norm een centralistische 'bevelshuishouding', met achteraf de mogelijkheid van evaluatie en het ter verantwoording roepen van de gezagsdragers die de essentiele beslissingen hebben genomen. Het is niet erg realistisch deze kant van het leven geheel te negeren en te doen voorkomen alsof telkens altijd alles ter discussie kan worden gesteld. Dat wél doen leidt tot een volslagen verlamming van het overheidsapparaat, ja van elke vorm van organisatie.

Een tweede probleem met het verdacht maken van elke vorm van gezag heeft te maken met *democratie.* Aangezien elke vorm van gezag werd geassocieerd met de kadaverdiscipline van het nazisme, met het 'egal, was man mir befohlen hätte, ich hätte gehorcht' van Eichmann, bleek het allengs moeilijker het overheidsapparaat onder controle – welke dan ook, ook democratische controle – te houden.

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

9 Moeten wij ijveren voor de wereldwijde afschaffing van de doodstraf?

In 1937 publiceerde de Nijmeegse rechtsgeleerde W.C.L van der Grinten een dissertatie over de doodstraf. *Ter verdediging van de doodstraf*, wel te verstaan. Nu was Van der Grinten zich er natuurlijk van bewust dat de doodstraf in Nederland was afgeschaft en dat zich geen meerderheid leek af te tekenen ter verandering van die situatie. Maar daarom ging het hem niet. Hij wilde enkel beoordelen 'of de doodstraf rechtmatig is'.[1] En die vraag beantwoordde hij bevestigend.

Wie meer dan een halve eeuw later een beschouwing aan de doodstraf wijdt lijkt zich op het eerste gezicht in dezelfde positie te bevinden als Van der Grinten in 1937. De doodstraf wordt ook tegenwoordig in Nederland niet toegepast. Een verschil met de situatie in 1937 is bovendien dat de grondwet sinds 1983 aangeeft: 'De doodstraf kan niet worden opgelegd.'[2] Een beschouwing over de doodstraf kan daarmee, zo lijkt het, niet anders zijn dan een 'filosofische' reflectie – filosofie nu in de depreciërende betekenis van een voor het alledaagse leven ver verwijderde speculatie.

Toch is dat niet helemaal juist. Een reflectie op de doodstraf heeft ook nu nog betekenis. De toenemende globalisering of mondialisering maakt van onze wereld een dorp. We zijn met allerlei lijnen aan elkaar verbonden. We bemoeien ons steeds meer met wat aan het andere eind van de wereld gebeurt en het andere eind van de wereld bemoeit zich ook met ons. Steeds meer hebben staten met elkaar te maken in het kader van buitenlandse beleid.

In dat buitenlandse beleid wordt niet alleen met machtspolitieke factoren rekening gehouden, maar ook met ideeën, zoals de vraag of een betreffend land een niet al te povere staat van dienst heeft als het aankomt op de mensenrechten. We stellen ons, met andere woorden, 'universalistisch' op (zie hoofdstuk drie). Regelmatig lezen we dat onze premier een onderhoud heeft gehad met een collega uit het buitenland en dat daarbij ook 'de mensenrechten' voorwerp van gesprek zijn geweest, zoals naar aanleiding van het bezoek van de minister van buitenlandse zaken van China aan Nederland. NRC Handelsblad van 5 juli 2000 geeft in algemene termen aan wat besproken is tussen onze premier en zijn buitenlandse gast. Het gesprek was 'openhartig'. Desgevraagd meldde de premier aan de Nederlandse media dat hij 'zijn gast had gewezen op de verplichtingen die China als lid van de wereldgemeenschap heeft in zijn mensenrechtenbeleid.' Wat precies die verplichtingen zouden zijn en hoe indringend onze premier deze kwestie aan de orde heeft gesteld vermelden dit soort berichten doorgaans niet. Maar duidelijk is wel dat de Nederlandse regering het opleggen van de doodstraf in strijd acht met 'de mensenrechten'.

Wat we uit dergelijke berichten kunnen opmaken, is dat het gebruikelijk wordt dat staten elkaar aanspreken op dit terrein. Het 'cultuurrelativisme' blijkt steeds minder de statenpraktijk.
Men maakt in kringen van theoretici over de internationale betrekkingen ook wel een onderscheid tussen 'idealisten' en 'realisten'.[3]

De *realisten* wensen het buitenlandse beleid niet te laten vertroebelen door hoogdravende overwegingen. Zij concentreren zich op de machtspolititieke en economische aspecten daarvan. De bekendste vertegenwoordiger van deze opvatting is de voormalige minister van buitenlandse zaken van de Verenigde Staten, Henry Kissinger.

1 Grinten, W.C.L. van der, *Rechtmatigheid van de doodstraf,* diss. Nijmegen, N.V. Uitgeversmaatschappij 'De Gelderlander', Nijmegen 1937, p. 2.

2 Art. 114 Gw.

3 Vgl. over deze tegenstelling: Franck, Thomas M., *The Power and Legitimacy among Nations,* Oxford University Press, New York/Oxford 1990 en List, G.A. van der, *Mensenrechten en buitenlands beleid,* Prof. mr. B.M. Teldersstichting, Den Haag 1988.

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

De *idealisten* echter menen dat ideële overwegingen een legitieme plaats hebben in het buitenlandse beleid. Een bekende representant van *deze* richting is de Amerikaanse politieke filosoof Francis Fukuyama.[4]

De meest courante benadering wil echter tussen de koopman en de dominee doorvaren. In het buitenlands beleid moet aandacht zijn voor én ideële én machtspolitieke (of commerciële) overwegingen. Ten aanzien van de ideële overwegingen, het proclameren van universeel geachte normen, dringt zich wel meteen een vraag op: 'om welke normen zou dat gaan?'. Valt een kern van waarden te formuleren waarop elke staat zou kunnen (en moeten) worden aangesproken? En hoe luidt die kern? Daarmee zijn we weer terug bij de problematiek van hoofdstuk drie, maar ook die van hoofdstuk zes.

Een voor de hand liggend antwoord op die vraag is dat elk land respect voor 'de mensenrechten' aan de dag zou moeten leggen. Zo wordt dat ook geformuleerd in het krantenbericht dat hiervoor is aangehaald. Maar wat zijn dan precies die mensenrechten? Een gezaghebbende (zij het niet direct juridisch bindende) codificatie van mensenrechten vinden we in de Universele Verklaring van de Rechten van de Mens. Stel de premier neemt déze verklaring als uitgangspunt. Art. 3 bedeelt een ieder met een recht op leven,[5] vrijheid en onschendbaarheid van zijn persoon. Art. 4 geeft aan dat niemand in slavernij of horigheid zal worden gehouden. Art. 5 proclameert dat niemand zal worden onderworpen aan folteringen en aan wrede of onmenselijke behandeling. Ook vinden we in deze verklaring dat ieder het recht heeft als persoon te worden erkend voor de wet (art. 6). Verder heeft een ieder het recht zich vrijelijk te verplaatsen en te vertoeven binnen de grenzen van elke staat (art. 13). Ook heeft ieder recht op een nationaliteit (art. 14); op eigendom (art. 17); vrijheid van gedachte, geweten en godsdienst (art. 18). Verder wordt gesteld dat ieder recht heeft op maatschappelijke zekerheid (art. 22); op arbeid en vrije keuze van beroep (art. 23); op rust en eigen vrije tijd (art. 24) en op periodieke vacanties met behoud van loon (art. 24); op onderwijs (art. 26) en verder 'om te genieten van kunst en om deel te hebben aan wetenschappelijke vooruitgang en de vruchten daarvan' (art. 27).

Een dergelijke lijst roept een vraag op. Wij kunnen ons nog voorstellen dat onze premier zijn buitenlandse collegae vermanend toespreekt wanneer het gaat slavernij, foltering en het niet erkennen van vrijheid van meningsuiting. Maar naarmate we verder komen in de opsomming zoals hierboven gegeven, wordt het steeds onwaarschijnlijker dat onze premier dat allemaal aan de orde zal stellen bij zijn contacten met collegae. Wie kan in alle redelijkheid verdedigen dat onze premier werkelijk op *al deze terreinen* regeringsleiders van landen waarmee wij diplomatieke betrekkingen onderhouden de maat moet nemen? Als onze premier *elk recht* dat ergens in een internationale mensenrechtenverklaring is gecodificeerd als richtsnoer voor zijn kritiek op vreemde staten zou hanteren, zou hij niet alleen een titanenklus hebben maar zichzelf, zo valt te vrezen, tot risee van de internationale gemeenschap maken. Hij zou zijn gesprekspartners in de hoogste boom jagen en zij zouden nog gelijk hebben ook.

Betekent dit nu dat mensenrechten *nooit* een voorwerp zijn en mogen zijn van gesprek? Nee, ook dat niet. Maar onze premier moet wel een criterium voor ogen hebben wat hij wel en niet ter sprake brengt. Waarschijnlijk zal hij alleen 'zeer ernstige schendingen' van mensenrechten aan de kaak stellen of schendingen van 'zeer belangrijke mensenrechten'. Maar welke zijn dat?

En daarmee zijn we vanzelf bij de vraag *welke mensenrechten* een legitieme grondslag vormen voor het buitenlands beleid.

4 Vgl. Fukuyama , Francis, 'The End of History?', in: *The National Interest,* No. 16, Summer 1989, pp. 3-18, ook in: Paul Schumaker, Dwight C. Kiel, Thomas W. Heilke, eds., *Ideological Voices.* An Anthology in Modern Political Ideas, The McGraw-Hill Companies, Inc., New York etc. 1997, pp. 409-417; Fukuyama, Francis, *The End of History and the Last Man,* The Free Press/Macmillan, New York 1992. Vgl. tevens: Doyle, Michael, 'Liberalism and World Politics', in: *American Political Science Review,* Vol. 80, No. 4, 1986, pp. 1151-1169.

5 Een belangrijk artikel voor de discussie over de doodstraf, zoals men zich kan voorstellen.

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

9.1 'De mensenrechten' als grondslag van buitenlands beleid

Nu is het stellen van een dergelijke vraag in kringen van specialisten op het terrein van mensenrechten een weinig populaire aangelegenheid. Men herhaalt graag de uitspraak die werd gelanceerd op een mensenrechtenconferentie in Wenen in 1993 die reeds in hoofdstuk zeven is aangehaald, namelijk dat de mensenrechten 'een en ondeelbaar zijn'.[6] Dat klinkt aardig en het is ook misschien wel begrijpelijk dat aan het slot van een grotendeels vastgelopen discussie over de prioriteit van mensenrechten men een dergelijke wanhoopskreet heeft gelanceerd. Laten we toch in hemelsnaam *alle rechten van de mens* even belangrijk achten! Maar, zoals we al eerder hebben vastgesteld, elke nuchtere en kritische beoordelaar kan bedenken dat deze frase weinig betekent. Iedereen voelt aan dat niet *alles* wat als mensenrecht in bijvoorbeeld de Universele Verklaring van de Mens wordt opgevoerd een uitgangspunt kan vormen voor het buitenlands beleid. Het kan dus niet anders of een ieder hanteert bewust of onbewust een selectiecriterium. Met een variant op Orwell's 'all animals are equal but some are more equal than others' moet men ook zeggen dat sommige mensenrechten 'mensenrechtelijker' zijn dan andere.

Nu zouden wij de suggestie kunnen hebben gewekt dat het hanteren van prioriteit in de mensenrechten slechts is ingegeven door praktische noodzaak. Onze premier *kan niet* de complete lijst van mensenrechtelijke desiderata als toetsingscriterium hanteren om de nieren te proeven van zijn tafelgasten. Maar wij willen niet alleen een 'kan niet' verdedigen, ook een 'moet niet'. Het zou ook om principieel-morele redenen *onwenselijk* zijn dat alles wat als mensenrecht wordt gepresenteerd een grondslag vormt voor buitenlands beleid. Dit heeft te maken met de aard van mensenrechten. Mensenrechten hebben alleen praktische betekenis wanneer zij *handhaafbaar* zijn. Dat wil zeggen dat een speciaal orgaan waakt over de toepassing van die rechten en dat is de rechter. Zoals reeds in hoofdstuk zes is geconstateerd: de rechter past mensenrechten toe, ook wanneer deze betekenen dat de producten van een democratisch gecontroleerde wetgever buiten toepassing moeten worden gelaten. Dat is ook precies de reden waarom landen met een lange democratische traditie, zoals het Verenigd Koninkrijk, zo'n moeite hebben hun soevereiniteit over te dragen aan constitutionele hoven in Europa.[7] Onder het bestaande mensenrechtenregime kan het niet anders dan dat men een deel van de democratische politiek overdraagt aan het laatste oordeel van een aristocratische elite,[8] namelijk een hof in Straatsburg of Luxemburg.[9] 'That's all in the game', zal men zeggen. Het is een onvermijdelijk gevolg van het accepteren van de idee van hoger recht dat door een rechter wordt toegepast.

6 Vgl. daarover: Flinterman, C., 'De ondeelbaarheid van de rechten van de mens', in: Coomans, A.P.M., Heringa, A.W., Westendorp, I., red., *De toenemende betekenis van economische, sociale en culturele rechten,* Maastricht Centrum voor de Rechten van de Mens en Stichting NJCM-Boekerij, Leiden 1994, p. 1-7.

7 Een theoretische rechtvaardiging voor die opstelling vindt men in Dicey, A.V., *Introduction to the Law of the Constitution,* Tenth edition, with introduction by E.C.S. Wade, Macmillan Education, London 1987 (1885). Vgl. voor de hedendaagse discussie over dit onderwerp: Zoethout, Carla M., 'Rechten van de mens na vijftig jaar 'thuisgebracht'. Labours voorstel de Europese Conventie te incorporeren in het Britse rechtsstelsel', in: *NJB,* 12 juni 1998, pp. 1067-1072.

8 Ik bedoel met een 'aristocratie' nu niet een regering van adellijken of van diegenen die tot de beste kringen in sociaal-economisch opzicht behoren, maar een regering van de 'besten'. Wanneer, zoals in de Amerikaanse democratie het geval is, een college van negen topjuristen finale beslissingen neemt over allerlei zaken als abortus, euthanasie, rassenscheiding etc. ('the law often becomes what judges say it is', zoals Ronald Dworkin schrijft in *Law's Empire,* Harvard University Press, Cambridge 1986, p. 2) kan men dat zonder meer een 'aristocratisch element' in een voor het overige deel democratische samenleving noemen. Datzelfde geldt voor de beslissingen van constitutionele hoven in Europa. Het werkt alleen maar versluierend de toenemende betekenis van dit aristocratisch element in hedendaagse democratieën te verdoezelen door in de notie van 'democratie' het rechtsstatelijk element (binding aan grondrechten) op te nemen.

9 Maar hetzelfde geldt voor een constitutioneel hof binnen één land, zoals het Amerikaanse Hooggerechtshof. Vgl. Taylor, Richard, 'The American Judiciary as a Secular Priesthood', in: Taylor, Richard, *Reflective Wisdom.* Richard Taylor on Issues That Matter, Edited by John Donnelly, Prometheus Books, Buffalo, New York 1989, pp. 155-171.

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

Dat is op zichzelf juist, maar wij moeten ons ervan bewust blijven dat we met het aanvaarden van de mensenrechtenidee een *offer* brengen; een offer in de vorm van het scheppen of vergroten van een democratisch deficiet.[10]

Dat brengt met zich mee dat we ten aanzien van elke kwestie die we boven de alledaagse democratische politiek willen verheffen om deze tot een voorwerp van beslissing van een aristocratische elite te maken ons de vraag moeten stellen *of dat onderwerp zich daarvoor leent.* Wie een dergelijke vraag *niet* wil stellen en een *laissez faire*-houding aanneemt ten aanzien van de proliferatie van hoger recht zou de grootste schade aanrichten ten aanzien van de instituties die binnen de Europese traditie hun waarde hebben bewezen. Men kan het ook als volgt stellen. Welk recht tot een 'mensenrecht' moet worden verklaard, kan men nooit geïsoleerd aan de orde stellen. We zullen ons ook altijd moeten bezinnen op vragen van trias politica, democratie, de specifieke taak van regering en rechterlijke macht en andere kwesties. Wie dat niet doet, vaart zonder kompas. Hoe gevaarlijk dat is kan worden geïllustreerd aan de hand van de discussie over de doodstraf.

9.2 Is het opleggen van de doodstraf een schending van de rechten van de mens?

Tijdens de behandeling van de begroting van Buitenlandse Zaken in de Tweede Kamer in december 1997 formuleerde het kamerlid Valk (PvdA) een wens ten aanzien van het regeringsbeleid. De regering zou zich internationaal moeten inspannen om de doodstraf 'te doen aanmerken als een schending van de rechten van de mens.'[11] De regering legde de zaak voor aan de Adviesraad Internationale Vraagstukken. 'Gaarne zouden wij Uw advies vernemen of de doodstraf zou moeten worden aangemerkt als een schending van de rechten van de mens en, zo ja, welke gevolgen dit zou kunnen hebben voor de Nederlandse opstelling tegenover landen die de doodstraf in hun rechtsstelsel handhaven.'[12]

Wat dit verzoek van het kamerlid en de herformulering daarvan door de regering aan de AIV interessant maakt, is dat het ons confronteert met andere vraag, namelijk welke consequenties het kamerlid aan een eventuele vaststelling 'strijd met mensenrechten' verbonden zou willen zien. Waarom vraagt hij niet gewoon of de regering bereid is haar afwijzing van de doodstraf[13] *als een moreel-politieke visie* ook met andere regeringen te bespreken? Een dergelijke formulering, zo zou men kunnen antwoorden, maakt het Nederlandse ijveren voor het abolitionisme een minder vrijblijvende zaak. 'Rights-talk' heeft, zoals we hebben gezien in hoofdstuk zes, een aantal strategisch sterke kanten. Maar is het verantwoord?

Daarover kan men zijn twijfels hebben. Wij rijden hier rechts en in andere delen van de wereld rijdt men links. Amerikanen snijden hun vlees door met het mes in de rechterhand, nemen vervolgens de vork eveneens in de rechterhand en werken zo het vlees naar binnen, terwijl wij dat anders doen. We zouden het niet in ons hoofd halen anderen op dit soort conventies aan te spreken. Maar kennelijk worden we op sommige punten geacht één groot Nederland (of één groot Europa) van de

10 Vgl. hierover: Ackerman, Bruce, *We the People,* 1, Foundations, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, London, England 1991 die een onderscheid maakt tussen 'normale politiek' (waarover de gewone wetgever gaat) en 'constitutionele politiek' (waarover de grondwetgever en rechter gaat).

11 Aangehaald in de Brief van de ministers van Buitenlandse Zaken, Defensie en Ontwikkelingssamenwerking aan de voorzitter van de Adviesraad Internationale Vraagstukken van 14 januari 1998, opgenomen in: Adviesraad Internationale Vraagstukken, *De doodstraf en de rechten van de mens.* Recente ontwikkelingen, no. 3, april 1998.

12 Uit dezelfde brief.

13 Vgl. notitie dd 22 maart 1990, Beleid inzake de doodstraf, TK 1998-1990, 21 518, nr. 1. De regering verklaart zich hier tegenstander van de tenuitvoerlegging van de doodstraf, waar ook ter wereld. Als argumenten voor die afwijzende houding tegenover de doodstraf worden aangevoerd dat de doodstraf een aantasting van de menselijke waardigheid zou inhouden en dat de straf onherroepelijk is. De notie van de menselijke waardigheid wordt nader geanalyseerd in hoofdstuk negen.

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

wereld te maken. De doodstraf is één van die punten, zo zou men kunnen betogen. En om dat te bewerkstellingen denkt het kamerlid dat hij aannemelijk moet maken dat de doodstraf in strijd is met 'de mensenrechten'. Is die vaststelling eenmaal gemaakt, dan kunnen we een argumentatie vóór of tegen de doodstraf achterwege laten. Die discussie is dan al gevoerd.

9.3 Eerste orde-argumentaties en tweede orde-argumentaties

Waar het kamerlid de regering toe wil uitnodigen, zo lijkt het, is een 'tweede orde-argumentatie'. Men kan in het argumenteren over moreel-politieke zaken 'eerste orde-argumentaties' en 'tweede orde-argumentaties' onderscheiden.

De *eerste orde-argumentatie* is die van de ethiek *tout court.* Men probeert dan een standpunt te bepalen over een morele kwestie vanaf de 'basics'. De beginselen voor de discussie staan niet vast. Ook daarover kan men discussiëren.

Bij een *tweede orde-argumentatie* staan de criteria volgens welke de zaak beoordeeld moet worden min of meer vast – althans daarover bestaat meer duidelijkheid dan bij eerste orde-argumentaties. Een voorbeeld van zo'n tweede orde-argumentatie vinden we wanneer mensen een moreel standpunt innemen op basis van wat de heilige schrift daarover zegt (Bijbel of Koran). Zo schrijft Van der Grinten in zijn hiervoor aangehaalde boek het volgende over het Mozaïsche recht:

> Dit strafrecht wordt door alle geloovige Christenen als een door God geïnspireerd recht beschouwd. Een recht dus, dat niet onrechtvaardig kan zijn. Wanneer in een dergelijk rechtsstelsel de doodstraf voorkomt, dan is zulks op zich zelf reeds voldoende bewijs, dat de doodstraf in principe rechtmatig is.[14]

Vele beschouwingen over de doodstraf, met name vroeger, waren dan ook gewijd aan de vraag: 'wordt de doodstraf in het oude en nieuwe testament erkend?'[15] Men kwam niet toe aan een eerste orde argumentatie, want de uitgangspunten voor het morele debat stonden vast: beslissend is wat de Schrift zegt. Natuurlijk viel over de *interpretatie* van de heilige schrift nog genoeg te doen.[16] 'Even the devil can cite scripture for his purpose', zoals Shakespeare zei.[17] Zo voert men van abolitionistische wijze wel aan dat God de wraak aan zichzelf voorbehoudt (Romeinen 12:19: 'de wraak is mijn'). Maar daar staat tegenover dat in Romeinen 13:14 wordt gesteld dat de overheid het zwaard niet tevergeefs draagt.

Een ander voorbeeld van een tweede orde-argumentatie is die van het recht. Juristen die zich moeten uitlaten over morele dilemma's doen dat niet 'from scratch', maar zij zoeken aansluiting bij het recht. Dat kan recht zijn in de vorm van wettelijke bepalingen, verdragsbepalingen, beginselen van recht of rechterlijke uitspraken (precedenten). Een rechter die in de Nederlandse context moet beoordelen of de doodstraf is toegestaan is snel klaar. De Nederlandse wet laat aan duidelijkheid niets

14 Van der Grinten, *Rechtmatigheid van de doodstraf,* p. 8.

15 Vgl. bijvoorbeeld: Bitzius, A., *De doodstraf beschouwd uit het oogpunt van den godsdienst en van de godgeleerde wetenschap,* D. Noothoven van Goor, Leiden 1870.

16 Hill, Jim & Cheadle, Rand, *The Bible Tells Me So.* Uses and Abuses of Holy Scripture, Anchor Books, Doubleday, New York etc. 1996.

17 Zie het motto van Hill & Cheadle, O.c.

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

te wensen over: 'De doodstraf kan niet worden opgelegd.'[18] Voor een land als de Verenigde Staten *als geheel* is dat veel minder duidelijk.

De Verenigde Staten kennen de doodstraf sinds de grondlegging. Zowel federaal als in de afzonderlijke staten. Men heeft wel eens uitgerekend dat in de VS sinds de koloniale tijd wel 13.630 executies moeten hebben plaatsgevonden, waarbij de militaire terechtstellingen niet zijn meegerekend.[19]

De belangrijkste uitspraak van het US Supreme Court was *Furman v. Georgia* (1972). De vraag die hier voorlag luidde: 'Does the imposition and carrying out of the death penalty in these cases constitute cruel and unusual punishment in violation of the Eighth and Fourteenth Amendments?'.

Het oordeel van het Hof luidde dat de doodstraf inderdaad een wrede en ongebruikelijke straf was, waarmee het achtste amendement was geschonden. Vijf van de negen rechters steunden de uitspraak.

Vier jaar later was de ban op de doodstraf echter alweer opgeheven. In *Gregg v. Georgia* (1976) kon het toepassen van de doodstraf niet worden weerhouden.

Met de tweede vorm van tweede orde-argumentatie – die in het recht – zijn we ook iets dichter bij het verzoek van het kamerlid gekomen. Immers ook dát is een pleidooi voor een tweede orde-argumentatie. Zoals theologen vroeger meenden hun punt gemaakt te hebben wanneer zij konden aantonen dat iets in strijd was met de bijbel, zo denken tegenwoordig mensen dat zij hun punt hebben gemaakt wanneer iets in strijd is met 'de mensenrechten'. Op de houdbaarheid van die tweede orde-argumentaties is echter wel iets op af te dingen. Het vooronderstelt *dat de gesprekspartners het eens zijn over de uitgangspunten en dat die uitgangspunten zelf niet voor meerdere uitleg vatbaar zijn*. Maar is dat wel het geval met de doodstraf? Of de doodstraf in strijd is met 'de' mensenrechten is maar zeer de vraag. Of bijvoorbeeld de doodstraf in strijd is met het 'recht op leven', waarvan art. 3 van de Universele Verklaring van de Rechten van de Mens spreekt, is verre van duidelijk. Zoals men ook kan verschillen over de vraag of de doodstraf moet worden aangemerkt als een 'unusual and cruel punishment' waardoor deze in strijd zou zijn met de Amerikaanse constitutie.[20]

Dat de doodstraf het recht op leven schendt wordt in de Europese context doorgaans meer verondersteld dan deugdelijk aangetoond. Dat kan men illustreren aan de hand van de dialoog tussen onze premier en de minister van buitenlandse zaken van China, waarvan de krant gewag maakte.[21] Dat het gesprek heeft plaatsgevonden staat vast, maar over de inhoud weten we niets. Zou het zich misschien op de volgende manier kunnen hebben afgespeeld?

9.4 Een gesprek tussen de Nederlandse premier en de minister van buitenlandse zaken van China

Het gesprek ging aanvankelijk over de handelsbetrekkingen tussen China en Nederland. Eerst de koopman dus. Nadat dit deel was afgerond bracht onze premier de dialoog op ideële zaken, zoals het beleid inzake de mensenrechten. Na de koopman kwam de dominee. Het werd, zoals onze premier tegenover de pers verklaarde, een 'openhartig gesprek'. Maar dan openhartig van beide zijden, zoals zal blijken uit de dialoog.

18 Art. 114 Gw.

19 Vgl. Abma, Hans, *Gerechtigheid zonder beul.* Over doodstraf, recht op leven en christelijk geloof, diss. Kampen,Ten Have, Baarn 1997, p. 23.

20 Vgl. daarover: Haag, Ernest van den, 'In Defense of Capital Punishment' (1977), in: Michael J. Gorr & Sterling Harwood, eds., *Crime and Punishment.* Philosophic Explorations, Jones and Bartlett Publishers, Boston/London 1995, pp. 487-500.

21 NRC Handelsblad van 5 juli 2000.

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

9.5 Na wat koetjes en kalfjes komt het gesprek op gang

'Mijnheer Rongji, ik zou dan nu ook graag een delicate zaak met u willen bespreken, het beleid van uw regering inzake de mensenrechten.'

'Dat lijkt mij een prima idee. Delicaat is dat onderwerp overigens allerminst, mijn beste collega. De regering van China is van mening dat wij een moreel verantwoord beleid voeren, zoals dat een grote en oude beschaving als de Chinese betaamt. Wij willen graag andere culturen in de gelegenheid stellen zich te laven aan de wijsheid van een van de oudste culturen van de mensheid. Schroomt u niet om alles aan de orde te stellen wat uw hart beweegt.'

'Dank u wel, maar in dit geval betreft het een onderwerp waarop wellicht de Chinese cultuur toch minder goed uit de bus komt dan u, en eigenlijk ook ik, zou wensen, want het gaat om de doodstraf. Uw rechtssysteem kent nog steeds de doodstraf. Wij hebben daar in Europa, en in Nederland in het bijzonder, grote moeite mee.'

'Meent u dat? Dat verbaast mij. Nederland is toch een volwassen democratie met hoogstaande maatstaven als het aankomt op beschaving, moraal en respect voor het leven, in het bijzonder dat van onschuldige slachtoffers van misdaden? Hoe kunt u dan gekant zijn tegen de doodstraf? Ik heb mij toevallig met dit onderwerp intensief bezig gehouden en daarover zelfs verschillende opstellen geschreven. Ik heb ook de literatuur over dit onderwerp verschenen is gelezen, ook Nederlandse literatuur. Ik heb dat gedaan tijdens een éénjarig verblijf in uw land, toen ik studeerde aan het *Institute of Social Studies* in Den Haag. Mijn standpunt daarover kunt u dus lezen en ik zou ook graag het uwe lezen.'

'Zelf heb ik nooit iets over dit onderwerp geschreven, trouwens ook niet over andere onderwerpen. Nederlandse politici besturen en hebben geen tijd voor het schrijven van theoretische verhandelingen. Maar de uwe wil ik graag lezen, hoewel het mij het liefste zou zijn wanneer we in dit gesprek daarvan de hoofdlijnen mondeling zouden kunnen doornemen.'

'Dat Nederlandse politici zelf niet schrijven verbaast mij, want hoe kan het volk weten wat de ideeën van een politicus zijn wanneer deze zich niet in geschrifte heeft uitgelaten? Dan moet het volk zich kennelijk verlaten op opmerkingen die in interviews zijn gedaan of op standpunten zoals die geventileerd zijn tijdens kamerdebatten – dat lijkt mij weinig bevredigend. Maar hoe het ook zij, laten we het hebben over de doodstraf. Zoals gezegd ben ik al enigszins op de hoogte van de discussie in Europa. Ook ken ik de ideeën die in uw land leven en heb ik de gedachtewisseling over dit onderwerp in de Verenigde Staten bestudeerd. Wat uit die discussie naar mijn indruk ondubbelzinnig naar voren komt, is dat het afschaffen van de meest capitale straf op wat ik zou willen noemen 'capitale delicten' een schending is van de mensenrechten, of dat nu als zodanig onderkend wordt of niet. Het zou in ieder geval als zodanig erkend *moeten worden.'*

'Maar dat kunt u toch niet serieus menen?'

'Anders zei ik het niet. Maar ik stel voor dat ú begint. Wat zijn eigen uw argumenten tégen de doodstraf'

'Wel, het verbaast mij een beetje dat ik die nog moet presenteren. Eerlijk gezegd had ik verwacht dat u over dit onderwerp niet met mij van gedachten zou willen wisselen met het argument dat wij, Nederlanders of Europeanen, ons niet hebben in te laten met de interne aangelegenheden van uw

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

land. Maar u heeft kennelijk geen bezwaar tegen een dergelijke bemoeienis en vergt van mij dat ik de argumenten presenteer die ons het abolitionisme doet steunen.'

'Precies.'

9.6 De argumenten voor de afschaffing van de doodstraf en het grondwettelijk verbod daarop: 1870 en 1983

'In de Nederlandse geschiedenis zijn er dan twee belangrijke momenten: 1870 en 1983. In 1870 werd de doodstraf in Nederland afgeschaft. In 1983 hebben we een verbod op de doodstraf in de grondwet opgenomen.'

'U vergeet nog een datum: 1952. Toen heeft uw regering 40 mensen laten executeren wegens misdaden die men in oorlogstijd had begaan. Dat heeft u gedaan op grond van een in de haast gemaakt Besluit Buitengewoon Strafrecht van 22 december 1943.[22] Wat mij intrigeert is de vraag of u toen tot een helderder inzicht in de materie was gekomen of ziet u deze gebeurtenis als een terugval in een barbaars stadium dat uw samenleving inmiddels weer achter zich heeft gelaten?'

'Euh, ja, nou dat is een moeilijk punt. Het is waar dat we in 1952 nog de doodstraf hebben toegepast voor …'

'Voor mensen die "fout" waren geweest in de oorlog. Net als in Neurenberg de geallieerden oorlogsmisdadigers ter dood hebben gebracht.'

'Ik kan dat niet ontkennen.'

'Nee, dat is duidelijk, maar de interessante vraag is natuurlijk of deze momenten in de Europese cultuur moeten worden aangemerkt als momenten van "verlichting" en "inzicht" of als momenten van "verval" of "dwaling". Beide antwoorden brengen overigens problemen met zich mee – problemen voor *uw standpunt* wel te verstaan. Als de naoorlogse executies zouden moeten worden aangemerkt als momenten van verlichting, dan zou het u moeten stimuleren na te denken over de vraag of u in 1870 en in 1983 wél de juiste beslissing heeft genomen. Uw strafrechtgeleerde Remmelink heeft het opnemen van een verbod op de doodstraf wel eens aangeduid als mooi weer-wetgeving.[23] Het klinkt aardig die abolitionistische beschavingsmuziek, maar in tijden waarop het erom spant zal die wetgeving toch weer buiten werking worden gezet door een "Besluit Buitengewoon Strafrecht". En dan is het de vraag of het wel realistisch en eerlijk is ons in tijden van orde en rust te wentelen in zo'n "beschavingsroes". Het is ook in strijd met het legaliteitsbeginsel dat immers heldere normen vergt.[24] Het legaliteitsbeginsel brengt met zich mee dat men moet weten waarmee men te maken kan krijgen.

22 Abma, Hans, *Gerechtigheid zonder beul.* Over doodstraf, recht op leven en christelijk geloof, diss. Kampen,Ten Have, Baarn 1997, p. 20.

23 Remmelink, J., in: D. Hazewinkel-Suringa, *Inleiding tot de studie van het Nederlandse strafrecht,* bewerkt door J. Remmelink, 10e druk, W.E.J. Tjeenk Willink, Alphen aan de Rijn 1988, p. 558. In deze zin ook: Douma, J., 'Doodstraf', in: J. Douma, *Ethiek en recht,* Uitgeverij van den Berg, Kampen 1990, pp. 81-93.

24 Vgl. Krey, Volker, *Keine Strafe ohne Gesetz.* Einführung in die Dogmengeschichte des Satzes 'nullum crimen, nulla poena sine lege', Walter de Gruyter, Berlin New York 1983 en ook de vereisten die Lon Fuller stelt aan wetgeving in: Fuller, Lon L., *The Morality of Law,* Revised edition, Yale University Press, New Haven and London 1978 (1964).

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

Het geeft geen pas in tijden van rust hoog van de toren te blazen als men in kritieke situaties toch weer terug moet grijpen op een middel dat men eerst hooghartig van de hand heeft gewezen.'

'Jawel, maar wij menen dat we de doodstraf echt niet meer zullen opleggen, dus ook niet voor oorlogsmisdadigers. De Nederlandse strafrechtgeleerde Van Bemmelen heeft het mooi geformuleerd met de volgende woorden: "Niettegenstaande Auschwitz en alle andere gruwelen door de Duitschers bedreven, blijf ik toch een tegenstander van de doodstraf. Ja, misschien is Auschwitz wel het sterkste argument tegen de doodstraf, dat zich denken laat. Hier ziet men waartoe een ontaarde overheid komt, wanneer zij het leven niet meer onder alle omstandigheden eerbiedigt."[25]'

'Ik denk dat u en Van Bemmelen een illusie najagen, maar dat brengt mij op het tweede punt. Ik zei zoeven dat óók als u ervan uitgaat dat 1952 voor uw land een terugval was in een afgeschreven gewaand stadium van beschaving, het voor uw standpunt problematisch is. Dat zou immers betekenen dat u 40 mensen *ten onrechte* van het leven heeft beroofd: een "nouveau meutre", zoals het door de Franse schrijver Albert Camus zo theatraal wordt geformuleerd.[26] U zou schadevergoedingen moeten betalen aan de nabestaanden. Wat mij opvalt, is dat niemand bij u erover denkt dat serieus voor te stellen. Integendeel, u hebt veel problemen gemaakt over het pensioen van een weduwe van een oorlogsmisdadiger. U leeft kennelijk niet in overeenstemming met uw overtuigingen.
Maar laat ik u niet langer lastig vallen met de tegenstelling tussen uw met de mond beleden idealen en uw feitelijk gedrag. Ik ga over tot een belangrijker punt: het belangrijkste argument ten gunste van de doodstraf lijkt mij het beschavingsargument. Het beschavingsargument *ten gunste* van de doodstraf welteverstaan.'

9.7 Het abolitionisme is in strijd met het recht op leven

'Wat zegt u me daar? U bedoelt waarschijnlijk ten gunste van het abolitionisme.'

'Nee, nee, ik bedoel precies wat ik zeg. De Amerikaanse politieke filosoof Van den Haag heeft het wel eens als volgt gezegd. Hij ziet het afschaffen van de doodstraf als een "loss of nerve" van de zijde van de staat of de maatschappij: "social authority no longer is willing to pass an irrevocable judgment on anyone".[27] Dat is helemaal niet goed en zelfs *onbeschaafd.* De staat geeft daarmee een verkeerd signaal af. Het geeft aan dat men het leven van het slachtoffer minder serieus neemt dan het leven van een misdadiger. Daarmee, zo zegt Van den Haag, "respect for life itself is diminished". Ik zal de passage *in extenso* citeren, want daar is zij interessant genoeg voor. Van den Haag zegt: "Life becomes cheaper as we become kinder to those who wantonly take it. The responsibility we avoid is indeed hard to bear. Can we sit in judgment and find that anyone is so irredeemably wicked that he does not deserve to live? Many of us no longer believe in evil, only in error or accident. How can one execute a murderer

25 Bemmelen, J.M. van, 'Auschwitz en de doodstraf', in: *Nederlands Juristenblad,* 16 maart 1946, no. 11, ook in: Ybo Buruma, red., *100 jaar strafrecht.* Klassieke teksten van de twintigste eeuw, Amsterdam University Press, Amsterdam 1999, pp. 135-144, p. 136.

26 Camus: Camus, Albert, 'Réflexions sur la Guillotine', in: Koestler, Arthur, & Camus, Albert, *Réflexions sur la peine capitale.* Introduction et étude de Jean Bloch-Michel, Édition revue et augmentée, Calmann-Lévy, Paris 1957, pp. 119-171, ook in: Albert Camus, *Essais,* Introduction par R. Quilliot, Édition établie et annotée par R. Quilliot et L. Faucon, Gallimard, Paris 1965, pp. 1021-1064, p. 1021 die schrijft dat het onwaarschijnlijk is dat de doodstraf orde en rust in de samenleving kan herstellen. 'Il éclate au contraire qu'elle n'est pas moins révoltante que le crime, et que ce nouveau meurtre, loin de réparer l'offence faite au corps social, ajoute une nouvelle souillure à la première.'

27 Haag, Ernest van den, *Punishing Criminals.* Concerning a Very Old and Painful Question, Basic Books, New York 1975, p. 213.

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

if one believes that he became one only by error or accident and is not to blame? Yet if life is to be valued and secured, it must be known that anyone who takes the life of another forfeits his own."[28]

Wat deze uitspraak interessant maakt, is dat Van den Haag de hedendaagse ontwikkelingen in uw cultuur ten gunste van abolitionisme impliciet aanduidt als een decadentieverschijnsel. U sprak mij in het begin aan met de woorden dat wij, Chinezen, "nog steeds" de doodstraf toepassen. Die woorden "nog steeds" spreken boekdelen. U gaat uit van een soort vooruitgangsgeloof ten aanzien van de westerse beschaving. Dat is sinds uw Verlichting een dominante overtuiging.[29] Maar hoe weet u dat wat u om u heen ziet geen decadentie is? Zijn bepaalde ontwikkelingen in uw cultuur niet veeleer te duiden als wijzend op een "Untergang des Abendlandes" in plaats van een opwaartse beweging in de richting van "Aufklärung". Dat is nu wat in het citaat van Van den Haag mooi tot uitdrukking komt en wat ook de Amerikaanse rechter Robert Bork aan de orde stelt.[30] Een cultuur die zichzelf niet meer wil verdedigen ten aanzien van de meest radicale aanslagen op de waarden die zij heilig acht, het *onschuldige* leven, is moe en haar dagen zat.'

Onze premier lijkt geschokt. 'Wij zijn niet moe en evenmin onze dagen zat! Wij menen op volstrekt rationele gronden te kunnen verdedigen dat wij de doodstraf niet nodig hebben. In 1870 al was de Nederlandse regering die overtuiging toegedaan en zij was dat in 1983 nog steeds. De staatssecretaris zei namens de regering in 1981: "de doodstraf kan geen doel dienen, dat niet met andere straffen te bereiken zou zijn."[31]'

9.8 Wij achten de doodstraf niet nodig

'Goed, laten we dat argument eens wat nader bezien. Laat ik beginnen met te stellen dat ik van mening ben dat bepaalde strafbare feiten *door geen enkele straf* kunnen worden voorkomen. De spreekwoordelijke *crime passionelle* is, het woord geeft het al aan, een misdaad die in een opwelling gepleegd wordt. Bij een dergelijk soort misdaad maakt het vanuit preventief oogpunt inderdaad niet uit of men daarop de doodstraf, levenslange gevangenisstraf of zelfs een lichte geldboete zet. De dader is eenvoudigweg voor geen enkele communicatie vatbaar. Maar het feit dat dergelijke misdaden *bestaan* betekent niet dat zij *representatief zijn* voor de meerderheid van de strafbare feiten die gepleegd worden. De Duitse filosoof Schopenhauer heeft gezegd: "Der Kriminalkodex soll nichts anderers sein als ein Verzeichnis von Gegenmotiven zu möglichen verbrecherischen Handlungen."[32] Voor het merendeel van de handelingen die een mens overweegt, geldt dat een tegenmotief invloed heeft. Haal alle parkeerwachters weg en er wordt toch echt op de stoep geparkeerd. Dat tegenmotief moet krachtig zijn, anders werkt de afschrikking niet. De vraag is nu of de dood sterker afschrikt dan levenslange gevangenisstraf. U denkt van niet, ik denk van wel. Het statistisch materiaal dat ons hierover ter beschikking staat zal waarschijnlijk altijd wel voor velerlei uitleg vatbaar blijven, maar ik denk ook niet dat we ons daardoor zouden moeten laten leiden. Dat de dood afschrikwekkend werkt, afschrikwekkender dan welk ander vooruitzicht dat men iemand kan bieden, is onmiddellijk

28 Van den Haag, o.c., p. 213.

29 Met name sinds: Condorcet, *Esquisse d'un tableau historique des progrès de l'esprit humain,* 1794, Introduction, chronologie et bibliographie par Alain Pons, Garnier Flammarion, Paris 1988. Vgl. over het vooruitgangsgeloof : Bury, J.B., *The Idea of Progress.* An Inquiry into its Origin and Growth, MacMillan, St. Martin's Street, London 1920.

30 Vgl. Bork, Robert H., *Slouching towards Gomorrah.* Modern Liberalism and American Decline, Harper Collins, New York 1996. Over neergang in het algemeen: Herman, Arthur, *The Idea of Decline in Western History,* The Free Press/ Simon & Schuster, New York, London Toronto Sydney Singapore 1997.

31 Handelingen van de Eerste Kamer 1981-1982, 16928, nr. 47a. Bespreking in tweede lezing. Ook aangehaald bij: Abma, *Gerechtigheid zonder beul,* p. 22.

32 Schopenhauer, Arthur, *Die Welt als Wille und Vorstellung,* II, in: *Sämtliche Werke,* Band I, Cotta-Verlag/Insel-Verlag, Stuttgart/Frankfurt am Main 1976 (1818), p. 767.

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

evident. Het is met het mens-zijn gegeven. De Britse Victoriaan James Fitzjames Stephen, een voorstander van de doodstraf, u voelt het al, formuleerde het als volgt: "no other punishment deters men so effectually from committing crimes as the punishment of death. This is one of those propositions which is difficult to prove, simply because they are in themselves more obvious than any proof can make them. It is possible to display ingenuity in arguing against it, but that is all. The whole experience of mankind is in the other direction. The threat of instant death is the one to which resort has always been made when there was an absolute necessity for producing some result. Those who argue that the punishment of death does not terrify, may be challenged to answer this single question. Suppose a pistol were levelled at the head of a man proposing to commit murder, and suppose he knew that the death of his victim would immediately be followed by his own, does any one suppose that the murder would be committed?"[33] Dat lijkt mij een hard argument. Natuurlijk, dat laat onverlet dat men bezwaren kan maken tegen de hardheid van dit standpunt. Maar nú gaat het ons alleen om de vraag of het werkt. En het werkt. De collectieve ervaring van de mensheid spreekt tegen de overtuiging van het abolitionisme. En dan heb ik het alleen nog maar over de *generale* preventie (straffen om anderen dan de dader van het plegen van strafbare feiten af te schrikken). Komen we te spreken over de *speciale* preventie(straffen om de dader in de toekomst van het plegen van strafbare feiten af te schrikken) dan is het succes van de doodstraf helemáál gegarandeerd: een dode recidiveert niet, zoals John Stuart Mill, heeft betoogd.[34] Iemand die dat ook heel treffend verwoord heeft, is de toneelschrijver G.B. Shaw. Het is wel aardig om Shaw in dit verband op te voeren, omdat hij een socialist was en iemand met een degelijk progressieve reputatie. Dat moet u aanspreken. Maar ook iemand met common sense, iemand die niet meeging met het rozige wereldbeeld waarmee vele progressieve denkers behept zijn en dat hen tot zulke onverantwoordelijke beleidsmakers maakt. Oók Shaw meent dat de doodstraf mogelijk moet zijn. Niet omdat vergolden moet worden. Ook niet omdat men daarmee een generaal preventief effect voor ogen heeft. Maar omdat de doodstraf onontbeerlijk is om van een bepaald soort onverbeterlijke naturen af te komen. "A fox caught in a poultry yard is liquidated on the spot", schrijft Shaw.[35] Niemand ziet dat als een straf, want de vos handelt overeenkomstig zijn natuur. Er zijn echter ook "incorrigibly mischievous human beings", volgens Shaw. Zij zijn "vermin in the commonwealth, ferocious beasts on our highways, robbers and crooks of all sorts". Wat moeten we doen met de "ungovernables, the ferocious, the conscienceless, the idiots, the self-centrered myops and morons"? Shaw is daar duidelijk over: "Do not punish them. Kill, kill, kill, kill, kill them."

Daar schrikt u natuurlijk een beetje van, is het niet, collega? Maar de vraag is of het zo onrealistisch is. Schopenhauer betoogde in wezen hetzelfde toen hij schreef: "Zur Sicherstellung des Lebens der Bürger ist (...) die Todesstrafe slechterdings notwendig. Denen, welche sie aufheben möchten, ist zu antworten: *Schaft erst den Mord aus der Welt: dann soll die Todesstrafe nachfolgen.*"[36]

33 Stephen, James Fitzjames, 'Stephen advocates capital punishment for murder', in: *Fraser's Magazine,* June 1864, ook in: Louis-Blom Cooper & Gavin Drewry, with a preface by Bernard Crick, eds., *Law and Morality,* Duckworth London 1976, pp. 51-53, p. 52.

34 Mill, John Stuart, 'Speech in Favour of Capital Punishment', 1868, in: *Hansard's Parliamentary Debates,* 3rd Series, 21 April 1868, London 1868, ook in: Peter Singer, ed., *Applied Ethics,* Oxford University Press, Oxford 1986, pp. 97-104.

35 Shaw, George Bernard, 'Capital Punishment', in: *The Antlantic Monthly,* June 1948.

36 Schopenhauer, Arthur, *Die Welt als Wille und Vorstellung,* II, in: *Sämtliche Werke,* Band I, Cotta-Verlag/Insel-Verlag, Stuttgart/Frankfurt am Main 1976 (1818), p. 766.

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

9.9 Is de doodstraf een vorm van onbeschaafde wraak? Misschien, maar so what?

'U heeft heel wat donkere bladzijden van onze grootste denkers naar boven weten te halen. Mijn complimenten. Maar effectiviteit is niet hetzelfde als moreel gerechtvaardigd zijn. Ik blijf de doodstraf een onbeschaafde vorm van wraak vinden die niet past in een geciviliseerde samenleving.'

'Ja, dat argument ken ik. Uw minister Modderman typeerde de doodstraf "als eene den Staat onwaardige wraak, in een sierlijk wetenschappelijk pakje gehuld".[37] Maar ik vraag mij af wat daartegen is, die wraak dan. Uw politicus De Savornin Lohman spreekt mij veel meer aan die zei: "Ik beken, tot die barbaren te behooren, die inderdaad meenen, dat het strafregt in het wezen der zaak niets anders is dan een wraakregt. Ik behoor tot hen die, wanneer eene misdaad gepleegd wordt, nog durven zeggen: die misdaad schreit om wraak. Dat is niet nu, maar dat is *altijd* en *overal* zoo geweest"[38]. U denkt dat wat altijd en overal zo geweest is, achteloos terzijde kan worden geschoven. Maar is dat wel beschaafd? Zoals de al genoemde hoogleraar Ernest van den Haag terecht heeft gezegd was de doodstraf een essentieel onderdeel van de joodse, christelijke en islamitische cultuur. Wanneer u meent dat de doodstraf onbeschaafd is, zou u uw eigen cultuur en de andere grote wereldculturen als onbeschaafd van de hand moeten wijzen.'

'Ik stel voor dat we ons nu even niet beroepen op effectiviteit en nuttigheid', zegt onze premier 'ook niet op de vraag wat beschaafd en onbeschaafd zou moeten heten, maar op wat we rechtvaardig vinden.'

'Collega, u kunt mij geen groter plezier doen. De beste argumenten voor de doodstraf zijn immers gebaseerd op rechtvaardigheidsgronden. De beste argumenten voor de doodstraf worden gefourneerd door filosofen die breken met het nuttigheidsdenken. We leggen de doodstraf niet op omdat *deze nuttig is,* maar omdat de delinquent de dood heeft *verdiend.* Zoals een van uw grootste filosofen, de Duitse wijsgeer Hegel, eens gezegd heeft gaat het bij de straf om "das Aufheben des Verbrechens" en dat betekent altijd een *"Wiedervergeltung",* het is een "Verletzung der Verletzung"[39].'

'Het is zeer de vraag of we dat iemand mogen aandoen.'

'Dat doen *wij* de delinquent niet aan. Hij doet het zichzelf aan, door zijn eigen daad. De Britse rechter Lord Denning heeft dat mooi uitgedrukt. Hij zei: "The ultimate justification of any punishment is not that it is a deterrent, but that it is the emphatic denunciation by the community of a crime: and from this point of view, there are some murders which, in the present state of public opinion, demand the most emphatic denunciation of all, namely the death penalty."[40]'

37 Smidt, H.J., *Geschiedenis van het Wetboek van Strafrecht.* Volledige verzameling van regeeringsontwerpen, gewisselde stukken, gevoerde beraadslagingen, enz. bijeengebracht en gerangschikt door Mr. J.W. Schmidt, tweede druk, herzien en aangevuld met de wijzigingen, door Mr. J.W. Smidt, eerste deel, H.D. Tjeenk Willink, Haarlem 189, p. 183.

38 Smidt, *Geschiedenis van het Wetboek van Strafrecht,* p. 170.

39 George Wilhelm Friedrich Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts.* Oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse, 1821, Mit Hegels eigenhändigen Notizen in seinem Handexemplar und den mündlichen Zusätzen herausgegeben und eingeleitet von Helmut Reichelt, Frankfurt am Main, Berlin 1972, par. 100, p. 97.

40 Denning, Lord, *Landmarks in the Law,* Butterwords, London 1984, p. 27.

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

9.10 Mogen wij de doodstraf de beul wel aandoen?

'Maar die Denning was later wel tégen de doodstraf', antwoordt onze premier nu, aangenaam getroffen door het feit dat hij zich dit wist te herinneren.

'Dat klopt. Later vroeg hij zich af: "Is it right for us, as a society, to do a thing – hang a man – which none of us individually would be prepared to do or even to witness? The answer is No, not in a civilised society."[41] Het is een vreemde argumentatie, vindt u niet – die Denning II hier ophangt? De vraag naar de legitimatie van de doodstraf laat Denning ervan afhangen of we *persoonlijk* bereid zijn deze te voltrekken. Maar wat hij hier uit het oog verliest, is dat we persoonlijk allemaal van elkaar verschillen en dat sommigen voor het ene werk en anderen voor het andere werk geschikt zijn. Ik zou zelf niet bereid zijn en in staat zijn iemand aan het hart te opereren. Maar ik ben erg blij dat sommigen ervoor geleerd hebben (en getraind zijn) het met stevige hand te doen. Ik zou persoonlijk ook niet geschikt zijn om een leidende rol in oorlogssituaties te vervullen. Maar ik ben erg blij dat sommigen dat voor mij en voor ons willen doen. De meeste mensen zullen zelf geen konijn kunnen slachten, maar dat maakt ons nog niet allemaal vegetariërs. Wie niet wil dat konijnen worden geslacht moet trouwens geen konijnen eten. Het is nogal absurd te betogen dat men geen konijnen mag slachten omdat de poelier een onmenselijk beroep zou hebben.'

'Maar u wilt mensen toch niet met konijnen vergelijken?'

'Wel ten aanzien van het punt dat we hier aan de orde stellen. En dat is dat *als* men meent dat het verantwoord is konijnen te eten, *iemand* die konijnen moet slachten. Hetzelfde geldt voor de beul. *Als* men meent dat de doodstraf als ultieme straf moet worden opgelegd, dan moet *iemand* die straf ten uitvoer leggen. Vandaar ook dat de Franse politieke filosoof Joseph de Maistre betoogde dat alle grootheid, alle macht, alle ondergeschiktheid aan gezag uiteindelijk berust op de beul. Haal deze uit de wereld weg en chaos is het gevolg; tronen vallen en de samenleving desintegreert.[42]'

'Toch heeft men altijd een afkeer gehad van het beroep van de beul, iets dat men van de slager niet kan zeggen. Ik herinner mij de woorden van een wijs man als Voltaire over rechters die eigenlijk beulen waren. In zijn commentaar op het bekende boek van Beccaria dringt Voltaire aan op het terugdringen van wreedheid. Hij zegt: "On a vu des juges qui aimaient à faire couler le sang; tel était Jeffreys, en Angleterre; tel était, en France, un homme à qui l'on donna le surnom de *coupe-tète.* De tels hommes n'étaient pas nés pour la magistrature; la nature les fit pour être bourreaux."'[43]

'Tegen een dergelijke uitspraak heb ik in zoverre bezwaren dat Voltaire doet voorkomen alsof een beul noodzakelijkerwijs bloed wil zien. Dat is onjuist. Men zou een beul kunnen vergelijken met een soldaat of met een advocaat. Men doet een bepaald werk omdat het gedaan moet worden. Soms moet men een harde oorlog voeren (soldaat). Soms moet men een grote schurk verdedigen (advocaat). Maar dat maakt het beroep van soldaat of advocaat niet minderwaardig. Als wij doorgaan met oorlog voeren dan is het *onze* verantwoordelijkheid dat er soldaten bestaan. En als wij vinden dat iedereen, ook de grootste schurk, verdediging behoeft, dan moeten we het ook de advocaat niet verwijten wanneer deze de verdediging ter hand neemt. Als wij vinden dat vonnissen moeten worden uitgevoerd, dan moeten wij ook niet neerkijken op de functionaris die dat voor ons opknapt.'

41 Denning, O.c., p. 27.

42 Vgl. Maistre, Joseph de, *Les Soirées de Saint-Pétersbourg,* eerste dialoog, en het commentaar bij Berlin, Isaiah, 'Joseph de Maistre and the Origins of Fascism', in: Isaiah Berlin, *The Crooked Timber of Humanity.* Chapters in the History of Ideas, Vintage Books, Randon House, New York 1990, pp. 91-175, p. 111.

43 Voltaire, *Commentaire sur le livre des délits et des peines,* 1766, in: Voltaire, *Mélanges,* Préface par Emmanuel Berl, Texte établi et annoté par Jacques van den Heuvel, Gallimard, Paris 1961, pp. 769-807, 786.

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

'Maar mogen wij het van iemand verwachten? In Engeland werd in 1965 de doodstraf afgeschaft. De laatste beul van het land was Albert Pierrepoint die het beroep op zijn beurt weer van zijn vader had overgenomen. In zijn memoires, *A Time of Passion*, schrijft hij dat hij lange tijd het werk met hart en ziel gedaan heeft. Hij geloofde dat wat hij deed in het algemeen belang was. Maar later was hij daar anders over gaan denken. Ik citeer: "Vijfentwintig jaar heb ik oprecht geloofd dat mijn werk als beul het algemeen belang diende. Elke executie heb ik met grote zorg en een zuiver geweten uitgevoerd. Nooit heb ik mezelf toegestaan emotioneel betrokken te raken bij de discussie over de doodstraf."[44] Later kwam hij echter tot de conclusie dat "executie niets oplost".'

'Dat klopt, Pierrepoint, is later op het abolitionisme overgestapt. Maar niet op grond van het feit dat het beulsvak *an sich* onwaardig zou zijn. Zijn argumenten voor het abolitionisme vind ik overigens nogal zwak. De executie zou niets anders zijn dan een "achterhaald overblijfsel van primitieve wraakzucht, een makkelijke manier om de verantwoordelijkheid voor die wraak aan anderen over te laten." Hij zegt ook: "Al die mannen en vrouwen die ik dat laatste ogenblik in de ogen heb gekeken hebben mij ervan overtuigd dat mijn werk geen enkele moord heeft kunnen voorkomen." Hoe weet hij dat, ben ik geneigd te vragen? Misschien heeft hij met elke executie wel tien onschuldige levens gered van mensen die in leven zijn gebleven omdat een tot moord geneigde idioot, de "self-centrered myop and moron" van Shaw, zich heeft laten afschrikken door de executie van een soortgenoot. Zo'n argument kan Pierrepoint niet ontzenuwen met zijn sentimentele frase over mensen "in de ogen kijken". Ik denk dus dat we Lord Denning I tegen Lord Denning II in bescherming moeten nemen. De Maistre heeft een realistischer visie op de beul dan Denning II. Overigens was ook het abolitionisme niet helemaal het laatste woord van deze beroemde Britse rechter. Immers hij schrijft dat wanneer hij over gruwelijke moorden leest hij, net als zijn medeburgers, denkt: "They ought to be hanged."[45] Hij typeert dit als "instinctive feeling".'

'Barbaars dus.'

'Ja, barbaars, maar dan in de goede zin van het woord. Barbaars in de zin waarin James Fitzjames Stephen, G.B. Shaw, Arthur Schopenhauer en Oliver Wendell Holmes er niet voor terugschrokken om "barbaars" te zijn. Barbaars in de zin van: in overeenstemming met een dimensie van ons wezen die we niet kunnen ontkennen op grond van wat we zijn. We hebben al gezien, uw landgenoot De Savornin Lohman zei tijdens de discussie over de afschaffing van de doodstraf in 1870: "Ik beken, tot die barbaren te behooren, die inderdaad meenen, dat het strafregt in het wezen der zaak niets anders is dan een wraakregt".[46] James Fitzjames Stephen, formuleert het in een veelbesproken opstel over de doodstraf uit 1864 als volgt: "Be bloody enough and pitiless enough, and human nature will give way. Few things, indeed, hardly even great virtues, will bear up against the threat of death enforced without shrinking by irresistible power."[47] Ook Oliver Wendell Holmes, de bekende Amerikaanse rechter en rechtstheoreticus heeft eens iets dergelijks gezegd. Aan de socialist Harold Laski schreef hij op 17 december 1925: "If I were having a philosophical talk with a man I was going to have hanged (or electrocuted) I should say, I don't doubt that your act was inevitable for you but to make it more

44 Vgl. Pierrepoint, Albert, 'Een tijd van hartstocht', in: *Executioner Pierrepoint,* George G. Harrap & Co. Ltd, London 1974, in: Themagroep doodstraf van Amnesty International, red., *De ceremonie van de laatste adem.* Een selectie van fragmenten in proza en poëzie rondom het thema doodstraf, Amsterdam 1989, pp. 63-66, p. 65.

45 Denning, O.c., p. 28.

46 Vgl. Smidt, H.J., *Geschiedenis van het Wetboek van Strafrecht.* Volledige verzameling van regeeringsontwerpen, gewisselde stukken, gevoerde beraadslagingen, enz. bijeengebracht en gerangschikt door Mr. J.W. Schmidt, tweede druk, herzien en aangevuld met de wijzigingen, door Mr. J.W. Smidt, eerste deel, H.D. Tjeenk Willink, Haarlem 1891, p. 170.

47 Stephen, James Fitzjames, 'Stephen advocates capital punishment for murder', in: *Fraser's Magazine,* June 1864, ook in: Louis-Blom Cooper & Gavin Drewry, with a preface by Bernard Crick, eds., *Law and Morality,* Duckworth London 1976, pp. 51-53, p. 52.

