

## Aan de rand van de krater. Multiculturele rechtsvinding in het burgerlijk recht; realiteiten en perspectieven

J.H. Nieuwenhuis\*

*Die welthistorische Bedeutung und Mission Roms in ein Wort zusammengefasst, ist die Ueberwindung des Nationalitätsprinzips durch den Gedanken der Universalität.<sup>1</sup>*

### 1 DE MULTICULTURELE PIJLERS VAN HET MODERNE RECHT

Ik ben een jood uit Tarsus in Klein-Azië. Eens, toen ik op reis was naar Damascus, overkwam mij een wonder. Het liep tegen de middag toen ik plotseling werd omstraald door een fel licht. Ik viel op de grond en hoorde een stem: Saul, Saul, waarom vervolgt gij mij? Ik antwoordde: wie zijt gij, Heer? Hij sprak tot mij: Ik ben Jezus de Nazoreeër die gij vervolgt. Ga heen, ik zal u uitzenden, ver weg, onder de heidenen.

Zo werd Saul, de gedreven vervolger van de eerste christenen, Paulus, de apostel en grondlegger van het christendom. Maar voordat hij kon beginnen met de verkondiging van het Woord onder de grootste heidenen – die van Rome –, werd hij eerst nog in Jeruzalem door Romeinse soldaten gevangen genomen om onder geseling te worden verhoord. Paulus sprak tot de overste: moogt gij een Romein geselen, zonder dat hij is veroordeeld? Ik ben een Romeins burger en bezit dit recht door geboorte. Geschrokken gaf de overste bevel hem uit de boeien te bevrijden.<sup>2</sup>

*Civis Romanus sum*; het trotse woord van Paulus. Maar ook: ik ben slaaf, slaaf van Christus (*Christou doulos*). Paulus in zijn brief aan de Galaten: Broeders, dient elkaar door de liefde. Want de gehele wet is vervuld in één woord: gij zult uw naaste liefhebben als uzelf.<sup>3</sup>

Paulus is de volmaakte belichaming van de multiculturele grondslagen van het moderne Europese recht. Dit recht is in de eerste plaats stevig grondvest op een duurzaam Romeins fundament: het recht als *strijdperk van rechten*, rechten die zijn verbonden aan het burgerschap. Spil van het recht is de rechtsvordering (*actio*). Deze slaaf is van mij (*Hunc hominem meum esse*

\* J.H. Nieuwenhuis is hoogleraar burgerlijk recht aan de Rijksuniversiteit Groningen en per 1 februari 2001 hoogleraar burgerlijk recht aan de Universiteit Leiden

1 R von Jhering, *Geist des römischen Rechts*, I, Leipzig: Breitkopf und Hartel 1866, p. 1.

2 Handelingen, 22.6-29.

3 Galaten, 5:13-14

*aito*) op grond van het recht der burgers (*ex iure Quiritium*). De aanspraak wordt bekrachtigd door een staf op de opgeëiste slaaf te leggen, een staf in plaats van een speer, zoals Gaius opmerkt.<sup>4</sup> Paulus beroept zich ten overstaan van de Romeinse autoriteiten op het *habeas corpus* beginsel, zoals dat in de middeleeuwen in Engeland is gearticuleerd en thans is verankerd in het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden:

Een ieder, aan wie door arrestatie of detentie zijn vrijheid is ontnomen, heeft het recht een voorziening te vragen bij het gerecht opdat dit spoedig beslist over de rechtmatigheid van zijn detentie (...).<sup>5</sup>

In de tweede plaats rust het moderne recht op een Joods-christelijke pijler: het recht als *gemeenschap*. Paulus' vermaan: 'Broeders, dient elkaar door de liefde' vervlakt in het burgerlijk recht: houd rekening met elkaars gerechtvaardigde belangen, ook indien dit offers vergt.

De geest van het huidige recht in Europa is onmiskenbaar bicultureel; de vraag is: kan daaraan een derde zuil worden toegevoegd: de islam bijvoorbeeld? En zo ja, zal dit ook geschieden? Met zachte of met harde hand? Deze brandende kwesties vergen een confrontatie van twee visies op de vorming van recht: het *organisch* model (Savigny) tegenover het *polemisch* model (Jhering).

## 2 ORGANISCHE EN POLEMISCHE VISIES OP DE VORMING VAN RECHT

Savigny in 1814:

Aber dieser organische Zusammenhang des Rechts mit dem Wesen und Charakter des Volkes bewahrt sich auch im Fortgang der Zeiten (...). Das Recht wächst also mit dem Volke fort, bildet sich aus mit diesem, und stirbt endlich ab, so wie das Volk seine Eigentümlichkeit verliert.<sup>6</sup>

Jhering in 1872:

Alles Recht in der Welt ist erstritten worden, jeder wichtige Rechtssatz hat erst denen, die sich ihm widersetzen, abgerungen werden müssen.<sup>7</sup>

Beiden hebben gelijk.

