Universiteit
Leiden
The Netherlands

Legaliteit en legitimiteit : de grondslagen van het recht

Cliteur, Paul; Ellian, Afshin

Citation
Cliteur, P., & Ellian, A. (2016). Legaliteit en legitimiteit : de grondslagen van het recht. Retrieved from https://hdl.handle.net/1887/57270

Version:	Not Applicable (or Unknown)
License:	Creative Commons CC BY-NC 4.0 license
Downloaded from:	https://hdl.handle.net/1887/57270

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

PAUL CLITEUR
AFSHIN ELLIAN

Legaliteit en legitimiteit

De grondslagen van het recht

LEIDEN
UNIVERSITY PRESS

Legaliteit en legitimiteit: de grondslagen van het recht

Paul Cliteur en Afshin Ellian

Legaliteit en legitimiteit

de grondslagen van het recht

Leiden University Press

Omslagontwerp: Geert de Koning
Omslagillustratie: Jean-Léon Gérôme (1824-1904), *L'Éminence Grise* (1873).
Olieverf op canvas, 68,6 x 101 cm, Museum of Fine Arts, Boston
Vormgeving: CO2 Premedia

ISBN 978 90 8728 242 4
e-ISBN 978 94 0060 239 7 (e-PDF)
e-ISBN 978 94 0060 240 3 (e-PUB)
NUR 820

© Paul Cliteur en Afshin Ellian / Leiden University Press, 2016

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 enig andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Er is naar gestreefd alle copyrights van de in deze uitgave opgenomen illustraties te achterhalen. Aan hen die desondanks menen alsnog rechten te kunnen doen gelden, wordt geadviseerd contact op te nemen met de uitgever.

Inhoud

Voorwoord **ix**

1 Legaliteit en legitimiteit in natuurrechtsleer en rechtspositivisme **1**

2 De democratische rechtsstaat als legitiem staatsmodel **47**

3 De scheiding van kerk en staat **103**

4 De universaliteit van waarden en beginselen **153**

5 De klassieke grondslagen van het moderne recht **217**

Verantwoording **261**

Register **263**

Hoofdstuk 1
Legaliteit en legitimiteit in natuurrechtsleer en rechtspositivisme 1
1. Vijf kenmerken van natuurrecht *5*
2. Plato *8*
3. Teleologie *11*
4. De mens als redelijk wezen *12*
5. Metafysische beginselen *13*
6. Absolute gelding *14*
7. Kritische toets *15*
8. Bezwaren *16*
9. 'Sein' en 'Sollen' *19*
10. 'Leerformeln' *20*
11. Gevoelens *21*
12. Beoordeling van de bezwaren *22*
13. Lon Fuller *22*
14. Natuurrecht, een vorm van moraal? *23*
15. Rechter en dirigent *24*
16. Ubi societas, ibi ius *26*
17. Nogmaals: lege formules? *26*
18. Alternatief natuurrecht *27*
19. Perelman en Hayek *28*
20. Hayek over spontane ordening *30*
21. Traditie *32*
22. Een toets voor het recht? *34*
23. Gustav Radbruch *36*
24. H.L.A. Hart *37*
25. Hart-Fuller-discussie *39*
26. Een synthese *39*
27. Lex iniusta non est lex? *42*

Hoofdstuk 2
De democratische rechtsstaat als legitiem staatsmodel 47
1. Postmodernisme *49*
2. Democratische rechtsstaat *53*
3. Democratie *55*
4. Rechtsstaat *57*
5. Vijf beginselen van de rechtsstaat *62*
6. Het ACP *77*

7. Humanisme *80*
8. Humanisme en rechtsstaat *83*
9. Spanning tussen verschansing en democratie *85*
10. Paine en Burke *86*
11. Rechterlijke toetsing *89*
12. Contradicties binnen het ACP *91*
13. Twee consequenties *93*
14. Nogmaals de eindthese *99*

Hoofdstuk 3
De scheiding van kerk en staat 103
1. Bisschop Nazir-Ali *104*
2. Nazir-Ali onder kritiek *107*
3. Theoterrorisme en de agnostische staat *111*
4. De atheïstische staat *114*
5. De theocratische staat *118*
6. Saoedi-Arabië als theocratische staat *121*
7. Vervolgingen en executies *124*
8. Wrede straffen *128*
9. Pinechas en Mozes *129*
10. Wie zijn wij nog? *132*
11. Staatsreligies *134*
12. De multiculturalistische staat *138*
13. De agnostische staat *144*
14. Westers? *145*
15. De Franse laïcité *147*

Hoofdstuk 4
De universaliteit van waarden en beginselen 153
1. Culturele conflicten *154*
2. Leven en laten leven *157*
3. Vrouwelijke genitale verminking *158*
4. Het conflict nader bepaald *160*
5. Gedogen uit respect *161*
6. Cultuurrelativisme *163*
7. Zes cultuurrelativisten *164*
8. Herodotus *165*
9. De sofisten *167*

10. Protagoras *169*
11. Montaigne *172*
12. Sumner *176*
13. 'Folkways' *178*
14. Benedict *180*
15. 'Socially approved habits' *182*
16. Westermarck *184*
17. Stace, Bloom en Bork *187*
18. Dickens en Kipling *189*
19. Zeven elementen van cultuurrelativisme *193*
20. Kritiek op cultuurrelativisme *198*
21. Dworkin over 'kritische moraal' *199*
22. 'Kritische moraal' en culturele antropologie *202*
23. Consistentie *205*
24. Praktische bezwaren *207*
25. Universaliteit onontbeerlijk *209*
26. Hamed Abdel-Samad *214*

Hoofdstuk 5
De klassieke grondslagen van het moderne recht 217
1. Het moderne wereldbeeld *219*
2. Van middeleeuwen naar moderne tijd *223*
3. Descartes *225*
4. Strafrecht en moderniteit *228*
5. Verlichting *235*
6. Contractsdenkers *237*
7. Hobbes *238*
8. Rousseau *242*
9. Mensenrechten *250*
10. Nogmaals Rousseau en Hobbes *254*

Voorwoord

Het boek *Legaliteit en legitimiteit: de grondslagen van het recht* is deel van een groter project. Het wordt als verplichte studiestof gebruikt bij de propedeuse in de rechtswetenschap aan de universiteit van Leiden, onderwijs dat wordt verzorgd door de afdeling Encyclopedie van de rechtswetenschap. De Encyclopedie van de rechtswetenschap heeft twee doelstellingen. Allereerst geeft het een eerste oriëntatie in het positieve recht. Als tweede bezint het zich op de grondslagen, uitgangspunten en de methoden en technieken van de rechtswetenschap.

De oriëntatie in het positieve recht vindt plaats in het eerste semester van het studiejaar. Studenten krijgen dan een elementaire kennismaking met de verschillende rechtsgebieden van staatsrecht, strafrecht, privaatrecht, bestuursrecht en internationaal publiekrecht. Het accent ligt hier op kennisverwerving: kennis van het recht, zoals dat in de bronnen van het recht (wet, gewoonte, rechtspraak en internationale verdragen) is neergelegd.

Het tweede deel van de pedagogische opdracht van het vak Encyclopedie is in zekere zin ambitieuzer. Ook hier bevat de stof een kenniscomponent, maar studenten worden ook geacht te *leren nadenken* over de grondslagen en uitgangspunten van het recht. Dat wil zeggen: zij dienen niet alleen te weten wat de rechter en de wetgever hebben gedacht, maar zij dienen *zelf* na te denken over het recht. Zij moeten zich als het ware in de rol van de wetgever plaatsen. Niet alleen wat het recht *is* (legaliteit) vormt hier het voorwerp van aandacht, maar ook wat het recht *zou moeten zijn* (legitimiteit). Aan deze problematiek is dit boek gewijd. De thema's die in dit boek worden aangesneden zijn daarom ook wat men kan noemen 'politiek filosofisch', 'rechtsfilosofisch' of 'ethisch'.

Wij weten uit ervaring dat studenten aanvankelijk wat onwennig staan tegenover deze benadering, maar dat het uiteindelijk de rechtenstudie veel intrigerender, veel

interessanter maakt wanneer men dit ook werkelijk oppakt als de uitdaging die het zonder meer is.

Niet alleen wordt daardoor de rechtswetenschap interessanter, wij denken ook dat een bezinning op de grondslagen van het recht belangrijk is op grond van op zijn minst twee andere redenen. Allereerst: alleen een encyclopedische bezinning op de rechtswetenschap garandeert het wetenschappelijk karakter van de rechtswetenschap. Als tweede: alleen wanneer juristen hebben geleerd na te denken over de achtergronden van het recht, kunnen zij op een bevredigende manier functioneren in de rechtspraktijk.

Over dat laatste nog dit, want het is tot op zekere hoogte een contra-intuïtieve stelling. Juristen zijn in de samenleving werkzaam in allerlei functies, onder andere als beleidsadviseurs. In een democratische rechtsstaat betekent dit dat het beleid op zijn juridische consequenties en aanvaardbaarheid is, en ook steeds moet worden, getoetst. Wet is wet (of *lex dura, sed lex*) wordt steeds minder geaccepteerd. In de democratische staat en in een democratische samenleving wordt van elke functionaris verwacht dat hij ook een kritische houding kan aannemen tegenover de regels. Dat vergt wijsheid. De jurist heeft daarom iets van de figuur die in de Franse politieke doctrine wordt aangeduid als de 'Éminence grise', iemand die zich achter de schermen op de grondslagen van het beleid bezint. In Jean-Léon Gérômes (1824-1904) gelijknamige schilderij uit 1873, dat op de voorkant van dit boek is afgebeeld, komt dat mooi tot uitdrukking. De frase 'Éminence grise' verwees oorspronkelijk naar François Leclerc du Tremblay (1577-1638), de rechterhand van kardinaal Richelieu (1585-1642). Richelieu regeerde, maar de 'grijze eminentie' studeerde en dacht na over het beleid. Hij genoot daarin groot aanzien, zoals het schilderij laat zien.

Wij zijn ons ervan bewust dat het 'grijze' niet direct een punt van identificatie is voor jongeren aan het begin van hun carrière, maar wij hopen dat 'eminentie' hen niet afschrikt.

Het is, tenslotte, wellicht goed erop te wijzen dat dit boek niet een overzicht wil geven van zoveel mogelijk thema's die te maken hebben met de grondslagen van het recht, maar dat een keuze is gemaakt voor enkele onderwerpen die de laatste tijd sterk de aandacht trekken. Het zwaartepunt ligt op een analyse van de begrippen rechtsstaat, democratie mensenrechten en de scheiding van kerk en staat (of secularisme). De schrijvers van dit boek nemen ook zelf nadrukkelijk standpunten in over deze onderwerpen. Wij proberen bepaalde zaken te verdedigen met de beste argumenten die wij kunnen bedenken. En wij hopen studenten en anderen die geinteresseerd zijn in de gepresenteerde problematiek te stimuleren hetzelfde te doen. Dit boek beoogt dus ook een soort bijdrage te zijn aan wat men in de internationale literatuur noemt "Arguing about law".

Dit boek wordt niet alleen gebruikt bij het academisch onderwijs in de rechtswetenschap, het is daar ook uit voortgekomen. Als de schrijvers treden op Paul Cliteur en Afshin Ellian, beiden als hoogleraar verbonden aan de afdeling Encyclopedie van de rechtswetenschap van de universiteit van Leiden, maar wij hebben ons voordeel mogen doen met de adviezen van vele eminenties uit onze afdeling, zoals Gelijn Molier, Arie-Jan Kwak, Tom Herrenberg, Janneke Vink, Mirjam van Schaik, Machteld Zee, Roy van Keulen, Claudia Bouteligier en Bastiaan Rijpkema. Wij zijn ook veel verschuldigd aan onze promovendi met wie wij vele gesprekken hebben gehad over onderwerpen die in dit boek worden behandeld. Een aantal van hen, zoals Thierry Baudet, David Suurland, Floris van den Berg en Margriet Krijtenburg, hebben wij weten te verleiden tot het schrijver van een 'blurb' achter op dit boek.

Wij bedanken ook graag de redactieraad van Leiden University Press voor enkele nuttige tips. Dat geldt ook voor het gewaardeerde commentaar van twee anonieme referenten. Verder waren we zeer gelukkig met de goede samenwerking met Anniek Meinders, Romy Uijen, Amber de Groot van LUP en met Charlotte Boelens, de beeldredacteur. En last but not least: het boek ziet er prachtig uit.

November 2015
Paul Cliteur
Afshin Ellian

HOOFDSTUK 1

Legaliteit en legitimiteit in natuurrechtsleer en rechtspositivisme

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.

Men kan het ook anders formuleren: een rechtsorde kan dan wel *legaal* zijn, dat wil zeggen: in overeenstemming met de wet, maar is zij daarmee ook *legitiem*? Dat wil zeggen: in overeenstemming met beginselen van rechtvaardigheid?

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 volgende passage:

> 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]

[1] Quinton spreekt van 'the fundamental problem of political philosophy'. Vgl. Quinton, Anthony (ed.), *Political philosophy,* Oxford University Press, Londen 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.

Er wordt in deze verklaring aangegeven dat de statelijke wetgeving en het statelijk bestuur ergens een grens hebben. Namelijk daar waar deze in strijd komen 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.[3]

Ook over de inhoud van die onvervreemdbare rechten zegt de Onafhankelijkheidsverklaring het een 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 George III (1738-1820) 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. Zijn regering werd 'illegitiem' verklaard.

Nu doet zich de hierboven beschreven situatie niet alleen voor in revolutionaire tijden 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' (497 v.o.j. – 406 v.o.j.) *Antigone* werd een conflict beschreven waarbij een beroep wordt gedaan op een hoger soort recht dan de statelijke wetgeving. Sophocles beschrijft dat de tiran Kreon had bevolen dat Polyneices, de broer van Antigone, niet zou mogen worden begraven.[4]

---

[3] Zie over de Onafhankelijkheidsverklaring en de ideologische achtergrond daarvan: Corwin, Edward S., *The 'Higher Law' background of American constitutional law,* Great Seal Books, Cornell University Press, Ithaca, New York 1955; Dershowitz, Alan, *Blasphemy: How the Religious Right is hijacking our Declaration of Independence,* John Wiley & Sons, Hoboken, New Jersey 2007; Becker, Carl L., *The Declaration of Independence: A Study in the History of Ideas,* Vintage Books, Random House, New York 1970 (1922).

[4] 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:

Op 11 juni 1776 werd door het Amerikaanse congres een commissie ingesteld van vijf leden die een onafhankelijkheidverklaring zouden moeten opstellen. Die leden waren John Adams, Benjamin Franklin, Thomas Jefferson, Robert R. Livingston en Roger Sherman. Op Jean Leon Gerome Ferris's schilderij (1900) zien we de commissie aan het werk. In iets meer dan twee weken schreef Jefferson een eerste versie. Deze verklaring werd op 29 juni 1776 aan het congres voorgelegd. Ansichtkaart gepubliceerd door The Foundation Press, Inc., in 1932

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 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

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, Londen 1951, p. 8.

> weinig voor om ze te overtreden uit vrees voor de wil van een willekeurig mens en zo de wraak van de goden te riskeren.[5]

'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 lijken uit deze woorden te kunnen afleiden dat Antigone een voorloper is van wat later de 'goddelijke bevelstheorie van de moraal' zal worden genoemd. Dat is de theorie die ervan uitgaat dat God of goden ons bepaalde normen voorschrijven die als de hoogste beginselen van recht en moraal kunnen worden gezien.[6] Waarom is iets goed? Omdat God of goden het hebben voorgeschreven. Waarom is iets slecht? Omdat het door God of goden is verboden. Kreon kan dan wel denken dat hij de hoogste bron van recht en moraal is, maar eigenlijk zijn de *goden* dat volgens Antigone. En als Kreon iets decreteert dat in strijd is met het goddelijke recht, dan gaat het goddelijke recht voor dat van Kreon. Het 'goddelijke recht' wordt op die manier geplaatst boven het 'positieve recht', het recht dat de staat uitvaardigt.

Dat is enerzijds een aantrekkelijke optie, we worden immers niet met huid en haar overgeleverd aan de willekeur van de staat, zo lijkt het. Maar het heeft ook een gevaarlijke kant, want elke fanaticus kan zich onttrekken aan de wetten van de staat met een beroep op het hogere recht. Het huidige theoterrorisme levert ons daarvan de voorbeelden. Daarbij zullen we onder 'theoterrorisme' verstaan: terrorisme dat gebaseerd is op een bepaalde godsconceptie.[7] Dat is de godsconceptie van een volkomen goede en almachtige God die bepaalde wetten aan deze wereld bindend voorschrijft. De wetten van die god zijn zó belangrijk dat, wanneer ze niet worden nagevolgd, een theoterrorist meent dat geweld geboden is om dat te realiseren.[8] Voorbeelden van

---

5 Vgl. hierover ook: Weinreb, Lloyd L., *Natural law and justice,* Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts/Londen, England 1987, p. 23 e.v.

6 Zie daarover: Idziak, Janine Marie, 'Divine Command Morality: A Guide to the Literature', in: Janine Marie Idziak, *Divine Command Morality: Historical and Contemporary Readings,* The Edwin Mellen Press, New York en Toronto 1979, pp. 1-38; Cliteur, Paul, *The Secular Outlook: In Defense of Moral and Political Secularism,* Wiley-Blackwell, Chicester 2010.

7 Cliteur, Paul, 'Theoterrorisme', in: Paul Cliteur en Dirk Verhofstadt, *Het Atheïstisch Woordenboek*, Houtekiet, Antwerpen 2015, pp. 297-298.

8 https://www.ensie.nl/paul-cliteur/theoterrorisme

theoterroristen vinden we in alle drie de monotheïstische tradities.[9] Jigal Amir (*geb.* 1975) denkt dat hij met goddelijke opdracht en legitimatie Jitzak Rabin (1922-1995) mag en zelfs moet vermoorden. Scott Roeder (*geb.* 1958), de 'christelijke terrorist', denkt dat het zijn goddelijke opdracht is om George Tiller (1942-2009), de Amerikaanse abortusarts, te vermoorden. En Mohammed B. (*geb.* 1978) denkt dat het zijn goddelijke roeping is om Theo van Gogh (1957-2004) om het leven te brengen. In al die gevallen gaat het om moorden die door de moordenaars worden gezien als goddelijke opdrachten. In het geval van Antigone gaat het natuurlijk 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. De spanning tussen het sympathieke beroep op 'hoger recht' van Antigone en het minder sympathieke beroep op hoger recht van de zijde van de theoterroristen is een onderwerp dat regelmatig zal terugkeren in dit boek.

Vijf kenmerken van natuurrecht

Deze voorbeelden, één ontleend aan de klassieke cultuur (Antigone) en enkele ontleend aan het moderne denken (de voorbeelden van theoterrorisme), confronteren ons op indringende wijze met de waarden van 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.o.j.) 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

[9] Zie daarover: Shukla, I.K., 'Theoterrorism As Statecraft', in: *Humanist,* Vol. 61, Issue 4, May/June 2001, pp. 4-5; Cliteur, Paul, 'The Challenge of Theoterrorism', in: *The New English Review,* 30 May 2013; Cliteur, Paul, 'The Rudi Carrell Affair and its Significance for the Tension between Theoterrorism and Religious Satire', in: *Ancilla Iuris,* 2013: 15, pp. 15-41; Cliteur, Paul, & Helmich, Maurits, 'Theoterrorisme: humanitaire interventie bij ons', in: Jasper Doomen en Afshin Ellian, red., *De strijd van gelijkheid en vrijheid*, Boom Juridische Uitgevers, Den Haag 2015, pp. 161-185.

natuurrecht dat zou gelden voor alle plaatsen en tijden.[10] 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. De kenmerken die we in verschillende combinaties bij natuurrechtsaanhangers aantreffen, zijn:[11]

1. dat er een absoluut geldig recht bestaat;
2. dat dit recht kan worden afgeleid uit de menselijke natuur of de aard van de werkelijkheid;
3. dat voor het kennen van dit recht de redelijke vermogens van de mens toereikend zijn;
4. dat er een inhoudelijke toets in de vorm van natuurrechtelijke beginselen wordt gehanteerd voor de gelding van het positieve recht;
5. dat positief recht dat die toets niet kan doorstaan niet als geldig erkend kan worden;
6. dat deze inhoudelijke toets bestaat uit een verzameling van speculatieve en metafysische ideeën.

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

[10] Vgl. Cicero, *De Republica,* b. III, XXII, 33: 'Er is een waarachtige wet, een rechte rede overeenkomstig de natuur, aanwezig in allen, onveranderlijk, eeuwig.'

[11] 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.'

auteurs[12] 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', dat wil zeggen: 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 auteur die grote invloed heeft uitgeoefend op het Amerikaanse constitutionele denken en dan met name de ideologie achter de onafhankelijkheidsverklaring.[13] 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.[14] Zo heeft de moderne natuurrechtsdenker John Finnis (*geb.* 1940) 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 (1856-1938), 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.

[12] 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.

[13] 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 en London 1996 (1941).

[14] 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.

Thomas van Aquino, zoals afgebeeld op het Demidoff altaarstuk en geschilderd door Carlo Crivelli (1430-1495). The National Gallery, Londen

Plato

Thomas van Aquino had voor zijn filosofie in het algemeen en natuurrechtsleer in het bijzonder inspiratie opgedaan bij Aristoteles (384/3-322 v.o.j.) en deze was weer een leerling van Plato (427-347 v.o.j.).[15] 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 '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.

[15] Vgl. hierover het vierde hoofdstuk, 'The heritage of Plato', in: Randall, *Plato: dramatist of the life of reason,* p. 36-54, en: Piltz, Anders, *The World of Medieval Learning,* Basill Blackwell, Oxford 1981, p. 40 e.v.

In de *Phaedo,* genoemd naar een van Plato's leerlingen, zien we dat Plato zijn leermeester Socrates (470 v.o.j. – 399 v.o.j.) als gesprekspartner introduceert en aan hem de grondgedachten van de ideeënleer in de mond legt. Socrates zegt namelijk: 'Het komt mij namelijk 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.'[16]

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.[17] 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.[18] 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 zijn 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 altijd gelijk blijft.

Met dit onderscheid 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

[16] Vertaling van: Vogel, C.J. de, *Plato, De filosoof van het transcendente*, derde druk, Het Wereldvenster, Bussum 1983 (eerste druk 1974), p. 57.

[17] 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/Londen 1960. Vgl. tevens: Guthrie, *Socrates,* p. 33.

[18] De Vogel, *Plato,* p. 58. En: Burnet, John, *Greek Philosophy. Thales to Plato*, MacMillan, Londen en Basingstoke 1978 (1914), p. 126.

Socrates in zijn cel. Nadat het Atheense bewind hem had veroordeeld tot het drinken van de gifbeker, brengt hij de laatste uren door met zijn leerlingen, waaronder Plato. Jacques-Philip-Joseph de Saint Quentin, De dood van Socrates *(1762). École nationale supérieure des beaux-arts, Parijs*

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.[19] 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 natuurrechtsleer. Hoe wordt deze uitgewerkt in de natuurrechtsleer?

[19] Vgl. Burnet, *Greek philosophy,* p. 126.

Teleologie

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.

Het woord 'teleologie' is een combinatie van het Griekse τελος (*telos*), wat 'doel(eind)' betekent, en λογος (logos), wat 'rede' of 'leer' betekent. De teleologie is dus een leer van de doelen of de finaliteit. In een 'teleologische verklaring' probeert men een verklaring te geven van bepaalde veranderingsprocessen in de wereld door te verwijzen naar de doelen van dingen. Een teleologische verklaring van menselijk handelen ligt erg voor de hand. Bijvoorbeeld: Waarom werkt Shakira zo hard voor haar tentamen? Omdat zij een goed cijfer wil halen en met hoge cijfers wil afstuderen. Bij een teleologische verklaring verwijs je dus naar een 'doel', naar iets in de toekomt.

Deze verklaring klinkt heel plausibel. We gaan ervan uit dat *mensen* zich bepaalde doelen kunnen stellen. Maar geldt dat ook voor niet-menselijke wezens? Voor dieren? Voor dingen? De gedachte dat *alle dingen* een doel (*telos*) hebben was een belangrijk element uit de filosofie van Aristoteles, die dat op zijn beurt weer ontleend had aan Plato en wat Thomas van Aquino weer van Aristoteles overnam.[20]

Men gaat in deze visie uit van de natuur als een teleologische orde. De natuur is de bron waaruit het natuurrecht voortvloeit. Alle delen van de natuur zijn gericht op een doel, volgens Thomas. Hij noemde die streefkracht de *inclinatio naturalis* (de natuurlijke neiging).[21] De algemene wetmatigheid dat alle dingen streven naar hun

[20] Zie hierover: Stace, W.T., *Religion and the Modern Mind,* Macmillan & Co., Londen 1953.

[21] 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 (...)'

eigen doel die zich als een goddelijk plan in het verstand van God bevindt, noemt Thomas de *lex aeterna*, de eeuwige wet.[22]

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.[23] Maar door wie? Dat kan alleen maar God zijn, meent Thomas.[24] God is de grote architect die het universum heeft geschapen en alle dingen op hun doel heeft gericht.

De mens als redelijk wezen

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 weer een zekere

[22] 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.*

[23] 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/Londen 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.

[24] 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.

plaats vrij voor het redelijke denken, dat wil zeggen een denken dat niet gestuurd wordt door de christelijke openbaring.[25]

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.

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 bestaat, dat wil zeggen: onafhankelijk van menselijke wetgeving. Bovengenoemde beginselen noemt men het *primaire natuurrecht*.

[25] 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, Londen 1972, p. 185. Zie over beginselen: Westerman, Pauline, *Recht als raadsel: een inleiding in de rechtsfilosofie*, Uitgeverij Paris, Zutphen 2012, pp. 199-206.

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 *a priori*, 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, dat is althans 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 voorafgaan aan alle ervaring, in ons geval de ervaring van het positieve recht.

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 twee dimensies onderscheiden: absoluut geldig naar *tijd* en naar *plaats.* Wat het eerste betreft: het natuurrecht ontwikkelt zich niet in de geschiedenis. Het is een tijdloos recht, onveranderlijk.[26] 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 (106-43 v.o.j.). 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

[26] 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.

> 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. (Cursivering toegevoegd; PC en AE)

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.

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.[27]

Wat betreft de functie van het natuurrecht: het natuurrecht is bij Thomas een *kritische toets* voor het positieve recht.[28] Wanneer de vorst wetten uitvaardigt die een

[27] *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.

[28] 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 Ibid., p. 95: 'The recognition of the existence of an ideal law did not necessarily imply that positive

grove schending inhouden van het natuurrecht, dan is dat géén 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.

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 privéwelzijn van de bestuurder (...). En daarom heeft de omverwerping van deze regering niet het karakter van een opstand (...).'[29]

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 om wetten die in strijd zijn met 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.

Bezwaren

Hoe bruikbaar is het natuurrecht als normatieve grondslag van het recht?

Eén ding is zeker: het klassieke natuurrechtsdenken is zwaar 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 16de en 17de eeuw. Wij kunnen de natuur eenvoudigweg niet meer zien als een teleologische orde. Het is Darwins evolutietheorie die het teleologische denken een

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.'

[29] Aangehaald bij: Delfgaauw, B., *Thomas van Aquino, Een kritische benadering van zijn filosofie*, Het Wereldvenster, Bussum 1980, p. 166.

zware slag heeft toegebracht. Allerlei schijnbaar doelmatige structuren kunnen door natuurlijke selectie zijn ontstaan.[30]

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 (Auguste Comte), het rechtspositivisme.

Het rechtspositivisme is de tweede grote stroming in het denken over de grondslagen van het recht. Wanneer men zou kunnen zeggen dat de natuurrechtsaanhangers sterk gepreoccupeerd zijn met de vraag naar de legitimiteit van het recht dan zijn de rechtspositivisten meer georiënteerd op de legaliteit van het recht.

Rechtspositivisten zijn er, net als natuurrechtsaanhangers, in verschillende soorten. Tot de rechtspositivisten worden gerekend de Engelse rechtsfilosofen Jeremy Bentham (1748-1832), John Austin (1790-1859), H.L.A. Hart (1907-1992) 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. We zullen 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 zullen wij ons beperken tot één vertegenwoordiger van het rechtspositivisme, namelijk Kelsen. Kelsen is 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

[30] De verandering van het teleologische wereldbeeld naar een wereldbeeld waarin geen plaats was voor doelmatigheid wordt mooi beschreven in: Stace, W.T., 'Man against Darkness', in: *The Atlantic Monthly,* September 1948, ook opgenomen in: *Man against Darkness and other Essays,* University of Pitssburgh Press, Pittsburgh 1967, pp. 3-18; Stace, W.T., *Religion and the Modern Mind,* Macmillan & Co., Londen 1953.

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 natuurrechtsaanhanger 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.[31]

Maar laten we niet te lang stilstaan bij Kelsens uitwerking van het rechtspositivistische standpunt, omdat hij ons in dit kader vooral interesseert als criticus van het natuurrechtsdenken. Drie bezwaren van Hans Kelsen tegen de natuurrechtsleer zullen we nu iets verder uitwerken. Het gaat om: (1) het bezwaar dat natuurrechtsdenkers overstappen van het zijn naar het moeten (of van het feitelijke naar het normatieve);

[31] In zekere zin gaat dit terug op het onderscheid van Kant tussen categorische en hypothetische imperatieven. Vgl. Waldron, Jeremy, 'Why Law – Efficacy, Freedom, or Fidelity?', in: *Law and Philosophy,* 13 (1994), p. 259-284, p. 259: 'The internal morality argument would be a way of establishing what Kant called a hypothetical imperative'.

(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.

'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.[32] 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.[33] 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 zelf-

[32] 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.

[33] Kelsen, Ibid., p. 5.

behoud 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.[34] 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.

'Leerformeln'

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 voor zover 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.[35] 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

[34] Kelsen, Ibid., p. 410.

[35] Kelsen, Hans, *Was ist Gerechtigkeit?* Zweite Auflage, Franz Deuticke, Wien 1975 (eerste druk 1975), p. 26.

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.[36] 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 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'.

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 argumentatie 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'.

[36] Kelsen, Ibid., p. 26.

Het standpunt dat waardeoordelen slechts uitingen van emoties zijn en niet rationeel te rechtvaardigen werkt Kelsen ook uit onder verwijzing naar de doel-middelrelatie. 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.

Beoordeling van de bezwaren

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?

Lon Fuller

Allereerst zullen we de kwestie van het 'Sein' en 'Sollen' behandelen. Of de natuurrechtsaanhanger zich schuldig maakt aan een gedachteloze 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 rechtspositivisten 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 niets anders onder de aandacht brengt dan dat een rechtssysteem eenvoudig niet *kan voortbestaan* zonder op z'n minst een aantal procedurele vereisten aan het recht te stellen. Een mooi voorbeeld

van een natuurrechtsdenken dat zich niet bezondigt aan het vermengen van 'Sein' en 'Sollen' is de theorie van de Amerikaanse rechtsfilosoof Lon Fuller (1902-1978).[37]

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 beslissingen 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.[38] Fuller constateert niet meer of minder dan dat een rechtssysteem dat deze procedurele vereisten op grove schaal schendt *eenvoudig niet kan voortbestaan 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 acht beginselen in alle rechtsstelsels voorkomen en om die reden ook *moeten* voorkomen. Maar dat doet hij niet.

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 (1790-1859) 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.[39] 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

[37] 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, p. 21-51.

[38] Vgl. voor Fullers 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, p. 312-346, en Cliteur, 'Fuller's Faith', Ibid., p. 100-124.

[39] Vgl. Morison, W.L., *John Austin,* Edward Arnold, Londen 1982, p. 154-155.

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 (1878-1949).[40] 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 overtuigend. Zoals uit de weergave van de opvattingen van Austin hierboven blijkt, gaat de rechtspositivist uit van twee aannames die door de natuurrechtsaanhanger niet worden gedeeld. Allereerst gaat Austin (en na hem ook Hart) er kennelijk van uit dat men onproblematisch kan vaststellen wat het positivieverecht 'is', zonder in de beoordeling te treden wat het zou 'moeten zijn'. Volgens natuurrechtelijk geïnspireerde denkers 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.[41]

Men zou een vergelijking kunnen maken tussen een rechter en een dirigent.

Rechter en 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

[40] 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, p. 49-87.

[41] Vgl. onder andere: Dworkin, Ronald, 'How Law Is Like Literature', in: *A Matter of Principle,* Harvard University Press, Cambridge etc. 1985, p. 146-166.

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 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)[42] 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.'[43] 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

[42] 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, Londen 1954 (1832/1863), Lecture I, p. 9-33.

[43] 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, Londen en Basingstoke 1973, p. 29.

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 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.

Ubi societas, ibi ius

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.[44] Het gaat hierbij echter om geleidelijke overgangen. Een normstelsel kan ook meer of minder recht zijn; recht is een kwestie van gradatie, niet van harde overgangen.[45] Deze voor het verschijnsel recht zeer typische stand van zaken kan met Kelsens rigide onderscheid van 'Sein' en 'Sollen' niet goed verklaard worden.

Nogmaals: 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

[44] Vgl. Allen, Carleton, Kemp, *Law in the making,* Clarendon Press, Londen 1951 (eerste druk 1927).

[45] Vgl. voor dit standpunt: Fuller, Lon L., 'Reason and Fiat in Case Law', in: *Harvard Law Review,* Vol. 59 (1946), p. 376-395.

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 ten slotte 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.

Alternatief natuurrecht

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. Maar gaat hij niet te ver? kan men vragen. Maar 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 door te schieten naar een 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 aard 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 kunnen afvragen 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.

Wij denken dat dit mogelijk is. Daarbij is dan van belang dat we leren van de fouten van de klassieke natuurrechtsleer.Dat wil zeggen dat we hierna (1) vermijden om uit feitelijke standen van zaken normen af te leiden, iets dat heel goed vermeden kan worden, zoals het werk van Fuller leert; (2) 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); (3) laten zien dat het mogelijk is om de rationalistische legitimatie van het klassiek natuurrechtsdenken te vervangen door een wat meer bescheiden benadering – hier aangeduid als traditionalistisch.[46]

Perelman en Hayek

Voor een uitwerking van dit perspectief zouden we aansluiting kunnen zoeken bij auteurs als Friedrich Hayek (1899-1992), Chaïm Perelman (1912-1984), Karl Larenz (1903-1993)[47] en anderen die – zonder te vervallen in de fouten van de klassieke natuurrechtsdenkers – niettemin menen dat het mogelijk is het rechtspositivistisch scepticisme 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.[48] Na de Tweede Wereldoorlog en na het proces van Neurenberg doen de rechtbanken steeds vaker

[46] Vgl. Acton, H.B., 'Tradition and some other forms of action', in: *Proceedings of the Aristotelian Society,* Vol. 53 (1952-53), p. 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), p. 8-27; Krygier, Martin, 'Law as Tradition', in: *Law and philosophy,* 5 (1986), p. 237-262.

[47] Larenz, Karl, *Richtiges Recht, Grundzüge einer Rechtsethik*, Verlag C.H. Beck, München 1979.

[48] 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, Londen 1951, p. 96.

een beroep op algemene rechtsbeginselen, die gemeenschappelijk zijn voor alle beschaafde volkeren, aldus Perelman.[49]

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.[50]

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 alledag 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.[51]

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

[49] Perelman, Chaïm, *Juridische logica als leer van de argumentatie,* Standaard Wetenschappelijke Uitgeverij, Antwerpen/Amsterdam, p. 113.

[50] Perelman, *Juridische logica als leer van de argumentatie*, p. 118.

[51] 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.; heruitgegeven als: Cliteur, Paul, *Natuurrecht, Cultuurrecht, Conservatisme.* Grondslag van de democratische rechtsstaat, met interview door Syband Buve, Onder auspiciën van het Rudolf von Laun Instituut voor Toegepaste Metafysica, Universitaire Pers Fryslân, Leeuwarden 2005, 622 pp.; en Berg, P.G.J. van den, *Rechtvaardigheid en privaatrecht,* Gouda Quint, Deventer 2000.

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.

Hayek over spontane ordening

Hayeks opvattingen[52] over het 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).[53]

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 (1596-1650) 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.[54] 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, is het resultaat van gewoonten en manieren van doen die zijn ontstaan zonder dat iemand daar iets 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?[55] Hayek is ervan overtuigd dat dit 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 be-

[52] Zie voor een inleiding in zijn werk: Klamer, Arjo, & Teule, Paul, & With, Claudine de, 'Friedrich von Hayek', in: Thierry Baudet & Michiel Visser, red., *Conservatieve vooruitgang: de grootste denkers van de twintigste eeuw*, Uitgeverij Bert Bakker, Amsterdam 2010, pp. 301-317.

[53] 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).

[54] 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 en Henley 1982, p. 10.

[55] Hayek, *Law, legislation and liberty*, p. 12.

paalde 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 afbakening 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.[56] 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 danken 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 doordat verschillende mensen in het voetpad van hun voorganger lopen. Dat maakt het lopen eenvoudiger en is dus louter zelfzuchtig gedrag. Maar na verloop

[56] 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 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 Maistre parafraseert. Vgl. Talmon, J.L., *Political Messianism*, *The Romantic Phase*, Secker & Warburg, Londen 1960, p. 300.

van tijd heeft zich een pad gevormd.[57] 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).

Traditie

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

[57] Butler, Eamonn, *Hayek. His contribution to the political and economic thought of our time*, Temple Smith, Londen 1983, p. 17.

De Schotse filosoof David Hume (1711-1776) is vooral bekend geworden door zijn sceptische kijk op het principe van de causaliteit. We zien niet dat de stoot van de keu het rollen van de biljartbal veroorzaakt, maar interpreteren de werkelijkheid op die manier. Allan Ramsay, David Hume, 1711 - 1776. Historian and philosopher *(1766). Bequeathed by Mrs Macdonald Hume to the National Gallery of Scotland*

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.[58] 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

[58] Hume, David, *Dialogues concerning natural religion,* edited with introduction by Henry D. Aiken, Hafner Press, Collier Macmillan Publishers, New York Londen 1948, p. 39.

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 een dergelijke 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.

Een toets voor het 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 naziperiode gold, maar *niet* met het nazirecht. 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.[59] 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 zijn grens daar waar deze in tegenspraak komt met algemeen aanvaarde beginselen van het volkenrecht of het natuurrecht.

[59] Vgl. voor deze casuïstiek: Hommes, H.J., *Een nieuwe herleving van het natuurrecht,* W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle 1961.

Gustav Radbruch

In dat oordeel was de Duitse rechter sterk beïnvloed door de ideeën van de Duitse rechtsgeleerde Gustav Radbruch (1878-1949).[60] 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 (*Lex dura, sed lex:* de wet is hard, maar het is de wet). 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.[61] 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 aankomt is te vragen wat rechtens is, niet of het ook rechtvaardig is.[62] 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 om 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.[63]

Maar nu werd men na de Tweede Wereldoorlog ineens geconfronteerd met gevallen als die van Dr. V., die 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

[60] Vgl. Jansen, C.J.H., 'Gustav Radbruch', in: P.B. Cliteur & M.A. Loth, red., *Rechtsfilosofen van de twintigste eeuw,* Gouda Quint, Arnhem 1992, p. 71-91, in het bijzonder p. 81 en 82.

[61] Vgl. ook reeds M. Tullius Cicero, *De Legibus,* iii.

[62] Radbruch, *Rechtsphilosophie,* p. 178.

[63] Radbruch, Ibid., p. 178.

gemaakt tegen willekeurige, afgrijselijke en misdadige wetten.[64] 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),[65] schrijft hij dat het nationaalsocialisme de kans heeft gekregen de juristen aan zijn kant te krijgen omdat twee principes voetstoots werden 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 een onveranderlijk natuurrecht, maar om een natuurrecht met wisselende inhoud.[66] Dat betekent dat Radbruch ten aanzien van de inhoud van de normatieve grondslag van het recht dicht de opvattingen nadert die we hiervoor ook bij Perelman en Hayek hebben onderkend en die we hebben aangeduid als 'cultuurrecht'.

H.L.A. Hart

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),[67] maar

[64] Opgenomen in: Radbruch, Gustav, *Vorschule der Rechtsphilosophie,* 2. Auflage, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen 1959 (eerste druk 1947).

[65] Eveneens opgenomen in *Vorschule.*

[66] 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.

[67] Hart, H.L.A., *The Concept of Law,* Oxford University Press, Oxford 1961.

voor ons is in dit verband relevanter een opstel uit 1958, getiteld *Positivism and the Separation of Law and Morals*.[68]

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.[69] 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.

---

[68] 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, p. 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, p. 119-137.

[69] 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.

Hart-Fuller-discussie

Zo zien we dat het probleem wat er moet gebeuren met de nazimisdadigers eigenlijk een hele serie rechtsfilosofische problemen oproept. We kunnen die hier niet allemaal behandelen en nog minder oplossen. Het is misschien alleen wel verhelderend om 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 er 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 naziheerschappij 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 en dergelijke). In een soort wijsgerig sprookje getiteld 'The grudge informer' onderscheidt Fuller vijf standpunten die men zou kunnen innemen met betrekking tot onrechtvaardig recht: (1) men kan, achteraf bekijkend, het nazirecht 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 nazisysteem 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.

Een synthese

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 aan 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.[70] 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?

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 twee standaards dient te worden beoordeeld: (i) 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 (ii) 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 voor-

[70] Vgl. Ott, Walter, *Der Rechtspositivismus, Kritische Würdigung auf der Grundlage eines juristischen Pragmatismus*, Duncker & Humblot, Berlin 1976; Westerman, Pauline, *Recht als raadsel: een inleiding in de rechtsfilosofie*, Uitgeverij Paris, Zutphen 2012, pp. 271-299.

gedaan; immers, het rechtspositivisme is in Engeland altijd een dominante stroming geweest.

Waar Hart in zijn opstel overigens niet op ingaat, is het fascisme dat in de jaren dertig ook een zekere aanhang had *in Engeland.* Denk aan de uitspraak van de Britse burger tegenover de Britse fascistenleider Sir Oswald Mosley (1896-1980) toen die burger zei: *How can I get rid of you, if you don't please me?*[71]

Uit die anekdote komen twee zaken naar voren. Allereerst: ook in Groot-Brittannië was er een gevaar dat het fascisme aan de macht zou komen. De bijdrage van Bastiaan Rijpkema aan *Wat te doen met antidemocratische partijen* (2014) maakt duidelijk dat het fascisme een grote aanhang had, ook in landen buiten Duitsland en Italië. En bovendien: het fascisme was populair bij intellectuelen als Thomas Mann (1875-1955) en H.G. Wells (1866-1946), die later vaak zouden worden opgevoerd als modelburgers die de waarden van de democratische rechtsstaat op voorbeeldige wijze incorporeren.[72]

Dit alles valt niet zo goed te rijmen met Harts visie dat het rechtspositivisme in Engeland heilzaam heeft gewerkt. Ook Groot-Brittannië was in de jaren dertig van de twintigste eeuw geen modelstaat van democratisch-liberaal denken.[73] Maar – en nu komt een punt waarop Hart de hier opgevoerde gegevens zou kunnen interprete-

[71] Aangehaald in: Rijpkema, Bastiaan, red., *Wat te doen met antidemocratische partijen? De oratie van George van den Bergh uit 1936*, ingeleid door Bastiaan Rijpkema, met een voorwoord van René Cuperus, en een nawoord van Paul Cliteur, Elsevier Boeken, Amsterdam 2014, p. 129.

[72] Wells was ook een belangrijke activist voor de Universele Verklaring van de Rechten van de mens die in 1948 (dus twee jaar na zijn overleden) daadwerkelijk tot stand kwam. Zie: 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), p. 447-477.

[73] Een beeld van het fascisme in Engeland krijgen we indirect ook via de roman van Kazuo Ishiguro (*geb.* 1954), *The Remains of the Day,* Vintage International, New York 1989. Het boek gaat over de butler die dient in het huis van Lord Darlington, een goedgelovig man die probeert de dreigende oorlog met Duitsland af te wenden door vriendschappelijke betrekking aan te knopen met adellijke amateurpolitici in andere delen van Europa, maar ook met de nazi's. Na de oorlog bleek Darlington zich te hebben verkeken op de intenties van de nazi's. Maar de butler had met een soort hondentrouw Lord Darlington zijn hele leven gediend, zonder kritische vragen te stellen. In dit boek komt dus ook weer de problematiek naar voren die in het Hart/Radbruch/Fuller debat speelt. In 1994 werd onder de regie van James Ivory en met dezelfde titel het boek van Ishiguro verfilmd. Het zou te ver gaan de butler te verwijten dat hij het 'Befehl ist Befehl' had gevolgd, maar in ieder geval had hij het niet in overeenstemming met zijn functie geacht kritische vragen te stellen bij wat zich afspeelde in het huis dat hij had gediend.

ren als *ter ondersteuning* van zijn standpunt – het is ook juist dat de mentaliteit van de burger die aan Mosley de kritische vraag heeft gesteld, heeft gezegevierd.

De discussie tussen natuurrechtsaanhangers en rechtspositivisme heeft zich in de loop der tijd dus verfijnd. Hoewel voor beide benaderingen in het recht wel iets te zeggen valt (wat ook gebeurt), zullen we er hier van uitgaan dat een normstelsel dat op grove schaal rechtsbeginselen en grondrechten schendt geen 'recht' genoemd zou moeten worden.

Lex iniusta non est lex?

Het betreft hier een in het recht en de rechtswetenschap overigens bepaald geen excentrieke semantiek. We zullen daar aan het slot van dit hoofdstuk nog iets langer bij stilstaan.

We hebben gezien: rechtspositivisten vinden de stelling dat onrechtvaardig recht geen recht is een hoogst bizarre semantische praktijk. Maar is dat wel zo vreemd? In ieder geval kan men zeggen dat juristen lager recht dat in strijd met hoger recht 'geen recht' plegen te noemen. Het is 'null and void', zoals de Amerikaanse jurist James Bryce (1838-1922) heeft uiteengezet in *The American Commonwealth* (1893), zijn magistrale werk over het 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.[74] Dat is anders in de Verenigde Staten. In de Verenigde Staten wordt het Congres 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 Congres de bevoegdheden 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 erkend: 'these rules are not law, but are null and

[74] 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, p. 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/Londen 1993, p. 153-163.

void'.[75] 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.'[76]

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 bevoegdheden gedelegeerd aan het Congress. Echter, dat Congres 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 Congres in passing it was not really a law-making body, but a mere group of private persons.'[77] 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.[78]

Dit betekent, aldus Bryce, dat een 'wet' die door het Congres wordt uitgevaardigd, en die buiten zijn competentiegebied valt, niet meer effect heeft dan een wet van een

[75] Bryce, James, *The American Commonwealth,* Vol. I, The MacMillan Company 1926 (1893), p. 244.

[76] Bryce, *The American Commonwealth, I*, p. 244.

[77] Bryce, *The American Commonwealth, I*, p. 246.

[78] 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.

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'.[79]

Deze passage is voor de natuurrecht/rechtspositivisme-discussie ook van belang. 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?[80] 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 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

[79] Bryce, *The American Commonwealth, I*, p. 247.

[80] 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) en London 1995, p. 145-171.

gevaarlijk zijn, maar in combinatie met de Engelse volksaard minder, zoals een 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 we tot slot de in dit hoofdstuk gepresenteerde gedachtegang 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 zijn we 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 dat werd aangeduid als het 'cultuurrechtelijk perspectief'. Bij de uitwerking van dat cultuurrechtelijk perspectief is aansluiting gezocht bij de ideeën van Friedrich Hayek, Chaïm Perelman en David Hume.

Wanneer we het cultuurrecht in de vorm van het geheel van beginselen zoals dat in de westerse samenlevingen als de normatieve grondslagis aanvaard, vergelijken met het klassieke natuurrecht, zouden we kunnen stellen dat het wat betreft de *status* geen absolute gelding heeft, maar evenmin volstrekt 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. Voor een rechtsorde geldt dat deze niet alleen maar *legaal* moet zijn, maar ook *legitiem*. En die legitimiteit verkrijgt een rechtsorde door overeenstemming met de dragende beginselen van het recht. Het geheel van die dragende beginselen is hier aangeduid als 'cultuurrecht'.

HOOFDSTUK 2

De democratische rechtsstaat als legitiem staatsmodel

In 1989 verscheen van een toen totaal onbekende Amerikaanse ambtenaar een artikel in het tijdschrift *The National Interest* dat de aanleiding is geweest tot een enorme discussie in de intellectuele wereld: 'The End of History',[1] geschreven door Francis Fukuyama.[2]

Fukuyama (*geb.* 1952) betoogde dat de huidige tijd wordt gekenmerkt door een opvallende consensus ten aanzien van de legitimiteit van de liberale democratie ('liberal democracy') als staatsmodel. Velen lijken het erover eens te zijn dat de 'liberale democratie' het enige levensvatbare ideologische model is. Het heeft op alle plaatsen in de wereld, in alle culturen, rivalen weten te overwinnen. Of het nu gaat om de erfelijke monarchie, het fascisme of het communisme, de liberale democratie heeft geen serieuze uitdagers meer. De liberale democratie is het *einde van de ideologische evolutie* van de mensheid; het is de uiteindelijke regeringsvorm. We leven daarom aan het 'einde van de geschiedenis'.[3]

Die stelling van Fukuyama uit 1989 werd reeds snel daarna door de politieke ontwikkelingen gelogenstraft. Weliswaar viel de Berlijnse Muur en daarmee het Sovjet Imperium, maar spanningen in het Midden-Oosten wezen als snel uit dat de ideologische conflicten nog niet de wereld uit waren.

Wat wij nu in het tweede hoofdstuk van *Legaliteit en legitimiteit* zullen doen, is de these van Fukuyama als uitgangspunt nemen voor de bespreking van de legiti-

[1] Fukuyama, Francis, 'The End of History', in: *The National Interest,* 1989, no. 16 (Summer), pp. 3-18.

[2] In 1992 werd dit uitgewerkt tot een boek onder de titel *The End of History and the Last Man*, The Free Press, Macmillan, New York etc. 1992.

[3] Verschillende Nederlandse commentaren op het werk van Fukuyama zijn gebundeld in: Stokkom, B. van, red., *Voorbij de ideologie,* Gooi & Sticht, Baarn 1991.

Francis Fukuyama is de schrijver van The End of History*, een kort opstel waarmee hij een wereldwijde discussie ontketende over de betekenis van liberalisme en ideologieën in het algemeen. Fotograaf: Romain Boutillier, 2013*

miteit van het model van wat Fukuyama 'liberal democracy' noemt en wat we in het Nederlands zouden kunnen vertalen met 'democratische rechtsstaat'. We zullen de eind-these op zijn merites beoordelen voor de *constitutionele* geschiedenis. Dat gebeurt door te onderzoeken of het samenlevingsmodel van de liberale democratie wordt gekenmerkt door *tegenstellingen* die het op den duur zullen verzwakken en vervolgens plaats doen maken voor andere politieke modellen.

We spreken van constitutionele geschiedenis, omdat onze invalshoek niet die van politieke ideologieën is, maar die van constitutionele modellen of systemen. We kunnen daarbij onder een 'constitutie' verstaan het geheel van beginselen volgens welke de samenleving is ingericht en dat soms in een geschreven tekst is neergelegd.

In dit hoofdstuk gaat het ons om de constitutie van een bepaald soort staat, de democratische rechtsstaat, een constitutioneel model dat identiek is aan wat Fukuyama de liberale democratie noemt.[4]

Dit hoofdstuk valt in drie delen uiteen.

Allereerst wordt een nadere bepaling gegeven aan de ideeën van Fukuyama en andere verwante denkers die spreken over het einde van de geschiedenis en het einde van de ideologie.

4 Dit wordt later nog verantwoord.

Vervolgens wordt een uitwerking gegeven aan het constitutioneel model dat aan het einde van de geschiedenis dominant is.

Zoals gezegd, hierbij gaat het om het model van de democratische rechtsstaat, een model waarin de twee centrale idealen van de westerse constitutionele ontwikkeling, te weten rechtsstaat en democratie, ten dele verwerkelijkt zijn.

Ten slotte wordt nog het een en ander gezegd over de ideologische uitgangspunten van het model van de democratische rechtsstaat.

Postmodernisme

Fukuyama's these heeft heel wat opschudding veroorzaakt, en dat is ook wel begrijpelijk. Hij gaat regelrecht in tegen een aantal gevestigde overtuigingen van deze tijd. Interessant is bijvoorbeeld zijn verhouding tot wat men wel het 'postmodernisme' noemt.

Een van de meest intrigerende kanten aan het werk van Fukuyama is dat het weliswaar overeenkomsten vertoont met wat men tegenwoordig 'postmodern gedachtegoed' noemt, maar dat het daarvan toch op zulke beslissende punten afwijkt dat men zijn werk eveneens een radicale kritiek op bepaalde postmoderne ideeën zou kunnen noemen. Fukuyama's ideeën komen met die van andere postmoderne auteurs overeen voor zover ook hij benadrukt dat we tegenwoordig in een veranderd geestesklimaat leven, een tijd waarin allerlei grote ideologieën, levensovertuigingen en politieke systemen zijn weggevaagd. Ook hij proclameert – in de woorden van de Franse filosoof J.F. Lyotard (1924-1998) – het 'einde van de grote verhalen'. Maar hij onderscheidt zich van andere postmoderne auteurs wanneer hij stelt dat dit zo is, juist *omdat één van die verhalen alle andere heeft verdrongen.* Het verhaal van de liberale democratie heeft volgens Fukuyama namelijk alle concurrerende verhalen naar de achtergrond geschoven.