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

avoidable by others we propose to sacrifice you to the common good. You may regard yourself as a soldier dying for you country if you like. But the law must keep its promises." Holmes begrijpt wel dat dit voor de socialist Laski hard in de oren moet klinken: "I fear that the touch of sentiment that I notice in your political writing will be revolted at this but personally I feel neither doubt nor scruple."[48]'

'Ik heb al gezegd, het lijkt wel alsof u erin geslaagd bent de zwartste bladzijden uit de westerse literatuur boven tafel te krijgen. Waar blijven de abolitionisten? Beccaria, Koestler, Camus en anderen? Zoals ik al aangaf hebben wij ons in 1870 tegen de doodstraf uitgesproken omdat we menen de doodstraf *niet nodig* te hebben en in 1981 zijn daar nog enkele argumenten bijgevoegd die bij monde van staatssecretaris Scheltema als volgt zijn geformuleerd: "Naar ons oordeel behoort bij het opleggen van straf te allen tijde het principe te blijven gelden, dat de gestrafte ondanks alles *als medemens* wordt aanvaard, en dat *niet iedere participatie in de menselijke samenleving definitief onmogelijk wordt gemaakt*. De doodstraf doorbreekt dit principe door haar absoluut en finaal karakter, en wordt daarom door ons als *onmenselijk* aangemerkt. Het maken van uitzonderingen op het hier geformuleerde beginsel – hoezeer de omstandigheden dat ook lijken te billijken – zou meebrengen dat de *humaniteit* niet meer onder alle omstandigheden als hoogste beginsel van de justitie wordt aanvaard. Naast het beginsel dat de straf humaan behoort te zijn, weegt voor ons evenzeer zwaar dat de doodstraf *geen doel* kan dienen, dat niet met andere straffen te bereiken zou zijn."[49] De accentueringen zijn overigens nu door mij aangebracht', zegt onze premier.

'Mijn dank, want we vinden hier kort en puntsgewijs alle misvattingen bijeen waarop uw argumentatie berust. Sta mij toe dat ik dat toelicht.

Allereerst dat u de gestrafte ondanks alles "als medemens" wilt blijven aanvaarden. Dat is heel nobel, maar is het wel realistisch? Wij, Chinezen, voelen meer voor hetgeen de Amerikaanse politieke filosoof Hannah Arendt schrijft in haar boek over Adolf Eichmann. Zij schrijft dat we het niet langer hoeven te verdragen dat iemand als Eichmann nog langer deel uitmaakt van dezelfde morele gemeenschap. De rechters in Jeruzalem hadden tegen Eichmann moeten zeggen: "no member of the human race can be expected to want to share the earth with you. This is the reason, and the only reason, you must hang".[50] Ik aarzel niet om als reden daarvoor op te geven dat Eichmann gewoon door zijn daden *geen mens* meer was. Hij was "mens" in de zin van lid van de soort Homo Sapiens, maar *moreel* kwalifceerde hij eenvoudigweg niet meer voor die status. Uw landgenoot Harry Mulisch heeft daarover een mooi boek geschreven, *De zaak 40/61*.[51] Lees dat boek door en stel jezelf de vraag: "Is de hier geportretteerde figuur een mens?". Ik ben geneigd te zeggen: "nee". Begrippen als "onmenselijk" zijn voor mij niet louter spreekwijzen, maar termen die men best letterlijk mag nemen. Door uw hardnekkigheid deze manier van spreken serieus te nemen denkt u een bijdrage aan de menselijkheid te leveren, maar in feite devalueert u die notie. Een dergelijke vaandelvlucht kan van een gewone burger, zwak als hij is, worden verwacht. Maar de overheid, beste collega, dient het vaandel hoog te houden. Daarin had Joseph de Maistre volkomen gelijk. Daarin had Oliver Wendell Holmes ook volkomen gelijk. En ik voel ook veel voor de Duitse filosoof Immanuel Kant, zoals u weet een zeer beschaafd filosoof met hoogstaande morele beginselen. Maar over de doodstraf was hij onverbiddelijk. Volgens Kant geldt: "Nur das Wiedervergeltungsrecht (ius talionis), aber, wohl zu verstehen, vor den Schranken des Gerichts (nicht in deinem Privaturteil), kann die Qualität und Quantität der

48 Holmes, Oliver Wendell, *The Essential Holmes.* Selections from Letters, Speeches, Judicial Opinions, and Other Writings of Oliver Wendell Holmes, Jr., Edited and with an Introduction by Richard A. Posner, The University of Chicago Press, Chicago and London 1992, p. 216.

49 Handelingen van de Eerste Kamer 1981-1982, 16928, nr. 47a. Bespreking in tweede lezing. Ook aangehaald bij: Abma, *Gerechtigheid zonder beul,* p. 22.

50 Aangehaald bij: Abma, *Gerechtigheid zonder beul,* p. 186.

51 Mulisch, Harry, De zaak 40/61. Een reportage, Uitgeverij De Bezige Bij, Amsterdam 1979.

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

Strafe bestimmt angeben."[52] En wat is de gepaste straf op moord? "Hat er (...) gemordet, so muss er sterben." Elke geringere straf dan de doodstraf is hier ongepast: "Es gibt hier kein Surrogat zur Befriedigung der Gerechtigkeit." Levenslang misschien? Kant antwoordt: "Es ist keine Gleichartigkeit zwischen einem noch so kummervollen Leben und dem Tode, also keine Gleichheit des Verbrechens und der Wiedervergeltung (...)". Vervolgens presenteert Kant de bekende woorden die zijn onverzoenlijkheid jegens elk nuttigheidsdenken tot uitdrukking moet brengen. Zelfs als een samenleving met instemming van allen zou besluiten zichzelf op te heffen, *dan nog* zou de laatste moordenaar die zich in de gevangenis bevindt geëxecuteerd moeten worden, opdat hij ervaart wat zijn daden waard zijn en de bloedschuld niet op het volk blijft rusten dat niet heeft aangedrongen op de bestraffing.[53] Dit is niet *in strijd met de humaniteit,* het is wat de humaniteit bij uitstek vergt.'

'Ik blijf dat inhumaan vinden. Meer voelen wij ons verwant met de Nederlandse criminoloog W.H. Nagel die in zijn oratie de neiging kritiseert de criminele mens als "onmens" te behandelen.[54] Typerend voor de ontmenselijking die hij aan de kaak stelt, is dat in sommige culturen de misdadiger als een "buiten recht en wet te stellen vreemde" wordt beschouwd. Hij werd van rechtsgenoot en medemens tot "vijand, duivel, beest", schrijft Nagel'.[55]

'Ik begrijp uw sympathie voor dat standpunt, beste collega. William Brennan, de progressieve rechter uit het Amerikaanse Supreme Court, zei in *Furman v. Georgia* (1972) dat de doodstraf leden van het mensenras behandelt alsof het geen mensen zijn: "as objects to be toyed with and discarded". De doodstraf zou "uniquely degrading to human dignity" zijn en een "denial of the executed person's humanity". Maar, u begrijpt wel, dat ik daarin niet kan meegaan. Wat Nagel en Brennan met hun opmerkingen alleen maar aangeven, is dat zij elk besef van ware humaniteit zijn kwijtgeraakt. Ik confronteer u met de grondleggers van de humaniteitsgedachte – Kant, Hegel.'

'U komt altijd maar aanzetten met oude denkers uit de achttiende of negentiende eeuw of nog verder terug, maar gelooft u dan niet in morele evolutie? Waarom hoor ik u niet over Arthur Koestler, Albert Camus, George Orwell en andere moderne schrijvers die de doodstraf hebben afgewezen?'

'Over wie wilt u spreken, Orwell?'

'Bijvoorbeeld.'

'Wel, de reputatie van Orwell berust op een enkel fragment, is het niet? Een beschrijving van een executie die hij in 1931 gepubliceerd heeft. Ik stel voor dat ik de passage nu in extenso citeer. Hij is opgenomen in een van mijn verhandelingen over de doodstraf, ja, hier heb ik 'm. Die passage luidt als volgt:

> It is curious, but till that moment I had never realized what it means to destroy a healthy, conscious man. When I saw the prisoner step aside to avoid the puddle[56] I saw the mystery, the unspeakable wrongness, of cutting a life short when it is in full tide. This man was not dying, he was alive just as we are alive. All the organs of his body were working – bowels digesting food, skin renewing itself, nails growing, tissues forming – all toiling away in solemn foolery. His nails would still be growing when

52 Kant, Immanuel, Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre, 1797, in: Immanuel Kant, Werkausgabe, hrsg. Wilhelm Weischedel, Band VIII, Suhrkamp, Frankfurt am Main 1956, p. 454.
53 Kant, O.c., p. 454.
54 Nagel, W.H., Het strafrecht en de onmens. Oratie, in: Ybo Buruma, red., *100 jaar strafrecht.* Klassieke teksten van de twintigste eeuw, Amsterdam University Press, Amsterdam 1999, pp. 59-81.
55 Nagel, O.c., p. 60.
56 Puddle: a small pool, esp. of rainwater on a road etc.

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

> he stood on the drop, when he was falling through the air with a tenth of a second to live. His eyes saw the yellow gravel and the grey walls, and his brain still remembered, foresaw, reasoned, even about puddles. He and we were a party of men walking together, seeing, hearing, feeling, understanding the same world; and in two minutes, with a sudden snap, one of us would be gone – one mind less, one world less. [57]

Orwell (pseudoniem van Eric Arthur Blair, 1903-1950) maakte als assistent-districtshoofd van de India Imperial Police in Birma de executie mee van een veroordeelde. In de geciteerde passage geeft hij aan wat zijn ervaringen waren. Het is een fragment dat grote indruk heeft gemaakt. Het wordt gezien als een van de belangrijkste teksten uit de abolitionistische beweging. Men zou dit fragment representatief kunnen achten voor wat ik zou willen noemen het 'mystieke argument tegen de doodstraf'. Ik bedoel daarmee dat sommigen het niet toelaatbare van de doodstraf als het ware als een openbaring krijgen aangedragen. Als in een flits. Het is de ontvanger ineens duidelijk: de doodstraf is niet toelaatbaar. Zonder expliciete argumentatie: zij weten het ineens. Het zal geen verbazing wekken dat de openbaring vaak gekomen is naar aanleiding van een concrete executie, zoals ook beschreven is door Orwell.

Typerend voor het fragment van Orwell is de nadruk die hij legt op het absurde van één onderdeel van de gebeurtenissen. De ter dood veroordeelde stapt nog opzij om een plas ('puddle') te vermijden. Even eerder in het fragment had hij beschreven hoe een hond de veroordeelde nog voor de voeten had gelopen en enige verwarring had veroorzaakt bij de begeleiders van de gevangene. Het is moeilijk niet onder de indruk te raken van dit soort absurde gebeurtenissen rond een executie. *Maar levereren zij valide argumenten op tegen de doodstraf?* Dát is eigenlijk de vraag.

Orwell zag ineens 'the mystery, the unspeakable wrongness, of cutting a life short when it is in full tide.' Leest men goed, dan lijkt de auteur toch een soort argumentatie voor zijn stelling aan te voeren dat de doodstraf verwerpelijk is. Deze bestaat daaruit dat hij beschrijft hoe de biologische functies van de ter dood veroordeelde nog functioneren. Hij leefde. Al zijn organen waren intact. Het was een leven 'in volle bloei' ('in full tide').

Nu stel ik voor, collega, dat voordat we het fragment van Orwell beoordelen ik u eerst met een beschrijving van een andere executie confronteer. Later zal duidelijk worden waarom ik dat doe.

Op 16 oktober 1946 zijn in de gymnastiek-zaal van de Neurenbergse gevangenis tien nazi-criminelen opgehangen. In het boek *De opmars naar de galg* van J.J. Heydecker en J. Leeb worden van Alfred Rosenberg, Hans Frank, Fritz Sauckel, Seyss-Inquart, Herman Goering en anderen de laatste uren beschreven.[58] Ook hier vinden we de kleine absurditeiten gereleveerd zoals we die kennen uit het verhaal van Orwell. Keitel sprak de wens uit tijdig gewaarschuwd te worden opdat hij zijn cel aan kant kan brengen'. Je cel opruimen wanneer je weet even daarna te worden geëxecuteerd? Dat is wel een zeer ver doorgedreven voorliefde voor 'Ordnung muss sein'. Onwillekeurig komt men ook onder de indruk van de wijze waarop sommigen hun laatste uren hebben doorgebracht. De geestelijke die Rosenberg vroeg of hij voor hem moest bidden kreeg als antwoord: 'Nee, dank u.' Streicher schreeuwde zonder onderbreking 'Heil Hitler!'. Keitel zei: 'Alles voor Duitsland! Ik dank u.' Hans Frank zei: 'Ik ben dankbaar voor het milde vonnis dat ik heb gekregen. Ik bid God mij genadig op te nemen.'

Ook hier raakt men – net als bij Orwell – onder de indruk. We mijmeren wat voort over de vraag of God Hans Frank zou kunnen vergeven. En was Streicher nu te prijzen of moeten we juist veroordelen dat hij met de ideologie waarvoor hij geleefd heeft hij ook in het graf wenste te gaan? Ook

57 Orwell, George, 'A Hanging', in: Adelphi, August 1931, ook in: George Orwell, *Decline of the English Murder and Other Essays,* Penguin Books, Harmondsworth 1965, pp. 14-19.

58 Heydecker, J.J. en Leeb, J., Opmars naar de galg. Het proces van Neurenberg, Vertaling en voorwoord door Mr. F.B. Bakels, Uitgeverij Sijthoff, Amsterdam 1984, pp. 462-479.

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

Keitel geeft te denken. Moeten we hem nu prijzen of laken omdat hij in zijn laatste minuten trouw bleef aan het nationaal-socialisme?

Toch is er een belangrijk verschil met de passage van Orwell. Beide situaties geven te denken, maar met een verschillend literair effect. Bij het overdenken van de laatste momenten van de monsters van Neurenberg (*pace* Nagel) worden we[59] nergens getroffen door het gevoel van de 'unspeakable wrongness, of cutting a life short when it is in full tide.' Hoe komt dat? Ook bij Rosenberg waren de biologische functies van het lichaam nog in tact ten tijde van de executie. Ook *zijn* nagels groeiden nog toen hij op het valluik stond. Ook *zijn* ogen zagen nog de kleuren op de wand en – om met Orwell te spreken – zijn brein had nog herinneringen ('his brain still remembered, foresaw, reasoned'). Maar: so what? denken we nu. In het geval van de nazi-misdadigers lijkt ons dit overbodige informatie. Waarom het gaat, is niet of zij *in biologische zin* leven, maar of zij het leven nog verdienen *in een morele zin*. We hebben het gevoel dat de nazi-misdadigers hun recht op leven hebben verbeurd door hun eigen daden (zoals Hegel terecht aanvoerde). In zekere zin hebben deze mensen hun 'mens-zijn' zélf opgegeven. Dat doen *wij* niet door hen de straf op te leggen. Dat *hebben zij zelf gedaan* door de daden die zij hebben verricht. Analoog aan de discussie over 'in leven zijn' en 'een leven hebben', deel uitmaken van de soort Homo sapiens en een persoon zijn, kan men stellen: de nazi-misdadigers waren geen 'personen' meer. Men zou ook kunnen zeggen: zij waren wel levend, maar hadden geen leven meer. Reeds vóór hun executie waren zij eigenlijk al 'dood' – alle biologische functies ten spijt die nog functioneerden.

Nagel zou geschokt zijn, maar kan men niet stellen dat tegenover de 'openbaring' van Orwell een heel ander soort openbaring staat, namelijk dat mensen hun eigen mens-zijn kunnen opgeven door de onmenselijke daden die zij plegen? En is het dan onbeschaafd met Kant te stellen dat zij het verdienen te sterven? Het doodsvonnis en de voltrekking van dat vonnis zijn niet constitutief, maar declaratoir – het implementeert iets dat zij zelf hebben bewerkstelligd.

'Het is werkelijk afschuwelijk wat u vertelt.'

'Ja ja, ik begrijp wel, collega, dat ook dít u niet zal aanspreken. Want het is hopeloos redeneren met u. Elk argument wordt u uit handen geslagen, maar u blijft vasthouden aan uw dromerijen en de quasi-progressieve consensus die uw land sinds de jaren zestig in de greep houdt. Ik vrees dat ook mijn antwoord op uw regering uit 1981 dat de doodstraf *wel degelijk een doel kan dienen* aan u wederom niet besteed zal zijn. Ik hoop dat u het mij niet kwalijk neem dat ik straks naar huis ga en mijn collega-ministers en onze premier zal vertellen dat wij van uw argumenten niets te vrezen hebben. Uw land is in de greep van een 'gevoel' dat het met de doodstraf niet pluis is. U denkt daarvoor argumenten te hebben, maar die heeft u in feite niet. Verder bent u niet op de hoogte van de stand van de discussie over dit onderwerp in uw eigen cultuur en de argumenten van de geleerde *voorstanders* van de ultieme straf uit uw intellectuele traditie hebben nauwelijks een rol gespeeld in de discussie tussen regering en kamer in 1870 en 1983. Vind u het vreemd dat ik dan concludeer dat niet *wij* zwak staan in de discussie, maar u? U weet wat de Duitse filosoof Schopenhauer zei over de christelijke missionarissen die naar het Oosten gingen om de boeddhisten te bekeren. Schopenhauer moest daar erg om lachen. Hij wist dat niet de christelijke missionarissen de boeddhisten zouden bekeren, maar tot het boeddhisme bekeerd zouden terugkomen. Ik zou zeggen: komt u naar ons land. Wij ontvangen

59 Althans velen van ons. Niet allen. J.M. van Bemmelen, die ook de lovende inleiding bij het abolitionistisch pleidooi van Beccaria schreef, bleef aan zijn abolitionistische opvattingen trouw, ook ten aanzien van oorlogsmisdadigers. Vgl. Bemmelen, J.M. van, 'Auschwitz en de doodstraf', in: Nederlands Juristenblad, 16 maart 1946, no. 11, ook in: Ybo Buruma, red., *100 jaar strafrecht.* Klassieke teksten van de twintigste eeuw, Amsterdam University Press, Amsterdam 1999, pp. 135-144. Vgl. ook: Beccaria, Cesare, *Over misdaden en straffen,* (It. Dei Delitti e delle pene, 1794), Ingeleid van aantekeningen voorzien en vertaald door J.M. Michiels, voorwoord door J.M. van Bemmelen, Hoofdstuk 16, Over de doodstraf, Tweede uitgave, Kluwer Rechtswetenschappen/ Antwerpen / W.E.J. Tjeenk Willink / Zwolle z.j., pp. 107-121.

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

u met open armen. Maar bereidt u zich een beetje voor op een discussie over de doodstraf, want wij zullen u daar zeker op aanspreken.'

En daarmee eindigt het gesprek tussen onze premier en de Chinese minister van buitenlandse zaken.

9.11 Een tussenbalans: niet zij, maar wij zouden wel eens kunnen worden bekeerd

Wat zou op basis van het hier weergegeven gesprek kunnen worden geconcludeerd?

Naar mijn idee dat de veronderstelling dat onze premier in een discussie over de doodstraf de sterkste partij speelt niet zonder meer kan worden bevestigd. Het lijkt mij ook bepaald niet vanzelfsprekend dat wij hen zullen bekeren. Misschien zij wel ons. Ook is het verre van duidelijk dat de doodstraf in strijd is met 'de mensenrechten' of zelfs maar het 'recht op leven'. De meest verstandige houding tegenover het onderwerp lijkt daarom het te verklaren tot een 'vrije kwestie'. Het is een belangrijk onderwerp, maar niet een onderwerp waarop wij noodzakelijkerwijs het verlichte standpunt innemen. Het is dan ook niet geschikt als doelstelling voor buitenlands beleid.

Hoe valt dan te verklaren dat dit punt zo hardnekkig telkens als ideaal wordt opgevoerd? Ik vrees omdat men niet de vraag naar de doodstraf *sec* in beschouwing neemt, maar omdat men als het ware afgaat op wat men zou kunnen noemen 'de omgeving van de doodstraf'.

Ik bedoel daarmee de *omstandigheden waaronder* de doodstraf wordt opgelegd of de *feiten op grond waarvan* de doodstraf wordt opgelegd. Niet in de Verenigde Staten, maar wel in dictatoriaal geregeerde landen wordt de doodstraf opgelegd om politieke tegenstanders het zwijgen op te leggen. Dat is – het behoeft nauwelijks betoog – een zware schending van de mensenrechten. Op basis van het voorkomen van deze wandaden is het ook begrijpelijk dat een organisatie als Amnesty International bij de doodstraf betrokken is geraakt. Soms wordt ook de doodstraf opgelegd voor te lichte vergrijpen. Een ten onrechte opgelegde doodstraf figureert prominent in de twee bronnen van de westeuropese cultuur: de doodstraf voor Socrates in het oude Griekenland en de doodstraf voor Jezus Christus in Palestina. Zeker de eerste was een politieke moord. Het was de bedoeling een kriticus van het heersend politiek regime uit de weg te ruimen en daarvoor werd een excuus gezocht.[60] Ook is de doodstraf talloze keren opgelegd voor ketters. De geschiedenis biedt ons daarvan markante voorbeelden. En verder is de doodstraf wel opgelegd aan mensen die niets anders deden dan de politieke of theologische status quo bekritiseren. Spencer voert een rechter op uit 1808 die stelde dat 'it was not to be permitted to any man to make the people dissatisfied with the government under which he lives.'[61] Voor ons klinkt een dergelijke uitspraak bijna komisch. Wij denken nu: 'maar daar is vrijheid van meningsuiting juist voor *uitgevonden* – om het mogelijk te maken onze regeerders aan kritiek te onderwerpen?' Maar eeuwenlang is het zo geweest dat *juist in die context* vrijheid van meninguiting gestraft werd en vaak met de zwaarste straffen, niet zelden de doodstraf.

Weer een ander punt is dat de doodstraf vaak op de meest wrede manier is *ten uitvoer gelegd.* Is dat echter nodig? Een voorstander van de doodstraf, Jacques Barzun, zegt: 'Let us bear in mind the possibility of devising a painless, sudden and dignified death, and see whether its administration is justifiable.'[62]

60 Vgl. over het proces: Stone, I.F., The Trial of Socrates, Little, Brown and Company, Boston Toronto 1988.

61 Spencer, Herbert, The Principles of Ethics, 1893, Introduction by Tibor R. Machan, in Two Volumes, Vol. II, Liberty Classics, Indianapolis 1978, p. 161.

62 Barzun, Jacques, 'In Favor of Capital Punishment', in: The American Scholar, Vol. 31, No. 2, Spring 1962, ook in: James Rachels, ed., *Moral Problems.* A Collection of Philosophical Essays, Third Edition, Harper Collins Publishers, New York N.Y. 1979, pp. 353-364, p. 354.

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

Abolitionisten menen daarentegen dat de doodstraf niet pijnloos *kan zijn.* Een executie is altijd een gebeurtenis zonder waardigheid en wreed. Maar hoe zat het dan met Socrates die de gifbeker dronk, zijn leerlingen bij zich riep en rustig ging liggen en de dood over zich liet komen. Kunnen de Amerikanen dan nog iets leren van de oude Grieken?

9.12 Drie houdingen tegenover ideële export

Men zou kunnen onderscheiden tussen 'drie houdingen tegenover ideële export'. Ik bedoel daarmee: drie manieren waarop we ons ten aanzien van het aanprijzen van onze waarden in het buitenlands beleid kunnen opstellen.

Totaal Universalisme. De eerste is een houding van het actief propageren, ook in andere delen van de wereld, van alles wat tot onze morele waarden en normen behoort. Men zou het de 'verlichte' houding kunnen noemen. Dat laatste verwijst naar de houding van de verlichtingsfilosofen met hun kosmopolitische voorkeur voor universele waarden en normen die overal ingang zouden moeten vinden. De verlichters waren de opstellers van de mensenrechtenverklaringen. Zij wilden verouderde, traditionele vooroordelen aan de kaak stellen en vervangen door nieuwe, verlichte en universalistische principes. Soms leidde dat tot oorlog. Zo zou men de Napoleontische oorlogen – althans in het begin – kunnen zien als pogingen de idealen van de Franse Revolutie te exporteren naar andere delen van de wereld. Universalisme behoeft echter niet altijd tot oorlog te leiden of daarmee geassocieerd te zijn. De pogingen van de VN respect voor mensenrechten over de gehele wereld ingang te doen vinden worden door eenzelfde verlichte mentaliteit gevoed, evenals de poging een universele rechtvaardigheidstheorie te ontwikkelen.

Totaal Cultuurrelativisme. Een tweede houding die men tegenover de eigen waarden en normen kan innemen, is die van het cultuurrelativisme. Men zou het ook de 'romantische' houding kunnen noemen. De cultuurrelativist gaat ervan uit dat de eigen waarden en normen 'eigen' zijn. Zij lenen zich niet voor export naar andere delen van de wereld, nee, elke poging daartoe zou zelfs een inbreuk maken op het eigene van de andere cultuur. De romanticus cultiveert het eigene, locale, authentieke. Wat voor de een goed is, is voor de ander verkeerd. Wat hier te lande mooi en verheven wordt geacht kan elders als lelijk en laag-bij-de-gronds worden gezien. Deze houding komt naar voren in de uitspraak van M. Montaigne dat hij katholiek is zoals hij Fransman is. M. Montaigne meent ook dat we niet te snel moeten zijn in het typeren van een andere cultuur als 'barbaars'. In zijn *Essais* (1580) vinden we op verschillende plaatsen cultuurrelativistische aanzetten geformuleerd. Bijvoorbeeld in zijn verhandeling 'Over kannibalen' treedt dit sterk naar voren. Hij reflecteert uitvoerig over het begrip 'barbaars'. Wat bedoelen we eigenlijk wanneer we iets 'barbaars' noemen? Is het niet curieus dat iedereen barbaars noemt wat niet tot de eigen gewoonten behoort, vraagt Montaigne bijna letterlijk identiek aan Herodotus?[63]
'Romantisch' is in zekere zin ook de hedendaagse voorkeur voor het pluralisme, zoals te vinden in de filosofie van Isaiah Berlin of het multiculturalisme, zoals verdedigd door Charles Taylor.

Gematigd universalisme of gematigd cultuurrelativisme. Een derde houding is die van het gematigde cultuurrelativisme of het gematigde universalisme. Daarbij stelt men zich op het standpunt dat slechts enkele, zeer fundamentele waarden tot grondslag van het buitenlandse beleid moeten worden gemaakt. Men neemt dan afstand van de stelling dat 'de mensenrechten' in de zin van *alle* mensen-

63 Die ook door hem wordt aangehaald: 'Darius demandait à quelques Grecs pour combien ils voudraient prendre la coutume des Indes, de manger leurs pères trépassés (car c'était leur forme, estimant ne leur pouvoir donner plus favorable sépulture, que dans eux-mêmes), ils lui répondirent que pour chose du monde ils ne le feraient; mais, s'étant aussi essayé de persuader aux Indiens de laisser leur façon et prendre celle de Grèce, qui était de brûler les corps de leurs pères, il leur fit encore plus d'horreur. Chacun en fait, ainsi, d'autant que l'usage nous dérobe le vrais visage des choses.' Montaigne, Essais, I, 23.

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

rechten die wij fundamenteel achten in andere delen van de wereld moeten worden nageleefd, maar men probeert te onderscheiden.

Ten aanzien van de doodstraf *sec* (goed te onderscheiden van de omstandigheden waaronder deze wordt opgelegd) zouden we een romantische of cultuurrelativistische houding moeten aannemen. 'Wij' kennen deze straf niet. 'Zij', China en de VS wel. Wie van ons het beste af is valt niet zonder meer te zeggen. Wie het morele gelijk in pacht heeft ook niet. Misschien moeten we daarover eens goed en wat langer nadenken.

Dat betekent dat de vader van ons Wetboek van Strafrecht het misschien helemaal nog niet zo slecht gezien heeft. Zoals bekend was Modderman een tegenstander van de doodstraf. Hij voert daarvoor overwegend pragmatische argumenten aan. Eén van de punten die men bij hem – net als bij Beccaria en vele anderen – aantreft is het argument van de onherstelbaarheid van de doodstraf. Veel minder bekend is dat Modderman geen aanhanger was van een missionair abolitionisme in de zin dat hij aan andere landen zelf wilde overlaten of zij de doodstraf af willen schaffen of niet. Dat blijkt uit een passage waarin Modderman ingaat op een gerucht dat te vinden was in de dagbladen van zijn tijd, namelijk dat Zwitserland de doodstraf zou hebben ingevoerd. Dat is volstrekt onwaar, zegt hij. De doodstraf is slechts ingevoerd in het kanton Schweitz. Zwitserland is verdeeld in 25 kantons, ieder met een eigen wetgeving. 'Nu is aan de kantons de *bevoegdheid* weder gegeven om de doodstraf al of niet in te voeren', zegt Modderman.[64] En hij voegt daaraan toe: 'En misschien zou ik mijne stem aan dat voorstel hebben geschonken. Ik zou als tegenstander dier straf de invoering in mijn kanton tegenhouden, maar zou het regt van andere kantons om anders te handelen niet willen verkorten.'[65] Dit zijn wijze woorden. De grootste abolitionist van Nederland, Modderman, stelde zich dus op het standpunt dat hij *voor zijn Nederland* de doodstraf niet of niet langer geschikt achtte. Maar hij matigde zich geen oordeel aan over de rest van de wereld.

Eigenlijk is dat hetzelfde standpunt als wordt ingenomen door het Amerikaanse Supreme Court. Wij kennen Amerika als het land 'waar de doodstraf nog niet is afgeschaft'. Strikt genomen is dat onjuist. In sommige staten van de Verenigde Staten is de doodstraf afgeschaft, in andere niet. Het Amerikaanse Supreme Court stelt zich op het standpunt dat de *staten zelf* moeten uitmaken of zij de doodstraf gepast achten of niet.

Precies hetzelfde als wat Modderman heeft aanbevolen en wat door het Amerikaanse Supreme Court wordt gepraktiseerd zouden wij ook kunnen doen. Wij zouden de doodstraf in Nederland niet kunnen toepassen, maar het tevens aan andere landen kunnen overlaten of men de doodstraf daar wel wil hanteren.

64 Smidt, Geschiedenis van het Wetboek van Strafrecht, p. 188.

65 Smidt, Geschiedenis van het Wetboek van Strafrecht, p. 188.

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

10 Van God naar het Volk: de overgang van de premoderne naar de moderne tijd

> 'Toen de wereld vijf eeuwen jonger was, hadden alle levensgevallen veel scherper uiterlijke vormen dan nu. Tussen leed en vreugde, tussen rampen en geluk scheen de afstand groter dan voor ons; al wat men beleefde had nog die graad van onmiddellijkheid en absoluutheid, die de vreugde en het leed nu nog hebben in de kindergeest. Elke levensgebeurtenis, elke daad was omringd met nadrukkelijke en uitdrukkelijke vormen, was getild op de verhevenheid van een strakke, vaste levensstijl. De grote dingen: de geboorte, het huwelijk, het streven, stonden door het sacrament in de glans van het goddelijk mysterie.'
>
> Johan Huizinga[1]

De premoderne mens leefde volgens Huizinga in 's levens felheid. Alles was uiteraard omringd door uitdrukkelijke vormen. De politieke juridische vormen waarin macht en recht zichzelf en de maatschappij structureerden, zijn significant voor het begrijpen van de moderne tijd en de moderne mens. De vraag is: welke voorstelling moeten we hebben van de overgang van de Middeleeuwen naar de moderne tijd? Welke onuitwisbare invloed heeft deze transitie gehad op de condities die de moderne vormen van recht en politiek mogelijk hebben gemaakt? Daarom zal hierna eerst aandacht worden besteden aan de politiek-theologische structuren van de macht in de Middeleeuwen om daarna te laten zien hoe de overgang naar de moderne tijd heeft kunnen plaatsvinden. Tenslotte nemen daarin de filosofie van René Descartes en de juridische hervormingsbeweging een bijzondere plaats in. We kunnen de moderne democratie niet begrijpen zonder enige historisch bewustzijn over een aantal cruciale gebeurtenissen: de reformatie en Verlichting. Deze thema's zullen uiteraard zeer summier aan de orde komen. Daarmee beogen we een beeld, hoe beperkt dan ook, te schetsen van de overgang naar de moderne tijd en de daarmee gepaard gaande juridische veranderingen. Dwars door deze thema's heen zal het begrip secularisme uitvoerig worden besproken.

10.1 Het premoderne wereldbeeld van macht en recht: een politiek-theologische constructie

De moderne tijd als tegenovergesteld aan de premoderne tijd verwart men vaak met de hedendaagse technologische en wetenschappelijke ontwikkelingen die het leven van individuen vergemakkelijken. Het is buitengewoon verleidelijk om de vruchten van de moderne tijd als de wezenskenmerken van de moderniteit op te vatten. Zodoende zijn er mensen die het moderniteitsgehalte van een land meten aan de hand van al dan niet de aanwezigheid van verschijnselen als internet, vliegtuigen of raketten. Of bijvoorbeeld wanneer een Afrikaans land over de moderne communicatiemiddelen beschikt, spreekt men dan van de moderniteit. Dit soort voorbeelden geven niet aan wat de moderniteit is, ze zijn echter wel enkele vruchten van de moderniteit. Dus, een opsomming van de moderne producten of uitvindingen mag niet worden gelijkgesteld met het begrip moderniteit. Een land kan bijvoorbeeld behoorlijk geasfalteerd zijn, maar dat wil nog niet zeggen dat dat land in de juridische en politieke cultuur van de moderne tijd verkeert. Een dergelijk land kan nog steeds, ondanks de moderne technologie, in de premoderne constructies leven. Bedacht moet worden dat het westerse

1 Johan Huizinga, *Herfsttij der Middeleeuwen*, Olympus, Amsterdam 2004(1919), p. 19.

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

tijdsbegrip sterk afwijkt van andere culturen. Tijdsbreuk en vormen van temporele discontinuïteit zijn kenmerkend voor het continent Europa als het culturele hart van de westerse beschaving.

Derhalve kennen we, vanuit het perspectief van de filosofie drie tijdperken: (i) de antieke filosofie van omstreeks 600 voor Christus tot 600 na Christus; (ii) de Middeleeuwse filosofie van omstreeks 800 tot 1450 en (iii) de moderne filosofie van omstreeks 1500 tot heden. Het is uiteraard verkeerd om te denken dat de filosofieën uit deze verschillende tijdperken los van elkaar en als zelfstandige eilanden kunnen worden beschouwd. We leven in de moderne tijd, maar we hebben het nog steeds over de teksten van Plato en Aristoteles uit de antieke periode van de wijsbegeerte. Wat hier voor ons groot belang is, zijn de politiek-juridische veranderingen die tot de moderne tijd hebben geleid. Daarbij heeft rechtsfilosofie (en ook de politieke filosofie) een belangrijke rol gespeeld. Een structurele analyse van de overgang van de Middeleeuwen en het Ancien Régiem naar de moderne tijd is van eminent belang voor het begrijpen van moderniteit.

De politieke constructie van de Middeleeuwen[2] is diepverbonden met het christendom[3] waarbij de categorie van de kerkelijke dienaren sinds keizer Constantijn de Grote[4] (323-337) gebruikelijk was geworden. De rehabilitatie en erkenning van het christendom bij *Edict van Milaan,*[5] het zogeheten 'het tolerantie-edict', in het Romeinse rijk door de keizers Constantijn (het westen) en Licinius (het oosten) betekende het einde van de bloedige vervolging en onderdrukking[6] van christenen en het begin van een invloedrijk politiek-theologisch proces. Weliswaar werd het christendom pas in 391 door keizer Theodosius tot staatsgodsdienst verklaard, maar al bij keizer Constantijn[7] werd een nieuw principe namelijk de scheiding van geestelijke en wereldse macht geïntroduceerd, welk voor het pre-christelijke Rome en Griekenland geheel onbekend was. De nieuwe categorie, de kerkelijke dienaren kan volgens historicus Gibbon worden onderverdeeld in zeven rubrieken: I) Verkiezing van bisschoppen door het volk, II) Hiërarchie van de geestelijkheid, II) Eigendom, IV) Burgerlijke jurisdictie, V) Berispingen van kerkelijke zijde, VI) De bevoegdheid tot preken, VII) Het recht wetgevende vergaderingen te houden.[8] Hieruit blijkt hoe het christendom, al bij de aanvang, systematisch en georganiseerd te werk ging, dat uiteindelijk leidde tot een omvangrijk rechtsgebied: Corpus Iuris Canonici, een verzameling van de kerkelijke wetten.[9] Zodoende kreeg de Europese beschaving drie onlosmakelijke grondslagen: het Romeinse recht en politiek denken, de Griekse filosofie en het joods-christelijke geloof. Dit geheel bracht twee verschillende filosofische perioden voort: (1) de pa-

2 Vgl. Ullmann, W., *A history of political thought: The middle ages*, Penguin, Harmondsworth 1965; Ulmann, W., *The church and law in the earlier middle ages. Selected essays*, Variorum (Reprints) 1975; Burns, J. H. (ed), *The Cambridge history of medieval political thought c. 350 – c. 1450.*, Cambridge University Press, Cambridge 1988; Flasch, Kurt, *Einführung in die Philosophie des Mittelalters*, Wissenschaftliche Buchengesellschaft, Darmstadt 1987.

3 Vgl. Clarke, C.P.S., *Short history of the Christian Church from the earliest times to the present day*, Longmans (Green & Co.), London 1929; Bethune-Baker, J. F., *An Introduction to the Early History of Christian Doctrine to the time of the council of Chalcedon*, Methuen, London 1903;

4 Vgl. Burckhardt, Jacob, *The Age of Constantine the Great* (1852), Doubleday, New York 1949.

5 Volgens historicus Edward Gibbon hadden de keizers twee belangrijke redenen die hen tot deze universele verdraagzaamheid hebben gebracht, te weten de humane bedoeling de vrede en het geluk van hun volk na te streven én de 'vrome hoop dat ze met dit gedrag de Godheid die in de hemel zetelt tevreden zullen stellen en gunstig zullen stemmen.' Vgl., Gibbon, Edward, *Verval en ondergang van het Romeinse Rijk*, Contact, Amsterdam-Antwerpen 2003, p. 309; Gibbon, Edward, *The Decline and Fall of the Roman Empire*, Dent, London 1961.

6 Met uitzondering van de kortstondige strijd van keizer Julianus, de Afvallige (361-363) tegen het christendom.

7 Gibbon, O.c., p. 323.

8 Gibbon, O.c., pp. 324-33

9 Vgl. Kunkel, Wolfgang, *Römische Rechtsgeschichte: eine Einfüührung*, Bööhlau, Köln-Wien 1972; Robinson, Olivia F., *The sources of Roman law: problems and methods for Ancien Régime*, Routledge, London 1997; Johnston, David, Roman Law in context, Cambridge University Press, Cambridge 1999.

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

tristiek[10] tot 800 en (2) de scholastiek[11] van 800 tot 1500. De roman van Umberto Eco, *De naam van de roos*, is een rijke illustratie van de filosofische en politieke debatten ten tijde van de scholastiek.

De politieke macht en de legitimatie ervan gedurende de Middeleeuwen waren gebaseerd op zeer gecompliceerde politiek-theologische doctrines. Dienovereenkomstig verdedigde Karel de Grote, volgens filosoof en historicus Dirk Noordman, de christelijke deugden op persoonlijke titel met nadruk op zijn religieuze functie: 'Koning, bij de gratie Gods'. Noordmans toelichting hierover toont het grondprincipe van de Middeleeuwse politieke theologie aan:

> Het essentiële van dit concept (Koning bij gratie Gods, PC en AE) was dat de nauwe banden, die in het Westen tot de zevende eeuw tussen het volk en de vorst bestaan hadden, los werden, omdat niet langer het volk de partij was die de macht aan de koning overdroeg en hem dus ook met legale maatregelen kon afzetten. Het volk stond eenvoudig onder voogdij van de koning.[12]

De macht berustte niet, althans niet in de eerste plaats, bij het volk noch werd deze gelegitimeerd door een verwijzing naar het volk. Na het uiteenvallen van het Karolingische rijk traden meer decentrale en concurrerende instanties en personen op: ook de oeroude concurrentie tussen paus en de koningen.13 Om het begrip macht te begrijpen, moeten we eerst een definitorische afbakening hebben van het begrip politiek. Wat is politiek?

Politiek is, aldus Duits-Amerikaanse filosofe Hannah Arendt (1960-1975), een 'unabweisbare Notwendigkeit'[14], anderen spreken van de onontkoombaarheid van politiek.[15] Het woord politiek gebruiken we hier in drie verschillende vormen: politiek, het politieke en de politiek. De laatste twee vormen (met een lidwoord) ontlenen we aan de Franse politiek filosoof Claude Lefort (geboren in 1924). Het onderscheid tussen het politieke en de politiek confronteert ons dan ook met de ambiguïteit van het woord politiek in het algemeen.[16]

De term het politieke (le politique) verwijst in de eerste plaats naar de verhouding tot de macht en de wijze waarop zij wordt voorgesteld, bovendien duidt het politieke datgene aan dat men in de twintigste eeuw als (politiek) regime benoemt. Dit is even oud als de wijsbegeerte, omdat we al bij

10 Dit verwijst naar de kerkvaders zoals Augustinus. In het begin probeerden ze vooral een verzoening tot stand te brengen tussen de polytheïstische Griekse cultuur en het christelijke geloof in het monotheïsme.

11 Na de zogenaamde donkere tijden (eeuwen tussen 400 en 800) kwam door de heerschappij van Karel de Grote enige vorm van eenheid in Europa. Uit deze vruchtbare bodem van 'Karolingische renaissance' sproot de juridische en filosofische bloeitijd voort. De Middeleeuwse, filosofische periode wat men scholastiek noemt, bracht uiteraard de grote namen voort zoals Anselmus van Canterbury, Abélard en Thomas van Aquino.

12 Noordman, Dirk, *Economie en filosofie in de Vroege Middeleeuwen 750-1250*, Verloren, Hilversum 1996, p. 42.

13 Terecht schrijft Noordman dat: 'De politieke situatie in christelijke Europa kan men dus na het uiteenvallen van het Karolingische rijk gedurende twee eeuwen kenschetsen als de gedeelde heerschappij van een aantal vorsten (waaronder de keizer) en vele bisschoppen (waaronder de paus). Hierbij roepen de vorsten vaak de bisschoppelijke synodes bijeen maar bemoeien de bisschoppen zich op hun beurt intensief met politieke en economische aangelegenheden. Ondertussen zoeken de ridders een eigen weg in de doolhof van feodale en kerkelijke rechten en plichten. (...) In de periode 1050-1200 ontstaat er in het Westen geleidelijk een hiërarchie in de kerkelijke organisatie, met Rome aan het hoof.' Noordman, O.c., p. 45.

14 'Politik, so hören wir, ist etwas, was für menschliches Leben eine unabweisbare Notwendigkeit ist, und zwar sowohl für das Leben des Einzelnen wie das der Gesellschaft. Weil der Mensch nicht autark ist, sondern in seinem Dasein von Anderen abhängt, muß es eine alle betreffende Daseins-versorgung geben, ohne welche gerade das Zusammenleben nicht möglich wäre.' Arendt, Hannah, *Was ist Politik? Fragmente aus dem Nachlaß*, Piper, München / Zürich 1993, p. 36.

15 De Wit, Th. *De onontkoombaarheid van de politiek. De soevereine vijand in de politieke filosofie van Carl Schmitt*, Pomppers, Ubbergen, 1992.

16 Hierover schrijft Lefort: 'The word "political", on the other hand, brings us face to face with an ambiguity that must be resolved if we are to know what we are talking about. The fact that we can choose to say either the political (le politique) or politics (la politique) is, as we all know, an index of this ambiguity.', Zie, Cl. Lefort, *Democracy and Political Theory*, Cambridge University Press, Cambridge, 1988, p. 216; Cl. Lefort, 'Permanence du théologico-politique?', in: *Essais sur le politique. XIXe – Xxe siècles*, Seuil, Paris, 1986, p. 279.

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

Aristoteles[17] verschillende politieke systemen (regimes) tegen komen. In de tweede plaats duidt het politieke de constitutieve beginselen van een samenleving aan die niet zomaar uit economische en sociale verhoudingen zijn af te leiden. Samenvattend is, volgens D.A.A. Loose, het politieke 'juist in dit historische en contingente bestel, datgene waardoor een samenleving met haar constitutieve onophefbare verdelingen, maatschappelijke geledingen en differenties, zichzelf telkens opnieuw gestalte geeft (*mise en forme*) als een bepaald regime.'[18] En ten slotte omvat het politieke de idee dat maatschappelijke elementen (zoals de taal of de economie) niet los van elkaar zijn te betekenen. De filosofie en het grondslagonderzoek binnen de rechtswetenschap houden zich op uiteenlopende wijze bezig met het politieke.

De politiek (la politique) is een term die zich van het politieke onderscheidt door zijn concreetheid. De politiek verwijst naar concrete machtsuitoefening, beleidsvorming en economische en sociale discussies. De politiek omvat in dit onderscheid de dagelijkse activiteiten waarbij de concrete beslissingen worden genomen. Politieke feiten (bijvoorbeeld: economische, sociale en juridische feiten) behoren tot het domein van de politiek. De politiek wordt voornamelijk bestudeerd door sociologen, bestuurskundigen, politicologen en sommige juristen.

'Politiek' zonder een lidwoord gebruiken we als een verwijzing naar de publieke ruimte. Politiek is dan een equivalent van de polis (de stadstaat) en de publieke ruimte. De publieke ruimte wordt begrensd door het politieke (het regime) waarbinnen de politiek in de zin van concrete (partij)activiteiten plaatsvinden. Misdaden tegen 'Politiek' zijn de misdaden die door een fundamentele aanslag op het politieke, de publieke ruimte (Politiek) *de facto* zodanig aantasten dat de publieke, gemeenschappelijke macht die deze gedeelde ruimte in stand houdt, aan het wankelen zou worden gebracht. Het politieke en Politiek zijn op een bepaalde manier ook verwisselbaar, immers elke serieuze aanslag op het politieke (dus de constitutieve beginselen van de publieke ruimte zoals gelijkheid en vrijheid) is een bedreiging voor de publieke ruimte als geheel. Het politieke openbaart steeds de stichtingsdaad van Politiek. Dat is, in de moderne tijd, de constitutie. Ten slotte manifesteert het politieke de grenzen van de publieke ruimte. Hier is voor ons vooral de analyse van het begrip politieke van belang om daarmee de Middeleeuwse invulling daarvan te kunnen ontleden. Daarom gaan we eerst kijken naar de achtergrondanalyse van Lefort ten aanzien van het politieke. Juist in deze analyse treffen we ook de verhouding tussen de religie en de staat, gedurende de Middeleeuwen, aan.

10.2 Claude Lefort over het politieke

Het politieke openbaart zich volgens Lefort niet in de politieke activiteiten, maar in een dubbele beweging van 'verschijning en verduistering (d'apparition et d'occultation) van de wijze waarop de samenleving is ingericht'. Dat licht Lefort in *La question de la démocratie*, als volgt toe:

> Verschijning in die zin, dat het proces waardoor de maatschappij geordend en samengevoegd wordt, door haar onderscheidingen heen zichtbaar wordt; verduistering in die zin, dat één terrein van de politiek (het terrein waarop de strijd tussen de partijen plaatsvindt en waarop de algemene instantie van de

17 Het Aristotelische onderscheid luidt: 'In our original discussion about governments we divided them into three true forms: kingly rule, aristocracy, and constitutional government, and three corresponding perversions – tyranny, oligarchy, and democracy.' Aristotle, *Politics*, in: The complete works of Aristotle. The revised Oxford Translation, Edited by Jonathan Barnes, Volume Two, Princeton University Press, New Jersey 1991, p.2046.

18 Loose, D.A.A., 'Claude Lefort: de wisselvalligheid van goed en kwaad', in: G.J. Buijs, H.E.S. Woldring (red.), *Grote politieke denkers, hun strijd tussen goed en kwaad. Een rondblik*, Meinema, Zoetermeer 2001, p. 34.

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

macht zich formeert en vernieuwt) als het specifieke terrein van de politiek wordt aangewezen, terwijl de grondslag van de samenleving van het geheel onzichtbaar blijft.[19]

Met een verwijzing naar de Duits-Amerikaanse filosoof Leo Strauss'[20](1899-1973) kritiek op de bloei van de sociale wetenschappen en het marxisme, die de castratie van het politieke denken kan worden genoemd, is Lefort van mening dat we opnieuw de vraag die vroeger aan de politieke filosofie richting gaf, moeten stellen. Hoe staat het met de verschillen tussen de maatschappijvormen?[21] Het gaat hier om de zingeving en enscenering. Door de zingeving ontplooit de maatschappelijke ruimte zich als ruimte die inzicht biedt in het maken van de noodzakelijke onderscheidingen zoals het onderscheid tussen het werkelijke en het imaginaire, het ware en het onware, het rechtvaardige en het onrechtvaardige, het toegestane en het verbodene, én het normale en het pathologische. Enscenering refereert aan het feit dat elke maatschappijvorm (aristocratische, monarchistische, despotische, democratische of totalitaire) een quasi representatie van zichzelf heeft. Wat drukt deze quasi representatie uit ten aanzien van het politieke? Het antwoord ligt besloten in de uiteenzettingen van Lefort over de Middeleeuwen en het Ancien Régime.

Het politieke heeft een symbolisch[22] karakter. Een onderzoek naar de politiek-symbolische grondslagen van een maatschappijvorm zal de macht en de wijze waarop de macht gelegitimeerd kan worden, verhelderen. Volgens Lefort was de macht in de Middeleeuwen en het Ancien Régime een theologisch-politiek beeld dat maatschappelijke eenheid naar de analogie van de lichamelijke eenheid voorstelde. Deze eenheid presenteerde zich in het lichaam van de vorst. Deze veronderstelling vond haar grondslag in de christelijk-theologische leer: *corpus mysticum*, het mystieke lichaam, waarvan de kerk en de christelijke samenleving deel uitmaakten.

10.3 Drie fasen in de ontwikkeling van de middeleeuwse politieke theologie volgens E.H. Kantorowicz

Christus vormde het hoofd van dit mystieke geheel. Het briljante onderzoek van E.H. Kantorowicz' *The King's Two Bodies*, een studie over de politieke theologie van de Middeleeuwen, ligt aan de analyse van Lefort ten grondslag. Kantorowicz toont in zijn boek aan hoe de Middeleeuwse wereld over een samenhangende politiek-ecclesiologische theorie beschikte.[23] De *persona ficta* van de vorst vertegenwoordigde een 'corporation soul' omdat er 'The Crown as Corporation' werd voorgesteld:

19 Lefort, Cl., 'De vraag naar de democratie', in: *Het democratisch tekort: over de noodzakelijke onbepaaldheid van de democratie*, Boom, Meppel/Amsterdam, 1992, p. 36; Lefort, Cl., 'La question de la démocratie', in: *Essais sur le politique. XIXe – Xxe siècles*, Seuil, Paris 1986, p. 20.

20 Strauss, L., *Natural Right and History*, The University of Chicago Press, Chicago/London 1965, p. 4 e.v.

21 Lefort, O.c., p. 36.

22 Hierover schrijven D.A.A. Loose en Ph. van Haute het volgende: 'Lefort ontleent deze term vooral aan Jacques Lacan. Bij Lacan verwijst hij naar de orde van de differentiële betekenaars van de taal en van de wet die ons bestaan structureren. Lefort gebruikt deze term in de eerste plaats om het voorgegeven karakter van het politieke te onderstrepen.' Zie, Cl. Lefort, O.c., (nt. 19), p. 30.

23 Kantorowicz, E.H., *The King's Two Bodies. A Study in de Mediaeval Political Theology*, Princeton University Press, New Jersey 1981(1957), p. 15 e.v.

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

het sterfelijke lichaam van de koning in harmonie met zijn onsterfelijke lichaam.[24] Er werd ook een onderscheid gemaakt tussen het sacrale *corpus mysticum* en het profane (seculiere) *sacrum imperium*. Kantorowicz[25] spreekt hier van 'the so-called secularization of the mediaeval Church', die dan tot nieuwe terminologieën zoals *Corpus Christi Juridicum* heeft geleid. Drie fases onderscheidt Kantorowicz in de ontwikkeling van deze politieke theologie:

1) Christ-Centered Kingship. Hier gaat het om *persona mixta* waarbij één persoon verschillende capaciteiten en hoedanigheden zoals het tijdelijke en eeuwige, het seculiere en geestelijke, in zich kon verenigen. De eenheid van de *persona mixta* (bijvoorbeeld de vorst) is uiteraard gebaseerd op Christus' macht en aanwezigheid. Daarom citeert Kantorowicz Norman Anonymous (circa 1100) om de aard van die verdubbeling van het koninklijke lichaam te verhelderen:

> We thus have to recognize [in the king] a *twin person*, one descending from nature, the other from grace... One through which, by the condition of nature, he conformed with other men: another through which, by the eminence of [his] deification and by the power of the sacrament [of consecration], he excelled all others. Concerning one personality, he was, by nature, an individual man: concerning his other personality, he was, by grace, a *Christus*, that is, a God-man.[26]

De macht van koning is de macht van God. God heeft deze van nature (natura) terwijl de koning de macht heeft bij gratie (gratia). Gods genade gaf de koning de politieke en juridische macht. Een verdubbelde persoon met twee geaardheden als het ware is een *gemina persona*. Het is een technisch theologische kwestie, want Christus zelf werd ook voorgesteld als een *una persona, duae naturae*: Hij was zowel het menselijke als het goddelijke.[27] De koning als een *gemina persona,* dat wil zeggen, menselijk van nature en goddelijk bij gratie van genade, is de grondslag van wat Kantorowicz 'King's Two Bodies' noemt.

2) Law-Centered Kingship. Een goede vorst was ook in de ogen van de Middeleeuwse juristen geen tiran. Niet de vorst zelf maar door en dankzij hem regeerde het recht: 'All that may appear hazy and ambiguous today. But in that ambiguity we shall learn to recognize the king's *gemina persona* mirrored by Law as well as the idea of royal mediatorship transferred from the liturgical to the juristic sphere.'[28] De vorst was zowel voor het goddelijke als voor het recht het medium van waaruit de macht werd geconstrueerd en gelegitimeerd: *Iustitia Mediatrix* en *Templum Iustitiae*. In de ogen van zijn onderdanen was de vorst een imaginaire verschijning van recht, rede (ratio) en daarom werd hij gezien als een tempel van *Iustitia*.

Dit probeert Kantorowicz onder andere aan de hand van de geschriften van Henry of Bracton (1210-1268) aan te tonen: '[What has pleased the Prince is Law] – that is, not what has been rashly presumed by the [personal] will of the king, but what has been rightly defined by the consilium of his magnates, by the king's authorization, and after deliberation and conference concerning it....'[29] Wat legitimeerde uiteindelijk de autorisatie van 'what has pleased the Prince is Law'? Dat kan in ieder geval niet het volk zijn. Het koninklijke lichaam was een medium dat de immanentie en transcendentie

24 'Corpus mysticum, in the language of the Carolingian theologians, referred not at all to the body of the Church, nor the oneness and unity of Christian society, but to the consecrated. (...) Nevertheless, it was then that both theologians and canonists began to distinguish between the 'Lord's two Bodies'– one, the individual corpus verum on the altar, the host; and the other, the collective corpus mysticum, the Church.' Zie, Kantorowicz, O.c., pp. 195, 196, 198.

25 Kantorowicz, O.c., p. 197.

26 Kantorowicz, O.c., p. 46.

27 Hiervoor verwijst Kantorowicz naar de Spaanse concilies van 638 en die van 684. Daar gebruikte men eerst het begrip *geminata persona* en daarna hanteerde men *gemina substantia*. Zie, Kantorowicz, O.c., pp. 49-50.

28 Kantorowicz, O.c, p.97.

29 Kantorowicz, O.c, p.152.

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

mogelijk maakte. God was de legitimatiebron van de Middeleeuwse macht. Het werkte ook omdat alle mensen, min of meer op dezelfde wijze, daarin geloofden. Daarom schreef Bracton in 1259 dat: 'The king himself must be, not under Man, but under God and the Law makes the king...For there is no king where arbitrary will dominates, and not the Law. And that he should be under the Law because he is God's vicar, becomes evident through the similitude with Jesus Christ in whose stead he governs on earth.'[30]

3) Polity-Centered Kingship. Het gaat hier om de veronderstelling dat de gemeenschap een lichamelijke eenheid vormt. De politieke gemeenschap werd als een lichaam gezien, dat weer via de politiek-theologische doctrines werd verdubbeld om vervolgens het te kunnen verdelen en scheiden van elkaar. Zodoende zien we hier ook een verdubbeling van begrippen en kaders: het domein van het geestelijke, *corpus mysticum*[31] en het domein van het seculiere, *sacrum imperium*. Het politieke seculariseerde het mystieke lichaam in het *Corpus Reipublicae mysticum*. Om dit kracht bij te zetten, citeerde een beroemde jurist, namelijk Lucas de Penna (1320-1390), een uitspraak van Seneca gericht op Nero: 'Your are the soul of the *respublica*, and the *respublica* is your body.'[32] In dit secularisatieproces hanteerde men een aantal begrippen als synoniemen voor *corpus mysticum*: *corpus fictum*, *corpus imaginatum*, *corpus repraesentatum*.[33] Juist deze begrippen komen veelvuldig terug bij Lefort. De Middeleeuwse mens was niet altijd duister en achterlijk zoals het vaak simplistisch wordt voorgesteld.

Het koninklijke lichaam was een imaginair lichaam dat uit een veelheid van lichamen (gilden, corporaties) was samengesteld. De vorst was een medium tussen het bovennatuurlijke en zijn onderdanen. Tegelijkertijd was de vorst het medium (de ruimte) dat de onderdanen toegang verschafte tot de rechtvaardigheid. De idee van de goddelijke gerechtigheid vormde het hart van een politieke ruimte die door een contemplatieve bemiddeling als de bron van macht werd gerepresenteerd. De onsterfelijkheid van politiek (publieke ruimte) berustte niet op de politieke ruimte zelf en haar wezen, maar op de neoplatoonse goddelijkheid buiten en boven de publieke ruimte. Het lichaam van de vorst en de wijze waarop het politieke in termen van macht werd begrepen, waren onderhevig aan een imaginaire verdubbeling.[34] De verdubbeling van het lichaam van de vorst was tevens de imaginaire[35] incarnatie van de macht; de vorst had als het ware twee lichamen. Een sterfelijk lichaam dat door de troonopvolging symbolisch onsterfelijk wordt. Een sacraal lichaam dat quasi-goddelijk, onsterfelijk en onzichtbaar was. De vorst was een schaduw van God.[36]

Deze constitutieve maar symbolische verhouding tot de macht omgrensde de publieke ruimte. Zij gaf ook inhoud aan het politieke in de Middeleeuwen. Dit formele transcendentieprincipe was mogelijk en overtuigend door een verwijzing naar God. Het predikaat formeel wordt hier gebruikt in

30 Kantorowicz, O.c, p. 156.

31 Het is ook van belang te weten dat: 'Before long, the term 'mystical body'became applicable to any corpus morale et politicum in the Aristotelian sense.' Door de Aristotelische invloed op de (politieke) taal werd de staat gezien niet alleen als een politiek lichaam, maar ook als een moreel lichaam. Zie, Kantorowicz, O.c., p. 210.

32 Kantorowicz, O.c., p. 215.

33 Kantorowicz, O.c., p. 209.

34 In 'L' image du corps et le totalitarisme', schrijft Lefort: 'Il a été magistralement montré par Ernst Kantorowicz qu'elle est d'origine théologicio-politique. L 'image du corps du roi comme corps double, á la fois mortel et immortel, invididuel et collectif, s 'est d'abord étayée sur celle du Christ.' Zie, Cl. Lefort, 'L' image du corps et le totalitarisme', in: *L' invention démocratique*, Paris: Fayard 1981, p. 171.

35 Van de Putte vat Leforts gedachten zo samen: 'De macht 'incarneerde' de maatschappij. De maatschappij gaf zichzelf het beeld van haar eenheid in het beeld van de geïncarneerde macht, in het beeld van het lichaam van de vorst dat met het lichaam van maatschappij verbonden, ermee samenviel en er zich tegelijk van afscheidde zoals het hoof van het lichaam.' Zie, Putte, A. van de, Macht en maatschappij. Lefort over democratie en totalitarisme, in: *Tijdschrift voor Filosofie*, 49e Jaargang, 1987, nr.3, p. 411.

36 Deze slagzin was bijvoorbeeld te zien bij vele afbeeldingen van Mohammad Reza Pahlevi, de laatste Sjah van Iran. Hij was een vorst die de Europese concepten van zowel het Ancien Régime als van de moderne tijd wilde belichamen.

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

tegenstelling tot het materiële (inhoudelijke). God was de scheppende oordelaar. Hoe Hij geschapen had, schiep, en zou scheppen, wist niemand. Alleen de verbeelding stelde het goddelijke aanwezig. Hoe Hij geoordeeld had, oordeelde, en zou oordelen, was evenmin bekend. Hoe bij Hem de gerechtigheid was, is en zou zijn, wist ook niemand. Via de imaginaire wereld kon men een voorstelling hebben van deze begrippen. Toch trachtte tegelijkertijd elk individu (dus vele tempels en vele personen) altijd en overal het onbekende en ongekende te betekenen. De goddelijke transcendentie kon als transcendentieprincipe gelden wanneer de transcendentie als een leeg en daardoor een bovenruimtelijk verhaal werd opgevat. God was een leeg verhaal. Door deze leegte was Hij vol van verhalen en mensen die Hem trachtten te betekenen. Het was als het ware een perspectivische wereld bij de gratie van transcendentie. Het streven om God op een bedachtzame, consistente, eenheidsscheppende wijze te verstaan, impliceerde, zo denken wij, de materialisatie (en dus immanentisering) van de transcendentie.