4 Gaius, *Instituten* IV, 16.

5 Art. 5 lid 4 EVRM.

6 F.C. von Savigny, *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, p. 78.

7 R. von Jhering, *Der Kampf ums Recht*, p. 1.

Savigny's typering van het recht als een levend (en stervend) organisme is raak: waar in art. 3:12 BW wordt gesproken van 'in Nederland levende rechtsovertuigingen' berust dit niet op een verwarring van recht en biologie, maar wordt aldus beeldend tot uitdrukking gebracht dat, evenals in Nederland aanwezige rozen en tulpen, ook onze rechtsovertuigingen zijn onderworpen aan een proces van groei, bloei en verwelking.

In weerwil van art. 263 *oud* BW: 'Echtscheiding kan nimmer door onderlinge toestemming plaats hebben.', groeide de overtuiging dat de autonomie van de echtgenoten meebrengt dat zij bevoegd zijn om in onderling overleg tot de ontbinding van hun huwelijk te geraken. Reeds in de vorige eeuw sanctioneerde de Hoge Raad deze rechtsovertuiging.<sup>8</sup>

Ook Jhering heeft gelijk: onze rechten en vrijheden vallen ons niet als rijpe appels in de schoot, maar moeten worden veroverd. Geen recht zonder macht. Het recht om niet op zevenjarige leeftijd te worden uitgehuwelijkt, is een verworvenheid die wij hebben te danken aan de middeleeuwse canonisten: noodzakelijke voorwaarde voor een geldig huwelijk is de *consensus* van beide echtgenoten. Perkament is echter geduldig. Eerst toen de paus zoveel macht had vergaard dat hij de keizer te Canossa op de knieën kon dwingen, was de tijd aangebroken voor de overwinning van het consensuele, monogame huwelijk als gevestigd rechtsinstituut.<sup>9</sup> Excommunicatie, verbanning uit de gemeenschap der gelovigen, bleek een uiterst effectief machtsmiddel om het nieuwe recht ingang te doen vinden.

### 3 MULTICULTURALITEIT EN INTERNATIONAAL PRIVAATRECHT

Multicultureel recht is er in maten en soorten. De multiculturaliteit kan in de eerste plaats zijn gelegen in de omstandigheid dat het *materiële recht* van een bepaald land is samensteld uit bestanddelen, afkomstig uit twee of meer culturen. Van een tweede vorm van multiculturaliteit is sprake wanneer een Nederlands *vonnis* is tot stand gekomen met gebruikmaking van allochtone grondstoffen. Hier betreden wij de hinkelbaan van het internationaal privaatrecht. De Nederlandse rechter is gehouden vreemd recht te spreken indien een regel van Nederlands internationaal privaatrecht hem daarnaar verwijst. Nog steeds draagt dit onderdeel van het recht het stempel van Savigny. Zijn besef van de 'organische Zusammenhang des Rechts mit dem Wesen und Charakter des Volkes' werkt door in zijn opvatting over het uitgangspunt van het internationaal privaatrecht: 'Gleichheit in der Beurteilung der Einheimischen und Fremden'. De organische samenhang tussen het wezen van de Hongaar en zijn eigen, Hongaarse, recht brengt mee dat

8 IIR 22 juli 1883, W. 4924; Grote Leugen.

9 H.J. Berman, *Law and Revolution*, Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press 1983, p. 226.

van een gelijke behandeling van Hongaren en Nederlanders door de Nederlandse rechter slechts sprake is als deze de Nederlander beoordeelt aan de hand van het Nederlandse, de Hongaar daarentegen aan de hand van het Hongaarse recht. Ieder het zijne.

Dieser Standpunkt hat im Fortschritt der Zeit immer allgemeinere Anerkennung gefunden, unter dem Einfluss theils der gemeinsamen christlichen Gesittung, theils des wahren Vortheils, der daraus für alle Theile hervorgeht.

Aldus Savigny.<sup>10</sup> Geheel in overeenstemming hiermee bepaalt de Wet conflictenrecht echtscheiding dat de vraag op welke gronden ontbinding van het huwelijk kan worden gevorderd, dient te worden beantwoord aan de hand van het gemeenschappelijke nationale recht van de echtgenoten. Deze regel lijdt echter uitzondering indien voor één van de partijen een werkelijke maatschappelijke band met het land der gemeenschappelijke nationaliteit kennelijk ontbreekt (art. 1, eerste en tweede lid).

Hoe organisch is de samenhang tussen het wezen van de in Nederland verblijvende Marokkaanse vrouw en het Marokkaanse personen- en familie-recht, dat wordt gekenmerkt door een fundamentele ongelijkheid van de man en de vrouw terzake van de mogelijkheid een echtscheiding te verkrijgen? Hoe dwingend is aan de andere kant de Nederlandse openbare orde met haar eis dat mannen en vrouwen, ook met betrekking tot de huwelijksontbinding, gelijk worden behandeld?