Het is, gezien in het licht van het voorgaande, een interessante vraag of we Fukuyama terecht als een postmodern schrijver kunnen typeren. Uiteindelijk is dat een kwestie van definitie. Het hangt ervan af wat men onder 'postmodern' wil verstaan. Fukuyama heeft modernistische trekken; immers, het ideaal van de liberale democratie is een ideaal van het modernisme. Wanneer hij nu de dominantie van de liberale democratie als politiek systeem constateert, zou men kunnen zeggen dat hij niet *breekt* met modernistisch gedachtegoed, maar daaraan juist een enorme importantie verleent.[5] Anderzijds komt hij op hetzelfde punt uit als hedendaagse post-

[5] Als het niet zo afschuwelijk klonk zou men Fukuyama een vertegenwoordiger van het 'post-postmodern modernisme' kunnen noemen.

moderne denkers, namelijk bij de stelling dat we leven in een periode waarin grote ideologieën en levensbeschouwingen niet meer de toon aangeven.

Een interessante vraag is dan: hoe overtuigend is deze stelling over het einde van de geschiedenis? Zal inderdaad het politiek-ideologisch model dat op het ogenblik de toon aangeeft (dat van de liberale democratie) het definitieve model zijn? Om deze vraag te beantwoorden kunnen we verschillende wegen bewandelen.

De eerste is de meest betrouwbare: afwachten. Er is een bekende uitspraak van David Hume (1711-1776) dat we niet zeker kunnen zijn of de zon morgen opkomt (zie ook hoofdstuk 1 van dit boek).[6] Wanneer we generaliseringen over wetmatigheden in de natuurlijke werkelijkheid op hun waarde willen beoordelen, is de beste remedie af te wachten wat er gebeurt. Wanneer we dit transponeren naar de politieke werkelijkheid zou dat betekenen dat we ook hier moeten afwachten wat zich daadwerkelijk voordoet. Het is echter duidelijk dat niemand daar vrede mee heeft. Wanneer de stelling wordt verkondigd dat we nu aan het einde van de ideologie of het einde van de geschiedenis staan, zal een ieder geneigd zijn naar andere manieren te gaan zoeken om een dergelijke stelling op haar merites te toetsen dan gewoon af te wachten of zich weer eens een ideologische herleving voordoet. In dat kader worden verschillende argumentaties gehoord. Sommigen zeggen: ideologie is al verschillende keren dood verklaard, maar bleek toch telkens weer een herleving door te maken. Anderen zeggen: ideologie behoort zo tot het wezen van de mens dat de mens niet zonder kán.

Fukuyama bewandelt een derde weg. Bij het kritisch onderzoek naar de kansen dat de geschiedenis weer een nieuwe start zal maken, laat Fukuyama zich inspireren door Hegel (1770-1831) en Marx (1818-1883). Dat wil zeggen: hij gaat onderzoeken of de liberale democratie wordt gekenmerkt door *interne contradicties* die op korte of langere termijn met zich mee zullen brengen dat het systeem valt. Dat is het alternatief voor de meest betrouwbare, maar weinig aantrekkelijke optie om zijn stelling over het eind der geschiedenis te toetsen en die we hebben aangeduid als 'afwachten'.

We zullen ons in dit hoofdstuk laten inspireren door de 'marxistische' of 'hegeliaanse' benadering van Fukuyama en proberen te komen tot een analyse van de mogelijke contradicties binnen het politiek-constitutioneel bestel, waarvan hij de dominantie proclameert. Het verschil tussen het hiernavolgende en de wijze waarop Fukuyama zelf de problematiek aan de orde stelt, is dat we hier, in overeenstemming met de doelstellingen van dit hoofdstuk, ons zullen richten op een *politiek-theore-*

[6] Vgl. Russell, Bertrand, *The Problems of Philosophy,* Oxford University Press, Oxford etc. 1978 (1912), p. 33, en Hume, David, *Enquiries concerning Human Undertanding and concerning the Principles of Morals,* Third Edition, with text revised and notes by P.H. Nidditch, Clarendon Press, Oxford 1975, p. 35 e.v.

Portret van Georg Wilhelm Friedrich Hegel, zoals geschilderd door Jakob Schlesinger in 1831, het jaar van Hegels overlijden. Ook Hegel had al gemeend dat de geschiedenis geëindigd was, in zijn tijd namelijk. Alte National Galerie, Berlijn

tische of *staatkundig-constitutionele* benadering, terwijl Fukuyama's analyse veeleer van *cultuurfilosofische* aard is. Hij gaat in op de vraag of de 'laatste mens' niet uit verveling zal worden bewogen om de geschiedenis opnieuw te starten. Kennelijk gaat Fukuyama ervan uit dat een periode waarin het eind van de ideologie zijn beslag krijgt een periode van verveling zal inluiden. Een dergelijke diagnose kan men echter betwisten.

Men kan zich bijvoorbeeld afvragen of een dergelijke overtuiging niet een te grote betekenis toekent aan het politieke. De vraag of het leven als avontuurlijk of vervelend zal worden ervaren, heeft zeker zoveel met de persoonlijke levensgeschiedenis van mensen te maken als met collectieve ontwikkelingen in historisch verband.[7]

Ook staat de these van Fukuyama onder druk van de kant van diegenen die ontkennen dat het einde van de ideologische evolutie van de mensheid een einde van de geschiedenis zal betekenen. Zo werd al vier jaar nadat Fukuyama zijn artikel had geschreven door Samuel Huntington (1927-2008)[8] verdedigd dat na het afsterven van ideologieën, een proces dat Fukuyama terecht aan de orde heeft gesteld volgens Huntington, een botsing van *beschavingen* weer voor historische avonturen zal zorgen, daarmee een concept herintroducerend dat sinds Oswald Spengler (1880-1936) wat

[7] Vgl. bijvoorbeeld wat Schopenhauer over verveling schrijft, onder andere in: Schopenhauer, Arthur, *Sämtliche Werke,* I, ed. Löhneysen, Cotta/Insel, Frankfurt am Main 1976, pp. 427-430. Vgl. ook: Wilson, James Q., *American Government,* Institutions and Policies, Fifth Edition, D.C. Heath and Company, Lexinton (Mass.) en Londen 1992 (1980), p. 3.

[8] Vgl. Huntington, Samuel P., 'The Clash of Civilizations?', in: *Foreign Affairs,* Summer 1993, pp. 22-49. Vgl. ook de commentaren op dit opstel in: *Foreign Affairs,* September/Oktober 1993, pp. 2-28.

Samuel Huntington publiceerde in 1993, vier jaar na het verschijnen van het opstel van Fukuyama, een essay waarin hij een "Clash of Civilizations" aankondigde. © World Economic Forum, fotograaf: Peter Lauth, 2004

op de achtergrond was geraakt.[9] Verder is Fukuyama bekritiseerd op het feit dat de suprematie van het kapitalisme nog niet de suprematie van democratie en rechtsstaat betekent.[10]

Wij zullen ons in *dit* dispuut echter niet mengen. In plaats van stelling te nemen in een wat speculatieve cultuurfilosofische discussie is het misschien beter de termen waarin het debat gevoerd wordt iets te veranderen. De cultuurfilosofische discussie zal waarschijnlijk altijd wel onbeslist blijven, omdat hierbij vele en sterk verschillende factoren als mensbeeld, maatschappijbeeld, politieke voorkeuren *et cetera* een rol spelen. Misschien is het daarom verstandig om de Fukuyama-these op een iets minder speculatief niveau te toetsen, een terrein waarop wellicht iets meer kans is op consensus: dat van de constitutionele theorie. Hier wordt geprobeerd te beoordelen of naar aanleiding van een analyse van de begrippen 'rechtsstaat' (Fukuyama spreekt van 'liberalisme'; op de redenen voor het identificeren van deze termen in dit hoofd-

[9] In een periode dat voor 'beschaving' als concept weinig aandacht bestond verscheen overigens wel het interessante boek van: Quigley, Carroll, *The Evolution of Civilizations,* An Introduction to Historical Analysis, Liberty Press, Indianapolis 1979 (1961).

[10] In deze zin: Macey, Jonathan R., en Miller, Geoffrey P., 'The End of History and the New World Order: The Triumph of Capitalism and the Competition Between Liberalism and Democracy', in: *Cornell International Law Journal,* 25 (1992), pp. 277-303.

stuk komen wij nog terug) en 'democratie', zoals deze in de westerse maatschappijen ten dele verwerkelijkt zijn, contradicties zijn te onderkennen in de democratische rechtsstaat die deze ondermijnen. Daarvoor moeten we eerst nader ingaan op wat Fukuyama schrijft over de liberale democratie en vervolgens nagaan waar de problemen liggen met dit politiek-constitutioneel stelsel. Twee zaken zullen we proberen in het navolgende te ontwikkelen en in beide gevallen gaat het om zaken die onvoldoende aandacht krijgen in het werk van Fukuyama.

Allereerst zullen we proberen een nadere omlijning te geven van het politieke model dat volgens Fukuyama aan het eind van de geschiedenis dominant is geworden. Hebben we dat eenmaal gedaan, dan is het mogelijk om de vraag op te werpen of dat model interne spanningen heeft, zulke grote interne spanningen wellicht dat het einde van de geschiedenis toch een tijdelijke toestand zal blijken te zijn.

Geschiedenis zal in deze bijdrage dus worden opgevat als 'constitutionele geschiedenis': de geschiedenis van ideeën over de inrichting van het politiek bestel.

Democratische rechtsstaat

Uit het voorgaande blijkt dat Fukuyama spreekt van een liberale democratie als het model dat getriomfeerd zou hebben aan het einde van de geschiedenis. Om te beoordelen of er sprake is van (fatale) spanningen binnen dit model is het van belang dat we de onderdelen iets nader analyseren. Liberalisme en democratie hangen nauw met elkaar samen, schrijft Fukuyama, maar het zijn toch verschillende concepten.

Politiek *liberalisme* definieert hij als de 'rule of law' die bepaalde individuele rechten en vrijheden erkent als vrijgesteld van regeringscontrole. Kenmerkend voor liberalisme, schreef hij al in zijn artikel uit 1989, is dat het recht op vrijheid van de mens beschermd wordt. Het liberalisme legt beperkingen op aan de macht en bevoegdheid van de staat.

Democratisch is een regime daarentegen wanneer het regiem gelegitimeerd wordt door de goedkeuring van de geregeerden.

Wanneer we deze twee concepten van 'liberalisme' en 'democratie' goed op ons laten inwerken, blijkt dat wat Fukuyama verstaat onder 'liberalisme' in de Europese verhoudingen vaak wordt aangemerkt als 'rechtsstatelijk'. Immers, ook een rechtsstaat stelt beperkingen aan de macht van de overheid. De rechtsstaat reserveert een privésfeer voor de burger waarin de overheid niet geacht wordt te treden.[11] Het woord

[11] Vgl. over dit begrip: Holden, Barry, *Understanding Liberal Democracy,* Second Edition, Harvester/Wheatsheaf, New York etc. 1993.

democratie wordt in Europa en de Verenigde Staten in min of meer identieke zin gehanteerd. We kunnen daarom het begrip 'liberal democracy' het beste vertalen met 'democratische rechtsstaat'. Een democratische rechtsstaat of 'liberal democracy' probeert het politieke primaat te leggen bij democratische besluitvorming, maar het geeft tevens aan waar die democratische besluitvorming een grens heeft: er mag niet worden getreden in de privésfeer van de burger. Ook democratische besluitvorming heeft – net als niet-democratische besluitvorming – een grens en die is gelegen in bepaalde rechten die aan het individu toekomen.

Het is vooral van belang dat we rechtsstaat en democratie goed van elkaar onderscheiden. Fukuyama brengt nadrukkelijk onder de aandacht dat democratie en liberalisme niet hetzelfde zijn. Integendeel, zij kunnen zelfs in een scherp contrast tot elkaar komen te staan. Hoewel democratie en liberalisme vaak hand in hand zijn gegaan, is het mogelijk voor een land om liberaal te zijn (of in de Europese terminologie 'rechtsstatelijk') en niet democratisch.[12] Dat was het geval met het achttiende-eeuwse Engeland. Men kende een lijst van rechten, waaronder het kiesrecht, maar deze rechten werden slechts toegekend aan een kleine elite en onthouden aan anderen. Het is ook mogelijk dat een land democratisch is zonder liberaal (of 'rechtsstatelijk') te zijn, dat wil zeggen zonder de rechten van minderheden en individuen adequaat te beschermen. Een goed voorbeeld daarvan is volgens Fukuyama de hedendaagse Islamitische Republiek in Iran. Daar worden periodieke verkiezingen gehouden die gemeten met derdewereldstandaards voor democratie meer democratisch genoemd kunnen worden dan in de tijd van de Sjah.[13] Het islamitische Iran is echter bepaald geen liberale staat. Er bestaan geen waarborgen voor de vrijheid van meningsuiting en vrijheid van vergadering, om nog maar te zwijgen van de godsdienstvrijheid. 'The liberal revolution has left certain areas like the Middle East relatively untouched.'[14]

Eigenlijk heeft Fukuyama ons met deze contrastering van de beide elementen van het model van de liberale democratie tevens de richting gewezen waarop men de eventuele spanningen binnen het model van de liberale democratie (of democratische

[12] Vgl. hierover ook: Kägi, Werner, 'Rechtsstaat und Demokratie', in: *Demokratie und Rechtsstaat,* Festgabe zum 60. Geburtstag von Zaccaria Giacometti, Polygraphischer Verlag A.G., Zürich 1953, pp. 59-88, en de heldere analyse van deze begrippen bij: Bobbio, Norberto, *Liberalism & Democracy,* Verso, Londen/New York 1990.

[13] Mohammad Reza Pahlavi (1919-1980) regeerde vanaf 1941 tot 1979 Iran. In 1979 kwam met de Iraanse revolutie ayatollah Khomeini aan de macht. Zie over Khomeini en diens voorgangers: Taheri, Amir, *The Persian Night: Iran under the Khomeinist Revolution,* Encounter Books, New York en Londen 2009.

[14] Fukuyama, *The End of History and the Last Man,* p. 45.

rechtsstaat) aan de orde zou kunnen stellen. We zullen proberen te onderzoeken welke spanningen zich tussen liberalisme (rechtsstaat) en democratie voordoen. Om dat onderzoek adequaat te kunnen verrichten is echter eerst nodig dat we een scherper beeld ontwikkelen van de concepten rechtsstaat en democratie.

Democratie

Vergelijken we het begrip 'rechtsstaat' met het begrip 'democratie', dan is het laatste natuurlijk het bekendst.[15] In het alledaagse spraakgebruik wordt ermee bedoeld een politiek bestel waarin de burgers invloed kunnen uitoefenen op het bestuur van de staat. De burgers hebben gezamenlijk het laatste woord wanneer het gaat om de inrichting van de samenleving, niet enkelingen (de vorst of een aristocratische elite).

Bij democratie kunnen we dan nog onderscheiden naar directe en indirecte democratie. De twee tradities binnen het democratisch denken komen mooi tot uitdrukking in de bekende typering die Abraham Lincoln (1809-1865) van democratie heeft gegeven: 'government of the people, by the people, for the people'.[16] Democratie zou niet alleen een regering zijn *voor* het volk; dat wil zeggen in overeenstemming met de wensen van het volk. Democratie zou ook een regering zijn *door* het volk; dat wil zeggen een staatsvorm waarbij het volk actief participeert in de besluitvorming. In het laatste komt het ideaal van een *directe* democratie naar voren. Het meest 'democratisch' zou een staat zijn waarin de burgers zelf de staat besturen. Overdag gaan we naar het werk om het dagelijks brood te verdienen, 's avonds besturen we de stad en de staat.

Maar dat is om allerlei praktische redenen niet gemakkelijk. Wat er mis is met het socialisme, is dat het ons te veel avonden kost, zei Oscar Wilde (1854-1900). Dat zou men ook van een directe democratie kunnen zeggen. Zo'n directe democratie

[15] Enkele overzichtswerken over het concept en de geschiedenis van democratie zijn: Giebels, L.J., *Ontwikkeling van het democratisch denken,* Bres B.V., Amsterdam 1987; Watson, Patrick, & Barber, Benjamin, *The Struggle for Democracy,* W.H. Allen, Londen 1988; Bobbio, Norberto, *The Future of Democracy,* Polity Press, Oxford 1987; Held, David, *Models of Democracy,* Polity Press/Basil Blackwell, Cambridge 1987; Patterson, Thomas E., *The American Democracy,* Second Edition, McGraw-Hill, Inc., New York etc. 1993.

[16] Lincoln, Abraham, *Address at Gettysburg, Pennlylvania,* (1863), in: Abraham Lincoln, *Selected Speeches and Writings,* The Library of America, Vintage Books, New York, N.Y. 1992, p. 405.

bestond alleen in het klassieke Athene[17] en in kleine politieke gemeenschappen, zoals in Zwitserland. In een moderne geïndustrialiseerde samenleving is een dergelijke directe betrokkenheid van de burgers bij het staatsbestuur niet meer mogelijk. We moeten genoegen nemen met een *indirecte democratie*.[18] Ook Fukuyama blijkt daarvan uit te gaan wanneer hij in zijn omschrijving van democratie zo sterk de nadruk legt op verkiezingen, waaraan partijen kunnen deelnemen op basis van gelijk kiesrecht voor volwassenen.

De bekendste verdediger van het ideaal van de indirecte democratie is de econoom Joseph Schumpeter.[19] Schumpeter (1883-1950) heeft in zijn *Capitalism, Socialism and Democracy* (1942) de klassieke theorie van de democratie als een illusie ontmaskerd. Volkswil, algemeen welzijn en politieke keuze van de burger zijn volgens Schumpeter evenzovele illusies. Hij ziet democratie louter als concurrentiestrijd om de gunst van de kiezers.[20]

Met grote voortvarendheid rekent Schumpeter af met wat hij ziet als illusoire assumpties in het denken over politiek. Allereerst, aldus Schumpeter, is er niet zoiets als 'algemeen welzijn'. Dat bestaat niet, omdat elk zijn eigen doelen nastreeft. Als tweede gelooft Schumpeter niet in een wil van het volk die als eenheid tot uitdrukking kan worden gebracht. Als derde kritiseert hij de besluitvaardigheid van de individuele burger. Met name dat laatste element is uiterst relevant in het kader van de hedendaagse discussie over de wenselijkheid om de burger meer bij de politiek te betrekken. Volgens Schumpeter moeten we van die betrokkenheid van de burger niet al te hoge verwachtingen hebben. De meeste mensen interesseren zich meer voor hun

17 Een directe democratie betekent dat de burgers zonder vertegenwoordiging het politieke proces kunnen beïnvloeden, maar dat impliceert natuurlijk nog niets over de hoeveelheid mensen die de status van burgerschap hebben verworven. Slaven en vrouwen vielen daar buiten. Vgl. Kagan, Donald, *Pericles of Athens and the Birth of Democracy,* Simon & Schuster 1991; Klosko, George, *The Development of Plato's Political Theory,* Methuen, New York en Londen 1986; Sagan, Eli, *The Honey and the Hemlock,* Democracy and Paranoia in Ancient Athens and Modern America, Basic Books/HarperCollins 1991.

18 Vgl. Ruim voor Schumpeter werd er overigens ook door Bryce in *Modern Democracies* (1921) op gewezen dat voor het volk slechts overblijft om de leiders te controleren. Democratie is meer 'Government for the people' dan 'Government by the people'. Vgl. verder: Donner, A.M., 'De ontwikkeling van het democratisch denken', in: Thomassen, J.J.A., red., *Democratie,* Theorie en praktijk, Samsom Uitgeverij, Alphen aan den Rijn/Brussel 1981, pp. 14-44.

19 Vgl. over de historische setting van het boek: Swedberg, Richard, *Joseph A. Schumpeter,* His Life and Work, Polity Press, Cambridge 1991, p. 136 e.v.

20 Schumpeter, Joseph A., *Capitalism, Socialism and Democracy,* Harper Torch Books, New York etc. 1976 (1942), p. 250 e.v.

bridgetechniek dan voor politieke problemen. De lokale trivia van gezin, werk, buurt en misschien de gemeente waar hij woont, gaan hem verder meer aan het hart dan de grote politieke kwesties.

Zo komt Schumpeter tot de bevinding dat 'another theory of democracy' ontwikkeld zou moeten worden. Het accent zou moeten verschuiven van de vermeende wil van het volk naar verkiezingen. De wil van het volk is gewoon de wil van de meerderheid van het volk.

De beschouwingen van Schumpeter en zijn vele volgelingen worden gekenmerkt door een grote mate van realisme en in het geval van Schumpeter zelfs een zeker cynisme. Lange tijd heeft deze richting in de politicologie de toon aangegeven. De laatste tijd vinden we echter ook weer pogingen om aansluiting te zoeken bij de traditie van directe democratie.

Rechtsstaat

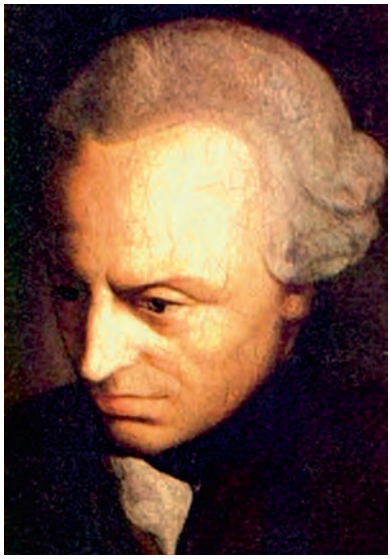
Het ideaal van democratie moeten we scherp onderscheiden van het ideaal van de *rechtsstaat.* Het ideaal van de rechtsstaat is tot ontwikkeling gekomen in aansluiting bij het gedachtegoed van onder anderen Immanuel Kant (1724-1804) en voornamelijk Duitse auteurs,[21] wier invloed zich in de loop van de negentiende eeuw op de staatsrechtsontwikkeling, ook in Nederland,[22] heeft doen gelden.[23]

We zullen hier het begrip 'rechtsstaat' als het pendant van democratie als één van de twee centrale aspiraties van de westerse staatsontwikkeling iets verder uitwerken.

[21] Onder anderen Otto Bähr in *Der Rechtsstaat,* Cassel und Göttingen 1864, en Rudolph Gneist, *Der Rechtsstaat,* Berlin 1872. Vgl. over het begrip rechtsstaat ook de bijdragen in het speciale nummer van het Duitse tijdschrift *Rechtstheorie,* 24 (1993).

[22] Vgl. voor Nederland: Mekkes, J.P.A., *Ontwikkeling der humanistische rechtsstaatstheorieën,* Libertas Drukkerijen, Utrecht/Rotterdam 1940; Burkens, M.C., 'De Nederlandse rechtsstaat', in: Couwenberg, S.W., red., *Op de grens van twee eeuwen,* Kok/Agora, in samenwerking met Civis Mundi, Kampen 1989, pp. 87-103; Engels e.a., J.W.M., red., *De rechtsstaat herdacht,* W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle 1989; Sap, J.W., *Wegbereiders der revolutie,* Calvinisme en de strijd om de democratische rechtsstaat, Wolters-Noordhoff, Groningen 1993; Couwenberg, S.W., *Gezag en vrijheid,* W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle 1991, p. 104 e.v.; Klink, A., *Christen-democratie en overheid,* De christendemocratische politieke filosofie en enige staats- en bestuursrechtelijke implicaties, diss. Leiden, W.D. Meinema BV, Delft 1991.

[23] Vgl. over het concept 'rechtsstaat': Sarcevic, Edin, *Begriff und Theorie des Rechtsstaats,* diss. Saarbrücken 1991; Löw, Konrad, *Rechtsstaat, Demokratie, Sozialstaat,* Carl Heymans Verlag KG, München etc. 1977; Schmitt, Carl, *Verfassungslehre,* 6e dr. Duncker & Humblot, Berlin 1983.



Immanuel Kant (hier op een 18e-eeuws schilderij van anonieme schilder) wordt beschouwd als de belangrijkste Duitse filosoof van de moderne tijd. Hij was ook een grondlegger van de rechtsstaatsidee en hij verdedigde de Verlichting

Dat betekent dat we ons zullen oriënteren op een *woord* dat in Nederland en Duitsland courant is geraakt, hoewel het *ideaal waarvoor het staat,* te weten de beperking van politieke macht door het recht, ook in de Amerikaanse traditie een belangrijke rol heeft gespeeld. In de Engelstalige literatuur wordt echter over het algemeen gesproken van de 'rule of law' (Brits) en van 'constitutionalism' (Amerikaans),[24] twee begrippen die weer in verschillende betekenissen door verschillende auteurs worden gehanteerd, maar die toch nauw verwant zijn aan het begrip 'rechtsstaat', zoals gehanteerd in de Europese, met name Duitse, context.

Het duidelijk van elkaar onderscheiden van de begrippen 'rechtsstaat', 'rule of law' en 'constitutionalism', evenals het analyseren van de verschillende manieren waarop deze door verschillende auteurs worden gehanteerd, zou een afzonderlijke verhandeling vergen. Voor ons is belangrijk dat het begrip 'rechtsstaat', zoals gehanteerd in de Duitse en Nederlandse literatuur, en het begrip 'constitutionalism', zoals gehanteerd

[24] Vgl. Alder, John, *Constitutional & Administrative Law,* Macmillan, Houndsmills 1989, p. 39; Chandler, Ralph C., Enslen, Richard A., Renstrom, Peter G., *The Constitutional Law Dictionary,* Vol. 2: Governmental Powers, ABC Clio Inc., Santa Barbara, California, Oxford, England 1987; Rosenthal, Albert J., 'Afterword', in: *Constitutionalism and Rights, The Influence of the US Constitution Abroad,* ed. Louis Henkin and Albert J. Rosenthal, Columbia University Press, New York 1990, pp. 397-403; Ten, C.L., 'Constitutionalism and the rule of law', in: Robert Goodin en Philip Pettit, eds., *A Companion to Contemporary Political Philosophy,* Blackwell, Oxford 1993, pp. 394-403.

in Amerikaanse literatuur, grotendeels identiek zijn aan het begrip 'liberalism', zoals omschreven door Fukuyama.

Hoewel het natuurlijk maar een kwestie is van terminologie zullen we hier dus Fukuyama niet volgen in het typeren van dit ideaal als 'politiek liberalisme'. De term 'liberalisme' doet velen, met name in Europa, denken aan een economisch systeem van de vrije markteconomie of kapitalisme en dat is niet in eerste instantie waarover we het hier willen hebben. Het gaat ons om het politieke systeem waarbij het recht bepaalde begrenzingen oplegt aan de macht van de staat. Samen met democratie betreft het hierbij een van de centrale aspiraties van de westerse staatsontwikkeling en wordt het doorgaans aangeduid als het ideaal van de rechtsstaat.

Het ideaal van de rechtsstaat is een reactie op de overtuiging, zo welsprekend verwoord door Lord Acton (1834-1902) dat 'all power tends to corrupt; absolute power corrupts absolutely'.[25] Dit is iets dat een rechtsstaat hoopt tegen te gaan: macht moet worden beperkt. Alleen beperkte macht is goede macht – ziedaar een belangrijk onderdeel van de rechtsstaatsgedachte.

Maar daarmee zijn we er nog niet, want macht kan op *vele manieren* worden beperkt. Aan elke macht zijn bijvoorbeeld natuurlijke beperkingen gesteld. We spreken weliswaar van een absoluut heerser, maar werkelijke almacht bestaat alleen in onze voorstellingswereld. We schrijven God almacht toe. Voor een vorst daarentegen geldt altijd dat, hoe effectief hij de bevolking ook kan onderdrukken, hij nog altijd afhankelijk is van de gehoorzaamheid van de paleiswacht.[26]

Naast deze 'natuurlijke' beperkingen van de politieke macht kan men ook doelbewust bepaalde beperkingen *creëren* om machtsmisbruik te voorkomen. Men zou kunnen spreken van een 'cultuurlijke' beperking. Daarvan is het ideaal van de rechtsstaat een voorbeeld. Een rechtsstaat is een staat waarbij *het recht* boven de staat verheven is: *het recht beperkt de geïnstitutionaliseerde politieke macht van de regering, van de rechter en ook van de wetgever,* zij het dan dat het accent ligt op beperking van de macht van regering en wetgever.[27]

---

[25] Lord Acton aan Bishop Mandell Creighton in 1887, aangehaald bij: Rosa, Peter de, *Vicars of Christ,* Corgi Books, Transworld Publishers, Londen 1992 (1988), p. 11.

[26] Dit werd reeds door Hume onder de aandacht gebracht. Vgl. de interessante beschouwingen hierover bij: Dicey, A.V., *An Introduction to the Study of the Law of the Constitution,* tenth edition, MacMillan, Houndmills etc. 1987 (1885), p. 77.

[27] Zie: Baudet, Thierry, *De aanval op de natiestaat,* Uitgeverij Bert Bakker, Amsterdam 2012, p. 260; Rijpkema, Bastiaan, *Weerbare democratie: de grenzen van democratische tolerantie*, Dissertatie Leiden, Leiden 2015, p. 184, p. 192.

In de Amerikaanse doctrine spreekt men van *limited government* als kern van de rechtsstaatsidee.[28] Zoals uit het bovenstaande blijkt is dat juist, maar het is slechts een halve waarheid. Niet *alle beperkingen op macht* zijn rechtsstatelijk. Rechtsstatelijk zijn alleen die beperkingen op de macht *door het recht zelf.*

Het verschil tussen beperkingen op de overheidsmacht *op zichzelf* en beperkingen op de overheidsmacht *door het recht* kan gemakkelijk met een voorbeeld worden verduidelijkt. Stel dat in een bepaald land de overheid veel problemen heeft met de georganiseerde misdaad. Die is erg machtig. Dan is een sterke maffia in dat land ongetwijfeld iets dat de macht van de overheid beperkt. Toch zal niemand op het idee komen om die beperking van de overheidsmacht te kwalificeren als 'rechtsstatelijk'. Rechtsstatelijk is pas een beperking van overheidsmacht wanneer die een basis heeft in het recht. Als bijvoorbeeld een grondwetsbepaling aangeeft dat de overheid geen wetgeving mag maken die in strijd is met de vrijheid van expressie van de burgers, dan noemt men die bepaling uit de Grondwet een 'rechtsstatelijke' beperking op de macht van de overheid.

In de loop van de achttiende en negentiende eeuw heeft men geprobeerd om dit ideaal van rechtsstatelijke beperkingen op de overheidsmacht institutioneel gestalte te geven. Men meende dat het rechtsstatelijk ideaal het beste zou kunnen worden verwerkelijkt, wanneer:

a) De staat zich zou binden aan recht (legaliteitsbeginsel).
b) De staat zich zou binden aan grondrechten.
c) Dit recht en deze grondrechten in een speciaal document zouden worden opgetekend (grondwet).
d) Dit document alleen met een verzwaarde meerderheid kan worden gewijzigd (rigide constitutie).
e) Een speciaal orgaan de bevoegdheid zou krijgen ervoor te waken dat de rechten van de burgers niet worden geschonden door de staat (constitutionele toetsing).

Over deze lijst van kenmerken dienen twee opmerkingen te worden gemaakt.

[28] Vgl. McIlwain, Charles Howard, *Constitutionalism, ancient and modern,* Cornell University Press, Ithaca, New York 1947 (1940), p. 23; McIlwain, C.H., 'The fundamental law behind the constitution of the United States', *Constitutionalism & the changing world,* Cambridge University Press, Londen etc. 1939, p. 244, die stelt: 'All constitutional government is by definition limited government.'

Allereerst: het gaat niet om een definitie, maar om een normaaltypische omlijning van het begrip.[29] Dat wil zeggen dat het gaat om een lijst van kenmerken die in verschillende combinaties worden aangetroffen. Op dit element komen wij later nog terug.

Een tweede opmerking is dat het in een dergelijke omschrijving van de rechtsstaat gaat om een tamelijk minimalistische omlijning. Uitgangspunt vormt dat de macht van de staat beperkt moet worden. Echter, niet *elke* beperking van de macht van de staat noemen we rechtsstatelijk. Rechtsstatelijk is alleen, zoals we hiervoor al hebben aangegeven, de beperking van de macht van de staat *door het recht*.[30] Laat men dat laatste vereiste als een noodzakelijke voorwaarde om van rechtsstaat te spreken varen, dan loopt men het gevaar dat het begrip rechtsstaat een inflatoire aangelegenheid wordt. Immers, het aantal factoren dat de macht van de staat beperkt, is in principe onbegrensd.

Zo zou men ook een zekere mate van *machtenscheiding en machtsevenwicht* tot het begrip rechtsstaat kunnen rekenen (iets dat in vele omschrijvingen ook gebeurt). Immers, in het scheiden en in een evenwichtige verhouding tegenover elkaar plaatsen van de staatsmachten van wetgeving, bestuur en rechtsspraak ligt een zekere waarborg tegen machtsmisbruik van de staat. Verder zou men ook *federalisme* als een element van het rechtsstaatsbegrip kunnen opnemen; immers, ook wanneer we uitgaan van een systeem waarin aan deelstaten een relatieve autonomie is toegekend ten opzichte van het centrale gezag, dan beperkt dat de macht van het centrale staatsverband.[31] Tevens zou men het bestaan van *intermediaire structuren* tussen burger en staat kunnen opnemen in het begrip van de rechtsstaat. Thomas Hobbes (1588-1679) noemde alle instituties tussen burger en staat 'wormen in de ingewanden van de staat'; immers, zij vormen een beperking van de gewenste soevereiniteit van het centrale gezag, aldus Hobbes.[32]

Beperking van de centrale staatsmacht is juist een aspiratie van de rechtsstaat en men zou dus het bestaan van intermediaire structuren als een kenmerk van een rechtsstaat kunnen opvoeren. En verder zou men ook een *vrije pers* een kenmerk van

[29] Zie over het normaaltype: Franken, H. (in samenwerking met P.W. Brouwer, P.B. Cliteur en M.A. Loth), *Encyclopedie van de rechtswetenschap*, tiende druk, Kluwer, Deventer 2003 (1980), p. 159.

[30] Dat is overigens wel het geval wanneer men vrije pers of vrije verkiezingen construeert als voortspruitend uit grondrechten.

[31] Vgl. Bogdanor, Vernon, 'The Constitution', in: *The Thatcher Effect,* edited by Dennis Kavanagh en Anthony Seldon, Clarendon Press, Oxford 1989, p. 135.

[32] Aangehaald bij: Bogdanor, 'The Constitution', p. 138.

Thomas Hobbes (hier op een 17e-eeuws schilderij van een anonieme schilder) was de schrijver van Leviathan*, een staatkundig werk waarbij hij op basis van de contractstheorie een dictatoriale almacht aan de staat wilde toekennen.*

de rechtsstaat kunnen noemen. Door een vrije pers immers wordt de macht van de staat beperkt.

Toch zullen we dat hier niet doen, omdat het hierbij strikt genomen niet gaat het om beperkingen van de macht *door het recht.* In het geval van de machtenscheiding gaat het om beperking van politieke macht door een bepaald organisatieprincipe. Men organiseert de uitoefening van macht zodanig dat tegenover de macht van het ene staatsorgaan macht van een ander staatsorgaan staat. Weliswaar is een dergelijke organisatie geregeld door het recht, maar hier is het toch niet het *recht zelf* dat een dergelijke beperking oplegt.[33] We zullen hier proberen om – ten dele in afwijking van gangbare opvattingen over de rechtsstaat – zo veel mogelijk van een minimale conceptie van rechtsstaat uit te gaan. Alleen zo lijkt gewaarborgd dat het begrip niet te ver uitdijt en het scherp tegenover het concept van democratie kan worden geplaatst om daarmee te worden vergeleken.

Vijf beginselen van de rechtsstaat

(a) Legaliteitsbeginsel

Kenmerkend voor een rechtsstaat is dat de staat gebonden is aan het recht, hebben we hiervoor geconstateerd. We zouden daaronder kunnen verstaan dat de staat gebonden is aan het recht in die zin dat de staat zich bij de uitoefening van zijn taken

[33] De begrippen 'rechtsstaat' en 'democratie' hebben een neiging tot uitdijen die ook door J. Raz aan de kaak wordt gesteld ten aanzien van het begrip 'rule of law'. Vgl. daarover Raz, J., 'The Rule of Law and its Virtue', in: Raz, J., *The Authority of Law,* Clarendon Press, Oxford 1979, pp. 210-233.

moet baseren op het *recht dat deze zelf maakt.* In een dergelijk geval zou men kunnen spreken van een *formeel* rechtsstaatsbegrip.[34]

We kunnen dit illustreren aan de hand van een voorbeeld op het terrein van het strafrecht. Het strafrecht is dat deel van het recht dat de overheid ter beschikking staat om overtredingen en misdrijven te straffen. Wanneer iemand iets steelt, kan de staat, meer specifiek het overheidsorgaan dat daarmee belast is, het Openbaar Ministerie, overgaan tot vervolging. In art. 310 van het Wetboek van Strafrecht is echter nauwkeurig geregeld *onder welke voorwaarden* de staat actie mag ondernemen, namelijk wanneer iemand:

1. een goed
2. wegneemt
3. dat geheel of ten dele aan een ander toebehoort
4. met het oogmerk van wederrechtelijke toe-eigening.

Door wettelijke bepalingen als waarvan de bovengenoemde een voorbeeld is, is een belangrijke rechtsstatelijke eis verwerkelijkt: de overheid mag alleen optreden binnen de in art. 310 Sr. nauwkeurig omschreven grenzen.

Daarin ligt een belangrijk waarborgkarakter van wettelijke regels. Wettelijke regels beperken niet alleen de vrijheid van burgers ten opzichte van elkaar, zoals men vaak denkt (en wat ook zeker het geval is), maar zij realiseren ook een zekere mate van vrijheid: zij vrijwaren de burger van een willekeurige beperking van zijn gedragsalternatieven door de overheid.

De burger wordt *vrij* doordat het overheidsgedrag voorspelbaar wordt. De macht van de staat wordt door het recht beperkt. In die zin maakt het recht ons vrij, hoe paradoxaal dat op het eerste gezicht ook moge klinken.

Door de staat te binden aan het recht, is een belangrijke rechtsstatelijke eis verwerkelijkt. Het beginsel dat dit ideaal verwoordt, noemt men het *legaliteitsbeginsel*.[35] Het heeft een (grond)wettelijke basis in art. 1 van het Wetboek van Strafrecht en in art. 16 van de Grondwet. Het luidt: Geen feit is strafbaar dan uit kracht van een daaraan voorafgegane wettelijke strafbepaling.

---

[34] Zie hierover: Rijpkema, Bastiaan, *Weerbare democratie: de grenzen van democratische tolerantie*, Dissertatie Leiden, Leiden 2015, p. 22, 80, 153-160, pp. 177-178.

[35] Vgl. over het legaliteitsbeginsel: Groenhuijsen, M.S., *Straf en wet,* Gouda Quint, Arnhem 1987; Stolwijk, S.A.M., 'Artikel 1, eerste lid en het legaliteitsbeginsel', in: *Gedenkboek honderd jaar Wetboek van Strafrecht,* Gouda Quint, Arnhem 1986; Neumann, Franz, *Die Herrschaft des Gesetzes,* Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main 1980.

Nu zou men zich kunnen afvragen of een dergelijke benadering niet iets te formeel is. De rechtsstaat eist de onderwerping van geïnstitutionaliseerde politieke macht aan het recht. Maar wat is recht? Ook hier kan men een minimalistische en een maximalistische strategie onderscheiden, evenals verschillende tussenposities die men kan innemen. In de minimalistische strategie gaat het om een rechtspositivistische benadering in de traditie van John Austin (1790-1859), die recht ziet als het geheel van bevelen dat door de soeverein is uitgevaardigd en dat met dwang kan worden gehandhaafd (zie hoofdstuk 1).[36] Vandaar kan men echter uitbreidingen maken. Ook Austin zag wel dat het om een *algemeen* bevel zou moeten gaan, een punt dat ook Hayek voor de geest stond toen hij het had over 'algemene en bekendgemaakte regels' die het de burger mogelijk maken te voorspellen hoe de overheid zal handelen.[37] Het bevel van het recht richt zich niet tegen deze ene persoon, maar richt zich tot een onbeperkte klasse van subjecten.[38] Algemeenheid behoort tot het specifieke karakter van het recht.

Het is duidelijk dat we met het omlijnen van een begrip van recht het gevaar lopen dat een formele conceptie langzaam zal worden aangekleed tot een materiële conceptie met als gevolg dat allerlei politieke idealen deel gaan uitmaken van de gehanteerde terminologie, die daarmee vervolgens niet meer hanteerbaar wordt.[39] Maar hoe voorzichtig men daarmee ook moet zijn, bepaalde implicaties die in het begrip van recht besloten liggen kan men toch bezwaarlijk negeren. Zo heeft men er wel op gewezen dat ook een verbod op wetten met terugwerkende kracht tot de specifieke

[36] Vgl. Austin, John, *Lectures on Jurisprudence,* or the Philosophy of Positive Law, fifth edition, revised and edited by Robert Campbell, in two vols. Vol. 1, John Murray, Londen 1929 (1861), p. 34: 'Every positive law, or every law simply and strictly so called, is set by a sovereign individual or a sovereign body of individuals, to a person or persons in a state of subjection to its author.'

[37] Vgl. Hayek, F.A., *The Constitution of Liberty,* Routledge and Kegan Paul, Londen en Henley 1976 (1960), p. 148 e.v. Zie ook: Klamer, Arjo, & Teule, Paul, & With, Claudine de, 'Friedrich von Hayek', in: Thierry Baudet & Michiel Visser, red., *Conservatieve vooruitgang: de grootste denkers van de twintigste eeuw*, Uitgeverij Bert Bakker, Amsterdam 2010, pp. 301-317.

[38] Vgl. Pollock, Frederick, *A First Book of Jurisprudence,* Sixth edition, MacMillan, Londen 1929, p. 37, en Hayek, F.A., *The Constitution of Liberty,* Routledge & Kegan Paul, Londen en Henley 1976 (1960), p. 15 e.v.

[39] Hier doemt het gevaar op van de 'proliferatie' of 'wildgroei' van mensenrechten. Zie daarover: Cliteur, Paul, 'De dreigende proliferatie van mensenrechten', in: Huls, N.J.H., red., *Grenzen aan mensenrechten,* Stichting NJCM-boekerij, Leiden 1995, pp. 7-33; Cliteur, Paul, 'Waardoor worden de rechten van de mens het meest bedreigd: door utopisme of door cynisme?', in: K. Groenveld, red., *Proliferatie van mensenrechten,* Prof. mr. B.M. Teldersstichting, Den Haag 1996, pp. 17-35.

geaardheid van het recht – en daarmee de rechtsstaat – zou behoren, iets waartegen weinig bezwaar lijkt te kunnen worden gemaakt.

We kunnen ons hier niet bezighouden met een analyse van het rechtsbegrip, zoals dat generaties van rechtsfilosofen heeft geïntrigeerd. We verwijzen alleen nog naar de acht beginselen die de Amerikaanse rechtsfilosoof Lon Fuller heeft omlijnd en die in hoofdstuk 1 al zijn opgevoerd als de centrale vereisten om van recht te spreken. De beginselen van Fuller omlijnen een rechtsbegrip dat een juist midden lijkt te houden tussen een minimale en maximale lijst van kenmerken om van recht te kunnen spreken. Fuller heeft, zoals we al hebben gezien in het vorige hoofdstuk, 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 beslissingen voor afzonderlijke gevallen; (2) men 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) 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.[40]

Fuller constateert niet meer of minder dan dat een rechtssysteem dat deze procedurele vereisten op grove schaal schendt *eenvoudig niet kan voortbestaan als rechtssysteem*. Het blijft echter een tamelijk minimalistische benadering, maar dat is, zoals gezegd, een goede aanpak voor ons doel: het scherp tegenover elkaar kunnen plaatsen van de concepten van rechtsstaat en democratie.

(b) Grondrechten

Een rechtsstaat is dus een staat die (1) zichzelf gebonden weet aan het recht, en we spreken van recht wanneer (2) de normen voldoen aan de vereisten die door Fuller werden geïdentificeerd. De vraag is nu of we voor een overtuigende conceptie van rechtsstaat niet nog één stap verder moeten gaan. Dat vormt een punt van verschil tussen de Britse en de Amerikaanse traditie in het denken over rechtsstatelijkheid.

In de Britse traditie beperkt men zich tot het vereiste dat de overheid onderworpen is aan het gewone recht in de hierboven omlijndezin.[41] De Amerikanen vragen

[40] Fuller, Lon L., *The Morality of Law,* Yale University Press, New Haven en London 1978 (1964), p. 33 e.v.

[41] Vgl. over de relatie tussen de Britse rechtsfilosofische traditie (Austin, Bentham) en het denken over constitutioneel recht: Mount, Ferdinand, *The British Constitution Now,* Recovery or Decline?, Heineman, Londen 1992, p. 39 e.v.; Loughlin, Martin, *Public Law and Political Theory,* Clarendon Press, Oxford 1992, p. 13 e.v.; Craig, P.P., *Public Law and Democracy in the United Kingdom and the*

echter verder: zou een effectieve bescherming van de burger niet tevens met zich meebrengen dat we bepaalde rechten moeten afzonderen, waarvan kan worden gesteld dat ze ook niet door de *wetgever* mogen worden geschonden? Wanneer we zeggen dat het staatsoptreden gedekt moet zijn door de wet, hebben we nog niet gesteld dat er dingen zijn die de staat beslist niet mag doen. We hebben alleen nog maar gezegd dat er dingen zijn die de staat alleen maar op een *bepaalde manier* mag doen, namelijk overeenkomstig het recht, waarbij we dan nog wel de eis stellen dat het om recht moet gaan dat beantwoordt aan de eisen van Fuller. Het ideaal van zo'n *formele* rechtsstaat verzet zich echter niet tegen een wet die aangeeft dat de burgers met ingang van januari 2020 geen vrijheid van meningsuiting meer zullen hebben. De formele rechtsstaatsidee vereist maar één ding: dat de staat het grondrecht van de vrijheid van meningsuiting zal afschaffen door middel van een keurige wettelijke bepaling, die op iedereen van toepassing is, maar meer wordt niet vereist.

Men heeft daarom wel bepleit dat de staat niet alleen aan het recht *van eigen makelij* gebonden zou zijn, maar tevens aan bepaalde rechten die de staat nooit zou mogen schenden, ook niet wanneer daarvoor een keurige wettelijke grondslag bestaat. Men sprak wel van 'hoger recht' of van 'onvervreemdbare rechten'.[42]

Ook George van den Bergh (1890-1966) verwijst in zijn oratie naar die grondrechten. Zij vormden de 'onaantastbare' basis van menige natuurrechtelijke staatsconstructie, schrijft Van den Bergh.[43] Van den Bergh verwijst ook naar andere rechtsgeleerden die de grondrechten 'rechtens onaantastbaar' achten, zoals Hauriou (1856-1929) in diens *Précis de Droit Constitutionnel* (1930, tweede druk) en Léon Duguit (1859-1928) in *Traité de Droit Constitutionnel* (1911, derde druk 1927). Maar Van den Bergh gaat daar niet in mee. Hij ziet, zoals hij schrijft, de grondrechten niet als 'eeuwige, onveranderlijke rechten'.[44] Maar Van den Bergh ziet de grondrechten ook niet als grenzeloos variabel en het lijkt derhalve misschien verantwoord hem als een verdediger van het 'cultuurrecht' te zien in de zin, zoals dat in het vorige hoofdstuk is omlijnd.

United States, Clarendon Press, Oxford 1990, p. 12; Ryan, Alan, 'The British, the Americans, and rights', in: Michael J. Lacey en Knud Haaksonssen, eds., Woodrow Wilson International Center for Scholars and Cambridge University Press, Cambridge etc. 1991, pp. 366-440.

42 Wat ook terugkomt in Jeffersons onafhankelijkheidsverklaring: 'We hold these truths to be self-evident that all men are created equal and in possession of certain inalienable rights.' Zie daarover: Becker, Carl L., *The Declaration of Independence: A Study in the History of Ideas,* Vintage Books, Random House, New York 1970 (1922).

43 Rijpkema, Ibid., p. 137.

44 Rijpkema, Ibid., p. 137.

George van den Bergh was een Amsterdamse hoogleraar staatsrecht die kan gelden als de grondlegger van de theorie van de "weerbare democratie". Portret door Bartele Peizel, 1960. Portrettencollectie Universiteit van Amsterdam. ©Universiteit van Amsterdam

Het zijn vooral de Amerikanen geweest die deze verdere ontwikkeling van de rechtsstaatsidee hebben voltrokken en men heeft dan ook terecht opgemerkt dat 'the story of modern constitutionalism may in many ways be depicted as a great debate between the American and the British principles'.[45]

De eerste vorm van een dergelijk pleidooi voor onvervreemdbare rechten vinden we in de natuurrechtstraditie.[46] In het natuurrechtsdenken, zoals we in hoofdstuk 1 hebben gezien, gaat men ervan uit dat de mens op grond van het mens-zijn of op grond van de geaardheid van de werkelijkheid, bepaalde rechten heeft die niemand, ook de staat niet, mag schenden. Men onderscheidt een theologisch gefundeerd natuurrecht en een seculier natuurrecht. In het theologisch gefundeerd natuurrecht gaat men ervan uit dat God als schepper van het universum bepaalde wetmatigheden

[45] Friedrich, Carl J., *The Impact of American Constitutionalism Abroad,* Boston University Press, Boston (Mass.) 1967, p. 12.

[46] Hoewel aanvankelijk in de natuurrechtstraditie voor subjectieve rechten nog geen plaats was. Vgl. Weinreb, Lloyd L., 'Natural Law and Rights', in: George, Robert P., ed., *Natural Law Theory,* Clarendon Press, Oxford 1992, pp. 278-309; McInery, Ralph, 'Natural Law and Human Rights', in: *American Journal of Jurisprudence,* 1991, pp. 1-14.

heeft voorgeschreven voor niet alleen de natuur, maar eveneens voor de mens.[47] Het seculiere of humanistische natuurrecht stelt de gelding van die natuurlijke rechten niet afhankelijk van een goddelijke schepperswil, maar van de autonome gelding van de natuurlijke wetten. Het zijn William Blackstone (1723-1780), reeds genoemd in hoofdstuk 1, en Hugo de Groot (1583-1645) wier namen aan de respectieve concepties verbonden zijn geraakt.

Het was een aantrekkelijke gedachte. Het natuurrechtsdenken heeft ook een enorme invloed uitgeoefend op het westerse rechtsdenken, waaraan bijna geen enkele rechtsfilosoof die zich rekenschap heeft gegeven van de aard van het recht, zich heeft kunnen onttrekken.[48] Twee vragen bleven echter altijd klemmend: allereerst de vraag of wel zoiets als een natuurrecht bestond. Want stel nu eens dat het allemaal maar op inbeelding berust, dan kan dat wel verontrustend zijn, maar niettemin een feit. Het heeft aan sceptici op dit terrein niet ontbroken: van Bergbohm (1849-1927)[49] tot Kelsen (1881-1973)[50] is het bestaan van natuurrecht ontkend (zie ook hoofdstuk 1).

Een andere vraag was: wat zou de betekenis kunnen zijn van dat soort natuurlijke rechten, zolang zij niet in het positieve recht zouden zijn erkend? We zullen ons hier alleen met de tweede vraag bezighouden. Natuurrechtsaanhangers stellen dat, wanneer een wet van de staat in strijd komt met het natuurlijk recht, aan wetgeving van de staat rechtsgelding ontvalt. Een onrechtvaardige wet is geen wet, zegt men wel: *lex injusta, non est lex*.[51] Vertegenwoordigers van de traditionele tegenvoeter van het

47 Over de geschiedenis van het natuurrechtsdenken: Flückiger, Felix, *Geschichte des Naturrechtes,* Evangelischer Verlag A.G., Zürich 1954; Weinreb, Lloyd L., *Natural Law and Justice,* Harvard University Press, Cambridge, Mass./Londen 1987; Welzel, Hans, *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit,* Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen 1980 (1951).

48 Aldus Richard Taylor, 'Law and Morality', in: *New York University Law Review,* 43 (1968), pp. 611-650.

49 Karl Bergbohm (1849-1927) was een invloedrijk criticus van het natuurrecht. Zie: Bergbohm, Karl, *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie,* Leipzig 1892.

50 Kelsen, Hans, *Was ist Gerechtigkeit?,* Zweite Auflage, Franz Deuticke, Wien 1975.

51 Vgl. William Blackstone: 'No human laws are of any validity, if contrary to this, and such of them as are valid derive all their force, and all their authority, mediately or immediately, from this original.' 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, Londen en Basingstoke 1973, p. 29. Vgl. over de enigszins ambivalente positie van Blackstone in het natuurrechtelijk denken: Barker, Ernest, 'Blackstone on the British Constitution', in: *Essays on Government,* Clarendon Press, Oxford 1965 (1945), pp. 120-154, en 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.

natuurrechtsdenken, het rechtspositivisme, hebben een dergelijke benadering van het recht echter van de hand gewezen. Een prominent rechtspositivist als John Austin heeft in zijn analyse van het natuurrecht gesteld dat zulk taalgebruik zinloos is. Wat heeft zo'n semantische conventie dat een onrechtvaardige wet geen recht is voor betekenis? vraagt Austin. Een dergelijke uitspraak kan aan wetten niet hun kracht ontzeggen. Hij schrijft:

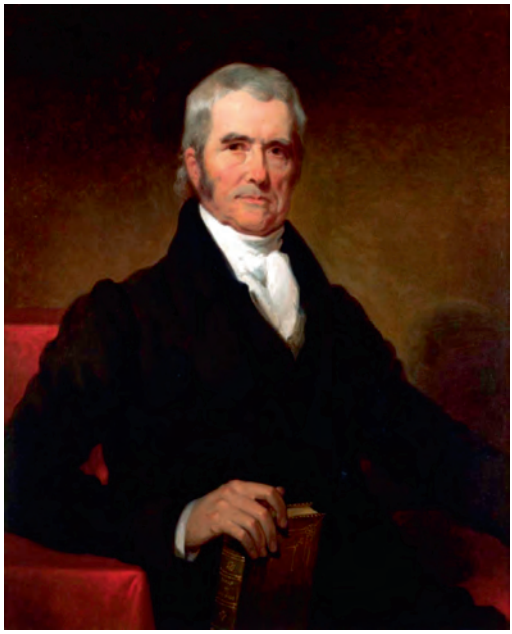
> The most pernicious laws, and therefore those which are most opposed to the will of God, have been and are continually enforced as laws by judicial tribunals. Suppose an act innocuous, or positively beneficial, be prohibited by the sovereign under the penalty of death; if I commit this act, I shall be tried and condemned, and if I object to the sentence, that it is contrary to the law of God (...) the court of justice will demonstrate the inconclusiveness of my reasoning by hanging me up, in pursuance of the law which I have impugned the validity. An exception, demurrer, or plea, founded on the law of God was never heard in a Court of Justice, from the creation of the world down to the present moment.[52]

Wat Austin hier onder de aandacht brengt is een punt dat herhaaldelijk in kritische zin tegenover de natuurrechtstraditie is ingebracht. Wat heeft het voor zin om een beroep te doen op hoger recht dan de wetgeving van alledag? Wanneer ik een wet overtreed en ik beroep mij in het daarop volgende proces op het feit dat de wet die ik heb overtreden in strijd is met het natuurrecht dan zal de rechter mij tóch veroordelen. De 'inconclusiveness of my reasoning' wordt bewezen door 'hanging me up'. Austin, en na hem talloze anderen, trekt hieruit de conclusie dat het natuurrecht nonsens is;[53] je hebt er niets aan; het is een reus op lemen voeten, een tandeloze tijger. Maar is hij met die conclusie niet wat voorbarig?