De uiteindelijke legitimatie van de macht, de plaats van de macht (de constitutieve beginselen van het politieke) die in een God-Koningsverhouding boven de gemeenschap transcendeerde, viel mijns inziens uiteen door de politiek-theologische handelingen die tot de materialisatie (immanentisering) van de transcendentie leiden. Immers, deze materialisatie betekende dat de ultieme rechtvaardigingsgrond (het transcendente) van de macht dus ook het recht (en in het bijzonder het strafrecht) op den duur niet meer buiten de publieke ruimte viel, maar hier, in deze ruimte binnen de begrenzing van de rede. Het transcendente werd dan het bepaalbare, en het bepaalbare miste de universele criteria om zich in stand te kunnen houden en te laten gelden. De reformatorische revolutie, de door Descartes in gang gezette crisis over de objectiviteit van de buitenwereld, het despotisme en democratische revolutie als antwoord daarop raakten de kern van Augustiniaanse leer ten aanzien van de coöperatie tussen de onderscheidende werelden namelijk de *Civitas Dei* en de *Civitas Terrena*, religie en politiek.[37]

De grond van het machtsgebouw dat door eenvoudige en mystiek religieuze gedachtegang was gevormd, werd door dezelfde cultuur, mede dankzij de wetenschappelijke en filosofische ontwikkelingen, om zeep geholpen. Dat was het politieke christendom zelf, dat door toedoen van zijn eigen legitieme kinderen (filosofie en wetenschap), ten onder is gegaan. De macht bleek dan grondloos te zijn. De democratische revolutie bracht dan een maatschappijvorm voort, die zich, aldus Lefort, zonder een transcendent punt, grondloos heeft gefundeerd. Daarin is de plaats van de macht leeg en behoort onbepaald te blijven.[38] Niets was in staat het gebouw van de macht voor de ondergang te behoeden. De vermaterialiseerde God was ten dode opgeschreven, en God als materie, zoals alle andere materie, vroeg of laat zou ontbinden. De God als materie kwam letterlijk in de atmosfeer van de menselijke ruimte terecht waarin alles aan het eeuwige proces van ontbinding en wederkeer onderhevig is. Daardoor was dan ook de uitspraak 'God is dood' mogelijk.[39]

37 Carl Schmitt behandelt dit thema, in een polemiek met de protestantse theoloog Peterson, op een geheel andere wijze: 'Die Krisis entstand daraus, daß die (aus Mittelalter und Reformation überkommenen) institutionellen Sicherungen, die bisher die zwei Reiche und Bereiche der Augustinischen Lehre getragen hatten und deren Kooperation und gegenseitige Anerkennung die Unterscheidung von Civitas Dei und Civitas Terrena – Religion und Politik, Jenseits und Diesseits – bisher überhaupt erst konkret ermöglicht hatte, 1918 für den deutschen Protestantismus entfielen, während die Katholische Kirche die ganze Weimarer Zeit (1919-1933) hindurch noch absolut krisenfest zu sein schien und an ihrer bisherigen offiziellen Lehre von den beiden *societates perfectae* – Kirche und Staat – unbeirrt festhielt.' Zie, Schmitt, Carl, *Politische Theologie II. Die Legende von der Erledigung jeder Politischen Theologie*, Duncker & Humblot, Berlin 1996, p. 16.

38 Lefort, Claude, *'L'image du corps et le totalitarisme'*, in: L' invention démocratique, Paris: Fayard 1981, p. 172.

39 De nog dieperliggende betekenis van deze uitspraak van Nietzsche wordt door Heidegger in zijn essay 'Nietzsche Wort 'Gott ist tot", behandeld. Zie, M. Heidegger, 'Nietzsche Wort 'Gott ist tot", in: id. *Holzwege*, Vittorio Klostermann, Frankfurt a/M: 1994, pp. 209-267.

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

10.4 Intermezzo: het monotheïsme als politiek probleem geïllustreerd aan de ideeën van Carl Schmitt

Het imaginaire en het werkelijke zijn de domeinen waarin politiek zich steeds opnieuw, dwars door de crises heen gestalte moet geven. Politiek verdubbelt de werkelijkheid. Immers, politiek in de zin van de publieke ruimte, bevindt zich telkens tussen het symbolische en het reële, waarbij het reële met een verwijzing naar het symbolische wordt gefundeerd. Het politieke, in een historisch begrensde relatie tot de symbolische orde, wordt geacht de maatschappelijke werkelijkheid te kunnen funderen. Het historische duidt hier op de geschiedenis van een publieke ruimte die in zeker mate onverwisselbaar is. De religieuze categorieën die ooit de symbolische orde vorm hadden gegeven, creëerden een transcendent punt van waaruit de publieke ruimte zichzelf in herkenbare machtstermen kon begrijpen. Tegelijkertijd maakte dit spel tussen het immanente en transcendente de identificatie van een bepaalde publieke ruimte als een *a priori* historische gegevenheid mogelijk. Om de verhouding tussen religie en politiek een bredere basis te geven, zullen we hier ook de opvattingen van Duitse jurist en filosoof Carl Schmitt (1888-1985) bespreken.

In zijn polemische werk, *Politische Theologie II. Die Legende von der Erledigung jeder Politischen Theologie,* debatteert Carl Schmitt met theoloog Erik Peterson. Schmitt opponeert hier tegen de veelzeggende titel van Petersons boek: *Der Monotheismus als politisches Probleme. Ein Beitrag zur Geschichte der politischen Theologie im Imperium Romanum* (1935). Th. de Wit reconstrueert in zijn proefschrift deze laatste filosofische activiteit van Carl Schmitt op een heldere wijze. Daarin lezen we dat de politieke theologie volgens Peterson, net als de politieke utopie een schijnbaar steeds weer met innerlijke noodzaak verschijnend *factum* is, dat door de theologen altijd met wantrouwen wordt bejegend en 'in zijn meestal heretische geaardheid wordt herkend, maar dat door de politici steeds weer met nieuw vertrouwen wordt voorgedragen.'[40] De these van Peterson die betrekking heeft op het begrip '*monarchia theou*', en gebaseerd is op een studie van Origenes, Eusebius en Orosius, luidt:

> (...) [D]e leer van de goddelijke monarchie moest schipbreuk lijden op het dogma van de triniteit, en de interpretatie van de *Pax Augusta*[41] moest stuklopen op de christelijke eschatologie. Daarmee is niet alleen theologisch het monotheïsme als politiek probleem achterhaald (*erledigt*) en het christelijk geloof bevrijd uit de verbinding met het Imperium Romanun, maar ook fundamenteel de breuk met elke 'politieke theologie' voltrokken, die de christelijke verkondiging ter rechtvaardiging van een politieke situatie misbruikt. Slechts op de bodem van het jodendom of heidendom kan er zoiets als een 'politieke theologie' bestaan. De christelijke verkondiging van de drie-ene God echter staat aan gene zijde van jodendom en heidendom; het geheim van drieëenheid bestaat immers alleen in de godheid zelf, niet de schepping. Zoals ook de vrede, die de christen zoekt, door geen enkele keizer gegarandeerd wordt, maar alleen een geschenk is van degene, die alle verstand te boven gaat.[42]

We moeten ook niet uit het oog verliezen dat Peterson hier en in andere teksten opponeerde tegen de nationaal-socialistische beweging met haar eigen specifieke politiek-theologische begrippenkader, zoals Eén Volk, Eén Rijk, Eén God. Terecht constateert De Wit dat Petersons kritiek een apodictisch karakter krijgt door de gedachte van theologisch afscheid van elke politieke theologie. In deze polemiek gaat het ook om de richtingstrijd tussen de katholieken en de protestanten aangaande het onderscheid tussen de *Civitas Dei* en *Civitas Terrena* van Augustinus.

Ondanks de Restauratie van 1814/1815 kon ook het 19e eeuwse liberalisme aan de fictie van een 'zuivere' scheiding van religie en politiek vasthouden. Religie was hetzij een zaak voor de kerken,

40 Th. de Wit, *De onontkoombaarheid van de politiek*, O.c., p. 355. Zie C. Schmitt, *Politische Theologie II. Die Legende von der Erledigung jeder Politischen Theologie*, O.c., p. 74.

41 De Wit geeft de volgende belangwekkende toevoeging: 'namelijk als de vervulling van oudtestamentische profetieën.'

42 Th. de Wit, O.c., p. 356. Zie Schmitt, O.c., p. 74.

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

hetzij een loutere privé-zaak. Politiek echter was staatszaak. Religie kon vanuit de kerken, politiek vanuit de staat gedefinieerd worden. De Eerste Wereldoorlog maakte volgens Schmitt een einde aan deze 19e eeuwse liberale institutionalisering van het genoemde onderscheid, omdat toen bleek dat de 'der Staat das Monopol des Politischen' had verloren.[43] De oorzaken daarvan waren onder andere de opkomst van de nieuwe revolutionaire politieke subjecten zoals het industrieel proletariaat. Schmitt stelt dat de Romeinen en Grieken '*theologia politica* of *theologia civilis*' naast mythische en natuurlijke theologie van dichters en filosofen zouden hebben gekend: 'Diese politische Theologie gehört zum Nomos und konstituiert die Öffentlichkeit durch Götterkult, Opferkult und Zeremonien. Sie gehört zur politischen Identität und Kontinuität eines Volkes(...).'[44]

Deze Schmittiaanse constatering is zeer verrassend, immers, hoe zouden we het christelijke begrip theologie op de Grieken kunnen toepassen, die in een cultureel-religieus klimaat van veelgoderij leefden? Goden waren voor de Grieken geen dogma's, ze vormden met de *polis* en de huishouding (*oikos*) een geheel waarvoor dichters als Homerus de slagzin 'O, Grieken' gebruikten. Maar als men het begrip theologie zo ruim, cultureel ongebonden en onbegrensd wil gebruiken, dan zou men het op alle culturen en tijden, en zelfs ook op de oermens, kunnen toepassen. Deze toepassing van theologie is wél te gekunsteld om hier duidelijkheid te kunnen verschaffen over de eventuele status van de nog te bedenken politieke theologie in de pre-christelijke culturen. Uit het onderstaande citaat blijkt wel weer dat Schmitt het verschil tussen de Grieken en de christenen niet uit het oog wil verliezen:

> Insbesondere sind die Heiden immer die *Völker* als politische Einheit im Plural. In der heidnischen Welt entspricht dem Polytheismus ein politischer Pluralismus der Völker im Sinne politischer Einheiten (nicht nur sozialer Gruppen). Die heidnische Welt im Ganzen gilt als ein politisches Pluriversum verschiedener Nationen, die erst durch den Einen Herrn der Welt zu einem politischen Universum werden. Auch das 'Volk Gottes', das jüdische Volk, ist eine politische Einheit, ebenso die Ecclesia, die christlichte Kirche, das neue Volk Gottes.[45]

Het woord 'monarchie' wordt door Schmitt ontleed als Mon-Archi, bij Aristoteles *mia archè*: het ene principe. Dit systeem van denken werd ook bij de Romeinen onder Caesar Augustus, evenals onder de republiek in een dualistische vorm gecontinueerd: de Romeinse senaat en het Romeinse volk, *patres conscripti* en *populus*, *auctoritas* en *potestas*. Later komt de strijd tussen *Sacerdotium* (bisschop van Rome als *auctoritas*, en God als de absolute *auctoritas*) en het christelijke *Imperium*: machtsstrijd tussen Rome en de keizer. Hetzelfde dualisme ziet men in het geloof: geloof en genade.

De gnostische aspecten van het dualisme zouden al genoeg aanleiding hebben gegeven tot het voeren van strijd. Mag dit als het monotheïsme worden opgevat van het Imperium Romanum, dat sinds Augustus de nationale staten in het Romeinse rijk had opgenomen? Hier moet in plaats van dualisme de *monarchia theou* aanvangen. De overwinning van het ware geloof, zo stelt Schmitt, over het polytheïstisch bij-geloof van de *polis* bracht pas de werkelijke eenheid tot stand. En dit werd het christelijke Imperium Romanum, de goddelijke monarchie: 'Das Imperium Romanum ist der Friede, der Sieg der Ordnung über den Aufruhr und die Parteiungen des Bürgerkrieges: Ein Gott – Eine Welt – Ein Imperium.'[46] Het polytheïsme hoorde bij de pluralistische statenwereld thuis.[47]

Wat was dan de status van een bij uitstek pluralistisch godsbeeld, namelijk de drie-eenheid? Hoe zit het dan met die drie goddelijke koningen die, ondanks, en misschien juist dankzij hun diversiteit, een eenheid voorstelden? Anders geformuleerd: Is deze drie verschijning van het goddelijke, namelijk Vader, Zoon en Heilige Geest, te beschouwen als een nieuwe (gekanaliseerde) pluralistische voortzet-

43 Schmitt, O.c., p. 21.
44 Schmitt, O.c., p .40.
45 Schmitt, O.c., p. 46.
46 Schmitt, O.c., p. 63.
47 De Wit, O.c., p. 367.

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

ting van dat polis-bijgeloof? De katholieke kerk is de plaats waar vele heiligen met hun standbeelden bemiddelden tussen de gewone stervelingen en het goddelijke. De katholieke kerk radicaliseerde derhalve het pluralistische aspect van het drie-eenheidsgeloof, door het toelaten van vele menselijke heiligen die een brug vormden tussen *de drie* en de aardse veelheid van het geloof en gelovigen. Is dit niet ronduit een mystieke voortzetting van het polis-bijgeloof? Was dat niet gewoon een voortzetting van de polytheïstische wereld met andere middelen en kaders? Hoe kon de katholieke kerk de dualistische eenheid bewaken en bevorderen, terwijl de moederkerk in de veelheid der heiligen leefde? Schmitts braafheid jegens de katholieke kerk, belemmerde hem om de pluralistische, bemiddelende wereld van heiligen – en de politieke consequenties daarvan – onder de loep te nemen. Wat een zonde: een politiek theoloog die juist de heiligen miste, die zijn moederkerk zo bijzonder en fascinerend maakten!

Maar Schmitt, de wetenschapper van het maken van onderscheidingen, introduceert onmiddellijk met een citaat van E. W. Böckenförde, een nog te maken onderscheid tussen de verschillende religies: Is het christelijke geloof, naar zijn innerlijke structuur een religie als andere religies? Is het in zijn verschijningsvorm gelijk aan een openbare polis-cultus? Of transcendeert het christelijke geloof alle andere religies en liggen juist daarin zijn werkzaamheden en verwezenlijking waardoor de 'Sakralformen der Religion' en de openbare cultusheerschappij worden afgebouwd? Wat beoogt het christendom met dit afbouwen? Böckenförde's slotzin doet ons aan Hegel denken: '(...) und die Menschen zur vernunftbestimmten, weltlichen Ordnung der Welt, zum Selbstbewußtsein ihrer Freiheit zu führen.'[48]

10.5 Wie seculariseerde het politieke? Mohammedaanse Rousseau versus Christus

Het monotheïsme als een politiek probleem[49] is misschien voor de christelijke theologie een achterhaalde zaak, maar niet voor het politieke als zodanig. In *Du Contrat scial* behandelt Jean-Jacques Rousseau het monotheïsme wel degelijk als een politiek vraagstuk. Rousseau bespreekt dit thema in het laatste deel (boek IV) van het *Maatschappelijk verdrag* waar hij onder andere de thema's analyseert over de onvernietigbaarheid van de algemene wil, dictatuur en censuur. Het zijn wel allemaal problematische onderwerpen. De rechtsfilosofie van Rousseau en het belang ervan voor het begrijpen van de moderniteit zullen in hoofdstuk 11 worden behandeld. In hoofdstuk 8 van Boek IV, onder het kopje 'De la religion civile', bespreekt Rousseau de relatie tussen religie en politiek. Dit zijn dan de laatste pagina's van *Du Contrat Social*. Rousseau eindigt letterlijk in een religieuze wereldbeschouwing.

Rousseau is van mening dat de mensen aanvankelijk geen andere koningen hadden dan de goden.[50] Waarom voerden echter heidenen geen godsdienstoorlogen? Rousseau's antwoord is buitengewoon interessant: omdat deze staten geen onderscheid maakten tussen hun goden en hun wetten, 'de politieke oorlog was ook een theologische: de machtssferen van de goden waren bij wijze van spreken vastgelegd door de grenzen van de naties. De god van het ene volk had geen enkel recht op de andere volken.'[51]

De grenzen van het goddelijke en het politieke vielen dus samen. En omdat elke godsdienst uitsluitend gebonden was aan de wetten van de staat die haar voorschreef, waren er geen zendelingen maar alleen veroveraars. De goden moesten vechten voor hum mensen. De oudheid, met haar charmante

48 Schmitt, O.c., p. 40.

49 Het is enigszins ontleend aan Petersons uitspraak dat 'theologisch (…) der Monotheismus als politisches Problem erledigt [ist].'

50 Rousseau, J.J., *Het maatschappelijk verdrag of beginselen der staatsinrichting*, vert. uit het Frans door S. Van den Braak en G. Van Roermund, Boom, Amsterdam/Meppel 1995, p. 160; Rousseau, J.J., *Du Contrat social, Gallimard*, Paris 1964.

51 Rousseau, *Het maatschappelijk verdrag of beginselen der staatsinrichting*, O.c., p. 161.

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

barbaren had werkelijk een interessantere perceptie van goden dan wij. Terecht schrijft Rousseau: 'De mensen vochten niet voor de goden, integendeel: de goden streden zoals bij Homerus voor de mensen.' De Romeinen namen de goden van overwonnen volkeren ook op in hun eigen cultus, schrijft Rousseau. Maar het probleem begon met Jezus. Jezus, de joodse rabbi, die beweerde Messias te zijn, veroorzaakte een groot historisch politiek probleem. De joodse religie was niet universeel, immers de joodse wetten waren alleen op de joden van toepassing. De joden koesterden evenmin de ambitie andere volkeren tot het jodendom te laten bekeren. Maar Jezus wilde een universele versie van het jodendom en hoopte het wereldwijd te kunnen verspreiden. Nogmaals, deze geëxecuteerde jood bracht een historisch politiek probleem voort. Omdat Jezus op aarde een geestelijk koninkrijk wilde stichten:

> (...) de scheiding die dit bracht tussen het theologische stelsel en het politieke stelsel (séparant le système théologique du système politique), maakte een einde aan de eenheid van de staat en veroorzaakte een interne verdeeldheid die de christelijke volken altijd in onrust heeft gehouden. Aangezien de heidenen deze nieuwe gedachte van een koninkrijk van de andere wereld nooit hebben kunnen vatten, beschouwden zij de christenen steeds als echte oproerlingen, die vanuit een huichelachtige onderworpenheid alleen maar uit waren op het juiste ogenblik om zich onafhankelijk te maken, de baas te worden en zich op handige wijze meester te maken van het gezag dat zij in hun zwakheid veinsden te eerbiedigen. Dat was de oorzaak van de vervolging.[52]

Zou Christus eigenlijk ook hierom geëxecuteerd zijn? Hoeveel keren heeft Rousseau niet het feit betreurd dat hij deze feestelijke executie niet had kunnen bijwonen? Tenslotte benadrukt Rousseau dat waar de heidenen bang voor waren, ook gebeurd is, want de christenen hebben de macht veroverd en ze hebben hun koninkrijk van de andere wereld gesticht onder een zichtbare leider die, volgens Rousseau nog steeds, tot het meest gewelddadige despotisme in deze wereld heeft geleid. Rousseau's genadeloze kritiek op Christus is niets anders dan de moderne totalitaire kritiek op de secularisatie van de macht. In Lucas 20: 21-26 wordt de grondslag van het seculiere denken gelegd, waartegen Rousseau zich zo hevig verzet: 'Ze legden Hem een vraag voor 'Meester, wij weten dat U recht in de leer bent; U geeft zonder aanzien des persoons en naar waarheid onderricht over de weg van God. Mogen we aan de keizer belasting betalen of niet?' Maar Hij doorzag hun valse bedoeling en zei: 'Laat Mij eens een denarie zien. Wiens afbeelding staat erop, wiens opschrift?' 'Die van keizer', antwoordden ze. Daarop zei Hij tegen hen: 'Geef dan aan de keizer wat van de keizer is, en aan God wat van God is.' Ze konden Hem in het bijzijn van het volk op geen enkel woord vangen; verbaasd over zijn antwoord deden ze er het zwijgen toe.'

De Zeloten, de joodse revolutionaire opstandelingen waren fel gekant tegen deze belastingplicht aan de Romeinen, die van het jaar 6 na Christus dateerde.[53] Om te begrijpen hoe politiek gevoelig deze zaak was, moeten we bij de joodse historicus Flavius Josephus (37/38-100 n.Chr) ter rade gaan. Dit verhaal vertolkt één belangrijk aspect van de tragedie van het joodse volk uit de *Bellum Judaicum*. Flavius meldt dat Quirinius, de gouverneur van Syrië, door Caesar was uitgezonden met als opdracht de financiële positie van eenieder in Judea vast te stellen. Omdat Judea inmiddels toegevoegd was aan Syrië, moesten ook de joden aangifte doen van hun eigendommen. De joden begonnen zich te verzetten tegen deze belastingmaatregelen omdat deze 'registratieplicht in feite neerkwam op regelrechte slavernij en zij riepen het volk op op te komen voor zijn vrijheid.'[54] Door het plegen van aanslagen op de Romeinen, begon in feite een gewapend verzet tegen de Romeinse bezetters. Flavius beschrijft de gevolgen van dit revolutionaire verzet als volgt: 'Sommigen werden het slachtoffer van onderlinge

52 Rousseau, O.c., p. 162.

53 Willibrordvertaling.

54 Flavius Josephus, *De oude geschiedenis van de Joden*, deel III, vert. door F.J.A.M. Meijer en M.A. Wes, Ambo/Olympus, Amsterdam 2002, p. 322.

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

botsingen, van het fanatisme waarmee mensen elkaar en zichzelf naar het leven stonden in hun ijver niet bij de tegenpartij achter te blijven; anderen sneuvelden in de strijd tegen de vijand van buiten. Hongersnood deed elk besef van normen en waarden verdwijnen, steden werden ingenomen en met de grond gelijkgemaakt, en uiteindelijk viel als gevolg van de opstand zelfs de Tempel van God ten prooi aan vijandelijk vuur.'[55]

We zien hier hoe dramatisch en verwoestend de uitwerking van dit besluit was. Hierdoor blijkt tegelijkertijd hoe belangrijk en bepalend de uitspraak van Christus was. Christus' houding jegens de Romeinse belastingmaatregelen vervreemde hem van zijn volk, en daardoor werd hij als een verrader gezien. Naast vergeving en liefde is de scheiding tussen staat en religie het belangrijkste leerstuk en aspect van het leven van Christus.[56] Hij is daarmee de ware grondlegger van het seculiere principe, het principe dat uitgerekend in het christendom niet werd uitgeoefend.[57] Er is ook daarom een onontkoombaar onderscheid tussen christus en christendom. Daarom schrijft Hannah Arendt in *The Human Condition*, dat de secularisatie als concreet historisch feit slechts betekent scheiding van kerk en staat, van godsdienst en politiek. Maar dit, bezien vanuit godsdienstig standpunt, impliceert veeleer een terugkeer tot de vroeg-christelijke opvatting van 'Geef de keizer wat des keizers is en God wat Godes is' dan een verlies aan geloof.[58]

Carl Schmitt heeft gelijk als hij zegt: dat de kerk van Christus weliswaar niet van deze wereld is, maar ze is wel in deze wereld. Schmitt heeft geen gelijk als hij daaruit concludeert dat de kerk wel in deze wereld is, en ze daardoor ruimte inneemt en ruimte geeft. Ruimte betekent hier voor Schmitt impermeabiliteit, zichtbaarheid en openbaarheid.[59] Schmitt heeft geen gelijk, omdat deze zichtbaarheid slechts mogelijk is wanneer de keizer dat toestaat. Dit zou het rechtstreekse gevolg zijn van het seculiere denken van Christus zelf. Hij aanvaarde immers ook zijn straf, zonder zijn volgelingen tot een opstand aan te sporen. Jezus vertolkte een dubbele onderwerping: onderwerping aan God en onderwerping aan het politieke. De ene redde Hem, de andere executeerde Hem. Deze pijnlijke conclusie trok noch het christelijke Europa noch de Schmittiaanse politieke (in zeker zin anti-Christus) theologie. Schmitt en andere Europeanen hadden een verkeerde god, ze moesten voor hun politieke theologie, zoals Rousseau, bij een andere god hun heil zoeken. Het christelijk monotheïsme is uiteraard een politiek probleem.

De macht kan in de moderne democratie niet samen met de monotheïstische eredienst. Dat de macht in de Griekse democratie van de oudheid wel samenviel met het goddelijke, had te maken met de pluralistische veelgoderij die niet boven maar een onafscheidelijk onderdeel van de publieke ruimte (Politiek) was. Christus is de grondlegger van het secularisme: het beginsel van scheiding van

55 Flavius Josephus, O.c., p. 323.

56 Zie Lewis, Bernard, 'Islam and Liberal Democracy. A Historical Overview', in: *Journal of Democracy,* 7.2 (1996), pp. 52-63, p. 61: 'In islam (…) there is from the beginning an interpenetration, almost identification, of cult and power, or religion and the state.' Lewis verklaart dit vanuit de historische oorsprong van de islam die hij contrasteert met die van het christendom. Mohammed was niet alleen maar een profeet, maar ook een politiek heerser. De positie van de islam lijkt daarom op die van het jodendom in het Oude Testament. Dat is een geheel andere positie dan die van het christendom dat ontstond toen christenen werden vervolgd. Volgens anderen is de islam zelfs secularisatie-resistent. Gellner, Ernest, 'Islam and Marxism: Some Comparisons', in: *International Affairs,* Vol. 67, no. 1 (January 1991), pp. 1-6, p. 2 schrijft: 'I think it is fair to say that no secularization has taken place in the world of Islam: that the hold of Islam over its believers is as strong, and in some ways stronger, now than it was 100 years ago. Somehow Islam or other Islam is secularization-resistant, and the very striking thing is that this remains true under a whole range of political regimes.'

57 Zo was het katholieke kerk lange tijd een scherp tegenstander van de scheiding van kerk en staat: 'Le *Syllabus* écrit par le pape Pie IX en 1864 exprime un refur total de la laïcité, telle que nous l'entendons aujourd'hui', aldus Roy, Oliver, *La laïcité face à l'islam,* Stock, Paris 2005, p. 70.

58 Arendt, Hannah, *The Human Condition*, The University of Chicago Press, Chicogo/London 1998(1958), p. 253.

59 'Die Kirche Christi ist zwar nicht von dieser Welt und ihrer Geschichte, aber sie ist in dieser Welt. Das heißt: sie nimmt und gibt Raum, und Raum bedeutet hier: Impermeabelität, Sichtbarkeit und Öffentlichkeit.' Zie, Schmitt, o.c., p. 41.

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

kerk en staat.[60] Dat het christelijke Imperium Romanum op den duur afscheid neemt van het seculiere beginsel van Christus, duidt op een grondige revisie op het denken van Jezus. Er is overigens ook een onderscheid tussen de joodse Christus en de christelijke geschiedenis. Maar bij wie moet nu Rousseau zijn toevlucht nemen, hij wil immers een burgerlijke godsdienst voor de mensen? Wellicht een godsdienst die in harmonie met politiek, behulpzaam kan zijn bij het uitvoeren van de onveranderlijke onvervalsbare en niet te doven algemene wil. Welke profeet is in staat om het dualisme van Christus te overwinnen? Welke profeet kan Rousseau helpen bij het totstandbrengen van een totale samenleving? Welke profeet kan, na het overwinnen van Christus' dualisme, het monotheïsme met succes incorporeren in het politieke? Het antwoord komt van hemzelf:

> Mohammed had zeer gezonde denkbeelden, hij gaf zijn staatsinrichting een hechte samenhang en zolang zijn regeringsvorm onder zijn opvolgers, de kaliefen, bleef bestaan, vormde deze regering een perfecte eenheid, en was in dit opzicht goed. Maar toen de Arabieren welvarend, geletterd, beschaafd, week en laf geworden waren, werden zij door barbaren onderworpen. Toen begon de verdeeldheid tussen de twee machten opnieuw. Ofschoon zij bij de mohammedanen minder op de voorgrond treedt dan bij de christenen, is zij er toch aanwezig, vooral in de sekte van Ali, en er zij staten zoals Perzië waar zij zich onophoudelijk doet gevoelen.[61]

We zien hier twee evidente fouten bij Rousseau.

De eerste fout is dat afgezien van de twintigste eeuw, de Arabieren er geen seconde serieus aan hebben gedacht om het theologische te scheiden van het goddelijke. Het leven van profeet Mohammed, de koran en Hadith (de overleringen van profeet) constitueren de publieke ruimte (Medina, de stad, de *polis*). De latere Mohammed (in Medina) ontwikkelde zich tot een staatshoofd: Mohammed besliste wanneer en hoe een oorlog moest worden gevoerd; hij was tegelijk de politieke, religieuze, en juridische leider. Hij was kortom de soeverein, de Leviathan van Thomas Hobbes. Na hem konden kaliefen niet langer als profeet gezien worden, maar ze worden gezien als de opvolger van profeet. Ze kregen de titel 'Amir al-Mu'minin': staatshoofd, of de prince van de gelovigen. Daarom zegt de koning van Marokko Hassan II in een interview met *Le Monde* van 4 septemer 1992, het volgende:

> De islam verbiedt het mij om een constitutionele monarchie volgens West-Europees model in te voeren. Weliswaar kan ik enkele bevoegdheden overdragen aan anderen, maar ik heb het recht niet om uit eigen beweging mijn voorrechten op te geven. Een islamitische monarch kan zijn macht niet delegeren.[62]

De tweede fout van Rousseau is dat Perzië weliswaar ten tijde van Rousseau (uiteraard met het geweld) Sji'ietisch geworden was, maar het koninkrijk toch via het recht, diep verbonden was met de geestelijke wereld. Desalniettemin ging het de machtsstrijd tussen de Sji'ieten en Soennieten niet om, zoals Rousseau zeer ten onrechte beweert, het onderscheid tussen het theologische en het politieke. Het conflict draaide om de opvolging van profeet Mohammed: Ali versus Abu Bakker. Inderdaad is later het conflict uitgebreid tot theologische vraagstukken. Ayatollah Khomeini is de man naar

60 Zie hierover ook: Napel, H.-M.Th.D. ten, 'Tussen hoop en wantrouwen. De actuele discussie van het protestantse denken over de verhouding tussen godsdienst en staat', in: B.C. Labuschagne, red. *Religie als bron van sociale cohesie in de democratische rechtsstaat?,* Ars Aequi Libri, Nijmegen 2004, pp. 87-96; Labuschagne, B.C., 'Transcendentie, recht en staat. De vergeten dimensies van civiele religie en politieke theologie', in: B.C. Labuschagne, *Religie als bron van sociale cohesie in de democratische rechtsstaat?,* Ars Aequi Libri, Nijmegen 2004, pp. 97-118. Voor de Amerikaanse situatie over de scheiding van kerk en staat: Napel, H.-M.Th.D. ten, 'A brick from the wall': Zelman v. Simmons-Harris et al. en het einde van de strikte scheiding tussen kerk en staat op onderwijsgebied in Amerika', in: P.B. Cliteur & H.-M.Th.D. ten Napel, red., *Rechten, plichten, deugden,* Ars Aequi, Nijmegen 2003, pp. 185-193.

61 Rousseau, O.c., p. 163.

62 Aangehaald in het boek van Bassam Tibi, Zie, Tibi, B., *Der wahre Imam. Der Islam von Mohammed bis zur Gegenwart*, Piper, München 2001, p. 26.

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

het hart van Rousseau. Ayatollah Khomeini bepleitte al in de jaren '60 van vorige eeuw in zijn boek *Wela-yate Vaqhieh* het herstel van de eenheid tussen het politieke en theologische in het moderne Perzië.[63] Dus de sekte van Ali heeft, voorzover ze de kans daartoe hebben gekregen, wel gehandeld naar de eenheidstheorie van Rousseau. Hetzelfde verhaal is ook op Bin Laden van toepassing.

Als de islam de reële eenheid tussen het politieke en het theologische kan doen ontstaan, dan betekent dit dat een islamitische publieke ruimte geen plaats biedt voor een profane wereld. Het sacrale en het profane vormen een eenheid waarbij het onderscheid tussen het reële en het imaginaire ook zou wegvallen. Er is dan geen plaats meer voor de (politieke) verbeeldingskracht. In de 'islamitische' publieke ruimte zou derhalve de macht niet of nauwelijks *voorgesteld* maar gewoon *aanwezig gesteld* worden. Dan zou de plaats van de macht nooit imaginair leeg kunnen zijn. De plaats van de macht is dan reëel bezet. De eenheid van het transcendente en de immanente wereld is een voorwaarde voor het totalitarisme: de Geschiedenis (transcendentie) en de samenleving met haar organisatie (immanente) vallen samen. Dat was in de Sovjet-Unie en in Nazi-Duistland het geval.

10.6 Transitie van de Middeleeuwen naar de moderne tijd

De scholastieke filosofie en het Middeleeuwse christendom werden onder de invloed van de renaissance onderworpen aan een geestelijk klimaat en het verlangen naar veranderingen. Al bij Roger Bacon (1210-1292) begon een tendens naar het empirische onderzoek wat onontbeerlijk bleek te zijn voor de ontwikkelingen van de natuurwetenschappen. De renaissance die een ondubbelzinnige belangstelling voor de oudheid en voor het humanisme had veroorzaakt, heeft een zeer grote rol gespeeld bij de verdere ontwikkelingen die zich op het gebied van religie zouden voordoen. De renaissance en de reformatie worden door vele historici in één adem genoemd. Een goede definitie van de renaissance bestaat niet, historici proberen deze macabere beweging die ook door de islamitische beschaving was beïnvloed, enigszins af te bakenen door een verwijzing naar een geestelijke wedergeboorte van Europa:

> The Renaissance, therefore, cannot be easily defined. (...) The essence of the Renaissance lay not in any sudden rediscovery of classical civilization but rather in the use which was made of classical models to test the authority underlying conventional taste and wisdom. It is incomprehensible without reference to the depths of disrepute into which the medieval Church, the previous fount of all authority, had fallen. In this the Renaissance was part and parcel of the same movement which resulted in religious reforms. (...) The prime quality of the Renaissance has been defined as 'independence of mind'.[64]

De onafhankelijkheid van geest is de terechte typering voor datgene wat de renaissance heeft voortgebracht. Erasmus van Rotterdam is natuurlijk een befaamd voorbeeld dat geen uitleg behoeft. En Martin Luther (1483-1546) is de eerste kerkhervormer wiens theologische en politieke activiteiten een einde heeft gebracht aan het geloofsmonopolie van de katholieke kerk in west-Europa. De bijbelstudies en de algemene verdeeldheid binnen het geloof hebben de poorten naar de moderne tijd opengezet.

Daarnaast gaven ongetwijfeld uitvindingen en ontdekkingen een enorme impuls aan het veranderingsproces dat reeds op gang was gekomen. Daarbij moeten we denken aan het uitvinden van het kompas, het buskruit en de boekdrukkunst. Het astronomische wereldbeeld van de Middeleeuwen werd letterlijk op zijn kop gezet: in de Middeleeuwen werd gedacht dat de aarde het onbeweeglijke centrum van het heelal is. En alles zou dan om de aarde draaien (geocentrisme). Aan de aarde als het middelpunt van de werkelijkheid werd langzamerhand getwijfeld. Nicolaus Copernicus (1473-

63 Ayatollah Khomeini , *Der islamische Staat*, Berlin 1983.

64 Norman Davies, *Europe. A History,* Pimlico, London 1977, p. 471.

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

1543) stelde het zogeheten Copernicaanse (heliocentrische) wereldbeeld samen en hij toonde onder andere aan dat de aarde om haar as wentelt. Copernicus is de grondlegger van de moderne astronomie. De Revolutionibus orbium coelestium (Over de omwentelingen der hemellichamen) werd later op Index librorum prohibitorum gezet.[65] De Index bevatte lijst van boeken die door de katholieke kerk verboden werden verklaard. De natuurwetenschappers en de kerkelijke autoriteiten kwamen in die nadagen van de Middeleeuwen vaker met elkaar in botsing. Galileo Galilei (1564 - 1642), werd door de inquisitie met succes vervolgd vanwege zijn wetenschappelijke ontdekkingen.[66] Een andere geleerde Giordano Bruno (1548-1600) had minder geluk. Hij kwam op 17 februari 1600 in Rome terecht op een brandstapel wegens de bewering dat het universum oneindig is.[67] Newton, Kepler en vele andere natuurwetenschappers brachten met het gebruik van instrumenten en de vernieuwde toepassing van wiskunde een wetenschappelijke revolutie teweeg, die de wereld totaal zou veranderen. Deze summier opsomming is louter bedoeld om onze geheugen op te frissen en in staat gesteld te worden politiek en juridische betekenis van de moderne tijd te markeren.

10.7 De moderne tijd: Descartes

Met René Descartes (1596-1650) vangt, filosofisch gesproken, de moderne tijd aan. Hij is, zoals de Duitse filosoof Schopenhauer, zei 'de vader van de moderne filosofie':[68]

> Cartesius (Descartes) gilt mit Recht für den Vater der neueren Philosophie, zunächst und im allgemeinen, weil er die Vernunft angeleitet hat, auf eigenen Beinen zu stehn, indem er die Menschen lehrte, ihren eigenen Kopf zu gebrauchen, für welchen bis dahin die Bibel einerseits und der Aristoteles anderseits funktionierten; im besondern aber und engern Sinne, weil er zuerst sich das Problem zum Bewußtsein gebracht hat, um welches seitdem alles Philosophieren sich hauptsächlich dreht: das Problem vom Idealen und Realen, d.h.. die Frage, was in unserer Erkenntnis objektiv und was darin subjektiv sei, also was darin etwanigen von uns verschiedenen Dingen und was uns selber zuzuschreiben sei.[69]

Descartes is ook de vader van het modern rationalisme. Gedurende de Middeleeuwen werd nooit radicaal aan de constructie van de werkelijkheid getwijfeld. De objectiviteit van de wereld was gewaarborgd door het bestaan van één almachtige God aan te nemen. Niet de mens met zijn behoeftes, maar de goddelijke ordening was het centrum van de werkelijkheid. Op basis hiervan, zoals we al gezien hebben, werd een complexe politiek-theologische wereldbeschouwing opgebouwd, die de structuren van macht en recht vorm en inhoud gaf. De subjectiviteit van de mens als persoon werd nooit in het Middeleeuwse juridische denken voorop gesteld. In zijn *Meditationes de prima philosophia* (kortheidshalve Meditaties) stelt Descartes dat men zich eenmaal in het leven moet verlossen van alle bestaande opinies en het moet vanaf de eerste grondslag een nieuw begin worden gemaakt. En

65 Zie hierover het nog steeds onovertroffen: White, A.D., *A History of the Warfare of Science with Theology in Christendom,* Twee delen, Dover Publications, New York 1960 (1896) en voor een overzicht in kort bestek: Russell, Bertrand, *Religion and Science,* Oxford University Press, London New York Toronto 1935.

66 Zie voor recent onderzoek dat nog steeds doorgaat over het conflict van Galilei met de kerk: Shea, William R., & Artigas, Mariano, *Galileo in Rome. The Rise and Fall of a Troublesome Genius*, Oxford University Press, Oxford 2003.

67 Wat aan de Britse sociaal hervormer Charles Bradlaugh de opmerking ontlokte dat zowel in de geologie als ook in de astronomie de mensheid veel te winnen zou hebben bij het verwerpen van de 'Christian theory'. Zie voor een onderbouwing hiervan met voorbeelden: Bradlaugh, Charles, 'Humanity's gain from unbelief', 1889, in: *North American Review,* 148, no. 3 (March 1889), pp. 294-306.

68 Schopenhauer, Arthur, *Die Welt als Wille und Vorstellung,* II, in: *Sämtliche Werke,* Band I, Cotta-Verlag/Insel-Verlag, Stuttgart/Frankfurt am Main 1976 (1818), p. 13.

69 Schopenhauer, Arthur, *Skizze einer Geschichte der Lehre vom Idealen und Realen,* in: *Sämtliche Werke,* IV, Cotta-Verlag/Insel-Verlag, Frankfurt am Main 1965 (1851), pp. 11-42, p. 11.

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

dit moeten we doen als we iets zekers en blijvends in de wetenschappen willen oprichten.[70] Descartes keert zich tegen de scholastiek, hij wil opnieuw beginnen.

Daarvoor moet hij wel aantonen dat bijna alles onwaar is. Hij zal alles verwerpen waarin hij de minste reden tot twijfel heeft. Immers de zintuigen bedriegen ons vaak. Hij vraagt zich af: 'Op grond waarvan zou ik kunnen ontkennen dat deze handen en dit hele lichaam van mij zijn?'[71]Stel, zegt Descartes, dat we nu dromen en dat alle bijzonderheden om ons heen niet echt zijn. Waarom zou het niet waar zijn dat we alles, onze hoofd, handen, kapstok, de deur hebben gefantaseerd? We zijn ons uiteraard niet bewust van het dromen. Alleen algebra en meetkunde, wat niet noodzakelijkerwijs in de natuur hoeft voor te komen, zijn gevrijwaard van twijfels. We weten zeker dat één plus één is twee. Alle andere zekerheden, inclusief het bestaan, moeten nog worden bewezen. Dwaling, wantrouwen en verzinsels moeten worden gescheiden van de waarheden en zekerheden. Descartes zocht naar een Archimedisch punt, een onbeweeglijk punt, om het *zijn* te funderen.

De cartesiaanse twijfel is buitengewoon radicaal: 'Ik veronderstel dus even dat alles wat ik zie onwaar is; ik geloof ook dat er nooit iets bestaan heeft van de voorstellingen die mijn bedrieglijke geheugen me geeft. Ook heb ik geen zintuigen; lichaam, gestalte, uitgebreidheid, beweging en plaats zijn fantasieën. Wat kan er dan nog waar zijn? Misschien dit ene, dat er niets zekers bestaat.'[72] Descartes is geen atheïst, hij zal in hetzelfde werk een ontologisch godsbewijs, (in navolging van Anselmus van Canterbury) presenteren. In deze cartesianse gedachteconstructie alles, inclusief alle zintuigen, kan hem bedriegen. Ten slotte komt hij tot de conclusie dat de uitspraak *ik ben, ik besta* (*cogito ergo sum*), noodzakelijk waar is. Inderdaad staat een ding vast: een subject (een ik) stelt de vragen. Maar Descartes vraagt zich af 'als ik nu noodzakelijk besta, weet ik toch nog niet voldoende wie ik dan eigenlijke ben.' Volgens filosoof Bernard Delfgaauw waar het op aankomt is het volgende: 'de nadruk op het *cogito* leidt tot de volgende identificatie: cogito → anima → homo. Dit betekent: ik ontdekt mijzelf in het denken (cogitare), dit denken is mijn ziel (anima), van mijn ziel ben ik door dit denken zeker, van mijn lichaam niet: de mens is dus primair zijn ziel.'[73] De moderne tijd draait derhalve om het Ik (subject) en Denken (cogitare). Descartes roeit de twijfels met het denken uit:

> Denken? Hier vind ik het: het denken bestaat; dit is het enige dat niet van mij kan worden afgenomen. Ik ben, ik besta; dat is zeker. Maar hoelang? Natuurlijk zolang ik denk; want het zou wel eens kunnen dat ik plotseling helemaal ophoud te bestaan, als ik ermee ophoud enige gedachte te hebben. Nu neem ik niets aan dan wat noodzakelijk waar is: ik ben dus in strikte zin alleen maar een denkend ding (*res cogitans*) dat wil zeggen een geest, een gemoed, een verstand of een rede, allemaal termen waarvan de betekenis me vroeger onbekend was. Ik ben dus een echt ding en ik besta echt. Maar wat voor soort ding ben ik dan? Ik zei het al: een denkend ding. (...) Ik weet dat ik besta; ik zoek nu wie die 'ik' is, waarvan ik dit weet. (...) Maar wat ben ik dan wel? Een denkend ding. Wat is dat? Dat is iets dat twijfelt, begrijpt, bevestigt, ontkent, wil en niet wil, en verder iets dat voorstellingen heeft en ervaart.[74]

Descartes erkent, volgens Delfgaauw, de zekerheid van het bewustzijn (*conscience*), maar dan ook alleen deze zekerheid[75]. Het 'ik' is een substantie dat ze denkt en om te bestaan geen plaats nodig heeft. Het 'ik' is niet afhankelijk van enig stoffelijk ding. Dit 'ik', voegt Descartes er aan toe, dat wil zeggen de ziel, waardoor ik ben wat ik ben, is dus geheel van het lichaam onderscheiden en is zelfs gemak-

70 Descartes, René, 'Meditation on first philosophy', in *Meditatie, over de eerste filosofie waarin het bestaan van God en het onderscheid tussen menselijke ziel en lichaam worden bewezen*, Boom, Amsterdam 1992, p. 39; Descartes, René, Meditation on first philosophy, in: *Descartes, Key philosophical writings*, Wordsworth Classics, London 1977.

71 Descartes, *Meditaties*, p. 41.

72 Descartes, O.c., p. 45.

73 Bernard Delfgaauw, *Filosofie van de vervreemding. Als vervreemding van de filosofie*, Kok Agora, Kampen 1987, p. 53.

74 Descartes, O.c., pp. 47-49.

75 Delfgaauw, O.c., p. 55.

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

kelijker dan het lichaam te kennen. De ziel kan zelfs zonder lichaam evengoed volledig zijn.[76] Deze wijze van denken was de Middeleeuwse mens geheel vreemd. Hier begint een nieuwe wereld waarin, ondanks de sporen van de scholastiek, de objectiviteit, het bestaan van de buitenwereld en zelfs het individuele bestaan wordt getwijfeld. Met het cartesiaanse denken, het denken in termen van subject (het 'ik'), wordt ook het subjectivisme geïntroduceerd. Tegelijkertijd wordt het denken (cogitare) aangespoord om alles, en werkelijk alles te onderzoeken: van openbaring naar de rede als de instantie die de zekerheid zal verschaffen (denk aan het citaat van Schopenhauer hiervoor: Descartes spoorde mensen aan hun eigen hoofd te gebruiken in plaats van de bijbel of Aristoteles).[77] De onzekerheid is de grondstemming van de moderne tijd die we ook in politieke en juridische structuren zullen aantreffen. Doordat niemand kan twijfelen aan zijn twijfel ontstaat de zekerheid. Door Descartes te bekritiseren, bekritiseert men de moderne tijd.

De Duitse filosoof Martin Heidegger (1889-1976) noemt in zijn essay *Die Zeit des Weltbildes* een aantal kritische kernpunten over de moderne tijd. Tot de essentiële verschijnselen van de moderne tijd hoort volgens Heidegger, haar wetenschap. Een even belangrijk onderdeel ervan is de 'machinetechniek', techniek is dan identiek met de moderne metafysica. De moderniteit bracht ook de kunst in het gezichtsveld van de esthetica, aldus Heidegger waardoor het kunstwerk tot voorwerp van beleving wordt, met als gevolg dat de kunst beschouwd wordt als een uiting van het leven van de mens. Kunst[78] diende immers oorspronkelijk waarheid te openbaren. De cultuur is in de moderne tijd de verwerkelijking van de opperste waarden door zorg voor de hoogste goederen van de mens. De ontgoding (Entgötterung) is ook een verschijnsel van de moderniteit. Deze term duidt geenszins op het atheïsme of het opzij schuiven van goden. Daarbij herinterpreteert het christendom zijn christelijke eigenheid tot wereldbeschouwing en past zich aan aan de geest van de moderne tijd. Het christendom verloor zijn religiositeit. De ontstane leegte wordt vervangen door het historisch, psychologisch onderzoek naar de mythe. Ten slotte is 'onderzoek' het wezen van de moderne wetenschap waarbij de onderzoeker een proces in een domein van het zijnde, de natuur of de geschiedenis inricht: de natuurprocessen worden ontworpen of nagebootst met behulp van mathematische formules en experimenten.[79]

Een andere criticus van de moderne tijd is Hannah Arendt. 'Cogito ergo sum' is in Arendts ogen dubito ergo sum (ik twijfel, dus ik ben).[80] Het cartesianse denken streeft louter naar de zekerheid en daardoor wordt de mens slechts met zichzelf en niet met iets anders geconfronteerd: 'de werkelijkheid van zich in de geest afspelende processen.'[81] De zintuiglijke reële wereld wordt door de cartesiaanse bewustzijnsfilosofie verzwakt. Alles wat zintuiglijk kan door de befaamde reductio scientiae ad mathematicam worden vervangen door een stelsel van wiskundige vergelijkingen, aldus Arendt. In haar laatste boek *The Life of the Mind*, is Arendt genadeloos over de doorwerking van de cartesiaanse filosofie in de Europese cultuur: 'Nooit kwam bij hem [Descartes] op dat geen enkele "cogitatio" en geen enkel "cogito me cogitare", geen enkel bewustzijn van een handelend ik dat alle vertrouwen in de werkelijkheid van zijn intentionele objecten heeft opgeschort, hem ooit van zijn realiteit had

76 René Descartes, *Over methode*, Amsterdam 1987, p.70.

77 Aristoteles had bij de scholastische filosofen een enorm gezag. Zo groot was dat gezag dat een beroep op een tekst van Aristoteles bijna net zoveel gewicht in de schaalde legde als een beroep op een passage uit de heilige schrift.

78 Het wezen van kunst (of een kunstwerk) is het geschieden van de waarheid. De waarheid is dan volgens Heidegger, de oerstrijd waarin telkens op een bepaalde manier het opene wordt bevochten waarin alles wat zich als zijnde toont naar binnen staat en waar alles, wat zich onttrekt, wegblijft. In deze openheid gaat het om de strijd, lichting en verberging. Zijn beroemde omschrijving van het wezen van kunst luidt: 'Das Wessen der Kunst ist die Dichtung. Das Wesen der Dichtung aber ist die Stiftung der Wahrheit. Das Stiften verstehen wir hier in einem dreifaschen Sinne: Stiften als Schenken, Stiften als Gründen und Stiften als Anfangen.' Zie, Heidegger, Martin, 'Der Ursprung des Kunstwerkes', in: *Holzwege*, Vittorio Klostermann, Frankfurt a/m 1994, pp.44-60 en p.63.

79 Heidegger,Martin, 'Die Zeit des Weltbildes', in: *Holzwege*, Vittorio Klostermann, Frankfurt a/m 1994, pp.73-95.

80 Arendt, Hannah, *The Human Condition*, The University of Chicago Press, New York/London 1998 (1958) , p. 279.

81 Arendt, O.c., p. 281.

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

kunnen overtuigen indien hij werkelijk in een woestijn geboren zou zijn, zonder een lichaam met de zintuigen om "stoffelijke dingen" waar te nemen en zonder medeschepselen die hem konden verzekeren dat wat hij waarnam ook door hen werd waargenomen.'

De *sensus communis*, het gemeenschappelijke, intersubjectieve zintuig dreigt te ontbreken in de moderne tijd. Omdat niet langer de aanwezigheid en de verschijning van andere mensen een waarborg is voor de objectiviteit en betrouwbaarheid van de *buitenwereld*. De gesloten binnenwereld, de wereld van het 'ik' is dan de ultieme maatstaf die objectiviteit in de vorm van zekerheid moet verschaffen. Het radicale wantrouwen jegens het lichamelijke, de zintuiglijke waarnemingen en de afwezigheid van de 'ander' zou tenslotte tot de verzwakking van de intermenselijke aangelegenheden leiden: daardoor wordt er het politieke structureel gewantrouwd. Het politieke is een wereld van burgers en niet van geesten of zekerheden. Arendt verdiept haar kritiek door te schrijven: 'De cartesianse "res cogitans', dat fictieve schepsel zonder lichaam, zonder zintuigen, verlaten, zou zelfs niet weten dat er zoiets als werkelijkheid en een mogelijk onderscheid tussen het werkelijke en het onwerkelijke, tussen de gewone wereld van het wakende leven en de particuliere niet-wereld van onze dromen bestond.' De fantasiewereld kan in de moderne tijd de plaats van de werkelijke wereld innemen. Er zou zelfs sprake zijn van een neiging tot het verwerkelijken van ficties. Met een beroep op de Franse filosoof Merleau-Ponty (1908-1961) rond Arendt haar kritiek op Descartes af: 'Wat Merleau-Ponty op Descartes had aan te merken is even briljant als juist: 'Als men de waarneming terugbrengt tot de gedachte van de het waarnemen [...] sluit men een verzekering tegen de twijfel, waarvan de premies zwaarder wegen dan het verlies waarvoor zij schadeloos moet stellen; want het betekent een verschuiving naar een soort zekerheid, die ons nooit het 'er is' van de wereld zal teruggeven."[82]

Met alle bedenkingen die we ten aanzien van cartesiaanse filosofie kunnen hebben, is toch de vraag of juist de radicaliteit van deze vertwijfeling de manier was en is waarop de wetenschappelijke, maatschappelijke, politieke en ethische ontwikkelingen zich hebben gestalte gegeven. Kan een beschaving, zonder de aanwezigheid van God als de ultieme legitimatiegrond voor macht en recht, anders dan in het stramien van vertwijfeling te denken en te handelen? Getuigt de radicaliteit van de kritiek op Descartes het verlangen naar een romantische orde met god, engelen en politieke theologie? Kunnen we uit de moderne tijd ontsnappen? Een ding staat vast: Descartes' benaderingswijze is het filosofisch-intellectueel begin van de moderne tijd. Maar waar en hoe begon politiek en juridisch de moderne tijd?

10.8 Religieuze en juridische hervormingen en het Verlichtingstijdperk

De renaissance, de reformatie met alle politieke en militaire gevolgen van dien, het onophoudelijke proces van verstedelijking hebben elk op zich een aanzienlijke bijdrage geleverd aan de legitimatiecrisis van de macht. Voordat we hier het wezen van de legitimatiecrisis gaan behandelen, zullen wij aan de hand van het strafrecht laten zien hoe deze crisis binnen het recht vorm heeft gekregen.

Het oude Germaanse 'strafrecht' dat bijna geen publiekrechtelijke aspecten had en op begrippen zoals vrede, verzoening en boete (een som, fredus of *fredum* dat aan de benadeelde stam wordt betaald) was gebaseerd, werd in de 13e eeuw overschaduwd door een nieuw strafrechtelijke concept: inquisitoire revolutie. Het is een dubbelzinnige revolutie: enerzijds was zij ook onder invloed van de renaissance tot stand gekomen ten einde het strafgeding te harmoniseren en rationaliseren en anderzijds had zij een rooms-katholiek karakter dat uiteindelijk erop gericht bleek te zijn andersdenkenden te willen vervolgen en een nieuwe vorm van irrationaliteit te produceren. Het accusatoire karakter van het Germaanse strafrecht was ingebed in het concept van de lijdelijkheid van de rechter

82 Ik maakt hier gebruik van de vertaling van Jacques Taminiaux, Zie: Taminiaux Jacques, *Het Thracische dienstmeisje en de professionele denker. Hannah Arend en Martin Heidegger*, SUN, Nijmegen1992, p.156; Arendt Hannah, *The Life of the mind*, Harcourt Brace, New York/London 1977, pp.48-49.

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

waardoor de partijen inzake het bewijs werden gedwongen om het zelf uit te zoeken of uit te vechten: via godsoordelen, waterproef en vuurproef. De oorsprong van het inquisitoire proces ligt in Italië en wordt dan overal doorgegeven door het canonieke recht. Tijdens de heerschappij van paus Innocetius III (1196-1216) kwam bij kerkelijk strafproces de inquisitio op. De procedure *per inquisitionem* moest de bevordering van de kerkelijke belangen vergemakkelijken die 'goddelijk' van aard waren.[83]

De kerk wilde oorspronkelijk met de nieuwe procedure alleen haar eigen dienaren op grond van *ratione personae* (uit hoofd van de persoon), onder jurisdictie van de kerk laten brengen. Omdat de kerk in navolging van Augustinus een strikt onderscheid tussen wereldlijke en geestelijke overheden wilde maken. Deze verandering is van groot belang, omdat ze een buitengewoon belangrijke rol heeft gespeeld bij de publiekrechtelijke vorming van de moderne tijd. Wie het ontstaan en de ontwikkeling van het strafrecht in de huidige vorm wil begrijpen, moet eerst het geheim van deze overgang ontcijferd hebben. Verschillende factoren hebben daartoe bijgedragen. Hier volgt een summiere opsomming van de belangrijkste factoren:

– Centralisatie: deze tendens wordt vooral gestimuleerd door de kerk waardoor aan de ene kant het proces van evangelisatie zou worden bevorderd en aan de andere kant zou het behoud van het geloof bij geëvangeliseerde volkeren kunnen worden gerealiseerd.
– Economie: de opkomst van de steden, bijvoorbeeld in Noord Italië waar de inquisitie is ontstaan, is mede van invloed geweest om de misdaden ex officio te vervolgen. Het is ook niet verwonderlijke dat een van de eerste publiekrechtelijke delicten, naast andere delicten, valsemunterij is geweest.
– Het bestrijden van de Germaanse vormen van irrationaliteit.
– Zekerheid: bij de burgers heerst een verlangen naar zekerheid, vooral in verband met de opkomst van de steden. De groei en de complexiteit van de samenleving maakte de private opsporing van de daders bijzonder moeilijk.
– Bewijsrecht: de irrationele elementen die aan aquisitoire procedure kleefden, maakten het vertrouwen in de juiste uitkomst van de godsoordelen bijna onmogelijk.
– Eenheid: deze behoefte was mede dankzij de centraliserende neiging (of beter gezegd: proces) ontstaan. Eenheid in strafrechtspraak zou enerzijds de rechtszekerheid bevorderen en het zou anderzijds door een uniforme vervolging de veiligheid vergroten.
– Romeins en Canoniek recht[84] De receptie van het Romeinse recht heeft niet alleen het privaatrecht maar ook het strafrecht beïnvloed. Daarbij kunnen we denken aan de juridische eenheid, de centralistische tendensen en het codificatie-denken.

Eigenlijk was de opkomst van de inquisitoire procedure een soort secularisatie geweest ten opzichte van de accusatoire procedure. Het formalistische bewijsrecht en de godsoordelen worden verdrongen

83 'De invoering is te danken aan genoemden paus, in wiens regeling van 1199 de onderscheiding der strafprocedures in accusatio, denunciatio en inquisitio wordt gevonden. Voor deze hervorming beriep men zich op plaatsten in het Oude en Nieuwe Testament (Genesis XVIII, 2 en Lucas XVI, 2), maar zij steunde vooral op de leer van de pauselijke almacht. Het 4e concilie van Lateranen (1215) bekrachtigde de nieuwe leer en het recht van inquisitio des rechters werd erkend.'Zie: Heijnsbergen, P. van, 'Oorsprong en opkomst van het inquisitoire strafproces', in: *Tijdschrift voor Geschiedenis*, 39 (1924), p.311.

84 Clara Wichmann schrijft hierover: 'Veel dieper grondslagen van de straf raakte de invloed van het canonieke Recht. Voor het eerst werd hier zeer duidelijk de beschouwing van het misdrijf als zonde gebracht. Zo hing de invloed van het canoniek Recht enerzijds samen met het beste, wat het middeleeuws geestesleven gekend heeft: zijn innig religieus gevoel terwijl het anderzijds, in zijn uitsluitend op den voorgrond stellen van het transcendente strafdoel: de herstelling van den door de crimineele handeling gelaedeerden godsstaat, tot de droevigste onverdraagzaamheid en wreedheid en enghartigheid geleid heeft. De beschouwing van het misdrijf als zonde is de eerste stap in de richting van een individualisatie, zij het ook voorlopig nog niet van de straftoepassing, maar alleen van de schuldopvatting, van een geheel andere, innerlijker richting dan de zuiver Romeinse invloed aangaf, die immers alleen meerder scherpte van intellectueel onderscheiden bracht.' Zie: Wichmann, Clara, *Beschouwingen over de historische grondslagen der tegenwoordige omvorming van het strafbegrip*, AA., Nijmegen 1983 (1912), pp. 49-50

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

door een meer 'rationeel' bewijsrecht dat op zoek was naar de materiële waarheid. De zekerheid omtrent de ware toedracht komt centraal te staan. De ware toedracht was slechts na de bekentenis van de verdachte te bereiken. De bekentenis van de verdachte wordt gezien als; *Regina probationum*: koningin der bewijsmiddelen. De tortuur was het middel om deze koningin te verleiden en ze in het labyrint van het middeleeuwse strafrecht te lokken, waarna pas de doodstraf kon worden voltrokken. Aan dit bloedige proces zou eeuwen later de Bataafse Republiek een einde maken.

Afschrikking, vergelding, ongelijkheid, en wreedheid waren de voornaamste kenmerken van de straf gedurende de onderhavige periode.[85] Enerzijds leidden de veranderingen tot centralisatie en de (formalistische en procedurele) rationalisatie en anderzijds brachten ze ongekende vormen van wreedheid, geheime processen, en ongelijkheid teweeg. Ten slotte was de voortschrijdende irrationaliteit vooral bij de foltering[86] en bewijsrecht zichtbaar. De dynamiek van een tegenstrijdig proces van rationaliteit en irrationaliteit (ten tijde van reformatie), en cartesiaanse vertwijfeling brachten de legitimatie van het strafrecht aan het wankel. Deze theologische legitimatie die we al besproken hebben, moest telkens met een verwijzing naar het goddelijke tot gelding worden gebracht. Het geweldsmonopolie van de staatsmacht dat door het strafrecht tot uiting komt, is een essentieel kenmerk van het politieke. En zodra het strafrecht, om welke reden dan ook, niet langer gelegitimeerd kan worden, zal het regime (het politieke) ten dood opgeschreven zijn. Dan begint de vernieuwing.

