

OVERDRUK

uit het Nederlands Tijdschrift
voor Rechtsfilosofie en Rechtstheorie
Jaargang 14 1985 afl. 2

Bijdrage

P.B. Cliteur

Cliteur, P.B., "D.F. Scheltens over recht, ethiek en vrijheid", in: *Nederlands tijdschrift voor rechtsfilosofie en rechtstheorie*, jaargang 14, juli 1985, aflevering 2, pp. 103-116.

D.F. SCHELTENS OVER RECHT, ETHIEK EN VRIJHEID

'Rechtsbeginselen zijn in opmars', schrijven Klanderman, Mulder en Van der Velden in hun artikel *Rechtstheorie in Nederland*.¹ En inderdaad, zowel in het werk van Van Eikema Hommes, Meuwissen als Scheltens om maar eens een drietal prominente Nederlandse rechtsfilosofen te noemen, vindt men een sterke gepreoccupeerdheid met de normatieve grondslagen van de rechtsorde. Daarbij is vooral opvallend de grote belangstelling die er bestaat voor het werk van de Nijmeegse hoogleraar D.F. Scheltens.²

In dit artikel wil ik proberen in grote trekken de theorie van Scheltens over de ethische grondslag van het recht te schetsen en de wijze waarop hij aan de idee van de menselijke waardigheid een grote betekenis toekent voor de rechtsorde. Geïnspireerd door het werk van Schopenhauer, Hume, Berlin en Kolakowski hoop ik dan een paar punten van kritiek te formuleren op het idealistisch uitgangspunt, de fundering van de 'menselijke waardigheid' en het positief vrijheidsbegrip, zoals deze naar voren komen in het werk van Scheltens.

Desiré Frans Scheltens (1919) studeerde filosofie in Leuven en Keulen, promoveerde in 1950, doceerde tot 1968 filosofie in Valbeek (Filosoficum Francisc.) en trad in de daarop volgende periode tot 1973 op als hoogleraar in de wijsbegeerte in Leuven.³ Zijn werk was voornamelijk gewijd aan de metafysica en godsdienstfilosofie. Na 1973 treedt hij echter steeds meer op de voorgrond als rechtsfilosoof en op 13 juni 1975 aanvaardde hij het ambt van gewoon hoogleraar in de sociale wijsbegeerte en de wijsbegeerte van het recht aan de Katholieke Universiteit te Nijmegen. Reeds in de titel van de rede die door hem werd uitgesproken bij de aanvaarding van zijn leerstoel in Nijmegen vinden we de quintessens van zijn rechtswijsgerige overtuiging: *De ethische grondslag van het recht*.

De vele thema's die worden aangesneden in de rechtsfilosofische literatuur, kunnen, zo meent Scheltens, bijna allemaal worden samengebracht onder de ene overkoepelende vraag naar de finaliteit van het recht of naar de rechtsidee. Daarbij introduceert hij dan de bekende onderscheiding tussen *rechtsbegrip* en *rechtsidee*. Het eerste ontdekken we door een vergelijking te maken tussen de rechtssystemen van vroeger en nu om daarin het gemeenschappelijke te onderkennen (een weg die door Kelsen en Hart wordt bewandeld), terwijl het bij de rechtsidee gaat om het doel, de zin of finaliteit van het recht, kortom wat in de traditie bekend staat onder de beladen term 'natuurrecht'.⁴

1. *Kritiek op het positivisme*

Het eigene van het rechtspositivisme is volgens Scheltens gelegen in het afwijzen van de rechtsidee als iets dat met de rechtswetenschap niets te maken heeft: 'niet wat het recht eigenlijk zou moeten zijn, maar wat het recht *is* wekt de belangstelling'.⁵ Uitspraken over waarden wil de rechtspositivist weren uit de wetenschap en schuift hij op rekening van een subjectief gevoelen. Deze benadering kan Scheltens totaal niet bevredigen. In een recente publikatie noemt hij zijn eigen benadering 'filosofisch', in tegenstelling tot 'wat Kelsen betoogt'.⁶ Ook wijst hij erop dat het nogal eens voorkomt dat de beoefenaars van de positieve wetenschappen de begrensde van hun eigen wetenschap vergeten. Ook bij Kelsen is dat, zo stelt Scheltens, het geval: hij wil het recht bestuderen in een soort reinkultuur, maar geeft tegelijk toe dat het concrete recht essentieel een instrument is van de politiek.⁷ Als dat zo is, vraagt Scheltens dan, ligt dan daarin niet besloten dat de Reine Rechtslehre slechts een abstracte benadering is van haar object?⁸ Wanneer men de vraag stelt naar de legitimatie van dat concrete en levende recht dan moeten we ons bezinnen op wat het recht naar diepste wezen is. Een legitimatie van het positief recht door verwijzing naar de *sensus communis*, zoals door sommige filosofen wordt voorgestaan, is niet bevredigend. Immers zelfs de *sensus communis* spreekt nooit zonder argumenten; en wanneer men gaat argumenteren moeten toch altijd die natuurrechtelijke beginselen boven tafel komen. 'Ons gesprek over recht moet een kritisch gesprek zijn', schrijft Scheltens, 'een gesprek dat een norm heeft die ik voorlopig wil aanduiden met de term "rechtsbeginselen"'.⁹ Maar hoe worden deze rechtsbeginselen gefundeerd? In de traditie van het natuurrecht is vaak de relatie gelegd tussen het bestaan van God en de normatieve grondslag van het recht. Scheltens gaat in zijn rede uit 1975 op deze kwestie niet expliciet in, maar schrijft wel: 'Ik kan hier alleen het volgende zeggen: wat *onrechtvaardig* is is tegen de wil van God. *Wat* echter als onrechtvaardig moet bestempeld worden, wordt bepaald op basis van menselijke criteria'.¹⁰