Wat Austin hier naar voren haalt als kritiek op het natuurrechtsdenken is ook wel door denkers onderkend die een positiever houding tegenover natuurlijke rechten hebben dan Austin. Zij hebben uit het ineffectieve van het beroep op het natuurrecht echter de conclusie getrokken dat men natuurlijke rechten dient te *codificeren,* dient vast te leggen in geschreven teksten die normerend dienen te zijn voor de wetgeving van alledag. En zo is iets dat wellicht begonnen is als retoriek, als 'nonsense upon

[52] Austin, *The Province of Jurisprudence Determined,* aangehaald bij: Hart, *Essays in Jurisprudence and Philosophy,* p. 73.

[53] Vgl. Waldron, Jeremy, *Nonsense upon stilts,* Bentham, Burke and Marx on the Rights of Man, Methuen, Londen en New York 1987.



John Marshall was een rechter in het Amerikaanse Hooggerechtshof. Hij introduceerde in 1803 het recht op constitutionele toetsing door de rechter. Henry Inman, John Marshall *(1832). Library of Virginia, Richmond*

stilts', zoals het zo aardig door Austins leermeester Bentham werd genoemd, een van de machtigste wapens tegenover absolutisme en tirannie geworden.[54] Natuurlijke rechten zijn steeds meer opgetekend. Van 'natuurlijke' rechten werden het 'cultuurlijke' rechten; uit de natuurrechtstraditie groeiden de rechten van de mens. Zo komt men bij het ideaal van het *constitutionalisme:* het optekenen van hoger recht in grondwetten en verdragen. Men kan spreken van de tweede fase in de ontwikkeling van mensenrechten: hoger recht wordt niet alleen onderkend (eerste fase), maar ook gepositiveerd in grondwetten en verdragen (tweede fase).[55]

[54] Vgl. Baehr, P.R., *De Rechten van de Mens: Een Universeel Aandachtsgebied,* Boom Meppel, Amsterdam 1991, p. 2, en Baehr, P.R., *Mensenrechten en Buitenlands Beleid: Verenigbare Grootheden?,* E.J. Brill, Leiden 1986, p. 9.

[55] Vgl. over de fasen in de ontwikkeling van mensenrechten: Cliteur, P.B., Deelder, A., Rutgers, M.R., 'Drie fasen in de ontwikkeling en institutionalisering van mensenrechten', in: Cliteur, P.B., Deelder, A., en Rutgers, M.R., red., *Mensenrechten,* Gouda Quint, Arnhem 1992, p. 5. In de eerste fase wordt het hoger recht als natuurrecht erkend; in de tweede fase wordt het hoger recht in verdragen en constituties opgetekend; in de derde fase wordt het langs rechterlijke weg afgedwongen (toetsingsrecht; daarop kom ik terug bij punt e).

(c) Constitutionalisme

Alvorens op de codificatie van hoger recht in te gaan, dienen we een opmerking over de betekenis van het woord te maken. Helaas is ook het woord 'constitutionalisme', zoals zoveel begrippen die in dit boek aan de orde worden gesteld, semantisch meerduidig. In het Amerikaanse taalgebruik wordt het vaak gehanteerd in de zin van het streven om de macht van de staat te binden aan het recht. Het komt dus overeen met wat in Europese context wordt aangeduid als rechtsstaat. In de Europese context wordt echter ook het begrip constitutionalisme gehanteerd, maar nu in een meer beperkte en ten dele ook andere zin dan in de Amerikaanse context, namelijk ter aanduiding van het streven om het hogere recht (mensenrechten of grondrechten)[56] vast te leggen in geschreven teksten. Constitutionalisme in de Europese zin is dus het streven tot codificatie van hoger recht. Men zou het Amerikaans constitutionalisme *constitutionalisme in ruime zin* kunnen noemen; het Europese constitutionalisme *in enge zin.* Het hier ter bespreking voorliggende kenmerk *c* van de rechtsstaat is een constitutionalisme in enge zin.

Het hogere recht, dat wil zeggen het recht waaraan een hogere status wordt verleend dan het recht van alledag, valt uiteen in organisatierecht en grondrechten of mensenrechten. Onder het organisatierecht zou men dan de fundamentele regels over het democratisch functioneren van het constitutioneel bestel kunnen brengen en regels over de scheiding en het evenwicht van de staatsmachten.

Van deze eerste soort van hoger recht dient men dan de grondrechten of mensenrechten te onderscheiden, waarbij het gaat om fundamentele rechten die het individu tegenover de staat geldend kan maken. Hoger recht, zoals te vinden in grondwetten, noemen we doorgaans *grondrechten.* Vinden we het hogere recht in verdragen, dan spreken we doorgaans van *mensenrechten.*[57] Een principieel verschil tussen deze twee soorten rechten is er echter niet. Het gaat om een hoger recht, meer fundamenteel recht dan het recht van alledag, dat ook een speciale bescherming verdient.

---

[56] Het concept 'hoger recht' is hier dus geheel ontdaan van metafysische associaties. Vgl. Koopmans, T., *Vergelijkend publiekrecht,* tweede druk, Kluwer, Deventer 1986, p. 14. Elk rechtssysteem dat niet, zoals het Engelse, alle recht van gelijke orde verklaart gaat uit van een notie van 'hoger recht'.

[57] Vgl. over de codificatie van hoger recht: Lacey, Michael J., en Haakonssen, Knud, eds., *A Culture of Rights,* Cambridge University Press, Cambridge etc. 1991; Nino, Carlos Santiago, *The Ethics of Human Rights,* Clarendon Press, Oxford 1991; Villa-Vicencio, Charles, *A Theology of Reconstruction,* Nation-building and human rights, Cambridge University Press 1992.

Het verhaal van de geschiedenis van mensenrechten is al vaak verteld[58] en we zullen het hier niet herhalen. Via romeins-stoïcijns gedachtegoed[59] naar de Magna Charta, via het werk van Grotius naar moderne mensenrechtenverklaringen als de Declaration of Rights van Virginia uit 1776, via de Amerikaanse Onafhankelijkheidsverklaring en de Franse Declaration des droits de l'homme et du citoyen, heeft de mensenrechtentraditie, met name na de Tweede Wereldoorlog, een enorme herleving doorgemaakt.[60]

Wij hanteren in Nederland een lijst van grondrechten die in het eerste hoofdstuk van de Grondwet is opgenomen. Daarbij worden doorgaans twee soorten rechten onderscheiden.

De *klassieke* grondrechten of vrijheidsrechten zijn bijna allemaal negatief van aard. Dat wil zeggen dat zij een vrijheidssfeer van de burger afbakenen tegenover de staatsmacht. Daartegenover is de laatste decennia, met name sinds de opkomst van de verzorgingsstaat, een heel ander type rechten naar voren gekomen die men wel aanduidt als sociale grondrechten. Bij de *sociale* grondrechten gaat het niet om staatsonthouding, maar om een actief ingrijpen van de overheid in het maatschappelijk leven. Het gaat om beloften die door de staat aan gemeenschap en burger worden gedaan. De staat garandeert bepaalde prestaties. 'Niet vrijheid van overheidsbemoeiing, maar vrijheid door overheidsbemoeiing is (...) de leus van deze tijd.'[61]

Het verschil tussen beide groepen rechten is groot, schrijft C.H.F. Polak (1909-1981) terecht.[62] 'De oude grondrechten zijn concreet, individueel en zo nodig door een rechter te handhaven; de nieuwe zijn meer een leus, een politiek programma; zij vereisen uitwerking en nadere regeling in wetten. Zij garanderen geen vrijheid, maar scheppen verplichtingen.'[63]

Ten aanzien van de sociale grondrechten in de Nederlandse Grondwet is een belangrijke vraag of de burger aan de sociale grondrechten uit de nieuwe Grondwet

[58] Vgl. bijvoorbeeld: Maris, C.W., 'Een natuurlijke historie van de mensenrechten', in: Cliteur, P.B., Deelder, A., en Rutgers, M.R., *Mensenrechten,* Gouda Quint, Arnhem 1992, pp. 27-77; Alkema, E.A., 'Juridische aspecten van de mensenrechten', in: Alkema, E.A., e.a., *Mensenrechten,* Nederlands gesprek centrum 1990, pp. 36-48; Oestreich, Gerhard, *Geschichte der Mensenrechte und Grundfreiheiten im Umriss,* Zweite Auflage, Duncker & Humblot, Berlin 1978.

[59] Vgl. More, Paul Elmer, *Hellenistic Philosophies,* Greenwood Press, New York 1969 (1923), pp. 65-94.

[60] Vgl. voor een beschrijving hiervan: Haines, Charles Grove, *The Revival of Natural Law Concepts,* Russell & Russell Inc., New York 1965 (1958).

[61] Polak, C.H.F., *Ordening en rechtsstaat,* W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle 1951, p. 17.

[62] Polak, Ibid., p. 4.

[63] Polak, Ibid., p. 4.

werkelijk subjectieve rechten kan ontlenen. Met andere woorden: kan de burger deze rechten inroepen voor de rechter? Enkele grondrechten zijn zodanig geformuleerd dat men de indruk krijgt dat het gaat om rechtstreeks werkende aanspraken. Men kan denken aan het recht van minvermogenden op rechtsbijstand (art. 18, lid 2 Gw) en het recht op sociale bijstand (art. 20, lid 3 Gw). In deze categorie kan men ook plaatsen 'het recht van iedere Nederlander op vrije keuze van arbeid' (art. 19, lid 3 Gw).

De overige sociale grondrechten zijn gegoten in de vorm van 'instructienormen'. Dat houdt in dat zij de overheid instrueren om de idealen die in deze grondrechten zijn neergelegd te bevorderen of daarvoor de voorwaarden te scheppen. In deze categorie kan men plaatsen het zorgen voor voldoende werkgelegenheid (art. 19 Gw), bestaanszekerheid en spreiding van welvaart (art. 20 Gw), bewoonbaarheid van het land en bescherming en verbetering van het leefmilieu (art. 21 Gw), de volksgezondheid, voldoende woongelegenheid, maatschappelijke en culturele ontplooiing en vrije tijdsbesteding (art. 22 Gw).

Naast deze grondrechten is Nederland onderworpen aan internationale grondrechten, zoals te vinden in internationale verdragen. In deze erkenning van hoger recht komt dus het rechtsstatelijk karakter van de Nederlandse staatsvorm duidelijk naar voren.

(d) Verschansing

Dit hogere recht (grondrechten en mensenrechten) is van zo'n grote betekenis dat het in speciale documenten op een plechtstatige manier wordt opgetekend en beschermd. Zo wordt de verheven status van grondrechten tot uitdrukking gebracht in de eerste artikelen van de Grondwet, door Thorbecke (1798-1872) de wet der wetten genoemd, het fundament van het staatsgebouw. Dat hogere recht wordt echter niet alleen opgetekend, er wordt ook gesteld dat het *niet* kan worden gewijzigd, of niet kan worden gewijzigd *via de normale wetgevingsprocedure.* Met de normale wetgevingsprocedure wordt dan de procedure bedoeld waarbij voor een verandering niet meer vereist is dan een gewone meerderheid, dat wil zeggen de helft plus één. Dat is de normale wijze waarop we veranderingen aanbrengen in de sociale werkelijkheid: we stemmen. En wanneer 51 personen vóór stemmen en 49 tegen, dan zetten we de verandering door. Nu zou men zich kunnen afvragen of dat hogere recht niet zó belangrijk is dat daarvoor moet gelden dat het niet of slechts met een grotere meerderheid dan de helft plus één veranderd zou moeten kunnen worden. De meest vergaande beperking van de gewone besluitvorming zou zijn dat het hogere recht *in het geheel niet* gewijzigd kan worden. Dit systeem kent men in Duitsland. De Duitse grondwet vermeldt een paar

bepalingen die nooit mogen worden gewijzigd. Daarbij gaat het om de grondslagen van het Duitse staatsbestel; zij zijn sacrosanct.[64]

Men kent echter ook een iets minder vergaande bescherming van het hogere recht. In deze variant wordt het hogere recht niet geheel onveranderlijk geproclameerd, maar alleen veranderbaar via een speciale procedure. (a) Zo kan men zich bijvoorbeeld voorstellen dat men in de grondwet een bepaling opneemt dat grondrechten alleen maar zijn te wijzigen met een *gekwalificeerde meerderheid* van twee derde van de stemmen in het parlement. (b) Ook kan men zich voorstellen dat grondrechten alleen maar mogen worden gewijzigd door een *referendum,* een volksraadpleging. (c) Verder kan men zich voorstellen dat voor een dergelijke wijziging de goedkeurig vereist is van een *speciaal orgaan* dat heeft te waken over de constitutie. En dat zijn dan nog maar enkele mogelijkheden. Regels en beginselen die op een dergelijke manier worden beschermd in een constitutie noemen we ook wel 'verschanst' (in het Engels spreken we van 'entrenchment' als de praktijk van het beschermen van regels op deze manier). Een bekende verschansing is die zoals geregeld in art. 5 van de Constitutie van de Verenigde Staten. Daarin is bepaald dat amendementen (in de VS kan men de constitutie alleen wijzigen door daaraan amendementen toe te voegen) alleen kunnen worden aangenomen door een twee derde meerderheid in beide kamers van het Congres. Verder moet zo'n amendement dan nog met een drie vierde meerderheid van de verschillende deelstaten worden aangenomen. In Duitsland vereist men voor wijziging van het fundamentele recht van de constitutie een meerderheid van twee derde binnen elke kamer van de volksvertegenwoordiging (bepaalde beginselen van de constitutie mogen echter nooit worden gewijzigd, zoals we reeds hebben gesteld).

Ook in Nederland heeft men aan het gegeven dat de Grondwet fundamentele waarden bevat de consequentie verbonden dat deze alleen met een verzwaarde wijzigingsprocedure kan worden veranderd.[65] We spreken dan van een 'rigide' constitutie, in tegenstelling tot een 'flexibele' constitutie, een grondwet die even gemakkelijk te wijzigen is als de andere wetgeving.[66] Wil de Nederlandse Grondwet gewijzigd worden, dan moet het volgende gebeuren:

1. Het wetsvoorstel tot grondwetsherziening moet eerst bij gewone meerderheid worden aangenomen.

[64] Vgl. hierover: Maunz, Theodor, & Zippelius, R., *Deutsches Staatsrecht,* 27e druk, C.H Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München 1988, p. 173.

[65] De procedure is geregeld in art. 137 van de Grondwet.

[66] Vgl. Bryce, James, 'Flexible and rigid constitutions', in: *Studies in history and jurisprudence,* Volume I, Scientia Verlag Aelen, Aelen 1980 (Oxford 1901), pp. 145-252.

2. Daarop moet een ontbinding van de Staten-Generaal volgen en nieuwe verkiezingen worden gehouden.
3. Ten slotte moet de grondwetswijziging worden aangenomen met een gekwalificeerde meerderheid, dat wil zeggen een meerderheid van twee derde van het aantal stemmen.[67]

Men zou daarom kunnen zeggen: de Grondwet is verankerd in het oordeel van twee parlementen en een gekwalificeerde meerderheid.

Wat is de ratio van het systeem? Dit wordt uitgelegd door James Bryce. Viscount James Bryce (1838-1922) was een Britse (meer specifiek: Schotse) jurist, historicus en staatsman. Van 1907 tot aan 1913 was hij ook ambassadeur voor Engeland in de Verenigde Staten. Bryce schreef een voortreffelijk overzicht van het Amerikaanse politieke systeem, *The American Commonwealth* (1888),[68] maar ook vele opstellen waarin hij staatkundige leerstukken uitlegt. Hij was een groot stilist, zoals ook blijkt uit zijn humoristische opstel 'Some hits on public speaking'.[69] In een opstel over constituties introduceert hij het begrippenpaar 'ridige' en 'flexibele' constituties.[70] Daarbij staat de flexibele constitutie voor een constitutie die met gewone meerderheid kan worden gewijzigd, terwijl de rigide constitutie daarvoor een zwaardere meerderheid ('gekwalificeerde meerderheid') vereist. De ratio van een rigide constitutie heeft hij op kernachtige wijze onder woorden gebracht: 'It is a recognition of the truth that majorities are not always right, and need to be protected against themselves by being obliged to recur, at moments of haste or excitement, to maxims they had adopted at times of cool reflection.'[71]

---

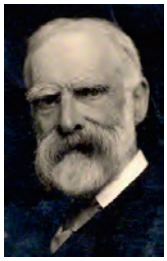
67 Vgl. over de Nederlandse opvattingen over verschansing: Hamel, J.A. van, 'Behoort een verschil tussen wet en grondwet in stand te worden gehouden?', praeadvies NJV, Den Haag 1914; Kleintjes, P., 'Behoort een verschil tussen wet en grondwet in stand te worden gehouden?', praeadvies NJV 1914, Den Haag 1914.

68 Bryce, James, *The American Commonwealth,* twee delen, The Macmillan Company 1926 (1893).

69 Bryce, James, 'Some Hints on Public Speaking', in: James Bryce, *University and Historical Addresses,* Macmillan & Co., New York 1913, pp. 281-299.

70 Bryce, James, 'Flexible and rigid constitutions', in: *Studies in history and jurisprudence,* Volume I, Scientia Verlag Aelen, Aelen 1980 (Oxford 1901), pp. 145-252.

71 Bryce, James, *Modern Democracies,* II, Macmillan and Co., Londen 1921, p. 11. Vgl. over het thema van de zelfbinding ook Friedmann, Lawrence M., *American Law,* W.W. Norton & Company, New York en London 1984, p. 33 e.v.; Holmes, Stephen, 'Precommitment and the paradox of democracy', in: Elster, J., and Slagstad, R., *Constitutionalism and Democracy,* Cambridge University Press, Cambridge, New York 1988; Cliteur, P.B., 'Traditionalism, Democracy, and Judicial Review', in: B. van



James Bryce, staatsman, wetenschapper en diplomaat. Fotograaf: George Charles Beresford, 1902 © National Portrait Gallery, Londen

(e) Rechterlijke controle

Het is van belang nog eens te benadrukken dat deze fundamentele rechten niet alleen het bestuur binden, maar ook de wetgever. Met name in de Amerikaanse constitutionele theorie heeft men die gedachte gedegen uitgewerkt. In de Verenigde Staten wordt het Congres 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 Congres de bevoegdheden zou overschrijden die men krachtens de Constitutie heeft, de producten van het Congres niet als juridisch geldig erkend worden. 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 erkend. Deze regels zijn geen recht, maar 'null and void', vermeldt men in de Amerikaanse literatuur.[72] Dat betekent ook iets voor de verplichting tot gehoorzaamheid. Aangezien men als burger alleen maar gehoorzaamheid verschuldigd is aan regels en bevelen die zijn uitgevaardigd binnen de kring van bevoegdheid van het orgaan of de persoon die de regels of bevelen heeft uitgevaardigd, is men ook niet gebonden aan wetgeving van een wetgever die zijn bevoegdheden heeft overschreden.

De positie van het Congres in de Verenigde Staten kan men vergelijken met die van een lagere overheid in Engeland of Nederland. De hoogste wetgevende macht is het volk. Dit volk heeft krachtens het hoogste recht, de Amerikaanse Constitutie, bepaalde bevoegdheden gedelegeerd aan het Congres. Echter, dat Congres kan alleen binnen de aangegeven grenzen opereren. Elke wet die wordt aangenomen en die in overeenstemming is met de Constitutie wordt als juridisch bindend erkend, maar

Roermund, ed., *Constitutional Review, Verfassungsgerichtbarkeit, Constitutionele toetsing,* Kluwer/W.E.J. Tjeenk Willink, Deventer/Zwolle 1993b, pp. 55-77.

72 Bryce, James, *The American Commonwealth,* Vol. 1, The MacMillan Company 1926 (1893), p. 244.

elke wet die als strijdig met de Constitutie kan worden gezien, is ongeldig en heeft geen rechtskracht. Het *is* zelfs geen wet, zou men kunnen zeggen en het Congres dat een dergelijke 'wet' uitvaardigde was niet een Congres in de zin van een juridisch competent rechtsvormend orgaan.

Degene die deze consequentie nog het meest helder en invloedrijk heeft verwoord, is de Amerikaanse opperrechter John Marshall (1775-1835).[73] Marshall zei in de bekende uitspraak *Marbury v. Madison* (1803) dat de macht van de wetgever duidelijk is bepaald en afgeperkt.[74] Opdat deze beperkingen niet worden vergeten is de constitutie geschreven. En wat voor reden zou men hebben om de macht te beperken wanneer die beperkingen op elk moment kunnen worden overschreven? '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.'[75]

Op zichzelf betekent dat nog niet dat men ook aan de *rechter* de bevoegdheid zou moeten toedelen om alle wetten op hun overeenstemming of strijd met de Grondwet te controleren, maar dat was wel een consequentie die door Marshall getrokken werd. Daarmee was sinds 1803 het toetsingsrecht geïntroduceerd in de Verenigde Staten.

Dit toetsingsrecht wordt sindsdien gezien als een belangrijk onderdeel van de rechtsstaatsidee. In de Europese verhoudingen is het met name naar voren gekomen na de Tweede Wereldoorlog. In sommige landen is toetsingsrecht gerealiseerd door het mogelijk te maken dat de rechter wetten toetst aan de nationale constitutie. Maar ook is het mogelijk geworden wetten te toetsen aan internationale verdragen.

Het ACP

We hebben nu een duidelijk beeld van wat in de Europese traditie het rechtsstaatsideaal wordt genoemd en wat de Amerikanen doorgaans aanduiden als constitutionalisme. Centraal staat de *geïnstitutionaliseerde beperking van politieke macht door recht en rechten, waarbij die rechten worden opgetekend in een formeel document en*

[73] Vgl. over hem: 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.

[74] Vgl. voor enkele commentaren: Clinton, Robert L., 'Precedent as Mythology: A Reinterpretation of Marbury v. Madison', in: *The American Journal of Jurisprudence,* 1990, pp. 55-86; O'Fallon, James, M., 'Marbury', in: *Stanford Law Review,* Vol. 44, 1992, pp. 219-260.

[75] 1 Cranch 137 (1803), p. 8, hier aangehaald bij: Melone, Albert P., and Mace, George, *Judicial Review and American Democracy,* Iowa State University Press/Ames 1988, p. 61, en Heffner, Richard D., *A Documentary History of the United States,* Fifth edition, Mentor Books, New York 1991 (1952), p. 83.

afgedwongen, ook tegenover de wetgever, door de rechter. Ook hebben we een beeld gekregen van het ideaal van democratie en de alliantie van rechtsstaat en democratie in het model van de democratische rechtsstaat.

Bij het model van de democratische rechtsstaat, zoals hiervoor geschetst in de punten a t/m e, gaat het om een model dat een zekere innerlijke consistentie heeft. Men moet die pretentie van consistentie overigens ook niet overdrijven. Men kan zich allerlei afwijkingen voorstellen. Zo kan men zich voorstellen dat men kiest voor een grondwet (c) met daarin hoger recht, maar het toetsingsrecht aan de rechter onthouden wil zien (e). Ook kan men zich voorstellen dat men kiest voor een grondrecht met hoger recht, maar dat men dit recht niet wil verschansen (d) door het via de verzwaring van de wijzigingsprocedurebuiten het bereik van een normale democratische meerderheid te plaatsen. Op deze zaken komen we echter nog terug. We beperken ons in dit stadium tot de vaststelling dat het model van de democratische rechtsstaat, zoals hier geschetst, een constitutioneel model is dat grote aanhang heeft gekregen. Het is de verdienste van Fukuyama geweest dat hij ons dat heeft doen beseffen. Terwijl we allemaal onder de indruk waren van pluraliteit, het onvermogen om waarden en normen te funderen, we verder ook bevangen werden door een zeker ongemak wanneer al te gemakkelijk over consensus werd gesproken, zei hij: kijk eens om je heen en constateer dan hoe uniform de wereld in constitutioneel opzicht geworden is. Hij had daar gelijk in. De democratische rechtsstaat is het dominante model.

In overeenstemming met de historische betekenis van het model zouden we daarvoor een eigen kwalificatie kunnen introduceren. Wat we nu hebben geschetst als het model van de democratische rechtsstaat zouden we, geïnspireerd door het werk van de Nederlandse historicus Jan Romein (1893-1963),[76] het Algemeen Constitutioneel Patroon van de moderniteit (ACP) kunnen noemen. Het is het model dat binnen de westerse maatschappijen als het voorlopig einde van de constitutionele ontwikkeling wordt gezien. Het is *algemeen* in de zin van universeel, *constitutioneel* in de zin dat het

[76] Vgl. Romein, Jan, 'De Europese geschiedenis als afwijking van het Algemeen Menselijk Patroon' (1952), in: *Historische lijnen en patronen,* een keuze uit de essays, Em. Querido's Uitgeverij BV, Amsterdam 1976, pp. 417-446 (voor het eerst gepubliceerd in: *In de ban van Prambanan,* 1954) en Romein, 'Het Algemeen Menselijk Patroon', Ontstaan, belang en draagkracht van historische theorieën (1955), in: *Historische lijnen en patronen,* pp. 491-511. Men bedenke dat dit *zeer* vrij naar Romein is. Het Algemeen Menselijk Patroon (AMP) van Romein is het model, waarop Europa een *uitzondering* vormt. We hanteren echter een begrip ACP van de moderniteit als de *hoofdregel* van de moderne constitutionele ontwikkeling. Het vormt dus eigenlijk het spiegelbeeld van het begrip van Romein. Het AMP in de zin van Romein is iets waarvan de westerse beschaving zich heeft losgemaakt. Het ACP in de hier omlijnde zin is iets waartoe de westerse ontwikkeling tendeert.

betrekking heeft op de grondslagen van de inrichting van de samenleving en het is een ACP *van de moderniteit* in de zin dat het kenmerkend is voor het constitutionele denken zoals dat sinds renaissance en verlichting op de voorgrond is getreden.[77]

Een dergelijke pompeuze kwalificatie vraagt om een degelijke verantwoording. Laten we beginnen met een paar opmerkingen over het begrip 'moderniteit'.

De begrippen 'moderniteit' en 'modernisme' zijn erg populair tegenwoordig, maar zij worden niet overal in dezelfde betekenis gehanteerd. Zo komen we het begrip 'moderniteit' tegen in de titel van het boek van de Italiaanse heideggeriaan Gianni Vattimo (*geb.* 1936) die 'the End of Modernity' beschrijft.[78] We komen het ook tegen bij J.F. Lyotard (1924-1998), die spreekt van de 'traditie van de moderniteit'.[79]

Lyotard refereert aan Erich Auerbach (1892-1957), die de moderniteit reeds herkende in Augustinus' *Belijdenissen,* en aan Bachtin (1895-1975), die deze in verband bracht met Rabelais (1494-1553) en Montaigne (1533-1592). Lyotard zelf gaat iets minder ver terug en ziet de traditie van de moderniteit zich manifesteren in het werk van Descartes (1596-1650),[80] met name diens *Discours de la Méthode* (1637), waarin het narratieve genre van de eerste persoon wordt gehanteerd om het vertoog uiteen te zetten. Kennelijk in vergelijking met Augustinus vermeldt Lyotard dat ook Descartes' geschrift een soort belijdenis is, maar nu geen belijdenis van de 'onteigening van het ik door God' ('la dépossesion du moi par Dieu'),[81] maar de inspanning die het ik levert om alle gegevens, zichzelf inbegrepen, te beheersen.

Beheersing en ordening; dat zijn volgens Lyotard de kenmerken van de traditie van de moderniteit. Hij verwijst ook naar de ordening van de tijd, zoals deze zich ontplooit in de achttiende eeuw tijdens de *Aufklärung.* Vandaar loopt dan een lijn naar het denken van de negentiende en twintigste eeuw die beheerst worden door

77 Vgl. bijvoorbeeld over het 'moderne' van toetsing: Cappelletti, Mauro & Adams, John Clarke, 'Judicial review of legislation: european antecedents and adaptations', in: *Harvard Law Review,* Vol. 79 (1966), pp. 1207-1224.

78 Vattimo, Gianni, *The End of Modernity,* Nihilism and Hermeneutics in Post-modern Culture, Polity Press, Cambridge 1991 (1988).

79 Vgl. voor (kritische) verhandelingen over het postmodernisme: Gellner, Ernest, *Postmodernism, Reason, and Religion,* Routledge, Londen en New York 1992; Pangle, Thomas, *The Ennobling of Democracy,* The Challenge of the postmodern Age, The Johns Hopkins University Press, Baltimore 1992.

80 Evenals Gellner in: Gellner, Ernest, *Reason and Culture,* The Historic Role of Rationality and Rationalism, Blackwell, Oxford UK & Cambridge USA 1992.

81 Lyotard, J.F., *Le Postmodern expliqué aux enfants,* Éditions Galilée, Parijs 1988, p. 44.

de idee van de emancipatie, een idee die zich manifesteert in wat Lyotard de 'grote verhalen' noemt.

Ook in andere verhandelingen over de begrippen moderniteit en modernisme vinden we dat Descartes en Montaigne (zoals bij Bachtin) als de centrale figuren worden aangewezen. Zo spelen zij ook een rol in Stephen Toulmins *Kosmopolis,* die een kritische visie presenteert op het Cartesiaans modernisme en een meer sympathieke beschrijving geeft van de diepere wortels van het modernisme, waartoe hij Montaigne rekent. Ook bij Toulmin komen weer optimisme, rationaliteit, beheersing en ordening terug als kenmerken van de moderniteit. Het project van de moderniteit is een rationeel project, schrijft Stephen Toulmin (1922-2009).[82] Het is optimistisch ingesteld, gelooft in vooruitgang, niet alleen in die van de natuurwetenschap, maar eveneens in die van het ethische, politieke en sociale denken.

Humanisme

Het is op dit moment gepast om ook de verbinding te leggen tussen het denken over de rechtsstaat en twee tradities die bekendstaan als humanisme en verlichtingsdenken.[83] Het humanisme heeft vertrouwen in de menselijke mogelijkheden, in het bijzonder het vermogen van de mens om zich te verheffen boven het animale door cultuur en een rationele aanwending van de menselijke vermogens van redelijkheid en zedelijkheid.[84] We zullen hier niet proberen een uitputtende definitie van humanisme te presenteren, maar alleen enkele kenmerken aanstippen die weinig betwist worden en die in het kader van deze verhandeling van belang zijn. Nu is het altijd problematisch om uit een lange traditie van denken waarin zeer verschillende concepties van humanisme verdedigd zijn[85] één of slechts enkele kenmerken te selecteren

[82] Vertaald als: Toulmin, Stephen, *Kosmopolis,* Verborgen agenda van de moderne tijd, Kok Agora, DNB Pelckmans, Kampen 1990, p. 9.

[83] Zie: Berg, Floris van den, *Beter weten: filosofie van het ecohumanisme*, Houtekiet en ISVW, Antwerpen/Utrecht 2015, pp. 125-193 en pp. 501-573.

[84] Vgl. de beginselverklaring van het Humanistisch Verbond en het commentaar daarop in: Cliteur, P.B., 'Humanisme', in: H. Schaeffer e.a. (red.), *Handboek Godsdienst in Nederland,* Academische Uitgeverij Amersfoort, Amersfoort 1992, pp. 138-153.

[85] Vgl. over de verschillende concepties van humanisme: Cliteur, P.B., Van Dooren, W., (red.), *Geschiedenis van het humanisme,* Boom, Meppel/Amsterdam 1991; Giustiniani, Vito R., 'Homo, Humanus, and the meanings of "Humanism"', in: *Journal of the History of Ideas,* Vol. XLVI (1985), pp. 167-195; Praag, J.P. van, *Grondslagen van humanisme,* Inleiding tot een humanistische levens- en

als de 'kern' van het humanistisch denken. De Leidse filosoof Marcel Fresco (1925-2011) wijst op de betekenis van het ideaal van de autonomie en het feit dat voor de humanist het afleggen van rekenschap een centrale waarde is.

Een ander element dat kenmerkend is voor humanisme is een zeker vooruitgangsgeloof. Denk aan de mogelijkheid van beschaving. In het humanisme heeft, net als in het verlichtingsdenken, het *beschavingsideaal* altijd een belangrijke rol gespeeld.

Voor verlichtingsdenken en humanisme is kenmerkend een *beschavingsideaal* en een daaraan gekoppeld vertrouwen in de mogelijkheden van de mens.[86] 'The central theme of humanism was the potentialities of man, his creative powers', schrijft Alan Bullock (1914-2004) terecht.[87]

Dit alles is van grote betekenis voor de staatkundige ontwikkeling. Humanisme en verlichting hebben de individuele mens losgemaakt van collectieve verbanden, zoals die in de middeleeuwen, evenals de antieke polis, nog het staatkundig referentiekader vormden.[88] Het staatkundig pendant van het Cartesiaans rationalisme en individualisme is het werk van Rousseau en Hobbes en andere contractstheoretici. Uitgangspunt vormt de gedachte dat de mens door een redelijk gebruik van zijn verstandelijke vermogens te maken in staat wordt geacht een politieke structuur te bedenken en te verwerkelijken, waarin de mens tot zelfontplooiing komt. Dit modernistisch staatkundig ideaal is zo overbekend dat het nauwelijks verdere uitwerking behoeft.

Een tweede kwestie is even belangrijk, maar gezien het feit dat het onderbelicht is gebleven in het constitutionele denken belangrijker om nadrukkelijk naar voren te halen. We hebben hiervoor gezien dat het kenmerkend is voor het modernisme en humanisme dat de mens niet als een gegeven wordt beschouwd, maar als een wezen

denkwereld, tweede druk, Boom, Meppel/Amsterdam 1978; Thoenes, P. en Cliteur, P.B., 'De humanistische traditie in Nederland: achtergrond, positie, perspectief', in: S.W. Couwenberg (red.), *Op de grens van twee eeuwen,* Positie en perspectief van Nederland in het zicht van het jaar 2000, Kok Agora, Kampen 1989, pp. 30-43.

86 Vgl. tevens: Fresco, M.F., 'Humanisme', in: Willemsen, Harry, red., *Woordenboek filosofie,* Van Gorcum, Assen/Maastricht 1992, p. 201.

87 Bullock, Alan, *The Humanist Tradition in the West,* Thames and Hudson Wisbech 1985, p. 35. Vgl. tevens: Passmore, John, *The Perfectibility of Man,* Duckworth, Londen 1970. Voor een kritiek: Caroll, John, *Humanism,* The Wreck of Western Culture, Fontana Press, Harper Collins, Londen 1993.

88 Althans volgens de opvattingen van Benjamin Constant. Vgl. over diens opvattingen over vrijheid: Holmes, Stephen, *Benjamin Constant and the Making of Modern Liberalism,* Yale University Press, New Haven en London 1984, p. 28 e.v. Zie ook: Berg, Floris van den, *Beter weten: filosofie van het ecohumanisme*, Houtekiet en ISVW, Antwerpen/Utrecht 2015, pp. 573-601.

dat zichzelf tot iets kan maken. Bekend is de oratie over de menselijke waardigheid van Pico della Mirandola (1463-1494),[89] waarin de mens geplaatst wordt tussen dier en God. De verlichtingsdichter Alexander Pope (1688-1744) heeft, in deze geest schrijvend over de mens, diens positie later zo mooi tot uitdrukking gebracht met de regels: 'He hangs between in doubt to act or rest/In doubt to deem himself a God or beast.' Het citaat, afkomstig uit Popes *Essay on Man* (1734), in context is dit:

> Know, then, thyself, presume not God to scan;
> The proper study of mankind is man.
> Placed on this isthmus of a middle state,
> A being darkly wise, and rudely great:
> With too much knowledge for the sceptic side,
> With too much weakness for the stoic's pride,
> He hangs between; in doubt to act, or rest;
> In doubt to deem himself a god, or beast;
> In doubt his mind or body to prefer;
> Born but to die, and reasoning but to err;
> Alike in ignorance, his reason such,
> Whether he thinks too little, or too much:
> Chaos of thought and passion, all confused;
> Still by himself abused, or disabused;
> Created half to rise, and half to fall;
> Great lord of all things, yet a prey to all;
> Sole judge of truth, in endless error hurled:
> The glory, jest, and riddle of the world!

Door niet toe te geven aan de onmiddellijke impulsen, aan de natuurlijke aandriften, maar door een redelijke mate van zelfbeperking te betrachten kan de mens *zichzelf civiliseren*. Dat heeft ook zijn gevaarlijke kanten, van een onnatuurlijke onderdrukking van seksuele impulsen tot overspannen eisen als die van ascetisme, maar in gematigde vorm, zoals tot uitdrukking komt in het kantiaanse ideaal van zelfwetgeving, is het toch een dominant streven geworden van de westerse cultuur.

[89] Vgl. Giovanni Pico della Mirandola, 'Oration on the dignity of man', in: *The Renaissance Philosophy of Man,* edited by Ernst Cassirer, Paul Oskar Kristeller, John Herman Randall, Jr., The University of Chicago Press, Chicago en London 1948, pp. 215-223.

Humanisme en rechtsstaat

Laten we nu onderzoeken wat de betekenis kan zijn van het humanistisch verlichtingsideaal van het vertrouwen in de menselijke mogelijkheden voor de politieke filosofie en het constitutionele denken.

Kenmerkend voor het *constitutionele denken* van de moderniteit is dat men deze gedachte van het humanistisch *Bildungsideal* ook heeft vertaald naar het staatkundige: net als de mens *als individu* zich bepaalde beperkingen kan opleggen en daarmee beantwoordt aan zijn zedelijk ideaal, kan de mens *als collectief* zich bepaalde beperkingen opleggen. De rechtsstaat is een uiting van dat laatste ideaal. Wanneer mensen een constitutie maken en daarin bepalen dat fundamentele waarden boven het normale politieke proces worden verheven, dan is dat een vorm van collectieve zelf-binding. Denk aan grondrechten. Grondrechten zijn in een zekere zin verbodsbepalingen gericht *tegen onszelf.* We nemen ons, in onze redelijke ogenblikken, voor om in onrustige tijden geen fundamentele waarden te schenden en proberen institutionele kaders in te richten zodanig dat het ook *moeilijker* wordt om die waarden te schenden.[90]

De parallel tussen de humanistische zelf-binding, zoals we die kennen op het individuele vlak, en de rechtsstatelijke zelf-binding, zoals we die kennen op het collectieve vlak, wordt minder geconstrueerd dan wenselijk zou zijn. Meestal wordt de gedachte van de rechtsstaat in verband gebracht met het denken van Immanuel Kant en in zijn idee van de zelfwetgeving ligt ook duidelijk een rechtsstatelijke manier van denken besloten.[91] Het verband tussen humanisme en rechtsstaat wordt nog duidelijker aan de orde gesteld in het werk van vertegenwoordigers van het Amerikaanse 'New Humanism': Irving Babbitt (1865-1933) en Paul Elmer More (1864-1930).[92] Zo schrijft Irving Babbitt in zijn boek *Democracy and Leadership* (1924): 'The idea that the state should have a permanent or higher self that is felt as a veto power

[90] Vgl. hierover: Holmes, Stephen, 'Precommitment and the paradox of democracy', in: Elster, J., and Slagstad, R., *Constitutionalism and Democracy,* Cambridge University Press, Cambridge, New York 1988.

[91] Vgl. Dietze, Gottfried, *Kant und der Rechtsstaat,* J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen 1982.

[92] Vgl. Babbitt, Irving, 'Humanism. An Essay at Definition', in: N. Foerster (ed.), *Humanism and America,* New York 1930, p. 25 e.v. Vgl. voor de achtergrond van deze beweging het stukje over Babbitt in: Cliteur, P.B., en Dooren, red., W. van, *Geschiedenis van het humanisme,* Hoofdfiguren uit de humanistische traditie, Boom, Meppel/Amsterdam 1991, p. 222; Baudet, Thierry, 'Irving Babbitt', in: Thierry Baudet & Michiel Visser, red., *Conservatieve vooruitgang: de grootste denkers van de twintigste eeuw*, Uitgeverij Bert Bakker, Amsterdam 2010, pp. 15-33.

upon its ordinary self rests ultimately upon the assertion of a similar dualism in the individual.'[93] Babbitt zoekt daarmee aansluiting bij Edmund Burke (1729-1797) wiens visie hij nauw verbonden acht met die van de Amerikaanse constitutie en die we ook al zijn tegengekomen in hoofdstuk 1 van dit boek.

In de door Babbitt gewraakte 'naturalistische' traditie wil men van een *frein vital,* van 'veto power', niets weten; noch van een beperkende macht op het individu, noch van een beperkende macht op de staat. In de humanistische traditie daarentegen, waarmee hij in het Amerikaans staatkundig leven George Washington (1732-1799) associeert, gaat men uit van de noodzaak van beperkingen op 'the natural man'.

> Just as man has a higher self that acts restrictively on his ordinary self, so, they hold, the state should have a higher or permanent self, appropriately embodied in institutions, that should set bounds to its ordinary self as expressed by the popular will at any particular moment.[94]

Het contrast dat hij tekent is het contrast tussen constitutionele en directe democratie, aldus Babbitt. Er is een scherpe tegenstelling tussen de politieke filosofie van diegenen die menen dat de meerderheidswil onder alle omstandigheden dient te zegevieren en diegenen die menen dat deze wil als het ware gezuiverd zou moeten worden van het impulsieve en momentane, schrijft Babbitt.

Daarmee zijn we weer terug bij de ook door Fukuyama en andere politieke filosofen en constitutionele theoretici gesignaleerde spanning tussen rechtsstaat en democratie. Democratie is voor Babbitt alleen maar aanvaardbaar, wanneer het gaat om een rechtsstatelijk beteugelde democratie. Een ongebreidelde democratie ziet hij als een hoogst gevaarlijke aangelegenheid. Daarin kan de verhitte massa de rechten van enkelingen schenden. Vandaar dat bepaalde voorzieningen moeten worden getroffen om de meerderheidswil op een bepaalde wijze te beteugelen, wanneer deze in strijd zou kunnen komen met fundamentele waarden, zoals grondrechten.[95] In het ACP heeft men deze beteugeling gezocht in een binding van zelfs de hoogste wetgever aan traditioneel gegroeide fundamentele waarden die door de rechter worden beschermd.

---

93 Babbitt, Irving, *Democracy and Leadership,* Liberty Classics, Indianapolis 1979 (1924), p. 299.

94 Babbitt, Ibid., p. 273.

95 Vgl. over deze traditie: Corwin, Edward S., *The 'Higher Law' background of American constitutional law,* Great Seal Books, Cornell University Press, Ithaca, New York 1955, en 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.

Spanning tussen verschansing en democratie

Tot zover is (of lijkt) dit alles een betrekkelijk probleemloze aangelegenheid. Het ACP lijkt het dominante constitutionele model van de moderniteit te zijn, een model waarin rechtsstaat en democratie, de twee belangrijkste aspiraties van de moderne tijd, een gelukkig huwelijk zijn aangegaan. Wanneer dat huwelijk zo gelukkig is, dan ziet het ernaar uit dat het lang zal duren en dat het model van de democratische rechtsstaat niet ten onder zal gaan aan de spanningen waaronder andere samenlevingsvormen hebben geleden. De vraag van Fukuyama namelijk of het ACP het eind van de geschiedenis zou zijn, lijkt dan ook bevestigend te moeten worden beantwoord. Of is het de schijn die bedriegt? Zijn er misschien in het model tóch spanningen te onderkennen, zulke fundamentele spanningen wellicht dat de democratische rechtsstaat op de lange duur plaats zal maken voor stabielere constitutionele systemen? Een eerste punt van spanning tussen de idealen van rechtsstaat en democratie vinden we in het idee van een verschanste verankering van hoger recht in de constitutie. Kenmerkend voor de rechtsstaatsidee is dat de macht van de overheid, ook de democratisch gecontroleerde overheid, wordt beperkt door bepaalde rechten (zie punt *b* van de hiervoor genoemde beginselen van de rechtsstaat). Nu leverde een dergelijk ideaal niet veel problemen op in het predemocratisch tijdperk (althans vanuit het moderne perspectief), aangezien toen hoger recht alleen maar een beperking vormde op de macht van de vorst. Mocht men al van een botsing van beginselen willen spreken, dan was er sprake van een botsing tussen het beginsel van het 'droit divin' en de moderne rechtsstaatsidee. Naarmate de invloed van democratisch gekozen meerderheden zich echter sterker op het beleid deed gevoelen betekende de acceptatie van hoger recht als beperking van de overheidsmacht tevens een beperking van de wil van de democratisch gekozen meerderheid, een beperking die zich alleen maar duidelijker deed gevoelen al naargelang de mate waarin hoger recht in de constitutie sterker is verschanst.[96] De Duitse constitutie die bepaalde rechten absoluut onaantastbaar maakt, vormt – ten aanzien van de daar gespecificeerde rechten – een *absolute* beperking van democratische besluitvorming. De Amerikaanse en Nederlandse constituties die grondwettelijk recht alleen maar *moeilijker* wijzigbaar maken, werpen een minder vergaande beperking aan democratische besluitvorming op. Ook hier gaat het echter om een confrontatie van rechtsstatelijke en democratische eisen.

Met name in de bekende controverse tussen het traditionalistisch gedachtegoed van de Ierse politieke filosoof Edmund Burke (1729-1797) en de radicaal-democrati-

[96] Vgl. hierover: Jackson, Robert H., *The Supreme Court in the American System of Government,* Harvard University Press, Cambridge 1967.

sche traditie, zoals onder anderen voorgestaan door Thomas Paine (1737-1809), treedt de tegenstelling tussen rechtsstaat en democratie helder aan het licht. We zullen op de achtergrond van dit conflict kort ingaan.

Paine en Burke

Het begon met een voordracht van de theoloog Richard Price (1723-1791).[97] Price had op 4 november 1789, de gedenkdag van wat men in Engeland de Revolutie van 1688 ('Glorious Revolution') noemt, een preek gehouden, waarin hij lovende opmerkingen maakte over beide revoluties. Edmund Burke had zich bijzonder geërgerd aan die lofrede, aangezien hij weliswaar de Glorious Revolution als noodzakelijk en heilzaam beschouwde, maar de Franse verwierp. In zijn bekende boek *Reflections on the Revolution in France* (1790) vinden we de kritiek op Price nader uitgewerkt. Naar het oordeel van Burke is de quintessens van de preek van Price dat volgens Price het Engelse volk met de beginselen van de Revolutie drie fundamentele rechten had verworven:

(1) om zijn eigen regeerders te kiezen;
(2) om deze in geval van wanbeleid af te zetten;
(3) om zijn eigen regeringsvorm te ontwerpen.[98]

Deze voordracht vormde voor Burke het startsein voor een invloedrijke campagne tegen de Franse Revolutie en het daaraan ten grondslag liggende verlichtingserfgoed, waarbij hij de waarden van traditioneel gegroeide beginselen en instituties contrasteerde met de rationeel uitgedachte en naar zijn idee gekunstelde staatsfilosofie van de verlichtingsfilosofen.

Burke ontkende dat het volk het soort rechten heeft als waarvoor Price in zijn voordracht de loftrompet had gestoken. Burke beroept zich daarvoor op een verklaring die het parlement ongeveer honderd jaar geleden ten overstaan van Willem

[97] *A Discourse on the Love of our Country.* Een nieuwe editie verscheen in: Price, Richard, *Political Writings,* edited by D.O. Thomas, Cambridge University Press, Cambridge etc. 1991, pp. 176-197.

[98] Burke, Edmund, *Reflections on the revolution in France,* ed. Conor Cruise O'Brien, Penguin Books, Harmondsworth 1982, p. 91 e.v. Vgl. voor de achtergrond van het conflict ook de inleiding van De Valk in: Burke, Edmund, *Traditie en vooruitgang,* Een bloemlezing uit de Reflections on the Revolution in France, samengesteld door J.M.M. de Valk, Kok/Agora, Kampen 1989; Baudet, Thierry, & Visser, Michiel, 'Edmund Burke (1730-1797), in: Thierry Baudet en Michiel Visser, red., *Revolutionair Verval en de Conservatieve Vooruitgang,* Uitgeverij Bert Bakker, Amsterdam 2012, pp. 99-119.

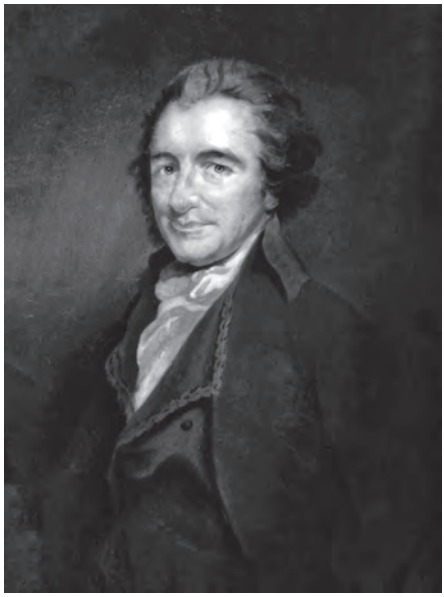
Studio Sir Joshua Reynolds, Edmund Burke *(ca. 1769). © National Portrait Gallery, Londen*

en Mary had afgelegd: 'In naam van het voornoemde volk' (waarmee het Engelse volk van toen werd bedoeld), *'onderwerpen* de geestelijke en wereldlijke leden van het Hogerhuis alsmede de leden van het Lagerhuis zichzelf, hun *erfgenamen* en *nazaten,* allernederigst en vol vertrouwen voor *ALTIJD.'*

Ook beroept Burke zich op een bepaling uit een besluit dat het parlement in dezelfde regeringsperiode nam, waarbij het parlement zegt dat de inhoud ons, dat wil zeggen het volk van toen, bindt, alsmede 'onze erfgenamen en onze nakomelingen' en dat alles 'ten eeuwigen dage'.

Zoals Burke aanstoot had genomen aan Price, zo nam Thomas Paine weer aanstoot aan Burke. Wanneer Burke gelijk zou hebben, aldus Paine, dan zou dat betekenen dat het Engelse volk bij de revolutie *afstand* heeft gedaan van een eventueel recht om het koningschap af te schaffen. Het Engelse parlement maakte gebruik van het recht om zichzelf te binden voor het moment, maar tevens eigende het zichzelf een ander recht toe, namelijk het recht om het nageslacht te binden, aldus Paine in zijn kritiek op Burke.[99]

[99] Paine, Thomas, *Rechten van de mens,* Bloemlezing, samengesteld en ingeleid door G.A. van der List, Kok/Agora en Pelckmans, Kampen en Kapellen 1992, p. 39.



Auguste Millière, Thomas Paine *(ca. 1876).*
© National Portrait Gallery, Londen

We kunnen in deze verhandeling de beoordeling van het recht van deze generatie om de navolgende generaties te binden loskoppelen van het erfelijk koningschap, want het voorwerp van de discussie is van algemener aard dan het specifieke probleem dat door Burke en Paine besproken wordt. Het gaat om de vraag of de ene generatie een volgende mag binden; dat is tenslotte wat gebeurt wanneer men een rigide grondwet proclameert. Het is een probleem dat van grote praktische betekenis is, aangezien het merendeel van de grondwetten die in de wereld van kracht zijn, rigide clausules kent.[100]

Paine is over deze kwestie categorisch en duidelijk: 'Nooit was, nooit zal en nooit kan sprake zijn van enige volksvertegenwoordiging, enige stand of enige generatie, in welk land dan ook, die beschikt over de bevoegdheid of het vermogen om het nageslacht "tot het eind der tijden" te binden en vast te leggen, of om voor altijd te verordonneren hoe de wereld geregeerd zal worden, of wie haar zal regeren.'[101]

[100] Een uitzondering vormen de grondwetten van Nieuw-Zeeland en Zuid-Afrika. Informatie hierover vindt men in: Lijphart, Arendt, *Democracies,* Yale University Press, New Haven en London 1984, pp. 187-197.

[101] Paine, *Rechten van de mens,* p. 40.

Het soort bepalingen als waarop Burke zich beroept zijn van nul en generlei waarde, zoals Paine schrijft. De opstellers proberen te doen waartoe zij noch het recht noch het vermogen hebben.

Rechterlijke toetsing

De eerste spanning binnen de democratische rechtsstaat is er dus een tussen democratie en het onder punt *d* uitgewerkte kenmerk van de rechtsstaat: het idee van een verschansing van hoger recht.