Vanaf de zestiende eeuw tekenen zich de eerste serieuze pogingen af om een gecodificeerd geheel van het straf- en strafprocesrecht tot stand te brengen. En terecht wijst men erop dat de codificatie meer is dan slechts optekening van het recht. Daarom houdt de codificatie altijd een verandering van het recht in. 'Immers bij optekening van hetgeen geldend recht is, om tot ordening te komen, moet doordenking van het geheel plaatsvinden. Dit leidt ertoe dat wat overbodig is wordt geschrapt, wat ontbreekt wordt aangevuld, wat onduidelijk is wordt verhelderd en wat tegenstrijdig is onder één noemer wordt gebracht.'[87] De bekendste codificatieresultaten van deze periode zijn: de Constitutio Criminalis Carolina 1532, de Ordonnance Royale van Villers-Cotterêts 1539, de Marian Statutes 1554/1555 en de Criminele Ordonnantiën 1570. De wetgevingsarbeid moest enerzijds aan de behoefte van de opkomende nationale staten (en naties) beantwoorden, en het moest anderzijds de rechtseenheid en rechtszekerheid waarborgen. Daarnaast moet ook geconstateerd worden dat 'in de opkomende nationale staten de band van de politieke machthebbers met het strafrecht nauwer is dan met het privaatrecht.'[88]

De wetgever wilde met de *Criminele Ordonnantiën* niet alleen een orde in het strafrecht aanbrengen, maar de wetgever wilde ook een beperking tot stand brengen; art.42 getuigt van deze gedachte. In dit artikel ging het om het gebruik van pijnbanken in strafzaken waardoor men de tortuur noch in geval van half bewijs noch bij het volledige bewijs mocht gebruiken. In het eerste geval moest op grond van een gebrek aan bewijs de verdachte worden vrijgesproken, en in het tweede geval moest de verdachte zonder meer worden veroordeeld. Desalniettemin kunnen we vaststellen dat deze codifi-

85 Vgl. Th. Maes Louis, *Vijf eeuwen stedelijk strafrecht. Bijdrage tot rechts- en cultuurgeschiedenis der Nederlanden*, Den Haag 1947.

86 Hoe ze in deze tijd de afschrikking van de misdaad voorstelden, zou goed aan de hand van het volgende voorbeeld geïllustreerd kunnen worden: 'Hoe gebeurde de executie? Nadat de geestelijke tot de ter dood veroordeelde de laatste godvruchtige troostwoorden had gesproken, klom de beul die ook de toepasselijke naam van hangdief droeg, met hem op de ladder. De veroordeelde droeg voor de gelegenheid een lang wit kleed en een zwart doek over het hoofd. De handen waren op rug samengebonden niet alleen als veiligheidsmaatregel maar tevens als symbool, daar het een dief betrof. Vervolgens verzocht de beul hem het hoofd door het 'hennepen venster' te steken en wanneer hij terug beneden was, trok hij de ladder met geweld weg. Zo werd de veroordeelde gewurgd en ook zijn ruggegraat gebroken. Volgens oude gewoonte mocht de misdadiger vrij uitgaan indien de koord brak. Daarna werd het 'galgenaas' opgehangen aan een grote galg op het galgeveld of de galgenberg om er als afschrikwekkend voorbeeld te dienen tot zij door weer en wind vergaan waren.' Zie: Hemelryck, F. van, *Ellendelingen voor Galg en Rad*, Amsterdam/Antwerpen 1984, p.15.

87 Vrugt, M. van de, *Aengaende Criminele Saken. Drie hoofdstukken uit de geschiedenis van het strafrecht*, Kluwer, Deventer 1982, pp. 12-13.

88 O.c., pp. 12-13.

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

caties niet in staat gebleken waren de problemen van die tijd, te weten de rechtszekerheid en de nog aan te leggen beperkingen op de gebruikelijke wreedheden, effectief te kunnen ondervangen.[89] Het streven naar de codificatie en vernieuwing was derhalve nog niet voltooid.

De bekendste vernieuwer van die periode is de strafrechtsfilosoof Cesare Beccaria (1738-1794) met zijn boek *Over misdaden en straffen.*[90] Maar wij willen hier een andere auteur, minder bekend voor groot publiek, behandelen. De Utrechtse hoogleraar in het Romeinse Recht Antonius Matthaeus (1601-1654), wordt gezien als een strafrechtsgeleerde die tot een systematische ordening van het strafrecht aanzet heeft gegeven. *De criminibus* (1644) is een beroemd geschrift over het strafrecht (althans van deze periode). Hij plaatst de vergelding niet op de voorgrond, het doel van het straffen ligt in de eerste plaats vooral in de verbetering van de misdadiger: 'Princeps poenarum finis et scopus est emendatio'. Daarnaast zijn de andere twee doelen bij het straffen van belang: afschrikkende werking van de straffen op anderen, en de verwijdering van de kwade elementen uit de maatschappij.[91] Van daad naar dader is de portee de strafrechtelijke vernieuwing. Op de vraag hoe het strafrecht de krankzinnigheid moet beoordelen, geeft hij een zeer modern antwoord namelijk dat de krankzinnigen niet toerekeningsvatbaar zijn, omdat bij hen de 'animus delinquendi' oftewel 'de wil tot delinquent gedrag' ontbreekt. Bovendien, zoals eerder opgemerkt is, is het doel van het straffen in de eerste plaats de verbetering van de misdadiger, en dit is bij een krankzinnige onmogelijk. Antonius Mattaeus heeft een tamelijk afwijkende (ten opzichte van zijn tijd) opinie over het bewijsrecht. Hij maakt onderscheid tussen de spontane en de afgedwongen bekentenis. Hij formuleert de problematiek als volgt: 'of de tortuur een behoorlijke (legitimus) manier is om de waarheid op te sporen?' Hij noemt eerst alle argumenten pro en contra de tortuur, waarna hij constateert dat de argumenten tegen de tortuur sterker lijken te zijn. De argumenten vóór de tortuur zijn althans als volgt samen te vatten: 'De tortuur is ontwikkeld ten bate van de rechtspraak. De bewijsvoering is zelden geheel duidelijk en het past niet een beklaagde te veroordelen tegen wie geen volledig bewijs voor ligt, maar het past evenmin een beklaagde vrij te spreken, die onder verdenking staat. De tortuur biedt hier een veilige uitweg. Bovendien spreken de meeste mensen de waarheid onder druk van een hevige gemoedsbeweging, zoals smart, hartstocht, toorn, of vrees (...) Ook de Romeinen, Grieken en Joden gebruikten dit middel reeds. Het behoort tot de zeden der voorvaderen en is in langdurig gebruik beproefd.'[92]

De argumenten tegen de tortuur zijn voornamelijk: 'Het eerst en meest belangrijke argument is, dat het volledig indruist tegen de natuurlijke billijkheid (naturalis aequitas) iemand te folteren, voordat vaststaat dat hij schuldig is. Iedere pijniging van het menselijk lichaam moet als een straf worden gezien, ook wanneer zij voor het vonnis wordt uitgevoerd. In de tweede plaats is de foltering een bron van valse getuigenissen. Sommige verdachten kunnen ondanks de pijnbank, blijven ontkennen, hoewel zij schuldig zijn. Andere aangeklaagden die onschuldig zijn, bekennen misdaden die zij niet begaan hebben, omdat zij de martelingen meer vrezen dan de straf. Verder is de uitvoering van de tortuur, hoewel de rechter erbij aanwezig is, in handen van de beul.'[93] Terecht stelt de strafrechtsge-

89 Zelfs de Criminele Ordonnantiën zijn bij de Pacificatie van Gent in 1576 opgeschort.

90 Zie: Beccaria, Cesare, *Over misdaden en straffen,* Ingeleid en van aantekeningen voorzien en vertaald door J.M. Michiels, voorwoord door J.M. van Bemmelen, Kluwer Rechtswetenschappen/W.E.J. Tjeenk Willink, Antwerpen/Zwolle 1971; Beccaria, Cesare, *On Crimes and Punishments and Other Writings,* ed., Richard Bellamy, Cambridge University Press, Cambridge (USA) 1995.

91 Monté Verloren, J.Ph. de, 'Geschiedenis der Nerderlandsche rechtswetenschap', Deel Ii, Afl.II, *Geschiedenis van de wetenschap van het strafrecht en strafprocesrecht in de noordelijke Nederlanden voor de codificatie*, Amsterdam 1942, p. 139.

92 Vrugt, M. van de, O.c., p. 38.

93 Vrugt, M. van de, O.c., p.38.

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

leerde D. Simons dat de geschiedenis van het strafrecht, na de receptie van het Romeinse recht tot de op de Franse revolutie, ons een onverkwikkelijk beeld van ruwheid en willekeur toont.[94]
Hierboven hebben we enkele exemplarische ontwikkelingen binnen de rechtsgeleerdheid besproken, die de weg naar de moderniteit hebben vrijgemaakt. De strafrechtelijke debatten over tirannie, willekeur en wreedheid mogen niet los worden gezien van de algemene culturele ontwikkelingen die een periode in de geschiedenis hebben gemarkeerd, die we de Verlichting noemen. De Verlichting is een culturele periode (min of meer samenvallend met de 18e eeuw)[95] uit de geschiedenis van Europa dat zonder Descartes' filosofie niet mogelijk was.[96] Daarbij mogen we de vraag stellen: Wat wordt het studieonderwerp van de mensheid? De mens.

Het ging ook om een *Kulturkampf* tussen de traditionele theologie over god en mens en de meer mechanische, natuurkundige, en vooral sceptische benadering van het universum en ook de mens. Het kritisch verzamelen en ordenen van kennis (encyclopédie) leidde tot wat Paul Hazard 'the crisis of the European mind' noemde.[97] Eén van de verlichters was de Franse filosoof en literator Voltaire (1694-1778). Naar aanleiding van een aardbeving in Lissabon (1 november 1755), die tien minuten duurde en de hele stad verwoeste, schreef Voltaire een filosofisch-literair verhaal getiteld *Candide, ou l'optimisme* (1759). Daarin problematiseert hij het concept van de theodicee dat op de rechtvaardiging van de goddelijke voorzienigheid betrekking heeft.[98] Voltaire bekritiseerde daar deze gedachtegang: 'dat alles niet anders kan zijn dan het is, want aangezien alles is gemaakt voor een bepaald doel, is alles ook noodzakelijkerwijs gemaakt voor het beste doel.' Welk 'beste doel' diende de aardbeving van Lissabon? Waarom kan God het kwaad niet verwijderen? Het lijden van de mens is dan niet te rijmen met de goddelijke almacht.[99] Daarom schreef Voltaire dat het verboden leed nog onverdraaglijker is dan de zichtbare ellende. Hij is genadeloos kritisch over het Christendom, de Islam maar ook het Jodendom. Hij richt zijn kritische pijlen op jezuïeten en andere christelijke vertegenwoordigers in Zuid-Amerika: 'Overal verafschuwen de zwakken de machtigen, en toch kruipen zij voor hen, en de machtigen behandelen hen als een kudde waarvan de wol en het vlees worden verkocht. Een mil-

94 Simons, D., *Leerboek van het Nederlandsche Strafrecht*, eerste deel, algemene leerstukken, Groningen 1917, pp. 38-39

95 Hoewel ook wel een vroege Verlichting wordt onderscheiden. Het klassieke werk daarover is: Hazard, Paul, *The European Mind 1680-1715,* Translated by J. Lewis May, Penguin University Books, Harmondsworth 1973 (Fr. 1935). De 18e eeuwse Verlichting wordt door dezelfde schrijver belicht in: Hazard, Paul, *European Thought in the Eighteenth Century. From Montesquieu to Lessing*, Translated by J. Lewis May, Peter Smith, Gloucester, Mass. 1973. (Fr. 1946). Een veelgelezen werk is ook: Gay, Peter, *The Enlightenment. An Interpretation, The Rise of Modern Paganism*, W.W. Norton & Company, New York, London 1966 en meer recent: Israel, Jonathan I., *Radical Enlightenment.* Philosophy and the Making of Modernity 1650-1750, Oxford University Press, Oxford/New York 2001. Verwantschap tussen de 18e eeuwse Verlichting en voorgaande perioden, zoals de klassieke oudheid, worden behandeld door: In die zin bijvoorbeeld: Luce, J.V., *An Introduction to Greek Philosophy,* Thames and Hudson, London 1992, p. 79. Zie ook: Windelband, W., *History of Ancient Philosophy,* Translated by Herbert Nernest Cushman, Dover Publications, New York 1956 (Duitse versie 1900), p. 111 die van een Verlichting spreekt en Wundt, Wilhelm, *Ethik. Eine Untersuchung der Tatsachen und Gesetze des sittlichen Lebens*, Drei Bände, Zweiter Band, 5e druk, Verlag von Ferdinand Enke, Stuttgart 1923-24 (1866), p. 16 die het Griekenland ten tijde van Socrates typeert als een'Zeitalter der Aufklärung'.

96 'A Spanish professor of medicine claimed, in 1716, that Descartes' philosophy had thrown all Europe into the greatest intellectual and spiritual perplexity seen for centuries.' Johnatan. I. Israel, Radical Enlightenment. Philosophy and making of modernity 1650-1750, Oxford/New York 2001, p. 3. En pp.23-34.

97 Zie het hiervoor genoemde werk met deze titel, oorspronkelijk in het Frans verschenen.

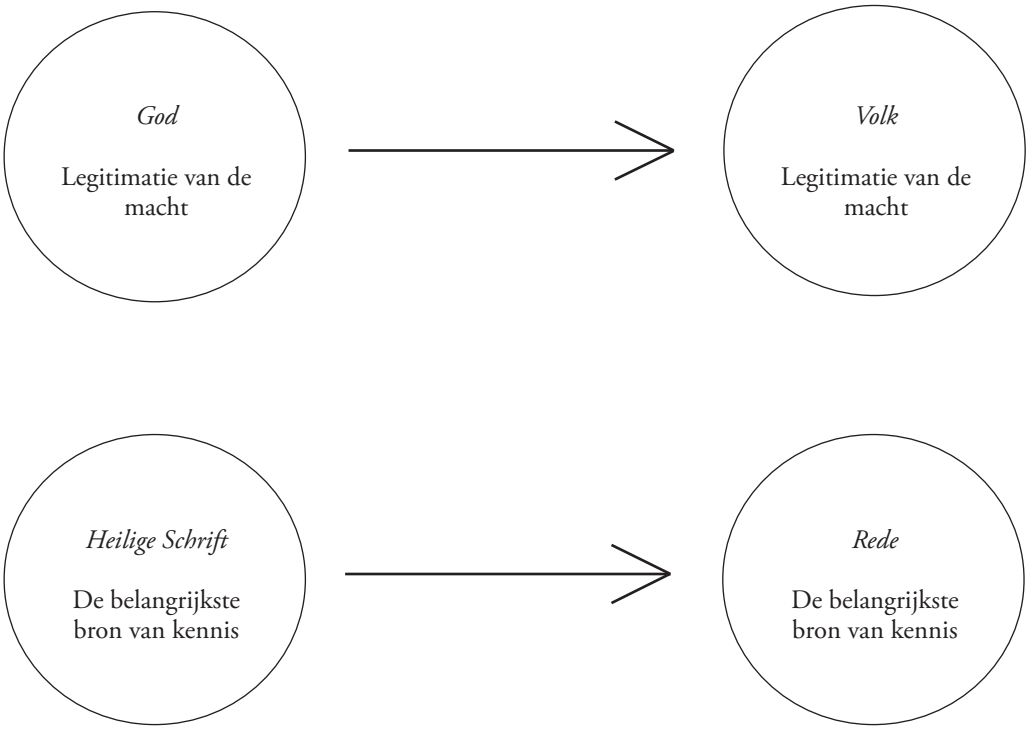
98 Op invloedrijke wijze uitgewerkt bij: Leibniz, Gottfried Wilhelm, *Versuche in der Theodicée über die Güte Gottes, die Freiheit des Menschen und den Ursprung des Übels,* Übersetzt und mit Anmerkungen versehen von Arthur Buchenau, (Philosophische Werke in vier Bänden, ed. Cassirer), Felix Meiner Verlag, Hamburg 1996 (Fr. 1710).

99 Waarmee het kwaad in de wereld een blijvend probleem vormt voor elke vorm van theïstische godsdienst (jodendom, christendom en islam). Zie daarover: Morton, Adam, *On Evil,* Routledge, New York and London 2004 en Neiman, Susan, *Evil in Modern Thought.* An Alternative History of Philosophy, Princeton University Press, Princeton and Oxford 2004 (2002).

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

joen geüniformeerde moordenaars rennen van het ene eind van Europa naar het andere, en moorden en roven gehoorzaam om hun brood te verdienen want een fatsoenlijker beroep hebben ze niet.'[100]

Het systeem-denken is het methodologische kenmerk van deze tijd, dat als 'esprit systématique' wordt aangeduid. We noemen een aantal typeringen van deze periode[101]: natuurkundige heroriëntaties, het formuleren van hypothese, kritische studie van de bestaande kennis, wijdverbreide toepassing van wiskunde binnen de natuurwetenschappen, de nieuwe rechtsfilosofische benadering van het recht en de politieke orde waarbij niet langer God als het legitimatiekader van de macht maar de mensen centraal komen te staan. Metterdaad traden op drie wetenschapsgebieden nieuwe denkkaders op: (i) Natuurwetenschap; (ii) Recht en politiek; (iii) Religie en geschiedenis. De Rede verving het eeuwen oude begrip God. Deze verandering beïnvloedde het politieke en juridische denken:



100 Voltaire, 'Candide of het optimisme', in: *Voltaire. Verhalen*, Het spectrum Utrecht 1990, p.140.
101 Denk daarbij aan de Franse verlichtingsfilosofen.

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

Deze transitie van de Middeleeuwen naar de nieuwe tijd vormt het wezen van de moderniteit, waarzonder de innerlijke verandering binnen het domein van recht en politiek niet valt te begrijpen. De verlichtingsdenkers uit Engeland wat men ook als het Engelse empirisme noemt, hebben een enorme bijdrage geleverd aan het bovenstaande schema door de aandacht te vestigen op empirie, de ervaring, de uiterlijke waarneming en ten slotte de kritiek op de speculatieve metafysica. John Locke (1632-1704) en David Hume (1711-1776)[102] zijn de grote representanten van een filosofische kritiek op het rationalisme. De bovengenoemde transitie beïnvloedde eveneens de moraal: via de rede, en niet zomaar de religie, probeerde men ethische vraagstukken op te lossen. De beweging van Encyclopedisten in Frankrijk legde de nadruk, naast het kritisch verzamelen van kennis, ook op opvoeding. Het woord 'ecyclopédie' is samengesteld uit twee Griekse woorden, te weten 'enkyklios' (in een kring, of allround) en 'paideia' (opvoeding). Hier ontstaan de eerste kiemen van een moderne benadering van opvoeding. De verlichtingsdenkers wilden via opvoeding geleidelijk de onwetenschappelijke irrationaliteit te overwinnen en een nieuwe vorm van gedeelde ethiek gebaseerd op de rede tot stand brengen.[103] De economische veranderingen, de opkomst van het kapitalisme[104] en de filosofische benadering[105] ervan laten we hier buiten beschouwing, want dit zal bij het onderwerp totalitarisme aan de orde komen. Het kapitalisme is de economische vorm van de moderne tijd. Maar voordat we ons met de klassieke grondslagen van het moderne recht gaan bezig houden, moeten we eerst deze puntsgewijze benadering van de Verlichting afronden met de bijdragen van Immanuel Kant (1724-1804) aan de Verlichting.[106]

10.9 Wat is Verlichting?

Het klassieke antwoord op de vraag 'wat is Verlichting?' is geformuleerd door Immanuel Kant in zijn gelijknamige opstel.[107] Het opstel van Kant, voor het eerst verschenen in 1784, is actueler dan ooit. Tegenwoordig wordt het vaak opgevoerd in de discussie over de islam. Is de islam te verenigen met het moderne denken? Heeft de islam een Verlichting doorgemaakt?[108]

We moeten de Verlichting[109] niet verwarren met een religie of een ideologie. De Verlichting is in eerste instantie niets anders dan een culturele periode uit de geschiedenis van Europa. Maar het is

102 Locke, John, *An essay concerning human understanding*, London 1997(1690); David Hume, *A treaties of human nature*, Penguin Books, London 2003(1740).

103 Een goed voorbeeld hiervan is het boek van J.J. Rousseau op het van opvoeding. Zie, Rousseau, J.J., *Émile, ou de l'education*, Gallimard, Paris 1966 (1762).

104 Max Weber analyseerde in zijn boek 'Die protestantische Ethik und der Geist des Kapitalismus' (1905), op een overtuigende wijze de wezenlijke rol die de puriteinse vorm van het protestantisme heef gespeeld bij de totstandkoming van het kapitalisme. De reformatie bevorderde volgens deze godsdienstsociologische studie het kapitalisme. Zie, Weber, Max, *Die protestantische Ethik und der Geist des Kapitalismus*, München 2004.

105 Vgl. Smith, Adam *Wealth of nations*, Oxford University Press, Oxford 1993 (1776).

106 Isaiah Berlin noemt drie, voornamelijk kentheoretische, perspectieven omtrent de Verlichting: 'First, that all genuine questions can be answered, that if a question cannot be answered it is not a question. (...) The second proposition is that all these answers are knowable, that they can be discovered by means which can be learnt, and taught to other persons (...)The third proposition is that all the answers must be compatible with one another, because, if they are not compatible, then chaos will result.' Zie, Berlin, Isaiah, *The Roots of Romanticism*, Pimlico, London, 2000, pp.21-22.

107 Kant, Immanuel, 'Beantwortung der Frage: was ist Aufklärung?', in: Immanuel Kant. *Ausgwählte kleine Schriften*, Hamburg 1969 (1784).

108 Door de aanslagen van 11 september 2001 kwam deze discussie in een stroomversnelling. De Franse filosoof Jacques Derrida is bijvoorbeeld van mening, dat: 'A special place would have to be reserved here for Islamic cultures and populations in this context. In the course of the last few centuries, whose history would have to be carefully re-examined (the absence of an Enlightenment age, colonialization, imperialism, and so on), several factors have contributed to the geopolitical situation whose effects we are feeling today, beginning with the paradox of a marginalization and an impoverishment whose rhythm is proportional to demographic growth'. Zie: Borradori, Giovanna, *Philosophy in a time of terror. Dialogues with Jürgen Habermas and Jacques Derrida*, The University of Chicago Press, London/Chicago 2003, p. 123.

109 Vgl. Cassirer, Ernst, *Die Philosophie der Aufklärung*, Felix Meiner Verlag, Hamburg, 1998.

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

ook een houding, een kritische houding tegenover allerlei overgeleverde tradities en manieren van doen. Vaak ook tradities die door godsdiensten en ideologieën worden gelegitimeerd. Kant definieerde deze houding als volgt:

> *Verlichting* is het uittreden van de mens uit de onmondigheid die hij aan zichzelf te wijten heeft. Onmondigheid is het onvermogen zich van zijn verstand te bedienen zonder de leiding van een ander. Men heeft deze onmondigheid aan zichzelf te wijten, wanneer de oorzaak ervan niet in een gebrek aan verstand, maar in een gebrek aan vastberadenheid en aan moed ligt, zich van zijn verstand zonder leiding door een ander te bedienen. *Sapere aude* (durf na te denken). Heb moed, je van *je eigen* verstand te bedienen! is derhalve de zinspreuk van de Verlichting. Luiheid en lafheid zijn er de oorzaak van, dat een zo groot deel van de mensen, nadat de natuur hen reeds lang van de leiding door anderen heeft vrijgesproken (naturaliter maiorennes), toch graag het leven lang onmondig blijft; en dat het voor anderen zo gemakkelijk wordt zich tot hun bevoogders op te werpen. Het is zo rustig onmondig te zijn.[110]

De Verlichting beoogt het individuele gebruik van rede te bevorderen. De Verlichting is dan de mondigheid van de mens. De mondigheid is dan een politieke categorie die in tegenstelling tot de politieke theologie van de Middeleeuwen vraagt aan de mens om mondig te zijn en zonder angst voor een eventuele vervolging, hel en verdoemenis, God of duivel, hun verstand aan te wenden. In feite worden de traditie en autoriteit ingeruild voor het menselijke verstand. Het zelfstandig denken wordt een morele plicht: de individuele verantwoordelijkheid wordt ineens onvervangbaar. Kant beseft dat het een moeilijke opgave is: 'Het is aldus voor iedere individuele mens moeilijk, zich los te maken uit de hem bijna tot natuur geworden onmondigheid.'[111] Kan een revolutie een einde maken aan deze onmondigheid? Kants antwoord daarop is neen, omdat een revolutie misschien een persoonlijk despotisme kan verwijderen, maar zij kan nooit een werkelijke omvorming van de denkwijze tot stand brengen. Daarom gaat een publiek, aldus Kant, slechts langzaam tot verlichting komen. De Verlichting is immers een innerlijke houding. Wat heeft deze verlichting nodig? Leidt deze verlichting tot ongehoorzaamheid en anarchie? Kan er nog sprake zijn van enige vorm van gezag? Kant is van mening dat voor deze verlichting niets anders wordt gevraagd dan vrijheid. Welke vrijheid? De onschadelijkste vorm van vrijheid: 'de vrijheid om van zijn rede in alle opzichten een *openlijk gebruik* te maken.'[112] Terwijl steeds van alle kanten werd geroepen 'redeneer niet', vraagt Kant aan de mensen tegelijkertijd redeneren en ook gehoorzamen: 'De officier zegt: Redeneer niet, maar exerceer! De belastinginspecteur: Redeneer niet, maar betaal! De geestelijke: Redeneer niet, maar geloof! (Slechts één enkele bestuurder in de wereld zegt: Redeneert, zoveel ge wilt, en waarover ge wilt, maar gehoorzaamt!).'

Kant gaat het niet om het privé gebruik van rede maar het publieke. Het gaat dus niet om de vrijheid in een individueel hoofd, omdat slechts de publieke, gemeenschappelijke vrijheid leidt tot een gemeenschappelijke vorm van rede en *sensus communis*. De aanwezigheid van anderen dan het 'ik' in de publieke ruimte en hun meningen over een gebeurtenis maaken het mogelijk dat aan de wereld objectiviteit kan worden toegekend. Niet het denken maar de actieve aanwezigheid van de *mensen*, in de gemeenschappelijke ruimte (Politiek, polis) verschaft aan ons de grond van objectiviteit inzake ons bestaan: voorzover ook de anderen zijn, die dezelfde gebeurtenis hebben waargenomen, weet ik dat ik niet droom. In de verlichting gaat men verder, zegt Kant. Dat 'verder gaan' is de oorspronkelijke bestemming van de mens. En wie dit, de menselijke natuur om in vrijheid verder te gaan, gewelddadig wil verhinderen, pleegt volgens Kant een misdaad tegen de menselijke natuur. De geestelijken moeten de burgers vrijlaten bij het openbaar gebruik van rede. Daarom moeten ook de

110 Immanuel Kant, *Wat is Verlichting?*, Ingeleid, vertaald en geannoteerd door Prof. Dr. B. Delfgaauw, Kampen 1988, p. 59.
111 Kant, O.c., p. 61.
112 O.c., p. 62.

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

regeringen de mens 'die nu meer dan een machine is, in overeenstemming met zijn waardigheid te behandelen.'[113] De vrijheid is een onlosmakelijk deel van de menselijke waardigheid. Ten slotte is de vraag leven we nu in een verlichte tijd? Neen, maar wel in een tijd van verlichting, is het antwoord van Kant.

Het is niet de bedoeling van deze tekst om de Verlichting en kritiek daarop uitgebreid te behandelen. Hier willen we slechts de contouren van de moderne tijd aanduiden om vervolgens enig inzicht te verschaffen over de begrippen als moderniteit, moderne democratie en het totalitarisme. Toch mogen we hier niet voorbij gaan aan de kritiek op de Verlichting. De meest radicale kritiek op de Verlichting kwam van de Duitse filosofen Max Horkheimer en Theodor W. Adorno in hun boek *Dialektik der Aufklärung: philosophische Fragmente* (1947)[114]. De kern van hun kritiek komt al bij de eerste regels tot uitdrukking: 'Vanouds heeft verlichting, in de meest omvattende zin van voortschrijdend denken, het doel nagestreefd, bij de mensen de vrees weg te nemen en hen als heer en meester te laten optreden. Maar de volledig verlichte aarde straalt in het teken van triomferend onheil.' Indien we de Verlichting als de overwinning van rede op mythe willen beschouwen, dan heeft dit geleid tot de onttovering van de wereld. Horkheimer en Adorno richten ook hun kritiek op Bacon, de zogeheten vader van de experimentele filosofie. De moderne filosofie zou een monstrum hebben voortgebracht: 'De soevereiniteit van de mens ligt dus in het weten, dat lijdt geen twijfel.' De mensen zoeken niet meer naar de zin der dingen, maar ze vervangen het begrip door formules, oorzaak door regel en waarschijnlijkheid. En uiteindelijk gaat de mythe in de Verlichting over en de natuur in louter objectiviteit. De moderne mens manipuleert zichzelf en alles wat hij tegen komt.

Deze kritiek op de Verlichting achten wij niet juist. Ten eerste, het autonome subject is een gevolg van de moderne tijd en niet van de Verlichting. Ten tweede, de individuele autonomie moet het vertrekpunt zijn van het moderne recht, anders moeten we terug naar tribale samenlevingsvorm. Ten derde, zonder subject en rechtssubjectiviteit kan de moderne vormen van rechtsbescherming, zoals de rechten van de mens, niet bestaan. Het triomferende onheil was dankzij de afwezigheid van elke vorm van rechtsbescherming. De totalitaire regimes schaften de rechtssubjectiviteit van hun burgers af. Niet de Verlichting maar het opschorten van het kritisch denken leidde tot geïndustrialiseerde moord op miljoenen mensen gedurende de Tweede Wereldoorlog. Het is wel juist om te beweren dat de moderne tijd een politieke constructie heeft gecreëerd, die tot het totalitarisme kan leiden. Daarom gaan we in hoofdstuk 11 de basisconstructie van politiek en recht nader bekijken.

113 O.c., p. 71.

114 Horkheimer, Max en Adorno, Theodor W., *Dialektik der Aufklärung: philosophische Fragmente*, Frankfurt a/m 1969.

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

11 De klassieke grondslagen van het moderne recht: Het totalitarisme en de moderne democratie

> 'The people reign over the American political world as does God over the universe. They are the cause and the end of all things; everything comes out of them and everything is absorbed into them.'[1]
>
> Alexis de Tocqueville

In het vorige hoofdstuk hebben we geprobeerd een antwoord te vinden op de vraag wat we kunnen verstaan onder 'de moderniteit'. In dit laatste hoofdstuk willen we ons bezig houden met de rechtsfilosofische grondslagen van het moderne recht en van de politiek. Wat maakt het hedendaagse recht 'modern'? En hoe zit dat met de hedendaagse politiek? Daarvoor zullen we in het bijzonder ingaan op de antropologische kant van het werk van twee hedendaagse denkers, Rousseau en Hobbes. Hobbes en Rousseau staan bekend als 'contractsdenkers'. Dat wil zeggen: zij willen een antwoord geven op de vraag waarop het menselijk samenleven uiteindelijk gebaseerd is. Ook stellen zij de vraag: waarom heeft de staat gezag over ons (of zou deze gezag moeten hebben)? In hun beantwoording van deze vragen wijzen de contractsdenkers op de betekenis van de notie van het maatschappelijk verdrag (of sociaal contract).

Natuurlijk is het niet de bedoeling om een gedetailleerde analyse te geven van de filosofische opvattingen van de contractsdenkers. Desondanks hopen we de grondstructuren die aan de ontwikkelingen van het moderne recht (en politiek) ten grondslag liggen, zichtbaar te maken. De democratische revolutie is te beschouwen als het receptiemoment van de moderne tijd waarop de moderniteit zowel juridisch als politiek is ingevoerd. Het volk neemt de plaats in van God en alle macht komt en keert terug van en naar het volk (zie het citaat van Tocqueville dat als motto aan dit hoofdstuk is meegegeven). Daarna zal de totalitaire dreiging aan een onderzoek worden onderworpen. Daarbij zullen ook een aantal kernthema's besproken worden: de strijd van het totalitarisme tegen de waarheid, de totale terreur en de totalitaire ondergang van de democratische rechtsorde. Het geheel wordt afgrond met een korte beschouwing over de rechten van de mens.

11.1 De klassieke grondslagen van het moderne recht: contractdenkers

Natievorming ging gepaard met vele gewelddadige conflicten en overpeinzingen over hoe een natiestaat dient te worden ingericht. Er zijn verschillende denkers die zich hebben gebogen over de volgende vraag: hoe moet een samenleving die niet langer bij de gratie van God wordt gevormd worden ingericht? De contractdenkers waren de filosofen die de politieke eenheid op grond van het maatschappelijk verdrag (contract) wilden construeren. Omdat we hier, in een kort bestek niet alle denkers kunnen behandelen, zullen we alleen de grondgedachten (dus ook niet uitvoerig) van Hobbes en Rousseau bespreken.

(a) Het denken van Thomas Hobbes

Thomas Hobbes (1588-1679) is een invloedrijke filosoof die vele hedendaagse denkers inspireert.[2] Zo behandelde Robert Kagan de kloof tussen Amerika en Europa aan de hand van een these waarin

1 Tocqueville, Alexis de, *Democracy in America*, The University of Chicago Press, Chicago/London 2000, p. 55.

2 Onder andere Gray, John, *Heresies. Against Progress and Other Illusions*, Granta Books, London 2004 die meent dat we van Hobbes kunnen leren dat het verschaffen van veiligheid als functie van de overheid het primaat heeft boven andere overheidstaken.

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

de gedachtegang van Thomas Hobbes centraal stond. Kagan is van mening dat Europa de macht overstijgt en binnentreedt in een op zichzelf staande wereld van wetten en regels, transnationaal overleg en internationale samenwerkingsverbanden. Daardoor komt, aldus Kagan, Europa een posthistorisch paradijs binnen van vrede en relatieve welvaart en de verwezenlijking van de 'eeuwige vrede' van Immanuel Kant. Voor Amerika ligt dat anders. Amerika zit nog altijd vast in het moeras van de historische realiteit. Omdat de Amerikanen hun macht moeten uitoefenen in een anarchistische wereld van Hobbes waar de internationale wetten en regels onbetrouwbaar zijn.[3] De vraag is nu, wat waren de opvattingen van Hobbes?

De rechtsfilosofie van Hobbes werd gevormd tegen de achtergrond van de Engelse burgeroorlog tussen het parlement en de koning, waarin Oliver Cromwell (1599-1658) een belangrijke rol speelde. Cromwell werd de leider van het verzet tegen de koning. Later werd hij zelf de heerser over Engeland (van 1649 tot 1658). Onder zijn heerschappij werd het proces tegen Karel I gevoerd, dat met diens terechtstelling eindigde: op 30 januari 1649 werd de koning onthoofd. In zijn boek *Leviathan* (1651) beschrijft Hobbes hoe een rechtsorde gedacht zou moeten worden. Alleen al bij zijn definitie van rede (reason) komt zijn streng seculiere denken naar voren. De rede moet worden opgevat als een van onze geestvermogens, die niets anders is dan het berekenen door optellen en aftrekken. De rede is dan een algemene benaming ter markering (marking) en aanduiding (signifying) van onze gedachten.[4]

Kenmerkend voor Hobbes is zijn seculiere benadering. Hier zien we al hoe de Heilige schrift als de bron van kennis verdwijnt: 'The Scripture was written to shew unto men the kingdome of God, and to prepare their mindes to become his obedient subjects; leaving the world, and the Philosophy thereof, to the disputation of men, for the exercising of their naturall Reason.'[5] Dus moet de wereld overgelaten worden aan de filosofie en andere wetenschappen, de Heilige schrift kan ons daar niet helpen. De term Leviathan is een bijbels woord. Het is de naam van een monster uit het Boek Job waar juist de mens worstelt met zichzelf en met het Opperwezen.

Wie is Leviathan? Niemand is zo koen, dat hij Leviathan zou opwekken. Welk monstrum huist in het woord Leviathan? Het bijbelse antwoord luidt: 'Wie zou de deuren zijns aangezichts opendoen? Rondom zijn tanden is verschrikking. Zeer uitnemend zijn zijn sterke schilden, elkeen gesloten als met een nauwdrukkend zegel. Het een is zo na aan het andere, dat de wind daar niet kan tussen komen. (...) Uit zijn mond gaan fakkels, vurige vonken raken eruit. Uit zijn neusgaten komt rook voort, als uit een ziedenden pot en ruimen ketel. Zijn adem zou kolen doen vlammen, en een vlam komt uit zijn mond voort. (...) Hij acht het ijzer voor stro, en het staal voor verrot hout. (...) Achter zich verlicht hij het pad; men zou den afgrond voor grijzigheid houden. Op de aarde is niets met hem te vergelijken, die gemaakt is om zonder schrik te wezen. Hij aanziet alles wat hoog is, hij is een koning over alle jonge hoogmoedigen dieren.'[6]

Het begrip macht krijgt een bijzondere betekenis bij Hobbes: de macht van een mens bestaat uit de middelen waarover hij op een gegeven moment beschikt om in de toekomst een goed te verwerven. Macht kan oorspronkelijk of instrumenteel zijn. De grootste menselijke macht is hetgeen dat uit de macht van zoveel mogelijk mensen samengesteld is.[7] Zodoende is macht een reëel fenomeen met waarneembare empirische kenmerken. Het begrip macht wordt hier gescheiden van het ethische do-

3 Vgl. Kagan Robert, *Of Paradise and Power*, New York 2003.

4 Hobbes, Thomas, *Leviathan*, The Cambridge University Press, Cambridge 2000, pp.31-32. Voor de vertaling maken we tegelijkertijd bij het formuleren van hobbesiaanse begrippen gebruik van de Nederlandse editie van de Leviathan. Zie: Hobbes, Thomas, *Leviathan*, vertdoor W. E. Krul, Boom, Amsterdam/Meppel 1989.

5 Hobbes, O.c., p.58.

6 Ook op andere plaatsen wordt in het Oude Testament verwezen naar de Leviathan. In de statenvertaling: Job 40:20: 'Zult gij den Leviathan met den angel trekken, of zijn tong met een koord, dat gij laat nederzinken?' Psalmen 104:26: 'Daar wandelen de schepen, en de Leviathan, dien Gij geformeerd hebt, om daarin te spelen.' Jesaja 27:1: 'Te dien dage zal de HEERE met Zijn hard, en groot, en sterk zwaard bezoeken den Leviathan, de langwemelende slang, ja, den Leviathan, de kromme slomme slang; en Hij zal den draak, die in de zee is, doden.'

7 Hobbes, O.c., p. 62.

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

mein. Macht is het vermogen om te schikken. Bovendien wordt de macht geneutraliseerd en wordt het in de nabijheid van het privaatrechtelijke systeem gebracht. Dezelfde empirische benadering past Hobbes bij de vorming van zijn mensbeeld toe. De wetenschappen van recht en politiek zijn ondenkbaar zonder een antropologisch uitgangspunt. Ze hebben een mensbeeld nodig als vertrekpunt.

De antropologische analyse van Hobbes betreft de natuurlijke toestand van de mens (the naturall condition fo mankind): 'Nature hath made men so equall, in the faculties of body, and mind, as that though there bee found one man sometimes manifestly stronger in body, or of quicker mind then another; yet when all is reckoned together, the difference between man, and man, is not so considerable, as that one man can thereupon claim to himself any benefit, to which another may not pretend, as well as he.'[8] Uit het feit, dat wij, aldus Hobbes, gelijke mogelijkheden hebben volgt dat wij gelijke hoop kunnen koesteren om onze doeleinden te verwezenlijken. Daardoor worden twee mensen elkaar vijanden indien zij dezelfde zaak begeren waarvan zij niet beiden tegelijk kunnen genieten. Uit die gelijkheid volgt wederzijds wantrouwen, daardoor wil de ene mens de andere één slag voor te zijn. De hoofdzaken van onenigheid zijn: de wedijver, het wantrouwen en de trots. Deze kunnen aanleiding geven tot conflicten. Uit dit alles concludeert Hobbes dat wanneer de mensen niet onder een gemeenschappelijke macht leven, die bij allen ontzag afdwingt, ze in een toestand van een oorlog van allen tegen allen zullen verkeren. De oorlog bestaat voor Hobbes niet alleen uit de veldslagen, maar het is vooral die bereidheid om tot wapengeweld over te gaan. Het wezen van de oorlog is het *vermogen*, de *eventualiteit* om bij een conflict het wapengeweld aan te wenden. Dat de mens in wezen de *wil* tot het voeren van oorlog heeft, zal hij in een oorlogstoestand komen te verkeren wanneer er een gemeenschappelijke macht ontbreekt. Wat is dan de natuurlijke toestand van de mens? De oorlog. En voortdurende angst voor en dreiging van een gewelddadige dood: 'And the life of man, solitary, poore, nasty, brutish, and short.'[9] Uit deze oorlog van allen tegen allen volgt, volgens Hobbes, ook dat niets onrechtvaardig kan zijn omdat hier de begrippen goed en kwaad, recht en onrecht niet van toepassing zijn. En omdat recht en onrecht geen eigenschappen van lichaam of geest zijn. Weer zien we hier hoe de theologische begrippen ten onder gaan. *Homo homini lupus*: de mens is voor de mens een wolf.

Het natuurrecht of *jus naturale* impliceert voor Hobbes de vrijheid die iedereen heeft om zijn eigen macht al dan niet voor zijn zelfbehoud aan te wenden. De macht wordt in deze zienswijze gehanteerd om het individuele zelfbehoud te garanderen. De afwezigheid van de uitwendige (the absence of external impediments) belemmeringen noemt Hobbes vrijheid. *Lex naturalis* (natuurwet) is daarentegen een voorschrift of een algemene regel die niet uit zichzelf verschijnt. Een voorschrift van de natuurwet wordt derhalve door de rede aan het licht gebracht. We moeten de begrippen het recht (jus) en de wet (lex) niet door elkaar halen: 'Right, consisteth [consistent] in liberty to do, or to forbeare [forbear] ; Whereas Law, determineth [determinate], and bindeth [bind] to one of them: so that Law, and the Right, differ as much, as Obligation, and Liberty, which in one and the same matter are inconsistent.'[10] De wet houdt dus een verplichting in en het recht omvat een vrijheid. Volgens het antropologische uitgangspunt van Hobbes verkeert de mens, – in de natuurtoestand, in een situatie van oorlog van allen tegen allen, omdat daar iedereen recht heeft op alles, zelfs op het lichaam van een ander. En zolang dit natuurrecht van iedereen op alles blijft bestaan, is Hobbes van mening dat de mens in een permanent gevaar verkeert. Daar staat het leven op het spel. Men moet in de Hobbesiaanse visie naar vrede zoeken, maar als vrede onbereikbaar is, mag men alle middelen en voordelen van de oorlog opzoeken en gebruiken. Vrede behoort tot de fundamentele wetten, het is

8 Hobbes, O.c., pp. 86-87
9 Hobbes, O.c., p. 89.
10 Hobbes, O.c., p.91.

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

een wet (lex), terwijl de oorlog correspondeert met het natuurrecht (als een recht, jus) want iedereen mag zich verdedigen met alle middelen die hem ter beschikking staan.

Uit de wet 'het streven naar vrede' volgt een tweede fundamentele wet: 'That a man be willing, when others are so too, as farre-forth, as for Peace, and defence of himselfe he shall think it necessary, to lay down this right to all things; and be contented with so much liberty against other men, as he would allow other men against himselfe.'[11] Hier ontstaat het Hobbesiaanse maatschappelijk verdrag of contract: men doet afstand van zijn vrijheid in ruil voor de collectieve veiligheid, indien en voor zover dat ook door anderen wordt gedaan. Daarbij geeft men niet al zijn bevoegdheden of vrijheden op, men draagt datgene over wat voor het bereiken van vrede en veiligheid noodzakelijk is. Door dit verdrag ontstaat een gemeenschappelijke macht die de veiligheid en vrijheid moet waarborgen. Een uitspraak zoals ik schenk, of ik geef, die zich op de toekomst richt, heet belofte, aldus Hobbes. Het wezen van het burgerschap is belofte die zich uiteraard altijd op de toekomst richt. De rechtsorde bestaat uit de burgers die elkaars burgerschap hebben erkend door te beloven, elkaars natuurrechtelijke vrijheid en veiligheid te respecteren en af te zien van het gebruik van geweld. Echter, zodra er blijkt dat de gemeenschappelijke macht niet in staat is om het geweldsmonopolie effectief, terwille van bescherming van individuen of groepen van mensen, aan te wenden, komt er een einde aan de gemeenschappelijke macht. De burgerlijke beloftes verloren dan hun juridische en politieke betekenis: de burgeroorlog en anarchie is al begonnen. Het monstrum, Leviathan is de gemeenschappelijke macht, oftewel de staat die de mens ver van de afgrond moet houden: Leviathan, om met de Bijbel te spreken, aanziet alles wat hoog is, hij is immers een koning voor alle jonge hoogmoedige dieren. Leviathan, gevormd door mensen, schijnt even broos en tijdelijk te zijn als de gemeenschap die hem deed vormen. Het is geen eeuwige en onvergankelijke substantie, omdat hij in principe kan verdwijnen, waarna de oorlog van allen tegen allen begint.

(b) Het denken van J.J. Rousseau

Niet alle contractsdenkers dachten zo pessimistisch over de mens en zijn natuurlijke toestand. Jean Jacques Rousseau (1712-1778) is een klassieke contractsdenker met een optimistisch (en volgens critici naïef) mensbeeld. Daarom begint *Du Contrat social* (1762), met een optimistische antropologische bepaling: 'De mens wordt vrij geboren, en is alom geketend. Diegene die zich heer en meester over anderen waant, is uiteindelijk meer slaaf dan zij. Hoe heeft deze verandering zich voltrokken? Ik weet het niet. Wat kan haar rechtmatig maken?' Door dit mensbeeld wordt ook de vraagstelling en het programma van Rousseau duidelijk.[12] Hij polemiseert ook in andere teksten met Hobbes zoals in *Discours sur l'origine et les fondemens de l'inégalité parmi les hommes*. Rousseau schreef daar: 'Hobbes beweert dat de mens van nature onverschrokken is, steeds de aanval en de strijd zoekt. Een beroemd filosoof meent integendeel – en ook Cumberland en Pufendorf hangen die opvatting aan – dat de mens in de natuurstaat nu juist bij uitstek bangelijk is, beeft als een riet en op de vlucht slaat bij het horen van het minste geluid of bij het zien van de minste beweging.'[13] Waarom? Omdat in de natuur alles zo regelmatig verloopt. De mens zal zeker schrikken voor de nieuwe fenomenen, maar de mens beschikt over grotere behendigheid en daardoor leert hij de dieren niet te vrezen. Welke gebeurtenis heeft de 'lieve' wilde mens doen veranderen? Het antwoord hierop legt de eerste fundamenten voor het marxisme: 'De ware grondlegger van de burgerlijke maatschappij: dat was hij die als eerste een stuk grond omheinde, zich verstoute te zeggen: 'Dit is van mij', en onnozelaars trof die hem geloofden. Hoeveel misdaden, oorlogen, moordpartijen en ellende en verschrikkingen zouden het mensengeslacht niet bespaard zijn gebleven, als iemand toen de palen had uitgerukt of de gracht had dichtgegooid, en zijn medemensen had toegeroepen: 'Luister niet naar deze bedrieger; jullie zijn ver-

11 Hobbes, O.c., p.92.

12 Rousseau, J.J., *Het maatschappelijk verdrag of beginselen der staatsinrichting*, vert. door B. van Roermund, Boom, Amsterdam/Meppel 1997, p. 43.

13 Rousseau, J.J., *Vertoog over ongelijkheid*, vert. door J.M.M de Valk, Amsterdam 1989, p. 59.

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

loren als jullie vergeten dat de vruchten van de aarde van iedereen zijn en dat de aarde van niemand is."[14] Door het ontstaan en de ontwikkeling van het begrip eigendomsrecht kwam een proces op gang dat niet meer te stoppen is. Deze romantiek treffen we inderdaad nergens bij Thomas Hobbes aan.

De macht is op zich niet rechtmatig, want de macht geen recht tot stand brengt, en de mens is slechts verplicht te gehoorzamen aan de rechtmatige macht. Bovendien heeft geen enkel mens een natuurlijk gezag over zijn gelijke zonder wederzijdse toestemming. De menselijke vrijheid is de conditio sine qua non voor het mens-zijn: 'Wie afstand doet van zijn vrijheid, doet afstand van zijn hoedanigheid als mens, van de rechten, ja zelfs van de plichten van het mens-zijn.'[15] In tegenstelling tot Hobbes denkt hij dat de mensen van nature niet elkaars vijanden zijn, omdat de betrekkingen tussen zaken, niet die tussen de mensen, leiden tot oorlog. En dat ontstaat pas in een burgerlijke samenleving waar het eigendomsrecht bestaat. De privé-oorlogen bestaan niet 'omdat de staat van oorlog niet voort kan komen uit louter persoonlijke, maar alleen uit zakelijke betrekkingen, kan er geen privé-oorlog of een oorlog van mens tegen mens bestaan, noch in de natuurtoestand, waar geen duurzame eigendom is, noch in de maatschappelijke toestand, waar alles onder het gezag van wetten staat.'[16]

Weliswaar is de oorlog een betrekking tussen de staten, maar zodra het woord oorlog niet formalistisch-juridisch wordt gebruikt, zal Rousseau's stelling slechts op grond van zijn romantische mensbeeld kunnen worden gefundeerd. Omdat deze Rousseauiaanse theorie over oorlog zonder de vooronderstellingen van Rousseau niet denkbaar is. Daarbij zijn deze vooronderstellingen van belang dat (i) de wilde mens als een engel moet worden *voorgesteld*, en (ii) de natuurtoestand een romantische evenwichtige toestand moet *veronderstellen*. Bij Rousseau gaat het eveneens om het zelfbehoud van de mens. Vandaar is hij op zoek naar een vorm van samenleven die met alle gemeenschappelijke kracht de persoon en goederen van iedere deelgenoot verdedigt en beschermt. De kernwoorden van de contractsfilosofie zien we hier ook terug: zelfbehoud, veiligheid, vrijheid. Omdat iedereen zich aan allen geeft, geeft hij, volgens Rousseau, zich aan niemand. De definitie van het maatschappelijk verdrag is als volgt: 'Ieder van ons brengt zijn persoon en heel zijn kunnen in onder de hoogste leiding van de algmene wil; en gezamenlijk nemen wij ieder lid op als onscheidbaar deel van het geheel.'[17] Bij Hobbes bracht niemand meer macht over dan welke strikt noodzakelijk was. En het gebeurde op voorwaarde dat de gemeenschappelijke macht in staat is iedereen te verdedigen. Zodoende beschouwt Hobbes de gemeenschappelijke macht ook als een empirisch gegeven, welk hetzij zwak kan zijn, hetzij ten onder kan gaan. Rousseau ziet de gemeenschappelijke macht als normatief, afgesloten systeem, zonder de reële beperkingen en historische gebeurtenissen, die dat kunnen beïnvloeden – in de veranderende werkelijkheid. Aan die gemeenschappelijke (Rousseauiaanse) macht moet iedereen en altijd gehoorzamen. Wel is Rousseau van mening dat de overgang van de natuurtoestand naar de burgerlijke toestand de mens heeft veranderd. De mens vervangt immers in zijn gedrag instinct door rechtvaardigheid.

De algemene wil, de '*volonté générale*' bestaat zolang er verschillende mensen zijn, die zich tezamen als één enkel lichaam beschouwen en ze slechts één enkele wil hebben. Waarop heeft deze Wil betrekking? Het heeft betrekking op het gemeenschappelijke voortbestaan en het algemene welzijn.[18] De algemene wil zou kunnen worden aangetast door de particuliere belangen ('les intérêts particuliers'). Impliceert het begrip algemene wil een eeuwige onveranderlijke 'wil'? Zijn juist niet de particuliere belangen van de 'petites sociétés' die op den duur tot de algemene wil, dus ook het algemeen belang kunnen groeien? Is de democratie niet een maatschappijvorm waarin de burgers de plicht hebben om

14 Rousseau, O.c., p. 91.

15 Rousseau, J.J., *Het maatschappelijk verdrag of beginselen der staatsinrichting*, O.c., p. 48

16 Rousseau, O.c., p.49.

17 Rousseau, O.c., p. 54.

18 Rousseau, O.c., p. 135. De oorspronkelijke tekst van Rousseau luidt: 'Tant que plusieurs hommes réunis se considèrent comme un seul corps, ils n'ont qu'une seule volonté, qui se rapporte à la commune conservation, et au bien-être général.' Zie,. Rousseau J.J., *Du Contrat Social*, O.c., p. 259.

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

telkens op een vreedzame wijze het algemene belang opnieuw te formuleren? We moeten natuurlijk het begrip maatschappelijk welzijn niet verwarren met het algemeen belang, omdat het maatschappelijk welzijn geen belang maar het uiteindelijke *telos* van een samenleving is. Bovendien is de inhoud van het algemeen belang temporeel van aard.

Rousseau formuleert zijn bezorgdheid om de komst van het 'les intérêts particuliers', als volgt: 'S'ensuit-il de-là que la volonté générale soit anéantie ou corrompue?' Neen, omdat de algemene wil altijd vast, onveranderlijk en zuiver is. De particuliere wil wordt ondergeschikt gemaakt aan de algemene wil die dan alle andere wilsuitingen zal overschaduwen. Vervolgens is Rousseau van mening dat 'een ieder die zijn eigen belang afzondert van het algemeen belang ziet heel goed in dat hij het er niet helemaal van kan scheiden.'[19] De 'volonté générale' kan nooit in de binnenste van een persoon worden gedoofd. Hier wordt het politieke op een religieuze wijze opgevat: het vuur van het goede dooft nooit in het hart van de mens. De mens is dus van nature goed. De sterk geseculariseerde politieke filosofie van Rousseau toont, paradoxaal genoeg, een even sterke religieuze grondslag. En dit is precies het grondkarakter van alle totalitaire ideologieën in de moderne tijd, die ná Rousseau al dan niet met een beroep op hem, een algemene, niet te doven, onveranderlijke wil voor de mens wilde construeren. Maar wat is eigenlijk de algemene wil?

In *Volksvertegenwoordiging. Rousseau's maatschappelijk verdrag in de spiegel van de rechtsstaat*, beschrijft B. van Roermund de theologische betekenis van het begrip 'algemene wil'. Het werd gedacht vanuit een theologische discussie in de 17e eeuw tussen Jansenisten en Jezuïeten. Deze theologische discussie bouwde, volgens van Roermund, weer voort op een debat over de uitleg van Paulus' uitspraak, namelijk 'God wil dat alle mensen gered worden.'[20] Het gaat hier dus om het theodicee-probleem. Volgens Roermund herkennen we in Rousseau's boek een geseculariseerde, politieke versie van het theodicee-probleem. Het klassieke theologische deel daarvan is: '(...) enerzijds, hoe er kwaad en onrecht in de wereld kunnen zijn, als God goed en rechtvaardig is, anderzijds, hoe het mogelijk is dat God wil dat alle mensen gered worden, terwijl hij sommigen voor eeuwig verdoemt. (...) Hij [God, red] wil algemeen (vooraf bezien) dat alle mensen gered worden want hij is goed, maar kennelijk wil hij in het bijzonder (achteraf bezien) dat niet alle mensen gered worden want de mens kan in vrijheid zondigen en sommige mensen zondigen.'[21] De algemene wil krijgt totalitaire tendensen omdat al wie zal weigeren te gehoorzamen aan de algemene wil, er door heel het lichaam toe gedwongen zal worden. De algemene wil onderhandelt niet, discussieert niet, redeneert niet. De algemene wil dwingt. In een geseculariseerde politieke theologie moet dan het goddelijke vervangen worden door de menselijke vrijheid en het duivelse principe door het georganiseerde samenlevingsverband namelijk de staat. Ondanks alle inhoudelijke verschillen wilden de contractdenkers grosso modo de staat niet opheffen, ze wilden de willkeur en despotisme uitbannen, om juist via de staat een zo groot mogelijke vrijheid en veiligheid te waarborgen. Daarentegen wordt de staat in een totalitaire samenleving de vijand van de mensheid, die ook zo snel mogelijk opgeheven en onmiddellijk opgevolgd dient te worden door een democratische rechtsstaat. De religieuze romantiek van Rousseau was gebaseerd op een antropologische romantiek: 'De mens is vrij geboren, en is alom geketend.' Ten gevolge hiervan wordt de burgerlijke samenleving en vooral het eigendomsrecht gezien als de bron van ongelijkheid en de daaruit voortvloeiende misdaden. Op deze religieus-antropologische romantiek bouwde Karl Marx voort, die niet alleen de staat maar de hele burgerlijke samenleving wilde opheffen ten einde de individuen gelukkig te laten worden in een bezitloze samenleving. Wel, terug dan naar de oerge-

19 Rousseau, O.c., p. 136.

20 B. van Roermund, *Volksvertegenwoordiging. Rousseau's maatschappelijk verdrag in de spiegel van de rechtsstaat*, Damon, Leende 2000, p. 130.

21 Van Roermund, O.c., p. 130.

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

meenschap: de eerste commune. Dit is het precies het probleem van de moderne tijd: de politieke theologie zonder God versus het politieke.

In *Het maatschappelijke verdrag* van Rousseau levert elk mens niet een deel van zijn macht in, maar zijn hele macht over aan gemeenschappelijke macht, want zoals we al eerder geciteerd hebben, schreef Rousseau dat ieder van ons zijn persoon en heel zijn kunnen onder brengt in de hoogste leiding van de algemene wil. De totaliteit die de algemene wil veronderstelt, is niet zo maar een theologische strijd, het kondigt eerder de opkomst van de totale maatschappij aan, die uiteraard zoals elke andere totaliteit, (religieus) al dan niet met een beroep op God, wordt gefundeerd. Daarom trekt Rousseau twee belangrijke conclusies ten aanzien van de algemene wil: (1) De algemene wil is geenszins de wil van allen omdat de wil van allen slechts het privé-belang beoogt en is slechts de som van afzonderlijke willen. (2) De boosdoeners die het recht van het maatschappelijk verdrag aantasten, zijn de verraders, en doordat ze de wetten hebben geschonden, zijn ze de vijanden. Op deze vijanden (de openbare vijanden) is het oorlogsrecht van toepassing. De samenleving mag zijn 'misdadige leden' als vijand verklaren. Terecht wijst Hans Achterhuis op de doorwerking van Rousseau's theorieën in de recente geschiedenis: van Robespierre tot Stalin. En omdat het bij Rousseau om de ware vrijheid en het geluk van de mensen gaat, is zijn politieke constructie, volgens Achterhuis, niet alleen verleidelijker, maar uiteindelijk ook veel moorddadiger en gevaarlijker dan die van Hobbes.[22]

Hierboven is zeer bondig de context naar voren gekomen waarin de moderniteit heeft kunnen aanvangen. We hebben gezien hoe de politieke en culturele veranderingen de opvattingen over recht en politiek hebben beïnvloed. Daardoor werd de manier waarop over de grondslagen van de rechtsorde werd gedacht, drastisch veranderd. Dit veranderingsproces ten aanzien van de fundamenten van de rechtsorde hebben we de klassieke grondslagen van het moderne recht genoemd. Daarbij hebben we ons beperkt tot twee rechtsfilosofen die we als voorbeeld, zeer summier hebben behandeld. Nu rest ons een opsomming te geven van de belangrijkste kenmerken van de (moderne) grondslagen van de rechtsorde:

– Van God naar Volk als de ultieme grond en begrenzing van de rechtsorde. De *volkssoevereiniteit* wordt de machtsbasis van de politieke orde. Dit moet men niet verwarren met het atheïsme, het gaat hier om de secularisatie van de macht. Het volk is dan uiteindelijk de legitimatiegrond van de macht. Zodra het volk niet langer als de dragende grond van de macht *is* en wordt *voorgesteld*, zal de rechtsorde haar legitimiteit bij de toepassing van het geweldsmonopolie verliezen. Hier begint een onoverbrugbare legitimatiecrisis die tenslotte tot een politieke transitie zal leiden.

– Van de Heilige Schrift naar Rede. De kennis over de wereld en het recht is niet langer exclusief verboden met de theologische en religieuze verklaringen en interpretatiesmethodes. Er ontstaat een vorm van kennispluriformiteit. Het recht kan zich niet langer uitsluitend met een beroep op de Heilige Schrift rechtvaardigen. De rechtvaardigende gronden van recht en politiek werden hiermee eveneens geseculariseerd.

– Van imago Dei naar de antropologische onbepaaldheid van de mens. Het mensbeeld dat aan de rechtsorde ten grondslag ligt, word ook geseculariseerd.[23] Er bestaan dan verschillende en soms tegenstrijdige verklaringen over de antropologische oorsprong van de mens: de mens als een engelachtige wilde dier, de mens als een gevaarlijke wolf, de mens als een economisch wezen of de mens als animal rationale. Het recht stelt de mens voor als subjectum: de drager van rechten en plichten én het onderwerp van het recht. Deze pluriformiteit van het mensbeeld maakt een einde

22 Achterhuis, Hans, *Het rijk van de schaarste. Van Hobbes tot Foucault*, Ambo, Amsterdam 1988, pp. 150-151.

23 Vgl. Broekman, Jan. M., *Mens en mensbeeld van ons recht*, Leuven 1983; Jan M. Broekman, *Recht en antropologie*, W. E. J. Tjeenk Willink/ Acco, Antwerpen 1978.