Reeds bij Aristoteles vinden we een fundering van het natuurrecht op de natuur van de mens, zo schrijft Scheltens. 'Die natuur van de mens ligt in de actualisatie of volledige ontplooiing van het mens-zijn. Die rechtsorde, waarin de mens zijn volle ontplooiing het best kan bereiken, zal dan aan de natuur van de mens beantwoorden. Welke die rechtsorde is wordt echter door Aristoteles zo maar niet uit de wezenheid van "mens" afgeleid. Hij tracht dit veeleer uit te maken met behulp van observatie en empirisch onderzoek'.¹¹ Het zoeken naar de normen van het natuurrecht resulteert bij Aristoteles dan ook niet in een codex van enkele onveranderlijke wetten, maar is een blijvend zoeken dat tot geen definitieve resultaten leidt, een benadering die, zoals we nog zullen zien, ook in *Mens en Mensenrechten* (1981) te ontwaren valt. In *Mens en Mensenrechten* besteedt Scheltens ook weer aandacht aan wat hij de profane grondslag van maatschappij, recht en politiek noemt. Het is de mens als zodanig, de mens als mens zonder meer en zonder bijkomend predikaat, die als grondslag van het recht moet worden gezien, en zo wordt het ook gesteld in belangrijke documenten als de Franse Declaration en de VN-Verklaring.¹² Door vele christenen wordt de toenemende secularisatie van

recht en politiek negatief gewaardeerd, maar dat is geheel onterecht: 'Ze biedt namelijk de mogelijkheid in een geest van tolerantie en positieve waardering voor elkaars gewetensvrijheid een gemeenschap te vormen die over alle tegenstellingen van geloof en ongeloof heen, geen ander fundament nodig heeft (of kan dulden) dan het mens zijn'.¹³ Het enige geloof waarin de volkeren elkaar kunnen vinden is dat in de fundamentele betekenis van het recht van de mens. 'Wanneer dit laatste gemeenschappelijke punt nu in een veelheid van onherleidbare opvattingen uiteenvalt, dan zou het gesprek ten einde zijn of niet eens kunnen beginnen. Elk gesprek berust immers op een gemeenschappelijke basis'.¹⁴

2. Eén rechtsbeginsel

Hiermee hebben we de rechtsbeginselen, of liever gezegd: het rechtsbeginsel, immers Scheltens meent dat wij eigenlijk slechts van één beginsel kunnen spreken, echter nog geen inhoudelijk karakter gegeven. In zijn pogingen tot een nadere omlijning van dit beginsel te komen zet hij zich weer af tegen Kelsen voorzover hij met deze van mening verschilt dat de uiteindelijke Grundnorm een 'positum' of 'suppositum' zou zijn. Volgens Scheltens moet het gaan om 'een eerste oergegeven dat zich met een zekere inzichtelijkheid aan elke mens opdringt'.¹⁵ Hij is het weliswaar eens met Kelsen dat uit een Sein geen Sollen gededuceed kan worden, maar dat is niet waarom het gaat. De vraag is of de andere mens ons verschijnt als een neutraal ding of als een gebod. Welnu, dat dit laatste het geval is, is voor Scheltens een evident ervaringsgegeven. Wij mogen de ander nooit als middel zien, alleen als doel, of, om het te formuleren in de woorden van Kant: 'handel zo dat je de mensheid in jezelf en in de anderen steeds ook als doel en niet louter als middel bejegt'.¹⁶ Hierin schuilt naar het idee van Scheltens de ware en enige fundering van de moraal, en, wat opmerkelijk is, dit vormt ook de grondslag van het recht. Het eerste recht van elke menselijke persoon is het recht om als mens erkend te worden.

Een nadere uitwerking van de visie die in *De ethische grondslag van het recht* ontwikkeld werd, vinden we in het preadvies voor de Vereniging voor Wijsbegeerte van het Recht: *De beginselen van het recht* (1976). Het ene beginsel van recht, zo stelt Scheltens hier, is de eerbiedwaardigheid van elke individuele mens. Deze eerbiedwaardigheid van de mens is zowel de grondslag van de ethiek als het fundament van het recht. Ook in dit preadvies vinden we, net als in de rede uit 1975, de onderscheiding van twee soorten recht: het gepositieerde recht en wat Scheltens noemt 'het uiteraard geldende recht'.¹⁷ Natuurlijk roept die laatste formulering herinneringen op aan de beladen term 'natuurrecht' en tegen bepaalde elementen van die natuurrechtstraditie zou hij zich ook beslist niet willen verzetten, zij het dan wel dat er, zo schrijft hij, geen sprake kan zijn van 'een soort boventijdelijk normencomplex die voor alle tijden en volkeren zou gelden'.¹⁸

Fel wordt van leer getrokken tegen de leer van de contractsfilosofen Hobbes en Beccaria die menen dat het recht geboren wordt uit de nood om conflicterende belangen te verzoenen. In deze visie ligt namelijk besloten dat het eigenbelang als eigenlijk rechtsbeginsel wordt gezien, ja dat recht en staat slechts middelen zijn

in dienst van het eigenbelang. Deze benadering is nu volstrekt niet te verenigen met Scheltens' overtuiging dat het rechtssysteem de eisen van de ethiek dient te effectueren.

3. *Positieve vrijheid*

Ook het vrijheidsbegrip van de 'egoïstische' contractfilosofen als Beccaria en Hobbes kan hem niet bevredigen. Beccaria ziet de overgang van de fictieve natuurtoestand naar de civiele toestand als een beperking, als een beknotting van de vrijheid. Maar is dit terecht? Hoe moeten we die onbegrensde vrijheid van Robinson Crusoe eigenlijk zien, vraagt Scheltens? 'Zijn vrijheid betekent alleen dat hij van geen ander mens "last" heeft en niemand hem de wet stelt. Hij is dan wel vrij van alle menselijke bemoeienis, maar hij is vrij tot niets, want in zijn eenzaamheid is het al goed dat hij zich in leven houdt'.¹⁹ Kortom we moeten ons afvragen of de toetreding tot de rechtsgemeenschap die ons door de natuurwet wordt opgelegd wel als een begrenzing, als een soort noodzakelijk kwaad moet worden gezien. Heeft het niet een positieve betekenis? De betekenis van een bevrijding? De toestand van onbeperkte vrijheid in de natuurtoestand zoals Beccaria zich die voorstelt, is eigenlijk een 'vrijheid waarin iedereen in zijn eentje leeft en, zonder naar anderen om te zien, rustig mag doen wat hij wil. Het is een toestand van individuen naast elkaar, los zand, en precies dit ongebonden naast elkaar bestaan wordt als ideaal gezien'.²⁰ Maar heeft die vrijheid enige positieve inhoud? *Waar toe* zijn wij vrij, vraagt Scheltens? De idee van de mensenrechten komt in een dergelijke benadering helemaal niet uit de verf. De enige mensenrechten die hier worden bepleit zijn 'blijf-van-mijn-lijf-rechten' en de staat wordt gezien als een product van compromis.²¹