Een tweede spanning binnen het ACP manifesteert zich ook tussen de beide polen van democratie en rechtsstaat, maar nu tussen democratie en het element van de rechterlijke toetsing als onderdeel van de rechtsstaat (punt *e*). Wanneer men aan de rechter de controle overlaat op de constitutionaliteit van gewone wetgeving, plaatst men eigenlijk de rechter boven de wetgever, schrijven de critici van het ACP. Dat wil zeggen: men verleent het primaat aan een niet-democratisch gelegitimeerd orgaan boven een democratisch gelegitimeerd orgaan.[102]

Een fervent tegenstander van het toetsingsrecht op deze grond is de Nederlandse staatsrechtsgeleerde G. van den Bergh, wiens werk we al hebben leren kennen in hoofdstuk 1 van dit boek. Van den Bergh is tegenwoordig bekend vanwege zijn oratie uit 1936 over de antidemocratische partijen.[103] Hij is echter ook van belang voor de vraag hoe we de verhouding tussen wetgever en rechter moeten zien. In een artikel in het Nederlands Juristenblad heeft hij in 1951 zijn opvattingen hierover uiteengezet, waarbij hij vooral beklemtoont dat constitutionele toetsing in strijd zou zijn met de democratiegedachte. Het toetsingsverbod is van groot belang, aangezien het behoort 'tot het diepste wezen van de democratie', aldus Van den Bergh in een veel geciteerde frase. (Let wel: het toetsings*verbod* ziet Van den Bergh dus als de essentie van een democratie, niet dat men toetsing toelaat.)[104]

[102] Vgl. hierover: Waldron, Jeremy, 'A Right-Based Critique of Constitutional Rights', in: *Oxford Journal of Legal Studies,* Vol. 13, No. 1, 1993, pp. 18-51; Waldron, Jeremy, *Liberal Rights,* Collected Papers 1981-1991, Cambridge University Press, Cambridge/New York 1993.

[103] Rijpkema, Bastiaan, red., *Wat te doen met antidemocratische partijen? De oratie van George van den Bergh uit 1936*, ingeleid door Bastiaan Rijpkema, met een voorwoord van René Cuperus, en een nawoord van Paul Cliteur, Elsevier Boeken, Amsterdam 2014; Rijpkema, Bastiaan, *Weerbare democratie: de grenzen van democratische tolerantie*, Uitgeverij Nieuw Amsterdam, Amsterdam 2015.

[104] Van den Bergh, G., 'Beschouwingen over het toetsingsrecht', in: *Nederlands Juristenblad,* 26 mei 1951, pp. 417-425.

Minder geciteerd, maar zeker zo categorisch geformuleerd is zijn uitspraak dat iedere democratie deze regel moet huldigen of althans – na afdwaling – daartoe terugkeren.[105]

Het is onduidelijk of Van den Bergh met 'moeten' een normatief moeten op het oog heeft of dat hij slechts een waarschijnlijkheid uitspreekt. Dat hij in ieder geval ook dat laatste bedoelt, lijkt men te kunnen afleiden uit het feit dat hij stelt dat de toetsing in een democratie op den duur niet te handhaven is in verband met de scherpe conflicten waartoe dit zou moeten voeren.

Nu verbaast het ons niet dat door Nederlandse staatsrechtsbeoefenaren op grond van het democratieargument tegen toetsing wordt gefulmineerd. Nederland heeft immers sinds 1848 een toetsingsverbod en dat is altijd betrekkelijk weinig aangevochten in de Nederlandse staatsrechtelijke doctrine. Saillanter is het wellicht dat in de *Amerikaanse* doctrine van tijd tot tijd pleidooien tegen het toetsingsrecht worden geformuleerd. Een van de meest krachtige daarvan is het alweer wat oudere artikel geschreven door Henry Steele Commager (1902-1998). Hoe hangen toetsing en democratie met elkaar samen? vraagt Commager. Men behoeft daar maar even over te denken of de relatie dringt zich pregnant op de voorgrond. Het is de functie van het toetsingsrecht om een wet die door de meerderheid is aangenomen niet toe te passen, omdat de rechter strijdigheid tussen wet en grondwet constateert. Dat is echter verwerpelijk. Men mag ervan uitgaan dat ook de wetgever wel heeft gelet op de eventuele ongrondwettigheid van de wet. Het feit dat men de wet heeft aangenomen is een indicatie voor het feit dat de wetgever heeft gemeend dat de wet *niet* ongrondwettig is. Waarom zou dan aan de *rechter* de bevoegdheid toekomen zijn opinie over de grondwettigheid in de plaats te stellen van die van de volksvertegenwoordiging? 'The one non-elective and non-removable element in the government rejects the conclusions as to constitutionality arrived at by the two elective and removable branches.'[106] Het resultaat waartoe Commager komt is vernietigend voor het Amerikaanse systeem en het ACP: 'The conclusion is almost inescapable that judicial review has been

[105] Die opmerking over 'terugkeren' is interessant omdat in de literatuur een trend te onderkennen lijkt die kritisch staat tegenover constitutionele toetsing. Zie daarover: Waldron, Jeremy, 'A Right-Based Critique of Constitutional Rights', in: *Oxford Journal of Legal Studies,* 13 (1993), pp. 18-51; Waldron, Jeremy, 'The Core of the Case Against Judicial Review', in: *The Yale Law Journal*, 2006, pp. 1346-1406.

[106] Commager, Henry Steel, 'Judicial Review and Democracy', in: *Virginia Quarterly Review,* 19 (Summer 1943), pp. 417-428.

a drag upon democracy and – what we may conceive to be the same thing – upon good government.'[107]

Contradicties binnen het ACP

Dat brengt ons weer bij de vraag die aan het begin van dit hoofdstuk gesteld werd. De vraag is of de democratische rechtsstaat, zoals deze binnen het ACP gestalte heeft gekregen, door de spanningen binnen dit model zó sterk zal worden verzwakt, dat het uiteindelijk geen stand zal kunnen houden en dat het dienovereenkomstig niet het eind van de constitutionele geschiedenis vormt.

Van den Bergh lijkt daarvan uit te gaan wanneer hij stelt dat iedere democratie een toetsingsverbod moet kennen of althans – na afdwaling – daartoe terugkeren. 'Op den duur' is het ACP niet houdbaar, meent Van den Bergh kennelijk.

Commager lijkt iets minder optimistisch[108] ten aanzien van de mogelijkheden om af te komen van het toetsingsrecht dat in het Amerikaanse constitutionele recht sinds 1803 een hechte verankering had gevonden, maar ook hij wijst op de contradictie tussen democratie en toetsing.

De kritiek van Commager, Van den Bergh, Paine en talloze andere denkers op het ACP is iets waar men niet te snel aan voorbij kan gaan. De contradicties van het ACP die zij aan de orde stellen zijn bepaald indrukwekkend te noemen. Zijn rechtsstaat en democratie met elkaar te verzoenen? En zo ja, hoe? En zo nee, zal dat dan niet op den duur met zich meebrengen dat het ACP weer van de politieke landkaart zal verdwijnen, zoals volgens Marx de samenlevingen die worden gekenmerkt door interne contradicties verdwijnen?

Hoe de toekomst van de democratische rechtsstaat eruit zal zien is moeilijk te zeggen. Duidelijk is in ieder geval dat, hoezeer kenmerkend voor constitutioneel recht continuïteit mag zijn, we hier ook veranderingen aantreffen. Zo kan het bijvoorbeeld zijn dat als gevolg van de politieke discussie die rond de benoemingen van Amerikaanse rechters ontstaat, het Amerikaanse systeem geconfronteerd wordt met zulke

[107] Commager, 'Judicial Review and Democracy', p. 428. Vgl. voor een verzoeningspoging van toetsing en democratie: Rostow, Eugene V., 'The democratic character of judicial review', in: *Harvard Law Review,* Vol. 66, 1952/2, pp. 193-224.

[108] Optimistisch vanuit zijn eigen perspectief; dat wil zeggen tegen de rechtsstatelijke beperking van democratie.

tegenstellingen dat het tot ingrijpende aanpassingen genoopt zal zijn.[109] Ook is het mogelijk dat door een voortvarende interpretatie van de rechter ten aanzien van zaken als abortus, de doodstraf en andere heikele dilemma's, de politieke meningsverschillen zo hoog zullen oplaaien dat men deze zaken niet langer geschikt zal achten om langs rechterlijke weg te laten beslissen.[110] Deze kwestie speelt de laatste jaren vooral op in Groot-Brittannië waar de onvrede met uitspraken van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens in Straatsburg zo diep wordt gevoeld dat men overweegt zich te zullen terugtrekken uit het Verdrag.

Maar ook in de Verenigde Staten van Amerika is het toetsingsrecht een voorwerp van discussie. Daarop wordt zware kritiek geleverd door Jeremy Waldron (*geb.* 1953).[111] Wanneer men ziet welke belangrijke politieke beslissingen door het Supreme Court worden genomen is dat ook niet verbazingwekkend.[112]

Daar staat echter tegenover dat ook het Britse systeem, het laatste indrukwekkende bolwerk tegen het ACP, een aantal saillante problemen kent. Het is mogelijk dat het Britse systeem zich zal ontwikkelen tot zo'n sterke dictatuur van de uitvoerende macht dat een verankerde Bill of Rights de enige remedie is om het rechtsstatelijk karakter van het Britse systeem te waarborgen.[113]

In het eerste geval zou dat tot een *verwijdering van* het ACP, in het tweede geval tot een *toenadering tot* het ACP leiden. We zullen ons hier nog niet wagen aan een

[109] Vgl. bijvoorbeeld over de mislukte nominatie van rechter Bork voor het Supreme Court: Bronner, Ethel, *Battle for Justice,* How the Bork Nomination Shook America, Doubleday, New York etc. 1989.

[110] Een pleidooi daarvoor bij: Bork, Robert H., *The Tempting of America,* The Political Seduction of the Law, Sinclair-Stevenson, Londen 1990.

[111] Waldron, Jeremy, 'A Right-Based Critique of Constitutional Rights', in: *Oxford Journal of Legal Studies,* 13 (1993), pp. 18-51; Waldron, Jeremy, 'The Core of the Case Against Judicial Review', in: *The Yale Law Journal*, 2006, pp. 1346-1406.

[112] Het Supreme Court, zo schrijft Dworkin, 'has the last word on whether and how the states may execute murderers or prohibit abortions or require prayers in the public schools, on whether Congrescan draft soldiers to fight a war or force a president to make public the secrets of his office'. Vgl. Dworkin, Ronald, *Law's Empire,* The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, Mass., Londen, England 1986, p. 2.

[113] Vgl. hierover: Hailsham, Lord, *The Dilemma of Democracy,* Diagnosis and Prescription, Collins, Londen 1978; Scarman, Leslie, *English Law – The New Dimension,* Stevens & Sons, Londen 1974; Dworkin, Ronald, *A Bill of Rights for Britain,* Chatto & Windus, Londen 1990. Vgl. voor een kritiek: Griffith, J.A.G., 'The Political Constitution', in: *The Modern Law Review,* Vol. 42, No. 1, 1979, pp. 1-21, en enkele standpunten pro en contra: Barnett, Anthony, Ellis Caroline, Hirst, Paul, *Debating the Constitution,* New Perspectives on Constitutional Reform, Polity Press, Cambridge 1993.

voorspelling over het mogelijk einde dan wel het voortbestaan van het ACP. Waartoe we ons zullen beperken is het formuleren van twee richtingen waarin de oplossing zal moeten worden gezocht om de spanning tussen het democratische en het rechtsstatelijke element binnen het ACP te mitigeren. Sleutelwoord is het begrip *beperking* of *matiging*, een beperking die zich op tweeërlei terrein zou moeten manifesteren. De ene ligt op legislatief terrein, de andere op het vlak van de rechterlijke interpretatie. In beide gevallen is het sleutelwoord echter: zelf-beperking.

Twee consequenties

Aan de spanning binnen het idee van de democratische rechtsstaat zou men twee consequenties kunnen verbinden. Het zijn consequenties die de spanning binnen dit model zouden kunnen mitigeren en men zou ze daarom kunnen hanteren als additionele eisen die men aan het model kan stellen, met name eisen die men zou moeten stellen aan de rechtsstatelijke component van de democratische rechtsstaat.

Eén van deze eisen heeft overigens reeds enige aandacht gekregen in de constitutionele theorie (en rechtstheorie in het algemeen), maar voor het andere vereiste is dat nog onvoldoende het geval. Toch zou men kunnen betogen dat beide uitbreidingen aan het begrip rechtsstaat nodig zijn om het in een bevredigende balans te plaatsen tot het begrip democratie.

Het levert als additionele kenmerken van de rechtsstaat op: (f) Zelfbinding van de hoogste interpreterende instantie ten aanzien van de constitutie, een vereiste dat neerkomt op rechterlijke terughoudendheid; (g) Beperking in het verlenen van een constitutionele status aan rechten, een vereiste dat neerkomt op legislatieve terughoudendheid.[114]

(f) Rechterlijke terughoudendheid

Voor het eerste punt moeten we beginnen met enkele opmerkingen over de aard van het constitutionele recht. Constitutioneel recht is recht dat is afgeleid van, of gerelateerd aan, of interpretatief verbonden met de constitutie, heeft men wel gezegd.[115] In zekere zin is ook altijd wel erkend dat het rechtsstatelijk ideaal implicaties heeft voor

[114] Vgl. de vijf kenmerken en beginselen (a t/m e) van de rechtsstaat die hiervoor werden genoemd.

[115] Pritchett, C. Herman, 'Constitutional Law', in: *International Encyclopedia of the Social Sciences,* David L. Sills, editor, The Macmillan Company & The Free Press, Londen 1968, pp. 295-300, hier p. 295.

de wijze waarop de rechterlijke interpretatie zal moeten plaatsvinden. We hebben het hiervoor gehad over het legaliteitsbeginsel. Dit beginsel houdt in dat geen feit strafbaar is dan uit kracht van een daaraan voorafgegane wettelijke strafbepaling. Nu lijkt het op het eerste gezicht een gemakkelijk uit te maken zaak of de wetgever iets strafbaar heeft gesteld of niet, maar dat is toch lastiger dan men zou denken. De algemeenheid van de wet brengt met zich mee dat een rechter namelijk altijd de woorden van de wet zal moeten *interpreteren;* hij zal de wet, om die te kunnen toepassen, altijd moeten toesnijden op het concrete geval. En daarbij kan het toepassingsgebied van de norm groter worden dan de bewoordingen van de wetsbepaling, los van de context, zouden doen vermoeden en kleiner. De rechter heeft hier een zekere marge van vrijheid en introduceert daarmee onvoorspelbaarheid ten aanzien van het resultaat. Vandaar dat een belangrijke school binnen het Amerikaanse rechtsdenken, het Amerikaans realisme, stelde dat recht niet is wat in de wet staat, maar wat de rechters *zeggen* dat er in de wet staat. Recht is wat rechters doen.[116]

Hoewel de moderne samenleving steeds meer geconfronteerd wordt met de noodzaak tot het treffen van juridische voorzieningen zonder dat de wetgever daaraan te pas is gekomen,[117] blijft het toch van belang dat de rechter daarin niet al te voortvarend optreedt. Dat geldt voor de 'gewone' zaken, maar het geldt nog sterker voor grondrechtelijke en mensenrechtelijke aangelegenheden, aangezien daar de beperking op democratische besluitvorming zich nog sterker manifesteert. Men zegt wel dat de rechter ten aanzien van extensieve interpretatie op het terrein van het *strafrecht* met de grootste voorzichtigheid moet optreden. Immers, hier kan de *rechtszekerheid* op de tocht komen te staan. Men realiseert zich echter vaak onvoldoende dat die noodzaak tot een terughoudende opstelling van de rechter in het *constitutionele recht* zeker zo belangrijk is, zij het hier om een andere reden. Die reden is hier dat door een voortvarende opstelling van de rechter het *democratisch deficit* binnen de democratische rechtsstaat onnodig en onverantwoord kan worden vergroot. Een rechter die een wet buiten toepassing laat wegens een vermeende strijdigheid met de constitutie (maar natuurlijk ook met het EVRM), verricht een activiteit waartoe hij weliswaar gelegitimeerd is krachtens het belang dat binnen het ACP wordt gehecht aan een rechtsstatelijke controle van democratische beslissingen, maar hij dient zich altijd bewust te zijn van de kostenzijde: een inbreuk op democratie. Dat punt is terecht

[116] Vgl. Crozier, J.B., 'Legal Realism and a Science of Law', in: *The American Journal of Jurisprudence,* 29 (1984), pp. 151-167.

[117] Vgl. 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.

onder de aandacht gebracht door Van den Bergh, Commager en talloze andere critici van het toetsingsrecht.[118] Toetsing is een inbreuk op een andere waarde van het ACP en een dergelijke inbreuk mag alleen maar gepleegd worden onder nauw omschreven voorwaarden, voorwaarden die in de constitutie zijn opgesomd, waaraan hij streng gebonden is.[119]

Net zoals in het strafrecht dan ook een taboe rust op analoge redeneringen als een ondermijning van de rechtsstaatsidee zou men zich bij de interpretatie van constitutioneel recht meer bewust moeten worden van de schaduwzijden van een extenstieve interpretatie door de rechter.[120]

(g) Terughoudendheid bij de wetgever

Een tweede punt dat we wellicht hebben te accepteren als een kenmerk van de rechtsstaatsidee is dat het alleen die rechten als fundamentele rechten, als werkelijk 'hoger recht', erkent die als het ware zo'n belangrijke belichaming vormen van de idealen van de democratische rechtsstaat dat zij deze speciale geprivilegieerde status verdienen.[121]

Niet alleen ten aanzien van rechterlijke, ook ten aanzien van legislatieve voortvarendheid zouden we ons moeten realiseren dat voor de acceptatie van een bepaalde norm als 'mensenrecht' of 'grondrecht' een prijs betaald moet worden. Eigenlijk heeft Fukuyama daar al op gewezen toen hij betoogde dat hij vast wilde houden aan een korte lijst van mensenrechten, zoals verenigbaar is met de Amerikaanse Bill of Rights, aangezien een uitbreiding van de lijst van mensenrechten (met bijvoorbeeld sociale grondrechten) zich op gespannen voet zou verhouden met eigendomsrechten.

---

118 Vgl. bijvoorbeeld ook de interessante kritiek van: Haersolte, R.A.V. van, 'Toetsing naar de wijze van de Hoofdige Boer' op Cliteur, 'Constitutionele toetsing', in: P.B. Cliteur, *Constitutionele toetsing,* Met commentaar van R.A.V. van Haersolte, J.M. Polak en T. Zwart, Prof. mr. B.M. Teldersstichting, Den Haag 1991.

119 Vgl. hierover: Black, Hugo LaFayette, *A Constitutional Faith,* Alfred Knopf, New York 1969.

120 We vinden hiervan talloze voorbeelden in de Amerikaanse constitutionele geschiedenis. Voor een overzicht van de laatste decennia kan men terecht bij: Savage, David G., *Turning Right,* The Making of the Rehnquist Supreme Court, John Wiley & Sons, Inc., New York etc. 1992.

121 Vgl. Nickel, James, W., *Making Sense of Human Rights,* Philosophical Reflections on the Universal Declaration of Human Rights, University of California Press, Berkeley/Los Angelos/Londen 1987, p. 3. Vgl. verder: Cranston, Maurice, 'Human Rights, Real and Supposed', in: D.D. Raphael, ed., *Political Theory and the Rights of Man,* MacMillan, Londen etc. 1967, pp. 54-68. Cranston schrijft dat kenmerkend voor een mensenrecht is dat het gaat om een universeel recht van 'paramount importance'.

Hoewel wij een pleidooi voor een voorzichtige opstelling ten aanzien van de erkenning van mensenrechten onderschrijven, is de reden daarvan toch een andere dan Fukuyama voor de geest staat. Wat is die reden?

Het antwoord is: wij dienen zuinig te zijn met de erkenning van mensenrechten, aangezien de erkenning van elk mensenrecht een potentiële dan wel actuele beperking van het democratisch element in het model van de democratische rechtsstaat impliceert. De prijs van de erkenning van een recht als mensenrecht is immers dat we het verheffen boven het normale politieke proces. We zonderen het uit van democratische besluitvormingsprocedures. We maken een *inbreuk* op het democratisch principe ten koste van iets hogers.

Nu behoort het tot de kern van het ACP dat men een dergelijke erkenning voor mogelijk en wenselijk houdt.[122] Het zou echter tevens gewenst zijn dat men een mensenrecht zou blijven zien als een *uitzondering* op het normale politieke proces en dat men het maken van beleid zou overlaten aan de normale, democratisch gecontroleerde politiek.

Men hanteert in dit opzicht wel het onderscheid tussen normale politiek en constitutionele politiek. De normale politiek is de politiek van alledag. De constitutionele politiek is de politiek waarmee we bezig zijn wanneer we de grondslagen van de staat voor de langere termijn bespreken, zoals bij het maken van een constitutie. Het onderscheid gaat terug op een van de Amerikaanse founding fathers. Alexander Hamilton maakte een onderscheid tussen het *volk* in de zin van een constituerende vergadering en de *vertegenwoordigers van het volk*.[123] Tot de kern van het Amerikaans experiment (en van het ACP) behoort dat men de vertegenwoordigers van het volk onderworpen acht aan de langetermijncommitments die door het volk zijn gepleegd bij het maken van de constitutie. De constitutionele politiek beperkt dus de normale politiek. Dat is een goed systeem, maar het is een systeem waarvoor een bepaalde prijs wordt betaald.[124] Dat lijkt dan ook te suggereren dat we ons goed moeten bedenken voordat we iets tot de status van mensenrecht verheffen.

Een dergelijk terughoudende opstelling ten aanzien van de proliferatie van hoger recht druist echter in tegen een aantal populaire voorstellingen over rechterlijke in-

[122] Vgl. hierover ook het getuigenis van de bekende rechter uit het Amerikaanse Supreme Court: Brennan, William, 'Why have a Bill of Rights?', in: *Oxford Journal of Legal Studies,* Vol. 9, no. 4, 1989, pp. 425-440.

[123] Madison, James, Hamilton, Alexander, Jay, John, *The Federalist Papers,* Penguin Books, Harmondsworth 1987 (1788), p. 436 e.v.

[124] De gedachte van Hamilton is uitgewerkt door: Ackerman, Bruce, *We the People,* The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge (Mass.) en Londen 1991.

terpretatie en wetgeving.[125] Men hoort wel dat de wet zich dient te ontwikkelen en waarom zou dat niet voor de constitutie gelden? In de Amerikaanse constitutionele theorie wordt wel gesproken van het idee van de 'living constitution' en in Nederland heeft vooral Hugo Krabbe (1857-1936), hoogleraar in Groningen en Leiden, zich opgeworpen als een protagonist voor 'levend grondwettelijk recht'.[126]

Nu is het ongetwijfeld waar dat recht, en ook constitutioneel recht, zich ontwikkelt. Maar men dient zich tevens te realiseren dat het constitutioneel recht als *beperking van de soevereine macht* structureel verschilt van andere delen van het recht.[127] We dienen voor het constitutioneel recht wellicht niet alleen andere interpretatiemethoden te gebruiken,[128] zoals hiervoor reeds werd gesuggereerd, maar we dienen het ook minder gemakkelijk aan te passen aan de veranderende ontwikkelingen. Dat is niet een onvolkomenheid van het constitutioneel recht; daarvoor is constitutioneel recht juist gemaakt. Wanneer de Amerikaanse founding fathers bepalen dat zij een aantal rechten 'vanzelfsprekend' achten en dat zij die daarom willen vastleggen en verschansen in een formeel document, dan bedoelen zij daarmee nu juist het te beschermen tegen de waan van de dag. 'We must leave open the possibility of an appeal from the people drunk to the people sober, if individual and minority rights are to be protected in the periods of excitement and hysteria from which we unfortunately are not immune.'[129]

Maar laten we ons wenden tot de legislatieve zelfbeperking. Zijn de perspectieven hier gunstiger? Het lijkt van niet. Meer en meer beleidsdoelstellingen worden in de

[125] Ook andere schrijvers stellen dit punt aan de orde. Vgl. Wolfe, Christopher, *The Rise of Modern Judicial Review,* From Constitutionalism to Judge-Made Law, Basic Books, Inc., Publishers, New York 1986; Berger, Raoul, *Government by Judiciary,* The Transformation of the Fourteenth Amendment, Harvard University Press, Cambridge, Mass., Londen, England 1977.

[126] Krabbe, H., 'De heerschappij der grondwet', in: *De Gids,* 1906, 4de deel, pp. 371-407; Krabbe, H., *Ongezonde lectuur,* J.B. Wolters, Groningen 1913. Vgl. over zijn opvattingen: Zoethout, C.M., 'Hugo Krabbe over recht, staat en staatsrecht', in: *Recht en kritiek,* 1991, pp. 468-481. Vgl. voor een kritiek op de notie van de 'levende constitutie': Rehnquist, William H., 'The Notion of a Living Constitution', in: *Texas Law Review,* 54 (1976), pp. 693-706.

[127] Zie over soevereiniteit: Baudet, Thierry, *De aanval op de natiestaat,* Uitgeverij Bert Bakker, Amsterdam 2012, pp. 65 ff.

[128] Vgl. voor een moderne theorie daarover: Bobbitt, Philip, *Constitutional Interpretation,* Blackwell, Oxford UK en Cambridge USA 1991.

[129] McIlwain, *Constitutionalism,* p. 149; McIlwain, 'The fundamental law behind the constitution of the United States', p. 245. Vgl. over deze gedachte ook: Jacobs, Frans, 'Das Paradigma der praktischen Unvernunft', in: Robert Alexy en Ralf Dreier, Hrsg., *Rechtssystem und praktische Vernunft,* ARSP-Beiheft, Franz Steiner Verlag, Stuttgart 1993, pp. 151-153.

vorm van 'Rights-talk' gepresenteerd. Van klassieke grondrechten zijn we geëvolueerd naar sociale grondrechten en sinds de jaren tachtig wordt ook wel gesproken van een derde generatie van grondrechten, de solidariteitsrechten, waartoe men recht op vrede, humanitaire assistentie, nationale zelfbeschikking en andere collectieve rechten rekent. Dat zou men dus een proliferatie van mensenrechten in kwantitatieve zin kunnen noemen: er komen steeds meer mensenrechten bij (zonder dat oude worden afgeschaft of in onbruik raken).[130]

Naast die kwantitatieve uitbreiding kan men dan ook nog een uitbreiding onderscheiden naar de hoeveelheid subjecten die er aanspraak op kunnen maken. Van volwassenen naar kinderen,[131] van kinderen naar dieren.[132]

Ongetwijfeld zijn dat allemaal zeer goed bedoelde pogingen om klemmende sociale en politieke problemen onder de aandacht te brengen, maar men dient zich ervan bewust te zijn dat het gevaar bestaat dat wanneer men de nieuwe rechten werkelijk effectueert, dat wil zeggen afdwingbaar maakt voor de rechter, de spanning met het democratische element van de democratische rechtsstaat onaanvaardbaar groot wordt. Effectueert men de nieuwe rechten niet langs rechterlijke weg, maar legt men deze alleen maar neer in internationale verdragen, dan loopt men het gevaar dat de mensenrechtenidee geloofwaardigheid verliest en men mensenrechten zal gaan beschouwen als mooi klinkende retoriek, maar in feite waardeloos.

---

130 Vgl. hierover: 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. Een overzicht van de literatuur over dit onderwerp vindt men in: Galenkamp, M. 'Collectieve rechten: een review essay', in: *Nederlands tijdschrift voor rechtsfilosofie en rechtstheorie,* 1991/1, pp. 60-73.

131 Vgl. McCormick, Neil, 'Children's Rights: A Test-Case for Theories of Right', in: *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie,* 62 (1976), pp. 305-317.

132 Vgl. D'Amato, Anthony, en Chopra, Sudhir, 'Whales: Their Emerging Right to Life', in: *American Journal of International Law,* 85 (1991), pp. 21-62; Zee, Machteld, 'Waarom eigenlijk niet? Vijf denkers tegen dierenrechten', in: Bastiaan Rijpkema en Machteld Zee, red., *Bij de beesten af,* Prometheus, Amsterdam 2013, pp. 166-181; Berg, Floris van den, *Philosophy for a better World,* Prometheus Books, Amherst, New York 2013; Berg, Floris van der, *De vrolijke veganist,* Houtekiet, Antwerpen 2013.

Nogmaals de eindthese

Hoe pessimistisch dan wel optimistisch kunnen we zijn over de hier geschetste wenselijkheid van een terughoudende opstelling bij zowel de rechterlijke interpretatie van mensenrechten als de legislatieve formulering daarvan?

Over rechterlijke interpretatie, zowel de gewone als de constitutionele, is een zee aan literatuur verschenen en worden ook de laatste jaren weer vele discussies gevoerd. We kunnen hier op die discussie niet ingaan en bovendien is het nog te vroeg om betrouwbare prognoses te geven over de afloop van de gedachtewisseling over dit onderwerp die plaatsvindt tussen taalkundigen, juristen en anderen die betrokken zijn bij het onderwerp van interpretatie. We kunnen ons beperken tot de opmerking dat de populariteit van postmoderne interpretatietheorieën, zoals die van Rorty, niet veel vertrouwen geeft in een *beperking* van de uitlegmogelijkheden van teksten.[133]

Ook de ontwikkelingen op legislatief terrein plaatsen ons voor de vraag welke rechten we wel en welke we niet hebben te erkennen als fundamenteel en beperkend ten opzichte van de normale politiek. Zo zien we dat in het internationale recht de proliferatie van hoger recht steeds grotere vormen aanneemt. Zo spreekt men, zoals we al hebben gezien, van een derde generatie van mensenrechten in de vorm van 'solidariteitsrechten': het recht op vrede, het recht op ontwikkeling, het recht op een gezonde omgeving en het recht om mee te delen in de gemeenschappelijke erfenis van de mensheid.[134] Voorstanders van dit soort nieuwe rechten doen dat vaak met de beste bedoelingen, maar waar het nog aan ontbreekt is een bezinning op de vraag of we met een dergelijke proliferatie van grondrechten niet een ondermijning van de constitutionele idee *als zodanig* bewerkstelligen. Wanneer namelijk allerlei claims op voet van gelijkheid tegen elkaar moeten worden afgewogen, lost het recht op in

[133] Vgl. hierover: 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. Voor commentaar: Eco, Umberto, *Over interpretatie,* in debat met Richard Rorty, Jonathan Culler, Christine Brooke-Rose, onder redactie van Stephan Collini, Kok/Agora, Kampen 1992. Vgl. over de betekenis van de ideeën over interpretatie van Rorty voor het recht: Moore, Michael S., 'The Interpretative Turn in Modern Theory: A Turn for The Worse?', in: *Stanford Law Review,* Vol. 41, 1989, pp. 871 e.v.

[134] Een pleidooi voor solidariteitsrechten is gehouden door K. Vasak. Vgl. hierover: Kooijmans, P.H., 'Human Rights - Universal Panacea?', in: *Netherlands International Law Review,* Vol. 37, 1990/3, pp. 315-330, hier p. 316.

politieke discussie.[135] Wanneer een rechter genoodzaakt is te oordelen over de vraag of wetgeving in strijd is met constitutioneel gewaarborgd hoger recht en dat laatste bestaat uit een bonte wirwar van beleidsdoelstellingen die als grondrechten worden gepresenteerd, dan kan het haast niet anders of het ACP zal aan interne spanningen ten onder gaan. Van den Bergh en andere critici van het ACP krijgen dan gelijk dat het een onmogelijk ideaal is.[136]

Jeremy Bentham, de vader van het rechtspositivisme, zoals we hebben gezien in hoofdstuk 1, sprak over mensenrechten als 'nonsense on stilts'. Het is een aantijging die misschien niet terecht is, maar het zou ons wel te denken moeten geven. Wanneer inderdaad de constitutionele politiek steeds verder expandeert ten koste van de normale politiek komt er een moment waarop de producten van constitutionele politiek als niets bijzonders meer worden ervaren. Het gaat nogal ver om te spreken van 'nonsense on stilts', maar men zou mensenrechten en grondrechten wel kunnen gaan beschouwen als iets dat zich deftiger voordoet dan verantwoord is. Wat we wellicht van Bentham zouden kunnen leren is dat we niet elk groot belang door middel van grondrechten moeten proberen te beschermen. Sommige heel belangrijke zaken – en wie zal willen ontkennen dat het natuurlijk milieu of de wereldvrede van vitaal belang zijn? – lenen zich misschien niet voor een 'grondrechtelijke benadering'. De constitutionele politiek dient de normale politiek immers niet geheel op te slokken.

Dat brengt ons ten slotte weer bij de 'eind-these' van Fukuyama. Is het ACP het einde van de constitutionele geschiedenis? Wanneer de proliferatie van grondrechten en expansie van constitutionele politiek ten koste van normale politiek steeds verder zou voortschrijden zou het vermoeden gerechtvaardigd kunnen zijn dat het ACP *niet* het eindpunt van de constitutionele geschiedenis vormt. Het zou ons nopen andere

[135] Volgens de aanhangers van de Amerikaanse Critical Legal Studies beweging moeten we de pretentie dat recht iets anders is dan politieke discussie ook gewoon laten varen. Vgl. Schwartz, Louis B., 'With Gun and Camera Through Darkest CLS-Land', in: *Stanford Law Review,* Vol. 36, January 1984, pp. 423-464, en Howarth, David, 'Making Sense out of Nonsense', in: *Jurisprudence,* Cambridge Essays, Edited by Hyman Gross and Ross Harrison, Clarendon Press, Oxford 1992, pp. 29-55; Purvis, Nigel, 'Critical Legal Studies in Public International Law', in: *Harvard International Law Journal,* 32 (1991), pp. 81-127.

[136] Ook Kooijmans voert bezwaren aan tegen de erkenning van deze derde generatie grondrechten. Hij schrijft dat de geleidelijke introductie van steeds meer nieuwe categorieën mensenrechten het effect kan hebben dat de bescherming van oudere categorieën niet meer zal worden gewaarborgd. Zijn argumentatie verloopt dus langs een wat andere lijn dan ik hier ontwikkel. Vgl. Kooijmans, Ibid., p. 329.

modellen te ontwikkelen, waarin de tegenstellingen binnen het ACP in hegeliaanse zin worden 'aufgehoben'. Voorlopig ontbreekt het ons echter aan elk richtingsbesef op dit terrein en wellicht is een andere richting ook niet nodig, omdat wetgever en rechter in de eerste plaats, maar ook anderen die zich verantwoordelijk voelen voor het ACP, begrip krijgen voor de randvoorwaarden waaronder het politieke experiment van de democratische rechtsstaat kan slagen. Toch kan men over de toekomstige ontwikkeling van het ACP niet echt gerust zijn. Twee hedendaagse ontwikkelingen zijn bij uitstek zorgwekkend. Allereerst bieden, zoals gezegd, invloedrijke hedendaagse interpretatietheorieën geen aanknopingspunten voor het met het ACP inherent verbonden idee dat bij interpretatie de interpreet zich in enigerlei zin beperkt moet weten. Immers, postmoderne interpretatietheorieën, waarvan die van Rorty wel de meest invloedrijke kan worden genoemd, menen dat dit soort idealen op illusies gestoeld zijn. Een tweede ontwikkeling die zorgen baart, is de verleidelijke logica die verborgen ligt in de stelling dat, wanneer voor het waarborgen van een fundamenteel recht iets anders vereist is, men ook een fundamenteel recht heeft *op dat andere.* Een zekere consistentie kan men aan die gedachtegang niet ontzeggen, maar we lopen zo wel het gevaar dat we steeds nieuwe generaties grondrechten en mensenrechten blijven uitvinden al naargelang de belangen die op het spel staan als klemmend worden ervaren. Het ene mensenrecht zal automatisch het andere genereren, en elk klemmend belang zal op den duur tot grondrecht zijn gepromoveerd, zodat *de facto* geen onderscheid meer zal bestaan tussen gewone wetgeving en 'hoger recht'.

Een en ander overwegend lijkt het gerechtvaardigd te stellen dat het ACP, hoewel op het ogenblik het dominante model, bepaald niet onbedreigd is. Het wordt echter nu niet bedreigd door *externe* omstandigheden, door concurrerende modellen, maar door *interne* factoren. Men zou kunnen zeggen dat het ACP wordt bedreigd door zijn eigen succes.

HOOFDSTUK 3

De scheiding van kerk en staat

In april 2013 deed de Britse premier David Cameron een controversiële uitspraak. Hij noemde Groot-Brittannië een 'christelijk land'. Hij verklaarde zelfs dat Groot-Brittannië weer 'evangelisch' zou moeten worden.

De reactie op zijn steun voor een christelijke identiteit van de Britse staat liet niet lang op zich wachten. Een groep van vijfentwintig publieke figuren verweet de minister-president dat hij verdeeldheid zaaide in het land.[1] De minister-president moet geen voorkeur uitspreken voor een religie, was de mening van zijn critici. Althans niet een voorkeur voor de Britse *staat* (wat zijn *persoonlijke* voorkeur voor een religie is, staat daar natuurlijk buiten).

Onder de ondertekenaars van een speciaal voor deze gelegenheid opgesteld manifest tegen het standpunt van de minister-president vinden we prominente namen uit de wereld van wetenschap en literatuur: Philip Pullman, Anthony Grayling, sir Terry Pratchett en enkele Nobelprijswinnaars.

Sommigen trokken flink van leer tegen de Britse premier. Cameron 'schaadde de samenleving', zei men. Hij gaf een 'verkeerd beeld van Groot-Brittannië', voerde een van zijn critici aan. Prof. Jim Al-Khalili, voorzitter van de British Humanist Association, sprak van een 'verontrustende trend'.

Discussies zoals die ontstonden naar aanleiding van de opmerkingen van de Britse premier zijn geen uitzondering tegenwoordig. Overal in Europa, en ook daarbuiten, vinden heftige debatten plaats over de wenselijke verhouding van staat en religie. In Italië woedde een strijd over de vraag of aan de wanden van openbare scholen

[1] Bingham, John, 'David Cameron "fuelling sectarian division by bringing God into politics"', in: *The Telegraph*, 20 april 2014.

een kruisbeeld zou mogen hangen.[2] In Frankrijk worden discussies gevoerd over het dragen van de hoofddoek in de ambtelijke dienst, op scholen en het dragen van de boerka op straat.[3] De discussie die premier Cameron naar Engeland bracht is, zo lijkt het, een trend.

Steun voor zijn standpunt kreeg Cameron ook. En natuurlijk van de zijde waarvan men dat verwacht: van de kerk bij monde van bisschop Michael Nazir-Ali (*geb.* 1949). De bisschop zei: 'Terwijl sommigen erkennen dat Groot-Brittannië veel verschuldigd is aan de joods-christelijke traditie, beweren anderen dat de waarden die daarvan afgeleid zijn, nu op zichzelf staan en dat ze ook kunnen worden verkregen uit andere wereldbeelden.'[4] Nazir-Ali vreest dat dit niet mogelijk is. Het gevaar bestaat, schrijft hij, dat we 'teren op kapitaal uit het verleden dat steeds meer tekenen van uitputting vertoont'.[5] Ook volgens Nazir-Ali, net als voor Cameron, zouden we daarom terug moeten keren naar de christelijke wortels van onze cultuur.

Bisschop Nazir-Ali

Wat de opmerkingen van David Cameron en bisschop Nazir-Ali ons duidelijk maken, is dat dus niet alleen de staten in het Midden-Oosten en Noord-Afrika zich bezinnen op de religieuze dan wel seculiere identiteit van de staat. Daar hebben we de

2 Annicchino, Paquale, 'Winning the Battle by Losing the War: The *Lautsi* Case and the Holy Alliance between American Conservative Evangelicals, the Russian Orthodox Church and the Vatican to Reshape European Identity', in: *Religion and Human Rights,* Volume 6 (2011), pp. 213-219; Zoethout, C.M., 'Rethinking Adjudication under the European Convention', in: Jeroen Temperman (ed.), *The Lautsi Papers: Multidisciplinary Reflections on Religious Symbols in the Public School Classroom,* Martinus Nijhoff Publishers, Leiden 2012, p. 413-427. In ECtHR, 'Lautsi v. Italy', 3 november 2009, No. 30814/06, 50, (Lautsi I) heeft het EHRM de kruisbeelden aan de muren van scholen afgewezen. In ECtHR, 'Lautsi and others v. Italy', No. 30814/06, 54, 18 March 2011 (Lautsi II) zijn de kruisbeelden weer toegelaten.

3 In ECHR, 'Case of S.A.S. v. France', 1 July 2014 heeft het Europese Hof in Straatsburg Franse wetgeving die gelaatsbedekkende kleding verbiedt in stand gehouden. Zie over de gelaat bedekkende kleding: Chesler, Phyllis, 'Ban the Burqa? The Argument in Favor', in: *The Middle East Quarterly,* Fall 2010, pp. 33-45; Zee, Machteld, 'Het boerkaverbod: de laatste mode? Een handleiding voor het debat', in: Jasper Doomen en Afshin Ellian, red., *De strijd van gelijkheid en vrijheid*, Boom Juridische Uitgevers, Den Haag 2015, pp. 143-161.

4 Nazir-Ali, *Triple Jeopardy for the West: Aggressive Secularism, Radical Islamism and Multiculturalism,* Bloomsbury, Londen 2012, p. 12.

5 Nazir-Ali, Ibid., p. 12.

'Arabische lente'[6] gehad en die heeft het debat over de al dan niet islamitische identiteit van veel staten een nieuwe impuls gegeven. Daar is niet de vraag of de staat al dan niet een *christelijke* gedaante moet aannemen, maar of in de grondwet verwijzingen moeten worden opgenomen naar de islam (of naar het islamitisch recht, de sharia).[7]

Wat dit soort discussies een extra dimensie lijkt te geven, is de opkomst van het religieus radicalisme sinds de jaren tachtig en negentig van de vorige eeuw. In jodendom,[8] christendom[9] en islam[10] komen met name orthodoxe en fundamentalistische stromingen naar voren. Niet vrijzinnige religiositeit (een 'losse omgang' met de tekst van het heilig boek en een kritische houding tegenover het religieus gezag) lijkt de wind in de zeilen te hebben, maar de meest strenge en intolerante vormen van godsdienstig denken. Met name het extreem gewelddadige optreden van de islamistische terreurgroep Islamitische Staat. Hoe zou de staat daarop moeten reageren?
In juni 2014 ontstond een discussie over de vraag hoe het groeiend islamistisch extremisme op Britse scholen kon worden bestreden.[11] De kwestie volgde op beschuldigingen dat islamistische fundamentalisten van plan waren geweest om scholen in Birmingham te infiltreren en zelfs over te nemen. Deze discussies kregen natuurlijk een extra dimensie toen op 22 mei 2013, in een straat in Zuid-Londen, een Britse militair, Lee Rigby, werd vermoord door twee jihadisten.

Een element in deze discussie is ook de mate waarin scholen symbolen en kleding moeten tolereren die worden geassocieerd met religieuze overtuigingen, zoals de islamitische hoofddoek.

Wat deze discussies interessant maakt, is dat we hier zien dat de traditionele arrangementen en instituties binnen een bepaalde cultuur niet langer als vanzelfsprekend worden beschouwd. Dat de Britse staat een christelijke identiteit heeft, is niet langer onomstreden. Dat Britse scholen religieuze tekens op scholen toelaten (zoals

6 En helaas voor een deel gekaapt door islamistische krachten. Zie hierover: Gozlan, Martine, *Les rebelles d'Allah: Ils ont défié l'ordre islamiste*, préface de Jean-François Kahn, l'Archipel, Parijs 2014.

7 Zee, Machteld, 'Five Options for the Relationship between the State and Sharia Councils', in: *Journal of Religion and Society,* Volume 16 (2014), pp. 1-18; Zee, Machteld, *Choosing Sharia: multiculturalism, Islamic fundamentalism and British Sharia Councils*, PhD dissertation Leiden, Leiden 2015.

8 Elizur, Yuval, and Malkin, Lawrence, *The War Within: Israel's Ultra-Orthodox Threat to Democracy and the Nation,* Overlook Duckworth, New York en London 2013.

9 Linker, Damon, *The Theocons: Secular America under Siege,* Doubleday, New York 2006.

10 Bawer, Bruce, *While Europe Slept: How Radical Islam Is Destroying the West From Within,* Doubleday, New York, Auckland 2006.

11 Castle, Stephen en Freytas-Tamura, Kimiko de, 'Rift deepens in Britain over Claims of School Infiltration Plot by Islamic Extremists', in: *The New York Times*, 8 juni 2014.

Franse scholen *niet* doen, en sommige Belgische scholen ook niet),[12] is niet meer vanzelfsprekend. Staten kunnen hun identiteit veranderen – althans, dat is wat deze discussies lijken te suggereren. Het lijkt erop dat voor alle staten geldt dat zij opnieuw hun identiteit willen uitvinden.

In hoofdstuk 3 willen we vijf modellen van staat/religie-relaties bespreken. Er zijn namelijk vijf manieren waarop de staat zich ten opzichte van religie kan verhouden. Of anders gezegd: elk land heeft een keuze uit vijf opties om de relatie tot religie te regelen.

Zoals nog duidelijk zal worden uit het vervolg van dit betoog hebben wij ook een voorkeur. Wij denken dat het laatste model, het model van de religieus neutrale staat, de seculiere staat of van de 'agnostische staat' het meest geschikt is om die relatie onder de huidige omstandigheden te regelen.

De kritiek op David Cameron en Nazir-Ali en anderen die de staat een religieuze identiteit willen geven (of willen vaststellen dat de staat die identiteit nu eenmaal heeft, om vervolgens te bepleiten dat die kan en moet worden herbevestigd) lijkt dan ook terecht.

Wij zullen ook verdedigen dat dit niet alleen een standpunt impliceert voor Engeland of voor Nederland, maar voor in beginsel alle staten in de wereld (zie ook hoofdstuk 4).

Om dat punt te maken, analyseren wij niet alleen de meest conventionele modellen die de relatie tussen staat en religie in Europa en de westerse wereld reguleren, maar ook het model van een *theocratie* (met Saoedi-Arabië als voorbeeld). Wij doen dat omdat dit model een grote invloed uitoefent op radicalen. De theocratie die tien jaar terug alleen nog bestond in Iran en Saoedi-Arabië lijkt aan terrein te winnen in de wereld van het Midden-Oosten en die kan men dus als een serieuze concurrent beschouwen van meer traditionele modellen.

Maar laten we, bij wijze van inleiding en om context te bieden, eerst de discussie voortzetten over het christelijk karakter van de Britse staat, waar Cameron de aanzet voor gaf. Zijn opvattingen lijken vergelijkbaar met die van bisschop Nazir-Ali. Laten we die van bisschop Nazir-Ali daarom eens nader bekijken.

[12] Op 1 september 2009 voerde het Koninklijk Atheneum in Antwerpen een verbod op het dragen van religieuze tekens in. Leerlingen van vijfenzestig nationaliteiten bezochten de school en velen waren verrast dat het bestuur van de school een dergelijke drastische maatregel had durven nemen. Maar geleidelijk aan werd de maatregel geaccepteerd, en zelfs gewaardeerd. Religieuze neutraliteit in kledij werd de norm op de school. Zie over deze zaak: Hermans, Karin, *Een tip van de sluier*, Houtekiet, Antwerpen/Utrecht 2010.

Nazir-Ali onder kritiek

Er zijn verschillende manieren waarop men zijn standpunt dat de Britse staat een christelijke identiteit zou moeten aannemen onder kritiek kan stellen. Het standpunt van Cameron en Nazir-Ali is ook door anderen verdedigd en in de *wijze waarop* dat geschiedt kan men vaak een identiek patroon onderscheiden. We zullen dat standpunt nu bespreken aan de hand van vier gezichtspunten.

Culturele variëteit. Een eerste vraag die men ten aanzien van het standpunt van Nazir-Ali zou kunnen opwerpen, is of daarin wel voldoende ruimte bestaat voor culturele variëteit. Er wordt vaak gezegd, en we vinden dat ook bij Nazir-Ali, dat we veel te danken hebben aan de joods-christelijke traditie. Maar, zo kan men dan vragen, waarom alleen aan de joods-christelijke traditie? Waarom niet aan de heidense tradities, die toch ook veel invloed hebben gehad – vooral in Groot-Brittannië? Of aan de Griekse filosofie? Of aan het Romeinse recht? Waarom niet de invloed van de Noormannen genoemd?

Wij zeggen dit niet uit een soort vrome multiculturele reflex, maar omdat wij denken dat men niet serieus kan beweren dat de joods-christelijke traditie zo overweldigend invloedrijk is als sommige commentatoren beweren (en hopen, misschien).

Historische causaliteit. Een tweede probleem dat zich vaak voordoet met een standpunt zoals dat ontwikkeld is door Nazir-Ali, is dat men impliciet allerlei opvattingen over historische causaliteit hanteert die bepaald niet vanzelfsprekend zijn. Een voorbeeld ter illustratie. Men zegt vaak: binnen de joods-christelijke cultuur zijn democratie, rechtsstaat en mensenrechten tot ontwikkeling gekomen. Dit is niet toevallig! Het is ook niet vanzelfsprekend dat we die democratie, rechtsstaat en mensenrechten kunnen handhaven wanneer we de *grondslag daarvan*, de joods-christelijke traditie, laten eroderen.

Wat deze opvatting onbevredigend maakt, is dat men *veronderstelt* dat democratie, rechtsstaat en mensenrechten *veroorzaakt zijn* door de joods-christelijke traditie. Maar is dat wel zo? Men kan ook zeggen dat het wereldbeeld van Galileo Galilei (1564-1642) tot ontwikkeling is gebracht binnen de joods-christelijke cultuur, maar we weten ook dat het wereldbeeld van Galileo zich veeleer kon doorzetten *ondanks* het christendom dan *dankzij* het christendom.[13] Zou niet hetzelfde kunnen gelden voor democratie, rechtsstaat een mensenrechten?[14]

[13] Zie de stukken over Galileo in: White, A.D., *A History of the Warfare of Science with Theology in Christendom,* Two volumes, Dover Publications, New York 1960 (1896); Russell, Bertrand, *The Scientific Outlook,* Routledge, Londen en New York 2001 (1931); Draper, John William, *History of the Conflict between Religion and Science,* D. Appleton and Company, New York 1897 (1874).

[14] Dit punt wordt naar ons oordeel ook over het hoofd gezien door: Siedentop, Larry, *Inventing the Individual: The Origins of Western Liberalism*, Penguin Books, Londen 2014.

Onderschatting van de moderniteit. Een derde punt dat regelmatig terugkomt in het soort van beschouwingen zoals Nazir-Ali die presenteert, is wat men zou kunnen noemen een onderschatting van de betekenis van de moderniteit. Sinds de reformatie, de verlichting of het moderne denken dat in het kielzog van deze culturele stromingen tot ontwikkeling is gekomen, is ook een levensvorm dominant geworden die men zou kunnen typeren als een 'relativering van religie'.

Europa is het werelddeel van de meest vergaande secularisatie en tevens een werelddeel waarin democratie, rechtsstaat en mensenrechten tot ontwikkeling zijn gekomen. Zou het daarom niet kunnen dat veel van onze staatkundige instellingen samenhangen met de secularisatie in plaats van met de joods-christelijke wortels van onze cultuur?[15]

Het kan toch ook moeilijk worden ontkend dat de moderniteit ook veel traditionele christelijke en joodse elementen heeft *verworpen*. Velen hebben tegenwoordig bijvoorbeeld de christelijke seksuele moraal achter zich gelaten.[16]

Dat brengt ons op een belangrijk punt. Dat heeft te maken met de betekenis van kritiek. Het verwerpen van elementen uit ons cultureel erfgoed – een zeer belangrijke kritische activiteit – moet worden gedaan aan de hand van een *criterium*, en dat kan *niet de traditie zelf* zijn.[17] Dus in die zin lijkt de stelling dat morele ideeën *op zichzelf*

[15] Dit is de strekking van: Grayling, A.C., *Towards the Light: The Story of the Struggles for Liberty & Rights that made the Modern West,* Bloomsbury Publishing, Londen 2007.

[16] Zie bijv. Ranke-Heinemann, Uta, *Eunuchen für das Himmelreich: Katholische Kirche und Sexualität von Jesus bis Benedikt XVI*, 5. Auflage, Wilhelm Heyne Verlag, München 2012 (1988); Russell, Bertrand, *Marriage and Morals*, Unwin Paperbacks, George Allen & Unwin, Londen 1929; Endsjø, Dag Øistein, *Sex and Religion: Teachings and Taboos in the History of World Faiths,* Reaktion Books, Londen 2011; Taylor, Richard, 'Religion and the Debasement of Goodness', in: John Donnelly, ed., *Reflective Wisdom.* Richard Taylor on Issues That Matter, Prometheus Books, Buffalo, New York 1989, p. 182-192.

[17] Dit is de fout van de communitaristische traditie met denkers als: Alisdair McIntyre, Charles Taylor en Michael Walzer. Wij verwijzen naar de kritiek op het communitarisme zoals ontwikkeld in het werk van Jeremy Waldron, met name in: Waldron, Jeremy, 'Minority Cultures and the Cosmopolitan Alternative', in: *University of Michigan Journal of Law Reform,* Vol. 25, 1992, p. 751-793; Waldron, Jeremy, 'One Law for All? The Logic of Cultural Accomodation', in: *Washington & Lee Law Review,* Vol. 59, No. 3, 2002, p. 3-34; Waldron, Jeremy, 'Rushdie and Religion', voor het eerst gepubliceerd onder de titel 'Too important for Tact' in: *The Times Literary Supplement,* 10 maart 1989, p. 248 en 260, en herdrukt in: Jeremy Waldron, *Liberal Rights: Collected Papers 1981-1991,* Cambridge University Press, Cambridge/New York 1993, p. 134-143. Zie ook: Nielsen, Kai, 'Morality and God: Some Questions for Mr. MacIntyre', in: *The Philosophical Quarterly,* Vol. 12, No. 47 (april 1962), p. 129-137.

moeten staan – waar Nazir-Ali zich tegen verzet – een vruchtbaarder gedachte dan de mening dat deze ideeën noodzakelijk verbonden zijn met één specifieke religieuze traditie.