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

aan de eenduidigheid over de mens en zijn bestemming. Niemand weet waar de mens naar toe gaat.

– Het contract als basis van het samenleven. Daardoor vindt een demythologiserende ontwikkeling plaats, die de stichtingsacte van een samenleving niet langer op basis van de mythe maar de ratio beoogt voor te stellen. Daarmee is zelfs het symbolische stichtingsmoment geseculariseerd. Zodoende is, in tegenstelling tot de oudheid en de Middeleeuwen, het voortbestaan van een samenleving en daarmee samenhangende rechtsorde niet zo maar vanzelfsprekend. Er is daardoor sprake van een continu debat over het bestaan en het voortbestaan van de politieke orde en haar eenheid. Immers er is geen god of een andere mythe die de eenheid van de politieke orde waarborgt en legitimeert.

– De zin van de geschiedenis. De geschiedenis duikt in de moderne tijd op als een grote vraag. De zin van het samenleven en de richting die de samenleving moet volgen, zijn nooit zo problematisch geweest als in de moderne tijd. De innerlijke strijd van de moderne mens verscheurt van tijd tot tijd de rechtsordes: de vraag naar zin en eventuele zinloosheid van de omringende wereld is intrinsiek verbonden met het subjectivisme van de moderniteit waarin zelfs aan de objectiviteit van de buitenwereld wordt getwijfeld.

– Van de cohesie tussen recht en samenleving naar het individuele zelfbehoud. Wat, volgens Hannah Arendt, de samenleving zo moeilijk maakt te verdragen, is niet, althans niet in de eerste plaats, dat er zoveel mensen zijn, maar het feit dat de wereld (van recht en politiek) tussen die mensen niet bij machte is hen van elkaar te scheiden en hen tegelijkertijd met elkaar te verbinden. Arendt raakt hiermee één van de grootste problemen van het moderne recht. Om de griezelige aspecten daarvan te verduidelijken, gebruikt zij de tafel als een metafoor. Een tafel,- waaraan twee mensen tegen over elkaar zitten, – verenigt en scheidt de personen die daar aanwezig zijn. Als die tafel plotseling door een toverkunst uit hun midden zou verdwijnen, zodat die twee personen niet langer gescheiden maar ook op generlei wijze meer verbonden zijn door iets tastbaars van en met elkaar, dan zullen ze elkaar aanwezigheid op den duur niet kunnen verdragen.[24]

– De codificatie en rationalisering van het recht. Dit proces was al voor de moderne tijd aangevangen, maar het werd in de moderne tijd gezien als een fundamenteel ankerpunt, welk met de Franse revolutie en napoleontische wetgeving verder werd uitgebouwd en geradicaliseerd. Terecht stellen R. Foqué en A. C. 't Hart dat de napoleontische codificatie wordt beschouwd als de bekroning van de strijd voor een democratische rechtsorde en maatschappij van vrije mensen. De codificatie beoogde, volgens Foqué en 't Hart, de nieuwe maatschappij in kaart brengen en consolideren, waarvoor de hervormingsfilosofie zoals die van Beccaria onontbeerlijk was.[25]

– De groei van wetenschappen en het belang van publieke meningsvorming. Met de moderne tijd begint de strijd om de publieke opinie. De feiten en analyses moeten er het volk, of een groot deel ervan, overtuigen van een bepaalde opvatting. De strijd tussen leugens en evidente waarheden stimuleren de nieuwe technieken voor het uiten en controleren van opinies. De volkssoevereiniteit, de wijze waarop ze de macht kan uitoefenen, is diep verbonden met de opvattingen van het volk.

24 Arendt, H., *The Human Condition*, O.c., pp. 52-53.
25 Foqué, R., en 't Hart, A.C., *Instrumentaliteit en rechtsbescherming*, Gouda Quint, Arnhem 1990, pp. 183-186.

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

11.2 Revolutie: de juridische en politieke receptie van de moderne tijd

De secularisering van de macht, kennis en recht bracht letterlijk de nieuwe wereld voort. De oude wereld stierf langzaam en pijnvol. Het tijdperk van *homo hierarchicus* dat eeuwenlang een ordenende functie had gehad voor het politieke en de rechtsorde, ging ook ten onder. De nieuwe tijd wordt gekenmerkt door de intrede van *homo equalis*.[26] Het gaat hier niet om de gelijkheid voor de wet, want dit kende de Grieken ook. De oude maatschappijen waren gebaseerd op de standen, en dit wordt door de intrede van homo equalis opgeheven. De stand hield, volgens de historicus Johan Huizinga, 'staat', 'estat' of 'ordo' in. Daarin ligt de gedachte van een door God gewilde wezenlijkheid. Vervolgens is Huizinga in zijn meesterwerk *Herfsttij der Middeleeuwen*, van mening dat het beeld dat men zich maakte van staat en maatschappij, aan elke van de standen een functie toewees. De functie werd niet toegekend overeenkomstig nuttigheidprincipe, maar op basis van de heiligheid of de schitterende glans van een stand.[27] Huizinga geeft een prachtige beschrijving van een maatschappij die door de standen werd gestructureerd:

> God heeft het volk doen geboren worden om te arbeiden, om de grond te bewerken, om door de handel duurzaam levensonderhoud te verschaffen, de geestelijkheid voor de werken des geloofs, maar de adel om de deugd te verheffen en de gerechtigheid te handhaven, om met de daden en de zeden van hun schone personen de anderen een spiegel te zijn. De hoogste taak in de staat, de bescherming der Kerk, de vermeerdering van het geloof, de bewaring van het volk voor verdrukking, de handhaving van het gemeen welzijn, bestrijding van geweld en tirannie, versterking van de vrede, Chastellain wijst ze alle de adel toe. Waarheid, dapperheid, zedelijkheid en mildheid zijn zijn eigenschappen.[28]

Dit maatschappijbeeld zal door de moderne tijd gewelddadig worden vernietigd. De verdwijning van de aristocratie[29], als het weefsel van de premoderne tijd, zal in de moderne tijd de homo equalis niet verlossen van de maatschappelijke verschillen. Op welke wijze heeft deze politiek-juridische aardbeving kunnen plaatsvinden? De revolutie.

De moderne tijd keerde de waarden en beginselen om[30]. Hoe een publieke ruimte (Politiek) beschermd en gehandhaafd kan blijven, behoort tot primaire zorgen van geciviliseerde mensen. Het is een oude vraagstelling die sinds de aanvang van de filosofie, al bij Aristoteles in *Politics*[31], met de nodige zorg aan de orde komt. Hoe men de ondergang van de publieke ruimte kan voorkomen, is niet een strategisch militair vraagstuk. Het is een politiek filosofisch en in zekere zin politiek antropologisch vraagstuk, waarbij de geleerden a priori onderzoek dienen te doen naar de grondslagen van *Politiek*. Aristoteles zet in zijn 'Politiek' uiteen hoe de verschillende politieke systemen ten val

26 Vgl. Dumont, L., *Homo Hierarchicus*, Parijs 1966; Kinneging, Andreas, 'Tocqueville: een inleiding', in: *Democratie: wezen en oorsprong. De belangrijkste gedeelten uit: Over de democratie in Amerika; Het Ancien Régime en de revolutie*, Agora/ Pelckmans, Kampen 2004, p. 11.

27 Johan Huizinga, *Herfsttij der Middeleeuwen*. O.c., p. 80.

28 Huizinga, O.c., p. 81.

29 Kinneging, A.A.M., *Aristocracy, Antiquity and History. Classicism in Political Thought*, Transaction Publishers, New Brunswick/London 1997.

30 Ten aanzien van die omkering van waarde schrijft Hannah Arendt dat: 'When Robespierre declared that 'everything which is necessary to maintain life must be common good and only the surplus can be recognized as private property', he was not only reversing premodern political theory, which held that it was precisely the citizens' surplus in time and goods that must be given and shared in common; he was, again in his own words finally subjecting revolutionary government to 'the most sacred of all laws, the welfare of the people, the most irrefragable of all titles, necessity.' Hannah Arendt, *On Revolution*, Penguin Books, London 1990(1963), p.60.

31 Aristoteles, *The complete works of Aristotle*. The revised Oxford translation. Edited by Jonathan Barnes, Volume II, Princeton University Press, New Jersey/ Oxford 1984.

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

gebracht worden, of wat de zwakte en sterkte van verschillen systemen zijn. In het boek (V)[32] vraagt Aristoteles zich af hoe we de 'revoluties' (overeenkomstige Engelse vertaling) kunnen worden voorkomen. De moderne tijd is juist politiek en maatschappelijk gerealiseerd door de revolutie. Wat is de revolutie?

Het woord revolutie stamt van het Latijnse werkwoord revolvere af: iets omwentelen, en het zelfstandig naamwoord revolutio betekent eveneens terug- of omwenteling. In verschillende combinaties (zoals een gezegde) werd het woord in het Latijn gebruikt als het opnieuw doen van iets (zoals opnieuw afleggen of opnieuw doormaken). In de loop der eeuwen wordt het woord ook nog gebruikt in de betekenissen van restauratie van een oude orde (hervorming), én (opnieuw) beginnen. Aan het eind van de Middeleeuwen werd het woord revolutie voor het eerst gebruikt in de Italiaanse stadstaten. Het begrip revolutie had toen vooral betrekking op de hervorming binnen de Rooms-Katholieke kerk. We kunnen revolutie verstaan in de zin van een terug-wenteling, opnieuw beginnen bijvoorbeeld zoals wat in de geschiedenis Renaissance wordt genoemd. Terug-wentelend, (opnieuw beginnen) verwijst naar een moment in de geschiedenis, een allerhoogst moment dat opnieuw moet worden verwezenlijkt. De revolutie kent dus twee momenten: terug-wenteling en herwaardering van een moment uit het verleden. De revolutie zoals we het kennen duidt op een modern verschijnsel, het is een politiek- filosofische categorie. De oudheid en de Middeleeuwen kenden het fenomeen revolutie als een politieke categorie niet. Het vijfde boek van Aristoteles gaat, zo schrijven de moderne vertalers, over de revoluties en haar oorzaken, waar Aristoteles het woord :gJ"$@8"\ en de andere afgeleide woorden gebruikt, wordt het vertaald als revolutie. Dit is een onjuiste vertaling: :gJ"$@8"\ betekende quasi-natuurlijke overgang, of omverwerping. De revolutie heeft ook dan, zoals Arendt[33] aantoont, geen verband met het woord FJVF4H de burgerstrijd.

Aristoteles behandelt in zijn werk de vraag hoe de verschillende politieke systemen zoals een republiek of monarchie worden omvergeworpen, en wat de oorzaken van de rebellie of opstand van de burgers tegen een bepaald politiek systeem kunnen zijn. Hij begint met de armoede (de economische oorzaak) als een drijfveer van burgeropstanden. De omverwerping van een persoon of een systeem leidde niet tot een nieuwe maatschappijvorm, omdat de mensen ná een opstand kozen voor een ander politiek systeem dat reeds bestond: van monarchie naar republiek of omgekeerd. Daarom gebruikt Aristoteles een quasibiologische term :gJ"$@8"\, dat wij vandaag metabolisme zouden noemen. Aristoteles schrijft daar: 'The design which we proposed to ourselves is now nearly completed. Next in order follow the causes of revolution (:gJ"$@8"\,) in states, how many, and of what nature they are; what modes of destruction apply to particular states, and out of what, and into what they mostly change; also what are the modes of preservation in states generally, or in a particular state, and by what means each state may be best preserved: these questions remain to be considered.'[34]

Het omverwerpen leek op een cirkel waarbinnen bepaalde politieke en filosofische mogelijkheden beschikbaar waren, terwijl de revolutie een lineair begrip is, waardoor men vanuit het heden met een nieuwe schepping naar de toekomst vertrekt. Uit de uiteenzetting van Aristoteles over het omverwerpen van een politiek systeem kunnen we constateren dat men in die tijd het omverwerpen van een politiek systeem als een negatieve activiteit beschouwde. Daarom zocht Aristoteles naar de oorzaken van zo'n destructief collectieve daad. De belangrijkste oorzaak van de politieke onrust zijn, volgens Aristoteles, de verschillende opvattingen en praktijken omtrent de rechtvaardigheid en gelijkheid. Hierdoor blijkt dus dat Aristoteles er niet op uit was om elke vorm van politiek verzet te willen uitsluiten, maar Aristoteles wilde met een diepgaand onderzoek naar de oorzaken van het politiek verzet

32 Aristoteles, O.c., p. 2066-2090.
33 Arendt, H. *On Revolution,* O.c., p. 21.
34 Aristoteles, a.w., p. 2066.

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

de destructieve kracht van een politiek verzet beperken. De Grieken kenden dus het woord revolutie en haar concept niet. De moderne tijd introduceerde een nieuwe politieke categorie: de revolutie.

De Amerikaanse revolutie is de eerste en de laatste revolutie die niets gemeen heeft met de latere Europese en niet-Europese revoluties. Het ging om de onafhankelijkheid van een nog te vormen natie die met een zeer beperkte inzet van geweld bereikt was. De oprichter van de Verenigde Staten beoogden de *Constiutio Libertatis* te realiseren.[35] Op het verloop van de Franse revolutie hadden de opvattingen van Rousseau hun stempel gedrukt, terwijl de Amerikaanse revolutie was vooral beïnvloed door opvattingen van Montesquieu. Omdat de oprichters van Amerika, aldus Arendt, het politieke domein zo wilden opbouwen en constitueren dat de macht en vrijheid gecombineerd konden worden.[36] De ware revolutie vond in Frankrijk plaats in 1789, waaraan alle moderne politieke categorieën van revolutie mogen worden gekoppeld. De revolutie brak het oude af en bouwde het nieuwe op. De dubbelzinnigheid van de Franse revolutie, om een woord van Foqué en 't Hart te gebruiken, is de oorzaak van een dubbelzinnige houding die meeste wetenschappers tot de revolutie hebben. Immers, de Fransen hadden een einde gemaakt aan het Ancien Régime en daarmee hebben ze de oprichting van liberale rechtsstaten bevorderd. Ze hebben echter aan de andere kant een politieke categorie gerealiseerd, die intrinsiek verbonden is met geweld en maakbaarheid. De grootsheid van deze revolutie wordt uiteengezet door Alexis de Tocqueville in *The Old Regime and the French Revolution*. De corruptie, ongelijkheid, despotisme en alle andere kwalen van het Ancien Régime waren volgens Tocqueville, de oorzaken van de revolutie. De revolutie was dan een onvermijdelijke gebeurtenis.

Tocqueville schrijft over de historische waarde van de revolutie: 'No great historical event is better calculated than the French Revolution to teach political writers and statesmen to be cautious in their speculations; for never was any such event, stemming from factors so far back in the past, so inevitable yet so completely unforeseen.'[37] Alexis de Tocqueville weet al in 1856 dat de Franse revolutie een wereldwijd effect ambieerde[38] en dat zij een missionaire atmosfeer[39] schept. Op de vraag wat de ware bedoeling van de revolutie was, schrijft hij: '(...) to change the whole nature of our traditional civilization, to arrest its progress, or even to make any vital change in the principles basic to the structure of society in the Western World.'[40] De Franse revolutie beoogde ook een nieuwe universele wereld (namelijk de Westerse Wereld) te bereiken, die op beginselen van de liberale rechtsstaat zouden zijn gebaseerd. De invoering van de moderne democratie impliceerde het einde van het feodale stelsel en de mystieke verbondenheid van Politiek en God. Tegelijkertijd beschrijft Tocqueville hoe de Franse revolutie in een orgie van geweld veranderde en daarom is hij terecht van mening dat iets satanische aan die revolutie kleefde. Daarom hoopt hij dat, temidden van de duisternis van de toekomst, de aristocratie zal ontstaan, die de onbekende krachten met hun vernietigingsdrang kan kanaliseren.

Naast de rechtstatelijkheid bracht de revolutie echter het fenomeen maakbaarheid door middel van geweld voort, waarbij de geschiedenis als *de* voorbereiding werd gezien op een nog te vormen mens en samenleving. De revolutie wilde terugkeren naar een authentiek moment in het verre verleden, een paradijselijk begin waarin iedereen gelukkig was. Omdat deze terugkeer niet in de realiteit op te vangen was, moest de revolutie steunen op een filosofische beschouwing over die realiteit. Die realiteit was het moment waarnaar de mensheid diende terug te keren. De revolutie kon niet bedacht worden door de arbeiders, het is bedacht door de filosofen. De revolutie heeft daarom altijd en overal haar eigen specifieke ideologen nodig. Doordat de echte geschiedenis nog moet beginnen, ervaart de revolutie zichzelf als vroedvrouw van diezelfde geschiedenis die nog geboren moet worden. En omdat

35 Vgl. Hamilton, A., Jay, J., en Madison, J., *The Federalist Papers. A commentary on the constitution of the United State*, Modern Library, New York 2000.
36 Arendt, H., *On Revolution*, O.c., p.150.
37 Tocqueville, Alexis de, *The Old Regime and the French Revolution*, Anchor Books, New York 1983 (1856), p. 1.
38 Tocqueville, O.c., p. 10.
39 Tocqueville, O.c., p. 12.
40 Tocqueville, O.c., p. 19.

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

de ideologische inhoud van de revolutie niet vaststaat, ontstaat bij de revolutionairen een strijd om het bepalen van de loop der geschiedenis. Het geweld behoeft, revolutionair gezien, niet concreet gerechtvaardigd te worden. Alles staat immers in dienst van een grote contemplatieve beschouwing over de mensheid en haar geschiedenis. Het geweld wordt abstract, daardoor wordt het geweld op basis van de overeenstemming met de ideologie gerechtvaardigd. Niet de rechtbanken, niet de parlementen en zeker niet de medeburgers bepalen de gronden en proportionaliteit van het geweld. Daarin ligt de oorzaak van de disproportionele vormen van revolutionair geweld waarbij de willekeur de maat der dingen wordt. Omdat er concurrentie gaande is rond het bepalen van de ideologie en de loop der geschiedenis, eet de revolutie haar eigen kinderen op. Een verwijzing naar de ideologie van de revolutie is voldoende om geweld tegen vrienden te rechtvaardigen.

De revolutie denkt en handelt instrumenteel, alles is immers in dienst van de ideologie, en de revolutie zelf is ook het instrument om een paradijselijke toestand te bereiken. De revolutie dient dus een ander doel. Het geweld is ook in wezen instrumenteel, omdat het geweld een reeds vastgesteld doel moet bereiken. De revolutie en geweld komen uit eenzelfde gedachte en handelingspatroon voort: de absolute instrumentaliteit welke eigen is aan het 'maken'.[41] Niemand, althans in de revolutionaire kringen, heeft de maakbaarheid en het geweld markanter geformuleerd dan F. Engels. In *Anti-Dühring*, hij schrijft:

> Voor de heer Dühring is het geweld het absoluut kwade (...) Dat het geweld echter nog een andere rol in de geschiedenis speelt, een revolutionaire rol; dat het, om Marx' woorden te gebruiken, de vroedvrouw is van iedere oude maatschappij die van een nieuwe zwanger gaat, dat het het werktuig is, waarmee de maatschappelijke beweging zich baan breekt en verstarde, afgestorven politieke vormen verbrijzelt (...) De objectieve, vreemde machten die tot dusverre de geschiedenis beheersten, komen onder de controle der mensen zelf. Eerst van dan af zullen de mensen hun geschiedenis in volle bewustheid zelf maken, eerst van dan af zullen de door hun in beweging gebrachte maatschappelijke oorzaken overwegend en in steeds toenemende mate ook de door hen gewilde uitwerkingen hebben. Het is de sprong van de mensheid uit het rijk van de noodzakelijkheid naar het rijk van de vrijheid.[42]

Revolutie is een voortdurend proces van maakbaarheid (maakproces) en daardoor ook een voortdurend geweldsproces. Ten diepste is de revolutie een anti-politieke gebeurtenis. Want *Politiek* impliceert het bestaan van een publieke ruimte waarin diverse lezingen van de geschiedenis en van het geluk met elkaar in een nooit af te ronden dialoog zijn. *Politiek* wordt begrenst door het politieke waarbij de beginselen van een rechtsorde de diversiteit en pluriformiteit van burgers en hun lezingen waarborgen. In *Politiek* vindt *de* politiek, de concrete politieke activiteiten, plaats. In dit geheel is geen ruimte voor een eeuwig overheersende ideologie. Het taalgebruik van Saint-Juist is onthullend voor de intensiteit van de revolutionaire geweldsbeoefening: '(...) tussen het volk en zijn vijanden bestaat niets gemeenschappelijks meer behalve het zwaard. Wie men niet met het recht kan regeren, moet men dat met het ijzer doen: tirannen moet men knechten. Van clementie is dus geen sprake, de revolutionaire rechtspraak staat voor 'strengheid' (Saint-Just, 26 februari 1794). Het zwaard der wet dient overal snel rond te waren. (...) het middel van de volksregering tijdens de revolutie is zowel de deugd als de terreur(...). De terreur is niets anders dan prompte, strenge en onverbiddelijke rechtspraak; ze is dus een uitvloeisel van de deugd.'[43] Inderdaad is de guillotine de machine en het goddelijke symbool van de revolutie.

41 Vgl. Arendt, H., 'On Violence', in: *Crises of the Republic, Harcourt Brace*, London 1972 (1969), pp. 105-198.
42 Engels, F., *Anti-Dühring*, Progres, Moskou 1988(1878), p. 209 en 324.
43 Arasse, Daniel, *De machine van de revolutie. Een geschiedenis van de guillotine*, SUN, Nijmegen 1989, p. 114.

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

De revolutie die de rechten van de mens heeft afgekondigd, eindigde in massale mensenrechtenschendingen.[44] Omdat de liberale waarheid van de revolutie, die zich tegen het Ancien Régime keerde, werd verslonden door de ideologische religiositeit van diezelfde revolutie. De filosofie van revolutie ontwikkelde zich tot een ongekende intellectuele arbeid bij K. Marx, F. Engels en W. Lenin, die zich hartstochtelijk verzetten tegen de mensenrechten en de liberale rechtsstaat. Als een locomotief brengt de revolutie de geschiedenis vooruit, beweerde Lenin. Lenin, de oprichter van de Sovjet-Unie, was met Marx van mening dat de revoluties ooit een einde zouden maken aan de staat (de liberale vorm ervan), waarbij het parlementarisme[45] afgeschaft zou zijn. De democratie wordt bestempeld in termen van kleinburgerlijkheid.[46]

Revolutie is dan het hoogste punt van de dialectiek in *de* geschiedenis: de negatie der negatie, waardoor een bepaalde maatschappelijke toestand wordt opgeheven. Revolutie is in de grond een modern fenomeen dat wereldwijd door niet-westerse volkeren gepleegd is met alle gevolgen van dien. De Iraanse revolutie, de Chinese revolutie, de Cubaanse revolutie, de Angolese revolutie zijn geenszins authentieke inheemse politieke handelingen. Revolutie is een Westers fenomeen, uitgevoerd ten einde het Ancien Régime op te heffen. En zij draagt met zich, waar dan ook, de Europees achttiende eeuwse tegenstelling: revolutie kondigt af en schendt tegelijkertijd de rechten van de mens. Revolutie wil alles terug laten keren naar het contemplatief fantasie-moment, of zoals Rushdie schrijft:

> Ik moet aan een uitdrukking denken die de Iraanse revolutie kernachtig weergeeft. Het is een gezegde van een van de belangrijkst ideologen van de revolutie, Ali Shariati. Hij beschreef wat er gebeurde als een 'revolte tegen de geschiedenis'. Wat een uitdrukking! Met deze vier onvergetelijke woorden kenschetst hij de geschiedenis als kolossale vergissing, en maakt de revolutie zich op om de klok letterlijk terug te draaien. De tijd moet op zijn schreden terugkeren.[47]

De revoluties van de twintigste eeuw hebben een onuitwisbaar spoor van geweld tegen onschuldige burgers, oorlogen en rechteloosheid achtergelaten. Dit model van transitie verdiende geen navolging. Miljoenen mensen zijn vermoord door de rode revolutionairen in communistische landen. Het communisme en fascisme offerden de democratie op het altaar van ideologieën aangaande de geschiedenis: de voorspelbare geschiedenis. De open samenleving kent geen officiële en voorspelbare geschiedenis. Het neemt echter niet weg dat de volkeren het recht hebben zich te verzetten tegen dictatuur of totalitaire regimes. Maar de cruciale vraag is op welke wijze een politieke transitie dient te gebeuren. Wat moet een politieke transitie bereiken? Zuid-Afrika en vele andere landen hebben lessen getrokken uit de revolutionaire transities die uiteindelijk niet anders bleken te zijn dan een aflossing van dictatuur. Op het moment waarop een dictatuur verzwakt is, ontdekte men de weg van de onderhandelingen. De politiek van onderhandelingen is een principiële manier een revolutie met alle gevolgen van dien uit te stellen en naar gelang van de onderhandelingen definitief af te stellen. Een transitie beoogt de rechtstatelijkheid die door een dictatuur beschadigd of vernietigd is, te herstellen. Terwijl de revolutie haar eigen ideologie beoogt te realiseren. Revolutie was gedurende de 20e eeuw de meest voor de handliggende vorm van politieke transitie. Het was eveneens, gelet op de historische ervaringen en de intrinsieke gewelddaad van de revolutie, het meest dreigende overgangsmodel. Vanaf de jaren tachtig van de vorige eeuw begon men in verschillende landen te zoeken naar een alternatieve vorm van politieke overgang. Daarin heeft Zuid-Afrika, gedurende de transitie naar

44 Alleen al een oppervlakkige lezing van de teksten van de revolutionair, Saint-Just (1767-1794) zal elke weldenkende mens tot bezinging brengen over de staatsterreur. Zie, Saint-Just, *Saint-Just. œuvres complètes*, Gallimard, Paris 2004.

45 Lenin, W.I., *Staat en Revolutie. De leer van het marxisme over de staat en de taken van het proletariaat in de revolutie*, Progres, Moskou 1988 (1917), p. 501.

46 Marx, Karl, *Der Achtzehnte Brumaire des Louis Bonaparte*, in: Karl Marx Politische Schriften, Erster Band, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt (1852) 1978.

47 Rushdie, Salman, *Vaderland in de verbeelding*, Veen, Amsterdam 1991, p. 208.

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

een democratische rechtsorde, een belangrijke rol gespeeld. Om een burgeroorlog, revolutionaire rechtbanken en de totale chaos in Zuid-Afrika te voorkomen, diende men de revolutie te aborteren. Daardoor hebben Nelson Mandela en F. W. De Klerk (de laatste president van het apartheidsregime) voor een vreedzame overgang via de onderhandelingen.[48]

De realisatie van *de* ideologie gaat noodzakelijkerwijs gepaard met geweld, het excessieve geweld. Het excessieve geweld kan nauwelijks rechtvaardigende grondslagen bieden voor het heroprichten van een publieke ruimte. De staat is vanuit het standpunt van revolutionairen een instrument, om daarmee onmiddellijk de idealen van de revolutie te verwezenlijken. De afwezigheid van rechtstatelijkheid bij de revolutionairen leidt noodzakelijkerwijs tot tirannie. Door de revolutie werd de moderne tijd juridisch en politiek definitief ingevoerd. De receptie van de moderniteit was compleet. Tussen de wilde gevaarlijke mens van Hobbes en de wilde romantische mens van Rousseau is een ruimte waarin het mensbeeld van de Verlichting en de mensenrechten is verankerd.

Nogmaals over de tegenstelling tussen Rousseau en Hobbes. Het ligt, althans wat ons onderwerp betreft, op het vlak van antropologie, ze hebben namelijk verschillende mensbeelden waardoor het maatschappelijk contract tot stand komt. Er zijn verschillende politiek-antropologische motieven om tot een maatschappelijk contract over te gaan. Rousseau schetst in het tweede deel van *Vertoog over de ongelijkheid*, zijn visie:

> Laten we toch vooral niet met Hobbes tot de slotsom komen dat de mens, omdat hij geen weet heeft van wat goed is, van nature slecht is; dat hij verdorven is omdat hij de deugd niet kent; dat hij altijd zijn gelijken de helpende hand weigert die hij meent niet verschuldigd te zijn; dat hij vanwege de aanspraak die hij zichzelf terecht toekent op hetgeen hij nodig heeft, dwaas genoeg is te menen dat hij de enige eigenaar is van het ganse heelal. Hobbes heeft heel scherp het tekortschieten van de moderne definities van het natuurrecht onderkend; maar de gevolgtrekkingen uit zijn definitie laten zien dat de zijne niet minder fout is.[49]

De wilde mens in de natuurtoestand is niet zo slecht als Hobbes zich heeft voorgesteld.[50] Zodoende is gebleken hoe funderend een mensbeeld is voor een politiek-juridisch opvatting die de grondslagen van de samenleving zou vormen. De vraag is nu welk mensbeeld ten grondslag ligt aan de mensenrechten. Het belangrijke moment uit de geschiedenis van mensenrechten: afkondiging van *Bill of Rights 1689*, *Declaration of independence, Déclaration des droits de l homme 1789 et du citoyen,* waar in Parijs Thomas Jefferson (1743-1826), de voornaamste redacteur van Declaration of independence bij betrokken was.[51] Wat is de betekenis van de intrede van de rechten van de mens in de moderne tijd? Welke politiek-filosofische c.q. politiek-historische omwenteling belichamen de rechten van de mens? Deze omwenteling werd in 1896 op een buitengewoon authentieke wijze beschreven door de rechtsgeleerde A. De Graaf in zijn proefschrift *Een beschouwing over de geschiedenis van het straffen*:

> De tijd waarvan ik nu ga spreken is een tijd van groote rechtsonzekerheid (...) De geheele tijd is een tijd van protest, protest tegen het oude, protest tegen het komende. Men voelt de Revolutie afbreekt, maar dat is niet zoo, wanneer een Revolutie uitbreekt dan is reeds afgebroken (...) '*de rechten van den mensch*'. Het vermogen waarmee men abstraheert d.i. classificeert d.i. ordent, is de rede. De rede brengt de gelijkheid, doet zien het gelijke, het eigenaardige tot één soort behoorende, ook van de menschen, daardoor *den* mensch: de godin der rede is het daarom die de Revolutie vereert. Bij geen volk is de rede

48 Zie, Ellian, A, *Een onderzoek naar de Waarheids- en Verzoeningscommissie van Zuid-Afrika*, WLP, Tilburg 2003.

49 Ibidem., p. 79.

50 Rousseau repliceert: 'Men zou dus kunnen zeggen dat de wilden niet slecht, juist omdat zij niet weten wat het goed is te zijn.'. Zie, J.J. Rousseau, *Vertoog over de ongelijkheid*, Amsterdam 1989, p. 80. J.J. Rousseau, *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les homme*, Paris 1969, p.84.

51 Vgl. Jefferson, Thomas, *Political Writings*, Cambridge University Press, Cambridge2003.

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

> zoo ontwikkeld als bij de Franschen, en niets is bij het Fransche volk zoo ontwikkeld als de rede. Dit is het dus: *de type mensch is ontdekt.*[52]

De Graaf meldt niet alleen hoe belangrijk de Franse revolutie was, maar hij benadrukt vooral hoe de rechten van de mens en daarmee het type mens ontdekt is. Dit type mens is, volgens De Graaf, hetzelfde als persoonlijkheid. Hier vallen drie belangrijke elementen van deze omwenteling op: (1) De bestaande politiek-juridische werkelijkheid werd reeds door de revolutie afgebroken; het einde van het Ancien Régime. (2) De rechten van de mens als de juridische vorm waarmee de secularisatie van de macht geconstitueerd wordt.[53] (3) En een *type* mens gebaseerd op het beginsel van *persoonlijkheid*. Deze drie elementen vertalen we in toegankelijker terminologieën: (1) De invoering van democratie en het einde van mystiek gefundeerde samenlevingen. (2) De plaats van de macht werd leeg verklaard, de democratie is een grondloze samenlevingsvorm. (3) De rechten van de mens als begronding van een grondloze samenleving. De codificatiebeweging institutionaliseerde deze elementen. Foqué en 't Hart noemen in hun studie *Instrumentaliteit en rechtsbescherming*[54], de Franse jurist Portalis als de codificator van het post-revolutionaire periode. De kroonjurist van Napoleon (namelijk Portalis) heeft samen met anderen in de constitutie van 1791 en de Code Pénal (1791 en 1810) de basis gelegd voor een het strafrecht dat aansloot bij een anti-despotische staatsvorm en bij het burgerlijke maatschappijmodel. Terecht wijzen Foqué en 't Hart erop dat Portalis' codificatie en daarmee samenhangende rechtstheorie een politiek doel diende: 'het doen vergeten van het activisme van de revolutie en de maatschappelijke onrust die daarmee verbonden is.'[55]

Het mensbeeld van de Verlichting vormt de structuur van het mensbeeld dat aan de mensenrechten ten grondslag ligt. De openingszin van *Was ist Aufklärung?* (1786), van Immanuel Kant is een onsterfelijke passage die tot de verbeelding spreekt: 'Verlichting is het uittreden van de mens uit de onmondigheid die hij aan zichzelf te wijten heeft. Onmondigheid is het vermogen zich van zijn verstand te bedienen zonder leiding van een ander.'[56] Dit mensbeeld van de Verlichting kent, kort samengevat, drie universele aspecten:

1. Alle mensen zijn, in principe rationele wezens;
2. Alle mensen hebben behoefte aan lichamelijke en geestelijk bescherming tegenover de machten (de vrijheidsdrang);
3. Mensen zijn autonome subjecten.

Laten we nu kijken naar artikel 1 van de Universele verklaring van de rechten (1948) van de mens:

Art. 1 Alle mensen worden vrij en gelijk in waardigheid en rechten geboren. Zij zijn begiftigd met verstand en geweten, en behoren zich jegens elkaar in een geest van broederschap te gedragen.

De mens als *persoon*, los van elke ideologische of religieuze bepaling, is het vertrekpunt van de rechten van de mens. De persoonlijkheid van het individu weerspiegelt de *persoon* als een vrij en gelijkwaardig wezen. De keuzevrijheid, zonder vrees voor ideologische instituten of staatsbemoeienis, is conditio sine qua non om überhaupt een persoon te zijn. Dit mensbeeld is individualistisch en diep verbonden met de burgerlijke maatschappij die tot nu toe de enige maatschappijvorm blijkt te zijn waarin de mens als persoon in een toestand van keuzevrijheid kan verkeren. De liberale samenleving is, met andere woorden, de enige samenlevingsvorm waarin ook de mensenrechten gerespecteerd

52 De Graaf, A., *Een beschouwing over de geschiedenis van het straffen*, Amsterdam 1896, pp. 105, 113, 117.

53 'Alle eigenschappen of rechten die men zegt dat de mensch heeft, moeten aanduiden wat de persoonlijkheid uitmaakt. De persoonlijkheid, heeft laten besnoeien door Israël, ontkennen door Romeinen, het zwijgen opleggen door de Kerk, is vrijgekomen(...) Tot nu toe was het de staat die wetten voorschreef, nu is het de persoonlijkheid die opstelt.', Zie, Ibidem., pp. 117-18.

54 Foqué, H., 't Hart, A.C., *Instrumentaliteit en rechtsbescherming. Grondslagen van een strafrechtelijke waardendiscussie*, Gouda Quint, Arnhem 1990, p. 39-51.

55 Foqué en 't Hart, O.c., p. 44.

56 Kant, I., *Was ist Aufklärung?*, Hamburg 1969 (1784).

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

kunnen worden. De liberale samenleving is een opensamenleving zonder grond, met vele afgronden.

Het is geen toeval dat de afkondiging van de mensenrechten samenvalt met de geboorte van de democratische rechtsstaat. In de moderne wereld zou een democratie zonder mensenrechten en ook omgekeerd mensenrechten zonder democratie niet mogelijk zijn. Omdat de mensenrechten de waarborgen zijn voor het functioneren van de democratie en de democratie de enige waarborg is voor het realiseren van de mensenrechten. Democratie en mensenrechtencultuur vormen tezamen de ultieme begrenzing van *Politiek* (publieke ruimte) waarvan het burgerschap de ratio en het wezen is. Het individualisme van de democratie-mensenrechten wordt vaak bekritiseerd door diverse ideologieën. Het individualisme moet niet gelijk gesteld worden aan egoïsme of het gebrek aan de sociale cohesie. Het egoïsme, leert Alexis de Tocqueville ons, is een niets ontziende, overtrokken eigenliefde, waarbij de egoïst zichzelf boven alles stelt. Het individualisme is een ongeëmotioneerde (calm feeling), waardoor ieder individu ertoe gebracht wordt zich buiten de massa van zijn medeburgers op te stellen. Het individualisme is geen blind natuurinstinct. Het individualisme van mensenrechten, waarbij een persoon zich als een zelfstandig, verantwoord individu presenteert, manifesteert een grondhouding van de democratie. In de woorden van De Tocqueville: 'Individualism is of democratic origin, and it threatens to develop as conditions become equal'.[57] Tegelijkertijd is het individualisme een gevaar voor de democratie: de tirannie ontstaat waar geen groepen van mensen bestaan.

11.3 De moderne democratie en het totalitarisme

De revolutie, de geestelijke erfenis van Rousseau, en de Verlichting leidde in Frankrijk tot werkelijk bizarre vormen van staatsterreur. De revolutionaire staatsterreur was de voorbode van wat zich later in Europa en andere continenten zou voordoen. Het conservatisme in de zin van de politieke filosofie was de eerste intellectuele reactie op gruweldaden van de Franse revolutie. De filosoof Edmund Burke[58] (1729-1797) wordt gezien als de vader van het conservatisme: 'Niets is zo bekend van Burke als zijn tirades tegen de Franse Revolutie, de 'parisian philosohpers'. Maar terwijl men dit soms gepresenteerd ziet als een wat aandoenlijk, maar absurd trekje van de grote Ierse staatsman nemen de conservatieven ht volstrekt serieus, ja zien ze Burke als een van de meest profetische kritici van de moderne tijd die ons vooral op dit punt nog heel wat te zeggen heeft.'[59] De revolutie vernietigde de wereld van *homo hierarchicus*. Het grensloze vertrouwen in het zedelijk vermogen van individu is een product van de Verlichting. Dit optimisme wordt nog steeds vurig bestreden. Zo schrijft de rechtsfilosoof Andreas Kinneging in een opstel over de Verlichting, dat de Verlichtingsdenkers de oorsprong van kwaad niet in de mens maar in de maatschappij zochten.[60] Dus moest steeds gesleuteld worden aan de maatschappij. Dit geloof in de maakbaarheid van de maatschappij kent zijn dieptepunten in twintigste eeuw. In Europa en elders kwamen totalitaire regime's aan de macht die al dan niet geïndustrialiseerd miljoenen burgers hebben vermoord. De Sovjet-Unie heeft al bijna veertig miljoen gedode burgers op haar geweten. En dan nog nazi-Duitsland waar alleen al meer dan zes miljoen onschuldige joodse burgers zijn vermoord. China, Cambodja, Cuba liggen weliswaar buiten Europa, maar zij vertegenwoordigen het Europese revolutionaire denken. Wat is het totalitarisme? Waarom en hoe wordt de moderne democratie gedreigd door het totalitarisme? We zullen proberen deze vragen te beantwoorden met behulp van de analyse van de Franse politiek filosoof Claude Lefort.

57 Alexis de Tocqueville 200(1835), p.483.
58 Vgl. Burke, Edmund, *Reflections on the revolution in France*, edit. Connor Cruise O'Brein, Harmondsworth 1982.
59 Paul Cliteur, *Conservatisme en Cultuurrecht*, dis. Universiteit Leiden, Amsterdam 1989, p. 82.
60 Kinneging, Andreas, 'De solide duisternis van de Verlichting', in: *Geografie van goed en kwaad. Filosofische essays*, Spectrum, Amsterdam 2005, p. 455.

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

11.4 Claude Lefort over het totalitarisme

De onthoofding van Lodewijk XVI was het einde van het Ancien Régime en tevens de onthoofding van het mystieke lichaam van de vorst. Ironisch genoeg is deze onthoofding te beschouwen als het moment waarop de moderniteit politiek-juridisch ingang vindt. Omdat er tegelijkertijd de rechten van de mens worden afgekondigd. Wat veranderde er ten aanzien van de macht? De macht is in de visie van Lefort niet 'iets', dat wil zeggen, niet iets empirisch bepaalds, maar ze is onlosmakelijk verbonden met de wijze waarop ze wordt voorgesteld. De voorstelling van de macht, de wijze waarop wordt voorgesteld is bepalend voor de constructie van het politieke. In hoofdstuk 10, is weer in het licht van de politieke filosofie van Lefort en Kantorowicz, aan de orde gesteld hoe de macht in de Middeleeuwen werd voorgesteld. Daar werd de maatschappelijk eenheid naar analogie van de lichamelijke eenheid voorgesteld. Het corpus mysticum, het mystieke lichaam, met Christus aan het hoofd, de kerken en vorst als een soort schaduw van God die in staat wordt geacht te bemiddelen tussen het menselijke en het transcendente, waren de kernbegrippen op grond waarvan de macht werd voorgesteld. De macht is in de grond een symbolische constructie. Daarom is Lefort van mening dat: 'Ten tijde van de monarchie werd de macht belichaamd door de persoon van de vorst. Dat wil niet zeggen dat hij beschikte over een grenzeloze macht. Het bewind was niet despotisch. De vorst was een bemiddelaar tussen de mensen en de goden, of, als gevolg van de verwereldlijking en ontkerstening van het politieke handelen, een bemiddelaar tussen de mensen en transcendente instanties als de soevereine Gerechtigheid en de soevereine Rede.'[61] We hebben het hier over de symbolische dimensie van de maatschappij. Maar wat betekent de symbolische dimensie? Het betekent, volgens de politieke filosoof Donald Loose, dat 'de politiek nooit een afspiegeling is van reeds geformeerde maatschappelijke realiteiten. Symbolische is meer dan imaginair. Dat laatste suggereert een verhouding tussen twee op zichzelf staande entiteiten.'[62] Het marxisme als een totalitaire ideologie weigerde de symbolische dimensie van politiek te aanvaarden. Het symbolische is ook niet zo maar te reduceren tot een ideologische eenheid: de symbolische orde is het licht vanwaaruit de werkelijkheid kan worden geïnterpreteerd. Het lijkt op taal die niet een afbeelding is van de dingen, de taal opent een domein waarin de mogelijkheidsvoorwaarden worden gecreëerd om de dingen en de gebeurtenissen te betekenen. Met het symbolische doelt Lefort ook op de begrippen zoals representatie en vertegenwoordiging[63] Via de representatie kan de maatschappij zichzelf vorm geven.

Hoe moest de macht zonder de bemiddeling van een corpus mysticum worden voorgesteld? De plaats van de macht is in de moderne democratie (symbolisch) leeg:

> De rechtvaardiging van de macht wordt gebaseerd op het volk. Maar het beeld van de volkssoevereiniteit gaat samen met dat van een onbezetbare en lege plaats, zodat degenen die het publieke gezag uitoefenen zich deze plaats niet kunnen toeëigenen. De democratie verenigt deze schijnbaar tegengestelde principe: het ene dat stelt dat de macht uitgaat van het volk; het andere dat stelt dat deze macht niemand toebehoort. De democratie leeft van deze tegenstellingen.[64]

De macht is nogmaals, volgens Lefort, niet 'empirisch bepaald' en de macht is zelfs geen substantie (geen ding), maar de macht is 'onlosmakelijk verbonden met de wijze' waarop zij wordt voorgesteld. In de Middeleeuwen werd de plaats van de macht door de vorst ingenomen, – wel als bemiddellaar

61 Lefort Cl., 'De vraag naar de democratie', in: Cl. Lefort, *Het democratisch tekort: over de noodzakelijke onbepaaldheid van de democratie*, Boom, Amsterdam/Meppel 1992, p. 44.; Lefort, Cl., 'La question de la démocratie', in: *Essais sur le politque (XIXe-XXe siècles)*, Seuil, Paris 1986.

62 Loose, Donald, *Democratie zonder blauwdruk. De politieke filosofie van Claude Lefort*, Damon, Best 1997, p. 67.

63 Loose, O.c., p. 71.

64 Lefort Cl., 'De logica van het totalitarisme', in: Cl. Lefort, *Het democratisch tekort: over de noodzakelijke onbepaaldheid van de democratie*, Boom, Amsterdam/Meppel 1992, p. 57.; Lefort, Cl., 'La logique totalitarisme', in: *L'invention démocratique*, Fayard, Paris 1994(1981), p. 92.

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

tussen het goddelijke en menselijke-, terwijl de democratische omwenteling de plaats van de macht leeg verklaart. De lege plaats van de macht hoort in de visie van Lefort daadwerkelijk maar niet werkelijk leeg blijven. Indien de plaats van de macht daadwerkelijk wordt bezet door een ideologie of een persoon, dan verkeert de democratie op het punt zichzelf op te heffen of te ontbinden. Wordt de democratische maatschappij ontbonden, dan is er, mijns inziens, sprake van een burgeroorlog, want bij de ontbinding gaat het politieke regime niet veranderen, maar de samenleving als geheel valt uiteen. Wordt daarentegen de democratie opgeheven, dan gaat de democratie over in het totalitarisme, want in dit geval valt de samenleving niet uiteen, maar slechts het regime (het politieke) en daarmee wordt de voorstelling van de gemeenschappelijke macht veranderd. En omdat dé persoon, het moderne *corpus mysticum*, die de plaats van de macht inneemt, zich niet door een natuurlijke god die door iedereen wordt aanvaard, kan legitimeren, moet hij aan zichzelf de quasi goddelijke kracht en geweld toekennen. Dan betreedt de terreur het politieke: Robespierre, Stalin, Hitler, Pol Pot, Khomeini. Verschijnt de plaats van de macht *werkelijk* als leeg, dan worden degenen die de macht uitoefenen als gewone (en zeker ongelegitimeerde) individuen gezien. De heerschappij van machteloosheid brengt een algemene stemming van angst voort. De macht zal in dit geval ook ineenstorten: de anarchie en de oorlog van allen tegen allen. Bijgevolg is het totalitarisme een mutatie van de moderne democratie. Lefort formuleert het als volgt:

> Modern democracy is, we said, the only regime to indicate the gap between the symbolic and the real by using the notion of a power which no one – no prince and no minority – can seize. It has the virtue of relating society to the experience of its institution. When an empty place emerges, there can be no possible conjunction between power, law and knowledge, and their foundations cannot possibly be enunciated. (...) It must however, also be made clear that the gap is merely indicated, that it is operative, but that can be as that it is not visible, that it does not have the status of an object of knowledge.[65]

Tenslotte moet de uitspraak 'power belongs to no one' als 'power belongs to none of us' worden vertaald. Dit heeft weer ook te maken met de legitimatiegronden: 'It is because the signed to the Gods, the city or holy ground; because it does not refer to an *inside* that can be assigned to the substance of the community. Or, to put it another way, it is because there is no materialization of the *Other* – which would allow power to function as a mediator, no matter how it were defined power to function as an incarnation.'[66] Deze analyse kan niet los worden gezien van begrippen als representatie en daardoor ook van het imaginaire welke het afwezige aanwezig beoogt te stellen. Deze werpen ons terug op de middeleeuwse concepten van *corpus mysticum*: *corpus fictum*, *corpus imaginatum*, *corpus repraesentatum*. Levert dit alles niet voldoende bewijs voor de bewering van Carl Schmitt dat alle pregnante begrippen uit de moderne staatsleer geseculariseerde theologische begrippen zijn? [67] De moderne democratische samenlevingen kenmerken zich door vele afgronden. Heeft deze constatering bij Lefort, ondanks zijn vurige pleidooi voor de democratie, tot dit veelzeggende letterlijke sluitstuk geleid: 'le tragique de la condition moderne'?[68]

Het totalitarisme is een modern fenomeen. Omdat het, stelt terecht Lefort, het voortkomt uit een politieke mutatie die zich heeft voltrokken op het niveau van de symbolische orde. Het Italiaanse fascisme noemde het 'uno stato totaltario': de totale staat. Wat kenmerkt de moderne democratie?

> De democratie blijkt zo de historische maatschappij bij uitstek te zijn, een maatschappij die in haar vorm het onbepaalde opneemt en bewaart, wat in schril contrast staat met het totalitarisme dat, hoewel

65 Cl. Lefort, *Democracy and Political Theory*,o.c. , p. 228; Cl. Lefort, *Permanence du théologico-politique?*, in: id., Essais sur le politique. XIXe – Xxe siècles, o.c., p. 294.

66 Lefort, *Democracy and Political Theory*, o.c., p. 226.

67 C. Schmitt, *Politische Theologie. Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität*, Berlin 1996, p. 43.

68 Cl. Lefort, *Permanence du théologico-politique?*, in: id., Essais sur le politique. XIXe – Xxe siècles, o.c., p. 329.

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

> gegrondvest op het principe van de schepping van de nieuwe mens, zich in werkelijkheid verzet tegen deze onbepaaldheid, voorgeeft de wet van zijn organisatie en ontwikkeling te kennen en zich in de moderne wereld stilzwijgend aftekent als een *maatschappij zonder geschiedenis*. (...) De onbepaaldheid waar wij over spraken, behoort niet tot de orde van de empirische feiten, van feiten die uit andere feiten voort zouden kunnen komen en van economische of zelfs maatschappelijke aard zijn, zoals de toenemende gelijkheid van omstandigheden.[69]

De afwezigheid van god als legitimerende grond voor de macht en de afwezigheid van een eschatologische zingevende instantie omtrent de geschiedenis en het verloop van ontwikkelingen: soms gaan we vooruit en soms gaan we achteruit. Beide kunnen positief of negatief zijn. Welk gevolg heeft deze constatering voor de moderne democratie? De democratie is een historische maatschappij bij uitstek, dat wil zeggen, een maatschappij die in haar vorm het onbepaalde opneemt en bewaart. Het totalitarisme is echter gegrondvest op een geschiedenisconcept. In navolging van de negentiende eeuwse links-Hegelianen Karl Marx en Friedrich Engels, dachten de twintigste eeuwse totalitaristen de gang der geschiedenis begrepen te hebben. Men achtte zich in staat het begin en het einde van de geschiedenis aan te duiden. Het bestaan van de mens op de aarde behoorde plotseling niet langer tot hetzij de geheimen van God en hetzij de geheimen der natuur. Deze Europese intellectuelen promoveerde zichzelf tot de apostelen van het Opperwezen. Dit Opperwezen was uit het niets voortgekomen: Creatio ex nihilo. De hitoricisten geloofden dat zoals er de natuurwetten, zijn er ook sociaal-historische wetten die ten grondslag liggen aan progressieve groei van de geschiedenis. Karl Popper noemde het historicisme.[70] Voor de ogen van de totalitaire apostelen trok de geschiedenis van de mensheid als een totaal schaduwspel voorbij. De filosoof Karl Popper noemt dit een revolutie tegen God, waarbij God werd door het begrip 'Geschiedenis' vervangen. De totalitaire God heette dan de Geschiedenis.[71] Het totalitarisme streeft naar de Utopia, een niet bestaande samenleving en daarvoor is een totalitarist bereid, in de geest van Robespierre, geweld, excessief veel geweld te gebruiken.[72] In die geest zei op 14 maart 1936 Adolf Hitler: 'Met de zekerheid van een slaapwandelaar ga ik voort langs het pad dat de Voorzienigheid mij zegt te gaan.'[73]

De geschiedenis was een voorspelbare aangelegenheid. De communisten geloofden in de klasseloze maatschappij als het eindpunt van de geschiedenis en de nationaal-socialisten dachten in de vereniging van de reine rassen als de bestemming van de geschiedenis van de mensheid. Wie de voorspelbare geschiedenis van de Sovjet-Unie bekritiseerde, was de vijand van de geschiedenis: de spionnen van de CIA en grootkapitaal. En omdat de links-totalitaire apostelen rechtstreeks inzicht hadden in het verloop van de geschiedenis, waren ze zeker van een positieve waardering en beoordeling door het nageslacht. Het totalitarisme was zeker van zijn zaak en was niet bereid in het onzekere te geloven, laat staan te luisteren. De Berlijnse Muur valt en daarmee valt de goddelijke geschiedenis. De spionnen van de CIA mochten in de voormalige totalitaire landen het roer overnemen. 'De geschiedenis' was dood. Voor de tweede keer werden in Europa de klokken geluid voor een gestorven God: God ging in 1989 weer dood. Met het verdwijnen van het totalitaire nihilisme is slechts een agressieve vorm van het Europees nihilisme ten grave gedragen. Europa is nog steeds een broeinest

69 Lefort, C.I., *De vraag naar de democratie* (zie voetnootnummer, 60), p. 43.

70 Popper, Karl, *The Poverty of Historicism*, Routledge, New York/London 2002 (1967).

71 'The historicist revolution, like most intellectual revolutions, seems to have had little effect on the basically theistic and authoritarian structure of European thought. The earlier, naturalistic, revolution against God replaced the 'God' by the name 'Nature'. Almost everything else was left unchanged. Theology, the Science of God, was replaced by the Science of Nature; God's laws by the laws of Nature (...) Hegel and Marx replaced the goddess Nature in its turn by the goddess History. (...) But the sequence God – Nature – History, and the sequence of the corresponding secularized religions, does not end here.' Popper, Karl, 'Prediction and prophecy in the social sciences', in: *Conjectures and Refutations. The Growth of Scientific Knowledge*, Routledge, New York/London 2002, pp. 465-466.

72 Popper, Karl, 'Utopia and Violence', in: *Conjectures and Refutations. The Growth of Scientific Knowledge*, Routledge, New York/London 2002, pp. 476-488.

73 Kershaw, Ian, *Hitler 1889-1936 Hoogmoed*, Het Spectrum, Utrecht 1999, p. 689.

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

van het nihilisme. Het posttotalitaire nihilisme van Europa mondt nu in onverschilligheid uit. Nu de Geschiedenis als God niet meer bestaat, bestaat er helemaal geen geschiedenis meer. Want er is niets meer, dat aan deze Europeanen de eeuwige zekerheid kan bieden: Hamas en Israël; Bush en Bin Laden, Saddam en Blaire, zijn allemaal hetzelfde.

De plaats van de macht wordt in de democratie als leeg voorgesteld. Niet daadwerkelijk, maar wel imaginair. Door de periodieke verkiezingen worden de nieuwe, tijdelijke machthebbers aangewezen zonder dat ze de macht in bezit mogen nemen, of de plaats van de macht daadwerkelijk bezet mogen houden. Maar in het totalitaire regime wordt de plaats van de macht ingenomen door een partij met een ideologie en aanwijsbare leider. De symbolische orde gaat daarmee ten onder. De macht is ineens zichtbaar, aanwijsbaar en tastbaar. De secretaris-generaal van de communistische partij van de Sovjet-Unie, of die Noord-Korea, incarneert de macht.[74] Omdat de leider de enige is, die inzicht heeft in het verloop van de geschiedenis, kan hij de inhoud en de grenzen van het weten, de kennis en de macht, eeuwig vaststellen. Derhalve heft een totalitair regime het noodzakelijk democratisch onderscheid tussen macht, weten en recht op. Bijgevolg controleren deze domeinen elkaar niet meer: recht, kennis en macht worden als het ware gefabriceerd.

11.5 Terreur en totalitair leiderschap

Reeds vóór de Oktoberrevolutie voerde Lenin, de leider van bolsjewieken en de oprichter van de Sovjet-Unie, de strijd voor de zuiverheid in de partij. De politieke zuiveringen waren het resultaat van het leiderschapsbeginsel dat op basis van een historisch verplichtend inzicht functioneerde. Politiek is niet in de eerste plaats de ruimte van leiders. Politiek is echter de ruimte van vrije en gelijke burgers én opinies, ommuurd door wetten, verhalen en rechtsbeginselen. Een voorbeeld van de terreur van zuiverheid vinden we in de strafrechtelijke processen van jaren 36-37 tegen de Bolsjewistische partijkaders zoals Boecharin (over wie ooit Lenin had gezegd: de lieveling van de partij) of Zinovjev. Deze personen behoorden tot de revolutionairen die ten tijde van de Oktober-revolutie en burgeroorlog hevig hebben gevochten voor de communistische toekomst van Rusland. Stalins rechtbanken beschuldigden ze van landverraad, en samenzwering tegen de Sovjet-revolutie. In *Humanisme et Terreur*[75] laat Merleau-Ponty zien waarom deze beklaagden niet in staat waren zichzelf te verdedigen. De beklaagden hadden immers dezelfde ideologie als hun aanklager waardoor de beklaagden de grondslagen van de aanklacht niet konden betwisten. Volgens de aanklagers ondermijnden ze de revolutie en dit betekende samenzwering met de kapitalistische staten. De misdaden behoefden dus nauwelijks feitelijk bewezen te worden, de aanklager moest alleen bewijzen dat de beklaagden de eenheid van de partij van de emancipatorische klasse (het collectief subject) ondermijnd c.q. in gevaar hadden gebracht.

Leiderschap en terreur hangen logischerwijs samen. Het subject was de partij en de partij wordt belichaamd en gerepresenteerd in en door de leider: hadden deze beklaagden dan iets gezegd of gedacht tegen de leider? Ja, ze hadden slechts in zeer voorzichtige bewoordingen de leider bekritiseerd. En daarom legden de beklaagden de bekentenissen af: de beklaagde had dezelfde ideologie als de aanklager; ze stonden allebei aan de vooruitstrevende, verplichtende kant van de geschiedenis. Wat is het resultaat? De beklaagde legde een bekentenis af, hij erkende de criminele aard van zijn daden, en deze bekentenis kwam niet louter door de tortuur, maar ook door de werking van de partijswaarheid. Doordat ze de wereld wilden humaniseren (dat wil zeggen, de toepassing van de algemene wil van het volk dat de wereldgeschiedenis *maakbaar* maakt), hebben deze revolutionairen de grondslagen gelegd voor een permanente terreur: een humanistische terreur.

74 Vgl. Richard Overy, *The Dictators, Hitler's Germany and Stalin's Russia*, London 2005.
75 Merleau-Ponty, M., *Humanisme et terreur. Essai sur le problème communiste*, Parijs 1947.

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

De humanistische terreur is een modern instituut. Het leiderschap krijgt in de moderne tijd wel een bijzondere vertoning die in de premoderne tijden onbekend was, namelijk, het karakter dat we met de term geschiedenis-maker hebben aangeduid. De totalitaire soeverein streeft naar een utopie. De utopie (letterlijk niet-plaats) werd er ingezet tegen de gemeenschappelijke verblijfplaats van mensen (het publieke). Het totalitarisme functioneert met behulp van leugens. Wat kan de leugen verlichten? Of is de leugen, op de keper beschouwd, de intrede van duisternis? Wat was het Goede om daarvoor te liegen? Of daarvoor te moorden en te verminken? Stalin was een voorbeeld en bijna een symbool van de verduistering van het publieke, hij was de leider, die het leiderschap personifieerde, in een regime van georganiseerde leugens en vergetelheid. Hij achtte de vergetelheid noodzakelijk, als een medicijn: wat zijn de leiders goede geneesheren! Stalin was ook de personificatie van de soeverein voortgekomen uit een revolutie. Hij was zoals alle andere soevereinen, de soeverein van triomf en tragediën. De soeverein is een onbegrensde enkeling die hooguit, op onverwachte momenten, de grenzen van zijn eigen schaduw tegemoet treedt:

> Er was niemand tegenover wie hij [Stalin] zich kon uiten, met wie hij echt kon discussiëren, redeneren, niemand aan wie hij rekenschap moest afleggen (...) Eenzaamheid aan de top en onbeperkte, in de praktijk paralyserende macht laat gevoelens verdorren en verandert het intellect in een koude rekenmachine. Elke stap wordt onmiddellijk 'historisch', 'lotsbeschikkend', 'beslissend', en doodt geleidelijk aan het menselijke in de mens. (...) dat we de stemmen van reeds lang verdwenen mensen kunnen horen, (...) De echo's van de geschiedenis (...) ze zitten in ons, ons leven, onze herinnering, en soms zitten ze in nieuwe schaarse gegevens over hetgeen is verdwenen, vergaan, verborgen.[76]

De totalitaire strijd tegen de waarheid. Voordat we de aard van deze strijd die enorme impact heeft gehad op de rechtspraak in de totalitaire landen, want zonder waarheid kan het recht niet functioneren, – althans niet als rechtvaardig recht- , moeten we eerst ons de vraag stellen wat is de verhouding tussen waarheid en politiek. Het publieke (of Politiek) is volgens Arendt *de* verschijningsruimte: omdat daar waar de mensen samenkomen, de voorwaarden ontstaan voor een algemene verschijning, en omdat daar door de samenkomst van mensen een geschiedenis van verhalen (recht, politiek, poëzie etc.) ontstaan is, is het deelnemen aan het publieke de noodzakelijk voorwaarde voor een individuele verschijning. Het publieke, Politiek of de stad is *het* licht: doordat de mensen een gemeenschappelijke ruimte (geschiedenis van verhalen) vormen, scheppen ze de voorwaarde voor de individuele verschijning. Onder het licht van het publieke verschijnen mensen aan elkaar. De kortste weg om dit licht te doven is te beweren dat het publiek niet verlicht wordt door het schone, maar wordt geleid door het goede. Het publieke verlicht en het werkt verlichtend.