De multiculturele spanning die hierdoor wordt opgewekt, leidt gemakkelijk tot tweeslachtigheid. Zo bijvoorbeeld in een vonnis van de rechtbank Breda.<sup>11</sup> Een Marokkaanse vrouw vordert echtscheiding; haar man bezit eveneens de Marokkaanse nationaliteit. Het is de rechtbank uit eigen waarneming gebleken dat 'de vrouw zich van de Marokkaanse taal bediende en dat zij gekleed ging op de voor Marokkaanse vrouwen kenmerkende wijze'. De rechtbank verbindt aan een en ander de conclusie dat niet kan worden gezegd dat een werkelijke maatschappelijke band met Marokko kennelijk ontbreekt en dat daarom de vordering van de vrouw dient te worden beoordeeld naar Marokkaans recht. De rechtbank vindt dit recht in de Mudawwanah, het Marokkaans wetboek inzake personen-, familie- en erfrecht.<sup>12</sup> De vrouw heeft als grond voor de gevorderde echtscheiding onder meer aangevoerd dat zij psychisch nadeel heeft ondervonden doordat zij door haar vader aan de man is uitgehuwelijkt en nooit met hem heeft kunnen opschieten. De rechtbank verwerpt deze stelling en wel op grond van haar interpretatie van art. 56 Mudawwanah: 'Van

10 F.C. von Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, Berlijn: Veit und Comp 1849, § 348.

11 Rb. Breda, 29 oktober 1991 en 9 juli 1992, *NIPR* 1993, 412.

12 Zie daarover L. Buskens, *Islamitisch recht en familiebetrekkingen in Marokko*, Amsterdam: Bulaaq 1999.

schade in de zin van die bepaling is slechts sprake in geval van opzettelijk handelen van de man. Een dergelijk handelen is gesteld noch gebleken.'

Voorts heeft de vrouw aangevoerd dat de man leed aan tuberculose. Art. 54 Mudawwanah bepaalt dat ernstige gebreken van de man eveneens grond kunnen opleveren voor de toewijzing van een door de vrouw ingestelde vordering tot gerechtelijke verstoting (*tatliq*). Als zodanig komen in aanmerking: krankzinnigheid, olifantsziekte, lepra, tuberculose en onherstelbare gebreken van het schaamdeel. De rechtbank overweegt dat 'het ervoor moet worden gehouden dat de man inmiddels is genezen, zodat de vordering in dit opzicht ongegrond is.' Dit betekent, aldus de rechtbank, dat met toepassing van Marokkaans recht geen grond voor echtscheiding aanwezig is.

Maar dan neemt de rechtbank een scherpe bocht: het in het Marokkaanse echtscheidingsrecht gemaakte onderscheid tussen man en vrouw is in strijd met 'het Nederlands beginsel van openbare orde van gelijkheid van man en vrouw.' De rechtbank schuift het Marokkaanse recht met ferme hand terzijde en spreekt met toepassing van het Nederlandse recht alsnog de gevorderde echtscheiding uit.

Eind goed, al goed?

Men zou kunnen aanvoeren dat aldus sprake is van een aantrekkelijk multicultureel compromis. Laat de Nederlandse rechter eerst onderzoeken of het mogelijk is de vordering van de vrouw te honoreren op basis van haar eigen, Marokkaanse, recht. Pas wanneer dit niet lukt, moet het paardemiddel van de Nederlandse openbare orde worden toegediend. Toch verdient een andere visie de voorkeur. Echtgenoten hebben gelijke rechten wat betreft het huwelijk, tijdens het huwelijk en bij de ontbinding ervan. Dit recht is niet een louter een lokale, Nederlandse eigenaardigheid, zoals het waterschapsrecht. Het gaat hier om een recht met mondiale aspiraties. Art. 23 lid 4 van het Internationaal verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten bepaalt dat staten die partij zijn bij dit verdrag passende maatregelen nemen ter verzekering van de gelijke rechten van echtgenoten.

In dit licht bezien, kleeft aan het Marokkaanse echtscheidingsrecht een fundamenteel gebrek dat het over de gehele linie ongeschikt maakt voor gebruik in de Nederlandse rechtszaal. Nederlandse rechters moeten zich niet begeven in een debat over de vraag of het schaamdeel van de man al dan niet onherstelbaar gebrekig is.

Gelijke rechten van man en vrouw ter zake van de ontbinding van hun huwelijk; de oud-president van de Hoge Raad Dubbink spreekt in dit verband van 'een wezenlijke culturele Errungenschaft'.<sup>13</sup> Op het eerste gezicht kan het verwondering wekken dat Dubbink, die zeer wel het Nederlandse woord 'verworvenheid' in zijn mars heeft, hier een Duitse formulering verkiest: 'Errungenschaft'. Toch is deze keuze verklaarbaar: de term 'Errungenschaft'

---

13 C.W. Dubbink, 'Mensenrechten en de openbare orde in het internationaal privaatrecht', in: *Op Recht, opstellen aangeboden aan A.V.M. Struycken*, Zwolle: Tjeenk Willink 1995, p. 54.

(afgeleid van *erringen*, bevechten) profileert scherper dan 'verworvenheid' het polemisch gehalte van de fundamentele rechten en vrijheden. Zij zijn niet ongerept ontloken, maar in harde strijd bevochten.

Zonder macht geen recht. Terecht treedt Europa thans in de voetsporen van de middeleeuwse pausen. Zoals zij dreigden met excommunicatie van degenen die weigerden te belijden: ik geloof in de Heilige Geest, die voortkomt uit de Vader en de Zoon (*Filioque*), zo eist Europa van nieuwe lidstaten een oprechte belijdenis van hun geloof in het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden. Van alle vormen van imperialisme is dit de minst bedenkelijke: bekering van landen als Georgië en Turkije tot het EVRM.