In de controverse tussen Kant, Hegel en Rousseau enerzijds en de 'egoïstische' contractfilosofen anderzijds, kiest Scheltens partij voor de eersten. Zeer illustratief met betrekking tot zijn vrijheidsbegrip is de volgende passage:

Wanneer de wetgever voorschrijft dat het wegverkeer slechts één rijbaan mag gebruiken (bijvoorbeeld de rechtse), dan wordt daardoor het wegverkeer niet belemmerd, maar eerst mogelijk gemaakt. Wanneer de wetgever, door het nationaliseren van monopoliebedrijven of door progressieve belastingheffing het eigendomsrecht beknot, dan is het niet om het recht van wie dan ook aan te tasten, maar om onrecht te voorkomen. De vrijheid die beperkt moet worden ten voordele van de maximale vrijheid van allen is de onbeperkte, egoïstische vrijheid, of, zoals Kant het uitdrukte, de wilde vrijheid of willekeur.²²

Met dit, naar mijn idee, zeer karakteristieke citaat wil ik het feitelijk exposé beëindigen en overgaan tot een meer interpretatieve en kritische benadering.

4. *Ethicisme versus biologisme*

Scheltens' werk valt te lezen als een voortdurende discussie met het positivisme, of liever: met wat hij daaronder verstaat. Het positivisme is voor Scheltens zo

door en door verwerpelijk dat hij in zijn nieuwe boek *Inleiding tot de wijsbegeerte van het recht* zelfs schrijft: 'zoals het positivisme en de filosofie in het algemeen diametraal tegengesteld zijn aan elkaar, zo staan ook het rechtspositivisme en de rechtsfilosofie tegenover elkaar'.²³ En even verder lezen we: 'De rechtsfilosofie (...) is de poging om het recht te begrijpen vanuit de antropologie'.²⁴ Wanneer men dit letterlijk neemt, en er is geen aanleiding om het anders te lezen, dan worden hier Kelsen en Hart met een eenvoudige definitie even buiten de deur gezet: dat zijn geen rechtsfilosofen! En wat te denken van de wijze waarop rechtsfilosofie en de poging om het recht vanuit de antropologie te begrijpen aan elkaar gelijk worden gesteld? Dat zou betekenen dat bijvoorbeeld Van Eikema Hommes en Dooyeweerd, die de normatieve grondslag van het positieve recht niet in de antropologie maar in de onherleidbare aard van het rechtsaspect zoeken, geen rechtsfilosofie bedrijven.

De wijze waarop Scheltens de karakteristieke trekken van het rechtspositivisme tekent is soms bijzonder curieus. Vreemd is bijvoorbeeld dat hij reeds in *De ethische grondslag van het recht* en opnieuw in zijn *Inleiding tot de wijsbegeerte van het recht* de Franse bioloog en filosoof Rostand naar voren haalt als het prototype van de positivist. Rostand heeft eens geschreven: 'Pour un biologiste l'homme est un animal comme les autres'.²⁵ Wat er dan gebeurt, zo schrijft Scheltens, is dat het standpunt van een vakwetenschap wordt verabsoluteerd tot het enig werkelijke standpunt en hij vraagt zich af of iets dergelijks ook niet te proeven valt in het werk van Kelsen. 'Dat er tussen mens en dier geen verschil bestaat voor een bioloog, zal niemand verbazen: door welke microscoop zou enig wezenlijk verschil zijn vast te stellen in het onderzoek van de menselijke en dierlijke cel?'.²⁶ Wat er echter dan gebeurt is: het verabsoluteren van het standpunt van de bioloog en dit is nu wat het positivisme eigenlijk altijd doet en verdedigt, aldus Scheltens.²⁷

Naar mijn idee is het voorbeeld van Rostand wel bijzonder ongeschikt om in de strijd tegen het positivisme naar voren te halen. Natuurlijk kan men tegen het vitalisme of materialisme van Rostand wel bezwaren hebben, maar hoe dit samenhangt met het juridisch positivisme is volstrekt onduidelijk. Het juridisch positivisme van Kelsen beoogt toch juist een analyse van het recht te geven die gezuiverd is van alle niet-juridische elementen; kortom: tegen de gebiedsoverschrijdingen die Scheltens laakt in het werk van Rostand is Kelsen nu juist gekant. Bovendien zou men ad hominem argumenterend kunnen vragen: als Scheltens zich wil verzetten tegen de grensoverschrijdingen van de ene wetenschap naar de andere, tegen de -ismen zoals het heet bij Dooyeweerd,²⁸ hoe kan hij dan zelf voorstaan om de rechtswetenschap te reduceren tot ethiek? 'Het is de zin of het doel van het recht aan de ethische imperatief gestalte te geven in het concrete leven in al zijn dimensies', schrijft Scheltens.²⁹ Maar is een dergelijk ethicisme niet even verwerpelijk als het vermeend biologisme van Rostand?

Ik stel voor om dat ethicisme eens wat nader te bekijken. In een lezing getiteld *Het prejuridische subjectieve recht als fundamenteel rechtsbeginsel* probeert Scheltens te verduidelijken wat hij verstaat onder het prejuridisch recht, het voorrechtelijk recht, een recht dat aan het recht voorafgaat. Men verwacht na een dergelijke opening natuurlijk dat de auteur komt tot het ontwikkelen van één of meer rechts-

beginselen. Dat blijkt echter niet het geval te zijn; waar Scheltens op doelt is een *ethische* norm die voor elk rechtssysteem als maatstaf geldt en waarmee het op zijn rechtvaardigheidsgehalte kan worden getoetst.³⁰ Nu roept een dergelijke vereenzelviging van recht en ethiek heel wat vragen op. Scheltens zal toch moeten aangeven dat er bepaalde normen zijn die juridisch *wel* en ethisch *niet* relevant zijn. Men denke aan het voorbeeld van de weg dat ik hiervoor geciteerd heb. Men vindt in een rechtsorde tal van moreel neutrale rechtsregels, zoals de normen van het Reglement Verkeersregels en Verkeerstekens. Wat doet Scheltens daarmee, vraagt J.W.J. Blomkwist terecht?³¹ Door Van Eikema Hommes is erop gewezen dat het hier gaat om een oeroude vereenzelviging van juridische normativiteit met moraliteit, een vereenzelviging die reeds in de traditionele natuurrechtsleer vanaf Aristoteles aan de dag treedt. Bij Thomas vormt de *lex naturalis* of natuurlijke zedelijkheid het inbegrip van alle normen. Het *Ius naturale* is daarvan weer een onderdeel.³²