Het eeuwige ideologisch afgebakende 'goede' is de intrede van de duisternis in Politiek. We noemen een aantal ervan: communisme, fascisme, apartheid en de politieke Islam. Daar is geen plaats voor de doxai van Joden, van liberalen of de zwarten. De maatschappij van de waarheid bevindt zich in een enkelvoudige vorm, zoals de waarheid over een zaak altijd enkelvoudig is, te weten waar of onwaar. Als er één persoon de waarheid formaliseert, dan realiseren de anderen steeds deze enkelvoudige gedachte. De verschuiving van de rationale waarheid naar een mening is volgens Arendt (met een beroep op Madison uit The Federalist Papers[77]), een verschuiving van de mens in het enkelvoud naar de mensen in het meervoud. Madison trekt hieruit een zeer gewaagde conclusie: 'If it be true that all governments rest on opinion, it is no less true that the strength of opinion in each individual, and its practical influence on his conduct, depend much on the number which he supposes to have

76 Volkogonov, D., *De triomf en tragedie. Een politiek portret van Josef Stalin*, vertaling uit het Russisch, De Haan, Houten 1990, p. 11-12 en 14.

77 Arendt, Hannah, 'Truth and Politics', in: *Between past en future*, Penguin Books, New York/London 1993(1954), p. 235.

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

entertained the same opinion. The reason of man, like man himself, is timid and cautious when left alone, and acquires firmness and confidence in proportion to the number with which it is associated.'[78]

Arendt vat Madisons gedachten samen: dus, de grondige redenering 'van één enkele geest' naar een gebied waar 'de sterkte van mening bepaald wordt door het vertrouwen van het individu op het aantal dat, naar hij veronderstelt, dezelfde mening heeft, een aantal dat overigens niet noodzakelijkerwijs beperkt is tot iemands tijdgenoten.'[79] Hoe meer mensen een opinie hanteren, hoe sterker die opinie is. En dit is precies de pluraliteit als grondvoorwaarde voor het handelen en spreken (conditio sine qua non voor het publieke). Madison heeft het hier over opinies (en daardoor besluitvorming in een constitutionele democratie) waarvan de rechtsbeginselen (de mensenrechten of de onafhankelijkheid van de rechterlijke macht) al van toepassing zijn. Vervolgens merkt Madison op dat: 'When the examples which fortify opinion are ancient as well as numerous, they are known to have a double effect. In a nation of philosophers, this consideration ought to be disregarded. A reverence for the laws would be sufficiently inculcated by the voice of an enlightened reason. But a nation of philosophers is as little to be expected as the philosophical race of kings wished for by Plato. And in every other nation, the most rational government will not find it a superfluous advantage to have the prejudices of the community on its side.'[80] De irrealiteit van de gedachte dat aan de filosofische waarheid heerschappij toekomt, is een belangrijke constatering, het gaat echter niet om wat de filosofie zelf wel of niet kan bereiken. Wat de filosofische waarheid bewerkt, is hier van belang.

11.6 De totalitaire strijd tegen waarheid en geweten: Georganiseerde vergetelheid

Wat is waarheid in de polis? Is er eigenlijk politieke waarheid?

Politiek (de publieke ruimte), hoe divers het ook moge zijn, is ooit op verschillende plaatsen opgericht (gesticht). Het is een ruimte waar vrije en gelijke burgers elkaar ontmoeten en steeds op zoek zijn naar een manier om dit samen-zijn in stand te houden. In deze ontmoetingsruimte wordt, volgens Arendt, door het spreken en handelen een gemeenschappelijke macht gevormd. Habermas noemt het in navolging van Hannah Arendt[81], een communicatieve macht (*Kommunikative Macht*[82]). Arendt bewijst dat de macht geen geweld niet gelijk mag worden gesteld aan geweld. En de macht is evenmin een individuele aangelegenheid. Het spreken en handelen welke in de pluraliteit mogelijk is, vindt plaats in de publieke ruimte (Politiek). Ze vormen tevens een fundamentele vorm van het verschijnen van de mens. In deze oorspronkelijke verschijningsruimte wordt, door samenkomst van mensen (die aan elkaar verschijnen door het handelen en spreken), een gemeenschappelijk licht gevormd. De stad (Politiek) is weer dat licht bij uitstek waaronder de mensen aan elkaar kunnen verschijnen. De stad (Politiek) verlicht datgene wat van tevoren verborgen was. Hier ontstaat een merkwaardige situatie zoals we al eerder besproken hebben: het individu is de voorwaarde voor de verschijningsruimte en door het individu tot stand gebrachte verschijningsruimte is de mogelijkheidsvoorwaarde voor het ontstaan van het individu als zodanig. De stad (Politiek) dankt zijn

78 *The Federalist Papers*, Mentor 1999 (1788), p. 282-283.
79 Arendt, H., O.c., p. 235.
80 Madison, O.c., p. 283.
81 Arendt, H. *The human Condition*, O.c., p. 199, e.v.
82 Habermas, J., *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats,* Suhrkamp, Frankfurt a/M 1993, p. 182-187.

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

ontstaan aan individuen en de individuen danken hun individualiteit aan het bestaan van de stad (Politiek). Het individu en de verschijningsruimte zijn gelijkoorspronkelijk en wederkerig.

Welnu, de publieke ruimte kan slechts door het handelen en spreken van individuen existeren. Maar wat is het wezen van het handelen en spreken van het ene individu met betrekking tot de andere individuen? Wat maakt het dat de individuen als politieke wezens elkaar nog willen of kunnen (handelend) aanspreken? Waarom en op grond waarvan zouden ze elkaars wederkerig spreken en handelen vertrouwen? Het wezen van het handelen en spreken lig in het woord waarheid besloten. Dit type waarheid is geen opinie (doxa), is evenmin waarheid in de zin van filosofie of wetenschap, en is geen beginsel. De individuen als politieke wezens moeten in waarheid spreken, ze moeten waarachtig handelen. De individuen moeten vanuit hun eigen perspectief in waarheid spreken, dat wil zeggen, dat de individuen jegens elkaar waarheidsgetrouw moeten zijn. Het tegenovergestelde van 'in waarheid' (met andere woorden de negatie ervan) is 'in de leugen' en niet onwaar of onjuist en ook niet waardeloos. Waarom waarheid en niet liefst leugen? Omdat in leugen een mens niet aan een andere mens verschijnt. Hij verschijnt als iets anders dan wat hij is of wil zijn. Maar dit is toch een verschijning van datgene wat juist niet wil verschijnen? Men komt naar de stad (de verschijningsruimte) om gehoord en gezien te worden. Als een vrije mens (principe van Politiek) wil men gehoord en gezien worden. Wie als een politiek wezen in leugen leeft en de stad betreedt, verbergt zijn eigenlijke zijn dat in vrijheid de anderen tegemoet wil treden. In de leugen zit de persoon van de leugenaar gevangen. Wie niet vrij kan optreden is geen politiek wezen.

En zonder politiek wezen zal er geen publieke ruimte (Politiek) zijn of althans niet lang zou voortbestaan. Want het individu en de publieke ruimte zijn gelijk oorspronkelijk. De leugenaar is niet zichtbaar, terwijl men naar de verschijningsruimte komt om door anderen gezien en gehoord te worden. Voor de mensen ligt, aldus Arendt, de werkelijkheid van de wereld in de aanwezigheid van anderen, in haar zichtbaar zijn voor allen. En in navolging van Aristoteles is zij van mening wat voor allen zichtbaar is, noemen wij zijn, 'en wat van deze zichtbaarheid is uitgesloten, komt en gaat als een droom, iets zeer vertrouwds en absoluut persoonlijks, maar zonder werkelijkheid.'[83]

We hebben het hier over het individu niet als een economisch wezen, evenmin als een huisvader of een huismoeder. Het individu als een politiek wezen verleent aan zichzelf door in waarheid te spreken en waarachtig te handelen, de realiteit. Het politiek bestaan is een bijna primitief zintuiglijke vorm van *zijn*. Het is een zelfperceptie die uit zichzelf tot stand komt. Deze zelfperceptie wordt er teweeggebracht door de waarneming van anderen. Omdat er anderen zijn, die mijn verschijning als een politiek wezen waarnemen, ervaar ik mezelf als individu te midden van anderen in een netwerk van personen die een gemeenschappelijke macht hebben gevormd. Een politiek wezen (de mens) symboliseert een principiële poging van de mens om uit de verborgenheid te treden. En als iedereen in verborgenheid wil zijn, zal er nooit en te nimmer een verschijningsruimte (Politiek) van de grond komen. Men zal dan in de duisternis van het private (blootgesteld aan onvoorspelbare krachten zoals geweld en economie) verblijven. Deze duisternis is een pre-politiek en pre-civiel tijdperk.

Er is afgezien van bovengenoemde reden om in waarheid te spreken en waarachtig te handelen, nog een reden die ook zeer primitief en ook zeer politiek van aard is, te weten het vertrouwen. De verschijningsruimte kan tot stand komen wanneer de individuen elkaar vertrouwen, door dit vertrouwen ontstaat de wederkerigheid. Het subject wordt geboren door een gelijkoorspronkelijk spel van het individu en de publieke ruimte waarbij de individuen een fundamentele erkenning van wederzijdse gelijkheid en vrijheid zouden moeten uitspreken. De erkenning en de wederkerigheid worden voorafgegaan door een vooronderstelling aangaande het vertrouwen. En het vertrouwen vindt weer haar grondslag in de waarheid, dus de afwezigheid van de leugens. Wie aan anderen wil verschijnen, wil gezien en gehoord worden, dat wil zeggen, wil een reactie op zijn acte de présence, moet in waarheid spreken en handelen. Anders gezegd: wie zich presenteert, verwacht ook een reactie

83 Arendt, H., *The Human Condition*, O.c., p. 199.

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

op zijn presentatie. Deze reactie kan komen wanneer de anderen deze acte de présence aanvaarden. Wie zal in alle redelijkheid een acte de présence van een leugenaar aanvaarden? De leugenaar presenteert zichzelf niet, hij representeert juist iets ander dan wat hij is, wat hij wil zijn waarvan de ander niet weet wat het is. Politiek is zintuiglijk, niet in simplistisch empirische zin, deze zintuiglijkheid is echter diep verbonden met het transcendente. Daarbij kan het immanent zijnde zichzelf in politieke termen bepalen door een transcendent licht dat boven de empirisch individuele verborgenheid uitstijgt, om vervolgens zichzelf aanwezig te stellen. Ja, Politiek is de strijd om de aanwezigheid in meerder betekenissen van het woord. Daarbij is de zintuiglijke perceptie (empirie) mogelijk door een transcendent licht: een individu wordt altijd waargenomen door een reeds bestaande verschijningsruimte. Het lijkt erg op het leren spreken, een individu kan spreken (om Heideggers termen te bezigen) doordat hij of zij reeds aangesproken is. De politiek gebeurt niet in het denken noch in de verborgenheid: Politiek, publieke ruimte ontstaat door het handelen en spreken. Politiek is een zelfonthulling aldus Hannah Arendt. Nu rijst de vraag: Wat is het karakter van de politieke waarheid?

Het karakter van politieke waarheid

De stabiliteit van de wereld (Politiek) is mede afhankelijk van het waarheidsgehalte en dus de betrouwbaarheid ervan. Het tegendeel van een rationeel ware uitspraak is (aldus Arendt) ofwel de vergissing en onwetendheid (zoals in de wetenschappen) of de illusie en de mening (zoals in de filosofie)[84]. De leugen speelt enkel een rol in het domein van feitelijke uitspraken. De politieke waarheid heeft een feitelijk karakter, het is zelfs de feitelijke waarheid. In tegenstelling tot de filosofische waarheid houdt de feitelijke waarheid altijd verband met andere mensen, immers de feitelijke waarheid heeft, volgens Arendt, te maken met gebeurtenissen en omstandigheden waar velen bij betrokken zijn. De feitelijke waarheid wordt gestaafd door getuigenissen en berust vaak op getuigenverklaringen. Zij bestaat in de mate waarin ze uitgesproken wordt. De feitelijke waarheid wordt door Politiek (de publieke ruimte, de verschijningsruimte) gekenmerkt: 'It is political by nature.'[85]

Wat bewerkt de feitelijke waarheid? Feiten leveren volgens Arendt 'de stof voor meningen; en meningen, geïnspireerd door verschillende belangen en passies, kunnen sterk uiteenlopen en toch legitiem zijn, zolang ze de feitelijke waarheid respecteren.' Hierdoor is de vrijheid van meningsuiting niet in de eerste plaats een intellectueel recht maar het recht op feiten, of informatie over feiten. De feitelijke waarheid is de stof voor het politieke denken: '(...)factual truth informs political thought just as rational truth informs philosophical speculation.'[86]

Hiertegen kan volgens Arendt ingebracht worden dat generaties van filosofen en wetenschappers hebben aangetoond dat het onmogelijk is feiten zonder interpretaties vast te stellen. Er zijn eenvoudigweg geen feiten op zichzelf. Deze en andere problemen ontkent Arendt niet. Zij vindt dat deze debatten geen argument vormen tegen het bestaan van feitenmateriaal. Zij is zeer cynisch met betrekking tot die geschiedwetenschappers die juist met een beroep op het gebrek aan een scheidslijn tussen feiten en interpretaties, de geschiedenis willen manipuleren of verdoezelen. We kunnen hierbij denken aan Auschwitzleugens. Vervolgens zegt Arendt dat, indien we toegeven dat elke generatie het recht heeft om haar eigen geschiedenis (in overeenstemming met haar eigen perspectief) te schrijven, wil dat niet zeggen dat we het recht toekennen om 'to touch the factual matter itself'. Om dit te onderbouwen geeft Arendt een zeer geestig voorbeeld: In de jaren twintig heeft een vriendschappelijk gesprek plaatsgevonden tussen Clemenceau en een vertegenwoordiger van de Weimar-republiek met betrekking tot het uitbreken van de Eerste Wereldoorlog. Het gesprek ging over de schuldvraag waarbij aan Clemenceau de vraag wordt gesteld, wat de toekomstige historici zullen denken over deze moeilijke en controversiële kwestie (de schuldvraag). Clemenceau antwoordde daarop: 'This I don't

84 Arendt, H., *Truth and Politics*, (zie voetnoot nummer 77), p. 232
85 Arendt, O.c., p. 238
86 Arendt, O.c., p. 238

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

know. But I know for certain that they will not say Belgium invaded Germany.'[87] Uieraard vielen de Duitse troepen in de nacht van 4 op 5 augustus 1914 België binnen, dit feit kan door geen enkele interpretatiemethode worden veranderd.
Het gaat hier om de meest elementaire feiten. Het is ook mogelijk dat de wetenschappelijke waarheden een feitelijke status verkrijgen, zoals 'de aarde draait om de zon'. Deze uitspraak is even evident als '16 december was Dingaansdag in Zuid-Afrika', 'in mei 1940 viel Duitsland Nederland binnen', of 'Auschwitz was een Duits concentratiekamp.' Dit zijn de feitelijke waarheden, (de manier waarop ze verkregen zijn is niet langer van belang) waarover men nog een opinie kan vormen. Wat kan men met deze feiten doen? Een vergelijking met opinies helpt ons verder bij het beantwoorden van deze vraag. Ongewenste opinies kunnen opgenomen worden in een comprimé of op een andere wijze worden bestreden, maar de bestreden opinie is een autonoom gedachte dat per slot van rekening onaangetast blijft bestaan. Je kunt het hooguit mee oneens zijn. Hoe bestrijdt je de feitelijke waarheid? De enige manier een feitelijke waarheid te bestrijden, is, volgens Hannah Arendt, die feitelijke waarheid te vervangen door de evidente leugens te lanceren. Daardoor raakt de feitelijke waarheid haar karakter kwijt en slaat in haar tegenpool, namelijk de leugen om. Het waarmerk van de feitelijke waarheid is dat haar tegendeel niet de vergissing of illusie noch de mening is. Het tegendeel van de feitelijke waarheid is leugen. Zelfs het laten verdwijnen van de scheidslijn tussen mening en feitelijke waarheid is een van de vele vormen om leugens te installeren. Daarom schrijft Václav Havel, oud dissident en president van Tsjecho-Slowakije, in *Poging om in de waarheid te leven*[88] dat de ideologie een schijnwereld is die tracht door te gaan voor de werkelijkheid, waardoor het leven in leugens mogelijk wordt. Havel schrijft hoe de georganiseerde leugen de oprechtheid van het individu aantast, en hoe de leugen een systeem wordt:

> Individuele personen hoeven al die mystificaties niet te geloven, maar ze moeten zich gedragen alsof ze dat wél doen, of ze moeten ze op zijn minst stilzwijgend dulden, of omgaan met de mensen die daarmee werken. Dat betekent echter dat ze moeten *leven in een leugen.* Ze hoeven de leugen niet te accepteren. Het is al genoeg als ze hun leven met de leugen en in de leugen hebben geaccepteerd. Alleen daardoor al bevestigen individuele personen namelijk het systeem, zij vervullen het systeem, zij maken het systeem, zij *zijn* het systeem.[89]

Waarheidsliefde als een politieke deugd is opnieuw herontdekt door de gruweldaden van totalitaire regimes waar de feitelijke waarheden, georganiseerd van staatswege, worden verdoezeld en vervangen door leugens. Het gaat ons niet om de individuen die soms in de politieke arena liegen. Hier gaat het om de publieke ruimte, wanneer Politiek door leugens beheerst wordt. Is Politiek (de publieke ruimte) in feite opgeschort en soms ook totaal opgeheven? In Zuid-Afrika, ten tijde van het apartheidsregime werden vele leugens van staatswege verspreid, over alle mogelijke domeinen: onderwijs, geschiedenis, journalistiek etcetera. Laten we kijken naar een voorbeeld uit het Zuid-Afrika van apartheid. J. Snyman (filosoof) heeft mij ooit in Johannesburg een heuvel laten zien, waar men eind jaren zestig bij opgravingen menselijke geraamtes heeft gevonden afkomstig uit eeuwen voordat een blanke man Zuid-Afrika zou hebben betreden. Deze feitelijke ontdekking was in strijd met de officiële lezing van de geschiedenis waar wordt verteld dat, toen de blanken het midden en noorden van het Zuidelijke Afrika hadden ontdekt, daar nog geen zwarten waren. Terwijl de zwarten op grond van verhalen van hun voorouders beweerden dat ze wel vóór de komst van de blanken daar woonden. Na deze wetenschappelijke ontdekking kregen de wetenschappers de opdracht om daarover te zwijgen en de geraamtes in een kelder van de Universiteit in Pretoria te bewaren. Niemand mocht het weten. Deze wetenschappers waren buitengewoon goed in geheimhouding, omdat men pas ná

87 Arendt, O.c., p. 239
88 Havel, Václav, *Poging om in de waarheid te leven*, vertaald uit Tsjechisch, Van Gennep, Amsterdam 1991, p. 14.
89 Havel, O.c., p. 15.

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

de democratische omwentelingen ontdekt heeft wat voor historische schat zich in de kelder bevond. Zodoende werden duizenden blanke kinderen met leugens op school grootgebracht en enthousiast gemaakt voor de strijd tegen de zwarten. De georganiseerde leugen is tenslotte een vorm van het historicisme. De meningen (doxai) worden in de publieke ruimte gevormd aan de hand van waarheid. Waarheid van politiek berust weer op de publiekelijk in de openbaarheid naar voren getreden of gebrachte feiten. Politieke waarheid is de feitelijkheid die de politicus (een burger) in staat stelt om daarover een opinie (mening) te vormen. Het is een feit, bijvoorbeeld, dat Alexander de Grote Perzië (en niet andersom) binnenviel.

Wat behoedt waarheid?

Milan Kundera, de beroemde Tsjechische schrijver, schrijft ergens in zijn roman *Het boek van de lach en de vergetelheid*, over waarheid en haar macht. Vandaar dat Kundera schreef: 'De toekomst is slechts een onverschillige leegte die niemand interesseert, terwijl het verleden vol leven is, en het gezicht ervan prikkelt ons, tart ons, beledigt ons zodat we het willen vernietigen of overschilderen. Mensen willen heer en meester zijn over de toekomst, alleen maar om het verleden te kunnen veranderen. Ze vechten om toegang tot laboratoria waar foto's geretoucheerd, biografieën en geschiedenis herschreven worden.'[90] Kundera zegt dat het gezicht van het verleden ons prikkelt, ons tart, ons beledigt en we zouden hieraan toe kunnen voegen dat het gezicht van het verleden ons bevraagt, beloont, bevreest, vereert en beschuldigt. Het verleden kan ons ook bestraffen. Het laat ons in ieder geval niet los. Door die prikkelingen van het verleden ontstaat de verleiding en ook een serieuze vernietigende neiging het verleden te verwoesten of over te schilderen.

Deze strijd tegen leugens is op zichzelf niets nieuws, immers in een rechtsgeding wordt al eeuwenlang gestreden om de stand van zaken bij een verhaal te bepalen. Denk daarbij aan het privaatrecht of het strafrecht. En het verhaal vindt altijd in het verleden plaats. Maar wat is de dreiging van het verhaal (van het verleden)? Deze dreiging is tweevoudig: 1) het bepalen van een verleden kan soms ertoe leiden dat er juridische aanspraken en verplichtingen ontstaan; 2) bij dit bepalen ontstaat een politiek-ethisch houding jegens de personages van het verhaal. Beide momenten zijn gekenmerkt door het oordelen: door het vaststellen van het verleden wordt men geoordeeld, beoordeeld en ook soms veroordeeld. Door het verleden te vernietigen hoopt men aan het oordeel te ontsnappen. De instantie die het verleden bewaart, en behoedt, is het geheugen. Metaforisch gezegd: het geheugen is het archief en tegelijkertijd de postbode van het oordeelsvermogen.

Metafysica van Aristoteles begint met de constatering dat de mens in tegenstelling tot andere dieren kan herinneren, en daardoor verstandiger is en meer tot bijleren in staat dan degenen die niet bij machte zijn zich te herinneren. De herinnering maakt de voorstelling mogelijk: wie zich iets herinnert, stelt een afwezige zaak aanwezig. Herinnering reconstrueert een feitelijkheid door middel van een voorstelling: denken is in de grond representatief. Herinnering geeft ons de macht te kunnen leren en ervaren. Herinneren wordt door Aristoteles gezien als een mogelijkheidsvoorwaarde van leren en ervaren. Deze twee fenomenen zijn neutraal, immers wie kan leren en ervaren is verstandiger dan degene die het niet kan. Het geheugen dat herinneren instand houdt, is reeds antropologisch bepaald. Het is in de eerste plaats dus antropologisch en niet moreel. Het geheugen is eigen aan de mens en het heeft de mens zo ver gebracht.

Het waren ook de Grieken die *Mnemosyne* (herinnering) het kind van hemel en aarde noemden. Het kind van het blijvende en vergankelijke. *Mnemosyne* is daarom innerlijk al bij de geboorte gesplitst in het conflict van *vergeten* en *weten*. De vraag, 'Wat behoedt waarheid?', heeft meer dan één betekenis: 'wat behoedt waarheid' is enerzijds te begrijpen als 'wat zorgt er voor de waarheid', en is anderzijds te interpreteren als 'wat behoedt de waarheid'. Het geheugen behoedt de waarheid, het zorgt ervoor dat waarheden niet vergeten worden, of dat ze niet over het hoofd worden gezien. Het

90 Kundera, M., *Het boek van de lach en de vergetelheid*, vertaling uit het Tsjechisch, Flamingo, Amsterdam 2000 (1978), p. 38.

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

geheugen is dat grote boek, dat voortdurend geschreven wordt. Het geheugen is nooit een leeg boek, het wordt immers reeds geschreven met de inkt van herinneringen van het weten in de tijd en de ruimte, waarbinnen ons leven zich nog altijd afspeelt. 'Wat behoedt waarheid?' impliceert: het geheugen behoedt de waarheid, en de waarheid behoedt de herinneringen (weten). Het weten verwijst hier niet alleen naar het wetenschappelijke weten, maar ook naar de gebeurtenissen: het spel der natuur, de menselijke daden en namen. Een mens wordt reeds bij de geboorte door het (collectief) geheugen aangesproken: om te weten dat er reeds alles bestaat, om te leren herinneren en de herinnering in stand te houden. Het optekenen (zowel oraal als schriftelijk) van de herinnering van het weten in het oneindige boek van het geheugen laat de ruimte ontstaan waarin de mens anders wordt dan het dier, waarin het spreken mogelijk wordt en ten slotte waarin de waarheden en de leugens kunnen ontstaan. Liegen is menselijk zoals de waarheid. De mogelijke neutraliteit van herinneren is al bij Aristoteles op een antropologische wijze opgeheven, immers wie niet kan herinneren, heeft een belangrijk element van het Zijn van de mens (als soort) verloren. De vergeetachtige is een tragisch figuur die verdwaald is in de chaos van mensen, demonen en dieren. Bij het spreken van de waarheid duikt de vraag op: wat zeggen we als we zeggen dat we in waarheid spreken?

Wat appelleert in waarheid aan rechtvaardigheid of recht? We kunnen de vraag anders stellen: 'A heeft B vermoord', dit is een waarheid. Verwijdert, verbergt, of vernietigt men dit feit, dan wordt het onmogelijk over (A) ooit een oordeel uit te spreken. De reden waardoor men dit feit aan het oog wil onttrekken is dus het belemmeren van een oordeel. In het oordeel is de kans aanwezig dat recht wordt gesproken, dat een politieke opinie over een bepaalde zaak wordt gevormd, en ten slotte dat daarover het publiek of de nakomelingen een ethische uitspraak zouden doen. In deze mogelijkheden is altijd de niet te verwaarlozen kans aanwezig dat de rechtvaardigheid zich zal concretiseren en uitspreken. De rechtvaardigheid zegt ons de kracht toe om op te treden, zonder een streven naar rechtvaardigheid (dat in het recht voorop wordt gesteld) zou het recht immers telkens intern en extern verscheurd raken door met zichzelf in tegenspraak te raken. Geweten nestelt in het weten. Het naakte weten, de waarheid die de feitelijkheid omvat, is voor de politiek juridische geschiedenis oneindig belangrijker dan talloze boeken en theorieën over de Waarheid. Het uitwissen van de waarheid kan gewoonweg gelijkgesteld worden met het uitwissen van het geweten. Geweten is niet een moreel instituut dat zo maar onafhankelijk van de individuen of van de geschiedenis kan functioneren. Geweten is in de eerste plaats dat naakte weten, de waarheid, die feitelijkheid die steeds een appel aan het oordeelsvermogen van een ander doet. Wat brengt totalitarisme in plaats van waarheid? Georganiseerde leugens gebaseerd op de Waarheid van de ideologie. Milan Kundera toont hoe deze heerschappij van de Waarheid die naakte waarheden vernietigt, de leugens produceert, en zich wil ontdoen van geheugen: 'De geschiedenis is een opeenvolging van voorbijgaande veranderingen, terwijl eeuwige waarden buiten de geschiedenis om blijven bestaan: ze zijn onveranderlijk en hebben geen behoefte aan geheugen. Husák is de president van het eeuwige en niet van het veranderlijke.'[91]

11.7 Terreur, de totalitaire afgrond: de verwerkelijking van de geschiedenis

De moderne maatschappij leeft bij de gratie van openheid waarbinnen de verschillende waarheden uitgezocht en uitgesproken kunnen worden. Het totalitairisme verzet zich tegen deze openheid. De democratie als een maatschappijvorm heeft de burger en burgerschap als vertrekpunt. Daarnaast bestaat in een modern democratische samenleving een fundamenteel onderscheid tussen de staat en de samenleving. De staat is dan de organisatie van de maatschappij en dekt derhalve niet de samenleving als geheel. Immers de samenleving bestaat uit diverse materiële en immateriële organisaties, verschillende en vaak tegenstrijdige belangen, klassenverschillen, enzovoort. Daarentegen moet de staat het algemeen belang en de politieke eenheid vertegenwoordigen. Een democratische samenleving

91 Kundera, O.c., , p. 258.

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

is daarom een verdeelde samenleving die haar eenheid terugvindt op een constitutioneel-statelijk niveau. Samenvattend: het is al aan de orde geweest dat de moderne tijd keerde alle waarden van de premoderne mens om. Niet God maar de mens is het centrum van de werkelijkheid. Het goddelijke werd langzamerhand het menselijke met alle rampzalige gevolgen van dien. Met de onthoofding van Lodewijk de Zestiende, en het satanische orgie rond de guillotine werden de rechten van de mens uitgeroepen. De politieke implicatie van de Verlichting leidde bijna tot een totale ontlichting. Terwijl al eerder dezelfde mensenrechten door de Amerikanen op een uitermate beschaafde wijze werden afgekondigd, weerlichtte Europa deze rechten door het koninklijke bloed heen. De premoderne mens, *homo hierarchicus* was dood.

De goddelijke soevereiniteit als ultieme rechtvaardigingsgrond van de macht ging ten onder. In plaats daarvan kwam de volkssoevereiniteit. Alexis de Tocqueville, als een Franse burger op reis in Amerika, weet welke destructieve betekenis het begrip volk kan hebben. Zo schreef hij: 'De wil van het volk is een van die kreten waarvan de despoten en intriganten van alle tijden meer dan wie ook misbruik hebben gemaakt. Nu eens noemden zij de door hen omgekochte stemmen van de feitelijke machthebbers de volkswil, dan weer de instemming van een minderheid die gedreven werd door angst of door hoop op profijt.'[92] Tegelijkertijd benadrukt Tocqueville dat: 'The principle of the sovereignty of people, which is always more or less at the foundation of almost all human institutions, ordinarily dwells there almost buried. One obeys it without recognizing it, or if sometimes it happens to be brought out in broad daylight for a moment, one soon hastens to plunge it back into the darkness of the sanctuary.'[93] Tenslotte is hij van mening dat het beginsel van de volkssoevereiniteit in Amerika (dus in tegenstelling tot in Europa) leidt niet tot een verborgen of onvruchtbaar bestaan. De politieke wereld in Amerika, schreef Tocqueville, wordt bestuurd door het volk zoals het heelal door God, die daar ook begin en einde van alles is, van wie alles uitgaat en tot wie alles wederkeert. Dit betekent dat het volk is datgene waarnaar alle macht uitgaat en terugkeert. De rechten van de mens geven de grenzen aan bij de machtsuitoefening door de overheid. Eigenlijk beperken deze rechten ook de bron van de machtsuitoefening namelijk het volk. Hierin ligt precies de complexiteit van de moderne tijd: wat is het volk? Hoe kan een politieke orde zonder een onaantastbaar transcendent ankerpunt bestaan?

De moderne democratie is, in tegenstelling tot de Middeleeuwen, niet gefundeerd in een absolute claim op waarheid. Bijvoorbeeld is de Nederlandse Grondwet het gevolg van de moderniteit en de Europese Verlichting waarbij de Europeanen de rechten van de mens, de rechtsubjectiviteit van de mens, en de redelijkheid als bron van argumenten en oordelen hebben aanvaard. De moderne democratie impliceert het einde van het Ancien Régime, het einde van het mystieke lichaam van macht, het einde van de publieke functie van elk heilig boek. Vandaar is de burgerlijke maatschappij, met haar grondwet, gefundeerd in vrijheid en gelijkheid en de afwezigheid van de absolute claim op de waarheid. De liberale grondwet schept weliswaar de voorwaarden waaronder de burgers vreedzaam tot vele waarheden kunnen komen, maar hij bevat geen waarheidsclaim. De heilige boeken wel. Hierdoor is onjuist te constateren dat in de burgerlijke maatschappij geen waarheid bestaat. Er bestaan nog steeds vele waarheden maar de staat is niet daarop gebaseerd. De pluriformiteit van waarden en waarheden én de onderlinge strijd en concurrentie is het wezenskenmerk van de moderne democratie. Om de maatschappij niet afhankelijk laten zijn van de grillen van het volk, zijn er mensenrechten en andere rechtsbeginselen die we tezamen de rechtstatelijke beginselen kunnen noemen. De rechten van de mens institutionaliseren de maatschappelijke en individuele conflicten: de economische en politieke conflicten worden niet weggedacht, maar ze worden in het kader van fundamentele rechten en plichten (de mensenrechten) vreedzaam uitgevochten. Hier zien we de kracht en tegelijkertijd de zwakte van een democratisch bestel: er is geen vaste grond. Kortom heeft een democratische

92 De Tocqueville, *Democracy in America*, p. 53.
93 De Tocqueville, O.c., p. 53.

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

samenleving geen vaste grond maar wel vele afgronden. Totalitarisme is de afgrond van de moderne democratie, dat een absolute claim legt op waarheid van de samenleving en de waarheid van de nog te gebeuren geschiedenis. Waarheid is de vijand van het totalitarisme. De afgrondelijkheid van het totalitarisme wordt vooral zichtbaar in de breedte en diepte van de staatsterreur.
In *The Origins of Totalitariansim* (1948) probeert Hannah Arendt[94] de anatomie van het totalitarisme te ontleden door een studie van het naziregime en de communistische Sovjet-Unie. Een uitvoerige analyse van politiek-ideologische verschijnselen zoals het imperialisme, het ras-denken, de Pan-movements (nationalisme, tribalisme), het raciaal Darwinisme en het socialistische Darwinisme, de klasseloze samenleving, het proletariaat, bureaucratie, laat zien hoe deze begrippen in uitvoerbare juridische vormen worden omgetoverd. Het einde van de Tweede Wereldoorlog en de vernietiging van het nazi-totalitarisme betekenden helaas niet het einde van het totalitarisme in Europa. Het Sovjettotalitarisme, ná het einde van de oorlog, verspreidde zich met geweld in de oostelijke delen van Europa. De Berlijnse Muur, het Ijzerengordijn, was een reële scheidslijn tussen het vrije en het totalitaire deel van Europa. Achter de Berlijnse Muur leefden miljoenen Europeanen onder de heerschappij van het communisme: de utopie van een klasseloze samenleving.

Dat het kwaad aantrekkingskracht zou hebben op de massa's, was volgens Arendt geen nieuw fenomeen. Maar verontrustend in het succes van het totalitarisme is de ware onzelfzuchtigheid (selflessness)[95] van zijn aanhangers. Wat bedoelt Arendt met deze uitspraak? Het totalitaire geloof en zijn hypnose verlamden het oordeelsvermogen van een individu. Zelfs wanneer een aanhanger van het totalitarisme het slachtoffer wordt van de staatsterreur, twijfelt hij niet aan het misdadige gehalte van het regime. Er waren heel veel nazi's die, terwijl ze heil Hitler riepen, werden geëxecuteerd. Hetzelfde gold voor de communisten die tot aan het stalinistische vuurpeloton geloofden in Stalin en de glorieuze toekomst van het communisme. Het totalitarisme bestond uit het manipuleren en het organiseren van de massa. De partijen en belangen werden opgeheven in de algemene, onveranderlijke en onverdeelbare wil. De algemene wil zuiverde alles. Als eerste wat elk vorm van totalitaire terreur zal uitschakelen, is het Wetboek van Strafvordering en daarin opgenomen waarborgen voor het verloop van een eerlijk proces. Daarmee kan de staatsterreur miljoenen onschuldige burgers laten verdwijnen. Bovendien tast het totalitarisme het eigendomsrecht, de privacy en de autonomie van de opvoedkunde aan. Het totalitarisme brengt kortom een einde aan: (1) rechtsgelijkheid en rechtszekerheid; (2) diverse vormen van vrijheid van meningsuiting; (3) de belangrijke beginselen van het strafprocesrecht zoals de onschuld presumptie; (4) de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de rechtelijke macht; (5) periodieke eerlijk (en open) verkiezingen; (6) de grove en vaak grootschalige schendigen van de rechten van de mens. We kunnen natuurlijk nog meer beginselen noemen. Maar het basisprincipe van een democratische rechtsorde, dat het totalitarisme, rechtsfilosofisch gesproken, schendt, is het principe van de scheiding zelf: scheiding tussen macht, weten en recht. De totalitaire bewegingen en staten belichamen alle drie instituten of vermogens: Staling verenigde recht, macht en ook kennis in de zin van wetenschap. Omdat ook daar zelfs de kennis ideologisch werd opgevat. En elk kritisch vermogen binnen de wetenschap die mogelijkerwijs een aantasting van de totalitaire ideologie zou zijn, werd als sabotage gezien.

De totalitaire heerschappij verandert en bijna verwijdert de symbolische orde die kenmerkend is voor een politieke orde: de plaats van de macht werd niet meer symbolisch leeg voorgesteld. De plaats van de macht wordt bezet door een ideologie die dan haar incarnatie vindt in een secretarisgeneraal van de communistische partij of in een Führer. De Leider is fysiek overal aanwezig. Iedereen moet de Leider, thuis, op het werk of op schoolplein, tegemoet werken. Vandaar schrijft Arendt dat de totale overheersing ernaar streeft de oneindige pluraliteit en verscheidenheid van menselijke wezens zo te organiseren alsof de hele mensheid slechts uit één individu was. Hoe is dat mogelijk? In feite poogt het regime de mens naar een vaststaand ideologisch model te maken of te produceren.

94 Arendt, Hannah, *The Origins of Totalitarianism*, Harcourt Brace, New York/London 1976.
95 Arendt, O.c., p. 307.

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

Leforts politieke filosofie leerde ons juist dat de plaats van de macht in een democratische rechtsorde symbolisch leeg is en het moet leeg blijven. Die leegte wordt door de periodieke verkiezingen tijdelijk en niet permanent ingenomen: de macht is immers van het volk dat niet of nauwelijks valt aanwezig te stellen. Het totalitarisme leidt uiteindelijk tot een specifieke vorm van misdaad die we als politieke misdaad noemen. Politieke misdaad omvat de misdaden die louter door de politieke machthebbers, of quasi politieke macht zoals Al Qaeda-Talibans bewind, – (staatsmacht of quasi statelijke macht) – worden begaan. Het gaat hier om een politieke orde die op basis van ideologie of persoonlijke machtzucht de oppositie hardhandig onderdrukt. Derhalve verschilt politieke misdaad van de politieke delicten in een aantal wezenlijke opzichten:

i) De dader(s) van een politieke misdaad is de machthebber, althans hij is in dienst van deze machthebbers. De dader van de politieke misdaad is derhalve geen particuliere persoon.
ii) Politieke misdaad ontstaat door een formele (van overheidswege) machts-uitoefening. Soms is politieke misdaad bij wetten en verordeningen gelegaliseerd en soms informeel geregeld. Deze vorm van heersen kan men ook een misdadig regime noemen.
iii) De politieke delinquent is een particuliere persoon.[96] Dit type delinquent onder een misdaadregime is ook de particuliere persoon die tegen de politieke misdaad verzet pleegt. Hoewel de politieke delicten tot 'de meest zware crimina' behoren, kunnen de motieven ertoe 'zedelijke verontwaardiging over een bestaand regime, edele hervormingsdrang zijn. Juist dit feit heeft zijn erkenning daarin gevonden, dat in uitleveringsverdragen de uitlevering van politieke delinquenten pleegt te worden uitgesloten'.[97] Dit verbod vinden we terug in art. 11 lid 1 van Uitleveringswet.

Samenvattend kan worden gesteld dat politieke misdaad een vorm van misdaad is die alleen door een georganiseerde entiteit met overheidsgezag gepleegd kan worden. De entiteit die over de macht in de algemene zin (de macht over de publieke ruimte) en tegelijkertijd over de bijzondere macht (in de feitelijke zin) beschikt, is in staat de daden te verrichten die door de politieke delinquenten (het verzet) als wederrechtelijk (tegen de achtergrond van het idee van het recht als de waarborg voor gelijkheid en vrijheid van burgers) en daardoor misdadig worden beschouwd. De politieke macht die de plaats van de macht in de publieke ruimte onrechtmatig door middel van geweld bezet, zal zich achteraf voor haar misdaden moeten verantwoorden. Dat is inherent aan het begrip 'daad', want over 'daden' wordt altijd achteraf geoordeeld. Een daad die niet verantwoord behoeft te worden is geen menselijke daad. Maar de manier waarop misdadiger verantwoording wordt geroepen, moet ook een verantwoordelijk proces zijn. Daarbij moeten we denken aan Neurenbergsprocessen tegen de nazikopstukken. De totalitair terreur beoogde 'de fabricatie van de mensheid'. Het totalitairisme is uiteindelijk datgene wat we als de afgrond van de democratie kunnen noemen. Dit zijn de risico's en de gevaren van de moderniteit.

11.8 Tot slot: de rechten van de mens

De (volks)soevereiniteit en de rechten van de mens zijn concurrerende begrippen die de moderne wereld van het recht met zeer gecompliceerde vragen confronteren. Het is ruim vijftig jaar geleden dat de Universele Verklaring van de Rechten van de Mens op de ruïnes van de moderniteit werd afgekondigd. De twintigste eeuw werd door de Argentijnse schrijver Borges 'de eeuw van de dood'

96 De politiek delinquent is een particuliere persoon – hij behoort niet, althans wil niet behoren tot de heersende politieke macht en orde – die tegen de bestaande rechtsorde in opstand komt. Deze delinquent betwist de rechtvaardigingsgronden van de maatschappelijke orde.

97 Hazewinkel-Suringa, D., en Remmelink, J., *Inleiding tot de studie van het Nederlandse strafrecht,* Gouda Quint, Alphen aan den Rijn 1991, p. 24.

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

genoemd. In het licht van bijvoorbeeld de verschikkingen tijdens de Eerste en Tweede Wereldoorlog en onder het stalinistisch regiem in Rusland is deze kwalificatie mijns inziens terecht. Met de zware historische erfenis van deze eeuw moeten de strafrechtsjuristen aan de wetten, geboden en verboden gestalte geven.
Basil Davidson merkt terecht op dat de geschiedenis zich in de geest en in de verbeelding ontplooit en dat de geschiedenis geen rekenmachine is.[98] Maar wij erven de geschiedenis noodwendig en dramatisch. En onze rechtscultuur is een reactie op deze erfenis: het onontbeerlijk historische besef. Het historische besef houdt, volgens T.S. Eliot, in 'dat men niet alleen oog heeft voor het voorbije van het verleden, maar ook voor de actualiteit ervan'.[99] In dit perspectief van de geschiedenis plaatste ik de idee van de mensenrechten.

De revolutie keert alles om: in plaats van God wordt de mens het centrum van de werkelijkheid en het recht wordt het instrument van een concrete politiek. Het nieuwe type *mens*, de mens van de revolutie der moderne tijd, is de abstractie bij uitstek (zoals de moderne staat[100]). Nu zou men hiertegen kunnen inbrengen dat de mens niet slechts als uiterste abstractie mag worden aangemerkt. Ook elke vorm van universele regelgeving (of recht) bevat immers abstracte en algemene constructies. Tegen een dergelijke zienswijze zou ik echter willen inbrengen dat de juridische abstractie op het niveau van normstelling anders van aard is dan de specifieke vorm van abstractie met betrekking tot de mens. In het *omgekeerde* wereldbeeld – waaraan de Graaf bijvoorbeeld refereerde – wordt het wezen van de mens en zijn bestaanswijze volledig onderworpen aan de politiek, dat wil zeggen: wat de concrete mens is, is in de historische omstandigheden afhankelijk van de politieke krachtsverhoudingen. De op een zeker moment aan de macht verkerende politieke ideologie bepaalt: deze zal de concrete mens definiëren, afbakenen en begrenzen.

Het politiek kunnen abstraheren van de mens is uiteindelijk het scharnier van politieke ideologieën die de mens van de mensenrechten niet als een concreet wezen maar als een anonieme massa in beweging willen zetten. Tegenover de politieke abstractie van de mens stel ik de juridische abstractie. De juridische abstractie van de mensenrechten duidt op een universele afbakening van de intentie van een idee over de wereld. Dit idee dient nader door het recht en de rechtspraktijk te worden geconcretiseerd. Of anders geformuleerd: het idee van de mensenrechten wordt door een imaginaire begrenzing omgeven. In die begrenzing dienen de oneindige restricties te worden gezocht. Deze juridische – oftewel mensenrechtelijke – abstractie maakt een rechtspraktijk mogelijk waarin elke aanspraak van een concrete mens een restrictie en daarmee een opheffing van de abstractie zal inluiden. Van de andere kant belet deze abstractie het ontstaan van een politiek-ideologische praktijk. Dat ook dit van zeer groot belang is bewijst de moderne geschiedenis van Europa. Waartoe heeft de politieke abstractie van de mens van de mensenrechten in die geschiedenis immers geleid? De totale *Endlösung* van alles wat buiten het *eigene* van de soevereine politieke ideologie viel, is misschien in de eerste plaats te wijten aan de geabstraheerde politieke definitie van de mens. Een kortstondige periode van misdaden met verstrekkende en massale gevolgen, anonieme daders en onbekende slachtoffers.

Algemeen gesteld mag hier geconstateerd worden dat de geschiedenis van de rechten van de mens twee grote momenten kent: (1) de afkondiging van deze rechten; (2) het daadwerkelijke streven naar het realiseren ervan. Deze verandering metaforisch uitgedrukt als: van 'The Rights of Englishman' naar 'The Rights of Man'.[101] Er ontbrak een juridisch mechanisme ter effectuering van de mensenrechten waarbij het conflict tussen de soevereiniteit en de universele rechten van de mens een cruciale rol speelde. De joodse vluchtelingen werden ineens geconfronteerd met een ongekend

98 Ontleend aan E.W. Said Zie, Said, E.W., *Cultuur en imperialisme*, vertaald uit het Engels, Atlas, Amsterdam/Antwerpen 1993, p. 30.

99 T.S. Eliot, *Traditie en persoonlijkheid*, vertaling uit het Engels, Kok Agora, Kampen 1988, p. 51.

100 '*De staat als zodanig*, als abstract verschijnsel, behoort pas tot de moderne tijd omdat het privé-leven als abstract verschijnsel pas tot de moderne tijd behoort. De *politieke staat* als abstractie is een modern product.' K. Marx, 'Kritik des Hegelschen Staatsrechts', In: *Karl Marx Frühe Schriften*, Gotta Verlag, Stuttgart 1971, p. 295.

101 Arendt, H., *The Origins of Totalitarianism*, O.c., p. 175 e.v.

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

probleem: ' On the contrary, the victims shared the disdain and indifference of the powers that be for any attempt of the marginal societies to enforce human rights in any elementary or general sense. (...) What is unprecedented is not the loss of a home but the impossibility of finding a new one.'[102] Bovendien was het noodzakelijk een nieuwe declaratie van de mensenrechten af te kondigen. Het gaat hier niet om een idee, maar om een realisatiemechanisme af te kondigen. Daar werden ook de rechten verder gespecificeerd.

Het Europees Verdrag tot bescherming van de Rechten van de Mens en de fundamentele vrijheden is een unieke poging om de politieke abstractie van de mens tegen te gaan. Kort na de Tweede wereldoorlog (1948) heeft *De Europese beweging*[103] op het 'Congres van Europa' de wens tot opstelling van een Europees Handvest voor de Rechten van de Mens uitgesproken. Men wilde na de onbeschrijfelijk totalitaire verschrikkingen datgene realiseren waartoe de revoluties van de moderne tijd – zoals de Franse – met haar filosofen en filosofieën niet in staat waren.[104] De institutionalisering van de mensenrechten als de grondslag van politieke macht en rechtsverhoudingen was het doel waarvoor men zich gepassioneerd wilde inzetten. Er zijn indrukwekkende voorbeelden uit de bijeenkomsten van *Consultative Assembly* die tekenend zijn voor de sfeer waarin over het totstandbrengen van het EVRM werd gediscussieerd:

> Mr. President, while I was in the Gestapo prisons, while one of my brothers was at Dachau and one of my brothers-in-law was dying at Mauthausen, my father who was also a member of our French Parliament, was interned at Buchenwald. He told me that on the monumental gate of the camp was this outrageous inscription: 'Just or unjust, the Fatherland'. I think that from our First Session we can unanimously proclaim that in Europe there will henceforth only be *just* fatherlands. I think we can now unanimously confront 'reasons of State' with the only sovereignty worth dying for, worthy in all circumstances of being defended, respected and safeguarded – the sovereignty of justice and of law.[105]

In dit monumentale citaat zien we hoe men het moderne concept van *volks*soevereiniteit voorgoed wilde begraven en vervangen door de mensenrechten die de soevereiniteit van rechtvaardigheid en recht zouden moeten zijn. Het EVRM is het verdrag waarbij voor de eerste keer de mensenrechten als de hoogste categorie van juridisch bindende en toetsbare normen functioneren. Het internationale recht was in de ogen van positivistisch getinte rechtstheoretici zoals H.L.A. Hart een problematisch rechtsgebied.[106] De redenering van deze en andere auteurs was dat het internationale recht een primitief 'legal system' is. Als gevolg daarvan zijn de rechten die tot het internationale recht behoren 'primary rules of obligation but no secondary rules efficiently to make, recognize or enforce primary rules'.[107] Ik kan me nauwelijks voorstellen dat er in deze tijd een rechtstheoreticus is die het EVRM, gezien de invloed van dit verdrag op het recht en de rechtspraktijk van Europa, als een primitief systeem zou willen bestempelen. Het EVRM is derhalve een belangrijk keerpunt in de politieke en juridische geschiedenis. Daarmee is het recht als zodanig immers geworden tot een betrekkelijk autonoom gebied dat de grondeloosheid van de macht heeft kunnen begronden.

Maar een verabsolutering van de mensenrechten waarbij de democratie en de volkssoevereiniteit dreigen uitgeschakeld te worden, is ook te beschouwen als een dreiging voor een opensamenleving.

102 Arendt, O.c., 292-93.

103 Zie Klerk, Y., 'De ontstaansgeschiedenis van de Europese conventie', in: *40 Jaar Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens*, Leiden 1990, p. 3-15.

104 Bij de parlementaire behandeling van het EVRM in Nederland komen we deze gedachtegang ook tegen. Zo wordt gesteld dat het EVRM 'een duidelijke uitspraak bevat tegenover de totalitaire landen in Europa, waar van de waarborging van deze rechten en vrijheden helaas geen sprake is', Zie VV, Kamerstukken II, 1953-1954, 3043, nr. 5, p. 1.

105 Deze woorden zijn uitgesproken door P.H. Teitgen. Zie M. Janis, R. Kays & A. Bradley. Zie *European Human Rights Law, Text and materials*, Oxford University Press, Oxford 1995, p. 20.

106 Hart, H.L.A., *The Concept of Law*, Oxford University Press, Oxford 1961, p. 209-231.

107 Janis, Kays & Bradley, O.c., p. 5.

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

Er bestaat een ideologische beweging die in naam van de mensheid de rechtsstaat wil conserveren en simplificeren. De verabsolutering van de mensenrechten binnen de democratische rechtsorde is een van de symptomen van zo'n ideologische beweging. Dit zijn in mijn ogen de zogenaamde juridische activisten. Het wereldbeeld van de juridische activisten is vaak een voortzetting van de klassieke linkse, marxistische traditie die de opheffing van de staat en daarmee de burgerlijke samenleving als doel ziet. Hoe bereik je dat? De totale juridisering van de staat zal leiden tot de depolitisering ervan. Een gedepolitiseerde staat is dan geen staat meer. In deze ideale wereld zullen de rechters, advocaten, ambtenaren – en niet de gekozen organen- , de wetgever en conflictbeslechter zijn. Zij, de activisten, hebben minachting voor de burgers en democratische politieke processen. In zijn oratie *Een primaat van politiek*, schreef terecht Jos de Beus dat: 'In de meeste gevallen werd politiek in de voorbije jaren negentig de knecht van twee meesters: de markt en de rechtspraak. De termen zijn even lelijk als de tendensen: economisering en juridisering.'[108] Inderdaad ligt in de democratie het primaat bij politiek, dus bij de burgers, en niet bij het recht. Niettemin heerst hier ook een strikte scheiding tussen *recht*, *macht* en *kennis*. Het recht, via de rechten van de mens, beoogt de politiek niet te beheersen. Het recht bewaakt slechts de uiterste grenzen van politiek zoals die ooit door de burgers zijn gesteld.

108 Beus, Jos de, *Een primaat van politiek*, oratie Universiteit van Amsterdam, Amsterdam 2001, p.6.

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

Literatuur

Aarnio, Aulis
Denkweisen der Rechtswissenschaft. Einführung in die Theorie der rechtswissenschaftlichen Forschung, Springer Verlag, Wien/New York 1979.

Abma, Hans
Gerechtigheid zonder beul. Over doodstraf, recht op leven en christelijk geloof, diss. Kampen,Ten Have, Baarn 1997.

Abraham, Henry J.
The judicial process, An introductory analysis of the courts of the United States, England and France, Fifth edition, Oxford University Press, New York Oxford 1986 (eerste druk 1962).

Ackerman, Bruce
We the People, 1, Foundations, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, London, England 1991.

Acton, H.B.
'Tradition and some other forms of action', in: *Proceedings of the Aristotelian Society,* Vol. 53 (1952-53), pp. 1-28.

Adams, David M., ed.
Philosophical Problems of the Law, Second Edition, Wadsworth Publishing Company, Belmont etc. 1996, pp. 93-99.

Ahmadi, Shri A.M.
'Inaugural Address', (On a Conference on Economic, Social and Cultural Rights and the Role of Lawyers in Bangalore, India, 23-25 October 1995, organised by the International Commission of Jurists), in: Dieng, Adama, ed., *Economic, Social and Cultural Rights and the Role of Lawyers,* Special Issue van *The Review of the International Commission of Jurists,* Bangalore, October 1995, No. 55, December 1995, pp. 17-22.

Akkerboom, Broer
'De boodschap van een ambtenaar. Het gelijk van Van Wijnbergen', in: *Openbaar Bestuur Magazine,* jg. 1, winter 1998, pp. 6-7.

Alder, John
'Ministerial Responsibility and Civil Servants', in: *Constitutional & Administrative Law,* Second Edition, MacMillan, Houndmills and London 1994 (1989), pp. 223-233.

Algra, N.E.
'Een dialoog tussen de minister en de officier, in: *Trouw,* 2 december 1995.

Allen, Carleton
Kemp, *Law in het making,* Clarendon Press, London 1951 (eerste druk 1927).

Allison, Lincoln
'Rights', in: Lincoln Allison, *Right Principles,* Basill Blackwell, Oxford, 1984, pp. 87-99.

Allison, Lincoln, ed.
The Utilitarian Response, The Contemporary Viability of Utilitarian Political Philosophy, Sage Publishers, London etc., 1990.

Almond, Brenda
'Rights', in: Peter Singer, ed., *A Companion to Ethics,* Basill Blackwell, Oxford, 1993 (1991), pp. 259-269.

Alston, Philip
'A Third Generation of Solidarity Rights: Progressive Development or Obfuscation of International Human Rights Law?', in: *Netherlands International Law Review,* 29 (1982), pp. 307-322

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

Alston, Philip
'Conjuring up New Human Rights: A Proposal for Quality Control', in: *The American Journal of International Law,* 78 (1984), pp. 607-621.
Alston, Philip, Bustelo, Mara, Heenan, James, eds.
The EU and Human Rights, Oxford University Press, Oxford etc. 1999.
Altman, Andrew
Critical Legal Studies. A Liberal Critique, Princeton University Press, Princeton, Jew Jersey 1990.
Angeren, J.M. van
'Mag de ministeriële verantwoordelijkheid voor het bestuur worden beperkt?', in: *RMThemis,* 1996/10, pp. 367-375.
Apeldoorn, L.J. van
Inleiding tot de studie van het Nederlandse recht, vijftiende, herziene druk, W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle 1963.
Aquino, Thomas van
Summa Theologica, I qu. 21 a 1 ad 3.
Arendt, Hannah
Eichmann in Jerusalem. A Report on the Banality of Evil, Revised and Enlarged Edition, Penguin Books, Harmondsworth 1992 (1963).
Aristoteles
Politica, I/5.
Arnold, Thurman W.
'Institute Priests and Yale Observers', in: *University of Pennsylvania Law Review,* 84 (1936), pp. 811-824.
Arnold, Thurman W.
The Symbols of Government, Yale University Press, New Haven etc. 1935.
Art, Brad
Ethics and the Good Life, A Text with Readings, Wadsworth, Belmont, California 1994, pp. 487-513.
Asch van Wijck, L.H.K.C. van
'De onafhankelijkheid van den rechter I', in: *NJB,* 1939, pp. 515-522.
Asch van Wijck, L.H.K.C. van
'De onafhankelijkheid van den rechter II', in: *NJB,* 1939, pp. 545-555.
Asscher, B.J.
Meesters der metamorforse. Overwegingen van een rechter, Tweede druk, Uitgeverij Balans, Amsterdam 1989.
Asser, R.W.
'Het OM – ook een kwestie van organisatie', in: *Trema,* 1982, pp. 205-209.
Atiyah, P.S., en Summers, R.S.
Form and Substance in Anglo-American Law, A Comparative Study of Legal Reasoning, Legal Theory, and Legal Institutions, Clarendon Press, Oxford 1991 (1987).
Austin, John
The Province of Jurisprudence Determined and The Uses of the Study of Jurisprudence, With an Introduction by H.L.A. Hart, Weidenfeld and Nicolson, London 1954 (1832/1863), Lecture I, pp. 9-33.

Badinter, Elisabeth, en Badinter, Robert
Markies de Condorcet, 1743-1794, Een intellectueel in de politiek, Uitgeverij G.A van Oorschot, Amsterdam 1993 (oorspronkelijk in het Frans, Parijs 1988).

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

Bailyn, Bernard
The Ideological Origins of the American Revolution, Enlarged Edition, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge (Mass.), London 1992.
Barker, Ernest
'Blackstone on the British Constitution', in: *Essays on Government,* Clarendon Press, Oxford 1965 (1945), pp. 120-154.
Barzun, Jacques
'In Favor of Capital Punishment', in: *The American Scholar,* Vol. 31, No. 2, Spring 1962.
Beaufort, L.A.R.J. de
'Over het O.M. en de politiek', in: H.G. van de Bunt, G. de Jonge, H.J. Koops, H.J. Michel, red., *De macht van het O.M.,* Ars Aequi Libri, Nijmegen 1983, pp. 155-162.
Beccaria, Cesare
Over misdaden en straffen, (It. Dei Delitti e delle pene, 1794), Ingeleid van aantekeningen voorzien en vertaald door J.M. Michiels, voorwoord door J.M. van Bemmelen, Hoofdstuk 16, Over de doodstraf, Tweede uitgave, Kluwer Rechtswetenschappen/ Antwerpen / W.E.J. Tjeenk Willink / Zwolle z.j., pp. 107-121.
Bemmelen, J.M. van
'Auschwitz en de doodstraf', in: *Nederlands Juristenblad,* 16 maart 1946, no. 11, ook in: Ybo Buruma, red., *100 jaar strafrecht.* Klassieke teksten van de twintigste eeuw, Amsterdam University Press, Amsterdam 1999, pp. 135-144.
Benedict, Ruth
'Anthropology and the Abnormal', in: *The Journal of General Psychology,*10 (1934), pp. 59-82.
Bentham, J.
Anarchical Fallacies, in: *The Works of Jeremy Bentham,* Bowring edition, William Tait, Edinburgh 1843.
Bentham, Jeremy
An Introduction to the Principles of Morals and Legislation, edited by J.H. Burns and H.L.A. Hart, Methuen, London/New York 1982 (1789).
Berg, J.H. van den
Koude rillingen over de rug van Charles Darwin. Uitgeverij G.F. Callenbach, Nijkerk 1984.
Berg, P.G.J. van den
Rechtvaardigheid en privaatrecht, Gouda Quint, Deventer 2000.
Berger, Raoul
Government by Judiciary, The Transformation of the Fourteenth Amendment, Harvard University Press, Cambridge, Mass., London, England 1977.
Bergh, G. van den
'Beschouwingen over het toetsingsrecht', in *Nederlands Juristenblad,* 26 mei 1951, pp. 417-425.
Bergh, Hans van den
'De republiek komt toch', in: *NRC Handelsblad,* 30 april 1998.
Berlin, Isaiah
'Joseph de Maistre and the Origins of Fascism', in: Isaiah Berlin, *The Crooked Timber of Humanity.* Chapters in the History of Ideas, Vintage Books, Random House, New York 1990, pp. 91-175.
Berlin, Isaiah
'Two Concepts of Liberty', Inaugural Lecture University of Oxford 31 October 1958, published by the Clarendon Press in the same year, also in: Isaiah Berlin, *Four Essays on Liberty,* Oxford University Press, Oxford etc. 1975 (1969), pp. 118-172.
Bitzius, A.
De doodstraf beschouwd uit het oogpunt van den godsdienst en van de godgeleerde wetenschap, D. Noothoven van Goor, Leiden 1870.