#### 4 GANGBARE CHINESE MAATSTAVEN EN DE IN NEDERLAND LEVENDE RECHTS-OVERTUIGINGEN

Het internationaal privaatrecht met zijn openbare-orde-exceptie is niet het enige vat, gevuld met multiculturele slijtstof. Bij de vaststelling van wat redelijkheid en billijkheid eisen, moet rekening worden gehouden met de in Nederland levende rechtsovertuigingen (art. 3:12 BW). In een ontwerpversie van deze bepaling was sprake van de 'in het Nederlandse volk levende rechtsovertuigingen'. De verwijzing naar het Nederlandse *volk* is geschrapt, mede omdat 'het kan zijn dat het geschil zich afspeelt in kringen van inwoners van Nederland die geen Nederlander zijn en waarvan de rechtsovertuigingen betekenis kunnen hebben, ook als zij bij Nederlanders niet of minder sterk bestaan.'<sup>14</sup>

Shu en Lam zijn Chinezen. Shu is als kok werkzaam geweest in het Chinees-Indisch restaurant 'Lotus' in Halsteren. Shu verkeerde in de mening dat hij de arbeidsovereenkomst had gesloten met Lam en vordert van hem doorbetaling van loon. Lam verweert zich met de stelling dat niet hij, maar zijn zuster als werkgever moet worden aangemerkt, aangezien zij exploitant-eigenaar van 'Lotus' in Halsteren is. Shu voert aan dat 'naar gangbare Chinese maatstaven' degene die lonen betaalt en instructies geeft (in dit geval Lam) als werkgever mag worden beschouwd. De rechtbank is van oordeel dat Shu in redelijkheid niet heeft kunnen vertrouwen dat hij contracteerde met Lam. Het beroep op de 'gangbare Chinese maatstaven' wijst de rechtbank van de hand: 'In de onderhavige rechtsvraag moet naar Nederlandse maatstaven worden gemeten of er voldoende reden bestond voor Shu om te mogen vertrouwen dat Lam werkgever was.' In Nederland eten we niet met stokjes, maar met mes en vork; het Nederlandse recht meten we niet met Chinese, maar met Nederlandse maatstaven, zo moet de rechtbank hebben gedacht. Dit nationale vlagvertoon vindt geen genade in de ogen van de Hoge Raad:

<sup>14</sup> Parl. Gesch. Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1036 e.v.

Niet is in te zien waarom bij de beantwoording naar Nederlands recht van de vraag wat Shu en Lam met betrekking tot het punt bij wie Shu in dienst trad, over en weer uit elkaars verklaringen en gedragingen mochten afleiden, gangbare Chinese maatstaven omtrent wie als werkgever mag worden beschouwd, geen rol zouden mogen spelen, nu Shu en Lam Chinezen zijn en bij de beantwoording van de vermelde vraag mede moet worden gelet op de inzichten en verwachtingen in de kring van personen, waartoe de betreffende partijen behoren.<sup>15</sup>

Wat mogen partijen ‘redelijkerwijs’ uit elkaars verklaringen en gedragingen afleiden (vgl. art. 3:35 BW)? Het communicatieve proces van betekenisverlening, vereist voor de totstandkoming van een overeenkomst, speelt zich altijd af tegen de achtergrond van een cultuur. Daarbij kan het gaan om de cultuur van een bepaalde bedrijfstak: ‘sago’ betekent in de culinaire kringen van het Chinees-Indische restaurant wat anders (merg van sommige uitheemse palmsoorten, inzonderheid de *Metroxylon rumphii*) dan in de gaarkeukens van het Leger des Heils (aardappelmeel). Het interpretatiekader kan echter ook worden gevormd door deze of gene ethnische of religieuze cultuur.

Mohammed Zerbouhi heeft zich jegens de stichting Moskee al Mouhsenin verbonden om als imam vóór te gaan in vijf islamitische gebedsdiensten per dag, gedurende zeven dagen per week, en het houden van een preek in de hoofddienst op vrijdag. Daarnaast had Zerbouhi als imam een taak als sociaal werker. Bij gelegenheid van een geschil over doorbetaling van loon rees de vraag of deze verbintenis kon worden aangemerkt als een arbeidsovereenkomst. De Moskee voerde aan dat daarvan geen spake kon zijn, omdat de voor een arbeidsovereenkomst vereiste gezagsverhouding ontbrak: Zerbouhi was als imam slechts onderworpen aan het gezag van de Koran.

De schriftelijke weergave van de overeenkomst was getiteld: ‘arbeids-overeenkomst’; mocht Zerbouhi daaruit afleiden dat tussen de Moskee en hem sprake was van een arbeidsovereenkomst, of moest hij begrijpen dat de positie van een imam onvereenigbaar is met de aanwezigheid van een gezagsverhouding? Wat is de plaats van de imam binnen de geloofsgemeenschap van moslims? Met betrekking tot een gereformeerde predikant had de Hoge Raad enkele jaren eerder geoordeeld dat het feit dat de predikant geacht werd tucht uit te oefenen over zijn gemeente uitsloot dat tussen hen sprake was van een arbeidsovereenkomst.<sup>16</sup> In het geval van de imam werd wel de aanwezigheid van een arbeidsovereenkomst aangenomen:

De omstandigheid dat degeen die zich bij overeenkomst verbonden heeft tot het vervullen van een godsdienstig ambt, ter zake van de godsdienstige aspecten van zijn taak niet aan instructies van zijn wederpartij onderworpen is, sluit niet uit dat met betrekking tot de overige aspecten van de contractuele relatie (werktijden, het

15 HR 18 november 1983, NJ 1984, 345.

16 HR 14 juni 1991, NJ 1992, 173.

opnemen van vakantiedagen en dergelijke) sprake is van een gezagsverhouding welke een van de kenmerken vormt van een arbeidsovereenkomst.<sup>17</sup>

Ook indien hij Nederlands recht toepast, moet de rechter zich soms verdiepen in uitheemse culturen (Chinese opvattingen over wie als werkgever moet worden aangemerkt; islamitische visies op de plaats van de imam). De multiculturele confrontatie wordt uiteraard nog scherper als de gedingvoerende partijen afkomstig zijn uit verschillende culturen.

'Hiermee verklaren wij dat Hajziani Abdeslam Ben Mohammed, wonende Turfmarkt 22 te Gouda zijn dienstverband beëindigt wegens een volgens hem drie maanden durend familiebezoek in Marokko. Mits hij zich uiterlijk op 11 oktober 1979 bij onze firma vervoegt, zijn wij bereid geheel vrijblijvend te overwegen hem weer opnieuw in dienst te nemen onder voorbehoud dat de bedrijfsleiding alsdan daartoe mogelijkheden ziet; was getekend namens Van Woerden Aardewerk, onleesbaar; (volgt een afrekening van salaris en vakantiedagen) was getekend Hajziani.'

Ruim vijf maanden later heeft Hajziani zich bij Van Woerden gemeld. Hij heeft toen te horen gekregen dat er geen werk voor hem was. Hajziani betwist dat hij heeft ingestemd met zijn ontslag en vordert doorbetaling van loon. De rechtbank wijst de vordering af: De omstandigheid dat Hajziani de Nederlandse taal slecht beheerst, neemt niet weg dat Van Woerden uit de ondertekening mocht afleiden dat Hajziani instemde met de beëindiging van de dienstbetrekking. De zaak geeft de rechtbank nog een interessante 'ontboezeming' in de pen:

Geredelijk kan worden aangenomen dat Hajziani het liefst: zolang als het hem goeddunkte met vakantie terugging naar zijn geboorteland, en bij terugkomst in Nederland zijn werk zonder meer zou kunnen hervatten.

Het is echter, aldus de rechtbank, kiezen of delen: geen langere dan de gebruikelijke vakantie en daarna gewoon voortzetting van het dienstverband, of een langere dan de gebruikelijke vakantie, maar dan ook onzekerheid bij een eventuele terugkomst. Hajziani heeft het tweede alternatief gekozen en het daaraan verbonden risico komt voor zijn rekening.

De Hoge Raad vernietigt dit vonnis:

De werkgever zal er zich met redelijke zorgvuldigheid van moeten vergewissen of de (buitenlandse) werknemer heeft begrepen dat zijn instemming met de beëindiging van de arbeidsovereenkomst wordt gevraagd. Ook als Hajziani van dichtbij heeft meegemaakt dat andere Marokkaanse werknemers in het bedrijf van Van Woerden onder beëindiging van de dienstbetrekking voor enige maanden met

---

17 HR 17 juni 1994, NJ 1994, 757.

vakantie naar Marokko zijn gegaan, onthief dat Van Woerden niet van bedoelde verplichting.<sup>18</sup>

Wat houdt een *redelijke* zorgvuldigheid in situaties als deze in? Met betrekking tot de vraag welke maatregelen van de werkgever kunnen worden gevegd, opdat hij zich ervan vergewist dat de werknemer werkelijk instemt met het ontslag, moet uiteraard onderscheid worden gemaakt tussen het gewicht van de omstandigheid dat een ontslag ingrijpende gevolgen heeft, en de invloed van de tussen partijen bestaande taalbarrière. Het eerste punt geldt gelijkelijk voor Marokkaanse en Nederlandse werknemers. Een Nederlandse vrachtwagenchauffeur had tijdens een twistgesprek tegen de bedrijfsleiding geroepen: 'je bekijkt het maar, ik kom niet meer'. Het bedrijf had deze uitroep, op de voet van art. 3:35 BW, geduid als een beëindiging van de dienstbetrekking. De Hoge Raad hield de werknemer voor dat zijn functie als vrachtwagenchauffeur meebracht 'dat hij in beginsel geacht kan worden over voldoende vaardigheden te beschikken om de draagwijdte van zijn verklaringen en gedragingen te overzien.'<sup>19</sup>

Wat houdt een redelijke zorgvuldigheid van de werkgever in, met betrekking tot het slechten van de tussen Van Woerden en Hajziani bestaande taalbarrière? Ervan uitgaande dat de bedrijfsleiding van Van Woerden het Marokkaans (Arabisch dan wel Berber) slecht beheerst, zal er voor haar weinig anders opzitten dan inschakeling van een tolk. Met betrekking tot andere rechtshandelingen dan ontslagneming is de taalbarrière uiteraard even hoog. Moet de bank die aan een Marokkaanse kleermaker krediet verleent tegen stil pandrecht op zijn naaimachine, zorgen voor een Marokkaanse vertaling van de wettelijke bepalingen aangaande parate executie, of kan zij volstaan met toetsing van zijn begrip van de volgende samenvatting van het pandrecht: niet betalen, naaimachine kwijt?