5. *Idealistische geschiedfilosofie*

De aristotelisch-thomistische achtergrond van Scheltens' filosoferen hebben we nu duidelijk in het licht gesteld. We hebben gezien hoe hij de opvattingen van Aristoteles parafraseerde, die meent dat de natuur van de mens in de actualisatie of volledige ontplooiing van zijn mens-zijn ligt.³³ 'Die rechtorde, waarin de mens zijn volle ontplooiing het best kan bereiken, zal dan aan de natuur van de mens beantwoorden'. Dit is het standpunt van Aristoteles, maar ook dat van Scheltens. Natuurrecht heeft te maken met de toekomst en met de emancipatie t.o.v. het verleden, schrijft hij in de rede uit 1975. 'Het is een vorm van kritiek en een poging tot het ontwerpen van een betere mogelijkheid. Men kan dit ontwerp een 'utopie' noemen, wanneer men onder utopie verstaat een toekomst dat aansluit bij het heden en de virtualiteiten die in dit heden als werkelijke mogelijkheden aanwezig zijn'.³⁴ Dit klinkt natuurlijk zeer Aristotelisch, maar daarnaast is er een historische dimensie in het werk van Scheltens te ontwaren die doet denken aan de geschiedfilosofie van Kant. Kant schrijft in zijn *Idee zu einer allgemeinen Geschichte in weltbürgerlicher Absicht* (1784) over de zin der geschiedenis. In de geschiedenis is een bewust en redelijk plan te onderkennen (Kant spreekt van een 'Naturabsicht'). Ook bij hem gaat het om virtualiteiten die tot ontplooiing moeten komen: alle natuurlijke aanleg van een schepsel is er toe voorbestemd zich eens volledig en doelmatig te ontplooiën.³⁵ De hoge opvatting die Kant heeft van de menselijke waardigheid hangt samen met zijn visie op de zedelijke bestemming van de mens. Deze eigenlijke zedelijke bestemming gaat die van de mens als natuurwezen te boven; 'einddoel van de schepping is (...) dat de zedelijkheid van de mens tot volledige ontplooiing komt', aldus de parafrasering van Kuypers van Kant's geschiedfilosofie.³⁶ Net als bij Scheltens vinden we ook bij Kant weer de polemiek tegen hen die de mens slechts zien als natuurwezen zonder immanent zedelijke bestemming. Mikpunt van kritiek is bij Scheltens dan vooral de naturalist Rostand die op de geschiedenis een heel wat prozaischer kijk heeft: 'Het menselijk geslacht gaat voorbij ... Stilaan zal de kleine ster die ons tot zon dient haar

verlichtende en verwarmende kracht verliezen. Alle leven zal dan uitgedoofd zijn op aarde, die zonder ophouden zal blijven voortwentelen in de eindeloze ruimte (...). Onmogelijk voor de mens zich met de hoop te begoochelen dat hij aan iets hogers deelachtig zou zijn (...) Hij bereidt niets voor, hij zet niets voort, hij is met niets verbonden'.³⁷ Wanneer we nu deze passage nog eens overdenken tegen de achtergrond van wat we hebben aangevoerd over de idealistische achtergrond van Scheltens' filosofen dan begrijpen we dat hij tegen Rostand niet zozeer bezwaren heeft omdat deze laatste op positivistische wijze het standpunt van de bioloog zou verabsoluteren tot een wereldbeschouwing. Welnee, het nihilisme en naturalisme van Rostand waarin geen plaats is voor 'virtualiteiten die in het heden als werkelijke mogelijkheden aanwezig zijn' harmonieert eenvoudig niet met het geschiedfilosofisch idealisme van Scheltens.³⁸ Hij is in de leer geweest bij Thomas, Kant en Hegel en niet bij Schopenhauer, Nietzsche en de andere meesters van de achterdocht, zoals ze eens zo mooi door Paul Ricoeur zijn omschreven. De zinvolle richting van de geschiedenis bestaat voor Scheltens in een 'groeïende humanisering van de gehele wereld die op haar beurt tot stand komt in de erkenning van ieder mens als vrij wezen dat in zijn vrijheid wordt gerespecteerd'. Ook de Hegeliaanse achtergrond van de mensenrechtenfilosofie van Scheltens beluisteren we duidelijk in een citaat als het volgende: 'Ideeën hebben een overrompelende macht', zo schrijft hij.³⁹ Ze hebben tijd nodig 'om geleidelijk hun inhoud voor ons te verduidelijken'. Scheltens ziet 'hoe in de manier van denken over recht en staat zich trapsgewijze een evolutie volstrekt'⁴⁰; zelfs de list der rede is aanwezig: 'Gedachten hebben tijd nodig. Ook de idee van de mensenrechten heeft tijd nodig gehad. Denkers denken niet wat ze willen. Hun gedachten zijn genormeerd door de waarheid en de geschiedenis tegelijk.⁴¹ Ook de dialectische ontwikkeling van begrippen ontbreekt niet, want over de idee van de mensenrechten wordt opgemerkt: 'Geleidelijk heeft die idee haar eigen implicaties ontvouwd. Geleidelijk werd de eenzijdigheid die het begrip oorspronkelijk aanhing beter zichtbaar, geleidelijk werden de innerlijke spanningen van het begrip duidelijker'.⁴²

6. *Echte vrijheid*

Nu zal men zich afvragen waarom ik bij het benadrukken van het idealistisch karakter van Scheltens' filosofie zo lang stilsta. De Hegeliaanse en Kantiaanse filosofie is toch een respectabele traditie die op goede gronden verdedigd kan worden? Inderdaad, ik zal dat niet ontkennen, maar ik denk wel dat de achtergrond van Scheltens' filosofen duidelijk voor het voetlicht moet komen, omdat we dan beter begrijpen welke fundamentele problemen zich met zijn filosofen voordoen.