Religieuze legitimatie van moraal en politiek. Maar het meest principiële argument, het vierde en laatste, tegen zijn apologie voor de christelijke traditie als bron van onze hedendaagse waarden is misschien dat religie nu eenmaal geen waarden kan 'funderen', zoals Nazir-Ali beweert dat het geval is.[18]

Om dit goed te begrijpen moeten we een paar zaken scherp uit elkaar halen.

Allereerst: er kan heel goed een *psychologische* relatie zijn tussen religie enerzijds en moraal en politiek anderzijds, in de zin dat religie morele politieke ideeën kan beïnvloeden. Dat is ook heel vaak het geval. Niemand zal dat betwisten.

Als tweede: er kan een *sociologische* relatie zijn tussen religie en moraal in de zin dat de dominante religie in een land, cultuur en staat de collectieve moraal in een land, cultuur en staat kan beïnvloeden. Ook dat is natuurlijk vaak het geval.

Maar deze psychologische en sociologische relaties leren ons nog niets over de *principiële relatie* tussen religie en moraal. Wij bedoelen daarmee: nog steeds is niet vastgesteld dat een religieuze basis voor een moreel standpunt dit standpunt moreel meer 'aanvaardbaar' maakt. Anders gezegd: een religieuze basis kan aan moraal geen *legitimiteit verlenen* (hoewel dat natuurlijk wel zo *ervaren* wordt door religieus gelovigen).

Wat we nu vaak kunnen zien in beschouwingen zoals Nazir-Ali die ten beste geeft, is dat de legitimatiekwestie vaak op basis van de eerste twee punten (psychologie en sociologie) 'naar binnen gesmokkeld' wordt. Omdat tussen religie en moraal een psychologische en een sociologische relatie bestaat, wordt door velen gedacht dat je voor moraal religie 'nodig hebt'. Omdat anders – zo luidt een populaire metafoor – moraal 'in de lucht hangt'.

Maar wie zo denkt, valt ten prooi aan een denkfout. Het is misschien het meest verhelderend dat 'in de lucht hangen' maar als een geuzennaam op te pakken en te zeggen dat *principieel* moraal altijd 'in de lucht' hangt. Met 'principieel' wordt dan bedoeld dat men voor de *legitimatie* van moraal geen religie nodig heeft. Er is wellicht een psychologische relatie tussen moraal en religie, een sociologische relatie, maar geen principiële.

Nazir-Ali bekritiseert, het zal nauwelijks verbazen, de evolutiebioloog Richard Dawkins (*geb.* 1941), omdat deze God beschouwt als een 'onnodige hypothese'.[19] Die woorden 'onnodige hypothese' verwijzen weer naar de Franse wetenschapper Simon Laplace (1749-1827). Laplace verwierp het idee van een creatie van de wereld uit het

[18] Nazir-Ali, Ibid., p. 24.

[19] Nazir-Ali, Ibid., p. 26.

niets. Toen Napoleon hem bezocht en informeerde hoe de bevindingen van Laplace zich verhielden tot het idee van een schepper, antwoordde Laplace: 'Sire, ik heb die hypothese niet nodig.' In de terminologie zoals we die hiervoor hebben geïntroduceerd zou men kunnen zeggen dat voor Laplace de sterrenkunde 'in de lucht hangt', omdat deze niet op de religie is gebaseerd. Maar volgens Dawkins geldt dat dus ook voor de moraal. En meta-ethisch (dat wil zeggen denkend over de grondslagen van de ethiek) heeft Dawkins dus volkomen gelijk: religie kan ethiek niet funderen.

Dat brengt ons op een volgend punt. We hebben onder het gecursiveerde kopje van 'culturele variëteit' (zie hierboven) gezien dat een reden om het standpunt van Nazir-Ali in deze zaak ter discussie te stellen te maken heeft met zijn verwijzing naar 'kapitaal uit het verleden' als iets homogeens, als iets dat 'en bloc' kan en moet worden goedgekeurd. Maar dat kan niet. We leven in een wereld van aanzienlijke culturele variëteit. Die culturele variëteit brengt echter de noodzaak van keuzes met zich mee. We kunnen en moeten bepalen welke culturele tradities we willen voortzetten en welke niet. De religieus-culturele praktijk van vrouwenbesnijdenis wil een overgrote meerderheid tegenwoordig niet voortzetten (hoe moeilijk het in de praktijk ook blijkt om dit aan te pakken). De vaak religieus gelegitimeerde praktijk van het discrimineren van homoseksualiteit is ook een cultureel gegeven dat velen niet willen voortzetten. Ook het religieuze taboe op geloofsafval, of op het veranderen van geloof, willen velen bekritiseren en de wereld uit krijgen. Met andere woorden, culturele kritiek en religieuze kritiek (nu niet gehanteerd als kritiek *vanuit* een religie op het dominante patroon, maar kritiek *op* religie) is een belangrijk element van het beschavingsproces.

De vraag is dan: hoe kan die kritiek effectief worden uitgeoefend?

Het antwoord op die vraag is: doordat de moraal als kritische instantie *tegenover* religie en cultuur wordt onderkend. Mensen handhaven van hun religieuze tradities wat de toets van de moraal kan doorstaan. En dat betekent: niet moraal is gebaseerd op religie, maar religie is gebaseerd op moraal. Of, iets anders geformuleerd, we gebruiken moraal om religieuze tradities kritisch door te lichten. 'Onderzoek alles, behoud het goede', zegt de apostel (1 Thessalonicenzen 5:21).[20] Dat is mooi gesproken en het is geheel in overeenstemming met kritische moraal (we gaan hier verder nog op in, in hoofdstuk 4).

[20] Wij citeren met opzet een passage uit de Bijbel om duidelijk te maken dat in de Bijbel, net als in elke andere religieuze tekst, soms behartigenswaardige adviezen te vinden zijn. Maar, en nu herhalen we het punt dat hier wordt benadrukt, het is niet behartigenswaardig *omdat* de apostel dit zegt; de apostel zegt dit omdat het behartigenswaadig is.

Wanneer Nazir-Ali dan ook zegt dat een duidelijke christelijke inbreng de natie 'zal herinneren' aan haar verplichting, bijvoorbeeld aan de onvervreemdbare menselijke waardigheid, want alle mensen zijn gemaakt naar Gods beeld, dan zou men kunnen antwoorden dat het iedereen vrijstaat zijn eigen 'geheugensteuntjes' te kiezen, maar nodig voor de legitimatie van die menselijke waardigheid is die christelijke traditie niet. De menselijke waardigheid is een mooi principe. We vinden deze ook in de 'Universele Verklaring van de Rechten van de Mens', zoals uitgevaardigd door de Verenigde Naties in 1948. Maar die menselijke waardigheid is vaak voor het voetlicht gekomen door de *ontkoppeling* die plaatsvond tussen specifieke religies en het universele morele vocabulaire dat de mensenrechten gebruiken.[21]

Als we de Universele Verklaring van de Rechten van de Mens serieus nemen, is het moeilijk om de conclusie te vermijden dat de scheiding van kerk en staat, politiek secularisme of politiek agnosticisme (en de daarmee gepaard gaande seculiere staat of agnostisch staat) te verkiezen zijn boven andere modellen van staat/religie-relaties.[22]

Theoterrorisme en de agnostische staat

Wat de Verenigde Naties deden in 1948, namelijk morele aanspraken funderen op een niet-religieuze en dus een universele basis, is ook een optie voor individuele staten. Dat betekent: net als een *individu* kan besluiten om zijn waarden niet te baseren op religie, is dat ook een optie voor een *individuele staat*. Elke specifieke staat (er zijn ongeveer tweehonderd onafhankelijke staten in de wereld) kan besluiten tot een religieus neutrale (of 'seculiere' of 'agnostische', zoals we in het vervolg hopen duidelijk te maken) attitude (of niet). Het aannemen van zo'n religieus-neutrale attitude betekent dat de staat zijn burgers niet aanspreekt in een religieuze taal, niet kan beweren religieuze taken te vervullen, maar dat die staat gericht is op puur seculiere doelen (bijvoorbeeld of de betalingsbalans kloppend is en niet of wetgeving niet in strijd is met heilig recht dat wordt afgeleid uit heilige boeken).

---

[21] Robertson, Geoffrey, *Crimes against Humanity: The Struggle for Global Justice,* Fourth Edition, Penguin Books, Londen 2012 (1999), p. 1-49.

[22] Wij zullen de termen 'politiek secularisme', 'politiek agnosticisme' en 'scheiding van kerk en staat' als identiek hanteren. Zie daarover: Zee, Machteld, *Choosing Sharia: multiculturalism, Islamic fundamentalism and British Sharia Councils*, PhD dissertation Leiden, Leiden 2015; Cliteur, Paul, 'State and religion against the backdrop of religious radicalism', in: *International Journal of Constitutional Law,* Vol. 10, No. 1, 2012, pp. 127-152; Berg, Floris van den, *Beter weten: filosofie van het ecohumanisme*, Houtekiet en ISVW, Antwerpen/Utrecht 2015, pp. 91-125.

Theoterroristen[23] en religieuze fundamentalisten zijn natuurlijk ernstig gekant tegen deze ambitie. De in Nederland opgegroeide jihadist Mohammed Bouyeri (*geb.* 1978), die op 2 november 2004 de Nederlandse filmmaker Theo van Gogh (1957-2004) vermoordde, verklaarde tijdens het Hofstad-proces dat Van Goghs co-auteur van een controversiële film, Ayaan Hirsi Ali, op de dag dat ze het Nederlandse parlement betrad als politicus, een 'afvallige' was geworden. En een afvallige verdient de dood, niet alleen de doodstraf zoals uitgevoerd *door de staat*, maar ook de doodstraf uitgevoerd door particuliere militanten (waarvan hij er een was).[24]

Zoals we hebben gemerkt is dit commentaar vanuit het perspectief van een religieuze fundamentalist volkomen logisch. De religieuze fundamentalist is immers toegewijd aan het idee dat slechts één toestand legitiem is: een staat die is gebaseerd op zijn religieuze overtuigingen. Voor een islamist is dat, natuurlijk, een staat gebaseerd op de islam (althans wat hij daarvoor aanziet). Kortom, alleen de *islamitische staat* is een legitieme staat.[25] Tegen elke andere staat is verzet geboden, precies zoals Antigone zich moest verzetten tegen Kreon (zie hoofdstuk 1).

---

[23] De term 'theoterrorisme' kan worden gebruikt om een specifieke vorm van religieus terrorisme aan te duiden dat gebaseerd is op een interpretatie van de monotheïstische god (*i.e.* de god van het jodendom, het christendom en de islam). Er zijn veel verfijndere en totaal onschadelijke interpretaties van de monotheïstische traditie. Zie hierover: Scruton, Roger, *The Soul of the World*, Princeton University Press, Princeton/Oxford 2014, p. 1 e.v. Maar deze onschadelijke interpretaties (bijv. soefisme binnen de islam) zijn voor dit hoofdstuk niet van belang. Voor dit hoofdstuk zijn van belang de *politieke* interpretaties die aan religie gegeven worden. Als dat 'gekaapte religie' is, dan is de focus van dit hoofdstuk de gekaapte vorm van religie, niet religie in haar meest ongerepte vorm. Zie over theoterrorisme: Cliteur, Paul, & Helmich, Maurits, 'Theoterrorisme: humanitaire interventie bij ons', in: Jasper Doomen en Afshin Ellian, red., *De strijd van gelijkheid en vrijheid*, Boom Juridische Uitgevers, Den Haag 2015, pp. 161-185; Cliteur, Paul, 'The Rudi Carrell Affair and its Significance for the Tension between Theoterrorism and Religious Satire', in: *Ancilla Iuris,* 2013: 15, pp. 15-41.

[24] Mohammed B. zei tijdens een proces dat vanaf het moment dat Hirsi Ali actief werd in de Nederlandse politiek zij een apostaat was geworden. En dan weet je wat er gebeurt. Zie: Gerechtshof Den Haag, 23 januari 2008 (Hofstadgroep). Zie ook: Berman, Paul, *The Flight of the Intellectuals,* Melville House, Brooklyn, New York 2010, p. 246; Shore, Zachary, *Breeding Bin Ladens: America, Islam, and the Future of Europe,* The John Hopkins University Press, Baltimore 2006, p. 3.

[25] Zie hierover: Tibi, Bassam, 'From Old Jihad to New Jihad', in: Gelijn Molier, Afshin Ellian, and David Suurland, eds., *Terrorism, Ideology, Law, and Policy,* Republic of Letters Publishing, Dordrecht 2011, p. 35-65; Tibi, Bassam, *The Sharia State: Arab Spring and Democratization,* Routledge, Londen/New York 2013; Fatah, Tarek, *Chasing a Mirage: The Tragic Illustion of an Islamic State*, John Wiley & Sons Canada, Mississauga, Ontario 2008; An-Na'im, Abdullahi, *Islam and the Secular State: Negotiating the Future of Shari'a,* Harvard University Press, Cambridge, Mass, Londen 2008.

Voor andere religieuze terroristen geldt *mutatis mutandis* hetzelfde. In 1995 vermoordde de joodse extremist Jigal Amir (*geb.* 1970) de Israëlische politicus Jitzak Rabin (1922-1995) omdat deze laatste vredesbesprekingen had gevoerd met de Palestijnen waarbij hij – althans vanuit het joods extremistisch perspectief van Amir – land dat God aan de joden had gegeven 'weggaf' aan de Palestijnen.[26] Vanuit het perspectief van een joodse fundamentalist is het stuk grond van Israël dus niet iets waarover democratisch gekozen politici kunnen beschikken, maar het is *God* die daarover gaat. En van de wil van God kan niemand afwijken, ook niet bij 'democratische consensus'.

Op deze manier speelt godsdienst een enorme rol in ook de hedendaagse politiek. Van een 'scheiding' van kerk en staat is geen sprake en kan ook geen sprake zijn, volgens de religieus fundamentalistische opvatting. Een mooi voorbeeld is hier Saoedi-Arabië.

De Saoedische machthebbers pretenderen een islamitische staat te hebben gesticht. En niet zomaar 'een islamitische staat', maar de *enig legitieme* islamitische staat. Sinds de eenwording in 1932 wordt het koninkrijk van Saoedi-Arabië gecontroleerd door de familie Al Saud.[27] De Saoedische koninklijke familie regeert in samenwerking met de wahhabitische geestelijken, die een zeer strikte en fundamentalistische vorm van de islam vertegenwoordigen. Iedereen die een oordeel vormt op basis van iets anders dan de Koran is een *kafir,* een ongelovige, in de visie van sjeik Abd al Wahhab (1703-1792).[28]

Dit kan ernstige gevolgen hebben, zoals we hopen duidelijk te maken in het volgende. Het Saoedische rechtssysteem is gebaseerd op de sharia. En dan weer een van de meest strenge scholen van het sharia-recht, namelijk de Hanbalitische school.[29] De Koran en de Soenna *zijn* de grondwet.[30] De officiële godsdienst is de islam en alle burgers zijn moslim *door geboorte* (en dus niet door vrije keuze). Verandering van religie is onmogelijk, omdat afvalligheid wordt bestraft met de doodstraf. Christenen en joden genieten enige bescherming als volkeren van het Boek (ze hebben een *dhim-*

[26] Halkin, Hillel, 'The Case of Yigal Amir', in: *The New York Sun,* 6 november 2007.

[27] Een levendig portret van het hedendaagse Saoedi-Arabië geeft: House, Karen Elliott, *On Saudi Arabia: Its People, Past, Religion, Fault Lines – and Future,* Vintage Books, Random House, New York 2013.

[28] House, Karen Elliott, Ibid., p. 16.

[29] Marshall, Paul, and Shea, Nina, *Silenced: How Apostasy and Blasphemy Codes are Choking Freedom Worldwide,* Oxford University Press, Oxford 2011, p. 22.

[30] Marshall and Shea, Ibid., p. 22.

mi-status: inferieur aan moslims, maar niet geheel zonder rechten),[31] maar hindoes, boeddhisten, sikhs en ook sjiieten en soefi's worden beschouwd als polytheïsten, wat hun een nog lagere status verleent. Saoedi-Arabië heeft geen Wetboek van Strafrecht noch een Wetboek van Strafvordering.[32] Samen met de Iraanse Republiek komt de Saoedische monarchie het dichtst bij de religieuze extremistische utopie.

Een belangrijke vraag is natuurlijk: hoe te reageren op de claim van de religieuze fundamentalistische islamist op de staat? En een antwoord is: het is beter om *niet* te reageren met een tegenvordering dat de enige legitieme staat een christelijke staat is, of een joodse staat of een hindoestaat of wat voor staat met een religieuze grondslag men ook kan bedenken. Het is, met andere woorden, beter om niet te reageren op de manier waarop David Cameron doet op de islamistische uitdaging (met een christelijke tegenclaim). En wat over Cameron kan worden gezegd, geldt evenzeer voor bisschop Nazir-Ali (die Cameron steunde).

Dit brengt ons bij de vraag van de beste of meest haalbare relatie tussen staat en religie in de moderne tijd. In principe zijn er vijf opties.[33] Dit zijn (i) de atheïstische staat; (ii) de theocratische staat; (iii) de staat met een staatskerk; (iv) de multiculturele staat en (v) de agnostische staat.

De atheïstische staat

Eerst de atheïstische staat. Atheïsme, in zijn meest elementaire vorm, is a-theïsme, *i.e.* de ontkenning van de aanspraken van het theïsme.[34] Theïsme is het geloof in het bestaan van een specifieke god: een persoonlijke, transcendente, volkomen goe-

[31] Marshall, *Religious Freedom in the World (2008)*, p. 348.

[32] Amnesty International, 'Document – Saudi Arabia: An Upsurge in Public Executions', 15 mei 1993 AI Index: 23/04/93.

[33] Zie hierover: Cliteur, Paul, 'State and religion against the backdrop of religious radicalism', in: *International Journal of Constitutional Law,* Vol. 10, No. 1, 2012, p. 127-152; Vermeulen, B.P., *Vrijheid, gelijkheid, burgerschap: over verschuivende fundamenten van het Nederlandse minderhedenrecht en -beleid: immigratie, integratie, onderwijs en religie,* Sdu Uitgevers, Den Haag 2007.

[34] Cliteur, P.B., 'The Varieties of Atheist Experience', in: *Philosophy Now,* april/mei 2010, p. 6-8; Cliteur, Paul, 'The Definition of Atheism', in: *Journal of Religion and Society,* Vol. 11 (2009), p. 1-23. Zie voor een ruimer begrip van 'atheïsme': Berg, Floris van den, *Beter weten: filosofie van het ecohumanisme*, Houtekiet en ISVW, Antwerpen/Utrecht 2015, pp. 27-91.

de, almachtige schepper van hemel en aarde. Voor deze god is de naam van 'God' gereserveerd.[35]

Atheïsme heeft een lange geschiedenis, maar omdat atheïsten in het verleden bijna altijd werden vervolgd en gestraft, is het moeilijk om te achterhalen *hoeveel* atheïsten er daadwerkelijk zijn geweest.[36] Meestal is 'atheïsme' een etiket dat filosofen niet graag accepteren ter aanduiding van hun eigen positie in religieuze kwesties. (Spinoza en Hume zijn voorbeelden van denkers die als 'atheïst' werden bestempeld en die deze beschuldiging met kracht probeerden te weerleggen.) Omdat het etiket 'atheïst' als stigma werd ervaren en in sommige landen het ernstige gevolgen kan hebben als zodanig te worden aangeduid, probeerden velen het etiket 'atheïsme' van zich af te houden. En dat betekent dan weer dat we nooit precies weten hoeveel atheïsten er zijn in wereld. Dus om dezelfde reden waarom we niet weten hoeveel *liberalen* er in Noord-Korea leven, of hoeveel *critici van de islam* in Iran en Saoedi-Arabië (de meeste mensen houden hun hoofd liever op hun lichaam), weten we ook niet hoeveel atheïsten er eigenlijk in het zestiende- en zeventiende-eeuwse Frankrijk leefden.[37] Zoals Montaigne (1533-1592) zei: 'Ik ben bereid tot aan de brandstapel te gaan voor mijn opvattingen, maar liefst niet erop.' (Zijn ideeën worden uitvoeriger behandeld in hoofdstuk 5.)

Pas in de negentiende eeuw, toen de religieuze vervolging minder streng werd, werden atheïsten mondiger. Toen pas kreeg je een grootschalige 'coming out' als atheïst.

---

35 Cooke, Bill, 'Atheism', in: Bill Cooke, *Dictionary of Atheism, Skepticism, & Humanism,* Prometheus Books, Amherst, New York 2006, p. 49-50; Edwards, Paul, 'Atheism', in: *The Encyclopedia of Philosophy,* Paul Edwards, ed., Vol. I, Macmillan & The Free Press, New York, Londen 1967, p. 174-189; Nagel, Ernest, 'A Defense of Atheism', in: Paul Edwards and Arthur Pap, eds., *A Modern Introduction to Philosophy,* Revised Edition, The Free Press, Collier-Macmillan, New York/Londen 1967 (1957), p. 460-473.

36 Drachmann, A.B., *Atheism in Pagan Antiquity,* Glydendal, Londen/Kopenhagen, Christiania 1922 (heruitgegeven door: Kessinger Publising, Whitefish 2005); Bury, J.B., *A History of the Freedom of Thought,* Thornton Butterworth, Londen 1932 (1913); Hiorth, Finngeir, *Introduction to Atheism,* Indian Secular Society, Pune 1995.

37 Marshall, Paul, ed., *Religious Freedom in the World: A Global Report on Freedom and Persecution,* Freedom House, Nashville, Tennessee 2000, p. 268: 'There are small numbers of Saudis of other religions, especially Christian, but they usually remain hidden since, if discovered, they could be executed as apostates.' Zie over de manieren waarop achttiende-eeuwse filosofen aan censuur en vervolging probeerden te ontkomen: Blom, Philipp, *Wicked Company: Freethinkers and Friendship in Pre-revolutionary Paris,* Phoenix, Weidenfeld & Nicolson, Londen 2012 (2011).

In Duitsland was de post-Hegeliaanse filosofie (de 'Hegeliaanse linkervleugel') de bakermat van veel belangrijke atheïstische denkers, zoals Bruno Bauer, Ludwig Feuerbach[38] en Karl Marx.[39]

In zijn *Bijdrage aan de kritiek van Hegel's rechtsfilosofie* (1843/44) geeft Karl Marx een beroemd geworden omschrijving van religie als opium van het volk. Religie is zowel de *uitdrukking* van ellende als het *protest* tegen die ellende, zegt Marx.[40] Het is een verzuchting van de onderdrukte mens. Marx spreekt ook over de noodzaak van de *afschaffing* van de religie als een voorwaarde voor werkelijk geluk. We moeten van onze illusies afkomen.[41]

Een van de bekendste atheïsten van onze tijd, de Brits-Amerikaanse journalist Christopher Hitchens (1949-2011),[42] geeft de volgende interpretatie van dit citaat. Religie is 'man-made', door de mens gemaakt, zegt Hitchens.[43] Deze bondige formulering heeft verstrekkende gevolgen. Zoals denkers als Hitchens, Thomas Paine en Baron d'Holbach benadrukten, betekent dat: elke transcendentie is 'via mensen bemiddeld', dat wil zeggen: deze vindt plaats door tussenkomst van de mens. Gelovigen volgen niet de geboden van God, maar van degenen die geacht worden de vertegenwoordigers van God te zijn (vaak *zelfbenoemde* vertegenwoordigers).

In onze tijd herleefde het atheïsme na 9/11 in de vorm van wat het 'nieuwe atheïsme' genoemd wordt van denkers als Christopher Hitchens, Richard Dawkins,[44] Sam

[38] Feuerbach, Ludwig, *Das Wesen des Christentums,* Nachwort von Karl Löwith, Philipp Reclam Jun., Stuttgart 1978 (1841).

[39] Löwith, Karl, *From Hegel to Nietzsche: The Revolution in Nineteenth-Century Thought,* Translated from the German by David E. Green, Constablee, Londen 1964.

[40] Marx, Karl, *Zur Kritik der Hegelschen Rechtsphilosophie,* 1843/44, in: Karl Marx, Friedrich Engels, Ausgewählte Werke, Dietz Verlag, Berlin 1977, pp. 9-25.

[41] Zie ook het commentaar op deze passage van Marx bij: Hitchens, Christopher, G*od is not Great: How Religion Poisons Everything,* Twelve, New York, Boston 2007, p. 10.

[42] Hitchens schreef één boek over atheïsme: Hitchens, Christopher, G*od is not Great: How Religion Poisons Everything,* Twelve, New York, Boston 2007, en was samensteller van een ander boek over het onderwerp: Hitchens, Christopher, *The Portable Atheist: Essential Readings for the Nonbeliever,* Selected and with introduction by Christopher Hitchens, Da Capo Press, Philadelphia 2007. Hij is vooral bekend door zijn vele discussies met verdedigers van religie die te vinden zijn op internet.

[43] Hitchens, Ibid., p. 10.

[44] Dawkins, Richard, *The God Delusion,* Paperback edition, Black Swan, Transworld Publishers, Londen 2006.

Harris,[45] Daniel Dennett,[46] A.C. Grayling,[47] Peter Singer[48] en anderen.[49] Maar het is belangrijk om één ding te benadrukken, en dat is dat het nieuwe atheïsme, zoals het klassieke atheïsme van vorige generaties, een *privé-atheïsme* is. Dat betekent: het is een eigen overtuiging van individuen zonder de pretentie en de ambitie om politieke macht uit te oefenen. Het atheïsme van Karl Marx echter werd de basis van een *staatsdoctrine*. In de Sovjet-Unie, vanaf 1917, werd de verspreiding van het atheïsme een doelstelling van de staat, de 'atheïstische staat'. Marx' opmerking dat religie zou moeten worden afgeschaft interpreteerde men als een aanwijzing *voor de staat.* Men ziet het als taak voor de staat om te proberen religie te vernietigen als een gevaarlijke maatschappelijke uitwas. De voormalige Sovjet-Unie en Albanië waren de bekendste voorbeelden hiervan.[50]

De bewering dat atheïsme als privédoctrine onvermijdelijk tot staatsatheïsme leidt, is duidelijk onwaar.[51] Het is te vergelijken met roken. Men kan besluiten dat roken ongezond is en daarom niet roken, of stoppen met roken. Men kan ook anderen *aanraden* om niet te roken. Maar om de dokter die iemand een advies over zijn gezondheid geeft meteen te beschuldigen van de ambitie om een ander 'te dwingen' zich niet meer aan een ongezonde levensstijl over te geven, zou onterecht zijn.

---

45 Harris, Sam, *Letter to a Christian Nation,* Alfred A. Knopf, New York 2006; Harris, Sam, *The End of Faith: Religion, Terror, and the Future of Reason,* The Free Press, Londen 2005 (2004).

46 Dennett, Daniel C., *Breaking the Spell: Religion as a Natural Phenomenon,* Allen Lane, Penguin Books, New York 2006.

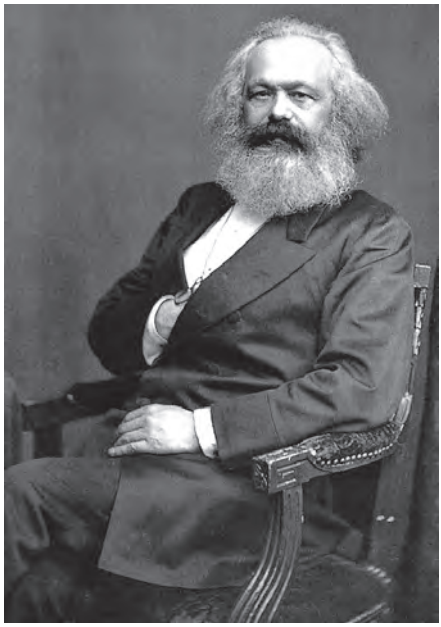
47 Grayling, A.C. *The God Argument: The Case against Religion and for Humanism,* Bloomsbury, Londen 2013; Grayling, A.C., *Against all Gods: Six Polemics on Religion and an Essay on Kindness,* Oberon Books, Londen 2007; Grayling, A.C., *To Set Prometheus Free: Essays on Religion, Reason and Humanity,* Oberon Masters, Londen 2009.

48 Singer heeft geen monografie over religie geschreven, maar bekend is zijn meta-ethische positie (zie bijv. Hauser, Marc en Singer, Peter, 'Morality without Religion', in: *Free Inquiry,* december 2005/januari 2006, p. 18-19) en de praktische consequenties die een seculiere ethiek hebben voor bioethiek. Zie: Singer, Peter, *Practical Ethics,* Third Edition, Cambridge University Press, Cambridge 2011 (1980).

49 Stenger, Victor J., *The New Atheism: Taking a Stand for Science and Reason,* Prometheus Books, Amherst N.Y. 2009; Amarasingam, Amarnath, ed., *Religion and the New Atheism: A Critical Appraisal,* Brill, Leiden 2010.

50 Luehrmann, Sonja, *Secularism Soviet Style: Teaching Atheism and Religion in a Volga Republic,* Indiana University Press, Bloomington, Indianapolis 2011.

51 Maar komt regelmatig terug. Zie bijv. McGrath, Alister, *The Twilight of Atheism. The Rise and Fall of Disbelief in the Modern World,* Doubleday, New York 2004.



Het atheïsme van Karl Marx ontwikkelde zich tot een staatsdoctrine. De Sovjet-Unie en zijn satellietstaten probeerden religieus geloof door de staat te laten bestrijden. Fotograaf: John Jabez Edwin Mayall. Internationaal Instituut voor Sociale Geschiedenis, Amsterdam

Hitchens en Dawkins kunnen we vergelijken met de dokters uit dit voorbeeld. Lenin en Stalin werken met de 'gedwongen opname' in een inrichting om van een theïstische verslaving af te komen. Dat is een essentieel verschil.

De theocratische staat

Tot zover het eerste model van staat/religie-verhoudingen: de atheïstische staat. Ten tweede is er het *prima facie* volledig tegenovergestelde van de atheïstische staat (hoewel ook vergelijkbaar: *les extremes se touchent)*: de religieus fundamentalistische of theocratische staat, zoals we die bijvoorbeeld aantreffen in Saoedi-Arabië of in Iran.[52] Deze landen zijn theocratieën waarbij een 'theocratie' letterlijk betekent 'regering door God'.[53] Maar net als voor een 'democratie' vaak geldt dat het gaat om een regering door de 'vertegenwoordigers van het volk', geldt ook voor een 'theocratie'

[52] Raddatz, Hans-Peter, *Iran: Persische Hochkultur und irrationale Macht,* Herbig Verlagsbuchhandlung, München 2006.

[53] Taheri, Amir, *The Persian Night: Iran under the Khomeinist Revolution,* Encounter Books, New York/Londen 2009.

dat het ook gaat om een regering door 'vertegenwoordigers'. In dit geval vertegenwoordigers van God.

In het geval van een theocratie zijn die vertegenwoordigers geen gewone politici, maar geestelijken met een sterk politieke ambitie. In een theocratie wordt de religie noodzakelijkerwijs politiek.

Men kan twee soorten religie onderscheiden:

(a) religie als zingevingsperspectief voor het individuele leven;
(b) religie als gedeeld oriëntatiepunt voor de gehele politieke gemeenschap.

Het klinkt een beetje vreemd en daarom is dit taalgebruik niet courant, maar het zou verhelderend zijn te onderscheiden tussen:

(a) religieuze religie;
(b) politieke religie.

Het eerste behoeft beslist niet tot het tweede te leiden (wat wel vaak beweerd wordt). Wanneer Spinoza (1632-1677) in zijn *Ethica* (1678 postuum gepubliceerd) de natuur identificeert met God ('deus sive natura') dan kan men dat een *religieus* standpunt noemen. Maar diezelfde Spinoza ontwikkelt in zijn *Theologisch-politiek tractaat* (1670) tevens een scherpe kritiek op elke politieke religie.[54]

In de volgende paragrafen zullen we een uitgebreide analyse van de theocratische staat geven. Dit model van staat/religie-verhoudingen verdient meer ruimte dan het eerste model, omdat de theocratische staat een soort ideaal is voor hedendaagse theoterroristen. Jihadistische moordenaars als Mohammed Bouyeri (van Theo van Gogh, † 2004) en Michael Adebolajo (van Lee Rigby, † 2013), maar ook hun ideologen zoals Osama Bin Laden, Ayman al-Zawahiri en Ayatollah Khomeini, leken allemaal geïnspireerd door het idee van een theocratische staat, een staat geregeerd door God zelf, die wordt afgezet tegen een staat die wordt bestuurd door gewone stervelingen. Het is daarom uiterst relevant om dit model te bestuderen, net zoals het belangrijk was om het model van de Sovjet-Unie vóór de val van de Berlijnse Muur te bestuderen.[55]

[54] Spinoza, *Theologisch-Politiek Traktaat,* 1670, Uit het Latijn vertaald, ingeleid en van verklarende aantekeningen voorzien door F. Akkerman, Wereldbibliotheek, Amsterdam 1997.

[55] Zoals gedaan werd door: Acton, H.B., *The Illusion of the Epoch: Marxism-Leninism as a Philosophical Creed,* Routledge & Kegan Paul, Londen/Boston 1962 (1955); Bochenski, Joseph M., *Marxismus-Lenisnismus: Wissenschaft oder Glaube,* 3e Auflage, Günter Olzog Verlag, München/Wenen 1975 (1973); Wetter, G.A., *Sovietideologie Heute,* I, Dialektischer und historischer Materialismus, Fischer

Wie zegt dat de interpretatie van de islam door de radicalen niet de authentieke islam is, of niet de echte islam, kan gelijk hebben, maar men mist ook totaal het relevante punt.[56] Vanuit een sociaalwetenschappelijk perspectief is het niet belangrijk wat de islam *is*, maar hoe deze wordt *waargenomen*. 'To be is to be perceived', om bisschop Berkeley (1685-1753) te citeren (maar in een totaal andere betekenis natuurlijk dan deze zin bedoeld was door de beroemde Ierse filosoof).

Zoals uitvoerig wordt toegelicht in *Freedom of Thought 2014. A Global Report on the Rights, Legal Status, and Discrimination Against Humanists, Atheists, and the Non-religious,* International Humanist and Ethical Union, London 2014 is er in Saoedi-Arabië geen vrijheid van godsdienst of overtuiging, of vrijheid van meningsuiting.[57] Er is ook geen scheiding van kerk en staat, of iets wat je 'politiek secularisme' kunt noemen. De koninklijke familie, in samenwerking met het religieuze establishment, verplicht alle burgers om zich te houden aan de officiële, wahhabitische interpretatie van de islam.[58] Blasfemie (godslastering) en afvalligheid zijn misdrijven die bestraft kunnen worden met de doodstraf, hoewel deze ultieme straf niet vaak wordt uitgevoerd. Minder bekende misdaden zijn 'hekserij' en 'tovenarij'.[59] Deze kunnen worden bestraft met onthoofding of kruisiging.[60] Er is weinig bekend over de meeste van deze gevallen omdat, zoals Amnesty International heeft verklaard, boosdoeners veroordeeld worden door speciale rechtbanken waar het gewone publiek geen toegang toe heeft.[61]

Taschenbuch Verlag, Frankfurt am Main 1962. Voor Nederland was van belang: Reve, Karel van het, *Het geloof der kameraden,* G.A. van Oorschot, Amsterdam 1969.

56 Zo kan het werk van bijv. Karen Armstrong niet gezien worden als relevante kritiek op ideeën die in dit artikel ontwikkeld worden. Zie: Armstrong, Karen, *A History of God: From Abraham to the Present: the 4000-Year Quest for God,* Heinemann, Londen 1993; Armstrong, Karen, *Islam: A Short History,* Random House, Toronto 2002; Armstrong, Karen, *The Case for God: What Religion Really Means,* The Bodley Head, Londen 2009.

57 *Freedom of Thought 2014. A Global Report on the Rights, Legal Status, and Discrimination Against Humanists, Atheists, and the Non-religious,* International Humanist and Ethical Union, Londen 2014.

58 Zie hierover: Allen, Charles, *God's Terrorists: The Wahhabi Cult and the Hidden Roots of Modern Jihad,* Little, Brown, Londen 2006; DeLong-Bas, Natana J., *Wahhabi-Islam: From Revival and Reform to Global Jihad,* I.B. Tauris, Londen/New York 2007.

59 In 2000 sloten de autoriteiten een ismaëlitische moskee in de zuidwestelijke regio Narjan omdat er 'hekserij' zou worden beoefend. Marshall, *Religious Freedom in the World (2008),* p. 348.

60 IHEU, Ibid., p. 176.

61 IHEU, Ibid., p. 176.

Saoedi-Arabië als theocratische staat

Voor een goed begrip van de Saoedische theocratie moeten we iets weten over de geschiedenis van het land. Het was koning Abd al-Aziz Al Saud (1876-1953) die de regio's Nejd en Hejaz van het Arabisch Schiereiland in 1932 samenvoegde tot het koninkrijk Saoedi-Arabië.[62] Zijn zoon, koning Fahd Bin Abd Al-Aziz Al Saud (1921-2005), besteeg de troon in 1982. Toen koning Fahd stierf in 2005, kwam koning Abdullah (*geb.* 1924) aan de macht. Onder koning Fahd werden enkele voorzichtige democratische hervormingen doorgevoerd, zoals de benoeming van een adviesraad, de *majlis ash-Shura.* Die mag echter alleen voorstellen doen. De leden van de majlis zijn niet representatief voor de bevolking.[63] Koning Abdullah organiseerde verkiezingen voor de gemeenteraden in 2005, maar ook hier waren vrouwen uitgesloten van het politieke proces en kandidaten voor de verkiezingen werden onderworpen aan goedkeuring door de overheid.[64]

Politieke partijen zijn illegaal in Saoedi-Arabië, net als vakbonden. Er zijn geen algemene verkiezingen. De koning regeert bij decreet. Er is geen onafhankelijke rechterlijke macht. De koning benoemt alle rechters, en het koningshuis dient als hoogste hof van beroep.[65] De politie martelt routinematig gevangenen en foltering als middel om bekentenissen af te dwingen is een gangbare praktijk. Er is zowel een grote mate van censuur als van zelfcensuur.[66] Vrouwen worden gescheiden van het mannelijke deel van de bevolking op het werk, in scholen, restaurants en in het openbaar vervoer. Vrouwen mogen geen auto rijden en ze worden geacht een *abaya* (een kledingstuk dat hoofd, gezicht en lichaam bedekt) te dragen.

Binnen de islamitische wereld neemt Saoedi-Arabië een speciale plaats in, omdat het zichzelf als de bewaarder beschouwt van de twee heiligste plaatsen van de islam: Mekka en Medina.[67]

---

62 Marshall, Paul, ed., *Religious Freedom in the World: A Global Report on Freedom and Persecution,* Freedom House, Nashville, Tennessee 2000, op. 265.

63 Marshall, *Religious Freedom in the World (2000),* p. 265.

64 Marshall, *Religious Freedom in the World (2008),* p. 346.

65 Marshall, *Religious Freedom in the World (2008),* p. 347.

66 Marshall, *Religious Freedom in the World (2000),* p. 265.

67 House, Karen Elliott, *On Saudi Arabia: Its People, Past, Religion, Fault Lines – and Future,* Vintage Books, Random House, New York 2013, p. x.

De officiële staatsreligie is het wahhabisme. Centraal daarin staat het geloof in de eenheid van God.[68] Dit impliceert een ferme afwijzing en veroordeling van elke vorm van polytheïstisch denken. Polytheïstische overtuigingen zijn verboden in het koninkrijk en illegale praktijken worden, indien ontdekt, streng gestraft.

Vanwege de grondige uitsluiting van andere godsdiensten dan de heersende wahhabitische orthodoxie nemen de Saoedi's zelden kennis van andere geloofsrichtingen. Tijdens de Golfoorlog werden de geallieerde troepen in Saoedi-Arabië onder druk gezet om niet openlijk te bidden uit consideratie met de gevoelens van de bevolking.[69]

Hoewel de wahhabitische geestelijken een belangrijke positie innemen, is het ze niet toegestaan om kritiek uit te oefenen op de heersende koninklijke familie, een verbod dat algemeen wordt gehoorzaamd zoals men kan voorstellen in het licht van de zware sancties die worden opgelegd.

Een belangrijk voorbeeld van de onderdrukking van vreemde geloofsovertuigingen is ook dat het illegaal is om niet-islamitische religieuze teksten in het koninkrijk te brengen. Dit gebod wordt streng gecontroleerd door de *muttawa,* de religieuze politie, een organisatie die werkt onder toezicht van de Commissie voor de Bevordering van Deugd en het Voorkomen van Zonde. Deze commissie is verantwoording schuldig aan de Raad van Geestelijken.

Niet *alle* Saoedi's zijn aanhangers van de soennitische islam. Er is een inheemse minderheid van sjiitische moslims, die zwaar wordt achtergesteld.

In het rapport *Religious Freedom in the World: a global Report on Freedom and Persecution* (2000), over religieuze vrijheid en vervolging, schrijft Paul Marshall dat op een bevolking van 20,9 miljoen inwoners de aanhang van de soennitische islam (*i.e.* de wahhabitische variant) 86% is. Er is een minderheid van 10% sjiitische moslims, en 1% is ismaëliet.[70] In hetzelfde rapport, maar dan van acht jaar later, is de aanhang voor de meerderheidsreligie weer toegenomen. Met een populatie van 24,6 miljoen schat Marshall de aanhang van de soennitische islam op 90% en die van de

[68] Allen, Charles, *God's Terrorists: The Wahhabi Cult and the Hidden Roots of Modern Jihad,* Little, Brown, Londen 2006.

[69] Marshall, *Religious Freedom in the World (2000),* p. 265.

[70] Marshall, Paul, ed., *Religious Freedom in the World: A Global Report on Freedom and Persecution,* Freedom House, Nashville, Tennessee 2000, p. 265.

sjiitische islam op 8%.[71] Dit is in overeenstemming met de algemene trend dat de religieuze diversiteit aan het *afnemen* is in het Midden-Oosten.[72]

Een minderheid die ook gewantrouwd wordt zijn de soefi's. De regering vernietigde islamitische historische plaatsen die belangrijk zijn voor soefi's met het argument dat deze plaatsen een bron van afgoderij zijn.

Saoedi-Arabië kent geen academische vrijheid en leerkrachten die betrokken zijn bij het verspreiden van onwelkome informatie over de islam kunnen in ernstige problemen komen (ontslag uit hun positie als de minst ernstige sanctie).[73]

Het regime probeert ook toegang tot websites te blokkeren die worden beschouwd als onfatsoenlijk of die immoreel materiaal bevatten. De Saoedi-Arabische Communication and Information Technology Commission (CITC) ontvangt dagelijks ongeveer 1200 verzoeken om specifieke sites te blokkeren.[74]

Zoals aangegeven in de vorige paragraaf, heeft Saoedi-Arabië geen Wetboek van Strafrecht of een Wetboek van Strafvordering. De wetgeving in het koninkrijk is gebaseerd op de sharia (of islamitische wet).[75] Onderdelen van de sharia zijn:

(1) de Koran;
(2) de Soenna (traditie op basis van de uitspraken en daden van de Profeet);
(3) de Ijma (consensus van religieuze geleerden);
(4) de Qiyas (precedenten en analogieën).[76]

---

71 Marshall, Paul A., ed., *Religious Freedom in the World,* Rowman & Littlefield Publishers, Lanham 2008, p. 346.

72 Zie over hedendaagse ontwikkelingen ook: Gozlan, Martine, *Les rebelles d'Allah: Ils ont défié l'ordre islamiste*, préface de Jean-François Kahn, l'Archipel, Parijs 2014.

73 Marshall, *Religious Freedom in the World (2008),* p. 346: 'Academic freedom is restricted, and informers monitor classrooms for compliance with limits on curriculums.'

74 Zie Burrows, Peter, 'Internet censorship: A Community Effort', in: *Business Week,* 24 november 2008, p. 68, geciteerd in: Grim, Brian J., and Finke, Roger, *The Price of Freedom Denied: Religious Persecution and Conflict in the Twenty-First Century,* Cambridge University Press, Cambridge 2011, p. 43. Dat neemt niet weg dat internet nog steeds het grootste gevaar kan vormen voor het huidige regime, zoals Karen Elliott schrijft in *On Saudi Arabia: Its People, Past, Religion, Fault Lines – and Future,* Vintage Books, Random House, New York 2013, 8.

75 Amnesty International, 'Document – Saudi Arabia: An Upsurge in Public Executions', 15 mei 1993 AI Index: 23/04/93.

76 Green, David, G., 'Editor's Introduction', in: David G. Green, ed., *Sharia Law or 'One Law For All',* Foreword by Neil Addison, Civitas: Institute for the Study of Civil Society, Londen 2009, p. 1-9.

De combinatie van deze bronnen wordt gezien als goddelijk geopenbaard. Dit is vastgelegd in de Saoedische basiswet van 1993.

Het ministerie van Islamitische Zaken houdt toezicht op de financiering en de bouw van alle moskeeën, waaronder de sjiitische. De salarissen van de imams worden betaald door het ministerie. De bouw van kerken is verboden.[77]

Zoals Karen Elliott (*geb.* 1947) schrijft in *On Saudia Arabia* (2013) zijn individueel initiatief en vrij ondernemerschap vrijwel afwezig in Saoedi-Arabië. 'De maatschappij is een labyrint waarin de Saoedi's eindeloos manoeuvreren door kronkelende paden tussen de hoge muren van religieuze regels, beperkingen van de overheid en culturele traditie. Mannen moeten Allah gehoorzamen en vrouwen moeten mannen gehoorzamen.'[78]

Vervolgingen en executies

Ondanks alle onderdrukking komt af en toe informatie naar buiten, zoals in het geval van Hamza Kashgari (*geb.* 1989), een dichter en blogger die in 2012 werd beschuldigd van blasfemie en afvalligheid. Zijn vergrijp was dat hij berichten op Twitter had geplaatst waarin hij in gesprek was met de profeet Mohammed. Koning Abdullah gaf opdracht om Kashgari te laten arresteren, naar verluidt voor het 'oversteken van rode lijnen en het belasteren van het religieus geloof in God en zijn Profeet'.[79]

Kashgari probeerde naar Nieuw-Zeeland te vluchten, maar werd gearresteerd toen hij in Maleisië op een ander vliegtuig wilde stappen en terug naar Saoedi-Arabië gestuurd. Eind 2012 publiceerde zijn familie een gedicht van hem dat kan worden gezien als een soort spijtbetuiging. Na twee jaar gevangenisstraf kwam hij in oktober 2013 vrij.

Een ander recent geval is dat van Raif Badawi (*geb.* 1984), maker van een website gewijd aan godsdienstige discussies. Ook hij werd beschuldigd van blasfemie en afvalligheid. Hij werd veroordeeld tot 1000 zweepslagen en zeven jaar gevangenisstraf. Zijn website werd op last van de rechtbank gesloten.[80] Uit een vertaling in het Duits van de blogs van Badawi blijkt dat hij niet eens atheïst is of anti-islamitische pro-

77 Marshall, *Religious Freedom in the World (2008)*, p. 349.

78 House, Karen Elliott, *On Saudi Arabia: Its People, Past, Religion, Fault Lines – and Future,* Vintage Books, Random House, New York 2013, p. ix.

79 IHEU, Ibid., p. 177. Gozlan, Martine, *Les rebelles d'Allah: Ils ont défié l'ordre islamiste*, préface de Jean- François Kahn, l'Archipel, Parijs 2014, p. 19.

80 IHEU, Ibid., p. 178.

Raif Badawi, veroordeeld tot duizend zweepslagen voor het bijhouden van een liberaal blog. © Ensaf Haidar

paganda bedrijft.[81] Badawi is naar Europese maatstaven gemeten een liberaal: een verdediger van democratie, mensenrechten en de rechtsstaat. Niettemin worden hem blasfemie en apostasie verweten en zijn situatie is uiterst precair.

De straf die aan Badawi werd opgelegd veroorzaakte een wereldwijde solidariteitsactie. De hoogleraar rechtsfilosofie aan de universiteit van Princeton, Robert P. George (*geb.* 1955), bood aan om 100 zweepslagen van Badawi 'over te nemen'.[82] Dit verzoek had George ter kennisname gebracht aan de Saoedische ambassadeur in de Verenigde Staten.[83] George tekende met vijf andere mensenrechtenactivisten een brief waarin de volgende zin voorkomt:

> If your government will not remit the punishment of Raif Badawi, we respectfully ask that you permit each of us to take 100 of the lashes that would be given to him. We would rather share in his victimization than stand by and watch him being cruelly tortured. If your government does not see fit to stop

[81] Badawi, Raif, *1000 Peitschenhiebe weil ich sage, was ich denke*, Aus dem Arabischen von Sandra Hetzl, Herausgegeben, eingeleitet und kommentiert von Constantin Schreiber, Ullstein, Berlin 2015.

[82] Overigens niet omdat George het ideologisch geheel eens is met Badawi. Badawi is een typische liberaal, George een conservatieve katholiek die het secularisme scherp afwijst. Zie: George, Robert P., *Conscience and Its Enemies: Confronting the Dogmas of Liberal Secularism*, ISI Books, Wilmington, Delaware 2013.

[83] Ernst, Douglas, 'Princeton professor volunteers to take 100 lashes', in: *The Washington Times*, 23 January 2015.

this from happening, we are prepared to present ourselves to receive our share of Mr. Badawi's unjust punishment.

Een ander geval is dat van Sadeq Abdul Kareem Malallah (1970-1992), een inwoner van Saoedi-Arabië die was beschuldigd van blasfemie en afvalligheid. Mallalah was een sjiitische moslim die aanvankelijk werd gearresteerd voor het gooien van stenen naar de politie, in april 1988. Hij werd in eenzame opsluiting gehouden, gemarteld en uiteindelijk voor een rechter geleid die hem vroeg om zijn sjiitische geloof op te geven voor de wahhabitische islam, de staatsreligie. Mallalah weigerde.

Hij zou ook gezegd hebben dat Mohammed een 'leugenaar en een oplichter' was. Een andere tenlastelegging was dat hij de profeet had beschuldigd van hekserij en omgang met demonen.

Op 3 september 1992 kwam een dramatisch einde aan een van de gruwelijkste gevallen van vervolging op grond van religieuze overtuiging.[84] Voorafgaand aan zijn executie was zijn zaak voor twee hoven van beroep gebracht en ook de koning (Fahd). Maar tevergeefs.

In veel gevallen verleent de koning tegenwoordig gratie aan vermeende godslasteraars die veroordeeld zijn door de rechter. De koning kan aldus zijn populariteit vergroten, maar ook zijn status als hoogste rechterlijke instantie onderstrepen.

Een interessant geval is dat van Mansour Almaribe (*geb.* 1967), een Iraakse sjiiet die Irak ontvlucht was in de late jaren 1990 en asiel had gezocht in Australië.[85] In november 2012 besloot Mansour om de hadj, de bedevaart naar Mekka te maken. Dit is een religieuze plicht die elke moslim eens in zijn leven moet doen. Op 14 november 2012 werd hij gearresteerd door de religieuze politie voor het maken van beledigende opmerkingen ten aanzien van de familieleden van de Profeet. Hij werd veroordeeld tot 500 zweepslagen en een jaar gevangenisstraf wegens godslastering. Omdat Mansour aan diabetes en hoge bloeddruk leed, vreesde zijn familie dat hij de 500 zweepslagen niet zou overleven. De Australische regering deed een beroep op de Saoedische koning voor clementie, en met succes. De 500 zweepslagen werden omgezet in 75 zweepslagen met zijn jas aan. Na de uitvoering van het vonnis kon Mansour het vliegtuig naar Australië nemen, waar hij werd begroet door zijn gelukkige gezin, waarvan de vader en echtgenoot de beproeving had overleefd.

[84] Amnesty International, 'Document – Saudi Arabia: An Upsurge in Public Executions', 15 mei 1993AI Index: 23/04/93.

[85] Genova, Windsor, 'Victorian Man Punished in Saudi Arabia with 75 Lashes arrives Home', in: *International Business News*, 13 januari 2012.

Wat het hele verhaal duidelijk maakt, is dat het voldoen aan je religieuze plichten door het uitvoeren van de hadj niet zonder risico's is voor wie niet gewend is aan de mores in Saoedi-Arabië.

Een ander geval is van belang in het kader van de academische vrijheid. In 2005 veroordeelde een Saoedische shariarechtbank dr. Hamza Al-Maziani, hoogleraar linguïstiek op de King Saud University, voor het 'bespotten van religie'. In werkelijkheid had hij een artikel gepubliceerd waarin hij zijn onvrede uitte over de achteruitgang van het onderwijs op de universiteit. De achteruitgang was volgens dr. Al-Maziani het gevolg van de instroom van buitenlandse islamisten.[86] *Prima facie* zou men kunnen denken dat het bekritiseren van de islamisten de Saoedische autoriteiten niet slecht zou uitkomen. De Saoedische autoriteiten hebben zelf wel wat te stellen met de theoterroristen. Maar blijkbaar had dr. Al-Maziani niet de juiste toon aangeslagen, misschien door de kwaliteit van de universiteit in zijn overwegingen mee te nemen. Gelukkig werd hij niet gestraft met zweepslagen, zoals aanvankelijk het vonnis was, en werd de sanctie veranderd in het betalen van een boete. Er lijkt een trend te zijn dat de koning de zwaardere straffen verandert in iets minder strenge. Naast overwegingen van rechtvaardigheid heeft dit de toegevoegde waarde voor de koning dat hij zijn positie als boven de rechterlijke macht staand kan bevestigen. Door het uitoefenen van genade toont hij zich als de baas van niet alleen de wetgevende en de uitvoerende macht, maar ook van de rechterlijke macht. In 2003 zei het Arab Human Development Report van de VN: 'In Arabische landen waar de politieke exploitatie van de religie is geïntensiveerd, worden geleerden geïntimideerd en onderdrukt door het vrije woord zwaar te straffen, vooral als het zich keert tegen de heersende machten.'[87]

De woorden 'politieke exploitatie van religie' zijn goed gekozen. Vage concepten als 'godslasterlijk' en 'afvalligheid' hebben een betekenis die ver uitstijgt boven de letterlijke betekenis van 'een geloof hebben verlaten'. Ze worden gebruikt om elke vorm van kritiek te smoren, in het bijzonder kritiek op de heersende klasse. Dit is des te ernstiger omdat, zoals Brian J. Grim en Roger Finke schrijven in *The Price of Freedom Denied* (2011), blasfemie en afvalligheid ernstige misdrijven in alle scholen van de sharia blijven. Met betrekking tot afvalligheid schrijven Grim en Finke: 'Als individuen eenmaal de islam omarmen, blijven ze moslim voor het leven.'[88] Dat is

[86] Shea, Nina, '"Insulting Islam": One Way Street in the Wrong Direction', in: Hudson Institute, 26 januari 2009.