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

Black, Hugo LaFayette
A Constitutional Faith, Alfred Knopf, New York 1969. Levinson, Sanford, *Constitutional Faith,* Princeton University Press, Princeton 1988.
Blackburn, Simon
Think, Oxford University Press, Oxford 1999.
Blackstone, William
The Sovereignty of the Law. Selections from Blackstone's *Commentaries on the Laws of England,* Edited with an Introduction by Gareth Jones, MacMillan, London and Basingstoke 1973.
Blok, A.J.
Positie en taak van het openbaar ministerie, Oratie Leiden, E.J. Brill, Leiden 1908.
Bloom, Allan
The Closing of the American Mind. How Higher Education has Failed Democracy and Impoverished the Soul of Today's Students, Simon and Schuster, New York 1987.
Bond, E.J.
Ethics and Human Well-Being, Blackwell, Oxford and Cambridge Mass. 1996, pp. 7-20.
Boon, Dirk
Nederlands dierenrecht, Gouda Quint, Arnhem 1983.
Boorstin, Daniel J.
The Mysterious Science of the Law. An Essay on Blackstone's Commentaries, With a new Foreword, The University of Chicago Press, Chicago and London 1996 (1941).
Boorstin, Daniel
The Genius of American Politics, The University of Chicago Press, Chicago and London 1953.
Boot, W.
De afhankelijkheid van het openbaar ministerie ten opzichte van het instellen der strafvordering, Diss. Amsterdam, M.J. Portielje, Amsterdam 1885.
Bork, R.H.
'Neutral Principles and Some First Amendment Problems', in: *Indiana Law Journal,* Vol. 47, 1971, pp. 1-35.
Bork, Robert H.
Slouching towards Gomorrah. Modern Liberalism and American Decline, Harper Collins, New York 1996.
Bork, Robert H.
The Tempting of America, The Political Seduction of the Law, Sinclair-Stevenson, London 1990.
Bosch Kemper, J. de
Wetboek van strafvordering. Eerste deel. Müller, Amsterdam 1838.
Bosignore, John J., e.a., red.
Before the Law. An Introduction to the Legal Process, Fifth Edition, Houghton Mifflin Company, Boston/Toronto 1994, pp. 329-347.
Boss, Judith A.
'Cultural Relativism. Is Morality Dependent on Culture?', in: Judith A. Boss, *Ethics for Life.* An Interdisciplinary and Multicultural Introduction, Mayfield Publishing Company, Mountain View, California, London, Toronto 1998, pp. 104-146.
Breedveld, Willem
'Veenbrand in de Haagse burelen', in: *Openbaar Bestuur Magazine,* jg. 1, winter 1998, pp. 4-5.
Bréhier, Émile
'Le Pyrrohisme: Montaigne', in: *Histoire de la Philosophie,* Tome I/3, Presses Universitaires de France, Paris 1967, pp. 677-681.

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

Bréhier, Emile
'The Traditionalist Movement', in: *The History of Philosophy,* The nineteenth century, period of systems, 1800-1850, Volume VI, translated by Wade Baskin, The University of Chicago Press 1968 (eerste Franse druk 1932), pp. 8-27.
Brennan, W.J., Jr.
'Why Have a Bill of Rights?', in: *Oxford Journal of Legal Studies,* 1989, pp. 425-440.
Brenninkmeijer, A.F.M.
'De magistraat in het strafrecht', in: *Nederlands Juristenblad,* 10 februari 1996.
Brief van de ministers van Buitenlandse Zaken, Defensie en Ontwikkelingssamenwerking aan de voorzitter van de Adviesraad Internationale Vraagstukken van 14 januari 1998, opgenomen in: Adviesraad Internationale Vraagstukken, *De doodstraf en de rechten van de mens.* Recente ontwikkelingen, no. 3, april 1998.
Brinton, Crane
The Portable Age of Reason Reader, The Viking Press, New York 1975 (eerste druk 1956).
Brisbin, Richard A.
Justice Antonin Scalia and the Conservative Revival, The Johns Hopkins University Press, Baltimore and London 1997.
Brisbin, Richard A.
Justice Antonin Scalia and the Conservative Revival, The Johns Hopkins University Press, Baltimore and London 1997.
Broad, C.D.
Five Types of Ethical Theory, Routledge & Kegan Paul, London 1930.
Bronner, Ethan
Battle for Justice. How the Bork Nomination Shook America, Anchor Books, New York etc. 1989.
Brown-Wilkinson, Lord
'The Infiltration of a Bill of Rights', in: *Public Law,* 1992, pp. 397-410.
Bruggink, J.J.H.
'Is rechtswetenschap een wetenschap?', in: J.J.H. Bruggink, *Rechtsreflecties.* Grondbegrippen uit de rechtstheorie, Kluwer, Deventer 1993, pp. 123-147.
Brugman, Jan
Het raadsel van de multicultuur. Essays over Islam en integratie, Meulenhoff, Amsterdam 1998.
Bryce, James
'The Law of Nature', in: *Studies in History and Jurisprudence,* Volume II, reprint of the edition Oxford 1901, Scientia Verlag, Aalen 1980, pp. 112-171.
Bryce, James
Modern Democracies, in two volumes, MacMillan, London 1921.
Bryce, James
The American Commonwealth, in two volumes, The Macmillan Company 1926 (1893).
Buijs, J.T.
'Art. 8', in: *De grondwet.* Toelichting en kritiek, Eerste Deel, P. Gouda Quint, Arnhem 1883, pp. 56-62.
Bunt, H.G. van de
Officieren van justitie. Verslag van een participerend observatieonderzoek, Zwolle 1985.
Burgers, J.H.
'The Road to San Francisco: The Revival of the Human Rights Idea in the Twentieth Century', in: *Human Rights Quarterly,* 14 (1992), pp. 447-477.

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

Burgers, Jan Herman
'De ontstaansgeschiedenis van de Universele Verklaring voor de Rechten van de Mens', in: Stephan Parmentier, red., Mensenrechten tussen retoriek en realiteit, Mys & Breesch, Liga voor mensenrechten 1994, pp. 13-35. Burnet, John, *Greek Philoso-phy.* Thales to Plato, MacMillan, London and Basingstoke 1978 (1914).
Buruma, Ybo, red.
100 jaar strafrecht. Klassieke teksten van de twintigste eeuw, Amsterdam University Press, Amsterdam 1999, pp. 135-144.
Bury
A History of the Freedom of Thought, Thornton Butterworth, London 1932 (1913); Haworth, Alan, *Free Speech,* Routledge, London and New York 1998.
Bury, J.B.
The Idea of Progress. An Inquiry into its Origin and Growth, MacMillan, St. Martin's Street, London 1920.
Butler, Eamonn
Hayek. His contribution to the political and economic thought of our time, Temple Smith, London 1983.
Butler, Joseph
Fifteen Sermons Preached at Rolls Chapel, Oxford 1726, in: D.D. Raphael, *British Moralists,* 1650-1800, I, Hobbes-Gay, Hackett, Indianapolis/Cambridge 1991, pp. 325-377.
Buys, J.T.
De Grondwet. Toelichting en kritiek, eerste deel, P. Gouda Quint, Arnhem 1883.

Cairns, John W.
'Blackstone, An English Institutist: Legal Literature and the Rise of the Nation State', in: *Oxford Journal of Legal Studies,* 4 (1984), pp. 318-360.
Camus, Albert
'Réflexions sur la Guillotine', in: Koestler, Arthur, & Camus, Albert, *Réflexions sur la peine capitale.* Introduction et étude de Jean Bloch-Michel, Édition revue et augmentée, Calmann-Lévy, Paris 1957, pp. 119-171.
Camus, Albert
Essais, Introduction par R. Quilliot, Édition établie et annotée par R. Quilliot et L. Faucon, Gallimard, Paris 1965, pp. 1021-1064.
Carroll, Lewis
The Complete Works of Lewis Carroll, with an introduction by Alexander Woolcott and illustrations by John Tenniel, Vintage Books, New York, 1976.
Castells, Manuel
The Rise of the Network Society, Volume 1 van *The Information Age,* Blackwell, Massachusetts, Oxford 1996.
Cavalieri, Paola & Singer, Peter
The Great Ape Project, Equality beyond Humanity, Fourth Estate, London 1993.
Chalmers, A.F.
Wat heet wetenschap: Over aard en status van de wetenschap en haar methoden, 4e druk, Boom, Meppel/Amsterdam 1987.
Chateaubriand
Francois-René, *Memoires van over het graf.* Autobiografie, Meulenhoff, Amsterdam 2000.
Chen, Lung-che
An Introduction to Comtemporary International Law. A Policy-oriented Perspective, Yale University Press, New Haven and London.

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

Cicero
De Republica, b. III, XXII, 33.
Cicero, M.T.
De Legibus, III.
Civis Mundi
'Theïsme, atheïsme en de zin van het leven', Themanummer, juli 1996.
Civis Mundi
'Universaliteit van mensenrechten', Themanummer, maart/april 1993.
Clarc, P., en Simon, A.
Le XVIIe Siècle, Librairie Classique Eugène Belin, Parijs, 1956.
Cliteur, P.B.
'"Wetgeverssoevereiniteit" in Engeland, de Verenigde Staten en Nederland', in: *Soevereiniteit: Lotgevallen van een Begrip,* speciaal nummer van *Theoretische Geschiedenis,* Jaargang 18, nummer 3, 1991, pp. 435-445.
Cliteur, P.B.
'Ambtenaar moet zwijgen en dienen', in: *NRC Handelsblad,* 20 oktober 1998.
Cliteur, P.B.
'Amerikaans realisme', in: P.B. Cliteur, B.C. Labuschagne, C.E. Smith, red., *Rechtsfilosofische stromingen van de twintigste eeuw,* Gouda Quint, Arnhem 1997, pp. 41-109.
Cliteur, P.B.
'De doorwerking van grondrechten in de nationale rechtsorde' (samen met Heidi van Belleghem e.a.), in: P.B. Cliteur, A. Deelder, M.R. Rutgers (red.), *Mensenrechten,* Gouda Quint, Arnhem 1992.
Cliteur, P.B.
'De Federalist Papers', in: P.B. Cliteur, A.A.M. Kinneging en G.A. van der List, red., *Filosofen van het klassiek liberalisme,* Kok/Agora, Kampen 1993, pp. 113-135.
Cliteur, P.B.
'De magistratelijke elite van het Openbaar Ministerie', in: *Civis Mundi,* april 1996, pp. 57-64.
Cliteur, P.B.
'De vrije gedachte als zin van de geschiedenis', in: S.W. Couwenberg, red., *Op de drempel van een nieuwe eeuw.* Terugblik op de 20ste en vooruitblik op de 21 eeuw, Agora, Baarn 1999, pp. 71-85.
Cliteur, P.B.
'Drie modellen van constitutioneel denken', in: *Tijdschrift voor bestuurswetenschappen en publiekrecht,* 49st jg., nr. 9, september 1994, pp. 571-579.
Cliteur, P.B.
'Een sociaal grondrecht op veiligheid? Niet zo'n goed idee', in: *Regelmaat,* nr. 3, 2002, pp. 83-88.
Cliteur, P.B.
'Fuller's Faith', in: Willem J. Witteveen, Wibren van der Burg, eds., *Rediscovering Fuller.* Essays on Implicit Law and Institutional Design, Amsterdam University Press, Amsterdam 1999, pp. 100-124.
Cliteur, P.B.
'Hardvochtig liberalisme – Over ontwikkelingshulp en immigratiepolitiek vanuit liberaal perspectief', in: A. van Bommel e.a., *Gelijker=Rijker.* Over rijkdom, verdeling en sociale ethiek, Uitgeverij Kok, Kampen 1999, pp. 148-164.
Cliteur, P.B.
'Indien verantwoordelijk dan bevoegd?', in: M.C. Burkens, E.C.M. Jurgens, A.K. Koekkoek, J.J. Vis, red., *Gelet op de Grondwet,* Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, Den Haag 1998, pp. 124-137.
Cliteur, P.B.
'Sociale grondrechten zouden we niet moeten erkennen', in: *Liberaal Reveil,* 43e jaargang, februari 2002 (1), pp. 9-22.

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

Cliteur, P.B.
'Traditionalism, Democracy, and Judicial Review', in: Roermund, B. van, ed., *Constitutional Review,* Kluwer/ W.E.J. Tjeenk Willink, Deventer/Boston en Zwolle, 1993, pp. 55-77.
Cliteur, P.B.
Conservatisme en cultuurrecht, over de fundering van recht in rechtsbeginselen, (diss.), Drukkerij Cliteur, Amsterdam 1989.
Cliteur, P.B.
Onze verhouding tot de apen. De consequenties van het Darwinisme voor ons mensbeeld en voor de moraal, Oratie Delft, Delft 1995.
Cohen, Felix
'Transcendental Nonsense and the Functional Approach', in: *Columbia Law Review,* 35 (1935), pp. 809-849.
Cohen, Morris Raphael
Reason and Law. Studies in Juristic Philosophy, Greenwood Press Publishers, Westport, Connecticut 1972 (eerste druk 1950).
Commager, Henry Steele
'Judicial Review and Democracy', in: *Virginia Quarterly Review,* 19 (Summer 1943), pp. 417-428.
Condorcet
Esquisse d'un tableau historique des progrès de l'esprit humain, 1794, Introduction, chronologie et bibliographie par Alain Pons, Garnier Flammarion, Paris 1988.
Cook, John W.
Morality and Cultural Differences, Oxford University Press, New York/Oxford 1999, pp. 51-116.
Cooper, Louis-Blom & Gavin Drewry, with a preface by Bernard Crick, eds.
Law and Morality, Duckworth London 1976, pp. 51-53.
Copleston, F.C.
A history of medieval philosophy, Methuen & Co ltd, London 1972.
Copleston, F.C.
Aquinas, Penguin Books, Harmondsworth 1977 (eerste druk 1955).
Cordia, J.
'Een officier van justitie is pias noch marionet', in: *Nederlands Dagblad,* 19 december 1995.
Corwin, Edward S.
The 'Higher Law' background of American constitutional law, Great Seal Books, Cornell University Press, Ithaca, New York 1955.
Couwenberg, S.W.
'Monarchie en democratie', in: *Tijdschrift voor Bestuurswetenschappen & Publiekrecht,* nr. 3, maart 1999, pp. 180-186.
Couwenberg, S.W.
Een nieuwe kijk op staatsrecht en staatsrechtbeoefening, Kok/Agora, Kampen 1992.
Couwenberg, S.W.
Katholiciteit en vrijzinnigheid. Zoektoch naar een nieuwe geloofsoriëntatie, Kok/Agora, Kampen 1990.
Cranston, Maurice
'Are There Any Human Rights?', in: *Daedalus,* Vol. 112/4, Fall 1983.
Cranston, Maurice
'Human Rights, Real and Supposed', in: D.D. Raphael, ed., *Political Theory and The Rights of Man,* MacMillan, London etc., 1967, pp. 43-68.
Cranston, Maurice
What are Human Rights?, Taplinger Publishing Co., Inc., New York 1973.

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

Crince le Roy, R.
De vierde macht. Een hernieuwde kennismaking, derde, herziene druk, Den Haag 1976.
Crozier, J.B.
'Legal Realism and a Science of Law', in: *The American Journal of Jurisprudence,* 29 (1984), pp. 151-167.

D'Amato, Anthony, en Chopra, Sudhir
'Whales: Their Emerging Right to Life', in: *American Journal of International Law,* 85 (1991), pp. 21-62.
D'Entrèves, A.P.
Natural law, An introduction to legal philosophy, Hutchinson's University Library, London 1951.
Daalder, E.J.
'Het Openbaar Ministerie: magistraat of bestuursambtenaar', in: *Trema,* 1991, pp. 88-91.
Dassen, Patrick
De onttovering van de wereld. Max Weber en het probleem van de moderniteit in Duitsland, 1890-1920, Uitgeverij G.A. van Oorschot, Amsterdam 1999.
David, René
Les grands systèmes de droit contemporaines, 11e dr., Dalloz, Paris 1982.
De Telegraaf
'Berisping', 19 december 1995.
Degenkamp, J.Th.
'Justitie als barmhartige beul veroordeelde Van der Valkjes', in: *Haagsche Courant,* 20 december 1995.
Degenkamp, J.Th.
'Justitie als barmhartige beul veroordeelde Van der Valkjes', in: *Haagsche Courant,* 20 december 1995.
Delfgaauw, B.
Thomas van Aquino, Een kritische benadering van zijn filosofie, Het Wereldvenster, Bussum 1980.
Denning, Lord
Landmarks in the Law, Butterwords, London 1984, p. 27.
Deussen, Paul
Allgemeine Geschichte der Philosophie, Zweiter Band, Dritte Abteilung, *Neuere Philosophie von Descartes bis Schopenhauer,* 2e Auflage, F.A. Brockhaus, Leipzig 1920 (1917).
Deussen, Paul
Die Elemente der Metaphysik, J.J. Meyer, Aachen 1877.
Devlin, P.
The Enforcement of Morals, Oxford University Press, Oxford/New York 1965 (first published as Maccabaean Lecture in Jurisprudence, *Proceedings of the British Academy,* 1959).
Dicey, A.V.
Introduction to the law of the constitution, tenth edition, with introduction by E.C.S. Wade, Macmillan Education, London 1987 (1885), p. 39 e.v.
Dicey, A.V.
Introduction to the Law of the Constitution, Tenth edition, with introduction by E.C.S. Wade, Macmillan Education, London 1987 (1885).
Dickens, Charles
'The Noble Savage', in: *Household Words,* 11 June 1853 in: John Carey, ed., *The Faber Book of Utopias,* Faber and Faber, London 1999, pp. 239-245.

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

Dieng, Adama, ed.
Economic, Social and Cultural Rights and the Role of Lawyers, Special Issue van *The Review of the International Commission of Jurists,* Bangalore, October 1995, No. 55, December 1995, pp. 17-22.
Doelder, H. de
'De ministeriële verantwoordelijkheid voor het OM', in: *Trema,* 1988, pp. 373-377.
Doelder, H. de
'Van paasbrief tot herfstweer. Over de begroting van Justitie 1993', in: *Delikt en Delinkwent,* 1992, pp. 911-921.
Doelder, H. de, Foqué, R.M.G.E., Gerding, R.A.F., red.
Taak en functioneren van het OM, Gouda Quint, Arnhem 1994, pp. 249-255.
Doesum, Yvonne van
'D'66 eist harde aanpak besnijdenis meisjes', in: *Metro,* 3 november 1999.
Donnelly, J.
'Human Rights, Individual Rights, Collective Rights', in: J. Berting et al., eds., *Human Rights in a Pluralist World,* 1990.
Donnelly, Jack
'Cultural Relativism and Universal Human Rights', in: *Human Rights Quarterly,* 6 (1984), pp. 400-419.
Doorn, J.A.A. van
'Wildgroei en woekering. De "gevaarlijke" uitbreiding van de mensenrechten', in: *HP/De Tijd,* 23 december 1994, pp. 14-19.
Doorn, J.A.A. van
Belast verleden. Over de historisering van de publieke moraal, NWO/OKW-voorjaarslezing 2000, Amsterdam 18 mei 2000, NWO, Den Haag 2000.
Douma, J.
'Doodstraf', in: J. Douma, *Ethiek en recht,* Uitgeverij van den Berg, Kampen 1990, pp. 81-93.
Dower, Nigel
'World Poverty', in: Peter Singer, ed., *A Companion to Ethics,* Blackwell, Cambridge (Mass.), Oxford 1993, pp. 273-283.
Doyle, Michael
'Liberalism and World Politics', in: *American Political Science Review,* Vol. 80, No. 4, 1986, pp. 1151-1169.
Duisterwinkel, G.
Vereisen de functies van het Openbaar Ministerie nieuwe wettelijke voorzieningen?, Preadvies NJV, Handelingen der Nederlandse Juristen-Vereniging 1968, 38e jg., dl. I, W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle 1968, pp. 195-251.
Dunk, H.W. von der
'Geschiedenis en wetenschap', in: P.B. Cliteur, H.D. Papma, R.T.P. Wiche, red., *Overtuigend bewijs.* Over het wetenschappelijke van de niet-exacte wetenschappen, Boom, Amsterdam Meppel 1994, pp. 38-65.
Duxbury
'Jerome Frank and the Legacy of Legal Realism', in: *Journal of Law and Society,* 18 (1991), pp. 175-205.
Duxbury, Neil
'Some Radicalism about Realism? Thurman Arnold and the Politics of Modern Jurisprudence', in: *Oxford Journal of Legal Studies,* 10 (1990), pp. 11-41.
Duxbury, Neil
Patterns of American Jurisprudence, Clarendon Press, Oxford 1995.
Dworkin, Ronald A.
'Natural' Law Revisited', in: *University of Florida Law Review,* 34 (1982), pp. 165-188.

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

Dworkin, Ronald
'How Law Is Like Literature', in: *A Matter of Principle,* Harvard University Press, Cambridge etc. 1985, pp. 146-166.
Dworkin, Ronald
'Lord Devlin and the Enforcement of Morals', in: *The Yale Law Journal,* Vol. 75, no. 5, april 1966, pp. 986-1005, deels in: N. Schott Arnold, Theodore M. Benditt, and George Graham, eds., *Philosophy.* Then and Now, Blackwell, Malden (Mass.) and Oxford 1998, pp. 438-442.
Dworkin, Ronald
'Pragmatism, Right Answers, and True Banality', in: *Pragmatism in Law & Society,* edited by Michael Brint & William Weaver, Westview Press, Boulder/San Francisco/Oxford 1991, pp. 359-389.
Dworkin, Ronald
'Rights as Trumps', in: Jeremy Waldron, ed., *Theories of Rights,* Oxford University Press, Oxford, 1992 (1984), pp. 153-168.
Dworkin, Ronald
A Bill of Rights for Britain, Chatto & Windus, London 1990.
Dworkin, Ronald
Law's Empire, Harvard University Press, Cambridge 1986.
Dworkins
'constructivisme', in: *Ars Aequi,* 40 (1991), pp. 773-785.

Eagleton, Terry
Literary Theory. An Introduction, Blackwell, Cambridge (Mass.) Oxford 1983.
Eagleton, Terry
The Illusions of Postmodernism, Blackwell, Oxford 1996.
Eberstadt, Nick
'Myths of the Food Crisis' in: *The New York Review of Books,* February 19, 1976.
ECHM
Ahmed and Others v. The United Kingdom, 2 september 1998 (65/1997/849/1056).
Ellin, Joseph
Morality and the Meaning of Life, Harcourt College Publishers, Forth Worth, Philadelphia etc. 1995.
Elster, J., and Slagstad, R., eds.
Constitutionalism and Democracy, Cambridge University Press, Cambridge, New York 1988.
Elster, J., en Slagstad, R., eds.
Constitutionalism and Democracy, Cambridge University Press, Cambridge, New York 1988.
Elzinga, D.J.
'Verantwoordelijkheid en aanspreekbaarheid in de verhouding tussen bestuur, Openbaar Ministerie en politie. De institutionele aanbevelingen van de Commissie-Van Traa', in: *RMThemis,* 1996/6, pp. 205-214
Elzinga, D.J.
'Verantwoordelijkheid en aanspreekbaarheid in de verhouding tussen bestuur, Openbaar Ministerie en politie. De institutionele aanbevelingen van de Commissie-Van Traa', in: *RMThemis,* 1996/6, pp. 205-214.
Elzinga, D.J.
'Verantwoordelijkheid en aanspreekbaarheid in de verhouding tussen bestuur, Openbaar Ministerie en politie.
EM
'Zwijgen op aangeven van douane', in: NJCM-Bulletin, 18/5, 1993, pp. 584-592.

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

EM
'Zwijgen zonder raadsman', John Murray tegen het Verenigd Koninkrijk (EHRM 8 februari 1996), in: NJCM-Bulletin, 21/5, 1996, pp. 706-724.
Engels, J.W.M.
'De collectieve ministeriële verantwoordelijkheid', in: Elzinga, D.J., red., *Ministeriële verantwoordelijkheid in Nederland,* W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle 1994, pp. 51-63.
Etzioni, Amitai
The Spirit of Community. The Reinvention of American Society, A Touchstone Book, Simon & Schuster, New York 1993.

Fay, Brian
Contemporary Philosophy of Social Science. A Multicultural Approach, Blackwell, Malden, Massachusetts 1996.
Fechner, G.Th.
Das Büchlein vom Leben nach dem Tode, 3e Auflage 1887.
Federalist papers
James Madison, Alexander Hamilton en John Jay, edited by Isaac Kramnick, Penguin Books, Harmondsworth 1987, No. 78.
Feinberg, Joel
Freedom and Fulfillment, Philosophical Essays, hoofdstuk 7 t/m 10 'In Defense of Moral Rights', Princeton University Press, Princeton, New Jersey 1992, pp. 197-260.
Feinman, Jay M.
Law 101, Oxford University Press, Oxford New York 2000.
Feltz, W.A. Baron van der, en Moons, J.M.A.V.
De ambtelijke verhouding in het Nederlandse Openbaar Ministerie, Preadvies Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland, W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle 1969.
Feltz, W.A. Baron van der, en Moons, J.M.A.V.
De ambtelijke verhouding in het Nederlandse Openbaar Ministerie.
Ferf
De regten der ambtenaren, diss. Leiden 1864.
Fichte, J.G.
Über die Würde des Menschen (1794), in: *Fichtes Werke,* herausgegeben von Immanuel Hermann Fichte, Band I, Zur theoretische Philosophie I, Walter de Gruyter & Co., Berlin 1971, pp. 412-416.
Finer, Herman
'Administrative Responsibility in Democratic Government', in: *Public Administration Review,* Summer 1941, pp. 336-341, onder de titel 'the case for subservience', gedeeltelijk ook in: John C. Koritansky & Hiram College, *Public Administration in the United States,* Focus Publising, R. Pullins and Company 1999, pp. 80-84.
Finnis, John
Natural Law and Natural Rights, Clarendon Press, Oxford, 1980, pp. 85-97.
Finnis, John
Natural Law and Natural Rights, Clarendon Press, Oxford 1980.
Flew, Anthony
'Freedom is Slavery', in: A. Phillips Griffiths, ed., *Of Liberty,* Royal Institutute of Philosophy Lecture Series, Cambridge, 1983.
Flinterman, C.
'De ondeelbaarheid van de rechten van de mens:, in: Coomans, A.P.M., Heringa, A.W., Westendorp, I., red., *De toenemende betekenis van economische, sociale en culturele rechten,* Maastricht Centrum voor de Rechten van de Mens en Stichting NJCM-Boekerij, Leiden 1994, p. 1-7.

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

Flückiger, Felix
Geschichte des Naturrechtes, Erster Band, Altertum und Frühmittelalter, Evangelischer Verlag AG., Zollikon-Zürich 1954.
Fokker, E., en Krabbe, H.
'Welke is de aard der rechtsverhouding van den Staat tot zijn ambtenaren; moet zij wettelijk worden geregeld; en zoo ja, hoe in hoofdzaak?', in: *Handelingen der Nederlandsche Juristen-Vereeniging,* 1897, 28ste jg., I, F.J. Belinfante, 's-Gravenhage 1897, pp. 136-255 en pp. 63-102.
Franck, Thomas M.
The Power and Legitimacy among Nations, Oxford University Press, New York / Oxford 1990 en List, G.A. van der, *Mensenrechten en buitenlands beleid,* Prof. mr. B.M. Teldersstichting, Den Haag 1988.
Frank, Jerome
Courts on Trial, Myth and Reality in American Justice, Princeton University Press, Princeton, New Jersey 1973 (1949).
Frank, Jerome
Law and the Modern Mind, Peter Smith, Gloucester, Mass. 1970 (1930).
Franken, H.
'Rechtseconomie en strafrecht', in: E.H. Hondius e.a., *Rechtseconomie en recht,* W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle 1991, pp. 163-179.
Freeden, Michael
Rights, University of Minnesota Press, Minneapolis 1991.
Fremantle, Anne
The Age of Belief, The Medieval Philosophers, New American Library 1954.
Fried, Charles
'The Artificial Reason of the Law or: What Lawyers Know', in: *Texas Law Review,* 60 (1981), pp. 35-58.
Friedell, Egon
Kulturgeschichte der Neuzeit. Die Krisis der europäischen Seele, Band 2, Deutscher Taschenbuch Verlag, München 1976 (1928).
Friedländer, Paul
Plato. An Introduction, Bollingen Series, Princeton University Press, Princeton 1969.
Friedrich, C.J.
Limited government, Englewood Cliffs, New Jersey 1974.
Frissen, P.
'De justitiecrisis in bestuurskundig perspectief', in: *Nederlands Juristenblad,* 17 april 1998.
Frissen, P.H.A.
'Justitie en postmodern bestuur', in: *Justitiële verkenningen,* 23 (1997) 4, pp. 9-19.
Fukuyama , Francis
'The End of History?', in: *The National Interest,* No. 16, Summer 1989, pp. 3-18, Paul Schumaker, Dwight C. Kiel, Thomas W. Heilke, eds., *Ideological Voices.* An Anthology in Modern Political Ideas, The McGraw-Hill Companies, Inc., New York etc. 1997, pp. 409-417.
Fukuyama, Francis
The End of History and the Last Man, The Free Press/Macmillan, New York 1992.
Fuller in Fuller, Lon L.
The Law in Quest of Itself, The Foundation Press, Inc., Chicago 1940 (AMS edition 1978).
Fuller, L.L.
'American Legal Realism', in: *University of Pennsylvania Law Review,* 82 (1934), pp. 429-462.
Fuller, Lon L.
'Human purpose and natural law', in: *Natural Law Forum*, Volume 3 (1958).
Fuller, Lon L.
'Reason and Fiat in Case Law', in: *Harvard Law Review,* Vol. 59 (1946), pp. 376-395.

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

Fuller, Lon L.
The Law in Quest of Itself, Julius Rosenthal Foundation Northwestern University, The Foundation Press, Inc., Chicago 1940. Herdruk: AMS Press, New York 1978.
Fuller, Lon L.
The Morality of Law, Yale University Press, New Haven and London 1978 (1964).

Gellner, Ernest
Postmodernism, Reason, and Religion, Routledge, London and New York 1992.
Gensler, Harry J.
'Cultural Relativism', in: *Ethics,* London & New York 1998, pp. 11-20.
George, Richard T.
'Property and Global Justice', in: *Philosophy in Context,* Vol. 15, 1985, ook in: William H. Shaw, ed., *Social & Personal Ethics,* Second Edition, Wadsworth Publishing Company, Belmont etc. 1996, pp. 468-477.
Giese, Bernhard
Das Würde-Konzept, Duncker & Humblot, Berlin 1975.
Gillespie, Alexander
International Environmental Law Policy and Ethics, Clarendon Press, Oxford 1997.
Glendon, Mary Ann
A Nation under Lawyers, How the Crisis in the Legal Profession is transforming Amercian Society, Farrar, Strauss and Giroux, New York 1994, pp. 184-185.
Glendon, Mary Ann
Rights Talk. The Impoverishment of Political Discourse, The Free Press, New York 1991.
Glover, Jonathan
Humanity. A Moral History of the Twentieth Century, Jonathan Cape, London 1999.
Goldsworthy, Jeffrey
The Sovereignty of Parliament. History and Philosophy, Clarendon Press, Oxford 1999.
Gomien, Donna
Short Guide to the European Convention on Human Rights, Council of Europe, Strasbourg 1995.
Gomperz, Theodor
Griechische Denker. Eine Geschichte der Antiken Philosophie, I/III, Veit & Comp. Leipzig 1896.
Gordon, Scott
Controlling the State. Constitutionalism from Ancient Athens to Today, Harvard University Press, Cambridge (Mass.) / London 1999.
Goslinga, Hans
'Het is geen oude adel', in: *Trouw,* (3 februari 1996).
Gould, James A., ed.
Classic Philosophical Questions, Seventh Edition, MacMillan Publishing Company, New York 1992, pp. 95-101.
Graglia, Lino A.
'"Interpreting" the Constitution: Posner on Bork', in: *Stanford Law Review,* 44 (1992), pp. 1019-1050.
Gray, Asa
Natural Science and Religion, Charles Scribner's Sons, New York 1880.
Gray, John Chipman
The Nature and the Sources of the Law, Second Edition from the Author's Notes, by Roland Gray, LL.B., The MacMillan Company, New York 1948 (1909).
Greenberg, D. & Katz, S.N. & Oliviero, M.B. & Wheately, S.C.
Constitutionalism and Democracy, Transitions in the Contemporary World, Oxford University Press, New York/Oxford 1993.

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

Grey, Thomas C.
'Advice for "Judge and Company"', in: *The New York Review of Books,* March 12 1987, pp. 32-35.
Griffith, J.A.G.
'The Political Constitution', in: *The Modern Law Review,* Vol. 42, No. 1, 1979, pp. 1-21.
Griffith, J.A.G.
The Politics of the Judiciary, Fourth Edition, Fontana, London 1991 (1977)
Griffiths, J.
'Sorgdrager toont gebrek aan ministeriële ruggegraat', in: *NRC Handelsblad,* 7 december 1995.
Grinten, W.C.L. van der
Rechtmatigheid van de doodstraf, diss. Nijmegen, N.V. Uitgeversmaatschappij 'De Gelderlander', Nijmegen 1937.
Guthrie, W.K.C.
The Sophists, Cambridge University Press, Cambridge etc. 1971, pp. 280-285.

H.L.A.
Law, Liberty and Morality, Oxford University Press, Oxford New York 1963.
Haaft, Gonny ten, en Schipper, Aldert
'Ik zou me tien keer bedenken voor ik nog eens wat meld', *Trouw,* 9 december 1995.
Haag, Ernest van den
'In Defense of Capital Punishment' (1977), in: Michael J. Gorr & Sterling Harwood, eds., *Crime and Punishment.* Philosophic Explorations, Jones and Bartlett Publishers, Boston/London 1995, pp. 487-500.
Haag, Ernest van den
Punishing Criminals. Concerning a Very Old and Painful Question, Basic Books, New York 1975.
Haight, Gordon S., ed.
The Portable Victorian Reader, Penguin Books, Harmondsworth 1976, pp. 271-296.
Hailsham, Lord
The Dilemma of Democracy, Diagnosis and Prescription, Collins, London 1978.
Halévy, Elie
The Growth of Philosophic Radicalism, Faber and Faber, London 1972 (1928).
Hall, Kermit L., ed.
The Oxford Companion to The Supreme Court of The United States, Oxford University Press, New York, Oxford.
Handelingen van de Eerste Kamer
1981-1982, 16928, nr. 47a. Bespreking in tweede lezing.
Handelingen
Bijl. II, zitting 1975-1976, 13 600 VI, no. 3.
Hardin, Garrett
'Lifeboat Ethics: The Case Against Helping the Poor', in: *Psychology Today Magazine,* Vol. 8, 1974, pp. 38-43, 123-126.
Hare, R.M.
'Universal Prescriptivism', in: Peter Singer, ed., *A Companion to Ethics,* Blackwell, Oxford, Cambridge (Mass.) 1993 (1991), pp. 451-464.
Hare, R.M.
Sorting out Ethics, Clarendon Press, Oxford 1997.
Harkema, Harm
'Euthanasie-officier Drenth: martelaar of kamikazepiloot', in: *Rotterdams Dagblad,* 22 december 1995.

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

Hart, H.L.A.
'Between Utility and Rights' in: *Columbia Law Review,* 79 (1979), *Essays in Jurisprudence and Philosophy,* Clarendon Press, Oxford, 1983.
Hart, H.L.A.
'Lon L. Fuller: The Morality of Law', in: *Harvard Law Review,* 78 (1965), pp. 1281-96, H.L.A. Hart, *Essays in Jurisprudence and Philosophy,* Clarendon Press, Oxford 1983, pp. 343-365.
Hart, H.L.A.
'Positivism and the Separation of Law and Morals', in: *Harvard Law Review,* 71 (1958).
Hart, H.L.A.
Essays in Jurisprudence and Philosophy, Clarendon Press, Oxford, 1983, pp. 49-87.
Hart, H.L.A.
The Concept of Law, Oxford University Press, Oxford 1961.
Hartmann, Eduard von
Die Selbstzersetzung des Christenthums und die Religion der Zukunft, Zweite Auflage, Carl Ducker's Verlag, Berlin 1874.
Hartmann, N.
Ethik, Dritte Auflage, Walter de Gruyter, Berlin 1949 (1925).
Hayek, F.A.
'Justice and Individual Rights', in: F.A. Hayek, *Law, Legislation and Liberty,* One-Volume Paperback, Routledge & Kegan Paul, London, Melbourne and Henley 1982, pp. 101-106.
Hayek, F.A.
'The Results of Human Action but not of Design', in: Hayek, F.A., *Studies in Philo-sophy, Politics, and Economics,* The University of Chicago Press 1980 (eerste druk 1967).
Hayek, F.A.
Law, legislation and liberty, A new statement of the liberal principles of justice and political economy, Complete edition in new one-volume paperback, Routledge & Kegan Paul, London Melbourne and Henley 1982.
Hayek, F.A.
The Constitution of Liberty, Routledge and Kegan Paul, London and Henley 1976 (1960).
Hayek, F.A.
The Road to Serfdom, Routledge & Kegan Paul, London and Henley 1979 (1944).
Haysom, N.
'Constitutionalism, majoritarian democracy and socio-economic rights', in: *South African Journal of Human Rights,* 1992, no. 8, p. 451-465.
Hegel, George Wilhelm Friedrich
Grundlinien der Philosophie des Rechts. Oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse, 1821, Mit Hegels eigenhändigen Notizen in seinem Handexemplar und den mündlichen Zusätzen herausgegeven und eingeleitet von Helmut Reichelt, Frankfurt am Main, Berlin 1972.
Heide, J. ter
De onafhankelijkheid van de rechterlijke macht. Een functioneel-analytische beschouwing, Agon Elsevier, Amsterdam/Brussel 1970.
Herget, James
American Jurisprudence, 1870-1970, Rice University Press, Houston, Texas 1990.
Herman, Arthur
The Idea of Decline in Western History, The Free Press/ Simon & Schuster, New York, London Toronto Sydney Singapore 1997.
Herodotus
The Histories, Penguin, Harmondsworth 1986 (1954).
Hertogh, H.M.
'Sorgdrager gaf terecht opdracht tot vervolging', in: *Trouw,* 8 december 1995.

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

Herwijnen, H.F. van
'John Marshall en de eenwording van de Verenigde Staten', in: *Tijdschrift voor Bestuurswetenschappen en Publiekrecht,* okt./nov 1992, pp. 760-771.
Hes, Joyce
Voetangels voor kopstukken. De invloed van media en politiek op ambtsdragers bij Justitie, De Balie, Amsterdam 1999.
Heydecker, J.J. en Leeb, J.
Opmars naar de galg. Het proces van Neurenberg, Vertaling en voorwoord door Mr. F.B. Bakels, Uitgeverij Sijthoff, Amsterdam 1984, pp. 462-479.
Hill, Jim & Cheadle, Rand
The Bible Tells Me So. Uses and Abuses of Holy Scripture, Anchor Books, Doubleday, New York etc. 1996.
Hingst, S.J.
'Regterlijke organisatie', in: *Nieuwe bijdragen voor regtsgeleerdheid en wetgeving,* verzameld en uitgegeven door B.J.L. de Geer en Van Boneval Faure, 20e deel, Johannes Müller, Amsterdam 1870.
Hirsch Ballin, E.M.H.
'Rechter en officier van justitie in 2000', in: *Trema,* 1990, pp. 246-250.
Hirschman, Albert O.
The Rhetoric of Reaction, Perversity, Futility, Jeopardy, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge (Mass), London 1991.
Hobbes, Thomas
Leviathan, Edited by Richard Tuck, Cambridge University Press, Cambridge 1996 (1651), Ch. 13.
Hoeven, J. van der
'Botsing van grondrechten' (1983), in: *Staatsrecht en bestuursrecht,* Opstellen van Mr. J. van der Hoeven, W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle 1984, pp. 109-135.
Höffding, Harald
Ethik. Eine Darstellung der Ethischen Prinzipien und deren Anwendung auf besondere Lebensverhältnisse, Zweite Auflage der Deutschen Ausgabe, Leipzig 1901.
Hofstadter, Richard
'William Graham Sumner: Social Darwinist', in: *Social Darwinism in American Thought 1860-1915,* University of Pennsylvania Press, Philadelphia 1945, pp. 37-52.
Holmes, O.W.
The Path of the Law, in: *Harvard Law Review,* 1897, hier aangehaald in: Holmes, Oliver Wendell, *Collected Legal Papers,* Peter Smith, New York 1952, pp. 167-202.
Holmes, Oliver Wendell
'Natural Law', in: *Collected Legal Papers,* Peter Smith, New York 1952 (1920), pp. 310-316.
Holmes, Oliver Wendell
Collected Legal Papers, Peter Smith, New York 1952 (1920).
Holmes, Oliver Wendell
McAuliff v. New Bedford, 155 Mass. 216, 220 (1892).
Holmes, Oliver Wendell
The Essential Holmes. Selections from Letters, Speeches, Judicial Opinions, and Other Writings of Oliver Wendell Holmes, Jr., Edited and with an Introduction by Richard A. Posner, The University of Chicago Press, Chicago and London 1992.
Holmes, Oliver Wendell
The Essential Holmes. Selections from Letters, Speeches, Judicial Opinions, and Other Writings of Oliver Wendell Holmes, Jr., Edited and with an Introduction by Richard A. Posner, The University of Chicago Press, Chicago and London 1992.
Hommes, H.J.
Een nieuwe herleving van het natuurrecht, W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle 1961.

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

Hoof, G.J.H. van
'De praktische betekenis van economische, sociale en culturele rechten van de mens in Nederland?', in: Arambulo, M.K.C., Coomans, A.P.M., Toebes, B.C.A., red., *De betekenis van economische, sociale en culturele rechten in de Nederlandse rechtsorde: vrijblijvend of verplichtend?,* Stichting NJCM-Boekerij, Leiden 1998, pp. 7-21.
Hoof, G.J.H. van
'Sociale grondrechten: effecten in de praktijk? Behoefte aan nieuwe (rechterlijke) benaderingen', in: J.B.J.M. ten Berge e.a., red., *De Grondwet als voorwerp van aanhoudende zorg,* Burkens-bundel, W.E.J. Tjeenk Willink 1995, pp. 35-49. Vlemminx, F., *Een nieuw profiel van de grondrechten.* Een analyse van de prestatieplichten ingevolge klassieke en sociale grondrechten, W.E.J. Tjeenk Willink, Deventer 1998.
Hoof, G.J.H. van
'The Legal Nature of Economic, Social and Cultural Rights: A Rebuttal of some traditional Views', in: Philip Alston and K. Tomasevski, eds., *The Right to Food,* 1984, deels in: Steiner, Henry J., en Alston, Philip, red., *International Human Rights in Context.* Law, politics, morals, Text and Materials, Clarendon Press, Oxford 1996, pp. 279-283.
Hoogstraten, Diederik
'Je schaamt je dood', Interview met Michael Ignatieff, in: *Elsevier,* 11 december 1999, pp. 54-55.
Horst, Th.A.M. van der
Ambtenaar en grondrechten, N. Samsom N.V., Alphen aan den Rijn 1967. HR 23 mei 1921, NJ 1921, 564.
Hume, David
Dialogues concerning natural religion, edited with introduction by Henry D. Aiken, Hafner Press, Collier Macmillan Publishers, New York London 1948.
Hume
Treatise, III, i, 1.
Hunt, Alan
'The Theory of Critical Legal Studies', in: *Oxford Journal of Legal Studies,* 6 (1986), pp. 1-45.
Huxley, T.H.
'On the Hypothesis that Animals are Automata, and its History' (1874), Thomas Henry Huxley, *Science and Culture and Other Essays,* MacMillan, London 1882.

Ignatieff, Michael
'The Midlife Crisis', in: *The New York Review of Books,* 20 mei 1999.
Ignatieff, Michael
Isaiah Berlin. A Life, Chatto & Windus, London 1998.
Ignatieff, Michael
Whose Universal Values? The Crisis in Human Rights, Praemium Erasmianum, Den Haag 1999.

Jackman, Martha
in: Steiner en Alston, *International Human Rights in Context*.
Jackson, Robert H.
The Supreme Court in the American System of Government, Harvard University Press, Cambridge 1967.
James, William
'The Will to Believe', in: William James, *Writings 1878-1899,* The Library of America 1984, pp. 457-479.
Janis, Mark, & Kay, Richard, & Bradley, Anthony
European Human Rights Law. Text and Materials, Clarendon Press, Oxford 1995.
Jansen, C.J.H.

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

'Gustav Radbruch', in: P.B. Cliteur & M.A. Loth, red., *Rechtsfilosofen van de twintigste eeuw,* Gouda Quint, Arnhem 1992, pp. 71-91.

Jaspers, Teun
'Sociale grondrechten in Europa', in: Arambulo, M.K.C., Coomans, A.P.M., Toebes, B.C.A., red., *De betekenis van economische, sociale en culturele rechten in de Nederlandse rechtsorde: vrijblijvend of verplichtend?,* Stichting NJCM-Boekerij, Leiden 1998, pp. 21-42.

Johnson, Paul
A History of the Modern World. From 1917-1980s, Weidenfeld and Nicolson, London 1983.

Jonge, G. de
'Parlement geen partij voor Openbaar Ministerie', in: H.G. van de Bunt, G. de Jonge, H.J. Koops, H.J. Michel, red., *De macht van het O.M.,* Ars Aequi Libri, Nijmegen 1983, pp. 145-154.

Jurgens. E.
'De Staten-Generaal en het OM', in: Doelder, H. de, Foqué, R.M.G.E., Gerding, R.A.F., red., *Taak en functioneren van het OM,* Gouda Quint, Arnhem 1994, pp. 267-275.

Kairys, David, ed.
The Politics of Law. A progressive Critique, Pantheon Books, New York 1990 (1982).

Kamphuisen, P.W.
Gewoonterecht, Martinus Nijhoff, 's-Gravenhage 1935.

Kant, Immanuel
'We have only indirect duties to animals', in: Louis P. Pojman, ed., *Environmental Ethics.* Readings in Theory and Application, Jones and Bartlett Publishers, Boston/London 1994, pp. 27-28.

Kant, Immanuel
Anthropologie in pragmatischer Hinsicht, (1798), in: *Werkausgabe,* Band VII, Hrsg. W. Weischedel, Suhrkamp, Frankfurt am Main 1982, pp. 399-690.

Kant, Immanuel
Grundlegung zur Metaphysik der Sitten, (1785), in: *Werkausgabe,* Band VII, Hrsg. W. Weischedel, Suhrkamp, Frankfurt am Main 1981, pp. 11-102.

Kant, Immanuel
Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre, 1797, in: Immanuel Kant, Werkausgabe, hrsg. Wilhelm Weischedel, Band VIII, Suhrkamp, Frankfurt am Main 1956.

Kantorowicz, H.
'Some Rationalism about Realism', in: *Yale Law Journal,* 43 (1934), pp. 1240-1253.

Kantorowicz, Hermann
Rechtswissenschaft und Soziologie, Ausgewählte Schriften zur Wissenschaftslehre, Verlag C.F. Müller, Karlsruhe 1962.

Kaufmann, Arthur
Rechtsphilosophie im Wandel, Stationen eines Weges, 2., überarbeitete Auflage, Carl Heymanns Verlag KG, Köln/Berlin/Bonn/München 1984 (1979).

Kay, Richard
'Adherence to the Original Intentions in Constitutional Adjudication: Three Objections and Responses', in: *Northwestern University Law Review,* 82 (1988), pp. 226-292.

Kay, Richard
'Adherence to the Original Intentions in Constitutioal Adjudication: Three Objections and Responses', in: *Northwestern University Law Review,* 82 (1988), pp. 226-292.

Kelling, George L., & Coles, Catherine M.
Fixing Broken Windows. Restoring Order and Reducing Crime in Our Communities, Foreword by James Q. Wilson, Simon & Schuster, New York NY 1996.

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

Kelly, J.M.
A Short History of Western Legal Theory, Clarendon Press, Oxford 1992.
Kelman, Mark
A Guide to Critical Legal Studies, Harvard University Press, Cambridge, Mass. and London 1987.
Kelsen, Hans
'Absolutism and Relativism in Philosophy and Politics', in: *American Political Science Review,* oct. 1948.
Kelsen, Hans
Reine Rechtslehre, Mit einem Anhang: *Das Problem der Gerechtigkeit,* Zweite vollständig neu bearbeitete und erweiterte Auflage 1960, Unveränderter Nachdruck 1976, Verlag Franz Deuticke, Wien 1976.
Kelsen, Hans
Was ist Gerechtigkeit?, Zweite Auflage, Franz Deuticke, Wien 1975 (eerste druk 1975).
Kerler, D.H.
Weltwille und Wertwille. Linien des Systems der Philosophie, Alfred Kröner Verlag, Leipzig 1925.
Kinneging, A.A.M.
'Montesquieu', in: P.B. Cliteur, A.A.M. Kinneging en G.A. van der List, red., *Filosofen van het klassieke liberalisme,* Kok/Agora, Kampen 1993, pp. 89-113.
Kipling, Rudyard
'The White Man's Burden', in: *McClure's Magazine,* Feb. 12 1899.
Klenner, Hermann
'Human Rights: A Battle Cry for Social Changes or A Challenge to Philosophy of Law', in: *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie,* 1978/4, pp. 465-477.
Kocher, Paul H.
'Francis Bacon on the Science of Jurisprudence', in: *Journal of the History of Ideas,* 43 (1957), pp. 3-26.
Kolakowski, Leszek
'Kan de duivel verlost worden?', in: *Encounter,* July 1974.
Kolakowski , Leszek
Essays van Leszek Kolakowki, Het Spectrum, Utrecht 1983, pp. 84-99.
Koning, Henk
'Het recht van vrije meningsuiting voor ambtenaren en de rechtsfilosofie van Cliteur', in: NJB, 12 mei 2000, pp. 977-979.
Koning, Henk
Directe democratie in Nederland. Een onderzoek naar de mogelijkheden van openbaarheid van bestuur, inspraak, referendum en volksinitiatief in onze rechtsorde, SdU, Den Haag 1995.
Kooijmans, P.H.
'Human Rights – Universal Panacea?', in: *Netherlands International Law Review,* 37 (1990), pp. 315-329.
Koritansky, John C. & Hiram College
Public Administration in the United States, Focus Publising, R. Pullins and Company 1999.
Kortmann, C.A.J.M
'Consistentie?', in: *NJB,* 3 juni 1994, p. 750.
Kortmann, C.A.J.M.
'De ambtenaar en de politiek I', in: *RMThemis,* nr. 5, 1999, pp. 163-165.
Korzec, Michel
'Onzin op stelten', in: *Intermediair,* 10 december 1993, pp. 51-55.
Kramnick, Isaac, ed.
The Portable Enlightenment Reader, Edited and with Introduction by Isaac Kramnick, Penguin Books, Harmondsworth 1995, pp. 351-480.

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

Krey, Volker
Keine Strafe ohne Gesetz. Einführung in die Dogmengeschichte des Satzes 'nullum crimen, nulla poena sine lege', Walter de Gruyter, Berlin New York 1983.
Kristol, Irving
'The Adversary Culture of Intellectuals', in: *Encounter,* October 1979, *Reflections of a Neoconservative.* Looking back, looking ahead, Basic Books, New York 1983, *Neo-Conservatism.* Selected Essays 1949-1955, pp. 106-123.
Kristol, Irving
'The American Revolution as a Succesful Revolution', in: *Reflections of a Neoconservative,* Basic Books, Inc., Publishers, New York 1983, pp. 78-95.
Kronman, Anthony T.
'Living in the Law', in: *The University of Chicago Law Review,* 54 (1987), pp. 835-876.
Kronman, Anthony T.
'Precedent and Tradition', in: *The Yale Law Journal,* Vol. 99 (1990), pp. 1029-1068.
Kronman, Anthony T.
The Lost Lawyer. Failing Ideals of the Legal Profession, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge (Mass), London 1993.
Kronman, Anthony
'Alexander Bickel's Philosophy of Prudence', 94 *Yale Law Journal,* 1567 (1985).
Krygier, Martin
'Law as Tradition', in: *Law and philosophy,* 5 (1986), pp. 237-262.
Kurtz, Paul, ed.
Moral Problems in Contemporary Society. Essays in humanistic ethics, Prometheus Books, Buffalo, New York 1969, pp. 67-76.
Kurtz, Paul
Forbidden Fruit, The Ethics of Humanism, Prometheus Books, Buffalo, New York 1988, pp. 97-129.
Kurtz, Paul
The Courage to Become. The Virtues of Humanism, Praeger, Westport, Connecticut, London 1997.
Kuypers, K.
Encyclopedie van de filosofie, Elsevier, Amsterdam Brussel MCMLXXIX, p. 354.

Lacorne, Denis
L'invention de la République, Le modèle americain, Hachette, Parijs 1991.
Laeyendecker, L.
'Religie en wetenschap: Blijvende tweedracht? Terug- en vooruitblik', in: S.W. Couwenberg, red., Op de drempel van een nieuwe eeuw. Terugblik op de 20ste en vooruitblik op de 21ste eeuw, , Baarn: Agora 1999, pp. 95-116.
Landmann, Michael
Philosophische Anthropologie. Menschliche Selbstdeutung in der Geschichte und Gegenwart, Walter de Gruyter, Berlin/New York 1976.
Lang, Jochen von, ed.
Eichmann Interrogated. Transcripts form the Archives of the Israeli Police, Da Capo Press, New York 1999.
Lange, Friedrich Albert
Geschichte des Materialismus und Kritik seiner Bedeutung in der Gegenwart, Zweites Buch, hrg. Alfred Schmidt, Suhrkamp, Frankfurt am Main 1974 (1866), pp. 648 e.v.
Larenz, Karl
Richtiges Recht, Grundzüge einer Rechtsethik, Verlag C.H. Beck, München 1979.

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

Larenz, Karl
Richtiges Recht. Grundzüge einer Rechtsethik, Verlag C.H. Beck, München 1979.
Lasch, Christopher
The Culture of Narcissism, Warner Books New York, 1979.
Lecky, W.E.H.
History of European Morals from Augustus to Charlemagne, I, Longmans, London 1869, pp. 280-282.
Leiter, Brian
'Legal Realism', in: Dennis Patterson, ed., *A Companion to the Philosophy of Law and Legal Theory,* Blackwell, Cambridge (Mass.), Oxford 1996, pp. 261-280.
Leopold, Aldo
'The Land Ethic', in: Pierce, Christine, en VanDeVeer, Donald, *People, Penguins, and Plastic Trees,* Basic Issues in Environmental Ethics, Second Edition, Wadsworth Publishing Company, Belmont etc. 1995.
Lester, Anthony
'Fundamental Rights: The United Kingdon Isolated?', in: *Public Law,* 1984, pp. 46-72.
Levi, Edward H.
An Introduction to Legal Reasoning, The University of Chicago Press, Chicago & London 1949.
Lewis, Anthony
Make No Law, The Sullivan Case and the First Amendment, Vintage Books, A Division of Random House, Inc., New York 1992.
Lippincott, Benjamin Evans
Victorian Critics of Democracy, The University of Minesota Press, Minneapolis 1938.
Llewellyn, K.N.
The Bramble Bush, On our Law and its Study, Oceana Publications, Inc., New York/London/Rome 1960 (1930).
Loder, B.C.J.
'Interventie NJV 1897', in: *Handelingen der Nederlandsche Juristen-Vereeniging,* 1897, 28ste jg., II, F.J. Belinfante, 's-Gravenhage 1897, pp. 52-57.
Loof, J.P.
'De Verklaring van de rechten van de mens en van de burger – tweehonderd jaar mensenrechten in Nederland', in: *NJCM-Bulletin,* oktober 1996, pp. 867-872.
Loth, M.A.
'H.L.A. Hart', in: P.B. Cliteur & M.A. Loth, red., *Rechtsfilosofen van de twintigste eeuw,* Gouda Quint, Arnhem 1992, pp. 119-137.
Louis P. Pojman, ed.
The Moral Life. An Introductory Reader in Ethics and Literature, Oxford University Press, New York Oxford 2000, pp. 625-640.
Lubberdink, H.G.
De betekenis van de ministeriële verantwoordelijkheid voor de organisatie van het openbaar bestuur, Kluwer, Deventer 1982.
Luce, J.V.
An Introduction to Greek Philosophy, Thames and Hudson, London 1992.
Luck, Georg
Die Weisheit der Hunde. Texte der antiken Kyniker, Alfred Kröner Voltaire, *Lettres,* Présentées par Gérard Delaisement, Didier, Bruxelles, Paris Montréal 1968.
Luijpen
Rechtvaardigheid, tweede druk, herzien en aangevuld, W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle 1979.
Luijpen, W.
Fenomenologie van het natuurrecht, Uitgeverij Het Spectrum, Utrecht/Antwerpen 1969.

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

Maanen, C.F.Th. van
Het Openbaar Ministerie in Nederland, Eerste gedeelte, J. Visser, 's-Gravenhage 1860.
Maarseveen, H.Th.J.F. van
'Ministeriële verantwoordelijkheid en Openbaar Ministerie na 1976', in: *NJB,* 26 februari 1977, pp. 209-215.
MacArthur, Brian, ed.
Historic Speeches, , Penguin Books, Harmondworth 1996.
Mackie, J.L.
'Edward Alexander Westermarck', in: Paul Edwards, ed., *The Encyclopedia of Philo-sophy,* Vol. 8, Macmillan/The Free Press, New York/London 1967, pp. 284-286.
Mackie, J.L.
Ethics. Inventing Right and Wrong, Penguin Books, Harmondsworth 1977.
Madison, James, Alexander Hamilton en John Jay
'Federalist Papers', edited by Isaac Kramnick, Penguin Books, Harmondsworth 1987, No. 78.
Mahmoud, Abdullah
'Besnijdenis van vrouwen uitroeien', in: *Trouw,* 5 november 1999.
Maihofer, Werner, hrsg.
Begriff und Wesen des Rechts, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt 1973.
Maine, Henry Sumner
Ancient Law. (1861) Its Connection With the Early History of Society, and Its Relation to Modern Ideas, Foreword by Lawrence Rosen, University of Arizona Press, Tucson 1986.
Maine, Henry Sumner
Popular Government, Liberty Classics, Indianapolis 1976 (1885).
Maistre, Joseph de
Considérations sur la France, in: *Oeuvres de Joseph de Maistre,* VII, Bruxelles 1844.
Mak, Geert
'Op de juridische studiezaal', *NRC Handelsblad,* 12 december 1995.
Marks, Stephen P.
'Emerging Human Rights: A New Generation for the 1980's?', in: *Rutgers Law Review,* 33 (1981), pp. 435-452.
Marshall, T.H.
'Citizenship and Social Class', in: T.H. Marshall, *Class, Citizenship and Social Class,* Doubleday 1963, in: Robert. E. Goodin en Philip Pettit, *Contemporary Political Philosophy.* An Anthology, Blackwell, Cambridge (Mass.) en Oxford 1997, pp. 291-319.
Maslow, A.H.
'The Good Life of the Self-Actualizing Person', in: *The Humanist,* XXVII, No. 4, pp. 127-139.
Maslow, Abraham H.
Toward a Psychology of Being, Van Nostrand Reinhold, New York 1968.
Matthijs, J.
Het Belgische Openbaar Ministerie en zijn beleid, getoetst aan de nieuwe wetten, W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle 1969.
Matthijs, Jacques
Openbaar Ministerie, E. Story-Scientia, Gent 1983.
Mayer, Jane, & Abrahamson, Jill
Strange Justice. The Selling of Clarence Thomas, Penguin Books USA, New York 1995.
McInerney, Peter K., en Rainbolt, George W.
Ethics, Harper Perennial, Harper Collins, New York 1994, pp. 203-217.
McInery, Ralph
'Natural Law and Human Rights', in: *American Journal of Jurisprudence,* 1991, pp. 1-14.

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

Meijers, L.C.M.
'Het einde van de onpartijdigheid. Van openbaar ministerie tot departementale vervolgingsdienst', in: *RM Themis,* 1991, pp. 170-174.
Meijers, L.C.M.
'Het Openbaar Ministerie, onpartijdig procesdeelnemer', in: *Handelingen van de rechtsorde,* (A. Mulder bundel), 1988.
Melone, Albert P, & Mace, George, eds.
Judicial Review and American Democracy, Iowa State University Press/Ames 1988.
Milgram, Stanley
'The Perils of Obedience', in: *Harper's Magazine,* 1974, onder de titel 'An Experiment in Autonomy' ook in: Louis P. Pojman, ed., *The Moral Life.* An Introductory Reader in Ethics and Literature, Oxford University Press, New York Oxford 2000, pp. 625-640.
Mill, J.S.
On Liberty, Penguin Books, Harmondsworth 1977 (1859).
Mill, John Stuart
'Speech in Favour of Capital Punishment', 1868, in: *Hansard's Parliamentary Debates,* 3rd Series, 21 April 1868, London 1868.
Mill, John Stuart
Three Essays. On Liberty (1859), Representative Government (1861), The Subjection of Women (1869), Oxford University Press, Oxford New York Toronto Melbourne 1975, (*On Liberty,* ch. II).
Miller, A.S.
Toward judicial activism: the political role of the Supreme Court, Greenwood Press 1982.
Montaigne
Essais, I, 23.
Moons, J.M.A.V.
De ambtelijke verhouding in het Nederlandse Openbaar Ministerie, Preadvies Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland, W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle 1969.
Moore, G.E.
'The Conception of Intrinsic Value', in: James Rachels, ed., *Ethical Theory,* I, The Question of Objectivity, Oxford University Press, Oxford/ New York 1998, pp. 28-42.
Moore, Michael S.
'The Interpretative Turn in Modern Theory: A Turn for The Worse?', in: *Stanford Law Review,* 41 (1989).
Morison, W.L.
John Austin, Edward Arnold, London 1982, pp. 154-155.
Morsink, Johannes
'The Philosophy of the Universal Declaration', in: *Human Rights Quarterly,* 6 (1984), pp. 309-334.
Morton, Adam
'Rationalism versus Relativism in Morals', in: *Philosophy in Practice,* Blackwell, Cambridge (Mass.), Oxford 1996, pp. 91-122.
Mostert, P.
Vereisen de functies van het Openbaar Ministerie nieuwe wettelijke voorzieningen?, Preadvies NJV, Handelingen der Nederlandse Juristen-Vereniging, dl I, W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle 1968, pp. 253-376.
Mulisch, Harry
De zaak 40/61. Een reportage, Uitgeverij De Bezige Bij, Amsterdam 1979.
Müller, Ingo
Hitler's Justice. The Courts and the Third Reich, translated by Deborah Lucas Schneider (oor-

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

spronkelijke titel: *Furchtbare Juristen: Die unbewältigte Vergangenheit unserer Justiz,* 1987), Harvard University Press, Cambridge (Mass.) 1991.