Begrijpen wij elkaar? Wederzijds begrip is uiteraard een noodzakelijke voorwaarde voor de versteviging van de sociale cohesie. De ruimte voor sprakeloze verstandhouding is echter zeer beperkt. Het dominante communicatiemiddel in ons land is de Nederlandse taal. Dat zal, althans voorlopig, wel zo blijven. Denkbaar zou evenwel zijn dat de aanwezigheid van velen die, zoals Hajziani, het Nederlands slecht beheersen, dwingt tot het toekennen van een recht om te worden aangesproken in een taal die zij verstaan. Eis van producenten die publiekelijk mededeling doen omtrent de onveiligheid van hun product (babykruiken merk Jurnbo, serienummer 6:185 kunnen gaan lekken), dat zij dit, op straffe van aansprakelijkheid, mede doen in het Turks en Marokkaans.

18 HR 14 januari 1983, NJ 1983, 457.

19 HR 12 september 1986, NJ 1987, 267. Kritisch daarover J.H. Nieuwenhuis, *Ars Aequi* 1987, p. 99.

Uit rechtseconomisch oogpunt valt tegen deze gedachte veel in te brengen. Het recht moet prikkels bevatten die aanzetten tot kostenpreventie. Een dergelijke prikkel ontbreekt in de regel die eist dat de Nederlandstalige contractspartij onderzoekt, zo nodig met behulp van een tolk, of de niet-Nederlandstalige wederpartij begrijpt wat de rechtsgevolgen van de overeenkomst zijn. Die prikkel gaat wel uit van de regel dat de niet-Nederlandstalige partij zelf moet toetsen, zonodig met behulp van een tolk, of hij de consequenties van de overeenkomst in voldoende mate overziet. In dat geval rijpt sneller het besef dat het bij een voortgezet verblijf in Nederland de moeite loont om Nederlands te leren.

De veronderstelling dat het een probleem van voorbijgaande aard betreft, omdat de volgende generaties van hier verblijvende allochtonen op school voldoende Nederlands leren, is maar zeer ten dele juist. Als gevolg van de uitoefening van het recht op gezinsvorming zullen, ook in de toekomst, grote aantallen allochtonen, opgegroeid ver van 'waar de blanke top der duinen schittert in de zonnegloed', zich in Nederland vestigen. Hoe bereiken wij dat zij zo snel mogelijk uit volle borst kunnen meezingen: 'Ik heb u lief, mijn Nederland.'?

## 5 AAN DE RAND VAN DE KRATER

Krater: opening van een vulkaan die van tijd tot tijd tot uitbarsting komt als gevolg van tektonische bewegingen in de aardkorst, maar ook, en oorspronkelijker: mengvat, vat waarin wijnen van de Spaanse tempranillo-druif worden gemengd met wijn van de merlot, een Franse druivensoort. Multiculturele samerlevingen bevinden zich, het woord begrepen in beide betekenissen, aan de rand van de krater. In Kosovo overheerst thans de eerste betekenis; multiculturaliteit leidt daar tot uitbarstingen van ethnisch geweld tussen de volgelingen van Paulus en Mohammed. De Amerikaanse politicoloog Huntington spreekt in zijn boek 'The clash of civilizations'<sup>20</sup> in vulkanische termen van een 'fault line war', een oorlog langs een breuklijn in de aardkorst. De tweede betekenis biedt een aangenamer perspectief: het recht als *freischwebende Intelligenz*, een vrije wereldmarkt van ideeën. De beste merlot halen we uit Argentinië; de beste kaviaar uit Iran. Zo ook in het recht, aldus Jhering bij zijn bestrijding van het *Nationalitätsprinzip* van Savigny (de organische samenhang van het recht en het wezen en karakter van een volk). Jhering: 'Mit dem Schiff, das Waaren brachte, kehrten Götter zurück.'<sup>21</sup> En niet alleen goden<sup>22</sup>, ook

20 S.P. Huntington, *The clash of civilizations and the remaking of world order*, Londen: Touchstone books 1998.

21 Jhering 1866, p. 8 (zie noot 1).

22 De geest maakt levend, de letter doodt. Een letterknecht ter zetterij heeft 'Gotter' veranderd in 'Guter'. Zie Jherings voorwoord.

rechtsinstellingen. Hun averij-grosse regeling haalden de Romeinen per schip van het eiland Rhodos (*Lex Rhodia de iactu*).

Geeft Jherings universaliteitspretentie niet blijk van een overspannen verwachting omtrent de legitieme ambities van het recht? Toch zijn de eerste stappen reeds gezet. Met betrekking tot de buitencontractuele aansprakelijkheid van de Europese Gemeenschap bepaalt art. 288 EG-Verdrag dat dit recht moet worden gevonden door te zoeken naar de algemene beginselen die de Lid-Staten gemeen hebben. Binnen afzienbare tijd (na toetreding van Turkije tot de Europese Unie) rijst onontkoombaar de vraag: welke algemene beginselen van aansprakelijkheidsrecht heeft Ierland gemeen met Turkije? Als het gaat om de bescherming van de rechten van de mens, reiken de grenzen van Europa nog verder: van Reykjavik aan de Atlantische oceaan tot Wladiwostok aan de Japanse zee.