[87] Geciteerd in: Shea, Ibid.

[88] Grim, Brian J., and Finke, Roger, *The Price of Freedom Denied: Religious Persecution and Conflict in the Twenty-First Century,* Cambridge University Press, Cambridge 2011, p. 32. Zie ook: Ibn Warraq, ed., *Leaving Islam: Apostates Speak Out,* Prometheus Books, Amherst, New York, 2003.

het uitgangspunt van de sharia. Afvalligheid wordt niet beschouwd als een individuele keuze, maar als iets gevaarlijks voor de gemeenschap als geheel. Hetzelfde geldt voor godslastering.[89]

Wrede straffen

Executies in Saoedi-Arabië kunnen plaatsvinden door onthoofding met een scherp zwaard voor mannen en meestal een vuurpeloton voor vrouwen. De straf voor getrouwde vrouwen die veroordeeld worden voor overspel is steniging. Ook kruisigingen worden gemeld.[90] Executies zijn openbaar, en vinden meestal plaats in de grote steden op een vrijdag, na het middaggebed.[91] Bijzonder bruut zijn de onthoofdingen. Van onthoofding wordt beweerd dat het snel en zelfs barmhartig is (denk aan de argumenten voor de Franse guillotine), maar in de praktijk is dat niet altijd het geval. Soms zijn meerdere pogingen nodig om de taak te volbrengen. Onthoofdingen zijn wreed, in de eerste plaats voor de slachtoffers natuurlijk. Maar ook voor de toeschouwers, de familie van de slachtoffers en niet in de laatste plaats voor de beul.

Op 6 april 1989 publiceerde de Saoedische krant *al-Madina al-Munawwara* een interview met de beul Said al-Bishi, die deze functie meer dan 35 jaar in de provincie Mekka had bekleed. Al-Bishi schatte dat hij in die periode meer dan 600 hoofden had afgehakt. Hij had ook bij meer dan 90 veroordeelden (dieven) een hand afgehakt. In een getuigenis vertelde hij over een van zijn moeilijkste ervaringen gedurende die jaren. Hij moest twee mannen executeren. Nadat het doodvonnis was voorgelezen, sloeg hij in één klap het hoofd van de eerste misdadiger af, in het directe zicht van de tweede misdadiger die nog in afwachting was van zijn executie. De arts aanwezig bij de executie verklaarde, na de tweede persoon die werd geëxecuteerd te hebben onderzocht, dat diens hart was gestopt met kloppen toen hij de executie van de eerste persoon had aanschouwd.[92]

[89] Grim and Finke, Ibid., p. 32.

[90] Op 9 april 1993 werden drie mannen, veroordeeld voor verkrachting en moord, geëxecuteerd en daarna gekruisigd in de stad Haql. Zie: Amnesty International, Ibid.

[91] Amnesty International, Ibid.

[92] Amnesty International, Ibid.

Pinechas en Mozes

Sinds de terreuraanslagen van 9/11 2001 wordt Saoedi-Arabië nauwlettend in de gaten gehouden door de Verenigde Staten en andere landen. Intern terroristisch geweld (bijvoorbeeld bomaanslagen in 2003 in de hoofdstad Riyad) dwong het koninkrijk ook zijn omgang met religie en burgerlijke vrijheden te heroverwegen. In 2004 was er een terreuraanslag in Khobar waarbij 22 mensen omkwamen.[93] Het regime was gedwongen om terrorismebestrijding serieus te nemen.

Het feit dat religie niet alleen een instrument is dat gebruikt wordt *door* de overheid zelf, maar ook *tegen* de heersende Saoedische familie werd duidelijk in 2001. In 2001 kondigde sjeik Hamoud bin Oqla al-Shuaibi († 2001) een fatwa af tegen de koninklijke al-Saudfamilie die de familie in de ban deed.[94] De sjeik, die ook een aanhanger was van Al Qaeda en de aanslagen van 9/11 had geprezen, stierf later dat jaar maar niet na te hebben verklaard dat 'wie de ongelovigen steunt tegen moslims wordt beschouwd als een ongelovige'.[95]

De sjeik was niet altijd een eenzame figuur geweest die op gespannen voet stond met de officiële leiders van de staat. Hij was ooit een gerespecteerd geestelijke en geleerde die les gaf aan de Saoedische opperrechter. Maar toen de Saoedische familie de zijde koos van de westerse mogendheden waren ze zelf afvalligen geworden in de ogen van de supervromen. Alle moslims hadden de plicht om jihad te voeren tegen degenen die moslimstaten aanvallen.[96]

Wat dit duidelijk maakt, is dat theocratieën altijd in een precaire positie zitten. In een democratie kan elke politieke leider worden verdrongen door een nieuwe politieke leider die meer stemmen weet te verwerven bij het publiek. In een theocratie kunnen degenen die doen alsof ze regeren volgens de dictaten van God worden overtroefd door iemand die doet alsof hij beter weet wat God gebiedt. Elke Mozes heeft zijn Pinechas te vrezen.[97]

---

93 Marshall, *Religious Freedom in the World (2008)*, p. 346.

94 Murawiec, Laurent, *Princes of Darkness: The Saudi Assault on the West*, translated by George Holoch from the french, Rowman & Littlefield Publishers, Lanham 2005, p. 89.

95 'The fatwa against the royal family', in: *The Economist*, 11 oktober 2001.

96 *The Economist,* Ibid.

97 Pinechas is een religieuze fanatiekeling ('zeloot') die, op eigen initiatief, twee mensen vermoordt die beschuldigd waren van ketterij. Voor die moord werd Pinechas geprezen door God. Zie het verhaal zoals verteld in het Bijbelboek Numeri 25. Zie over de betekenis van Pinechas: Collins, John T., 'The Zeal of Pinechas: The Bible and the Legitimation of Violence', in: *Journal of Biblical Literature,* Vol. 122, No. 1 (Spring, 2003), p. 3-21; Feldman, Louis H., 'The Portrayal of Pinechas by

Maerten de Vos, Anoniem, Gerard de Jode, Israël vereert de Baäl van Peor en Pinechas doodt Zimri en Kozbi (1585). Rijksmuseum Amsterdam

Beide modellen, de atheïstische staat en de theocratische staat (of: de filosofieën die deze modellen voeden: politiek atheïsme en religieus fundamentalisme) lijken niet erg aantrekkelijk. Zij zijn in ieder geval niet in harmonie met wat men 'de individuele rechten van de mens' kan noemen, bijvoorbeeld het recht op vrije keuze van een godsdienst of het recht om een religie die niet meer aantrekkelijk lijkt te *verwerpen*.

Om terug te keren naar de achterliggende vraag van dit hoofdstuk: noch de atheïstische staat noch de theocratische staat zijn overtuigende modellen.

Waarom is zo'n uitvoerige behandeling van met name het Saoedische theocratische model dan verantwoord? En waarom niet tevens een uiteenzetting over de atheïstische staat? Het antwoord op deze vragen ligt voor de hand: omdat de atheïstische staat in 1989 (met het vallen van de Berlijnse Muur) min of meer van het toneel verdwenen is, terwijl de theocratische staat, tegen alle verwachtingen in,

Philo, Pseudo-Philo, and Josephus', in: *The Jewish Quarterly Review, New Series,* Vol. 92, No. 3/4 (jan.-april 2002), p. 315-345.

zich in een aanzienlijke populariteit mag verheugen.[98] 'Religie en het geloof in God hebben een grote comeback gemaakt. In de afgelopen decennia hebben principes van theocratisch bestuur enorme steun van het publiek over de hele wereld gekregen', schrijft Ran Hirschl.[99] Dat lijkt juist. Maar het citaat benoemt onvoldoende wat dat precies betekent. Het betekent ook dat op het moment van dit schrijven, november 2014, duizenden jongeren uit Europa een 'Jihad' aan het voeren zijn om een kalifaat in Syrië en Irak te vestigen. Zij strijden niet voor *demo*cratie, maar voor *theo*cratie.

Wat precies een theocratische staat genoemd kan worden, staat natuurlijk open voor discussie. Vanuit een bepaald perspectief zijn er geen 'echte theocratische staten', omdat God zich niet bemoeit met wereldse zaken.[100] We kunnen echter onze omschrijving van een 'theocratische staat' verder preciseren: een theocratische staat is een staat waar een belangrijk deel van de bevolking *denkt* dat God de staat regeert. Of waar de heersende klasse *beweert* dat ze de staat regeert op basis van goddelijke geboden. Er zijn zulke landen in de wereld. In veel staten bestaan nog altijd apostasiewetten die aangeven dat mensen die van godsdienst willen veranderen gestraft moeten worden. Mauritanië, Nigeria, Soedan, Egypte, Irak, Jordanië, Koeweit, Saoedi-Arabië, Jemen, Somalië, Maleisië, Iran, Bahrein, Afghanistan en Pakistan zijn hiervan voorbeelden.[101] Vroeg of laat zullen deze landen hun wetgeving moeten aanpassen willen ze voldoen aan de individuele mensenrechten. Maar waarschijnlijk willen zij dat helemaal niet.

98 Zie daarover: Hermann, Rainer, *Endstation Islamischer Staat? Staatsversagen und Religionskrieg in der arabischen Welt*, Deutscher Taschenbuch Verlag, München 2015; Vermaat, Emerson, *'De haat mag niet overslaan naar onze straten': De terreurdreiging door Islamitische Staat*, Aspekt, Soesterberg 2015.

99 Hirschl, Ran, *Constitutional Theocracy,* Harvard University Press, Cambridge (Mass.), Londen 2010, p. 1.

100 Zie: Russell, Bertrand, *A History of Western Philosophy,* A Touchstone Book, Simon & Schuster, New York, Londen, Toronto, Sydney 1972 (1945), p. 247: 'As for the gods, Epicurus firmly believes in their existence, since he cannot otherwise account for the wide-spread existence of the idea of gods. But he is persuaded that they do not trouble themselves with the affairs of our human world.' Zie ook: Mortier, Freddy, *De hoer van de duivel: Illusies en godsgeloof*, Acco Leuven, Den Haag 2011, p. 46.

101 Theodorou, Angelina, 'Which countries still outlaw apostasy and blasphemy', Pew Research Center, 28 mei 2014.

Wie zijn wij nog?

Veel mensen die in westerse democratieën leven vinden de bewering die zojuist is gedaan nogal boud. Ze denken dat de zaken 'veel complexer' zijn. Maar dan is de vraag: *wat* is er zo gecompliceerd?

Wat het allemaal voor veel mensen gecompliceerd maakt, is dat zij denken dat er geen universele waarden bestaan. Veel mensen denken dat voor 'ons' misschien democratie een groot goed is, maar voor 'hen', mensen in andere delen van de wereld, met andere zeden en gewoonten, niet. Vele mensen denken dat voor 'ons' wellicht godsdienstvrijheid belangrijk is, maar voor 'hen', mensen in andere landen en culturen, niet. Een dergelijke houding staat haaks op het perspectief dat de Universele Verklaring van de Rechten van de Mens hoopte te vestigen in 1948. Artikel 18 van de Universele Verklaring van de Rechten van de Mens, aangenomen door de Verenigde Naties in 1948, formuleert het volgende:

> Een ieder heeft recht op vrijheid van gedachte, geweten en godsdienst; dit recht omvat tevens de vrijheid om van godsdienst of overtuiging te veranderen, alsmede de vrijheid hetzij alleen, hetzij met anderen zowel in het openbaar als in zijn particuliere leven zijn godsdienst of overtuiging te belijden door het onderwijzen ervan, door de praktische toepassing, door eredienst en de inachtneming van de geboden en voorschriften.

Dus de vrijheid om van godsdienst 'te veranderen' is niet een soort vage morele eis, maar een elementair mensenrecht. Maar wat veel commentatoren zorgen baart wanneer bijvoorbeeld Saoedi-Arabië of Iran wordt bekritiseerd in de westerse wereld, is dat ze denken dat ze *zelf* niet degenen zijn die het recht hebben om die kritiek uit te oefenen. Ze denken dat dit hen 'arrogant', 'veroordelend' en 'intolerant' maakt.

De Belgische auteur David van Reybrouck (*geb.* 1971) is een goed voorbeeld om deze stelling aan te illustreren. Van Reybrouck is de auteur van een boek over de Congo, een voormalige kolonie van België. Vanwege de gruwelijke praktijken die daar hebben plaatsgevonden denkt de auteur dat het Westen geen morele eisen meer kan stellen. In zijn Cleveringa-lezing formuleerde hij dit als volgt:

> Bovendien, wie zijn wij om anderen de les te spellen? Wie zijn wij om te beweren dat wij de waarheid in pacht hebben? Wie zijn wij nog als het op democratie aankomt? Wie zijn wij nog?[102]

[102] Reybrouck, David van, *De democratie in ademnood: de gevaren van electoraal fundamentalisme,* Cleveringa-lezing 2011, Universiteit van Leiden, Leiden 2011, p. 10.

De vragen van Van Reybrouck zijn retorische vragen. Blijkbaar denkt hij dat het antwoord min of meer voor de hand ligt: *natuurlijk mogen wij anderen niet de les lezen.* Maar zou een veel overtuigender antwoord niet het volgende zijn?

> Wij zijn moreel verantwoordelijke wezens. Tenminste, dat proberen we. We kunnen niet aan deze enorme verantwoordelijkheid ontsnappen omdat de vorige generaties misschien kolossale morele fouten hebben gemaakt. Wij leven nu. En geen morele oordelen meer maken, is in niemands voordeel. En al helemaal niet in het voordeel van de slachtoffers die Van Reybrouck in het achterhoofd lijkt te hebben. Dus accepteer de verantwoordelijkheid op de best mogelijke manier.

Misschien zal niet iedereen overtuigd zijn door dit antwoord aan Van Reybrouck, omdat hij of zij denkt dat wij (het Westen)[103] niet het recht hebben om als *eerste* te spreken. Wij hebben, in zekere zin, dat recht verbeurd. We moeten het woord eerst geven aan de leden van niet-westerse etnische gemeenschappen. Wat denken *zij*?

Maar dat helpt ons niet bij het intern consistent maken van dit standpunt, kan men tegenwerpen, omdat sommige leden van die niet-westerse etnische groeperingen ons de hele tijd aanspreken met een tamelijk universalistische (en niet particularistische) boodschap: Bassam Tibi,[104] Tarek Fatah,[105] Ibn Warraq,[106] Mohamed Sifaoui,[107] Meghnad Desai,[108] om er maar een paar te noemen. En wat de zojuist genoemde auteurs ons lijken te zeggen is: wij ('wij', dat wil zeggen de mensen met een koloniaal

[103] Een van de methodologische fouten in dit argument lijkt mij dat er in pluralistische en multiculturele samenlevingen geen 'wij' meer is. Er is een gemengde bevolking, waar iedereen het recht heeft zich uit te spreken.

[104] Tibi, Bassam, 'Europe and the Challenge of Jihadist Islamism in Post-Bipolar Politics: The Jihadization of Islam, its Threat to Europe's Security, and the Need for a Democratic Response to Totalitarian Islamism', in: *Hellenic Centre for European Studies,* februari 2007.

[105] Fatah, Tarek, *Chasing a Mirage: The Tragic Illustion of an Islamic State*, John Wiley & Sons Canada, Mississauga, Ontario 2008.

[106] Ibn Warraq, *Defending the West: A Critique of Edward Said's Orientalism,* Prometheus Books, Amherst, New York 2007; Ibn Warraq, ed., *Leaving Islam: Apostates Speak Out,* Prometheus Books, Amherst, New York, 2003; Ibn Warraq, ed., *The Origins of the Koran: Classic Essays on Islam's Holy Book,* Amherst, New York 1998; Ibn Warraq, *The Quest for the Historical Mohammad,* Edited and translated by Ibn Warraq, Prometheus Books, Buffalo 2000; Ibn Warraq, *Virgins? What Virgins? And Other Essays,* Prometheus Books, Amherst, New York 2010.

[107] Sifaoui, Mohamed, *Pourquoi l'islamisme séduit-il?*, Armand Colin, Parijs 2010.

[108] Desai, Meghnad, *Rethinking Islamism: The Ideology of the New Terror,* L.B. Taurus, Londen/New York 2007.

verleden, de mensen die zijn geboren in het Westen) helpen niemand met het soort 'bescheidenheid' die Van Reybrouck zo gepast acht.[109]

Een ander element waar Van Reybroucks 'niet-oordelen' enige kritiek verdient, is dat het vormen van een standpunt over religieuze misstanden niet beperkt is tot negatieve oordelen over andere landen en culturen. We moeten ook een standpunt innemen over welke concessies aan radicale eisen we willen doen in *westerse* democratieën. En de opdracht tot *cultiver notre jardin* geldt niet alleen met betrekking tot de eisen van de kant van religieuze fanatici, maar ook vanwege de nieuwe toestand in de wereld; een wereld met een sterk multicultureel samengestelde bevolking stelt nieuwe eisen aan onze constitutionele regelingen. Westerse landen, of staten, hebben ook elementen in hun wetgeving die, onder de huidige omstandigheden, de legitimiteit van de staat ondermijnen. Bijvoorbeeld als de staat, op een of andere manier, burgers ongelijk behandelt met betrekking tot hun religie. De staat 'discrimineert' zijn burgers als hij voorrang geeft aan de ene godsdienst boven de andere. Bijvoorbeeld als de Britse wet op godslastering de reputatie niet van *alle* goden, maar alleen van de *christelijke* god beschermt is dat discriminatoir.[110] Hetzelfde geldt voor de zogenaamde 'staatsreligies'. Laten we daarom onze *tour d'horizon* langs de modellen van staat/religie-verhoudingen voortzetten en onze aandacht richten op landen met een staatsgodsdienst, het derde te onderscheiden model.

Staatsreligies

Het onderscheid dat meestal wordt gemaakt tussen een theocratie (model 2) en een land met een staatsgodsdienst (model 3), is dat onder een staatsgodsdienst *andere religies zijn toegestaan*. Voorstanders van staatsreligies beweren meestal dat alles in orde is in hun systeem, omdat de leden van religieuze minderheden niet worden *vervolgd*. Nu is het juist dat tot het systeem van een staatsreligie niet noodzakelijkerwijs behoort dat andersdenkenden worden vervolgd. In Engeland in de eenentwintigste eeuw wordt men bijvoorbeeld niet meer vervolgd als men de Anglicaanse staatsgodsdienst niet aanhangt (zoals het geval was onder Hendrik VIII). Maar maakt dat een staatsreligie een aanvaardbare zaak? Ook dat kan men toch niet zeggen, want de posi-

[109] Reybrouck, David van, Ibid., p. 10.

[110] Zie hierover: Nash, David, *Blasphemy in the Christian World: A History,* Oxford University Press, Oxford 2010 (2007). Die Britse godslasteringswet is overigens afgeschaft. Maar toen de Engelse wetgeving nog een godslasteringswet had, beschermde deze alleen de reputatie van de *christelijke* god.

tie van minderheden, zowel religieuze als niet-religieuze minderheden, in landen met een staatsgodsdienst is niet vlekkeloos. Zij worden namelijk *wel* gediscrimineerd. De staat selecteert namelijk één religieuze positie en verleent daaraan privileges. Kortom, model 3 van de staat/religie-relaties is weliswaar beter dan model 1 en 2, maar toch niet echt bevredigend.

Met name in landen met een hoge mate van secularisatie en religieus pluralisme brengen staatsgodsdiensten ongelijkheid in de vorm van religieuze privileges voor een specifiek deel van de bevolking, en dit ondermijnt de legitimiteit van de staat.

Het was om die reden dat James Madison (1751-1836)[111] het Eerste Amendement van de Amerikaanse grondwet schreef:

> Congres shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof.
>
> Het Congres zal geen wet aannemen omtrent het vestigen van religie, of het verbieden van de vrije uitoefening daarvan.

Zoals Brian Grim verklaart in een vergelijkend landenoverzicht over de vrijheid van religie, beschermt het eerste gedeelte van het eerste amendement minderheidsgodsdiensten (en de staat) tegen de tirannie van een dominante religie en het tweede gedeelte beschermt religie tegen de tirannie van de staat.[112]

Het verdwijnen van staatsreligies is een geleidelijk proces geweest in de westerse wereld. In talloze kwesties zijn de privileges van één specifieke godsdienst (vaak het christendom) binnen het staatsverband aan de orde gesteld. Een bekende Amerikaanse activiste op dit terrein was Madalyn Murray O'Hair (1919-1995). Zij studeerde rechten aan de *South Texas College of Law* en verwierf in de jaren zestig van de vorige eeuw grote bekendheid met het proces *Murray vs. Curlett,* waarin ze zich keerde tegen het verplichte dagelijks gebed in openbare scholen. De aanleiding daarvoor was dat haar zoon William verplicht was om deel te nemen aan Bijbellezingen op een openbare school in Baltimore. O'Hair achtte dat in strijd met de Amerikaanse

[111] Zie over de opvattingen van Madison: Madison, James, *Memorial and Remonstrance Against Religious Assessments,* 1785, in: Madison, James, *Writings,* The Library of America, New York 1999, p. 29-39.

[112] Grim, Brian J., and Finke, Roger, *The Price of Freedom Denied: Religious Persecution and Conflict in the Twenty-First Century,* Cambridge University Press, Cambridge 2011, p. 6. Wat Grim overigens mist in zijn analyse, is dat de 'free exercise of religion' tegenwoordig niet zozeer door staten wordt belemmerd, maar door private groeperingen en individuen: door 'theoterrorisme'.

grondwet, die tenslotte een scheiding van kerk en staat kende. Uiteindelijk gaf het Hooggerechtshof haar gelijk op 17 juni 1963 en werd het dagelijks gebed op openbare scholen afgeschaft. Het maakte haar tot een van de meest controversiële persoonlijkheden in de Verenigde Staten van dat moment.[113] In 1964 werd ze door het weekblad *Life* uitgeroepen tot de 'meest gehate vrouw in Amerika' en kreeg zij zelfs heel wat doodsbedreigingen. Niettemin ging O'Hair onverdroten door met haar activisme. In *O'Hair vs. Hill* (1984) had zij opnieuw succes met een rechtszaak. Door deze uitspraak werd de discriminatoire praktijk afgeschaft dat ambtenaren een geloof in het bestaan van God moesten belijden om in aanmerking te komen voor een plaats in de ambtelijke dienst.

Een andere kwestie die veel stof heeft doen opwaaien is die van het religieus neutraal onderwijs. Op dit punt heeft de Amerikaanse advocaat en mensenrechtenactivist Clarence Darrow (1857-1938) een grote reputatie verworven.

Darrow werd geboren in een religieus gezin dat geleidelijk het geloof was kwijtgeraakt. Maar hoewel de ouders van Clarence niet meer geloofden, wilden zij hun kinderen toch niet blootstellen aan het sociaal stigma dat religieus ongeloof met zich meebracht. Men wendde dus voor nog wat te geloven en de kinderen werden naar zondagsschool gestuurd.

Darrow ontwikkelde zich later tot een van de meest toonaangevende juristen van de Verenigde Staten. Hij specialiseerde zich in arbeidsrecht, maar hij verdedigde ook vele omstreden vrijdenkers en anarchisten. De belangrijkste zaak uit zijn loopbaan is van belang voor het onderwerp van dit hoofdstuk: de *Scopes Monkey trial* uit 1925. Dit begon met de introductie van een wet in Tennessee in 1920 die het verbood de darwiniaanse evolutieleer te onderwijzen op scholen. De drijvende kracht hierachter was de fundamentalist William Jennings Bryan (1860-1925), een politicus en jurist die tot driemaal toe (vergeefs) probeerde president van de Verenigde Staten te worden. Op grond van deze wet werd John T. Scopes (1900-1970), een 21-jarige onderwijzer op een High School in Dayton, Tennessee, vervolgd. Hij zou de geesten van jongeren hebben gecorrumpeerd met zijn biologielessen waarin hij de evolutieleer onderwees. Toen Darrow ter ore kwam dat Bryan had aangeboden om als openbare aanklager op te treden, besloot hij zich te gaan inzetten voor Scopes. Dat was een moedige beslissing, want de publieke opinie was sterk tegen Scopes gekant. In een eerste ronde werd Scopes veroordeeld, hoewel het Darrow de mogelijkheid had geboden Bryan scherp te ondervragen tijdens het proces. In hoger beroep werd de zaak echter teruggedraaid

[113] Zie voor een overzicht van haar werk: Cooke, Bill, 'O'Hair, Madalyn Murray', in: Tom Flynn, ed., *The New Encyclopedia of Unbelief,* Foreword Richard Dawkins, Prometheus Books, Amherst, New York 2007, pp. 581-583.

ten gunste van Scopes (en daarmee het vrije onderwijzen van de evolutieleer). Darrow werd, mede door het 'Apenproces', een enorme beroemdheid in de Verenigde Staten.[114]

Aan het eind van zijn leven was Darrow zo beroemd dat Tennessee Williams een toneelstuk aan hem wijdde: *Not about Nightingales* (1938). Daarin komt de zin voor: 'This play is dedicated to the memory of Clarence Darrow, the Great Defender, whose mental frontiers were the four corners of the sky.' Hij begaf zich ook op het terrein van de criminology in *Crime, Its Cause and Treatment* (1925) en hij was een activist voor het afschaffen van de doodstraf.

In de moderne wereld wordt een staatsgodsdienst om de genoemde redenen steeds meer gezien als een anomalie.

In mei 2014 besloot Noorwegen om de protestantse, Lutherse kerk te scheiden van de staat.[115] De steun hiervoor was groot. In het parlement waren er 161 stemmen vóór en slechts drie tegenstemmen.

Dat leek veelbelovend. Maar het Noorse parlement maakte helaas toch enkele kanttekeningen die in strijd kunnen worden beschouwd met de maatregelen die werden genomen. Een van die opmerkingen was: 'De Noorse Kerk blijft een speciale basis hebben in de grondwet en de staat zal worden gebouwd op "ons christelijke en humanistische erfgoed".'[116] Dit is vreemd en inconsequent. Als de Noorse kerk niet langer een staatskerk is, is er geen reden om deze kerk in de grondwet te vermelden. Tenminste, niet zo lang Wicca, scientology, het hindoeïsme en de islam uit de grondwet zijn weggelaten (wat ongetwijfeld het geval is). En verwijzingen naar 'ons christelijke en humanistische erfgoed' zijn prima, maar ze horen thuis in de geschiedenisboeken, of in verhandelingen over cultuursociologie. Niet in een grondwet. De grondwet is een juridisch document, waarin de wettelijke grondslag van de staat is vastgelegd, niet een leerboek over de culturele geschiedenis van een land.[117]

Wie denkt dat die dingen 'niet kunnen worden gescheiden' mist het punt; ze *behoren* te worden gescheiden.

---

114 Zie over hem: Darrow, Clarence, *The Story of My Life*, Charles Scribner's Sons, New York 1932.

115 'Norway goes secular, removes Lutheran Church as state religion', in: *The National Post*, 24 mei 2014.

116 *The National Post,* Ibid.

117 Zie over de aard en functie van constituties: Wheare, K.C., *Modern Constitutions,* Oxford University Press, Londen/New York/Toronto 1951, en Bryce, James, 'Flexible and rigid constitutions', in: *Studies in history and jurisprudence,* Volume I, Scientia Verlag Aelen, Aelen 1980 (Oxford 1901), p. 145-252.

Andere informatie over de ontwikkelingen in Noorwegen is al even verontrustend. Dat de Evangelisch-Lutherse kerk niet langer de staatsgodsdienst is, heeft, zoals de kranten ons vertellen, het effect dat de kerk nu publieke financiering krijgt 'op één lijn met andere religieuze en op geloof gebaseerde gemeenschappen'. Blijkbaar wordt de Noorse kerk *nog steeds* gefinancierd door de staat, maar nu 'op één lijn' met 'andere religies'. Dus Noorwegen is nog steeds *niet* een staat die alle burgers op voet van gelijkheid behandelt. Het heeft weliswaar de geprivilegieerde benadering ten aanzien van de christelijke godsdienst opgegeven, maar daarvoor andere privileges in de plaats gesteld. Nu mogen *alle* religies worden bevoordeeld boven niet-geloof.

Volgens een model dat we in het hierna volgende als vijfde model zullen bespreken (de seculiere of de agnostische staat) blijft dat onjuist. Maar eerst geven wij nog wat verdere analyse van het vierde model van de staat/religie-relaties, want dat is eigenlijk wat Noorwegen geïntroduceerd heeft.

De multiculturalistische staat

De vierde staat probeert de moeilijkheid van ongelijke behandeling te vermijden door te pogen *alle religies* in gelijke mate te ondersteunen. Er is niet een verplichting voor de staat in relatie tot één religie, maar tot alle religies. De verplichting tot gelijke behandeling. Dit is blijkbaar ook de ambitie van de Noorse staat, zoals we in de vorige paragraaf hebben gezien. Dit model wordt vaak geïnspireerd door een soort discours dat kan worden gekwalificeerd als 'multiculturalistisch'.[118]

[118] Taylor, Charles, 'The Politics of Recognition', in: Taylor, Charles, *Multiculturalism: Examining the Politics of Recognition,* Edited and introduced by Amy Gutman, Princeton University Press, Princeton, New Jersey 1994, p. 25-75. Zie ook: Maclure, Jocelyn, en Taylor, Charles, *Secularism and Freedom of Conscience,* Harvard University Press, Cambridge, Mass. 2011; Maclure, Jocelyn, Taylor, Charles, *Laïcité et liberté de conscience,* La Découverte, Parijs 2010, waar Taylor de taal van het secularisme gebruikt om een multiculturalistische boodschap te verdedigen.

De Britse politieke filosoof Bikhu Parekh heeft in zijn boeken A New Politics of Identity *uit 2008 en in* Rethinking Multiculturalism *uit 2000 het multiculturalisme politiek-filosofisch uitgewerkt*

Multiculturalisme is ontwikkeld door theoretici als Bhikhu Parekh (*geb.* 1935)[119] en Charles Taylor (*geb.* 1931),[120] die religieuze en etnische gemeenschappen bijzondere rechten ten opzichte van de nationale staat wilden geven, bijvoorbeeld om hun eigen juridische geschillen op te lossen.

Multiculturalisten pleiten bijvoorbeeld ten gunste van speciale joodse en islamitische rechtbanken om de geschillen van de leden van de religieuze gemeenschappen

[119] Parekh, Bhikhu, *A New Politics of Identity: Political Principles for an Interdependent World,* Palgrave Macmillan, Houndmills 2008; Parekh, Bhikhu, *Rethinking Multiculturalism: Cultural Diversity and Political Theory,* Macmillan Press, Houndmills/Londen 2000. Zie ook: Baudet, Thierry, *De aanval op de natiestaat,* Uitgeverij Bert Bakker, Amsterdam 2012, pp. 222-242; Rijpkema, Bastiaan, *Weerbare democratie: de grenzen van democratische tolerantie*, Dissertatie Leiden, Leiden 2015, p. 150; Zee, Machteld, *Choosing Sharia: multiculturalism, Islamic fundamentalism and British Sharia Councils*, PhD dissertation Leiden, Leiden 2015.

[120] Taylor, Charles, 'The Politics of Recognition', in: Taylor, Charles, *Multiculturalism: Examining the Politics of Recognition,* Edited and introduced by Amy Gutman, Princeton University Press, Princeton, New Jersey 1994, p. 25-75. Zie hierover: Baudet, Thierry, *De aanval op de natiestaat,* Uitgeverij Bert Bakker, Amsterdam 2012, p. 222 ff.

af te wikkelen.[121] En de staat, of de nationale gemeenschap, wordt verondersteld zich niet te bemoeien met intracommunale zaken.

Zoals hiervoor al is aangegeven discrimineert de multiculturalistische staat[122] niet alleen jegens andere geloofsopvattingen, maar jegens ongelovigen (agnostici, atheisten, humanisten – degenen die niet behoren tot een religieuze denominatie).[123] En afgezien daarvan is het in een wereld met een grote diversiteit aan religieuze opvattingen nauwelijks mogelijk om religieuze opvattingen te onderscheiden van niet-religieuze opvattingen. Wat is bijvoorbeeld de aard van scientology? Of Wicca? Moeten die, algemeen beschouwd als meer excentrieke religieuze opvattingen, door de staat worden gefinancierd op dezelfde manier als de officiële godsdiensten? En wat te doen met religies die aanzetten tot praktijken die wij in strijd achten met de mensenrechten of de fundamenten van een liberaal-democratische orde?

Sinds het verschijnen van Susan Moller Okins (1946-2004) essay *Is multiculturalism bad for women?* (1999)[124] kwam ook een ander aspect van het multiculturalisme naar voren: de vaak vergoelijkende houding ten opzichte van culturele wanpraktijken die weliswaar niet helemaal worden goedgekeurd door multiculturalisten, maar ook niet helemaal afgekeurd. Hier speelt het mechanisme een rol dat we hiervoor bij Van Reybrouck hebben onderkend: passiviteit als het aankomt op het kritiseren van misstanden omdat de criticus, of liever gezegd de traditie waarin hij geplaatst wordt ('westers'), wordt geacht zelf iets op zijn kerfstok te hebben.

---

121 Zie: Zee, Machteld, 'Sharia: Scheiden voor Allah', in: *Vrij Nederland,* 21 september 2013, p. 44-49; Zee, Machteld, 'Five Options for the Relationship between the State and Sharia Councils', in: *Journal of Religion and Society,* Vol. 16 (2014), p. 1-18; Zee, Machteld, *Choosing Sharia: multiculturalism, Islamic fundamentalism and British Sharia Councils*, PhD dissertation Leiden, Leiden 2015.

122 Zoals blijkt uit deze passage maken wij een onderscheid tussen een 'multiculturele samenleving', waar mensen met een verschillende culturele en religieuze achtergrond leven, en 'multiculturalisme' als een ideologie, een politieke filosofie, voor de staat. Een multiculturalistische staat is een staat die een multiculturalistisch beleid ondersteunt: bijvoorbeeld het vestigen en verdedigen van groepsrechten (in plaats van individuele rechten).

123 Barry, Brian, *Culture & Equality: An Egalitarian Critique of Multiculturalism,* Polity, Cambridge 2001; Grayling, A.C., 'Multiculturalism', in: A.C. Grayling, *Ideas that Matter: A Personal Guide for the 21st Century,* Weidenfeld & Nicholson, Londen 2009, p. 246-249.

124 Moller Okin, Susan, 'Feminism and Multiculturalism: Some Tensions', in: *Ethics,* juli 1998 (108), p. 661-684; Moller Okin, Susan, *Is Multiculturalism Bad for Women*? Met respondenten, red. Joshua Cohen, Matthew Howard, en Martha Nussbaum, Princeton University Press, Princeton, New Jersey 1999.

Susan Moller Okin is de schrijfster van een essay waarin de staf gebroken wordt over het multiculturalisme als politieke filosofie. © Linda A. Cicero/Stanford News Service

Door dat 'multiculturalistisch niet-oordelen' kon het voorkomen dat allerlei nare praktijken die voorkomen bij etnische en religieuze minderheden niet aan de orde worden gesteld. De bekendste daarvan is vrouwelijke genitale verminking.

Nogmaals: natuurlijk zou het veel te ver gaan om te stellen dat multiculturalisten dergelijke praktijken *bepleiten*. Dat doen zij natuurlijk niet. Maar het probleem is: zij voelen zich ook niet vrij om die praktijken voortvarend te *veroordelen*. Het multiculturalisme is een filosofie die het gedogen van wat verkeerd is tot een deugd maakt.

Daarbij roepen we weer in herinnering dat we goed verschil moeten maken tussen een 'multiculturele samenleving' en een 'multiculturalistische staat'.

Het woord 'multiculturalisme' wordt in het alledaagse spraakgebruik soms ook gebruikt als niet meer dan het constateren van pluriformiteit.[125] 'Je hebt multiculturalisme altijd gekoesterd', zegt Gilles Vanderpooten tegen Stéphane Hessel (1917-2013).[126] En Hessel bevestigt dan dat je 'open moet staan' voor andere culturen.[127]

[125] 'Le multiculturalisme est quelque chose qui vous tient à cœur. De fait, il est indéniable qu'il faut s'ouvrir aux autres cultures', zegt Gilles Vanderpooten tegen Stéphane Hessel. Zie: Hessel, Stéphane, *Engagez vous!,* Entretiens avec Gilles Vanderpooten, Éditions de l'aube, Parijs 2013, p. 49. Zie hierover ook: Fish, Stanley, 'Boutique Multiculturalism, or Why Liberals Are Incapable of Thinking about Hate Speech', in: *Critical Inquiry,* Vol. 23, No. 2 (Winter, 1997), p. 378-395.

[126] Hessel, Ibid., p. 49.

[127] Hessel, Ibid., p. 49.

Iedereen 'heeft recht' op zijn eigen cultuur, zegt Hessel. Dat is een realiteit die we moeten respecteren. Alleen op deze basis is co-existentie mogelijk in plaats van confrontatie, zegt hij.

Dat klinkt goed. Anderzijds wil Hessel een jongere generatie stimuleren om zich bezig te houden met morele projecten. Hij wil dat, naar eigen zeggen, doen 'om de wereld te veranderen'. Hij spoort ons aan om boos, geïrriteerd en woedend te zijn.

Maar het probleem is: 'Respect voor cultuur' is geen goed uitgangspunt om de wereld te veranderen. Het is een goed uitgangspunt voor diplomaten, maar niet voor Luther, Voltaire, Martin Luther King of andere grote hervormers. Met andere woorden: je moet, met alle respect voor Hessel, niet *altijd* open staan voor andere culturen. Je moet eigenlijk alleen maar open staan voor andere culturen wanneer die een *verbetering* zijn ten opzichte van het culturele patroon waaronder je leeft. 'Open staan' voor culturele patronen die je zou moeten bekritiseren is schadelijk, het ondermijnt een cultureel erfgoed dat het verdient om verdedigd te worden.

Misschien kan een voorbeeld hier een en ander verduidelijken. Het is een voorbeeld dat ontleend is aan de Deense cartooncrisis. Het maken van satire op religieuze iconen is een traditie die het verdient om te blijven bestaan, zouden wij willen verdedigen. Door grappen te maken over quasi-religieuze zaken wordt religieus fanatisme binnen de perken gehouden.[128] Het laten *verdwijnen* van die traditie van satire en spot, de traditie van Aristophanes, Voltaire, Rabelais en Gore Vidal, heeft dus schadelijke effecten.

Niettemin zien we dat in de wereld waarin wij leven satire over religie steeds minder verdedigers krijgt. De 'heilige verontwaardiging', in het bijzonder in haar meest gewelddadige vormen, wint terrein.

Op 15 november 2006, op het hoogtepunt van de Deense cartooncrisis, hield de Britse journalist en intellectueel Christopher Hitchens (1949-2011) een voordracht in Hart House, aan de Universiteit van Toronto. Canada is een land waar multiculturalisme het officiële overheidsbeleid is, en helaas heeft dat ernstige en vaak negatieve gevolgen gehad.[129] Een van de grootste problemen lijkt te zijn dat 'tolerantie' zo vaak

[128] Berg, Floris van den, *Beter weten: filosofie van het ecohumanisme*, Houtekiet en ISVW, Antwerpen/Utrecht 2015, p. 327; Baudet, Thierry, 'Je moet kunnen beledigen en spotten', in: *NRC Handelsblad,* 30 november 2012; Hume, Mick, *Trigger Warning: Is the Fear of being offensive killing Free Speech?,* Willam Collins, Londen 2015.

[129] Scherpzinnige critici van het Canadese multiculturalisme zijn Bissoondath, Neil, *Selling Illusions: The Cult of Multiculturalism in Canada*, Penguin Books, Londen 1994; Steyn, Mark, *America Alone: The End of the World as we know it,* Regnery Publishing, Inc., Washington, DC 2006; Steyn,

tolerantie voor de intoleranten en 'respect' voor de respectlozen betekent.[130] Hitchens stelde die decadentie aan de orde in zijn lezing tijdens het hoogtepunt van de crisis. Hij hekelde zijn publiek voor de sympathie die er was, niet voor de Deense cartoonisten die de radicalen bekritiseerden, maar voor de extremisten die de vrijheid van meningsuiting wilden onderdrukken. Hitchens zei tot zijn gehoor: 'Schaam u, dames en heren, u laat dit gebeuren.'

En zo is het: vrijheid die niet wordt verdedigd, is ertoe voorbeschikt te verdwijnen, tenminste wanneer mensen dat *laten gebeuren.*

Helaas ligt multiculturalisme als politieke filosofie aan de basis van respect voor het respectloze fanatisme. Maar afgezien van geleerden als Moller Okin[131] vonden veel van haar collega's aan de universiteit het moeilijk om het multiculturalistisch perspectief op te geven.

In de politiek gebeurde dit echter met veel grotere voortvarendheid dan aan universiteiten. In 2010 verklaarde de Duitse bondskanselier Angela Merkel multiculturalisme dood.[132] Dezelfde boodschap kwam van de Franse president Nicolas Sarkozy.[133] Een andere stem in het anti-multiculturalismekoor was die van de Britse premier David Cameron, die zei dat het staatsmulticulturalisme had gefaald.[134] Dit lijkt een verloren zaak voor multiculturalisme, maar, zoals later zal blijken, kunnen Cameron en Sarkozy het eens zijn geweest over wat ze verwerpen, er zijn grote verschillen van mening over wat ze accepteren.

We kunnen op grond van deze overwegingen concluderen dat het beter lijkt om alle staatssteun voor godsdienst op te geven en een religieus neutrale houding aan te nemen in alles wat de staat betreft. Dit is wat er gebeurt in het vijfde model van de staat/religie-relaties dat wij nu willen onderscheiden.

Mark, *Lights Out: Islam, Free Speech and the Twilight of the West,* Stockade Books, Woodsville, New Hampshire 2009.

130 Zie hierover: Baber, H.E., *The Multicultural Mistique: The Liberal Case against Diversity,* Prometheus Books, Amherst, New York 2008; Hasan, Rumy, *Multiculturalism: Some Inconvenient Truths,* Politico's Publishing Ltd 2010. Vergelijk dit ook met het idee van de 'weerbare democratie': Rijpkema, Bastiaan, red., *Wat te doen met antidemocratische partijen? De oratie van George van den Bergh uit 1936*, ingeleid door Bastiaan Rijpkema, met een voorwoord van René Cuperus, en een nawoord van Paul Cliteur, Elsevier Boeken, Amsterdam 2014.

131 Een andere vroege criticus van het multiculturalisme op deze lijn is: Waldron, Jeremy, 'Minority Cultures and the Cosmopolitan Alternative', in: *University of Michigan Journal of Law Reform,* Vol. 25, 1992, p. 751-793.

132 'Merkel erklärt Multikulti für gescheitert', in: *Spiegelonline,* 16 oktober 2010.

133 'Nicolas Sarkozy declares multiculturalism had failed', in *The Telegraph*, 11 februari 2011.

134 'State multiculturalism has failed, says David Cameron', in: BBC News, 5 februari 2011.

De agnostische staat

Deze laatste staat kan de 'seculiere staat' of de 'agnostische staat' worden genoemd. Dit is het vijfde model van de staat/religie-relaties die te onderscheiden zijn. Voordat we dieper ingaan op dit model, een opmerking over semantiek.

Een 'agnost' is iemand die geen standpunt inneemt over de vraag of God wel of niet bestaat. Hij schort zijn oordeel daarover op.[135] Of agnosticisme een vruchtbaar standpunt is *vanuit het perspectief van het individu* is binnen de context van dit hoofdstuk niet relevant, maar we zullen hier wel verdedigen dat het een legitiem en zelfs heilzaam standpunt is *voor een staat*. Een groot voordeel van de agnostische staat is dat het geen onderscheid maakt tussen zijn burgers. De agnostische staat behandelt alle burgers gelijk. De agnostische of seculiere staat *bestrijdt* de religieuze overtuigingen van zijn burgers niet, maar *verdedigt* zelf ook geen enkele religieuze positie. De agnostische staat laat alle burgers de goden van hun eigen voorkeur vereren.

Agnosticisme (of secularisme) als overheidsbeleid ten aanzien van religie lijkt dan ook een verstandige koers om te volgen. Een staat die het politiek agnosticisme of secularisme tot officieel uitgangspunt heeft gemaakt is Frankrijk.

De Franse minister van Immigratie en Integratie formuleerde dit open karakter van de Franse staat tijdens een lezing in 2010, toen hij zei dat Frankrijk noch een volk, een taal, een grondgebied of een religie is, maar een conglomeraat van mensen die willen samenleven ('vivre ensemble').[136] Om dit 'samenleven' mogelijk te maken, is het belangrijk dat de staat zich niet identificeert met dat wat mensen onderscheidt: hun godsdienst. Maar hoewel de Franse staat dit beleid van secularisme steeds heeft ondersteund, en er zelfs een speciale naam voor heeft bedacht (*laïcité*), is het niet een exclusief Frans principe. De grote historicus van de islam en islamitische samenlevingen Bernard Lewis (*geb.* 1916) verwees naar een bijna vergeten Amerikaanse verklaring van hetzelfde ideaal. Hij citeerde de 'enigszins ten onrechte verwaarloosde John

[135] Cliteur, Paul, 'Atheism, Agnosticism, and Theism', in: Paul Cliteur, *The Secular Outlook: in Defense of Moral and Political Secularism,* Wiley-Blackwell, Chichester 2010, p. 14-69; Dalgairns, John Bernard, 'Is God unknowable?', in: *Contemporary Review,* Vol. XX, 1872, p. 615-630, ook in: Andrew Pyle, ed., *Agnosticism: Contemporary Responses to Spencer and Huxley,* Thoemmes Press, Bristol 1995, p. 20-38; Huxley, Thomas Henry, 'Agnosticism and Christianity', 1889, in: Thomas Henry Huxley, *Agnosticism and Christianity.* And other Essays, Prometheus Books, Buffalo, New York 1992, p. 193-232.

[136] Éric Besson, in een speech gedateerd 5 januari 2010: 'La France n'est ni un peuple, ni une langue, ni un territoire, ni une religion, c'est un conglomérat de peuples qui veulent vivre ensemble.' Geciteerd in: Finkelkraut, Alain, *L'identité malheureuse,* Éditions Stock, Parijs 2013, p. 105.

Tyler', die in een brief van 10 juli 1843 een welsprekende en profetische uitdrukking gaf aan het beginsel van de vrijheid van godsdienst:

> The United States have adventured upon a great and noble experiment, which is believed to have been hazarded in the absence of all previous precedent – that of total separation of Church and State. No religious establishment *by law* exists among us. The conscience is left free from all restraint and each is permitted to worship his Maker after his own judgment. The offices of the Government are open alike to all. No tithes are levied to support an established Hierarchy, nor is the fallible judgment of man set up as the sure and infallible creed of faith. The Mahommedan, if he will to come among us would have the privilege guaranteed to him by the constitution to worship according to the Koran; and the East Indian might erect a shrine to Brahma if it so pleased him. Such is the spirit of toleration inculcated by our political Institutions (...). The Hebrew persecuted and downtrodden in other regions takes up his abode among us with none to make him afraid (…) and the Aegis of the Government is over him to defend and protect him. Such is the great experiment which we have tried, and such are the happy fruits which have resulted from it; our system of free government would be imperfect without it. The body may be oppressed and manacled and yet survive; but if the mind of man be fettered, its energies and faculties perish, and what remains is of the earth, earthly. Mind should be free as the light or as the air.[137]

Tot zover de Amerikaanse president John Tyler (1790-1862).

Westers?

Nu is er één vaste overtuiging die een verdere verbreiding van dat secularisme in de weg staat en dat is dat het hierbij zou gaan om een typisch westers concept. Wij denken dat dit niet juist is. We kunnen hiervoor verwijzen naar bisschop Nazir-Ali waarmee we dit hoofdstuk begonnen zijn, maar nu om iets aan te halen waarmee wij het van harte eens zijn.

[137] Lewis, Bernard, 'The Roots of Muslim Rage', in: *The Atlantic Monthly,* september 1990, herdrukt in: Lewis, Bernard, *From Babel to Dragomans: Interpreting the Middle East,* Weidenfeld & Nicolson, Londen 2004, p. 319-331.

Bisschop Nazir-Ali verwijst naar de politieke filosofie van Pakistan ten tijde van de oprichting van de staat. Religieuze spanningen werden vreedzaam opgelost. Vrouwen liepen vrijelijk over straat en konden dragen wat ze wilden.[138] Karachi was een kosmopolitische stad die een grote verscheidenheid aan bezoekers trok en niet-moslims waren prominent aanwezig in het openbare leven. Dit was allemaal, zoals Nazir-Ali schrijft, in overeenstemming met de bedoelingen van de stichter van de Pakistaanse staat, Mohammad Ali Jinnah (1876-1948): 'Religie had weinig van doen met de werking van de staat.'[139] Jinnah was, in andere woorden, een *secularist*.

En secularisme is niet een soort koloniaal overblijfsel van het westerse denken; ook in niet-westerse tradities zijn er talloze landen waar een seculiere visie op de staat wortel heeft geschoten.[140]

Dit is vooral belangrijk in een tijd en context waarin veel staten worden uitgedaagd om hun eigen bestaan te legitimeren. Hedendaags theoterrorisme dwingt hen in feite om antwoorden te formuleren op de kritiek waarmee zij worden geconfronteerd. De kritiek negeren, en te doen alsof die niet bestaat, lijkt geen verstandige koers om te volgen. Dus laten we dit hoofdstuk besluiten met de constatering dat zowel een neutrale taal om over politiek te praten als een religieus neutrale staat de meest passende antwoorden zijn op het hedendaagse theoterrorisme en religieus extremisme. De heropleving van de theocratie kan het best tegemoet worden getreden door afstand te doen van alle overblijfselen van religieuze discriminatie in onze liberale democratische staten.

138 Nazir-Ali, *Triple Jeopardy for the West: Aggressive Secularism, Radical Islamism and Multiculturalism,* Bloomsbury, Londen 2012, p. 95.

139 Nazir-Ali, Ibid., p. 95. We citeren deze passage omdat het zo verbazingwekkend is dat dezelfde schrijver ook heel negatief is over de hedendaagse vooruitzichten van secularisme. In de ondertitel van zijn boek keert Nazir-Ali zich namelijk tegen wat hij noemt 'agressief secularisme'. Wat dat is wordt echter niet duidelijk uit zijn boek. Zie ook: Finkelkraut, Alain, *L'identité malheureuse,* Éditions Stock, Parijs 2013, p. 18.

140 Zie voor de Indiase traditie: Hiorth, Finngeir, *Introduction to Atheism,* Indian Secular Society, Pune 1995; Hiorth, Finngeir, *Introduction to Humanism,* Indian Secular Society, Pune 1996; Sen, Amartya, 'Secularism and Its Discontents', in: Amartya Sen, *The Argumentative Indian: Writings on Indian History, Culture and Identity,* Allen Lane/Penguin Books, Londen 2005, p. 294-316; Sen, Amartya, *Identity and Violence: The Illusion of Destiny,* W.W. Norton & Company, New York & Londen 2006.

De Franse laïcité

Er is wel een *voorbehoud*. De agnostische staat of seculiere staat is gebaseerd op de veronderstelling dat de staat zelf religieus neutraal is. Dat betekent dat van staatsambtenaren wordt gevraagd hun eigen religieuze overtuiging niet uit te drukken.[141] In Frankrijk wordt dit model gerealiseerd door het principe van de zogenaamde *laïcité.*

Naar aanleiding van de bevindingen van een staatscommissie over de zaak, de zogenaamde commissie-Stasi, maakte de Franse staat wetgeving inzake het dragen van religieuze symbolen in Franse openbare scholen en door mensen in overheidsdienst.[142] Vooral het verbod om religieuze symbolen te dragen op scholen (niet alleen crucifixen en keppeltjes maar ook hoofddoeken) leidde tot een lange en soms bittere controverse tussen voor- en tegenstanders van het neutraliteitsprincipe.[143] Een van de meest gehoorde klachten over het Franse systeem is dat het zich richt tegen moslimvrouwen. Het is hun religieuze recht om hoofddoeken te dragen. En wanneer het systeem hun dit recht ontzegt, is het systeem inherent discriminerend.

De cultuurhistoricus Andrew Hussey (*geb.* 1963) schrijft in zijn boek *The French Intifada* (2014) over de rellen in de Franse banlieues en hoe daar in Frankrijk over werd gedacht. De meeste commentatoren waren het erover eens dat dit te maken had met sociale rechtvaardigheid en niet met culturele factoren. Hussey gelooft dat niet. Hij stelt dat er een 'zeer reëel conflict is in het hedendaagse Frankrijk tussen de tegengestelde principes van *laïcité* en *communitarisme*, dat tot uitdrukking komt in de rellen'.[144]

Hussey heeft naar ons oordeel gelijk met zijn stelling dat in die rellen een principiële kwestie naar voren komt (hoewel men het niet eens kan zijn met zijn insinuatie dat het Franse systeem dus niet legitiem is).