Munneke, Harold
'Wetmatigheid van bestuur belangrijker dan toetsing politiek', in: *NJB,* 3 juni 1994, p. 750-751.

Munneke, Harold
Recht en samenleving in de Nederlandse Antillen, Aruba en Suriname, Opstellen over recht en sociale cohesie, Wolf Legal Publishers, Nijmegen 2001.

Mureinik, E.
'Beyond a Charter of Luxuries: Economic Rights in the Constitution', in: *South African Journal of Human Rights,* 1992, no. 8, p. 464-474.

Nagel, Thomas
The View from Nowhere, Oxford University Press, New York/ Oxford 1986.

Nagel, W.H.
Het strafrecht en de onmens. Oratie, in: Ybo Buruma, red., *100 jaar strafrecht.* Klassieke teksten van de twintigste eeuw, Amsterdam University Press, Amsterdam 1999, pp. 59-81.

Newman, John Henry
The Idea of a University, University of Notre Dame Press, Indiana 1986.

Nickel, James, W.
Making Sense of Human Rights, University of California Press, Berkeley and Los Angelos, 1987.

Nierop, M. van
'Is filosofie een wetenschap?', in: P.B. Cliteur, H.D. Papma, R.T.P. Wiche, red., *Overtuigend bewijs.* Boom, Amsterdam Meppel 1994, pp. 38-65.

Niessen, C.R.
'Ambtenaar en grondrechten, ofwel: leve het poldermodel!', in: *NJCM-Bulletin,* jrg. 24 (1999), nr. 7, pp. 947-961.

Nietzsche, Friedrich
De antichrist. Vloek over het christendom, De Arbeiderspers, Amsterdam 1973 (1888).

Norman, Edward R.
'Freedom in an Age of Selfishness', in: *The Intercollegiate Review,* A Journal of Scholarship and Opinion, 28 (1993), pp. 3-7.

Notitie
dd 22 maart 1990, Beleid inzake de doodstraf, TK 1998-1990, 21 518, nr. 1.

Nozick, Robert
Anarchy, State and Utopia, Basic Books, New York, 1974.

NRC
'Topambtenaar soms meer dan louter boodschapper', in: *NRC Handelsblad,* 9 september 1998.

Nuttall, Jon
Moral Questions, An Introduction to Ethics, Polity Press, Oxford 1993, pp. 178-194.

Olde Kalter, C.J.G.
Overheidspersoneel en grondwetten, Pre-advies, Geschriften van de Vereniging voor Administratief Recht LXXXIV, Alphen aan de Rijn 1979.

Oliphant, Herman
'A Return to Stare Decisis', in: *American Bar Association Jnl.,* 14 (1928).

Orwell, George
'A Hanging', in: *Adelphi,* August 1931.

Orwell, George
Decline of the English Murder and Other Essays, Penguin Books, Harmondsworth 1965, pp. 14-19.

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

Orwin, C. en T. Pangle
'The Philosophical Foundations of Human Rights', in: M.F. Plattner, ed., *Human Rights in Our Time,* 1984, pp. 1-22.
Ott, Walter
Der Rechtspositivismus, Kritische Würdigung auf der Grundlage eines juristischen Pragmatismus, Duncker & Humblot, Berlin 1976.

Paasbrief procureurs-generaal
(21 april 1992), in: *Trema,* 1992, pp. 291-293.
Panofsky, Erwin
Idea, A concept in art theory, Icon Editions, Harper & Row, New York Hagerstwon San Francisco London 1960.
Papma, H.D. R.T.P. Wiche, red.
Overtuigend bewijs. Over het wetenschappelijke van de niet-exacte wetenschappen, Boom, Amsterdam Meppel 1994, pp. 38-65.
Parfit, Derek
Reasons and Persons, Clarendon Press, Oxford 1984.
Pascal
Pensées, Fragment 294 (editie Brunschvicg).
Peper, Bram
'Op zoek naar samenhang en richting. Een essay over de veranderende verhoudingen tussen overheid en samenleving', 12 juli 1999, te vinden op: www.nrc.nl/Doc/ peper.html
Perelman, Chaïm
Droit, Morale et Philosophie, 2e druk, Pichon et R. Durand-Auzias, Paris 1976.
Perelman, Chaïm
Juridische logica als leer van de argumentatie, Standaard Wetenschappelijke Uitgeverij, Antwerpen/ Amsterdam z.j.
Pettit, Philip
'Consequentialism', in: Peter Singer, ed., *A Companion to Ethics,* Blackwell, Oxford, Cambridge (Mass.) 1993 (1991), pp. 230-241.
Pierce, Christine, en VanDeVeer, Donald
People, Penguins, and Plastic Trees, Basic Issues in Environmental Ethics, Second Edition, Wadsworth Publishing Company, Belmont etc. 1995.
Pierrepoint, Albert
'Een tijd van hartstocht', in: *Executioner Pierrepoint,* George G. Harrap & Co. Ltd, London 1974, in: Themagroep doodstraf van Amnesty International, red., *De ceremonie van de laatste adem.* Een selectie van fragmenten in proza en poëzie rondom het thema doodstraf, Amsterdam 1989, pp. 63-66.
Pieterman, Roel
De plaats van de rechter in Nederlands 1813-1920, Gouda Quint, Arnhem 1990.
Piltz, Anders
The World of Medieval Learning, Basill Blackwell, Oxford 1981.
Plato
De Republiek, 469.
Plato
Protagoras, 320.
Plato
Republiek, I, 336b.
Plato
Theatetus, 160c.

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

Plato
Theatetus, 167e.
Podhoretz, Norman
The Bloody Crossroads. Where literature and politics meet, Simon and Schuster, New York 1986.
Pojman, Louis P.
'A Defense of Ethical Objectivism', in: Pojman, Louis, ed., *Moral Philosophy: A Reader,* Second Edition, Hackett Publishing Company, Inc., Indianapolis/Cambridge 1998 (1993), pp. 38-52.
Pojman, Louis P.
'Ethical Relativism: Who's to Judge What's Right and Wrong?', in: Louis P. Pojman, *Ethics.* Discovering Right and Wrong, Second Edition, Wadsworth, Belmont, California 1995, pp. 24-40.
Pojman, Louis, ed.
Moral Philosophy: A Reader, Second Edition, Hackett Publishing Company, Inc., Indianapolis/Cambridge 1998 (1993).
Posner, Richard A.
'The Decline of Law as an Autonomous Discipline: 1962-1987', in: *Harvard Law Review,* 100 (1990), pp. 761-780.
Posner, Richard A.
'The Profession in Crisis', in: *Overcoming Law,* Harvard University Press, Cambridge (Mass) and London 1995, pp. 145-171.
Posner, Richard A.
Overcoming Law, Harvard University Press, Cambridge (Mass) and London 1995.
Posner, Richard A.
The Economics of Justice, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts and London 1981.
Posner, Richard A.
The Problematics of Moral and Legal Theory, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, London, England 1999.
Posner, Richard A.
The Problems of Jurisprudence, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, London, England 1990.
Postema, Gerald J.
Bentham and the common law tradition, Clarendon Press, Oxford 1989 (1986).
Pound, Roscoe
'Law in Books and Law in Action', in: *American Law Review,* 44 (January-February 1910).
Pound, Roscoe
'Mechanical Jurisprudence', in: *Columbia Law Review,* 8 (1908), pp. 605-623.
Pound, Roscoe
'Natural natural law and positive natural law', in: *Natural Law Forum,* Volume 5 (1960), pp. 70-82.
Pound, Roscoe
'The Scope and Purpose of Sociological Jurisprudence', I, in: *Harvard Law Review,* Vol. XXIV, No. 8, June 1911, pp. 591-619.
Pound, Roscoe
Social control through law, Archon Books 1986.
Prior, William J.
Virtue and Knowledge. An Introduction to Ancient Greek Ethics, Routledge, London and New York 1991.

Quinton, Anthony (ed.)
Political philosophy, 'The fundamental problem of political philosophy', Oxford University Press, London 1971 (eerste druk 1967).

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

Quinton, Anthony
Utilitarian Ethics, Second Edition, Duckworth, London 1989 (1973).

Rachels
'Man is not always Selfish', in: Gould, James A., ed., *Classic Philosophical Ques-tions,* MacMillan & Maxwell, New York/Toronto 1992, pp. 121-132.
Rachels, James
'Introduction', in: James Rachels, ed., *Ethical Theory,* I, The Question of Objectivity, Oxford University Press 1998, pp. 1-18.
Rachels, James
'Introduction', in: James Rachels, ed., *Ethical Theory,* I, The Question of Objectivity, Oxford University Press, Oxford 1998, pp. 1-19.
Rachels, James
'Nietzsche and the Objectivity of Morals', in: N. Scott Arnold, Theodore M. Benditt, and George Graham, eds., *Philosophy Then and Now,* Blackwell, Cambridge (Mass.), Oxford 1998, pp. 385-414.
Rachels, James
'Subjectivism', in: Peter Singer, ed., *A Companion to Ethics,* Blackwell, Cambridge (Mass.), Oxford 1991, pp. 432-442.
Rachels, James
Can Ethics Provide Answers? And Other Essays in Moral Philosophy, Rowman & Littlefield Publishers, Inc. Lanham, Boulder, New York, London 1997.
Rachels, James
Created from Animals. The Moral Implications of Darwinism, Oxford University Press, Oxford etc. 1991.
Rachels, James, ed.
Moral Problems. A Collection of Philosophical Essays, Third Edition, Harper Collins Publishers, New York 1979.
Rachels, James
The End of Life, Euthanasia and Morality, Oxford University Press, Oxford etc. 1986.
Radbruch, Gustav
Vorschule der Rechtsphilosophie, 2e Auflage, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen 1959 (1947).
Raes, K.
'Rechtsbeginselen en de morele eenheid van het recht. Dworkins constructivisme', in: *Ars Aequi,* 40 (1991), pp. 773-785.
Raes, K.
'Rechtsbeginselen en de morele eenheid van het recht. Dworkins constructivisme', in: *Ars Aequi,* 40 (1991), pp. 773-785.
Randall
Plato: dramatist of the life of reason, vierde hoofdstuk, 'The heritage of Plato'pp. 36-54.
Raven, D.W.
'Experiment', in: *Woordenboek Filosofie,* Harry Willemsen, red., Van Gorcum, Assen/Maastricht 1992.
Rawls, John
A Theory of Justice, Oxford University Press, Oxford etc., 1972.
Regan, Tom
The Case for Animal Rights, Routledge & Kegan Paul, London/Melbourne/Henley 1983.
Rehnquist, William H.
'The Notion of a Living Constitution', in: *Texas Law Review,* 54 (1976), pp. 693-706.

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

Remmelink, J.
in: D. Hazewinkel-Suringa, *Inleiding tot de studie van het Nederlandse strafrecht,* bewerkt door J. Remmelink, 10e druk, W.E.J. Tjeenk Willink, Alphen aan de Rijn 1988.
Reve, Gerard
De taal der liefde/ Lieve jongens, Elsevier Manteau, Amsterdam/ Brussel 1980.
Ridder, J. de
'Ministeriële verantwoordelijkheid en politiek-ambtelijke verhoudingen', in: Elzinga, D.J., red., *Ministeriële verantwoordelijkheid in Nederland,* W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle 1994, pp. 279-291.
Ritzen, Jo
De Minister. Een handboek, Bert Bakker, Amsterdam 1998.
Robertson, J.M.
A Short History of Freethought. Ancient and Modern, Russell & Russell, New York 1957.
Rockefeller, Steven C.
John Dewey. Religious Faith and Democratic Humanism, Columbia University Press, New York 1991.
Rodell, Fred
Nine Men. A Political History of the Supreme Court from 1790 to 1955, Random House, New York 1955.
Romein, Jan
'Over de menselijke waardigheid. Uit de geschiedenis van een begrip', in: *Historische lijnen en patronen.* Een keuze uit de essays, Em. Querido, Amsterdam 1976, pp. 119-146.0
Romein, Jan
'Over de menselijke waardigheid. *Uit de geschiedenis van een begrip',* (1938), in: *Historische lijnen en patronen.* Em. Querido's Uitgeverij BV, Amsterdam 1976, pp. 119-147.
Rood, M.G.
'Over grondrechten in dienstbetrekking en hun grenzen', in: P.B. Cliteur en A.P.M.J. Vonken, red., *Doorwerking van mensenrechten,* Wolters-Noordhoff, Groningen 1993, pp. 125-141.
Rooduijn, Tom, red.
De Republiek der Nederlanden. Pleidooien voor het afschaffen van de monarchie, De Bezige Bij, Amsterdam 1998.
Roosevelt, Franklin Delano
'The Four Freedoms' (1941), in: McArthur, Brian, ed., *The Penguin Book of Twentieth-Century Speeches,* Penguin Books, Harmondswoth 1993, pp. 197-201.
Rorty, Richard
'The Banality of Pragmatism and the Poetry of Justice', in: *Pragmatism in Law & Society,* edited by Michael Brint & William Weaver, Westview Press, Boulder/San Francisco/Oxford 1991, pp. 89-99.
Rorty, Richard
Contingency, irony, and solidarity, Cambridge University Press, Cambridge etc. 1989.
Rousseau, J.J.
Discours sur les sciences en les arts, 1750, in: Rousseau, *Oeuvres complètes,* III, Bibliothèque de la Pléiade, Gallimard, Paris 1964, pp. 1-57.
Rumble, Jr., Wilfrid E.
American Legal Realism, Skepticism, Reform, and the Judicial Process, Cornell University Press, Ithaca, New York 1968.
Ryan, Alan
'The British, the Americans, and rights', in: Michael J. Lacey & Knud Haaksonssen, eds., A Culture of Rights. The Bill of Rights in Philosophy, Politics, and law – 1791 and 1991, in: Woodrow Wilson International Center for Scholars and Cambridge University Press, Cambridge etc. 1991, pp. 366-440.

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

Santayana, George
Reason in Common Sense, Volume One of 'The Life of Reason', Dover Publications, New York 1980 (1905).
Savage, David
Turning Right, The Making of the Rehnquist Supreme Court, John Wiley & Sons, Inc., New York etc. 1992.
Savornin Lohman, A.F. de
'Interventie NJV 1897', in: *Handelingen der Nederlandsche Juristen-Vereeniging,* 1897, 28ste jg., II, F.J. Belinfante, 's-Gravenhage 1897, pp. 42-52.
Scalia, Antonin
'Modernity and the Constitution', in: Smith, E., ed., *Constitutional Justice under Old Constitutions,* Kluwer Law International, The Hague, London, Boston 1995, pp. 313-318.
Scalia, Antonin
A Matter of Interpretation. Federal Courts and the Law, An Essay by Antonin Scalia with commentary by Amy Gutmann, Gordon S. Wood, Laurence H. Tribe, Mary Ann Glendon, Ronald Dworkin, Princeton University Press, Princeton, New Jersey 1997.
Scarman, Leslie
English Law – *The New Dimension*, Stevens & Sons, London 1974.
Schalken, T.M.
'Het vergeten Openbaar Ministerie', in: *NJB,* 1995, pp. 862-863.
Schaub, Edward L.
'Santayana's Contentions Respecting German Philosophy', in: *The Philosophy of George Santayana,* ed. Paul A. Schilpp, Open Court, La Salle, Illinois 1940, pp. 399-415.
Scheltema, M.
'Wie stelt de wet: de wetgever of de rechter?', in: Dijk, P. van, red., *De relatie tussen wetgever en rechter in een tijd van rechterlijk activisme,* Koninklijke Nederlandse Akademie van Wetenschappen, Noord-Hollandsche, Amsterdam 1989, pp. 85-94.
Scheltens, D.F.
'De filosofie van Thomas van Aquino', in: *Wijsgerig perspectief op maatschappij en wetenschap,* 15 (1974/75).
Schijndel, A.H.J.W. van
'Mensenrechten, democratie en Euroburgerschap', in: G.A. van der List, red., *De rechten van de mens.* Liberale beschouwingen, Prof. mr. B.M. Teldersstichting, Den Haag 1998, pp. 63-81.
Schijndel, A.H.J.W. van
Het Europese wiel. Opstellen over Nederland en Europa,Van Gorcum, Assen 1999, pp. 107-117.
Schilfgaarde, P. van
Klein wijsgerig woordenboek, Servire, Wassenaar 1968.
Schmitt, Carl
Politische Theologie. Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität, Dritte Auflage, Duncker & Humblot, Berlin 1979.
Schmitt, Carl
Verfassungslehre, Sechste, unveränderte Auflage, Duncker & Humblot, Berlin 1983 (1928).
Schopenhauer, Arthur
Die Welt als Wille und Vorstellung, I, Cotta-Verlag/Insel-Verlag, Stuttgart/Frankfurt am Main 1976 (1818).
Schopenhauer, Arthur
Die Welt als Wille und Vorstellung, II, in: *Sämtliche Werke,* Band I, Cotta-Verlag/Insel-Verlag, Stuttgart/Frankfurt am Main 1976 (1818).

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

Schopenhauer, Arthur
Über die Grundlage der Moral, in: *Sämtliche Werke,* Band III, Cotta-Verlag/Insel-Verlag, Stuttgart/Frankfurt am Main 1976 (1840), pp. 631-815.
Schuijt, G.A.I., & Voorhoef, D., red.
Vrijheid van meningsuiting, racisme en revisionisme, Academia Press, Gent 1995.
Schumaker, Paul, Dwight C. Kiel, Thomas W. Heilke, eds.
Ideological Voices. An Anthology in Modern Political Ideas, The McGraw-Hill Companies, Inc., New York etc. 1997, pp. 409-417.
Schwartz, Louis B.
'With Gun and Camera Through Darkest CLS-Land', in: *Stanford Law Review,* 36 (1984), pp. 423-464.
Schweitzer, Albert
Kultur und Ethik, Verlag C.H. Beck, München 1996 (1923).
Seagle, William
'Sir William Blackstone: Law and Popularization', in: William Seagle, *Men of Law,* The MacMillan Company, New York 1947, pp. 188-212.
Shaw, George Bernard
'Capital Punishment', in: *The Antlantic Monthly,* June 1948.
Shaw, William H.
Contemporary Ethics. Taking Account of Utilitarianism, Blackwell, Malden (Mass.), Oxford 1999.
Sher, George, ed.
Moral Philosophy. Selected Readings, Harcourt Brace College Publishers, Forth Worth, Philadelphia etc. 1996 (1987), pp. 694-704.
Siebelink, Rob
'In ben niet ingehuurd door de politiek'. Interview met Roel Drenth, in: *Leeuwarder Courant,* 6 januari 1996.
Simmonds, N.E.
'Law as a Rational Science', in: *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie,* 66 (1980), pp. 535-556.
Simmonds, N.E.
The Decline of Juridical Reason, Doctrine and Theory in the Legal Order, Manchester University Press, Manchester, 1984.
Singer, Joseph William
'The Player and the Cards: Nihilism and Legal Theory', in: *Yale Law Journal,* 94 (1984), pp. 1-70.
Singer, Peter
'Famine, Affluence, and Morality', in: *Philosophy and Public Affairs,* Spring 1972.
Singer, Peter
'Rich and Poor', in: Singer, Peter, *Practical Ethics,* Second Edition, Cambridge University Press, Cambridge etc. 1993 (1979), pp. 218-246.
Singer, Peter
Animal Liberation, Second Edition, Jonathan Cape, London 1990. Singer, Peter, *How Are We to Live?* Ethics in an Age of Self-Interest, Prometheus Books, Amherst, New York 1995 (1993).
Singer, Peter, ed.
Applied Ethics, Oxford University Press, Oxford 1986, pp. 97-104.
Singer, Peter
Life & Death, The Collapse of Our Traditional Ethics, Oxford University Press, Oxford etc. 1994
Singer, Peter
Practical Ethics, Cambridge University Press, Cambridge etc. 1990 (1979), pp. 48-72.

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

Smidt, H.J.
Geschiedenis van het Wetboek van Strafrecht. Volledige verzameling van regeeringsontwerpen, gewisselde stukken, gevoerde beraadslagingen, enz. bijeengebracht en gerangschikt door Mr. J.W. Schmidt, tweede druk, herzien en aangevuld met de wijzigingen, door Mr. J.W. Smidt, eerste deel, H.D. Tjeenk Willink, Haarlem 1891.
Smiles, Samuel
Self-Help, Abridged by George Bull, Introduction by Sir Keith Joseph, Sidgwick & Jackson, London 1986 (1859).
Smith, Adam
The Theory of Moral Sentiments, III, iii, 4.
Snethlage, J.L.
Montaigne, Kruseman, Den Haag 1963.
Soeteman, A.
Machtig recht, Samsom H.D. Tjeenk Willink, Alphen aan den Rijn 1986.
Sommer, Martin
'Berispt door het leven' (Interview met R. Drenth), in: *De Volkskrant,* 30 maart 1996.
Sophocles,
'Antigone' in: *Theban Plays,* Penguin, Harmondsworth 1947.
Sorgdrager, W.
'De eerbied waardig?' Noordwijkerhout, 3 april 1996, ten dele afgedrukt in: *NJB,* 19 april 1996, pp. 620-621.
Spencer, Herbert
The Principles of Ethics, 1893, Introduction by Tibor R. Machan, in Two Volumes, Vol. II, Liberty Classics, Indianapolis 1978.
Spigt, L.C.J.M.
'Het OM tegenvoeter van de advocatuur?', in: Doelder, H. de, Foqué, R.M.G.E., Gerding, R.A.F., red., *Taak en functioneren van het OM,* Gouda Quint, Arnhem 1994, pp. 249-255.
Stace, W.T.
A Critical History of Greek Philosophy, MacMillan & Co LTD, London New York 1960 (1920).
Stace, W.T.
The Concept of Morals, The MacMillan Company, New York 1962 (1937).
Stammler, R.
Die Lehre von dem richtigen Rechte, J. Guttentag, Berlin 1902.
Stammler, R.
Lehrbuch der Rechtsphilosophie, Dritte, vermehrte Auflage, Walter de Gruyter, Berlin und Leipzig 1928.
Steiner, Henry J., en Alston, Philip, red.
International Human Rights in Context. Law, politics, morals, Text and Materials, Clarendon Press, Oxford 1996, pp. 279-283.
Stellinga, J.
Grondtrekken van het Nederlandse staatsrecht, Zwolle 1953.
Stellinga, J.
Grondtrekken van het Nederlandse staatsrecht, Zwolle 1953.
Stephen, James Fitzjames
'Stephen advocates capital punishment for murder', in: *Fraser's Magazine,* June 1864.
Steyger, E.
'Over staatstaken, sociale grondrechten en mensenrechten', in: Coomans, A.P.M., Heringa, A.W., Westendorp, I., red., *De toenemende betekenis van economische, sociale en culturele rechten,* Maastricht Centrum voor de Rechten van de Mens en Stichting NJCM-Boekerij, Leiden 1994, pp. 23-29.

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

Stolwijk, S.A.M.
'De minister van justitie, het Openbaar Ministerie en artikel 5 RO', in: *Magistraat met beleid. De officier en zijn omgeving.* Gouda Quint, Arnhem 1992, pp. 33-40.
Stolwijk, S.A.M.
'De minister van Justitie, het Openbaar Ministerie en artikel 5 RO', in: *Magistraat met beleid.* De officier van justitie en zijn omgeving.
Stone, I.F.
The Trial of Socrates, Little, Brown and Company, Boston Toronto 1988.
Summers, Robert S.
Het Pragmatisch instrumentalisme, Een kritische studie van de belangrijkste Amerikaanse rechtsfilosofie, Standaard Wetenschappelijke Uitgeverij, Antwerpen/Amsterdam z.j. (uit het Duits, 1980).
Sumner, William Graham
Folkways, Ginn and Company, New York 1907, 'Cultural Relativism' ook in: James Rachels, ed., *The Right Thing To Do.* Basic Readings in Moral Philosophy, McGraw-Hill, inc., New York/Toronto 1989, pp. 51-57.

Tamir, Yael
'Hands Off Clitoridectomy', in: *Boston Review,* October/November 1996, Martha Nussbaum, Jessica Neuwirth en anderen.
Taylor, Charles
Sources of the Self. The Making of Modern Identity, Cambridge University Press, Cambridge 1989.
Taylor, Richard
'Schopenhauer', in: D.J. O'Connor, ed., *A Critical History of Western Philosophy,* The Free Press, New York/London 1964, pp. 365-384.
Taylor, Richard
'The American Judiciary as a Secular Priesthood', in: Taylor, Richard, *Reflective Wisdom.* Richard Taylor on Issues That Matter, Edited by John Donnelly, Prometheus Books, Buffalo, New York 1989, pp. 155-171.
Taylor, Richard
Ethics, Faith, and Reason, Prentice-Hall, Inc., Englewood Cliffs, New Jersey 1985.
Taylor, Richard
Good and Evil, Prometheus Books, Buffalo/New York 1984.
Taylor, Richard
Reflective Wisdom, Prometheus Books, Buffalo, New York 1989.
Thijn, E. van
'De ambtenaar en de politiek II', in: *RM Themis,* nr. 5, 1999, pp. 165-167.
Thijn, Ed van
Retour Den Haag, Van Gennep, Amsterdam 1994.
Thijn, Ed. van
'Contempt of Parliament', in: *Openbaar Bestuur Magazine,* jg. 1, winter 1998, pp. 8-9.
Thonnard, F.-J.
Précis d'histoire de la philosophie, 5e Edition, revue et corrigée, Société de S. Jean l'évangeliste, Desclée & Cie, Editeurs Pontificaux, Paris Tournai Rome 1966. Talmon, J.L., *Political Messianism.* The Romantic Phase, Secker & Warburg, London 1960.
Tilghman, B.R.
An Introduction to the Philosophy of Religion, Blackwell, Oxford (UK) en Cambridge (USA) 1994.
Tocqueville, Alexis de
De la démocratie en Amérique, I, Gallimard, Parijs 1986.

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

Tongeren, Paul van
'Multiculturaliteit, identiteit en tolerantie', in: Jaap Guppelaar en Jean-Pierre Wils, red., *Multiculturalisme,* Damon, Best 1998, pp. 135-151.
Tushnet, Mark
'Critical Legal Studies and Constitutional Law: An Essay in Deconstruction', in: *Stanford Law Review,* 36 (1984), pp. 623-647.
Tushnet, Mark
'Critical Legal Studies and Constitutional Law: An Essay in Deconstruction', in: *Stanford Law Review,* 36 (1984), pp. 623-647.

Utz, Stephen G.
'Maine's *Ancient Law* and Legal Theory', in: *Connecticut Law Review,* 16 (1984), pp. 821-852.

Vasak, K.
'A 30-Year Struggle: The Sustained Effort to Give Force of Law to the Universal Declaration of Human Rights', in: *UNESCO Courier,* november 1977. Vasak, K., 'Pour une troisième génération des droits de l'homme', in: C. Swinarski, ed., *Etudes et Essais sur le droit internationale humanitaire et sur les principes de la Croix-Rouge en l'honneur de Jean Pictet,* Martinus Nijhoff, Dordrecht 1984.
Veen, Th. W. van
'Het gezag van het Openbaar Ministerie', in: *Tijdschrift voor Strafrecht,* 1968, pp. 1-18.
Ven, J.J.M. van der
'Les droits de l'homme: leur universalité en face de la diversité des civilisation', in: *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie,* 71 (1985), pp. 437-451.
Ven, J.J.M. van der
Rechtsphilosophie in den Niederlanden, in: *Archiv für Rechts- Sozialphilosophie*, 47 (1961), 213 e.v.; 49 (1963), 279 e.v.
Verburg, M.E.
Geschiedenis van het Ministerie van Justitie, Deel I, Sdu, Den Haag 1994.
Verhey, L.F.M.
De zwoegers uit het vooronder. Over ambtelijke taakuitoefening, ministeriële verantwoordelijkheid en parlementaire controle, W.E.J. Tjeenk Willink, Deventer 2001.
Verhulp, E.
Vrijheid van meningsuiting van werknemers en ambtenaren, SdU Uitgevers, Den Haag 1996.
Vierdag, E.W.
'The Legal Nature of the Rights granted by the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights', in: *Netherlands Yearbook of International Law,* Volume IX (1978), pp. 69-105.
Vlemminx, F.
Het profiel van de sociale grondrechten, W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle 1994.
Vogel, C.J. de
Plato, De filosoof van het transcendente, derde druk, Het Wereldvenster, Bussum 1983 (eerste druk 1974).
Voltaire
Commentaire sur le livre des délits et des peines, 1766, in: Voltaire, *Mélanges,* Préface par Emmanuel Berl, Texte établi et annoté par Jacques van den Heuvel, Gallimard, Paris 1961, pp. 769-807.
Vorländer, Karl
Geschichte der Philosophie, Gustav Kiepenheuer Verlag, Berlin-Charlotteburg 1932.

Waldron, J.
'Rights', in: Robert E. Goodin en Philip Pettit, eds., *A Companion to Contemporary Political Philosophy,* Basill Blackwell, Oxford 1993, pp. 575-585.

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

Waldron, Jeremy, (ed.)
Nonsense upon stilts. Bentham, Burke and Marx on the rights of man, Methuen, London and New York 1987, pp. 46-69.
Waldron, Jeremy
'A Right-Based Critique of Constitutional Rights', in: *Oxford Journal of Legal Studies,* 13 (1993), pp. 18-51.
Waldron, Jeremy
'Freeman's Defense of Judicial Review', in: *Law and Philosophy,* 13 (1994), pp. 27-41.
Waldron, Jeremy
'Moral Truth and Judicial Review', in: *The American Journal of Jurisprudence,* Vol. 43, 1998, pp. 75-97.
Waldron, Jeremy
'The Edges of Life', in: *London Review of Books,* 12 May 1994, pp. 11-13.
Waldron, Jeremy
'Why Law – Efficacy, Freedom, or Fidelity?', in: *Law and Philosophy,* 13 (1994), pp. 259-284.
Waldron, Jeremy
Liberal Rights, Collected Papers 1981-1991, Cambridge University Press, Cambridge/New York/Oakleigh 1993.
Wall Bake, W.A. van den
Specimen historico-juridicum inaugurale de Remotione officialium ministerii publici, J. de Kruyff, Trajecti ad Rhenum 1859.
Webb, Alfred
'Mr. Kipling's Call to America', in: *The Nation,* Feb. 23 1899.
Weber, Max
Politik als Beruf, Siebente Auflage, Duncker & Humblot, Berlin 1982 (1919).
Weinreb, Lloyd L.
'Natural Law and Rights', in: George, Robert P., ed., *Natural Law Theory,* Clarendon Press, Oxford, 1992, pp. 278-309.
Weinreb, Lloyd L.
Natural law and justice, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts/London, England 1987.
Weinreb, Lloyd L.
Oedipus at Fenway Park, What Rights Are and Why There Are Any, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), London 1994.
Wellman, Carl
The Proliferation of Rights. Moral Progress or Empty Rhetoric?, Westview Press, Boulder, Oxford 1999.
Welzel, Hans
Naturrecht und materiale Gerechtigkeit, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen 1980.
Westermarck, Edward
Ethical Relativity, Kegan Paul, Trench, Trubner & Co., London 1932.
White, A.R.
Rights, Oxford University Press, Oxford, 1984.
White, Michael, & Gribbin, John
Darwin. A Life in Science, Simon & Schuster, London etc. 1995.
Wigdor, David
Roscoe Pound, Philosopher of Law, Greenwood Press, Westpost, Connecticut/London, England 1974, p. x en 234.

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

Wightman, J.A.
'Christopher Columbus Langdell', in: Simpsom, A.W.B., ed., *Biographical Dictionary of the Common Law,* Butterwords, London 1984.
Wijnbergen, Prof. S. van
'Economische groei kan tegenvallen', (Interview met S. van Wijnbergen), in: *NRC Handelsblad,* 7 september 1998.
Wijziging van de Ambtenarenwet
1929 ter zake van de uitoefening van grondrechten. Memorie van toelichting, Tweede Kamer, vergaderjaar 1985-1986, 19 495, nr. 3, pp. 1-8.
Wijziging van de Ambtenarenwet
1929 ter zake van de uitoefening van grondrechten, Voorlopig verslag, vastgesteld op 5 december 1986, Tweede Kamer, vergaderjaar 1986-1987, 19 495, nr. 4, pp. 1-9.
Williams, Bernard
Morality, Cambridge University Press, Cambridge 1993 (1972).
Wilson, James Q.
'The Bureaucracy', in: *American Government.* Institutions and Policies, Fifth Edition, D.C. Heath and Company, Lexington, Massachusetts, Toronto 1992 (1986), pp. 362-392.
Witte, B. de
'Economische, sociale en culturele rechten: de rol van de Europese Gemeenschap', in: Coomans, A.P.M., Heringa, A.W., Westendorp, I., red., *De toenemende betekenis van economische, sociale en culturele rechten,* Maastricht Centrum voor de Rechten van de Mens en Stichting NJCM-Boekerij, Leiden 1994, pp. 8-22.
Witteveen, Willem J.
'Laws of Lawmaking', in: Willem J. Witteveen & Wibren van der Burg, eds., *Rediscovering Fuller,* Amsterdam University Press, Amsterdam 1999, pp. 312-346.
Witteveen, Willem J.
'Rediscovering Fuller: An Introduction', in: Willem J. Witteveen & Wibren van der Burg, eds., *Rediscovering Fuller,* Amsterdam University Press, Amsterdam 1999, pp. 21-51.
Wolf, Erik
Griechisches Rechtsdenken, Band II, Rechtsphilosophie und Rechtsdichtung im Zeitalter der Sophistik, Vittorio Klosterman, Frankfurt am Main 1952, p. 248.
Wolf, Erik
Griechisches Rechtsdenken, II, Rechtsphilosophie und Rechtsdichtung im Zeitalter der Sophistik, Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main 1952, pp. 103-119.
Wollstonecraft, Mary
Vindication of the Rights of Woman, edited with an introduction by Miriam Brody Kramnick, Penguin Books, Harmondsworth 1982 (1792).
Wyk, Robert N. van
'World Hunger and the Extent of Our Positive Duties', in: *Public Affairs Quarterly,* Vol. 2, no. 2 (April 1988).

Zeller, Eduard
Outlines of the History of Greek Philosophy, Thirteenth Edition, Revised by Wilhelm Nestle, Translated by L.R. Palmer, Dover Publications, New York 1980 (1931, Duits 1883).
Ziegler, Peter
'A General Theory of Law as a Paradigm for Legal Research', in: *Modern Law Review,* 51 (1988), pp. 569-592.

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

Zoethout, C.M.
'Reflections on Constitutionalism in the Netherlands', in: Zoethout, Carla M., & Tang, Ger van der, & Akkermans, Piet, eds., *Control in Constitutional Law,* Martinus Nijhoff, Dordrecht/Boston/London 1993, pp. 153-163.
Zoethout, C.M.
Constitutionalisme, Gouda Quint, Arnhem 1995, pp. 218-223.
Zoethout, Carla M.
'Rechten van de mens na vijftig jaar "thuisgebracht". Labours voorstel de Europese Conventie te incorporeren in het Britse rechtsstelsel', in: *NJB,* 12 juni 1998, pp. 1067-1072.
Zwan, Van der
Interview met Van der Zwan in NRC Handelsblad, 14 september 1993.

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

Personenregister

Aarnio, A. 30, 31
Abdi Dahir, N. 68
Abélard, P. 247
Abma, H. 228, 230, 232, 237
Abraham H.J. 123
Abrahamson, J. 63
Achterhuis, H. 279
Ackerman, B. 150, 226
Acton, H.B. 123
Adams, R.M. 108
Adorno, T.W. 220, 271
Akkerboom, B. 182, 216
Alder, J. 196, 209
Alexander de Grote 63, 64, 298
Algra, N.E. 44
Ali 258, 259
Allah 106
Allen, C. 122
Allison, L. 136-138
Almond, B. 136, 137, 140, 144
Alston, P. 146, 148
Altman, A. 15
Ambrosius, Sint 72
Angeren, J.M. van 184
Anonymous, N. 250
Apeldoorn, L.J. van 53
Aquino, T. van 111, 113-116, 118, 121, 122, 127, 133, 169, 170, 247
Arasse, D. 284
Arendt, H. 93, 217, 237, 247, 257, 262, 263, 280, 282-284, 293-297, 301, 303
Aristoteles 111, 113, 123, 170, 171, 246, 248, 254, 262, 281, 282, 298, 299
Arnold, T.W. 15, 26
Art, B. 176
Artigas, M. 260
Asch van Wijck, L.H.K.C. van 47, 54
Asser, B.J. 189
Asser, R.W. 189
Assisi, F. van 103
Atiyah, P.S. 18
Augustinus, A. 113, 158, 247, 253, 264
Augustus 254
Austin, J. 16, 33, 116, 120, 140, 141
Ayer, A.J. 79

Bacon, F. 18, 22, 32
Bacon, R. 259
Badinter, E. 173
Badinter, R. 173
Bakker, A. 258

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

Bakri, Sjeik 67
Barker, E. 20
Barzun, J. 241
Baumgarten, A.G. 161, 162, 165
Beaufort, L.A.R.J. de 48, 58, 59
Beccaria, C. 15, 235, 237, 240, 243, 266, 280
Becker, J.W. 104
Beethoven, L. von 121
Bemmelen, J.M. van 231, 240
Benedict, R. 76-79, 83, 85, 87-91
Benedict, S. 76
Bentham, J. 19, 20, 33, 92, 116, 136, 140, 141, 162, 163, 168, 172, 173, 175
Bentley 204, 205
Berg, J.H. van den 89
Berg, P.G.J. van den 124, 135
Bergen, B.J. 93
Berger, R. 63
Bergh, G. van den 153
Bergh, H. van den 201
Berlin, I. 186, 218, 235, 242, 269
Bethune-Baker, J.F. 246
Beus, J.de 302
Bin Laden, O. 259, 292
Bitzius, A. 226
Black, H.L. 23, 65, 195
Blackburn, S. 42
Blackmum, H.A. 154
Blackstone, W. 20, 21, 26, 31, 33, 111, 120, 121, 143
Blair, E.A. 239
Blaire, T. 292
Block, W. 161
Blok, A.J. 52, 60
Blom, J.H.C. 220
Bloom, A. 78, 80
Boas, F. 76
Böckenförde, E.W. 255
Boecharin, N. 292
Boeddha 169
Boek, J. 48
Bonald, de 125
Bonaparte, N. 193, 287
Bond, E.J. 88
Boon, D. 143
Boorstin, D.J. 18, 20, 21, 111
Boot, W. 48, 50
Borges, J.L. 302
Bork, R.H. 35, 63, 80, 195, 144, 154, 232
Borradori, G. 269
Bosch Kemper, J. de 48, 50, 52, 53
Bosignore, J.J. 48
Boss, J.A. 76, 85, 88, 92, 93

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

Bossuet J. 141
Bracton, H. 250, 251
Bradley, A. 181, 183, 192, 304
Bradlaugh, C. 260
Brandeis 181
Breedveld, W. 196
Bréhier, E. 73, 124
Brennan, W.J.Jr. 238
Brenninkmeijer, A.F.M. 53, 54
Brink, H. van den 104
Brinton, C. 108, 109
Brisbin, R.A. 36
Broad, C.D. 88
Bronner, E. 63, 154
Brough 205
Brown-Wilkinson, Lord 138
Brugman, J. 95
Bruno, G. 260
Bryce, J. 21, 33, 70, 131, 132, 136, 137
Buffon 83
Bunt, H.G. van de 48, 50, 52
Burckhardt, J. 246
Burgers, J.H. 92
Burke, E. 126, 140, 143, 288
Burnet, J. 112
Burns, J. 246
Bury, J.B. 180, 232
Bush, G.W. 292
Butler, E. 125
Butler, J. 88
Buys, J.T. 33, 194, 209

Cairns, J.W. 20
Caldecott, A.T. 82
Caligula 170
Callicles 71
Camus, A. 230, 238
Canterbury, A. van 247, 261
Carey, J. 82
Carleton 122
Carroll, L. 151
Cassirer, E. 269
Castells, M. 187
Cavalieri, P. 174
Chalmers, A.F. 14
Chamberlain, H.S. 217
Chastellain, G. 281
Chartres, B. van 19
Chateaubriand, F.-R. 193
Cheadle, R. 24, 227
Chopra, S. 143

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

Cicero, M.T. 21, 110, 111, 115, 128
Clarc, P. 141
Clarke, C.P.S. 246
Clemenceau, G. 296
Cliteur, P.B. 18, 22, 33, 59, 61, 84, 89, 103, 124, 131, 147, 150, 153, 164, 184, 189, 213, 288
Cohen, F. 24
Cohen, M.R. 112
Cohen, R. 129
Coke, E. 20, 61
Coles, C.M. 99
College, H. 217
Commager, H.S. 154
Comte, A. 22
Condorcet, M.J.A.N. 170, 173, 232
Constantijn de Grote 246
Cook, J.W. 76, 80
Copernicus, N. 260
Copleston, F.C. 114
Cordia, J. 45
Corstens, G.J.M. 48
Corwin, E.S. 59, 142
Coser, L.A. 215
Couwenberg, S.W. 56, 104, 201, 221
Cranston, M. 137, 140, 145-148
Crince le Roy, R. 193
Cromwell, O. 274
Crozier, J.B. 22
Cumberland, R. 276

D'Amato, A. 143
Daalder, E.J. 47
Darius 90
Darwin, C. 79, 89, 176
David, R. 18, 102
Davies, B. 108
Davidson, B. 303
Davies, N. 259
Degenkamp, J.T. 48, 49
Dekker, G. 104
Delfgaauw, B. 116, 261
Democritus 103
Demopheles 98
Denning, Lord 234-236
D'Entrèves, A.P. 109, 114, 115, 123
Derrida, J. 269
Descartes, R. 18, 124, 158, 161, 165, 176, 245, 252, 260-263
Deussen, P. 159, 160, 167, 168
Devlin, P. 87
Dewey, J. 18

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

Dicey, A.V. 21, 33, 41, 138, 224
Dickens, C. 80, 82, 83, 91, 92
Dijk, van 197
Diolerot, D. 158
Docters van Leeuwen, A. 196
Doelder, H.de 48, 58
Doesum, Y.van 68
Donelly, J. 140, 146
Donne, J. 89
Doorn, J.A.A. van 148, 180
Dostojevski, F. 99
Douma, J. 230
Doyle, M. 224
Drenth, R. 43-46, 48, 52, 60, 64
Dronberger, I. 215
Dühring, E. 284
Duisterwinkel, G. 48, 49
Dullemen, A.A.L.F. 48
Dunk, H.W. von der 14, 17, 27
Duxbury, N. 15, 24, 25, 29
Dworkin, R.A. 19, 27, 35, 38, 42, 43, 61-64, 86-88, 121, 142, 143, 154, 191, 195, 224

Eagleton, T. 38
Edwards, P. 103
Eichmann, A. 92, 93, 217-222, 237
Einstein, A. 99, 100-103
Eliot, T.S. 303
Ellian, A. 174, 286
Ellin, J. 88
Elster, J. 56, 153
Elzinga, D.J. 49
Engel 199, 200, 204
Engels, F. 284, 285, 291
Engels, J.W.M. 184
Erasmus, D. 259
Eusebius 253

Fay, B. 30
Fechner, G.T. 167
Feinberg, J. 139, 215
Feinman, J.M. 181
Feltz, W.A. Baron van der 48, 53, 192
Ferf 190
Feuerbach, A. von 15
Fichte, J.G. 160, 164
Ficq, C.R.L.R.M. 48
Finer, H. 209
Finnis, J. 41, 112, 142, 143, 150, 152
Flasch, K. 246
Flew, A. 145
Flinterman, C. 188, 225

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

Flückiger, F. 109
Fokker, E. 190, 194
Ford, G. 154
Foqué, R.M.G.E. 280, 287
Franck, T.M. 223
Frank, J. 26, 29, 30, 199
Frank, H. 239
Franken, H. 27, 48
Frankfurter, F. 23
Franklin, B. 173
Frederik de Grote 165
Fremantle, A. 19
Fried, C. 26, 30
Friedell, E. 82
Friedländer, P. 112
Friedrich, C.J. 58, 217
Frissen, P.H.A. 186
Fromm, E. 220
Fukuyama, F. 17, 224
Fuller, L.L. 15-17, 25, 34, 112, 120, 122, 123, 129, 130, 143, 213, 230

Galilei, G. 89, 260
Gama, V. da 152
Gay, P. 19, 267
Geelhoed, A. 196, 216
Gellner, E. 38, 257
Gensler, H.J. 76, 86
Gény 41
George III 92
Ghandi 167
Giese, B. 162
Gillespie, A. 162
Glasz, J.R. 53
Glendon, M.A. 30, 65, 206
Glover, J. 67
Gobineau, J.A. Comte de 164
God 67, 75, 84, 95-98, 100-108, 113-115, 121, 125, 158, 159, 161, 260, 263, 267, 268, 270, 273, 274, 278, 279, 281, 283, 289, 291, 292, 299, 300, 303
Goebbels, J. 221
Goering, H. 239
Goethe, J.W. von 158, 163
Gogh, T. van 108, 110
Gomien, D. 181, 186
Gomperz, T. 22, 70, 71
Gordon, S. 17
Goslinga, H. 59
Gould, J.A. 77
Graaf, A. de 286, 287, 303
Graglia, L.A. 63
Gray, A. 173

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

Gray, J.C. 29, 273
Greenberg, D. 56
Grey, T.C. 61
Gribbin, J. 89
Griffith, J.A.G. 154
Griffiths, J. 44, 48
Grinten, W.C.L. van der 223, 226
Groot, H.de 20, 143, 185
Guppelaar, J. 82
Gustafson, J.M. 96
Guthrie, W.K.C. 70, 71, 112

Haaft, G.ten 44
Haag, E. van den 228, 231, 232, 234
Habermas, J. 294
Haight, G.S. 92
Hailsham, Lord 154
Halévy, E. 140
Hamilton, A. 15, 283
Hammurabi 169
Hannibal 142
Hare, R.M. 90
Harkema, H. 45
Hart, A.C.'t 48, 280, 287
Hart, H.L.A. 15, 16, 33, 36, 87, 116, 120, 121, 129, 130-133, 140-142, 304
Hart, J. de 104
Hartmann, E. von 107
Hartmann, N. 107, 161
Hassan II 258
Haute, P. van 249
Havel, V. 297
Haworth, A. 180
Hayek, F.A. 59, 70, 124, 125, 129, 145, 187
Hazard, P. 267
Hazewinkel-Suringa, D. 48, 302
Hegel, G.W.F. 234, 238, 240
Heide, J. ter 50, 56
Heidegger, M. 252, 262, 296
Heijder, A. 48
Heijnsberger, P. 48, 264
Heilke, T.W. 17
Hemelrijck, F. van 265
Herget, J. 23
Herman, A. 220, 232
Herodotus 20, 69, 72, 74, 75, 83, 85, 89, 90, 242
Hertogh, H.M. 45
Herwijnen, H.F. van 61
Heydecker, J.J. 239
Hill, J. 226
Himmler, H. 218
Hingst, S.J. 60

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

Hiorth, F. 103
Hippias 70
Hirsch Ballin, E.M.H. 48, 50, 196
Hirschman, A.O. 57
Hitler, A. 68, 105, 130, 218, 221, 239, 290, 291
Hobbes, T. 73, 88, 258, 273-277, 279, 286
Hoeven, J. van der 149
Höffding, H. 182
Hofstadter, R. 74
Holmes, O.W. 13, 23, 25, 26, 29, 30, 33, 41, 65, 183, 199, 200, 211, 236, 237
Homerus 254, 256
Hommes, H.J. 127
Horkheimer, M. 271
Horst, T.A.M. van der 185, 190, 202
Höss, R. 219
Hughes, H.S. 215
Huizinga, J. 245, 281
Hume, D. 79, 113, 126, 269
Hunt, A. 36
Husák, G. 299
Hustinx, J.P. 48
Hutchison 204
Huxley, T.H. 18, 104, 161

Innocentius III 264

Jackson, A. 153
Jackson, R.H. 153
James I 61
James, W. 168
Janis, M. 181, 183, 192, 304
Jansen, C.J.H. 128, 219
Jay, J. 15, 283
Jefferson, T. 153, 159, 169, 170, 172-174, 187, 286
Jeffreys, G. 235
Jhering, R. von 41
Jezus Christus 67, 92, 95, 106, 158, 167, 169, 241, 250, 251, 256-258, 289
Johnson, P. 100
Johnston, D. 246
Jones, W. 32
Jonge G. de 57
Jorritsma, A. 196
Josephus, F. 256, 257
Julius Caesar 256
Jurgens, E.C.M. 48, 58

Kadijk, G. 43, 44, 46, 64
Kagan, R. 273, 274
Kairys, D. 15
Kamphuisen, P.W. 28

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

Kant, I. 19, 55, 88, 159-168, 172, 237, 238, 240, 269, 270, 274, 287
Kantorowicz, E.H. 249-251, 288
Kantorowicz, H. 25
Karel I 274
Karel de Grote 247
Katz, S.N. 56
Kaufmann, A. 111, 115, 129
Kay, R. 63, 144, 181, 183, 192, 304
Keitel, W. 239, 240
Kelling, G.L. 99
Kelly, J.M. 27, 142
Kelman, M. 15
Kelsen, H. 33, 34, 36, 80, 116-119, 122-126, 129, 133
Kemp 122
Kennedy, J.C. 220
Kepler, J. 260
Kerler, D.H. 161
Kershaw, J. 291
Khomeini, Ayatollah R. 258, 259, 290
Kiel, D.C. 17
Kierkegaard, S. 107, 108
Kinneging, A.A.M. 59, 281, 288
Kipling, R. 80
Kissinger, H. 223
Klenner, H. 170
Klerk, F.W. de 286
Kocher, P.H. 22
Koestler, A. 238
Kok, W. 196
Kolakowski, L. 158
Koning, H. 185
Kooijmans, P.H. 146-148
Koritansky, J.C. 217
Kortmann, C.A.J.M. 49, 185, 216
Korzec, M. 148
Kosto, A. 48
Krabbe, H. 190, 194
Kramnick, I. 56
Krey, V. 15, 201, 230
Kristol, I. 18, 78
Kronman, A.T. 26, 30, 42
Krygier, M. 123
Kummeling, H.R.B.M. 48
Kunkel, W. 246
Kurtz, P. 150, 158
Kuypers, K. 192

Lamettrie, J.O. de 176
Labuschagne, B.C. 258
Lacorne, D. 59
Laeyendecker, L. 108

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

Landmann, M. 88
Lang, J. van 93
Langdell C.C. 30
Larenz, K. 35, 123
Lasch, C. 148
Laski, H. 236, 237
Le Poidevin, R. 103
Lecky, W.E.H. 92, 170
Leeb, J. 239
Lefort, C. 247-249, 251, 288-291
Leibniz, G.W. 267
Leiter, B. 23
Lemaire, T. 76
Lenin, W.I. 285, 292
Leopold, A. 172
Lester, A. 138
Levi, E.H. 64
Levinson, S. 65
Lewis, A. 180
Lewis, B. 257
Licinius 246
Ligt, B.de 104
Lincoln, A. 91, 92, 153
Lippincott, B.E. 57
List, G.A. van der 223
Llewellyn, K.N. 24
Locke, J. 47, 55, 143, 159, 269
Loder, B.C.J. 183
Lodewijk XIV 289, 300
Loisy, A. 108
Lommen, J.F.H. 48
Loof, J.P. 171
Loose, D.A.A. 248, 249, 252, 289
Loth, M.A. 129
Lubbe, M. van der 14
Lubberdink, H.G. 49
Lucas 256, 264
Luce, J.V. 71, 157
Luck, G. 82
Luijpen, W. 113
Luther, M. 259

Maanen, C.F.T. van 50, 202
Maarseveen, H.T.J.F. van 53, 57
Mace, G. 132
Mackie, J.L. 79, 80
Madison, J. 15, 187, 283, 293, 294
Maes Louis, T. 265
Mahmoud, A. 68, 69
Maine, H.S. 20

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

Maistre, J. de 113, 125, 235, 236, 237
Mak, G. 44
Malebranche 141
Mandela, N. 286
Manenschijn, G. 104
Maria 67
Marks, S.P. 146
Marshall, J. 61, 63, 64, 132
Martin, M. 103
Martineau, J. 92
Marx, K. 71, 152, 284, 285, 291, 303
Matthaeus, A. 266
Mattheus 95
Matthijs, J. 48
Mayer, J. 63
McInerney, P.K. 176
McInery, R. 141
McNally, T. 67
Meijer, R.F. 48
Meijers, L.C.M. 41, 49, 61
Melone, A.P. 132
Merleau-Ponty, M. 263, 292
Meyer, J.de 208-210, 212, 214
Milgram, S. 93, 220
Mill, J.S. 18, 88, 89, 136, 142, 180, 181, 233
Modderman, A.E.J. 173, 234, 243
Mohammed 258
Mommsen, W. 215
Montaigne, M.de 72, 73, 75-77, 80, 82-85, 90, 91, 242
Monté Verloren, J.P. de 266
Montesquieu, C. de 47, 55, 59, 283
Moons, J.M.A.V. 48, 53, 192
Moore, G.E. 79, 159
Moore, M.S. 27
Morison, W.L. 120
Morsink, J. 141
Morton, A. 84, 267
Mostert, P. 48, 50
Muhammad, O.B. 67
Mulisch, H. 93, 217-221, 237
Müller, I. 132, 219
Munneke, H. 52
Murray, J. 44

Nagel, E. 103
Nagel, T. 90
Nagel, W.H. 238, 240
Napel, H.-M.Th.D. ten 258
Neiman, S. 267
Nero 170, 251
Newman, J.H. 41

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

Newton, I. 83, 89, 100, 172, 260
Nickel, J.W. 137
Nielsen, K. 107
Nierop, M. van 29
Niessen, C.R. 189, 190, 198
Nietzsche, F. 39, 71, 99, 100, 103
Nixon, R. 154
Noordegraaf, H. 104
Noordman, D. 247
Norman, E.R. 148
Nozick, R. 142

Olde Kalter, C.J.G. 190
Oliphant, H. 24, 25
Oliviero, M.B. 56
Origenes 253
Orosius 253
Orwell, G. 225, 238-240
Overy, R, 292
Ott, W. 130

Panofsky, E. 112
Parfit, D. 161
Parmenides 89
Pascal, B. 84
Pekkanen 197, 209
Penna, L. de 251
Peper, B. 185
Perelman, C. 30, 123, 124, 129
Perrin 205
Peters, J. 104
Peterson, E. 252, 253, 255
Pettit, P. 71
Philipse, H. 103
Philateles 89
Pierce, C. 176
Pierrepoint, A. 236
Pieterman, R. 46
Piltz, A. 111
Pindarus 69, 84
Plato 70, 72, 73, 107, 111-114, 118, 133, 169-171, 174, 294
Podhoretz, N. 78
Pojman, L.P. 69, 77, 80, 81, 85, 86, 93
Popper, K. 133, 291
Portalis, J.E.M. 287
Posner, R.A. 26, 27, 30, 42, 54, 55, 58, 61, 64, 132, 219
Postema, G.J. 18
Pot, P. 290
Pound, R. 28, 141, 199
Powell, L.F. 154

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

Prior, W.J. 71
Protagoras 71, 72, 74-76, 78, 83, 85, 86, 91, 157
Pufendorf, S. von 143, 276
Putte, A. van de 251
Pyle, A. 104

Quinn, P.L. 103
Quinton, A. 71, 109
Quirinius 256

Rachels, J. 71, 74, 78, 79, 87, 88, 90, 97, 143, 164, 176
Radbruch, G. 120, 128-132, 143, 219
Raes, K. 35
Rainbolt, G.W. 176
Ranke, L. von 21
Randall, J.H. 111
Raven, D.W. 17
Rawls, J. 142, 143
Reagan, R. 154
Regan, T. 175, 176
Rehnquist, W.H. 63, 144
Remmelink, J. 48, 230, 302
Reve, G. 151
Reza Pahlevi, M. 251
Ridder, J.de 197
Rigthart, H. 220
Ritzen, J. 197
Robertson, J.M. 67
Robespierre, M.M.J. de 279, 281, 290, 291
Robinson, O.F. 246
Rockefeller, S.C. 18
Rodell, F. 23, 24, 26, 63
Roermund, B. van 278
Romein, J. 89, 158, 159
Rongji, Z. 229
Rood, M.G. 181
Rooduijn, T. 201
Roosevelt, F.D. 18, 153
Rorty, R. 19, 38, 39
Rosenberg, A. 217, 218, 239, 240
Roth, G. 215
Rousseau, J.J. 73, 74, 82, 137, 255-259, 269, 273, 276-279, 283, 286, 288
Roy, O. 257
Rumble, W.E. Jr. 22, 24
Rushdie, S. 285
Russell, B. 260
Ryan, A. 142

Santayana, G. 160
Sauckel, F. 239
Savage, D. 153

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

Savornin Lohman, A.F. de 183, 234, 236
Scalia, A. 33, 36, 61, 63-65
Scarman, L. 154
Schalken, T.M. 48
Schaub, E.L. 160
Schauer, F. 215
Scheltema, M. 237
Scheltema-de Nie, O. 187
Scheltens, D.F. 111
Schilfgaarde, P. van 13, 31
Schipper, A. 44
Schmitt, C. 56, 188, 252-255, 257, 290
Scholten, P. 41
Schopenhauer, A. 88, 89, 98, 99, 102, 103, 159, 161, 163-168, 232, 233, 236, 240, 260, 262
Schuijt, G.A.I. 180
Schumaker, P. 17
Schwartz, L.B. 15
Schweitzer, A. 165, 167, 221
Seagle, W. 20
Seyss-Inquart, A. 239
Shakespeare, W. 83, 226
Shaw, G.B. 233, 236
Shaw, W.H. 71, 136
Siebelink, R. 44, 48
Simmonds, N.E. 13, 31, 32-37, 65, 138
Simon, A. 141
Sinnott-Armstrong, W. 215
Singer, J.W. 15, 38
Singer, P. 162, 172, 174-176
Slagstad, R. 56, 153
Smidt, H.J. 234, 236, 243
Smith, A. 90, 269
Snethlage, J.L. 72
Socrates 70, 107, 112, 113, 169, 241, 242
Soeteman, A. 129
Sommer, M. 44
Sophocles 108, 109, 157
Sorgdrager, W. 43-46, 48, 51, 196
Spencer, H. 79, 91, 241
Spielman 197
Spigt, L.C.J.M. 49
Spinoza, B. de 14, 103
Stace, W.T. 70, 80, 81, 87, 157
Stalin, J. 68, 279, 290, 292, 293, 301
Stam, J.J. 189
Stammler, R. 111, 129
Steenhuis, D.W. 48
Stein, G. 103
Stellinga, J. 49
Stephen, J.F. 233, 236
Stolwijk, S.A.M. 46, 48, 53

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

Stone, I.F. 241
Streicher, J. 239
Struycken 58
Summers, R.S. 18
Sumner, W.G. 74-76, 78, 81, 83, 85, 87-89, 91

Talmon, J.L. 125
Taminaux, J. 263
Tamir, Y. 68
Taylor, C. 90, 242
Taylor, R. 16, 71-73, 150, 163, 164, 225
Taylor, T. 172
Thales 22
Teitgen, P.H. 304
Tellegen, E. 215
Thijn, E. van 151, 185
Thomas 154
Thonnard, F.-J. 125
Thorbecke, J.R. 48
Thrasymachus 70, 71
Thucydides 19
Tibi, B. 258
Tilghman, B.R. 113
Tjeenk WIllink, W.E.J. 115
Tocqueville, A. de 58, 273, 283, 288, 300
Tolstoi, L. 167
Tromp, B. 215
Tuchman, B. 20
Tushnet, M. 21, 36

Ullmann, W. 246

Valk, I. 226
VanDeVeer, D. 176
Vasak, K. 145, 152
Veen, T.W. van 48, 53
Ven, J.J.M. van der 111, 140
Verburg, M.E. 173
Verhulp, E. 185, 190, 194
Viering, M.L.W.M. 48
Villers-Cotterêts, G.P. de 265
Vink, R. 104
Vinson, F. 211
Vivien 194
Vogel, C.J. de 112
Volkogonov, D. 293
Voltaire 235, 267, 268

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri

Voorhoef, D. 180
Vrugt, M. van de 265, 266

Waldron, J. 117, 137, 140, 153, 159, 175
Wall Bake, W.A. van den 50
Webb, A. 81
Weber, M. 167, 189, 214-217, 219, 269
Weinreb, L.L. 110, 111, 137, 141
Welderen Rengers, W.J. van 215
Wells, H.G. 92
Welzel, H. 70
Westermarck, E. 79, 80, 83-86
Wheately, S.C. 56
White, A.D. 260
White, A.R. 137
White, M. 89
Wichmann, C. 264
Wigdor, D. 28
Wightman, J.A. 30
Wijnbergen, S. van 182, 187, 216
Willem I 202
Williams, B. 87
Wils, J.P . 82
Wilson, J.Q. 187
Wilson, W. 213
Wit, Th. de 247, 253
Witteveen, W.J. 120
Wolf, E. 70, 71, 109
Wollstonecraft, M. 172
Wundt, W. 267

Zeller, E. 71
Ziegler, P. 19
Zinovjev, A. 292
Zoethout, C.M. 17, 56, 131, 138, 225
Zwan, A. van der 149

Een uitgave van www.arsaequi.nl/libri