Tegen de idealistische achtergrond van Scheltens' werk moeten we ook zien zijn protest tegen wat Berlin de 'negatieve vrijheid' genoemd heeft. In *Two concepts of liberty* probeert Berlin te laten zien hoe het positief vrijheidsbegrip tevens verbonden is met de totalitaire traditie. Het pluralisme, met de mate van negatieve vrijheid (vrijheid van) die dit met zich meebrengt, is voor Berlin een veel waarachtiger en humaner ideaal, dan het positief vrijheidsideaal (vrijheid tot) van hen die

'in de grote, gedisciplineerde, autoritaire structuren het ideaal van "positieve" zelf-verwerkelijking door klassen, volkeren of de gehele mensheid zoeken'.⁴³

Zoals dat ook bij andere verdedigers van het positief vrijheidsbegrip te vinden is, begint Scheltens met te stellen dat de vrijheid die neerkomt op de afwezigheid van hinder niet het wezenlijke van de menselijke vrijheid weergeeft.⁴⁴ Dit is slechts 'uiterlijke vrijheid' en niet 'de echte bepaling van de vrijheid', waartoe hijzelf wil komen en die hij ook wel mogelijkheid tot zelfbepaling of eigenlijke vrijheid noemt. Opnieuw zien we hier hoe hij, net als in de passages waarin door een machtsspreuk Kelsen en Hart de toegang tot de rechtsfilosofie werd ontzegd, zijn eigen vrijheidsopvatting als de 'echte', 'ware', en 'eigenlijke' maakt. Naar mijn idee hangt deze handelswijze samen met het vitium originis van Scheltens filosofie: het uitgangspunt in abstracte begrippen als Vrijheid, Menselijke Waardigheid e.d. Iemand die een dergelijke manier van redeneren voortreffelijk aan de kaak heeft gesteld is de Poolse filosoof Leszek Kolakowski. Zijn essay *Vrijheid en vrijheden* opent als volgt:

Voor vrijheid – de strikt formele, beperkte, slecht modieuze, kleinburgerlijke, ontwor- telde, uiterlijke onwezenlijke, abstracte, zuiver empirische.

Tegen vrijheid – de echte, authentiek menselijke, onvervreemde, ongereïficeerde, concrete, wezenlijk sociaal gewortelde, diepere, hogere, haar naam waarmakende, op de identiteit van subject en object berustende.

Terecht wordt hier de begripsverwatering geïllustreerd waaraan het vrijheids- begrip onderhevig is. 'Het is moeilijk een goed te vinden dat naast haar eigen naam ook niet de naam vrijheid zou dragen'. Dat wat, wanneer ook, waar ook als waarde gold of onderwerp was van menselijk streven, werd tevens vrijheid ge- noemd. Maar, zo schrijft Kolakowski dan, mijns inziens terecht, het begrip vrij- heid krijgt eigenlijk pas betekenis wanneer het optreedt in tegenstelling tot het recht, dat wil zeggen dat het optreedt als beperkte vrijheid. 'Wij kennen vrijheid alleen als beperkte vrijheid, ze is namelijk het kenmerk van georganiseerd leven, constitueert zich in de wereld van het recht derhalve als het gebied van dat wat het recht onverschillig laat of als het terrein waar het recht haar macht opschoort'.⁴⁵ Het streven naar een positief vrijheidsbegrip wordt naar zijn oordeel gevoed door het geloof in een conflictloze orde aan het eind of als uiteindelijke zin der geschie- denis, die maar al te vaak de gewone vrijheden heeft geliquideerd in naam van een vrijheid van een 'hogere orde'.⁴⁶

Wat dat laatste betreft hoeft men maar te denken aan Rousseau die door Scheltens als criticus van de egoïstische contractfilosoof Beccaria wordt gepre- zen.⁴⁷ Rousseau zette reeds de eerste schreden op het heilloze pad van de positieve vrijheid, zoals door Jellinek en talloze anderen naar voren is gebracht.⁴⁸

Nu wil ik natuurlijk niet beweren dat Scheltens als wegvoorbereider van het totalitarisme gezien mag worden. Zeker niet! Maar wel ben ik van mening dat men bij hem te weinig begrip vindt voor de goede kanten van het negatief vrij- heidsbegrip zoals hij dat bekritiseert bij de egoïstische contractfilosofen. Daarbij zou ik willen stellen dat, wat men ook moge denken van de relatie die door Berlin en Kolakowski wordt gesignaleerd tussen het positief vrijheidsbegrip en totalitaris-

me, in de traditie van het positief vrijheidsbegrip in ieder geval de vrijheid volgens goed idealistisch gebruik wordt opgeblazen tot excessieve proporties. 'Vermijd de afleiding van conclusies over dingen uit conclusies over woorden', schrijft M.A. Loth in *Recht en taal* (1984)⁴⁹ of, zoals Goethe schrijft:

Denn eben wo Begriffe fehlen,
Da stellt ein Wort zu rechter Zeit sich ein.⁵⁰

Scheltens kan er, naar mijn idee, niet van worden vrijgepleit een veel te sterke betekenis toe te kennen aan woorden. Wanneer men let op abstracte ideeën, op woorden, ja dan kan men tot de stelling komen dat er 'één punt is waarin het mensdom zich ideologisch één voelt, één punt dat door niemand bestreden mag of kan worden'⁵¹ en dat gelegen is in de idee van de mensenrechten. Scheltens acht het belangrijk om 'die idee te onderzoeken, te meer omdat dit ene belangrijke punt van eensgezindheid over de hele wereld al onmiddellijk aanleiding geeft tot verdeeldheid tussen Oost en West. Belangrijk is het ook omdat onmogelijk kan worden verwacht dat alle mensen hetzelfde denken wanneer ze zulke abstracte termen horen als recht van de mens, als mens, mensenrecht, prejuridisch recht, enzovoort. De zin van deze woorden is complex, zo doortrokken van spanningsverhoudingen dat ze, in hun onmiddellijkheid gelaten, onvermijdelijk eenzijdig en dus verkeerd worden begrepen'.⁵² Deze passage die bij eerste lezing tamelijk onschuldig klinkt en schijnbaar in de omgangstaal gesteld is, roept bij overdenking echter allerlei problemen op: 'Hoe kan men nu iets verwachten van het bestuderen van "de idee"'? Inderdaad, zolang er wordt gepraat over die 'idee' is er niets aan de hand. Wanneer de menselijke waardigheid, vrijheid, de idee van de mensenrechten en andere abstracta besproken worden openbaart zich natuurlijk nog geen conflict tussen Oost en West. Dat conflict komt pas om de hoek kijken wanneer men afdaalt vanuit de reine begrippenhemel naar de klare taal van ondubbelzinnig geformuleerde rechtsbeginselen zoals de vrijheid van drukpers, het representativiteitsbeginsel, het nulla poena principe etc. etc. 'Menselijke Waardigheid', 'Emancipatie', 'Volledige ontplooiing van de menselijke Aanleg' enz. enz. – wie zal ontkennen dat dit wensenswaardige dingen zijn (whatever it may be)? Geen Stalin, Churchill, Hitler of Roosevelt zal nalaten in een toespraak dit soort woorden te laten vallen, maar zijn de tegenstellingen tussen Oost en West ook maar één centimeter dichterbij elkaar gekomen omdat er dit soort nominale overeenkomsten signaleerd kunnen worden?