Was de apostel Paulus, geboren in het tegenwoordige Turkije en tegen willekeurige arrestatie beschermd door zijn Romeins burgerrecht, Europeaan? Wat is Europa?<sup>23</sup> Als geografisch begrip is het een nietig, wormvormig aangesel van het Aziatisch continent; als cultureel begrip is het een mengvat van de meest sprankelende ideeën die de afgelopen drie millennia hebben opgeleverd, ideeën van zowel constructieve, als destructieve aard. Een nieuw dieptepunt van Europese multicultuur werd dezer dagen bereikt in Kosovo; een multicultureel hoogtepunt wordt voortdurend verder uitgebouwd: het Europese Hof voor de Rechten van de Mens in Straatsburg. Christos Rozakis (Griekenland), Riza Türmen (Turkije) en Nina Vajic (Kroatië) en nog enkele tientallen rechters uit evenzovele andere landen<sup>24</sup> wisselen aldaar van gedachten over de reikwijdte van het verbod van onwettige detentie (art. 5 EVRM). Op 4 augustus 1999 deed het Hof uitspraak in een zaak, aangespannen door Douiyeb, een in Nederland woonachtige Marokkaan, gearresteerd wegens verdenking van mensenhandel (art. 250 *ter* Wetboek van Strafrecht), maar in verzekering gesteld met verwijzing naar de strafbepaling aangaande koppelarij (art. 250 SR.). Douiyeb ziet daarin een schending van artikel 5 EVRM. De Europese Commissie voor de Rechten van de Mens was het in meerderheid met hem eens, de Grote Kamer van het Hof, zeer multicultureel samengesteld (rechters uit onder andere Albanië, Kroatië, Moldavië, Frankrijk, Nederland en Zweden), is unaniem, zeventien maal: neen. Douyeb had tijdens het eerste politieverhoor te kennen gegeven dat hij begreep waarvan hij werd verdacht.<sup>25</sup>

23 Zie daarover P. Koschaker, *Europa und das römische Recht*, vierde Auflage, München: Beck 1966, hfdst. 1.

24 Zie voor de meest recente 'update': [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int).

25 *NJB* 1999, p. 1733.

## 6 COMMUNITARIANISM V. LIBERALISM

De culturele identiteit van Europa is zonder twijfel bepaald door de verhalen aangaande Jezus Christus, door een leerlooier uit Tarsus per schip naar Rome gebracht en aldaar door hem 'met alle vrijmoedigheid, zonder enige belemmering' verspreid onder de heidenen.<sup>26</sup> Is denkbaar dat een dergelijke identiteitsbepalende rol ook is weggelegd voor 'de Schrift, waaraan geen twijfel is, een rechte leiding voor de vrezenden', geopenbaard aan Mohammed, een arabische koopman uit Mekka? De enkele aanwezigheid in Europa van tientallen miljoenen moslims vormt daarvoor nog geen garantie. Waarin zou een bijdrage van de islam aan de culturele identiteit van Europa kunnen bestaan?

We zijn thans getuige van een belangwekkende intellectuele confrontatie in het debat over de fundamenteën van recht, staat en samenleving: *communitarianism versus liberalism*; het Engels zet de lezer minder snel op het verkeerde been dan de gebruikelijke Nederlandse vertaling: *gemeenschapsdenken* tegenover *liberalisme*. Communitaire denkers als Sandel, Selznick, Walzer en anderen<sup>27</sup> bestrijden het door 'liberals' als Rawls ontworpen mensbeeld, samengesteld uit drie elementen: vrijheid, autonomie en individualisme. In de communitaire visie wordt onze persoonlijke identiteit vooral bepaald door een ander element: *membership*. Wij zijn in de eerste plaats:

members of many communities – families; neighborhoods; innumerable social, religious, ethnic, work place, and professional associations; and the body politic itself. Neither human existence nor individual liberty can be sustained for long outside the interdependent and overlapping communities to which we all belong. Nor can any community long survive unless its members dedicate some of their attention, energy, and resources to shared projects.<sup>28</sup>

Deze confrontatie wordt weerspiegeld in het debat over de conceptuele status van grondrechten. De klassieke, liberaal-rechtsstatelijke, visie houdt het erop dat het bij grondrechten gaat om vrijheden van de individuele burger, die hij in rechte kan invoeren tegen de overheid; vrijheid hier louter begrepen in negatieve zin: niet-inmenging. Volgens een alternatieve opvatting zijn grondrechten: waarden waaraan de samenleving een in rechte afdwingbare status heeft verleend. Grondrechten vormen een 'objektive Wertordnung', aldus het Duitse Bundesverfassungsgericht.<sup>29</sup>

Een ieder heeft recht op respect voor zijn familie- en gezinsleven (art. 8 EVRM). Dit is niet een louter klassiek grondrecht, in die zin dat het de burger slechts aanspraak verleent op niet-inmenging door de overheid; de waarde

---

26 Handelingen, 28:31.

27 Zie voor een overzicht, B. van Klink, P. van Seters & W. Witteveen (red.) *Gedeelde normen? Gemeenschapsdenken en het recht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1993.