---

[141] Zie over het Franse systeem: Akan, Murat, 'Laïcité and multiculturalism: the Stasi Report in context', in: *The British Journal of Sociology*, Vol. 60, Issue 2, 2009, p. 237-256; Weil, Patrick, 'Why the French Laïcité is Liberal', in: *Cardozo Law Review,* Vol. 30, No. 6, 2009, p. 2699-2714.

[142] *Laïcité et République,* Rapport au Président de la République, Commission présidée par Bernard Stasi, La Documentation française, Parijs 2004; O'Brien, Robert, *The Stasi Report: The Report of the Committee of Reflection on the Application of the Principle of Secularity in the Republic,* William S. Hein & Co., Inc., Buffalo, New York 2005.

[143] Een van de vroegste manifestaties was: Badinter (Elisabeth), Debray (Regis), Finkelkraut (Alain), Fontenay (Elisabeth de), Kintzler (Catharine), 'Profs, ne capitulons pas!', in: *Le Nouvel Observateur,* 2/8 november 1989. Een latere selectie van standpunten in: Helvig, Jean-Michel, *La laïcité dévoilée.* Quinze années de débat en quarante « Rebonds », Líberation/éditions de l'aube, Parijs 2004.

[144] Hussey, Andrew, *The French Intifada: the Long War between France and its Arabs*, Faber & Faber, New York 2014, p. 8.

Ook het Franse verbod om op straat volledig gezicht bedekkende kleding te dragen ontlokte veel kritiek. Vooraan in deze discussie stond de voormalige Franse president Nicolas Sarkozy, die in juni 2009 verklaarde dat de boerka[145] niet welkom was in Frankrijk.[146] Tijdens zijn eerste presidentiële toespraak tot een gezamenlijke zitting van de beide kamers van het Franse parlement (de eerste in 136 jaar) verklaarde hij zijn steun voor een verbod. Hij zei: 'Wij kunnen niet aanvaarden dat in ons land vrouwen gevangen leven achter netten, afgesneden van al het sociale leven, beroofd van hun identiteit.'[147] De president verwees ook naar de menselijke waardigheid, toegepast op vrouwen: 'Dit is niet het idee dat de Franse republiek heeft van de waardigheid van vrouwen.'[148] En het meest relevante citaat in de context van dit hoofdstuk:

> De boerka is geen teken van religie, maar een teken van onderdanigheid, en zal niet welkom zijn op het grondgebied van de Franse republiek.

In Frankrijk is er een brede consensus over de boerka tussen links en rechts. André Gerin (*geb.* 1946), een lid van de communistische partij die het laatste onderzoek over dit religieus-culturele fenomeen leidde, noemde de boerka een 'bewegende gevangenis' voor vrouwen.[149]

Maar er is ook veel kritiek op het Franse systeem, vooral in Angelsaksische landen die meer op het multiculturalisme zijn georiënteerd. Kritiek op het Franse systeem kent twee varianten.[150] Ten eerste wordt vaak beweerd dat de Franse autoriteiten de *intentie* hadden om de moslimgemeenschap te raken. Hoe kan het ook anders? De christenen dragen geen religieuze symbolen op school (of in beperkte mate; een kruis om de hals is niet erg duidelijk zichtbaar en bovendien is het geen groot probleem om

[145] De boerka is een kledingstuk dat het gezicht bedekt, in tegenstelling tot de hoofddoek die alleen het haar bedekt.

[146] Allen, Peter, 'Nicolas Sarkozy says the burqa is 'not welcome' in France', in: *The Telegraph,* 22 juni 2009.

[147] Allen, Ibid.

[148] Allen, Ibid.

[149] Allen, Ibid.

[150] Hoewel het Franse systeem bijna overal in de Angelsaksische wereld wordt afgewezen, zijn er enkele kundige verdedigers in de Franstalige wereld, zoals: Bougrab, Jeanette, *Ma république se meurt*, Éditions Grasset & Faquelle, Parijs 2013; Fourest, Caroline, *Quand la gauche a du courage: chroniques résolument progressistes et républicaines,* Grasset, Parijs 2012; Pena-Ruiz, Henri, *Dictionnaire amoureux de la laïcité,* Plon, Parijs 2014; Finkelkraut, Alain, *L'identité malheureuse,* Éditions Stock, Parijs 2013; Debray, Régis, *Ce que nous voile le voile: La République et le sacré,* Gallimard, Parijs 2004; Kintzler, Catherine, *Qu'est-ce que la laïcité?*, La librairie philosophique J. Vrin, Parijs 2007.

dat op een minder zichtbare wijze te dragen). Ten tweede wordt vaak beweerd dat, ook al heeft de Franse staat niet de intentie tot het discrimineren van hoofddoekdragers, dit wel het feitelijke effect is.

Laten we op beide bezwaren kort commentaar geven. Eerst het argument van de discriminerende intentie.

Op 15 maart 2004 werd een Franse wet afgekondigd die bepaalde dat 'in primaire en secundaire openbare scholen het dragen van tekenen of kleding waarmee leerlingen nadrukkelijk een religieus geloof uitdragen verboden is'. Cécile Laborde, een commentator met een Franse achtergrond, maar duidelijk geen vriend van het Franse systeem, geeft het volgende commentaar op deze wet: 'Deze wet richt zich tegen islamitische hoofddoeken, hoewel ook joodse keppeltjes en grote christelijke kruizen verboden zijn op openbare scholen.'[151]

Maar de vraag is of dit niet een tendentieuze beschrijving van de situatie is. Wat betekent de geciteerde zin? Kan men wel zeggen, zoals de schrijfster doet, dat deze wet zich in eerste instantie 'richt tegen' islamitische hoofddoeken als zij direct daarop moet laten volgen dat het tegen *alle* religieuze tekenen is gericht? Waaruit maakt zij dan op dat het speciaal tegen de islamitische hoofddoek gericht is? Zou het niet beter zijn te stellen dat deze wet zich keert tegen het dragen van religieuze tekenen in het algemeen *en dus ook* tegen hoofddoeken? Dat klinkt al heel anders, is het niet?

Door de formulering die Laborde heeft gekozen, lijkt te worden gesuggereerd dat de Franse wetgever de *speciale bedoeling* had om de moslimgemeenschap te raken. Wat zijn haar argumenten voor deze vergaande aantijging?

Waarom zegt Laborde niet: 'De wet richt zich op hoofddoeken, keppeltjes, groot formaat kruisen (…) *et cetera*'? Als het op de aangegeven wijze werd geformuleerd, zouden de zinnen natuurlijk overbodig zijn, maar tegelijk ook veel minder tendentieus.

Commentatoren op de Franse staat hebben vaak de indruk dat zij iets heel belangrijks hebben geconstateerd wanneer zij hebben vastgesteld dat de Franse wet op het dragen van religieuze tekenen werd gemaakt *naar aanleiding* van het dragen van hoofddoeken. Maar dat is in feite niet meer dan een historisch feit dat een zeer beperkte principiële relevantie heeft. Misschien valt dit te illustreren aan de hand van een voorbeeld.

De kirpan is een ceremonieel zwaard of een dolk die wordt gedragen door sikhs. Het dragen van die dolk wordt in de sikhgemeenschap gezien als het uitvoering geven aan een religieus voorschrift. Dat voorschrift gaat terug op een bevel van de

[151] Laborde, Cécile, 'Secular Philosophy and Muslim Headscarves in Schools', in: *The Journal of Political Philosophy*, Vol. 13, No. 3, 2005, p. 305-329, p. 325.

goeroe Gobind Singh (1666-1708) die in 1699 bepaalde dat alle sikhs deze 'religieuze dolk' moeten dragen.

Stel nu eens dat in Frankrijk niet veel moslims hadden gewoond, maar veel sikhs. En stel nu eens dat de Franse regering wetgeving zou hebben aangescherpt waarbij het dragen van religieuze tekenen wordt verboden op openbare scholen. Kan men dan zeggen dat de Franse staat de *intentie heeft gehad* speciaal de sikhs te treffen?

Wij denken dat het misleidend zou zijn om het op die manier te stellen. Door het op die manier te formuleren, introduceert men het misverstand dat de Franse staat het speciaal op sikhs heeft voorzien, terwijl die staat niets meer en niets minder doet dan het handhaven van een constitutioneel principe, ook ten aanzien van sikhs.

Als men dat laatste *niet* zou doen, als men een speciaal *privilege* zou creëren voor een bepaalde religieuze groepering om zich te onttrekken aan de algemene wet, zou men een niet geringe fout maken. Namelijk het discrimineren van de religieuze groeperingen die zich *wel* gewoon aan de wet willen houden.

De tweede variant van het type kritiek zoals dat vaak op het Franse systeem gegeven wordt, is dat, ongeacht de motieven van de Franse autoriteiten, het systeem het *indirecte effect* heeft dat met name de moslimgemeenschap erdoor wordt geraakt. Dan gaat het dus niet om de *intentie* van de Franse regering, maar om het *onbedoelde effect* dat die wetgeving heeft. Voor christenen is het dragen van hoofddoeken geen religieuze plicht, dus zij worden niet geraakt door het verbod daarop, moslims wel. Moeten we dan niet zeggen dat *indirect* moslims meer worden getroffen door het verbod op het dragen van opzichtelijke religieuze tekenen?

Het is de vraag of deze argumenten erg overtuigend zijn. De eerste kritiek (de 'boze intentietheorie') gaat uit van een soort complot. Het probeert degenen die een rationele politieke filosofie (wat men ook kan zeggen over *laïcité,* het is een duidelijke en consistente opvatting)[152] aanhangen te beschuldigen van duistere 'echte motieven', die door die personen zelf, of door de handelend optredende staat, verborgen worden gehouden.[153] De tweede variant van dit argument, het argument van *indirecte discri-*

[152] Zie voor een recente verdediging: Pena-Ruiz, Henri, *Dictionnaire amoureux de la laïcité,* Plon, Parijs 2014. Andere voorstanders van het systeem zijn: Fourest, Caroline, *Quand la gauche a du courage: chroniques résolument progressistes et républicaines,* Grasset, Parijs 2012; Debray, Régis, *Ce que nous voile le voile: La République et le sacré,* Gallimard, Parijs 2004; Finkelkraut, Alain, & Lévy, Benny, *Le Livre et les Livres: Entretiens sur la laïcité,* Textes réunis et annotés par Gilles Hanus, Verdier, Parijs 2006; Finkelkraut, Alain, *L'identité malheureuse,* Éditions Stock, Parijs 2013.

[153] Men vindt dit met grote ijver verdedigd in: Scott, Joan Wallach, *The Politics of the Veil,* Princeton University Press, Princeton, Oxford 2007, maar ook helaas in: Nussbaum, Martha, *The New Re-*

minatie, doet het beter, maar is ook uiteindelijk niet overtuigend.[154] Het probleem met het argument van indirecte discriminatie is dat het niet erkent dat, wanneer je een regel maakt die een bepaald gedrag verbiedt, er altijd een groep (met bepaalde specifieke kenmerken) is wier gedrag wordt geraakt door die regel.

Neem de regel die seks met kinderen onder een bepaalde leeftijd verbiedt. Deze regel raakt pedofielen. Dat valt moeilijk te ontkennen. Maar kun je dan zeggen dat deze regel 'mensen discrimineert vanwege hun seksuele geaardheid' (namelijk pedofilie)?

Dat brengt ons bij de complexe vraag wanneer een bepaalde regel 'discriminerend' is. Het lijkt niet onredelijk om te verdedigen dat een regel 'discriminerend' is als een vorm van gedrag die voor de ene groep verboden zou zijn, is toegestaan wanneer dat gedrag door een andere groep gemanifesteerd zou worden.

Stel dus dat het moslims verboden zou worden om een hoofddoek te dragen, maar joden zouden wel keppeltjes mogen dragen. In een dergelijke situatie zouden klachten over discriminatie terecht (en nodig) zijn. Maar in het geval van het verbod om religieuze tekenen te dragen (los van het feit of ze verbonden zijn met het christelijke, joodse of islamitische geloof) is er geen sprake van discriminatie. Ook niet wanneer een bepaalde groep daardoor meer geraakt wordt.

Dit punt wordt niet alleen gemaakt in het kader van het dragen van religieuze symbolen, maar ook in bijvoorbeeld de discussie over de doodstraf.[155] Het is een vaststaand statistisch feit dat er meer mensen met een donkere huidskleur op de elektrische stoel worden geëxecuteerd dan blanken. Betekent dit dat de doodstraf 'discriminerend' is? Hoewel er veel overtuigende argumenten zijn tegen de doodstraf, is *dit* er niet een van. Waar de doodstraf tegen 'discrimineert' is moord (of andere misdaden waarvoor de doodstraf is voorgeschreven), maar het discrimineert geen zwarten. Het zou discriminatie zijn als een blanke man zou worden vrijgesproken voor een handeling of gedrag waarvoor een zwarte man zou worden veroordeeld.

ligious Intolerance: Overcoming the Politics of Fear in an Anxious Age, Harvard University Press, Cambridge (Mass.) 2012.

154 Dit vinden we ook in Laborde: '*Laïcité* was intended as a principle of equality, yet it can be argued that the ban on headscarves constitutes a case of indirect discrimination and thus infringes on equality.' Zie: Laborde, Cécile, 'Secular Philosophy and Muslim Headscarves in Schools', in: *The Journal of Political Philosophy*, Vol. 13, No. 3, 2005, p. 305-329, p. 329.

155 Zie bijv.: Pojman, Louis, 'In Defense of the Death Penalty', in: Hugh LaFolette, ed., *Ethics in Practice.* An Anthology, Blackwell, Malden/Oxford 2002 (1997), p. 493-502; Haag, Ernest van den, 'The Death Penalty Once More', in: *U.C. Davis Law Review,* 18 (Summer 1985), p. 957-972.

Dat brengt ons tot de conclusie van ons overzicht en analyse van de vijf modellen om de relatie tussen staat en religie te reguleren.

Zoals we hebben gezien, is de opkomst van religieus radicalisme, waarvan de moord op Lee Rigby in Groot-Brittannië en die op Theo van Gogh in Nederland manifestaties zijn, een serieuze zaak.

Religieus gemotiveerde moorden, zoals ook die op Jitzak Rabin, kunnen ons ook stimuleren om na te denken over de meest wenselijke verhouding tussen staat en religie. De theorie die *scheiding* voorstaat lijkt daarbij het beste uit de bus te komen. Politiek secularisme of politiek agnosticisme, ondersteund door het idee van morele autonomie (en moreel secularisme), lijkt de beste manier om onze wereld vol met religieuze pluriformiteit te organiseren.

Daarbij ligt het accent op het woord *onze.* Scheiding van kerk en staat is weer van belang geworden in onze wereld. Dat is namelijk een wereld van pluriformiteit en multiculturaliteit.

In een agnostische of seculiere staat is er geen ruimte voor de bijzondere bescherming van religieuze overtuigingen (godslastering dient daarom uit het wetboek van strafrecht te worden verwijderd, zoals in Nederland ook gebeurd is) boven andere levensbeschouwingen. Iedereen moet de vrijheid hebben om een religie te kiezen, maar ook om van religie te veranderen (er is dus geen plaats voor apostasiewetten). En de publieke financiering van bepaalde religieuze standpunten boven andere – een vorm van discriminatie met een lange Europese traditie – dient te worden afgeschaft.

In dit hoofdstuk zijn we ingegaan op de situatie in Saoedi-Arabië. Saoedi-Arabië is (samen met Iran) de belangrijkste theocratie van onze tijd. Het is belangrijk om dit systeem te begrijpen en ook de ideologie die zijn aanhangers inspireert.

Een goed begrip van theocratie is ook van belang omdat veel hedendaagse theoterroristen het ideaal van een theocratie aanhangen. Ze vinden inspiratie in het idee dat de wet het mandaat nodig heeft van God. Anders is die wet niet bindend voor theocraten. En niet alleen 'niet bindend', maar ook iets waar serieuze gelovigen tegen zouden moeten strijden. Dat is dan hun 'religieuze plicht'.

De strijd tegen theoterrorisme zal waarschijnlijk niet succesvol zijn als we de principes die dat theoterrorisme inspireren niet serieus weten te nemen. Maar niet alleen is het belangrijk om te weten wat de terroristen drijft (het ideaal van een theocratie), het is ook belangrijk om te weten wat er te verdedigen is: het ideaal van democratie, of meer specifiek: van de democratische rechtsstaat.

HOOFDSTUK 4

De universaliteit van waarden en beginselen

In 1999 sprak een groep Britse moslims, de Al-Muhajiroun (de emigranten), een doodvonnis uit over de Amerikaanse toneelschrijver Terrence McNally (*geb.* 1938). McNally had een toneelstuk geschreven, *Corpus Christi*,[1] waarin Jezus Christus als homoseksueel wordt voorgesteld.[2] De leider van de moslimgroep, sjeik Omar Bakri Muhammad (*geb.* 1958), achtte het stuk van McNally godslasterlijk. Volgens de groep die de sjeik zegt te vertegenwoordigen is dat een probleem, want zij zien Jezus als een boodschapper van God. Het doodvonnis (*fatwa*)[3] 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 van Jezus worden verwaarloosd. De kerk is nalatig wanneer men niet in actie komt tegen McNally.

---

1 McNally, Terrence, *Corpus Christi,* Dramatists Play Service Inc., New York 1999.

2 'Jezus als homoseksueel. Britse moslims veroordelen toneelschrijver', in: *NRC Handelsblad,* 1 november 1999; 'Fatwa on Terence McNally for his gay Jesus play', in: *Agence France-Presse,* 29 oktober 1999.

3 Een fatwa is een juridisch oordeel. Dat heeft dus niet noodzakelijkerwijs met een doodvonnis te maken. Sinds de fatwa van Ayatollah Khomeini over Rushdie, die een oproep tot het vermoorden van de schrijver inhield, heeft het woord fatwa in de westerse wereld een sinistere betekenis gekregen. Zie hierover: Winston, Brian, *The Rushdie Fatwa and After*, Palgrave, Macmillan 2014; Al-Azm, Sadik J., 'Is the "Fatwa" a Fatwa?', in: *Middle East Report*, July-August 1993, p. 27.

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 gecorrumpeerd 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.'[4]

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 dichtbij. En met 'dichtbij' 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 bijgedragen dat bizarre folklore soms heel dichtbij kan komen. Het toneelstuk *Corpus Christi* werd geschreven door een *Amerikaan*. Het werd niet opgevoerd in Jemen, Syrië, Saoedi-Arabië of een ander land dat zich onder de islamitische invloedssfeer bevindt, maar in Engeland. Het delict 'godslastering' dat in de westerse geschiedenis een 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,[5] lijkt weer 'terug van weggeweest'.[6] Immers, wat sjeik Bakri in feite eist, is dat Saoedische of Jemenitische wetgeving over godslastering *in Engeland* wordt toegepast.

Culturele conflicten

Voor een goed begrip van het cultureel conflict dat we hier voor ons hebben is het wellicht verhelderend om de verschillen tussen de visie van sjeik Bakri en die van de Britse rechtsorde puntsgewijs samen te vatten.

---

4 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.

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

6 Zie: Heins, Majorie, *Sex, Sin, and Blasphemy: A Guide to America's Censorship Wars*, The New Press, New York 1993; Brent Plate, S., *Blasphemy: Art that Offends, Black Dog Publishing,* Londen 2006; Cabantous, Alain, *Blasphemy: Impious Speech in the West from the Seventeenth to the Nineteenth Century,* Columbia University Press, New York 2002; Cherry, Matt, and Brown, Roy, *Speaking Freely about Religion: Religious Freedom, Defamation and Blasphemy,* International Humanist and Ethical Union Policy Paper, International Humanist and Ethical Union, Londen 2009.

Allereerst is er een verschil ten aanzien van de *waardering van homoseksualiteit*. Sjeik Bakri acht het kennelijk een belediging wanneer iemand als homoseksueel bekend komt te staan, of wanneer iemand daarvan wordt beschuldigd. Volgens de Britse rechtsorde is homoseksualiteit echter geen probleem.[7] Zeggen dat iemand een 'homo' is, is dus ook geen belediging maar slechts het constateren van een seksuele geaardheid.

Volgens de Nederlandse Grondwet mag men op die seksuele geaardheid niet worden gediscrimineerd. Artikel 1 van de Grondwet luidt: 'Allen die zich in Nederland bevinden, worden in gelijke gevallen gelijk behandeld. Discriminatie wegens godsdienst, levensovertuiging, politieke gezindheid, ras, geslacht of op welke grond dan ook, is niet toegestaan.'

Hier staat seksuele geaardheid niet expliciet bij, maar dat wordt wel gebracht onder de 'andere gronden' waarop men ook niet mag worden gediscrimineerd (naast de expliciet genoemde gronden).

Als tweede bestaat verschil van waardering ten aanzien van *godslastering*. In Nederland is op 23 januari 2014 het wetboek van strafrecht veranderd, waarbij de artikelen 147, 147a en 429bis zijn komen te vervallen. In die artikelen waren de godslasteringsdelicten opgenomen.[8] Sinds 2014 is in Nederland godslastering dus niet meer officieel strafbaar. Engeland was ons daarin al voorgegaan. In Engeland is sinds

[7] Althans niet sinds de jaren zestig van de twintigste eeuw. Op 4 september 1957 werd het 'Report on the Departmental Committee on Homosexual Offences and Prostitution' gepubliceerd (bekend als 'the Wolfenden Report', genoemd naar de voorzitter Lord Wolfenden. In die tijd kon men in Engeland nog gevangenisstraf krijgen voor homoseksuele activiteiten. Zie: *Wolfenden Report (the),* Report on the Committee on Homosexual Offenses and Prostitution, authorized American edition, introduction by Karl Menninger, Lancer Books, New York 1963. Het Wolfenden rapport adviseerde om homoseksuele activiteiten tussen volwassen mannen die zich daaraan op basis van vrijwilligheid overgaven niet langer strafbaar te houden. De aanbevelingen van het Wolfenden rapport vormden ook de basis voor een discussie tussen de rechtsfilosoof H.L.A. Hart (die het rapport verdedigde) en de rechter Lord Devlin (die de uitgangspunten van het rapport bekritiseerde). Zie: 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); Hart, H.L.A., *Law, Liberty and Morality,* Oxford University Press, Oxford New York 1963.

[8] Het leverde Nederland een gunstige vermelding op in *Freedom of Thought 2013. A Global Report on Discrimination against Humanists, Atheists and the Nonreligious,* International Humanist and Ethical Union, Londen 2013, p. 229, als 'Free and equal'. Immers: 'The constitution and other laws and policies protect freedom of thought, conscience and religion, as well as freedom of opinion and expression. These rights are generally respected in practice.' Er was nog wel één punt van kritiek: 'However, a parliamentary motion was approved in December 2013 that wants to examine an

2008 godslastering niet langer strafbaar. Sinds de tweede helft van de twintigste eeuw bestaat in westerse landen de tendens om die godslasteringswetten af te schaffen. Maar een omgekeerde tendens lijken we te zien in andere delen van de wereld, waar godslastering juist strenger wordt aangepakt. Sjeik Bakri is een aanhanger van die laatste beweging.

Een derde punt waarop een culturele kloof tussen een meerderheidsopvatting in Engeland en die van sjeik Bakri valt te onderkennen is ten aanzien van de *doodstraf.*[9] In Europees kader is de doodstraf afgeschaft. Een land kan ook niet lid worden van de Europese Unie wanneer het de doodstraf kent. Maar ook daarvoor geldt: dit is niet overal op de wereld het geval. In sommige staten van de Verenigde Staten, in China, in het Midden-Oosten en in andere delen van de wereld wordt de doodstraf wel degelijk opgelegd. Voor sjeik Bakri zou dat ook een lonkend perspectief moeten zijn voor Engeland (en voor Europa).

Voor sjeik Bakri is godslastering een van de ernstigste delicten die iemand kan begaan. Het is daarom doodstrafwaardig. Maar volgens de Britse rechtsorde is godslastering dus gedecriminaliseerd. Dat wil zeggen: het wordt niet (meer) bestraft in de Britse strafwet.[10]

Een vierde verschil tussen de opvatting zoals geventileerd door sjeik Bakri en de Britse rechtsorde betreft *eigenrichting.* Sjeik Bakri roept op tot het bestraffen van de toneelschrijver. Hij geeft hiermee niet alleen een advies aan de Britse overheid maar hij richt zich ook tot (radicale) gelovigen die het vonnis van de doodstraf zouden moeten uitvoeren. Volgens het perspectief van de Britse rechtsorde is de sjeik echter geen bevoegde rechterlijke instantie. En de mensen die hij oproept tot het uitvoeren van zijn vonnis zijn ook geen bevoegde rechterlijke ambtenaren tot het executeren

amendment to another statute, which would broaden prohibited speech to include "serious insult to Religion".'

9 Zie voor stellingnames van Nederlandse politici ten aanzien van de doodstraf: 'Het debat over de uitspraken van minister Nawijn over een mogelijke herinvoering van de doodstraf', 19 november 2002, in: Handelingen 2002-2003, nr. 22, Tweede Kamer, pp. 1455-1481 en ook: Cliteur, P.B., en Ellian, A., 'Is het opleggen van de doodstraf moreel verantwoord?', in: P.B. Cliteur en A. Ellian, *Encyclopedie van de rechtswetenschap I: Grondslagen,* derde druk, Kluwer, Deventer 2011, pp. 239-259.

10 Zie voor een overzicht van de geschiedenis van de godslastering: Nash, David, *Blasphemy in the Christian World: A History,* Oxford University Press, Oxford 2010 (2007); Bradlaugh Bonner, Hypatia, *Penalties Upon Opinion: Some Records of the Laws of Heresy and Blasphemy,* Third Edition, revised and enlarged by F.W. Read, Watts & Co., Londen 1934; Levy, Leonard W., *Blasphemy: Verbal Offense against the Sacred from Moses to Salman Rushdie,* The University of North Carolina Press, Chapel Hill en Londen 1993.

van een vonnis. Sjeik Bakri heeft dus niet alleen een andere visie op homoseksualiteit en op godslastering, maar hij verwerpt eigenlijk de hele Britse rechtsorde (zoals hij ook duidelijk aangeeft in zijn commentaar). Hij doet *au fond* hetzelfde als de Iraanse geestelijk en politiek leider Ayatollah Khomeini (1902-1989) deed toen die in 1989 (tien jaar eerder dus) een *fatwa* over de Britse schrijver Salman Rushdie en diens vertalers en uitgevers uitspraak: Rushdie zou gedood moeten worden, wat overigens ook daadwerkelijk gebeurde met zijn Japanse vertaler, Hitoshi Igarashi (1947-1991), die op 11 juli 1991 vermoord werd. Zijn Italiaanse vertaler Ettore Capriolo (1926-2013) overleefde een aanslag op 3 juli 1991, net als Rushdies Noorse uitgever William Nygaard (*geb.* 1941), die alleen gewond raakte tijdens een aanslag op 11 oktober 1993.[11]

Wat dit vierde punt ons leert, is dat het beroep op een hoger recht, een soort goddelijk recht, niet altijd leidt tot zulke onschuldige eisen als die van Antigone die haar broer wilde begraven (zie hoofdstuk 1 van dit boek). Het kan ook leiden tot de eis dat ketters worden bestraft en godslasteraars moeten worden gedood. Het 'hogere recht' wordt niet altijd ingeroepen voor wat volgens een meerderheidsopvatting tegenwoordig aanvaardbaar wordt geacht. Wat moeten we beginnen met opvattingen als die van sjeik Bakri?

Leven en laten leven

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. Daarin moeten we elkaar zo veel 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.'[12]

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.[13] Als men dit nog 'een eeuw van beschaving' zou willen noemen, dan

[11] Winston, Brian, *The Rushdie Fatwa and After*, Palgrave, Macmillan 2014, pp. 91, 77, 91, 129.

[12] Joh. 8:8.

[13] Vgl. Glover, Jonathan, *Humanity. A Moral History of the Twentieth Century*, Jonathan Cape, Londen 1999.

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 (1948)[14] zou nooit zijn geformuleerd zonder de verschrikkingen van het nazibewind.[15] 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? Maakt het voorbeeld van sjeik Bakri niet duidelijk dat we niet alles kunnen gedogen?

We schorten de beantwoording van deze vraag nog even op tot na het tweede verhaal over de botsing van culturele opvattingen dat we hier willen introduceren. Dit is een verhaal over de discussie over vrouwenbesnijdenis of beter gezegd meisjesbesnijdenis.

Vrouwelijke genitale verminking

Op 2 november 1999 bepleitte D66 in de Tweede Kamer een onderzoek naar de omvang van vrouwenbesnijdenis in Nederland. Vrouwenbesnijdenis (of Vrouwelijke Genitale Verminking, VGN) is een ritueel dat in Noord-Afrikaanse landen voorkomt.[16] 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.[17]

[14] Zie daarover: Laes, Willy, *Mensenrechten in de Verenigde Naties: een verhaal over manipulatie, censuur en hypocrisie,* Garant, Antwerpen-Apeldoorn 2011; Robertson, Geoffrey, *Crimes against Humanity: The Struggle for Global Justice,* Fourth Edition, Penguin Books, Londen 2012 (1999).

[15] 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.

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

[17] Vgl. de discussie in: Tamir, Yael, 'Hands Off Clitoridectomy', in: *Boston Review,* oktober/november 1996, met reacties van: Martha Nussbaum, Jessica Neuwirth en anderen. Bijzonder interessant vanwege de persoonlijke ontboezemingen maar ook vanwege het statistisch materiaal is: Kanko, Assita, *Parce que tu es une fille: histoire d'une vie excisée*, Renaissance du livre, Waterloo 2014. Zie ook: Dirie, Waris, *Desert Flower: the extraordinary Jouney of a Desert Nomad*, Waris Dirie and Cathleen Mil-

In 1999, in hetzelfde jaar dat in Engeland Sjeik Bakri opriep tot geweld tegen de Amerikaanse schrijver McNally, kwamen in Nederland berichten naar voren over vrouwenbesnijdenis die ook in Nederland plaats zou vinden. Kamerlid Dittrich (D66) verklaarde geschokt te zijn door die berichten. Door een radio-uitzending van de KRO was een en ander aan het licht gekomen. Besnijdenispraktijken komen niet alleen voor daar, aan het andere eind van de wereld, maar ook hier, in Nederland.

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. Waarom? Nederlanders zijn vaak bang om 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, zei Mahamoud.

Werk voor de politiek, zo lijkt het. Men kan toch niet toestaan dat achtjarige meisjes voor hun leven worden verminkt? Verschillende ministers, zoals die betrokken zijn bij volksgezondheid, grotestedenbeleid en binnenlandse zaken beloofden aan de Kamer met een antwoord te komen op de gestelde vragen over de besnijdenispraktijken. Maar vaak bleef het bij schone beloftes. Die praktijk bleek lastiger aan te pakken dan men zou denken. Hoe controleer je of een meisje besneden is? Je kunt zoiets wel wettelijk strafbaar maken, maar aan zo'n strafbepaling heb je nog niet veel als de politie en het Openbaar Ministerie niet actief optreden bij het opsporen en vervolgen.[18]

ler, Virago, New York 1998. Zie ook het werk van Waris Dirie: Dirie, Waris, *Desert Children*, with Corinna Milborn, translated by Sheelagh Alabaster, Virago, New York 2005; Dirie, Waris, *Desert Dawn*, with Jeanne d'haem, Virago 2002. Dirie is een voormalig fotomodel dat zich toelegt op de strijd tegen VGV. Haar leven is ook verfilmd: https://www.youtube.com/watch?v=1RGfqToaVnQ

[18] De feministische schrijfster Ciska Dresselhuys kaartte tijdens een interview vrouwenbesnijdenis aan bij de CDA-politicus Maxime Verhagen. Verhagen achtte vrouwenbesnijdenis 'een groot

Het conflict nader bepaald

Net als in het geval met de oproep tot het liquideren van de Amerikaanse toneelschrijver McNally ligt ook aan de discussie over vrouwenbesnijdenis een cultureel conflict ten grondslag. Ook hier is het misschien verhelderend om de tegenstelling puntsgewijs samen te vatten.

Allereerst lijkt in de afwijzing van vrouwenbesnijdenis door Nederlandse politici een andere opvatting over *vrouwelijke seksualiteit* tot uitdrukking te komen dan die vigerend is bij ouders die een dergelijke ingreep laten plaatsvinden of zelf voltrekken. In de Nederlandse cultuur wordt seksueel genot een goede zaak geacht. Vrouwenbesnijdenis maakt dat seksueel genot onmogelijk, althans veel moeilijker, en het is daarom verwerpelijk. Maar wie seksueel genot in het algemeen, of het seksuele genot van de vrouw in het bijzonder, geen belangrijke waarde acht, denkt daar dus anders over.

Een tweede verschil dat zich opdringt is een andere waardering van *lichamelijke integriteit*. In artikel 11 van de Nederlandse Grondwet wordt over de 'onaantastbaarheid van het lichaam' opgemerkt: 'Ieder heeft, behoudens bij of krachtens de wet te stellen beperkingen, recht op onaantastbaarheid van zijn lichaam.' Het verminken van de geslachtsorganen van kinderen zou men kunnen zien als een van de meest krasse manifestaties van het schenden van deze waarde. Tegenstanders van vrouwenbesnijdenis wijzen daarop. Zij stellen dat kinderen niet mogen worden 'verminkt'. Ook niet door de ouders.

Het verminken van mensen kwam vroeger veel voor in het kader van de strafrechtspleging. Mensen werden gebrandmerkt, lichaamsdelen werden geamputeerd, ogen uitgestoken, op allerlei manieren werd het lichaam gemaltraiteerd als 'straf'. Maar dat acht men tegenwoordig verwerpelijk. In 316 bepaalde Constantijn dat misdadigers niet meer op hun gezicht gebrandmerkt mochten worden.[19]

Vooral sinds de publicatie van Beccaria's *Dei Delitte et della pene* (1764) wordt het verminken van het menselijk lichaam als straf als onbeschaafd beschouwd.[20]

kwaad'. Maar ook verklaarde Verhagen dat hij geen controles wilde. 'Maar liever geen controle, dat is een te grote inbreuk op de lichamelijke integriteit.' Verhagen sloot zich aan bij zijn partijgenote Mirjam Sterk die had gezegd dat zij het 'walgelijk' zou vinden om zo'n controle te ondergaan. Zie: Dresselhuys, Ciska, 'Een minister met een hoofddoek. Prima!', Interview met Maxime Verhagen, in: *Opzij*, 1 mei 2004.

19 Siedentop, Larry, *Inventing the Individual: The Origins of Western Liberalism*, Penguin Books, Londen 2014, p. 117.

20 Beccaria, Cesare, *Over misdaden en straffen,* 1764, ingeleid en van aantekeningen voorzien en vertaald door J.M. Michiels, voorwoord door J.M. van Bemmelen, Kluwer Rechtswetenschappen/

Executies door middel van onthoofdingen zoals deze in het kader van de reguliere strafrechtspleging in Saoedi-Arabië voorkomen[21] en ook door jihadisten worden gepraktiseerd die hun liquidaties op internet publiceren,[22] worden over het algemeen afgewezen.

Verder (een derde punt) is daar een andere visie op het kind en de *rechten van het kind*. Natuurlijk moeten ouders voor jonge kinderen allerlei beslissingen nemen in het belang van het kind. Ouders sturen een kind naar school (ook als dat niet spontaan overeenkomstig de wensen van het kind is). Ouders laten hun kinderen niet alleen maar ijsjes en chips eten (hoewel veel kinderen daar geen bezwaar tegen zouden hebben). In die zin kun je dus zeggen dat ouders in allerlei situaties voor een kind beslissen. Maar mogen zij een kind ook inlijven bij een bepaalde religie of ideologie door op het lichaam van het kind bepaalde merktekenen te laten aanbrengen die het moeilijker maken voor dat kind om later een andere weg in te slaan? In het algemeen lijkt de houding te zijn dat men geen ingrepen pleegt in het lichaam van het kind die 'irreversibel' (onomkeerbaar) zijn. Het gedogen van mannenbesnijdenis lijkt daarop overigens een uitzondering te vormen.[23]

Gedogen uit respect

Nu lijken de twee voorbeelden die hier worden gegeven (het oproepen tot het vermoorden van een schrijver en het verminken van de geslachtsorganen van meisjes) zo overduidelijk verwerpelijk dat veel mensen zullen denken dat zich op dit gebied geen problemen voordoen. Maar dat zou toch te eenvoudig zijn. De cultuurconflicten waarvan hier sprake is vormen een prangend probleem omdat verschillend gedacht wordt over hoe men hiermee moet omgaan. Sommige mensen zeggen namelijk: zou-

W.E.J. Tjeenk Willink, Antwerpen/Zwolle 1971; Verhofstadt, Dirk, red., *250 jaar Over misdaden en straffen: Cesare Beccaria*, Houtekiet, Antwerpen/Amsterdam 2014.

21 Zie daarover: Murawiec, Laurent, *Princes of Darkness: The Saudi Assault on the West*, translated by George Holoch from the french, Rowman & Littlefield Publishers, Lanham 2005.

22 In 2004 werd Paul Marshall Johnson (1955-2004) gegijzeld door extremisten in Saoedi-Arabië. Zijn executie werd op video opgenomen. Andere slachtoffers waren Nick Berg, Eugene Armstrong, Daniel Pearl en Kim Sun-il. Extremisten gebruiken dit soort video's voor rekruteringsdoeleinden. Zie over Perl: Lévy, Bernard-Henri, *Qui a tué Daniel Pearl?,* Grasset, Paris 2003.

23 Zie: Berg, Floris van den, 'De prioriteit van morele toetsing. Over onverdoofd slachten, jongensbesnijdenis en intensieve veehouderij', in: Bastiaan Rijpkema en Machteld Zee, red., *Bij de beesten af,* Prometheus, Amsterdam 2013, pp. 25-47.

den we niet 'uit respect' voor de cultuur van anderen ons oordeel moeten opschorten? En het is voornamelijk *die houding* die ertoe bijdraagt dat die zaken ook niet al te voortvarend worden aangepakt. Sommigen zeggen: het zijn geen Nederlandse vrouwen die besneden worden, maar Somalische vrouwen. En het gebeurt *door* Somalische vrouwen. Wie zijn 'wij' om over 'hun' cultuur een afwijzend oordeel te vellen? (Zie hierover ook hoofdstuk 4) Zoals de Belgische auteur David van Reybrouck (*geb.* 1971) zei:

> Bovendien, wie zijn wij om anderen de les te spellen? Wie zijn wij om te beweren dat wij de waarheid in pacht hebben? Wie zijn wij nog als het op democratie aankomt? Wie zijn wij nog?[24]

Dat heeft tot gevolg dat vele Nederlandse politici zonder migratieachtergrond zich niet erg zeker voelen bij het aanpakken van dit probleem. Een voortrekkersrol wordt vaak genomen door politieke leiders die niet belast zijn met deze culturele gevoeligheden, zoals het sociaaldemocratisch Kamerlid Ahmed Marcouch (*geb.* 1969)[25] of de Rotterdamse burgemeester Ahmed Aboutaleb (*geb.* 1961). Bij andere politici blijft het vaak bij een verklaring dat men 'geschokt' is en bij de verzuchting dat 'hieraan iets zou moeten gebeuren'. Maar nadat die constatering is gedaan, verzandt de discussie vaak in het belichten van de nadelen die aan het aanpakken van het probleem verbonden zijn. Als men een kwalijke praktijk als meisjesbesnijdenis wil aanpakken, zou men bijvoorbeeld, zo lijkt het toch, *controles* moeten uitvoeren. En als je wilt controleren of een meisje niet besneden is (bij de schoolarts bijvoorbeeld) moet je natuurlijk een inbreuk maken op de 'privacy' van de kinderen.

Al snel werd in de Nederlandse politiek een probleem ervaren dat zo mogelijk nog ernstiger was dan dat van de vrouwenbesnijdenis: 'Je kunt meisjes toch niet tussen de benen gaan kijken?' Genitale verminking van meisjes en vrouwen blijkt veel lastiger aan te pakken dan men zou verwachten.

In 2014 laaide de discussie over dit onderwerp opnieuw op naar aanleiding van cijfers van Unicef. Daaruit bleek dat genitale verminking niet alleen veel voorkomt in Afrika, maar ook in Azië en in het Midden-Oosten. Volgens de Unicef-statistie-

[24] Reybrouck, David van, *De democratie in ademnood: de gevaren van electoraal fundamentalisme,* Cleveringa-lezing 2011, Universiteit van Leiden, Leiden 2011, blz. 10.

[25] Marcouch, Ahmed, *Mijn hollandse droom*, Uitgeverij Contact, Amsterdam/Antwerpen 2010. Zie ook: Ellian, Afshin, *Brieven van een Pers: Over Nederlands en islamitisch kannibalisme,* J.M. Meulenhoff, Amsterdam 2005; Ellian, Afshin, *Allah weet het niet beter: Columns,* J.M. Meulenhoff, Amsterdam 2008.

ken zouden er minstens 125 miljoen besneden meisjes en vrouwen rondlopen in de 29 landen waar FGM (female genital mutilation) is geconcentreerd.[26]

Cultuurrelativisme

Het gedogen van kwalijke praktijken uit respect voor een vreemde cultuur is een gevaarlijke kant van het '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 (universele mensenrechten bijvoorbeeld) acht de cultuurrelativist een illusie.[27]

In dit hoofdstuk willen we onderzoeken hoe sterk de cultuurrelativisten staan. Het behoeft nauwelijks betoog dat dit een belangrijke vraag is. Immers, wanneer het cultuurrelativisme gelijk heeft, is er geen mogelijkheid om vrouwenbesnijdenis te veroordelen. Of liever: we zouden die praktijk moeten beoordelen in het licht van de waarden en normen die gelden binnen de cultuur waarbinnen vrouwenbesnijdenis voorkomt.

De Duits-Koerdische organisatie Wadi probeert gegevens over Vrouwelijke Genitale Verminking (Female Genital Mutilation, FGM) te verzamelen. Volgens de directeur van deze organisatie, Thomas van der Osten-Sacken, is het erg moeilijk de gegevens boven tafel te krijgen omdat regeringen niet meewerken. Vooral in het Golfgebied toont men weinig bereidheid om het probleem aan te pakken.

Wadi heeft een rapport uitgebracht over Oman waarin blijkt dat van de 100 vrouwen die een onderzoekster ondervroeg 80 procent aangaf besneden te zijn. Daarbij gaat het overigens niet altijd om de meest ernstige vorm van besnijdenis.

Om het zwijgen te doorbreken voert Wadi actie, samen met de Nederlandse ontwikkelingsorganisatie Hivos. Maar het is moeilijk om aandacht te krijgen voor de kwestie, geeft de directeur van Wadi aan: 'Het is nooit serieus genomen. Een zwart gat.'[28]

In het kader van het thema van dit hoofdstuk ('de universaliteit van waarden en beginselen') is het van belang tweeërlei zaken te constateren.

---

[26] Veeken, Rob, 'Vrouwenbesnijdenis komt wereldwijd veel vaker voor', in: *De Volkskrant*, 6 februari 2014.

[27] Zie daarover: Fourest, Caroline, *La dernière utopie: menaces sur l'universalisme,* Éditions Grasset, Paris 2009.

[28] Veeken, Ibid.

(1) Kennelijk bestaat een *grotere verscheidenheid* aan waarden en normen dan men op het eerste gezicht zou denken. Praktijken die door sommigen als een verminking worden ervaren, worden door anderen als onproblematisch of zelfs als geboden gezien.
(2) Het *aan de kaak stellen* van praktijken die in strijd zijn met wat sommigen ervaren als universele waarden en normen (zoals het recht op de onaantastbaarheid van het lichaam) is moeilijker dan men zou denken.

Wij zullen ons in dit hoofdstuk verder concentreren op het tweede verschijnsel. Hoe kan worden verklaard dat enerzijds mensen het geen goed idee vinden om een schrijver te vermoorden omdat hij een 'godslasterlijk' toneelstuk over Jezus heeft gemaakt, maar dat het anderzijds toch ook weer heel moeilijk is om protest daartegen te organiseren? Hoe kan worden verklaard dat een praktijk als vrouwenbesnijdenis die officieel wordt afgewezen toch een soort ondergronds bestaan blijkt te leiden? Waarom is het voortbestaan jegens culturele wanpraktijken, zoals hier opgevoerd, zo *hardnekkig?*

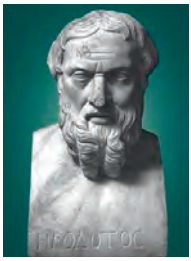
Het antwoord op die vraag is: cultuurrelativisme. Er is een wijdverbreide overtuiging die we hier identificeren als 'cultuurrelativisme' en die het protesteren tegen culturele misstanden in de wielen rijdt. Een cultuurrelativist is namelijk iemand die het bestaan van universele waarden en normen ontkent, en die het ook ongepast acht daarvoor te ijveren.[29]

Laten we op de geschiedenis en achtergrond van dat cultuurrelativisme nu dieper ingaan.

Zes cultuurrelativisten

Een cultuurrelativst vindt het moeilijk, of ongepast, om de praktijken van de Al-Muhajiroun waarmee we dit hoofdstuk zijn begonnen te veroordelen. Kennelijk heeft Sjeik Bakri een andere opvatting over godslastering dan die hier in het Westen dominant is geworden. In *zijn* cultuur is een toneelstuk waarin Jezus als homoseksueel wordt afgebeeld godslasterlijk. En op godslastering hoort de doodstraf te staan. Als

[29] Zie daarover: Gardner, Martin, 'Beyond Cultural Relativism', in: Martin Gardner, *The Night is Large.* Collected Essays 1938-1995, Penguin Books, Londen 1996, pp. 149-161; Herskovits, Meville J., 'Some Further Comments on Cultural Relativism', in: *American Anthropologist,* New Series, Vol. 60, No. 2 (Apr., 1958), pp. 266-273; Valkenberg, Sebastien, *Op denkles: hoe wapenen we ons tegen 'Iedereen heeft zijn eigen waarheid' en andere modieuze denkbeelden*, Ambo/Anthos, Amsterdam 2015, p. 93 ff.



Herodotus was de eerste Griekse geschiedschrijver

de staat zo decadent is die niet op te leggen, dan moet de serieuze gelovige zelf in het geweer komen. Wie zijn wij om te zeggen dat de visie op godslastering en homoseksualiteit van de sjeik slechter is dan die van ons? Zou een dergelijke pretentie ons niet erg arrogant maken? Zou het niet betekenen dat we van de superioriteit van onze eigen opvatting uitgaan? En is dat niet altijd verkeerd?

Voordat we het cultuurrelativisme gaan beoordelen is het nodig dat we helder voor de geest krijgen waar het voor staat. Het cultuurrelativisme is als mentaliteit tegenwoordig wijdverbreid. 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.

Het cultuurrelativisme vormt immers een grote uitdaging voor het perspectief dat universele waarden en normen uitdraagt en we zullen daarom uitvoerig stilstaan bij de geschiedenis en de theoretische onderbouwing van deze visie. Elementen van cultuurrelativisme vinden we door de Europese cultuurgeschiedenis heen. Wij zullen aandacht besteden aan zes denkers in het bijzonder: de Griekse geschiedschrijver Herodotus, de filosoof Protagoras, de Franse renaissancefilosoof Montaigne, de socioloog William Graham Sumner, de cultureel antropoloog Ruth Benedict en de filosoof Edward Westermarck.

Laten we beginnen met Herodotus.

Herodotus

Een opstapje voor het cultuurrelativisme vinden we in het werk van de eerste Griekse geschiedschrijver: Herodotus (485-430 v.o.j.).[30] Het is ook niet verbazingwekkend dat

[30] 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,

we vooral cultuurrelativistische elementen aantreffen bij historici en ook bij cultureel antropologen. Immers, dit zijn de wetenschappers die culturele variëteit beschrijven in het perspectief van *tijd* (de historici) en *plaats* (de cultureel antropologen).

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, zegt Herodotus. Zó overtuigd zijn de mensen dat de eigen gewoonten aan die van anderen superieur zijn, gaat hij verder. Hij geeft een mooi voorbeeld om dit te illustreren.

De Perzische koning Darius de Grote (koning van 522 v.o.j. – 485 v.o.j.) riep eens Grieken en Kallathianen (een Indiaas volk) bij zich. Hij vroeg aan de *Grieken* (die gewoon waren hun doden te verbranden): '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 ook geschokt: zoiets zou men nooit doen!

Herodotus concludeert dat deze anekdote bewijst dat de Griekse dichter Pindarus (522 v.o.j. – 443 v.o.j.) gelijk heeft: 'Gewoonte is de koning over allen.'

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

Zijn uitspraak dat gewoonte de vader van ons allen is zou men overigens een 'opstap voor cultuurrelativisme' of een 'basis voor cultuurrelativisme' kunnen noemen, en nog geen cultuurrelativisme in de volle zin.

Wie zegt dat gewoonte *van invloed* is op moraal of gewoonte of zelfs *dominant over* moraal, stelt zich op een psychologisch of een sociologisch standpunt. Relativisme en ook cultuurrelativisme zijn echter ethische standpunten. 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. Wat het cultuurrelativisme kenmerkt, is dat men aan de feitelijke verscheidenheid ook de conclusie verbindt dat geen universele normen bestaan. Die conclusie (gesuggereerd door Herodotus) werd expliciet getrokken door de sofisten.

Inc., Indianapolis/Cambridge 1998 (1993), p. 20.

De sofisten

De sofisten waren rondtrekkende 'wijsheidsleraren'.[31] Zij gaven les in de welsprekendheid. Hun opvattingen worden besproken (en bestreden) in de dialogen van Plato, die erg tegen de sofisten gekant was. Sinds Plato heeft het woord 'sofist' ook een negatieve gevoelslading gekregen. Maar misschien is dat onterecht. Hoe het ook zij, de sofisten 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.[32]

Ook de ethiek van Socrates (en in navolging van hem die van Plato) is doortrokken van het onderscheid tussen conventie en natuur. Maar wat Socrates zich ten doel had gesteld, is om *ware deugd* te vinden, dat wil zeggen de deugd die 'van nature' goed is voor de mens. Niet voor deze of gene mens, maar voor alle mensen. Socrates was dus op zoek naar universele waarden en normen. Hij vertegenwoordigde precies het tegenovergestelde standpunt van dat van de sofisten. Terwijl de sofisten meenden dat het najagen van universaliteit in morele aangelegenheden een hersenschim betrof, wilde Socrates die universaliteit nu juist beargumenteren. Bij 'goed' dacht hij 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.

Het verschil van inzicht tussen Plato en de sofisten was groot. Plato (in navolging van Socrates) geloofde in absolute en universele wetmatigheden en waarden. De sofisten 'relativeerden' dat allemaal.

---

[31] '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, Londen 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.'

[32] 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, p. 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, Londen Melbourne en Henley 1982.

De sofisten onderling 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.[33]

Over Hippias van Elis (450 v.o.j. – 399 v.o.j.) weten we niet veel, maar wel dat 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 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.*

De visie van Hippias toont ons de verscheidenheid binnen de sofistische beweging. In feite is Hippias een soort voorloper van natuurrechtelijk denken zoals we dat in hoofdstuk 1 van dit boek hebben getypeerd. Heel anders ligt dat met andere sofisten.

Hippias is georiënteerd op de wetten van nature, maar Thrasymachus van Chalcedon (c. 459-400 v.o.j.) is onder de indruk van het *conventioneel karakter* van recht en moraal.[34] Hij verdedigt een conventionele theorie over rechtvaardigheid en neemt het op voor het recht van de sterkste.[35] Rechtvaardigheid, zegt Thrasymachus 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 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 (*ca.* 484 v.o.j.), een diametraal tegenovergestelde mening verdedigd aan die van Thrasymachus.[36] Het is niet bekend of Callicles werkelijk een historische figuur is dan wel dat het gaat om een karakter dat Plato heeft uitgevonden in zijn dialogen. Maar hoe dat ook zij, van belang is dat hij ervan uitgaat dat mensen volgens de natuur *niet* aan elkaar gelijk zijn. Men kan mensen onderscheiden in zwakken en

[33] Vgl. Guthrie, W.K.C., *The Sophists,* Cambridge University Press, Cambridge etc. 1971, p. 280-285.

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

[35] Vgl. Plato, *Republiek, I,* 336b.

[36] Vgl. Guthrie, *The Sophists,* p. 101-107, en Gomperz, Ibid., I, p. 326.

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.

De Amerikaanse filosoof Richard Taylor (1919-2003) parafraseert het standpunt van Callicles in zijn boek *Good and Evil* (1984) met de volgende woorden: 'Conventional morality is invented by the multitude precisely to keep the strong from expressing their strength.' [37]

Het is niet moeilijk om in Thrasymachus een voorloper van Karl Marx (1818-1883)[38] en in Callicles een voorloper van Friedrich Nietzsche (1844-1900)[39] te herkennen. Met het denken van Hippias, Thrasymachus en Callicles zien we dus dat de sofistische beweging bijzonder rijk aan visies was.

De filosoof A.N. Whitehead (1861-1947) was zo onder de indruk van de rijkdom aan visies die we aantreffen in de dialogen van Plato dat hij zei dat de geschiedenis van de filosofie een serie voetnoten bij Plato was: 'The safest characterization of the European philosophical tradition is that it consists of a series of footnotes to Plato.'[40] Dat is natuurlijk een groot compliment voor Plato. Maar het is ook wel een compliment voor de Griekse filosofie in het algemeen, inclusief de sofisten, want Plato tekende eigenlijk op wat zich aan standpunten allemaal voordeed in zijn tijd.

Protagoras

De bekendste sofist hebben we nu echter nog niet geïntroduceerd, namelijk Protagoras. Hij heeft het conventionele karakter van de moraal het meest radicaal doorgevoerd en daaraan ook normatieve consequenties verbonden.