Iemand die net als Scheltens door een idealistische benadering een veel te grote waarde toekent aan nominale overeenkomsten tussen Oost en West is D.H.M. Meuwissen. Ook hij is sterk geïnspireerd door Hegel, noemt Scheltens' boek over mensenrechten 'prachtig'⁵³, en hanteert het woord 'vrijheid' als transcendentale voorwaarde voor een intercultureel gesprek tussen Oost en West.⁵⁴ Zeer terecht is als reactie hierop door Couwenberg aangevoerd dat men de duidelijke spanning tussen de klassiek-liberale grondrechten enerzijds- en de democratische en sociale grondrechten anderzijds niet over het hoofd moet zien.⁵⁵ Realistischer dan het idealisme van Scheltens en Meuwissen is naar mijn idee ook het pleidooi dat J.L.

Heldring houdt voor een aanvaarding van het conflict tussen Oost en West als een gegeven.⁵⁶ Natuurlijk gaat het 'om iets heel wezenlijks, om een ontmoeting tussen culturen', zoals Meuwissen schrijft⁵⁷, maar juist daarom moeten we ons geen rad voor de ogen draaien en ons blind staren op mooie woorden.

Juist is naar mijn idee ook de stelling van Peter Verwey die in zijn recensie van *Mens en Mensenrechten* erop wijst dat de beschouwing van Vos in de bundel *Nederland en de Rechten van de Mens* meer aanknopingspunten biedt voor een realistische fundering van de mensenrechten dan het boek van Schelten.⁵⁸ Vos neemt namelijk zijn uitgangspunt in de reeds aan de orde gestelde begrippen positieve en negatieve vrijheid van Isaiah Berlin en merkt op dat de relatie tussen deze twee altijd problematisch zal blijven. Een verzoeningsdenken zoals bij Hegel en anderen te vinden is moet worden verworpen.

Met Berlin zullen we moeten erkennen dat de individuele vrijheid wel eens beperkt zal moeten worden in het afwegingsproces tegen een andere waarde. Maar we moeten die beperking dan geen vrijheid van een hogere orde noemen. Natuurlijk moeten we met Scheltens toegeven dat het verkeer wel eens beter kan verlopen als er een weghelft wordt afgesloten, maar we moeten onszelf niet inpraten dat deze inperking eigenlijk pas de 'echte', 'wezenlijke' en 'hogere' vrijheid realiseert.⁵⁹

Reeds Schopenhauer bekritiseerde op magistrale wijze het uitgangspunt in abstracte termen zoals we dat vinden in de Duitse negentiende-eeuwse filosofie, vooral bij Hegel. Zijn, Wezen, het Absolute, uit deze elementen wordt dan een systeem opgebouwd, waarvan de inhoud niet meer voor te stellen valt.⁶⁰ 'Een eigenaardige fout der Duitsers is het, dat zij wat voor hun voeten ligt, in de wolken zoeken (...) bij zekere woorden als recht, vrijheid, het goede, het zijn (deze nietszeggende infinitivus van de copula) enz. wordt het de Duitser draaierig, hij komt alras in een soort delirium en begint nietszeggende, hoogdravende frasen uit te slaan (...)'.⁶¹

7. De ethische oerervaring

Ook bij Scheltens wreekt zich dat uitgangspunt in abstracte, niet voorstelbare begrippen. En dat is daarom zo opmerkelijk omdat de schrijver zelf ons herhaaldelijk verzekert dat hij vaste grond onder de voeten heeft en dat hij zijn beschouwing fundeert op een soort ethische oerervaring. In *Mens en Mensenrechten* wordt gesproken van 'een soort ethische oerervaring, of fundamentele ethische ervaring'. Het ethische is iets evidents, onloochenbaars, iets dat wij niet uit ons leven kunnen wegdenken. Maar waartoe komt men dan langs de weg van de ethische oerervaring? We hebben het reeds gezien: het is de idee van de menselijke waardigheid, die ook door Kant naar voren wordt gehaald in zijn *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*. Scheltens wil 'met Levinas en Kant beweren dat metafysisch op de ethische ervaring berust en niet omgekeerd'.⁶² Ethische ervaring ...? Maar dat is nu voor Kant toch juist een contradictio in terminis! Scheltens komt tot de Kantiaanse menselijke waardigheid, maar dan wel via de bij uitstek on-Kantiaanse weg der ervaring, iets dat overigens, zo schrijft Schopenhauer, wel vaker is voorgekomen in de geschiedenis van het Kantianisme:

Denn fast alle Kantianer sind in den Irrtum geraten, dass *Kant* den kategorischen Imperativ unmittelbar als eine Tatsache des Bewusstseins aufstelle: dann wäre er aber *anthropologisch* durch *Erfahrung* wengleich innere, also *empirisch* begründet; welches der Ansicht *Kants* schnurstracks entgegenläuft und von ihm wiederholentlich abgewiesen wird.⁶³

Reeds bij Reinhold (1758-1823) vinden we deze elementaire misvatting en daarna bij vele anderen. Maar, zo zal de lezer tegenwerpen, het feit dat Scheltens de menselijke waardigheid deduceert langs een andere weg dan dat door Kant zelf gedaan werd, maakt deze idee *op zich* toch niet ondeugdelijk? Dat is natuurlijk correct, maar afgezien daarvan zie ik ook niet in hoe men ooit de menselijke waardigheid ervaren kan, om nog maar te zwijgen van Scheltens' bewering dat het hier een oerervaring zou betreffen. Schopenhauer noemt de uitdrukking 'Würde des Menschen' 'das Schibboleth aller rat- und gedankenlosen Moralisten'⁶⁴, een hard oordeel, voorwaar, maar als men ziet hoe deze idee bij Scheltens zonder verklaring, zonder historische context en op een totaal ondeugdelijke wijze gefundeerd uit de lucht komt vallen krijgt men voor Schopenhauer's harde oordeel toch wel enig begrip.