28 Van Klink, Van Seters & Witteveen 1993, p. 7 (zie noot 27).

29 15 januari 1958, BverfGE 7, 198; Lüth.

die de samenleving hecht aan het familie- en gezinsleven kan ertoe leiden dat op de Staat positieve verplichtingen rusten ter bescherming van het familie- en gezinsleven.<sup>30</sup> Zo is de Nederlandse overheid gehouden een consistent 'polygamiebeleid' te voeren. De consistentie van dit beleid werd door de rechter getoetst naar aanleiding van het volgende geval: een Marokkaanse man was getrouwd met twee Marokkaanse vrouwen. Hij woonde met zijn eerste vrouw en kinderen in Nederland. Toen het huwelijk met zijn eerste vrouw door echtscheiding was ontbonden, verzocht hij toelating van zijn tweede vrouw en kinderen tot Nederland. Toelating werd geweigerd met verwijzing naar het in 1995 aangescherpte 'polygamiebeleid'. Hierin wordt onderscheid gemaakt tussen het geval waarin de polygame situatie ten tijde van het verzoek is geëindigd, en het geval waarin twee monogame huwelijken elkaar in tijd opvolgen. Slechts met betrekking tot de tweede situatie was de Staat bereid het verzoek tot toelating te honoreren. De rechtbank oordeelde dat het door de overheid gedane beroep op de openbare orde (polygamie is in strijd met de Nederlandse openbare orde) onvoldoende was om dit onderscheid te rechtvaardigen.<sup>31</sup>

Het is uitermate onwaarschijnlijk dat één van beide partijen, hetzij de *communitariëns*, hetzij de *liberals*, de andere partij ooit definitief uitschakelt als intellectuele macht van betekenis. De islam is daarom in aanleg een duurzame bondgenoot van de communitariëns. De Marokkaanse sociologe Fatima Mernissi laat zien waarom:

De *oemma*, de mythische moslingemeenschap, stroomt over van *rahma*; het is de liefdesband die de leden van een familie verenigt en die ervoor zorgt dat zij begaan zijn met het lot van anderen.<sup>32</sup>

Elders<sup>33</sup> merkt zij op dat het westen vaak vergeet dat de islam zichzelf beschouwt als een religie die is geworteld in de judeo-christelijke traditie. Zo zijn wij weer terug bij Paulus: 'Broeders, dient elkaar door de liefde (*agapè*).'

Joden, christenen en moslims; de volken van het Boek. En de ongelovigen? Miljoenen Europeanen erkennen Paulus noch Mohammed als hun geestelijk leidsman. Toch behoren zij niet reeds daardoor tot de boekloze volken. De nieuwe heidenen die sedert de Verlichting<sup>34</sup> het intellectuele debat beheersen, blijven hun pen dopen in de grote verhalen van de bijbel. *Also sprach Zarathustra*, Nietzsches atheïstisch manifest is woord voor woord gegoten uit de taal van het evangelie.

30 EHRM 28 mei 1985, *NJ* 1988, 187; Abdulaziz.

31 Rb. Den Haag 19 maart 1998, *Nemesis* 1998 nr. 4, p. 25.

32 F. Mernissi, *Islam en democratie*, Breda 1993, p. 114.

33 Mernissi 1993, p. 128 (zie noot 32).

34 Vgl. P. Gay, *The enlightenment, the rise of modern paganism*, New York: Norton 1977.

Ligt voor de koran een zelfde rol in het verschieft? Kan de islam als nieuwe zuil worden toegevoegd aan de reeds bestaande multiculturele fundering van het moderne Europese recht? Christelijke partijen hebben vrijwel overal in Europa hun politieke macht, en daarmee hun invloed op de vorming van het recht, weten te handhaven doordat zij hebben voldaan aan twee voorwaarden. Zij hebben het predicaat 'christelijk' voorzien van de toevoeging 'democratisch', hetgeen wijst op de bereidheid tot gedachtenwisseling met andersdenkenden, en zij zijn bereid gebleken niet te blijven hameren op *ieder* woord van Paulus. Zo kon in Nederland het wettelijk voorschrift dat de man het hoofd der echtvereniging is (art. 160 *oud* BW), worden afgeschaft, niettegenstaande de niet mis te verstane aanwijzing in de brief aan Titus: jonge vrouwen worden daarin opgewekt 'man en kinderen lief te hebben, bezadigd, kuis, huishoudelijk, goed en aan hun man onderdanig te zijn.' (2:4-5). Kunnen gelovige moslims een vergelijkbare distantie opbrengen met betrekking tot de vierde sura, vers 34 van de koran: de mannen zijn opzichters over de vrouwen (...) de vrouwen van wie gij opstandigheid vreest, vermaant hen, vermijdt hen op de rustplaatsen en slaat hen?

Dit is de kernvraag: kan de islam inspiratie bieden, zonder onderwerping te eisen?<sup>35</sup> De vraag is niet alleen interessant, maar ook uiterst brisant. Zij brengt ons aan de rand van de krater.

---

35 Dit in weerwil van de letterlijke betekenis van *islam*: onderwerping.