Schopenhauer schrijft zelfs dat in het begrip 'waarde van de mens' als een onvoorwaardelijke en onvergelykelijke waarde een contradictio in adjecto schuilt. Het is, zo zegt hij, een holle hyperbool, immers iedere waarde vooronderstelt een vergelijking en is derhalve relatief.

Ein *unvergleichbarer, unbedingter absoluter Wert*, dergleichen die *Würde* sein soll, ist demnach wie so vieles in der Philosophie die mit Worten gestellten Aufgabe zu einem Gedanken, der sich gar nicht denken lässt, sowenig wie die höchste Zahl oder der grösste Raum.⁶⁵

Ook door David Hume is reeds in zijn essay *Of the dignity or meanness of human nature* gewezen op de innerlijke inconsistentie van de 'menselijke waardigheid'.⁶⁶ Wat Scheltens zich voorstelt bij dat idee blijft onduidelijk. Weliswaar refereert hij aan Kant, maar omdat bij de grote Verlichtingsfilosoof het idee op een geheel andere wijze wordt afgeleid kunnen we die verwijzingen toch moeilijk begrijpen. Wat nog het meest voor de hand ligt is dat de 'menselijke waardigheid' bij Scheltens dezelfde functie vervult als in de officiële katholieke traditie. De mens wordt niet gezien als een louter aards wezen, 'sondern er reicht in die Überwelt hinein'.⁶⁷ En daaruit kunnen dan weer conclusies worden getrokken voor het recht, aldus Verdross in zijn *Abendländische Rechtsphilosophie*: 'rägt nämlich der Mensch in das Gottesreich hinein, dann besitzt er bestimmte Rechte, die ihm keine irdische Gemeinschaft entziehen kann'.⁶⁸ Tegen de grenzenloze of teugelloze vrijheid die bij Hobbes wordt geschilderd verzet men zich in een dergelijke conceptie: 'diese grenzenlose Freiheit hat (...) mit der Würde des Menschen nichts mehr zu tun, sie erniedrigt ihn vielmehr zum wilden Tier'.⁶⁹ Ook in de Encycliek *Immortale Dei* van Leo XIII (1885) vinden we een pleidooi voor de vrijheid als 'sittliches Gut, dass den Menschen vervollkommen soll'.⁷⁰ En dat is dan bepaald niet die wilde, teugelloze, gereëficeerde, in-authentieke, ongelimiteerde en ongelegitimeerde

de vrijheid, nee, wanneer Pius XII in zijn kerstboodschap van 1942 spreekt over de 'vervollkommnung der menschlichen Persönlichkeit' dan gaat het uiteindelijk om een vrijheid die vooraf reeds is ingevuld, een vrijheid die bestaat uit 'die Entfaltung der Persönlichkeitswerte des Menschen als Ebenbild Gottes'.⁷¹

Welnu, van een profane grondslag is hier natuurlijk helemaal geen sprake. En wanneer Scheltens zich beroept op 'onze eigen menselijke ervaring' die hij zelfs 'eenvoudig' noemt dan kan men zich afvragen of die ervaring werkelijk wel zo universeel is. Het is kennelijk niet de ervaring van Nietzsche en Rostand geweest. Maar welke dan wel? Naar mijn idee moet hierop het antwoord luiden dat de ervaring van Scheltens sterk geconditioneerd is door de Aristotelisch-hegeliaanse traditie waarin hij gevormd is, een traditie die hemelsbreed verschilt van de nuchtere sceptisis van David Hume, de cynische kijk van Rostand en het diepe pessimisme van Arthur Schopenhauer. Metafysica, zo heeft de grote Engelse Hegeliaan F.H. Bradley eens opgemerkt, 'is the finding of bad reasons for what we believe upon instinct'.⁷² En ook David Hume, die superieure scepticus die Kant eens uit zijn dogmatische sluimering deed ontwaken, formuleert dit inzicht op een manier die ons roert door het scherp analytisch vermogen en de stilistische trefzekerheid:

Some exalt our species to the skies, and represent man as a kind of human demi god who derives his origin from heaven, and retains evident marks of his lineage and descent. Others insist upon the blind sides of human nature, and can discover nothing, except vanity, in which man surpasses other animals, whom he affects so much to despise. If an author possesses the talent of rhetoric and declamation, he commonly takes part with the former: if his turn lie towards irony and ridicule, he naturally throws himself into the other extreme.⁷³

Met deze passage in het achterhoofd moeten we Scheltens zeker indelen bij de auteurs met gevoel voor 'rhetoric an declamation' en Rostand bij degenen met oog voor 'the blind sides of human nature'. Tot wie men zich aangetrokken voelt is natuurlijk een kwestie van wereldbeschouwelijke oriëntatie en is een keus die ieder individueel zal moeten nemen.

Mijn intenties gingen niet verder dan te illustreren dat men met het introduceren van abstracte termen als 'menselijke waardigheid' en een ruim vrijheidsbegrip de reële tegenstellingen tussen Oost en West niet kan overbruggen. De idee van de menselijke waardigheid wordt door Scheltens bovendien ondeugdelijk gefundeerd en het (positief) vrijheidsbegrip tot zulke excessieve proporties opgeblazen dat er alles en niets onder ressorteert. De inzet van Scheltens filosofie: het zoeken naar een normatieve grondslag van het recht, het zoeken naar de rechtsbeginselen, is zeker een interessante en noodzakelijk onderneming. Maar in abstracte begrippen kunnen die rechtsbeginselen naar mijn idee niet gefundeerd worden.

NOTEN

1. Maarseveen e.a., *Recente rechtsontwikkelingen (1970-1980)*, Zwolle 1983, p. 127.
2. Vooral *Mens en Mensenrechten* (1981) heeft veel indruk gemaakt en is in vele tijdschriften gerecenseerd.

3. Ik ontleen deze gegevens aan het *Repertorium van de Nederlandse wijsbegeerte* (1968-1977), Klever/Bremmer, Amsterdam 1983.
4. D.F. Scheltens, *De ethische grondslag van het recht*, Deventer 1975, p. 3. Hierna aangehaald als: *EGR*.
5. *EGR*, p. 4.
6. D.F. Scheltens, *Inleiding tot de wijsbegeerte van het recht*, Leuven/Nijmegen 1983,
- p. 101. Hierna aangehaald als: *IWR*.
7. *EGR*, p. 6.
8. *EGR*, p. 6.
9. *EGR*, p. 8.
10. *EGR*, p. 11.
11. *EGR*, p. 12.
12. D.F. Scheltens, *Mens en Mensenrechten*, Alphen aan de Rijn/Brussel 1981, p. 38. Hierna aangehaald als: *MM*.
13. *MM*, p. 40.
14. *MM*, p. 50. Vgl. tevens: D.H.M. Meuwissen, *Mensenrechten en Vrijheid*, in: *Rechtsfilosofie en Rechtstheorie* 1983 nr 2.
15. *EGR*, p. 16.
16. *EGR*, p. 18.
17. D.F. Scheltens, *De beginselen van het recht*, in: *Rechtsfilosofie en Rechtstheorie* 1967 nr 2/3, p. 86. Hierna aangehaald als: *DBR*.
18. *DBR*, p. 91.
19. *MM*, p. 31.
20. *MM*, p. 60.
21. *MM*, p. 63.
22. *MM*, p. 70.
23. *IWR*, p. 55.
24. *IWR*, p. 55.
25. *EGR*, p. 6.
26. *IWR*, p. 30.
27. Vgl. H.J. van Eikema Hommes, *Methode der encyclopedie en hoofdlijnen van de geschiedenis der rechts- en staatsfilosofie*, Zwolle 1982, p. 45 e.v. en Paul Cliteur, *Een inleiding tot de filosofie en rechtstheorie van Herman Dooyeweerd*, in: *Radix*, okt. 1983, p. 201 e.v.
28. idem.
29. *DBR*, p. 98.
30. D.F. Scheltens, *Het prejuridische subjectieve recht als fundamenteel rechtsbeginsel*, in: G.J. Scholten, D.F. Scheltens, H.J. van Eikema Hommes, *Rechtsbeginselen*, Zwolle, 1980, p. 17. Aangehaald als: *R*.
31. *R&R*, 1977, p. 33.
32. *R*, p. 56.
33. *EGR*, p. 12.
34. *EGR*, p. 16.
35. in: Immanuel Kant, *Von den Träumen der Vernunft, Kleine Schriften zur Kunst, Philosophie, Geschichte und Politik*, Leipzig und Weimar 1981, p. 205.
36. K. Kuypers, *Immanuel Kant*, Baarn 1966, p. 116.
37. *IWR*, p. 31.
38. Vgl. ook wat W. Luijpen opmerkt over 'het positivisme als mentaliteit' in *Fenomenologie en atheïsme* (Het spectrum 1967, p. 74 e.v.). Luijpen polemiseert tegen de biologiest Le Dantec die meent dat 'alles wat de mens is, het resultaat is van een gedetermineerd biologisch proces'.
39. *MM*, p. 12.

40. *MM*, p. 58.
41. *MM*, p. 75.
42. *MM*, p. 115.
43. Isaiah Berlin, *Four essays on liberty*, Oxford 1969, p. 171.
44. *IWR*, p. 60.
45. Leszek Kolakowski, *Essays*, Het Spectrum 1983, p. 121.
46. idem, p. 123.
47. Vgl. over de totalitaire trekken bij Rousseau: J.P.A.Mekkes, *Ontwikkeling der humanistische rechtsstaatstheorieën*, Utrecht-Rotterdam 1940, p. 266 e.v.
48. Vgl. Georg Jellinek, *Die Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte*, Leipzig 1904, p. 5 e.v.
49. M.A. Loth, *Recht en taal*, een kleine methodologie, Arnhem 1984, p. 17.
50. *Faust I*, vers 1995.
51. *MM*, p. 114.
52. *MM*, p. 114.
53. Meuwissen, *o.c.*, p. 86.
54. idem, p. 87.
55. S.W. Couwenberg, *Rechtsfilosofie en mensenrechtenbeleid*, in: *R&R* 1983 nr 3, 231.
56. Vgl. J.L. Heldring, *Het conflict aanvaarden*, in: E.H. Beugel e.a., *Te beginnen bij Nederland*, Amsterdam 1983, p. 94 e.v.
57. Meuwissen, *o.c.*
58. Vgl. *Acta Politica* 82/3, p. 427.
59. Vgl. *MM*, p. 70.
60. Vgl. Arthur Schopenhauer, *Sämtliche Werke*, textkritisch bearbeitet und herausgegeben von Wolfgang Frhr. von Löhneysen, Cotta-Verlag/Insel-Verlag, band IV: *Über die Universitätsphilosophie*.
61. Schopenhauer, *o.c.*, V, p. 284.
62. *R&R*, 1977, p. 52.
63. Schopenhauer, *o.c.*, III, p. 665. Tevens: H. Welzel, *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit* (1951), p. 167 e.v. over Kant.
64. Schopenhauer, *o.c.*, III, p. 695.
65. Schopenhauer, *o.c.*, III, p. 696.
66. David Hume, *Of the standard of taste and other essays*, Indianapolis 1965, p. 140 e.v.
67. Alfred Verdross, *Abendländische Rechtsphilosophie*, Wien 1963, p. 259.
68. Verdross, *o.c.*, p. 260.
69. Verdross, *o.c.*, p. 261.
70. Verdross, *o.c.*, p. 263.
71. Verdross, *o.c.*, p. 264.
72. geciteerd uit: Bertrand Russell, *Unpopular essays*, London 1976, p. 56.
73. Hume, *o.c.*, p. 140.

SUMMARY

In this article the author criticizes the work of the philosopher Prof dr D.F. Scheltens. Scheltens has developed a theory of law based on the principle of human dignity, disclaiming 'egoistic' philosophers like Hobbes and Beccaria, and making a plea for 'positive liberty' as Isaiah Berlin once called it.

The author of this article tries to show that 'human dignity' and 'liberty' are vague notions, too vague to be used as the exclusive normative bases of law.

Besides these terms will never account for the deeprooted disparities between the ideo-

logical conceptions found in the East-bloc countries, and those in the West.

In the sense Scheltens uses these terms 'human dignity' and 'liberty' are merely metaphysical blankets to cover real differences.