Ook Protagoras (490 v.o.j. – 420 v.o.j.) ging, net als Callicles en Thrasymachus, uit van het conventionele karakter van moraal. Men kan dan ook niet zeggen dat

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

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

[39] 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, p. 385-414.

[40] Whitehead, A.N., *Process and Reality: An Essay in Cosmology*, Corrected Edition, edited by David Ray Griffin and Donald W. Sherburne, The Free Press, New York, Collier Macmillan, Londen 1979, p. 39.

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,[41] zodat men ook niet kan spreken van een moreel juiste handeling en een moreel onjuiste handeling *van nature*.[42]

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*[43] 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 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.[44]

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 Pro-

41 Een reden waarom sommigen spreken van een 'humanistisch' standpunt. Aldus: Luce, J.V., *An Introduction to Greek Philosophy,* Thames and Hudson, Londen 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, Londen en New York 1991, p. 38 e.v.

42 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.

43 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, Londen 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), p. 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.

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

tagoras in de mond: 'Wat immers aan elke staat rechtvaardig en schoon toeschijnt, *is* het ook voor die staat (…)'[45]

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'. Universaliteit van waarden en normen is een illusie. 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.'[46]

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).

Hiermee zullen we ons overzicht van relativistische opvattingen in de Griekse oudheid afronden. Wat hieruit blijkt, is dat reeds in de Griekse oudheid het pleidooi voor zowel *universaliteit* van waarden en beginselen werd gehouden als ook het pleidooi voor de *relativiteit* van waarden en beginselen.

In de daarop volgende periode, de periode van de christelijke filosofie, werd het relativisme minder gehoord. Thomas van Aquino (1225-1274) en Augustinus (354-430), de twee belangrijkste filosofen in de christelijke periode, vertegenwoordigden anti-relativistische opvattingen. Dat lag voor de hand. Zij meenden met het evangelie een universele basis voor waarden en beginselen te hebben gevonden. Pas in de renaissanceperiode wordt het relativisme van de oude Grieken weer opgepakt. Dat gebeurt onder anderen door Montaigne.

Vele van de Griekse discussies over moraal worden opnieuw opgerakeld door Michel de Montaigne (1533-1592) in zijn *Essais*. 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.

[45] Plato, *Theatetus,* 167e, vertaling Xaveer de Win.

[46] Toegeschreven aan St. Ambrosius.

Montaigne was de schepper van een heel nieuw literair genre: de essais. Franse School, Portrait of Michel Eyquem de Montaigne (1533-1592)

Montaigne

Michel Eyquem de Montaigne (1533-1592) was een Franse edelman met een sceptisch-humanistische inslag. Zijn werk is wat dat betreft enigszins verwant met dat van de sofisten. Toen zijn vader stierf, trok hij zich op zevenendertigjarig leeftijd terug uit het publieke leven en wijdde hij zich aan het lezen van de boeken uit de bibliotheek die hij verworven had uit de erfenis van zijn vriend Étienne de la Boétie. Montaigne was katholiek, maar hij had ook een fijn oog voor de intolerante eigenaardigheden van zijn geloof. Hij was bijvoorbeeld hevig geschokt toen hij hoorde hoe tijdens de Bartholomeusnacht van 1572 twintigduizend hugenoten (protestanten) door zijn katholieke geloofsgenoten waren omgebracht. In religieuze aangelegenheden predikte hij tolerantie (wat bijzonder was in een bijzonder *intolerante* tijd), maar hij moest altijd voorzichtig zijn met wat hij schreef. Hij leefde tenslotte in een bijzonder intolerante tijd.[47]

Montaigne vond een uitspraak als 'ik weet niets' nog te onbescheiden. Hij maakte tot zijn motto: 'Wat weet ik?' In zijn *Essais* (1580-88) vinden we op verschillende plaatsen cultuurrelativistische aanzetten geformuleerd. Bijvoorbeeld in zijn verhandeling 'Over kannibalen'.

[47] Zie: Lacouture, Jean, *Album Montaigne*, Iconographie choisie et commentée par Jean Lacouture, Gallimard, Paris 2007, p. 123: 'On résumera l'affaire ainsi: Montaigne est prudent, s'agissant du roi; audacieux, s'agissant du pape.'

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?[48]

Bij Montaigne vinden we echter een nieuw element in de Europese cultuurgeschiedenis, namelijk *de wens om bescheiden te zijn*[49] 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 en wat zij ook niet als ideaal hoog hielden).[50] Hij fulmineert tegen de gewoonte om 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.[51] 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 spreekt over wilde vruchten en over wilde volkeren

[48] Die ook door hem wordt aangehaald. Het voorbeeld van Darius en het verbranden dan wel eten van de lichamen van de overledenen worden ook door Montaigne becommentarieerd: 'l'usage nous dérobe le vrais visage des choses', zegt hij. Zie: Montaigne, *Essais,* I, 23.

[49] 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.

[50] Vgl. over de herwaardering van trots als deugd (en depreciëring van bescheidenheid als ideaal) 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, p. 677-681, p. 677, heeft dus gelijk dat het scepticisme van Montaigne 'nullement antichrétien' is.

[51] Montaigne, *Essais,* I, 31.

met bewondering.[52] Hier komt een vroege Rousseau (1712-1778) naar voren.[53] 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.

De *woorden* 'goede wilde' vallen nog niet bij Montaigne, maar *naar de zaak* is het Rousseauïstisch perspectief hier in volle omvang aanwezig. Vol lof spreekt hij ook over de zedenleer van de wilden. 'Hun hele zedenleer bestaat uit niet meer dan deze twee punten: dapperheid in de oorlog en liefde voor hun vrouwen.'[54] 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 ontwikkeling doormaken in de Europese cultuurgeschiedenis.

In een passage die sterk doet denken aan de schildering van de natuurstaat van Hobbes[55] (zij het dan dat Montaigne veel positiever oordeelt over de natuurtoestand) zegt hij:

---

52 Montaigne, *Essais,* I, 31.

53 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, p. 1-57.

54 Montaigne, *Essais,* I, 31.

55 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 Amerika, maar hij noemt het 'savage people' die leven in een 'brutish manner'. Ibid., p. 89.

> 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 onderdanigheid, 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.[56]

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', zoals het bij Hobbes wordt voorgesteld.[57]

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', schrijft Montaigne: die wilden veroveren de wereld niet. Het is een niet eens zo bedekte kritiek op het imperialisme van zijn tijd. De wilde heeft alles al en hij hoeft het dus niet te veroveren, zegt Montaigne.[58]

We zouden dit een derde element[59] 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. Samenvattend:

(1) Herodotus introduceert de verscheidenheid die kenmerkend is voor onze culturele wereld. Het ene volk denkt dit, het andere volk denkt dat. Gewoonte heerst over alles.
(2) We kunnen daarom culturen ook niet beoordelen of veroordelen vanbuiten. Elke cultuur heeft zijn eigen logica (Protagoras).

---

[56] Montaigne, *Essais,* I, 31.

[57] Hobbes, Ibid., p. 89.

[58] 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, p. 1-57, p. 5. Vgl. ook Ibid., 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.'

[59] Na het accentueren van culturele verscheidendheid (Herodotus) als eerste element en het voorschrijven van een cultuur-immanente beoordelingsmaatstaf (Protagoras) als tweede element van het cultuurrelativisme te hebben getypeerd.

Montaigne onderschrijft de eerste twee punten, maar hij voegt daar nog een dimensie aan toe:

(3) bescheidenheid.

Ook dat is een kwestie die we voortdurend aantreffen bij diegenen die in de ban zijn van het cultuurrelativisme: men ziet het als een teken van 'bescheidenheid', van een 'niet-arrogante' houding wanneer we anderen niet beoordelen. Het is een punt dat na Montaigne telkens terug zal komen in de Europese ideeëngeschiedenis, vooral in de huidige tijd.

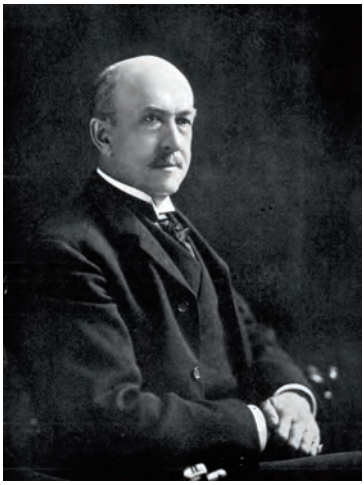
Sumner

Dat brengt ons op een vierde kroongetuige van het cultuurrelativisme; naast Herodotus, Protagoras en Montaigne kan men de Amerikaanse socioloog William Graham Sumner (1840-1910) opvoeren, hoogleraar in Yale. 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. Miljonairs 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.[60]

Sumner is ook van belang omdat hij de bezetter was van de eerste leerstoel voor sociologie in de Verenigde Staten. Hij was een universele geleerde die boeken schreef op het terrein van geschiedenis, politieke theorie, sociologie en ook culturele antropologie. Tegenwoordig leeft hij voort als de eerste theoreticus die de term 'etnocentrisme' introduceerde. Etnocentrisme, het centraal stellen van het eigen volk, is iets dat Sumner verwierp. Hij was dan ook een ferm tegenstander van het in zijn tijd dominante imperialisme.

Voor ons is Sumner vooral 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

[60] Vgl. Hofstadter, Richard, 'William Graham Sumner: Social Darwinist', in: *Social Darwinism in American Thought 1860-1915,* University of Pennsylvania Press, Philadelphia 1945, p. 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.



William Graham Sumner was de eerste die de term "etnocentrisme" gebruikte. Foto gepubliceerd in zijn boek Folkways *uit 1902*

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'.[61] Deze zijn 'always right', volgens Sumner: 'The folkways are the "right" ways to satisfy all interests, because they are traditional, and 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 guests, 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

[61] 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, p. 51-57.

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, denkt de Groenlander, is dat hij of zij snel een goede Groenlander zal worden.

Nu zijn dit 'vreemde culturen', oppert Sumner. 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.' Met andere woorden: een oriëntatie op universele waarden en beginselen is ver te zoeken. Elke cultuur ziet zichzelf als het centrum van de wereld.

'Folkways'

Cruciaal voor de ethiek is natuurlijk de wijze waarop Sumner de verhouding ziet tussen de 'folkways' en moraal. Hij stelt dat, wanneer in opvattingen over het welzijn van mens en maatschappij 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 zulke 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 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 volgt luidt. *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 criticized.' 'Immoreel' is niets anders dan handelen in strijd met de eigen groepswaarden.

Eigenlijk voegt Sumner dus 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.[62] 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. Benedict is de vijfde theoreticus waaraan we naast Herodotus, Protagoras, Montaigne en Sumner enige aandacht willen besteden. Benedict is misschien wel de bekendste cultureel antropoloog die het cultuurrelativisme tot uitgangspunt van haar denken maakte.

[62] Gensler, Harry J., 'Cultural Relativism', in: *Ethics,* Routledge, Londen & New York 1998, p. 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.

De cultureel antropologe Ruth Benedict keerde zich tegen het idee van een superieure westerse cultuur in haar Patterns of Culture

Benedict

Een vijfde belangrijke intellectueel die van invloed was voor de vorming van het cultuurrelativisme was Ruth Benedict (1887-1947). Benedict werd in New York geboren en studeerde aanvankelijk Engelse literatuur. Na haar huwelijk met de biochemicus Stanley Benedict raakte zij geïnteresseerd in antropologie en kwam terecht aan Columbia University bij Franz Boas (1858-1942), een autoriteit die een hele generatie het cultuurrelativisme bijbracht.[63] Het darwinisme was toen op een hoogtepunt. Benedict zou zich daartegen – in het voetspoor van haar leermeester Boas – krachtig verzetten.

Benedict verwachtte heilzame consequenties van haar cultuurrelativisme. Als geen cultuur superieur zou zijn aan een andere, zou ook het *imperialisme* moeten worden afgewezen. Dat was een opvatting die zij gemeen had met Sumner. Zij verwachtte ook dat culturen tolerant zouden staan tegenover andere zeden en gewoonten wanneer alle pretenties van een superieure cultuur zouden worden weerlegd.[64]

Zij is het bekendst vanwege haar boek *Patterns of Culture* (1935). Eén jaar eerder had zij echter een artikel geschreven waarin zij haar licht had laten schijnen over

[63] 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, p. 51-116.

[64] 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, Londen, Toronto 1998, p. 104-146, p. 118.

de begrippen 'normaal' en 'abnormaal' en waarbij zij een standpunt inneemt dat in handboeken over ethiek doorgaans wordt opgevoerd als representatief voor het cultuurrelativistisch standpunt.[65]

Van belang is haar omschrijving van wat zij typeert als de 'moderne sociale antropologie'. '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'.[66] Benedict wijst dan op de Dyaken, Hopi's, Fijiëns en Jakuts als de meer eenvoudige volkeren die in voldoende isolatie hebben geleefd om de lokale 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 vijf eeuwen geleden had gedaan. '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.

---

[65] Benedict, Ruth, 'Anthropology and the Abnormal', in: *The Journal of General Psychology,* 10 (1934), p. 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), p. 33-37, en in: Gould, James A., ed., *Classic Philosophical Questions,* Seventh Edition, MacMillan Publishing Company, New York 1992, p. 95-101.

[66] Montaigne, *Essais,* I, 31.

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 homoseksualiteit weliswaar binnen de westerse cultuur als abnormaal ervaren, maar niet bij alle volkeren waarmee zij als cultureel antropoloog in aanraking kwam. (Wij merken terzijde op dat Benedict schrijft over de houding in de westerse cultuur tegenover homoseksualiteit uit de jaren dertig van de twintigste eeuw. Die houding was meer verwant aan wat sjeik Bakri daarover denkt – zie het begin van dit hoofdstuk – dan aan de houding die in de huidige tijd tegenover homoseksualiteit in de westerse cultuur wordt aangenomen.)[67] 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 en AE), 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 ons als mensen dus ook niet aan die determinerende werking van de cultuur onttrekken. Zelfs de *wijze waarop wij kijken* is cultureel bepaald.

'Socially approved habits'

Net als Sumner maakt ook Benedict de overstap van culturele antropologie 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

[67] Zie over de geschiedenis van het denken over homoseksualiteit: Fone, Byrne, *Homophobia: A History,* Metropolitan Books, Henry Holt and Company, New York 2000; Rowse, A.L., *Homosexuals in History: A Study of Ambivalence in Society, Literature and the Arts,* Weidenfeld and Nicolson, Londen 1977.

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 antropoloog 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, voor zover Benedict het cultuurrelativisme als het ware 'fashionable' maakt voor weldenkende progressieve intellectuelen.[68] 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'.[69] Hier krijgt het tegenwoordig zo dominante idee vorm van 'Iedereen heeft zijn eigen waarheid'.[70]

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.

---

[68] 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.

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

[70] Geanalyseerd door de filosoof Sebastien Valkenberg (*geb.* 1978) in: Valkenberg, Sebastien, *Op denkles: hoe wapenen we ons tegen 'Iedereen heeft zijn eigen waarheid' en andere modieuze denkbeelden*, Ambo/Anthos, Amsterdam 2015, p. 25.

De Finse geleerde Edward – eigenlijk Edvard – Westermarck introduceerde waardenrelativisme in de Angelsaksische filosofie.

Bij Benedict is het cultuurrelativisme overigens nog geen echt filosofisch uitgewerkt standpunt en dat zou het rechtvaardigen om ook nog aandacht te besteden aan een zesde en 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).[71] Aangezien deze verschillen naar tijd en naar plaats, 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).

Westermarck

De Finse geleerde Edward Westermarck was een wat oudere tijdgenoot van Benedict. Hij had een grote hekel aan het in zijn tijd vigerende Duits idealisme. Hij voelde zich aangetrokken tot de Britse empirische traditie van filosofiebeoefening (onder andere het werk van 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 History of Human Marriage* (1991),[72] waarbij hij de idee van primitieve promiscuïteit verwierp. Als zijn belangrijkste werk wordt ook wel genoemd *The Origin and Development of Moral Ideas* (1912/1917), waarbij Westermarck probeerde om het idee van goed en kwaad in diverse culturen en in zijn evolutionaire

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

[72] Westermarck, Edward, *The history of human marriage*, Macmillan, Londen 1891; Westermarck, Edward, *A short history of marriage*, Macmillan, Londen 1926.

ontwikkeling te bestuderen.[73] In *Ethical Relativity* (1932) herhaalt hij de hoofdlijnen van zijn eerdere werk, gaat hij in op critici (onder wie G.E. Moore) en werkt hij de wijsgerige basis van zijn denken uit (het relativisme).[74]

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.[75] 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-lineaire 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 tendensen die inherent zijn in de relativistische benadering van moraal wilde vermijden. De filosoof J.L. Mackie (1917-1981), zelf schrijver van een relativistisch getinte inleiding in de ethiek,[76] 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 judgments of reflection as opposed to sentimental

[73] Westermarck, Edward, *The origin and development of the moral ideas*, Macmillan, Londen 1912-1917.

[74] Westermarck, Edward, *Ethical Relativity,* Kegan Paul, Trench, Trubner & Co., Londen 1932.

[75] Westermarck, Edward, *Ethical Relativity,* Kegan Paul, Trench, Trubner & Co., Londen 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-antropologische 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, p. 1-18.

[76] 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'.

likes and dislikes, and the restricting of religion to the function of supporting ordinary moral rules as opposed to special religious duties.'[77]

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.[78]

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)[79] 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'.[80]

Ook dit waren we natuurlijk al tegengekomen bij Protagoras, Montaigne en William Graham Sumner. 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 en verder ontwikkeld werd door Ruth Benedict, zoals we hebben gezien. '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.'[81]

Het is dezelfde vraag die keer op keer gesteld is bij onze kroongetuigen van het cultuurrelativisme. Zij presenteren moraal als 'socially approved habits'. Vervolgens

---

77 Mackie, J.L., 'Edward Alexander Westermarck', in: Paul Edwards, ed., *The Encyclopedia of Philosophy,* Vol. 8, Macmillan/The Free Press, New York/Londen 1967, p. 284-286, p. 285. In 1939, het jaar van zijn overlijden, schreef Westermarck *Christianity and Morals,* Kegan Paul, Londen 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.

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

79 Dat moet overigens zijn: *I*, 23.

80 Westermarck, Ibid., p. 111.

81 Westermarck, Ibid., p. 59.

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 wijdverbreid zal raken.[82]

Stace, Bloom en Bork

Cultuurrelativisme ging langzaam aan deel uitmaken van het pakket aan overtuigingen dat de progressieve intellectueel zich zou moeten laten aanmeten. Tot grote ergernis van conservatieve intellectuelen als W.T. Stace (1886-1967),[83] Allan Bloom (1930-1992)[84] en Robert Bork[85] (1927-2012) is het volledig gelukt de culturele elite van de westerse wereld te overtuigen van de waarde en juistheid van het cultuurrelativisme.

De Amerikaanse filosoof Louis Pojman (1935-2005) 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.[86] 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 met *The Concept of Morals* (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

[82] Men vindt die verwachting ook uitgesproken bij de grote rechtsfilosoof Hans Kelsen, wiens opvattingen in hoofdstuk 1 van dit boek zijn besproken. 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.

[83] In Stace, W.T., *The Concept of Morals,* Macmillan, Londen 1937 presenteert hij een heldere kritiek op het relativisme. In Stace, W.T., *The Destiny of Western Man,* Reynal & Hitchcock, New York 1942, geeft hij de politieke relevantie aan van een oriëntatie op de klassieke universalistische traditie van Plato en Aristoteles. Zie ook: Herman, Arthur, *The Cave and the Light: Plato versus Aristotle and the Struggle for the Soul of the Western Civilization*, Random House, New York 2014 (2013).

[84] In 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, presenteerde hij een kritiek op de universiteit die van relativistisch gedachtegoed doortrokken was naar zijn idee.

[85] In Bork, Robert H., *Slouching towards Gomorrah: Modern Liberalism and American Decline,* Harper Collins, New York 1996, presenteerde Bork een kritiek op relativistische tendensen in het Amerikaanse denken over constitutioneel recht.

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

well as to the natures of men'.[87] Vooral onder intellectuelen die graag voor progressief doorgaan is het relativisme wijdverbreid, schrijft hij. 'Those of the left wing are the 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.'[88]

De vraag is hoe men die hardnekkige persistentie kan verklaren wanneer de argumentatie voor relativisme toch niet boven alle twijfel verheven is. Speelt hierbij een levensbeschouwelijk element een rol? 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, kortom de argumentatie die Ruth Benedict probeerde te presenteren. 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. Men kan daarom zeggen dat het werk van de zes grote intellectuelen en wetenschappers (Herodotus, Protagoras, Montaigne, Sumner, Benedict en Westermarck) een grote invloed heeft uitgeoefend. Er zouden nog vele andere denkers zijn op te voeren, maar deze zes geven een redelijk compleet beeld van het relativistische denken.

Het is evident dat het cultuurrelativistische denken een snaar raakt bij mensen, in het bijzonder in deze tijd. De reden daarvoor is misschien dat deze tijd ook wordt bezocht door fundamentalistische stromingen die claimen het gelijk in pacht te hebben. De wereldbeschouwing van sjeik Bakri waarmee we dit hoofdstuk begonnen zijn, is een illustratie daarvoor. Hoe kan iemand zo verzekerd zijn van zijn eigen opvattingen dat hij denkt dat het geoorloofd is tot geweld op te roepen tegen een toneelschrijver? Hoe kunnen mensen zo overtuigd zijn van de willekeurige gewoonten van hun eigen cultuur dat zij bereid zijn hun eigen dochters seksueel te verminken?[89] Is immers dat niet wat er gebeurt in het geval van meisjesbesnijdenis? Zou dan een gezonde dosis twijfel, een zekere mate van relativering niet heel welkom zijn? Relativisten voeren geen imperialistische oorlogen, zouden Montaigne en Benedict ons voorhouden. Is daarom een gezonde dosis relativisme niet waaraan deze tijd behoefte heeft? Waarom

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

88 Stace, *The Concept of Morals*, p. 1.

89 Zie daarover: Kanko, Assita, *Parce que tu es une fille: histoire d'une vie excisée*, Renaissance du livre, Waterloo 2014.

tegenover het absolutisme en universalisme van sjeik Bakri een *ander* absolutisme en universalisme plaatsen? Is dat niet precies het afgeven van het verkeerde signaal? Laten we de 'Bakrinisten' (zoals we de aanhangers van sjeik Bakri maar even zullen aanduiden) proberen te bekeren tot een tolerant relativisme.

Dit klinkt goed. Of toch niet?

Misschien niet, want aan de andere kant: relativisten mogen dan zélf geen imperialisten worden, zij hebben ook niet veel sterke argumenten om het anderen te ontraden. Relativisten zijn net als pacifisten: zij voeren zélf geen oorlog, maar zij voeren ook de strijd niet tegen diegenen die dat wél doen. Het ontbreekt hun aan munitie om de strijd te voeren. En in minder krijgshaftige taal betekent dat: het ontbreekt hun aan *argumenten.*

Laten we in het vervolg van dit hoofdstuk proberen deze kritische stellingname tegenover het cultuurrelativisme verder te onderbouwen. En laten we beginnen met de reden waarom het cultuurrelativisme tegenwoordig zo populair lijkt, namelijk vanwege de ondermijnende rol die het speelt in het formuleren van allerlei pretenties van superioriteit.

Dickens en Kipling

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 de opvattingen van schrijvers als Rudyard Kipling (1865-1936) 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.[90]

[90] Kipling, Rudyard, 'The White Man's Burden', in: *McClure's Magazine,* Feb. 12 1899.

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.'[91] 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.'[92] Anderen formuleerden 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.'[93]

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 enerzijds een cultuurkritische benadering van de westerse beschaving, zoals voorgestaan door Rousseau[94] en Montaigne (en verder teruggaand op de cynici maar ook op de sofisten),[95] maar deze was niet de hoofdstroom.[96] De hoofdstroom was een zelfverzekerde houding ten aanzien van de

[91] *San Francisco Call,* Feb. 1899, Editorial.

[92] Webb, Alfred, 'Mr. Kipling's Call to America', in: *The Nation,* Feb. 23 1899.

[93] 'The White Man's Burden', in: *San Francisco Bulletin,* Feb. 7, 1899, Editorial.

[94] 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, p. 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).

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

[96] De bekendste 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

superioriteit van de westerse cultuur overeenkomstig een manier van denken die zo mooi door Sumner is geanalyseerd. Een mooi voorbeeld daarvan vinden we in een opstel van Charles Dickens (1812-1870).

Dickens publiceerde in 1853 een uitermate kritisch artikel over 'de goede wilde'.[97] Hij werd daartoe gestimuleerd door het optreden van een groep Zoeloes 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?[98] 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

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.

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

98 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.'

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.[99] Een enkele keer maakt hij een opmerking die ook tegenwoordig 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.

[99] 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, p. 135-151.

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, een positie die afrekent met cultureel superioriteitsgevoel à la Dickens, dan ook een uiterst aantrekkelijke positie. Het representeert een sympathieke, ruimdenkende, tolerante, politiek correcte houding als tegengif 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 antropologie, 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?

Zeven elementen van cultuurrelativisme

Laten we de elementen van het cultuurrelativisme proberen iets nader te analyseren om te beoordelen of die aantrekkelijkheid standhoudt bij kritische analyse. Als we proberen de centrale elementen van het cultuurrelativisme samen te vatten komt dat neer op zeven elementen.

Allereerst: *Er bestaat culturele verscheidenheid.* Het vertrekpunt van het cultuurrelativisme, namelijk dat culturele variëteit bestaat, 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 homoseksualiteit 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 (1935-2005) wijst op Westermarcks *Origin and Development of Moral Ideals* (1906) als een 'mine of examples of cultural diversity',[100] maar eigenlijk vinden we in Montaignes *Essais* (1580) hetzelfde. Zijn essay *De la coutume* is één lange opsomming van de meest verschillende zeden en gebrui-

[100] 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), p. 38-52, p. 51.

ken.[101] Er is niet één opvatting te noemen, hoe bizar ook, 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;[102] er zijn landen waar zowel mannen als vrouwen besneden als gedoopt worden; er zijn landen waar de soldaat die erin 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.

Twee krasse voorbeelden van culturele variëteit zijn de voorbeelden waarmee we begonnen zijn. Allereerst het voorbeeld van een sjeik die een toneelschrijver wil laten vermoorden vanwege de inhoud van zijn toneelstuk. Als tweede het voorbeeld van ouders die hun kinderen genitaal laten verminken omdat zij denken dat hun religie of hun cultuur dat van hen vraagt.[103]

Hoe men het ook wendt of keert: in het beklemtonen van culturele variëteit kan het cultuurrelativisme toch moeilijk worden tegengesproken. Met deze claim hebben de cultuurrelativisten dus een punt.

Als tweede: *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

[101] Montaigne, *Essais,* I, 23.

[102] In Nederland is het huwelijk tussen gelijkgeslachtelijke partners (in de wandeling 'homohuwelijk' genoemd) mogelijk sinds 2001.

[103] Zie het verhaal van het voormalige fotomodel Waris Dirie dat na twintig jaar terugkeert naar haar geboorteland Somalië om haar vader 'in de ogen te zien'. Dat kon zij, voordat zij wegliep, niet doen, omdat vrouwen worden geacht hun blik neer te slaan tegenover hun vaders. Zie: Dirie, Waris, *Desert Flower: the extraordinary Jouney of a Desert Nomad*, Waris Dirie and Cathleen Miller, Virago, New York 1998; Dirie, Waris, *Desert Dawn*, with Jeanne d'haem, Virago 2002; Dirie, Waris, *Desert Children*, with Corinna Milborn, translated by Sheelagh Alabaster, Virago, New York 2005.

bepaalde levensvormen. In de engere zin verwijst het naar een systeem van waarden dat daaraan impliciet is.[104] Maar in beide gevallen valt moraal daar onder.[105]

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

Als derde: *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.[106] Pascal (1623-1662) 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.'[107]

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 om *in Nederland* rechts te rijden. En natuurlijk zal niemand beweren dat men in Engeland weliswaar links rijdt, maar dat het 'eigenlijk juist' zou zijn om rechts te rijden. *Ten aanzien van het recht*, althans bepaalde delen van het recht, zijn we dus allemaal cultuurrelativist. Waarom zouden we het dan niet zijn ten aanzien van de moraal?[108]

---

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

105 '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.

106 Montaigne, *Essais, I*, 23.

107 '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).

108 Morton, Adam, 'Rationalism versus Relativism in Morals', in: *Philosophy in Practice,* Blackwell, Cambridge (Mass.), Oxford 1996, p. 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.'

Deze claim van het cultuurrelativisme is ten dele juist, ten dele onjuist. Zaken als links rijden of rechts rijden zijn moreel arbitrair. Het zou vreemd zijn om de Britten voor te houden dat hun culturele gewoonte om links te rijden morele afkeuring verdient. Maar hoe zit het met andere onderdelen van het rechtssysteem? Wat te denken van de juridische regel die vrouwen slechts vijftig procent van de erfenis toekent terwijl mannen aanspraak kunnen maken op honderd procent? Wat te denken van een culturele gewoonte dat kan worden gemarteld om een bekentenis af te dwingen? Hoe te oordelen over een rechtssysteem dat geloofsafval criminaliseert?[109]

Als vierde: *Men kan zich niet bevrijden van zijn cultuur.* Van de culturele invloed kan ook niemand zich bevrijden, leert de cultuurrelativist. Zit ook daar niet wat in? Cliteur en Ellian kijken de wereld in als eenentwintigste-eeuwse Europeanen of Nederlanders. Als zij in Somalië zouden zijn geboren, dan zouden zij 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'.[110]

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.'[111] 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

[109] Zie het landenoverzicht in: *Freedom of Thought 2013. A Global Report on Discrimination against Humanists, Atheists and the Nonreligious,* International Humanist and Ethical Union, Londen 2013, en ook de beschouwingen in: Grim, Brian J., and Finke, Roger, *The Price of Freedom Denied: Religious Persecution and Conflict in the Twenty-First Century,* Cambridge University Press, Cambridge 2011.

[110] Montaigne, *Essais, I*, 23.

[111] Montaigne, *Essais, II*, 12.

zegslieden zouden ons met overeenkomstige beloften en dreigementen op dezelfde manier een tegengesteld geloof kunnen inprenten.'[112]

Hier wordt het cultuurrelativisme al minder overtuigend, zoals het voorbeeld van Ellian en Cliteur duidelijk maakt. Ellian is geboren in Teheran, Cliteur in Amsterdam. Toch hebben zij gelijkluidende opvattingen over vrouwenbesnijdenis. Hoe is dat mogelijk?

De natuurrechtsaanhanger (zie hoofdstuk 1) zou wijzen op de universaliteit van de menselijke natuur. Denk ook aan het citaat van Higgens dat in dit boek al eerder is besproken.

Als vijfde: *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.

Bij sommige van de hiervoor genoemde punten leek het cultuurrelativisme een louter beschrijvende opvatting die niet veel met ethiek of een andere normatieve wetenschap te maken heeft. Maar wie tussen de regels door leest – 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 antropologen. Zou het alleen een theorie zijn over de invloeden op het menselijk 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 (en deze hanteren we als kenmerk 6 en 7):

(1) Het geeft geen pas een vreemde cultuur met onze eigen waarden te beoordelen. Dit is de eerste duidelijke normatieve claim van de cultuurrelativist. Hier treedt de cultuurrelativist duidelijk op als moralist. Dit punt komt vooral bij Montaigne op de voorgrond, maar het is eigenlijk ook al bij Protagoras te vinden. Ook Ruth Benedict is trouwens 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

[112] Montaigne, *Essais, II*, 12.

tolerant tegenover elkaar komen te staan.[113] 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 absolute standard in morality, they would perhaps be on the one hand more tolerant and on the other hand more critical in their judgments.'[114]

(2) 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.

Kritiek op cultuurrelativisme

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.[115] En wat doet hij? Hij trekt uit het gegeven van de culturele variëteit

[113] 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, Londen, Toronto 1998, p. 104-146, p. 118.

[114] Westermarck, Ibid., p. 59.

[115] In deze zin ook: Gensler, Harry J., 'Cultural Relativism', in: *Ethics,* Londen & New York 1998, p. 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, p. 24-40.

een vergaande conclusie, namelijk de conclusie van het relativisme. Maar *die* conclusie zou weleens 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 (de centrale ambitie van de natuurrechtsleer, zoals we weten uit hoofdstuk 1).

Dworkin over 'kritische moraal'

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 (1931-2013) wijst erop dat termen als 'een morele positie' en 'een morele overtuiging' als termen van rechtvaardiging en kritiek functioneren, maar ook als termen die louter iets beschrijven.[116] We kunnen over 'moraal', 'morele overtuigingen', 'morele posities' en dergelijke 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.

[116] Dworkin, Ronald, 'Lord Devlin and the Enforcement of Morals', in: *The Yale Law Journal,* Vol. 75, no. 5, april 1966, p. 986-1005, deels in: N. Schott Arnold, Theodore M. Benditt, and George Graham, eds., *Philosophy. Then and Now*, Blackwell, Malden (Mass.) en Oxford 1998, p. 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.

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.*

Wat betekent een dergelijk standpunt?

Het betekent dat men zich niet kan beperken tot het uitdrukken van *gevoelens* ('homosexuals make me sick'). Dworkin 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 tegenwoordig breed geaccepteerde, kritiek op het 'emotivisme'.[117] 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. Maar tegenwoordig wordt dat emotivisme veel kritischer bejegend dan vijftig jaar geleden, tijdens zijn glorieperiode, om het zo maar uit te drukken.

Bernard Williams (1929-2003), 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'.[118] Kortom, de emotivist kan *verschil van mening* over morele aangelegenheden eigenlijk 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 derge-

[117] Vgl. Rachels, James, 'Subjectivism', in: Peter Singer, ed., *A Companion to Ethics,* Blackwell, Cambridge (Mass.), Oxford 1991, p. 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, p. 385-414; Stace, W.T., *The Concept of Morals,* MacMillan, Londen 1937, p. 1-69.

[118] Williams, Bernard, *Morality,* Cambridge University Press, Cambridge 1993 (1972), p. 16.

lijke. Weliswaar is dit het begrip van moraal dat we aantreffen bij antropologen, 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 om ethici te overtuigen van de culturele invloed op moraal. De ethicus Judith Boss (*geb.* 1942) 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.[119]

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,[120] zo geldt voor de cultureel determinist dat de

[119] Boss. Ibid., p. 111.

[120] Het 'psychologisch egoïsme' dient men dus goed 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, p. 325-377. Vgl. voor een heldere analyse: Broad, C.D., *Five Types of Ethical Theory,* Routledge & Kegan Paul, Londen 1930 en Rachels, 'Man is not always Selfish', in: Gould, James A., ed., *Classic Philosophical Questions,* MacMillan & Maxwell, New York/Toronto 1992, p. 121-132.

mens zich niet van de cultuur van zijn groep kan bevrijden.[121] De cultuurrelativist leert, met andere woorden, een vorm van cultureel determinisme.

De vraag is nu of die positie houdbaar is.

'Kritische moraal' en culturele antropologie

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 antropologisch geschoolde) cultuurrelativisten erop nahouden. Wat is eigenlijk de *wijsgerige* antropologie van de cultureel antropoloog?

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.[122] Impliciet in Sumners *Folkways* is een confrontatie met geschriften als *On Liberty* (1859) van John Stuart Mill (1806-1873)[123] of *Aforismen zur Lebensweisheit* (1851) van Arthur Schopenhauer (1788-1860)[124] 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'[125] 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, eigenlijk helemaal niet kunnen bestaan; immers, de individuele mens is met huid en haar, van top tot teen,

[121] 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 en Cambridge Mass. 1996, p. 7-20.

[122] 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.

[123] Mill, J.S., *On Liberty,* Penguin Books, Harmondsworth 1977 (1859).

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

[125] Vgl. Schopenhauer, Ibid., p. 577-588.

overgeleverd aan de cultuur waarin hij leeft.[126] 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', schrijft hij.[127] Toch blijft dan nog steeds de vraag bestaan hoe verandering mogelijk is. Daar zal Sumner 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 plaatsgehad kunnen hebben? Waarom heeft Galilei (1564-1642) zich kunnen onttrekken aan de mores van zijn tijd? Waarom heeft ook Newton (1642-1727) dat gekund? Hoe heeft Darwin (1809-1882) de 'folkways' en 'mores' van de christelijke wetenschap van zijn tijd kunnen weerstaan?[128]

Waarschijnlijk zal Sumner John Donne (1572-1631) citeren: 'No man is an island.' Ook grote wetenschappers opereerden niet in een vacuüm. Toen Darwin de evolutieleer formuleerde 'hing deze in de lucht'.[129]

---

126 Een magistrale verdediging van de vrijheid van kritiek is ook: Clifford, W.K., 'The Ethics of Belief', 1877, in: W.K. Clifford, *The Ethics of Belief and Other Essays,* Introduction by Timothy J. Madigan, Prometheus Books, Amherst, New York 1999, pp. 70-96.

127 Sumner, Ibid., 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, p. 71-85.

128 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, Londen etc. 1995, p. 187.

129 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.

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.

Ruth 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. Schopenhauer heeft het weinig vleiend over de 'fabriekswaren van de natuur'.[130] 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).[131] 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 de culturele matrijs hebben kunnen onttrekken.[132] En misschien is wel het specifieke van de moraal in haar kritische hoedanigheid dat het een 'view from nowhere'[133] hanteert, het perspectief van de 'impartial spectator',[134] de 'pristine eyes', waarvan Benedict het bestaan overigens ontkent.

De juistheid van de kantiaanse benadering in de ethiek is dan ook dat een categorisch imperatief altijd *universaliseerbaar* moet zijn.[135] Dat sluit overigens niet uit dat men ten aanzien van betrekkelijk onbelangrijke zaken zich kan conformeren aan

Callenbach, Nijkerk 1984.

130 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 Fabriksware der Natur (…)'

131 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.

132 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, p. 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'.

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

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

135 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), p. 451-464.

de lokale folklore. Maar als het gaat om het beoordelen van vrouwenbesnijdenis, een onthoofdingsritueel of andere fundamentele kwesties, dan *kan* en *moet* men een universeel menselijk perspectief innemen. Niet *de eigen waarden en normen,* maar de waarden en normen zoals die voor alle redelijk denkende mensen zouden moeten gelden zijn doorslaggevend.[136]

Consistentie

Als het bovenstaande juist is, dan zou dat betekenen dat uiteindelijk niemand als cultuurrelativist kan leven. Althans niet consistent. Cultuurrelativisme is een beschouwende positie. Het is de positie van de buitenstaander. Het is de positie van iemand die iets constateert, van iemand die verklaart hoe mensen handelen, niet hoe zij moeten handelen. Maar wanneer Herodotus, Protagoras, Montaigne, Sumner, Benedict en Westermarck met een groot onrecht worden geconfronteerd, dan zal geen van hen de lijdzame houding aannemen en zeggen: 'Zo is het nu eenmaal, daaraan valt niets te doen.' Geen mens kan vrede hebben met de stelling dat de holocaust nu eenmaal voortvloeide uit de 'mores' van de nazi's. Elk verstandig en verantwoord denkend mens zal het verwerpen en daarvoor valide redenen proberen aan te dragen. En we kunnen weliswaar *constateren* dat vrouwenbesnijdenis wel met de Somalische cultuur zal samenhangen, maar dat maakt het nog niet juist.

Ook al kunnen we *begrijpen* dat sjeik Bakri's opvattingen samenhangen met zijn religieuze wereldbeeld, dat betekent nog niet dat het *goed wordt* om toneelschrijvers te vermoorden. Waarom? Omdat McNally zich kan beroepen op zijn onvervreemdbare en universele recht om zijn eigen opvattingen te hebben over Jezus. Zelfs over Jezus? Ja, zelfs over Jezus, of over Boeddha, of over Mohammed. En omdat de meisjes in Somalië een onvervreemdbaar recht hebben op hun eigen lichamelijke integriteit, is meisjesbesnijdenis even erg in Mogadishu als in Amstelveen.

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 door leest. Hij zegt: 'De macht der gewoonte bestaat hierin dat zij ons pakt

[136] 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, Londen 1997, p. 23.

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 en AE)[137]

De hier gecursiveerde woorden zijn significant. Ondanks zijn herhaalde verzekering dat de macht der gewoonte groot is, erkent hij toch wel 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. In die uitspraak komt 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.[138]

Zelfs direct nadat Montaigne het verhaal over Darius heeft verteld maakt hij enkele opmerkingen die eigenlijk de portee van zijn stelling dat de cultuur almachtig 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.[139] 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 van zo'n uitspraak van Montaigne die in dit verband illustratief is: '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 ouderdomsrim-

[137] Montaigne, *Essais, I*, 23.

[138] 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.

[139] Montaigne, *Essais, I*, 23.

peltjes 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.'[140]

Ook hier dus weer een beroep op 'waarheid', op 'de rede', en op de mogelijkheid van bevrijding van het 'vooroordeel der gewoonte'.

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 dat ook is 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 negentiende 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 (de theorie dus dat mensen niet alleen de gewoonte volgen maar ook moeten volgen). 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 bijvoorbeeld Benedict erin slaagde het dominante darwinisme van haar tijd de rug toe 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. Uit het feit dat Sumner zich kon bevrijden van het in zijn tijd dominante imperialisme blijkt dat een mens, in dit geval Sumner zelf, zich kan bevrijden van de dwang van de cultuur die hem omringt.

De cultuurrelativist verstrikt zich daarom in de bekende paradox van de scepticus die met waarheidspretentie het bestaan van elke waarheid loochent.

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 hande-

[140] Montaigne, *Essais, I*, 23.

lingen en morele aansporingen loochenen de cultuurrelativisten het door hen bepleite 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 zouden volgen. Een consequentie van het cultuurrelativisme zou zijn dat morele hervormers altijd ongelijk hebben. Abraham Lincoln (1809-1865) en de Franse en Britse schrijvers die zich verzetten tegen de slavernij hadden dan ongelijk.[141] De Britten hadden ook ongelijk toen zij de weduwenverbranding afwezen. Jezus had ongelijk toen hij bepaalde Joodse riten en gebruiken afwees.[142] En waarom zou de overspelige vrouw niet gestenigd moeten worden (Johannes 8)? Dat was toch de gewoonte in die tijd en in die cultuur?

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: 'nonsense upon stilts', zoals Bentham zei (overigens op andere dan cultuurrelativistische gronden).[143]

Maar Abraham Lincoln en de Noorderlingen hadden ook ongelijk toen zij de Zuiderlingen 'mores wilden leren' op het terrein van de slavernij. Waar haalden zij het recht vandaan om de Zuiderlijke 'folkways' te kritiseren? Hoe kan men spreken van de 'monstruous injustice of slavery'[144] als het bij moraal gaat om niet meer dan 'socially approved habits'?

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

[142] Vgl. Boss, Ibid., p. 43.

[143] 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, Londen en New York 1987, p. 46-69.

[144] Vgl. de toespraak van Lincoln op 16 oktober 1854 in: *Historic Speeches,* ed. Brian MacArthur, Penguin Books, Harmondworth 1996, p. 344.

Universaliteit onontbeerlijk

Het lijkt erop dat men de notie van universele waarden, dat wil zeggen: waarden die niet aan de 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 om moraal te blijven zien als een kwestie van gevoelens.

Reeds voor de Tweede Wereldoorlog wilde onder anderen H.G. Wells (1866-1946) de waarden formuleren op grond waarvan de westerse wereld de strijd tegen het nazisme zou moeten aanbinden.[145] Het nazisme en antisemitisme leken toch vormen van mores of folkways die men moeilijk als een culturele uiting kon respecteren. Anders gezegd: ''s Lands wijs, 's lands eer' leek moeilijk te handhaven ten aanzien van de excessen van het Derde Rijk. Judith 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.'[146]

Ook ten aanzien van de morele verwerpelijkheid van het nazi-optreden zou het cultuurrelativisme tot opvallende consequenties leiden. Als Adolf Eichmann (1906-1962) en andere oorlogsmisdadigers uitzonderingen geweest waren, zou hun gedrag moreel kunnen worden veroordeeld. Maar als zij zouden zijn opgetreden als 'vertolkers' van mores en folkways die brede acceptatie hadden gevonden in de cultuur van het Duitse Derde Rijk, zou hun eigenlijk geen 'immoreel' gedrag kunnen worden verweten.

[145] 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), p. 447-477.

[146] Boss, Ibid., p. 135. Dit was overigens dezelfde Wells die minder dan tien jaar daarvoor nog wonderlijke ideeën had die men als prefascistisch zou kunnen aanduiden. Zie daarover de bijdrage van Rijpkema in: Rijpkema, Bastiaan, red., *Wat te doen met antidemocratische partijen? De oratie van George van den Bergh uit 1936*, ingeleid door Bastiaan Rijpkema, met een voorwoord van René Cuperus, en een nawoord van Paul Cliteur, Elsevier Boeken, Amsterdam 2014.

Hannah Arendt (1906-1975)[147] en Harry Mulisch (1927-2010)[148] hebben zich verdiept in het karakter van Eichmann, de verantwoordelijke voor de Jodentransporten 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.[149] Boss zegt: 'Nazi Adolf Eichmann represented the quintessential cultural relativist. He was, in terms of his moral reasoning, "everyman".'[150]

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.

De volkenrechtsgeleerde Rosalyn Higgins (*geb.* 1937) formuleert de universaliteitsgedachte in haar boek *Problems & Process: International Law and How We Use It* (1994) als volgt. Waarom hebben we eigenlijk verplichtingen tegenover andere mensen? vraagt zij. En zij antwoordt, zoals we ook al hebben gezien in hoofdstuk 3 van dit boek: 'The answer can only be because they have rights, human rights.'[151]

Maar wat bedoelen we met 'mensenrechten'? Wat onderscheidt bijvoorbeeld het recht van een individu dat een overeenkomst wordt nageleefd van het recht om niet te worden gefolterd? In beide gevallen gaat het om een juridisch recht. Toch is er een verschil, zegt Higgins. Zij formuleert dat verschil met de volgende woorden:

> Human rights are rights held simply by virtue of being a human person. They are part and parcel of the integrity and dignity of the human being. They

147 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.

148 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.

149 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, p. 625-640.

150 Boss, Ibid., p. 136.

151 Higgins, Rosalyn, *Problems & Process: International Law and How We Use It*, Clarendon Press, Oxford 1994, p. 96.

> are thus rights that cannot be given or withdrawn at will by any domestic legal system.[152]

Higgins gaat ook in op de kritiek die op deze universaliteitspretentie wordt uitgeoefend. Er wordt weleens gezegd dat er geen 'fully universal concept of human rights' zou bestaan. We zouden de diversiteit van culturen en politieke systemen in ogenschouw moeten nemen. Maar Higgins verwerpt dat standpunt.

> In my view this is a point advanced mostly by states, and by liberal scholars anxious not to impose the Western view of things on others. It is rarely advanced by the oppressed, who are only too anxious to benefit from perceived universal standards. The non-universal, relativist view of human rights is in fact a very state-centred view and loses sight of the fact that human rights are *human* rights and not dependent on the fact that states, or groupings of states, may behave differently from each other so far as their politics, economic policy, and culture are concerned. I believe, profoundly, in the universality of the human spirit. Individuals everywhere want the same essential things: to have sufficient food and shelter; to be able to speak freely; to practise their own religion or to abstain from religious belief; to feel that their person is not threatened by the state; to know that they will not be tortured, or detained without charge, and that, if charged, they will have a fair trial. I believe there is nothing in these aspirations that is dependent upon culture, or religion, or stage of development. They are keenly felt by the African tribesman as by the European city-dweller, by the inhabitant of a Latin American shanty-town as by the resident of a Manhattan apartment.[153]

Dit is een ander geluid dan we vernemen van Ruth Benedict.

Higgins denkt dat de universaliteitspretentie van fundamentele waarden en beginselen zoals die besloten ligt in de mensenrechtentraditie essentieel is om op te komen tegen onrecht in deze wereld. Het ontkennen van die universaliteitspretentie (het 'deconstrueren' daarvan, zoals postmoderne denkers dat noemen) is niet in het belang van de zwakkeren en onderdrukten van deze wereld. Die hebben belang bij het handhaven daarvan.

Laten we dit nu eens toepassen op de casus waarmee we dit hoofdstuk begonnen zijn. Het uitroepen van een fatwa tot het vermoorden van een toneelschrijver is niet

[152] Higgins, Ibid., p. 96.

[153] Higgins, Ibid., p. 97.

in strijd met contingente gevoeligheden van de westerse cultuur, maar in strijd met een *fundamenteel recht.* Het is een mensenrecht om over Jezus Christus opvattingen te huldigen die afwijken van de opvatting die de kerk als de enig juiste proclameert. Het is overigens ook het recht *van de kerk* en van elke religieuze groepering of van een religieus individu om *heteroseksualiteit* als norm te proclameren. Maar het is ook het recht van homoseksuelen of van organisaties die voor homoseksualiteit opkomen, zich daarvan niets aan te trekken en erop te wijzen dat vele grote figuren uit de wereld van kunst, cultuur en politiek homoseksueel waren. Dat is in feite de inzet van A.L. Rowses boek *Homosexuals in History: A Study of Ambivalence in Society, Literature and the Arts* (1977).[154]

Daarbij kan de positie van religieuze iconen als Jezus, Mohammed, Boeddha, Mozes of elke andere religieuze of spirituele leider niet buiten beschouwing blijven. Zelfs diegenen die menen dat een fatwa over McNally ongepast is, ventileren nog weleens de opvatting dat het ook 'nodeloos provocatief' zou zijn te speculeren over de seksuele geaardheid van geestelijk leiders die voor een groot deel van de wereldbevolking een 'heel speciale betekenis' hebben.[155] Het zou van 'respect' getuigen mensen 'in hun waarde te laten'.

De houding die in deze schijnbaar onschuldige bewoordingen die hierboven gebruikt zijn ('respect', 'in waarde laten', wat kan daar tegen zijn, is men geneigd te denken?) naar voren komt, is toch unfair. We zullen proberen dat uit te leggen.

Laten we beginnen met een feitelijke constatering die op zichzelf weinig controversieel zal zijn. Veel mensen oriënteren zich op de levenswandel van grote religieuze leiders (Jezus, Mohammed, Boeddha, *et cetera*). Het beeld dat we van die leiders hebben, is dus van grote betekenis voor onze 'publieke moraal'. Ter illustratie het volgende voorbeeld: een religieus gelovige die een grote afkeer heeft van homoseksualiteit zal het over het algemeen afwijzen dat Jezus Christus als homoseksueel wordt afgebeeld, zoals McNally doet in zijn toneelstuk. Hij ervaart dat als 'provocatief'. Nu is het dat misschien ook wel, en het kan zelfs als zodanig bedoeld zijn. Maar dat sluit niet uit dat het tevens volkomen legitiem kan zijn dat een schrijver een dergelijk soort

[154] Rowse, A.L., *Homosexuals in History: A Study of Ambivalence in Society, Literature and the Arts,* Weidenfeld and Nicolson, Londen 1977.

[155] Herrenberg, Tom, 'Denouncing Divinity: Blasphemy, Human Rights, and the Struggle of Political Leaders to defend Freedom of Speech in the Case of *Innocence of Muslims*', in: *Ancilla Iuris*, 1, 2015, pp. 1-19; Herrenberg, Tom, 'Politici, de vrijheid van meningsuiting en Innocence of Muslims', in: *Nederlands Juristenblad,* 24 September 2013, pp. 2255-2259; Herrenberg, Tom, 'Vrijheid van meningsuiting in de multiculturele samenleving: evaluatie van twee tegenstrijdige interpretaties', in: *Civis Mundi,* 14 januari 2014.

provocatie beoogt en bewerkstelligt. Immers, iemand die voor een verandering op het taboe op homoseksualiteit ijvert, heeft er een *legitiem belang* bij dat, als historisch onderzoek zou kunnen uitwijzen dat Jezus Christus homoseksueel was, dit ook kan worden uitgesproken. Anders gezegd: homoseksuelen die discriminatie tegen hun geaardheid willen bestrijden hebben een zeker belang bij een 'homoseksuele Jezus'. En heteroseksuelen die een soort taboe op homoseksualiteit willen continueren hebben belang bij een 'heteroseksuele Jezus'.

Wat een vrije samenleving kenmerkt, is dat een debat hierover kan plaatsvinden. De *academische vrijheid* zou met zich mee moeten brengen dat historici vrij onderzoek kunnen doen naar de historische figuur van Jezus. Maar ook de *artistieke vrijheid* van schrijvers (ook toneelschrijvers) zou met zich mee moeten brengen dat het hun vrijstaat religieuze iconen af te beelden op de manier waarop hun dat goeddunkt.[156]

Mag je dan ook 'stereotype', 'discriminerende', 'kwetsende' kunst maken, 'caricaturer Dieu'?[157] Het antwoord is: jazeker.

Men moet wel bedenken: veel van de kunst die nu in musea hangt en wordt gewaardeerd als monumenten van beschaving was eens 'aanstootgevend'. Dat geldt ook voor de kunst van Rembrandt, Caravaggio en Michelangelo.

Dat lijkt erop te wijzen dat zelfs wanneer historisch onderzoek ons hierover niets kan melden het toch voorbehouden blijft aan de artistieke vrijheid van schrijvers en kunstenaars om over heilige figuren te speculeren op de manier die hun goeddunkt. Jezus, Boeddha of Mohammed zou dus geen speciale bescherming moeten genieten die bijvoorbeeld aan Napoleon, de paus of Darwin onthouden blijft.

Ten slotte ook nog een enkele opmerking over de tweede casus waarmee we dit hoofdstuk begonnen zijn. Het afwijzen van clitoridectonomie (vrouwenbesnijdenis)

[156] Een verwante vraag is of je figuren die een sterk emotionele betekenis hebben gekregen in een artistieke context geheel anders mag afbeelden dan de historische werkelijkheid. De Nederlandse schrijver Theodor Holman behandelt dit vraagstuk naar aanleiding van Philip Roth's *The Ghostwriter* waarin Anne Frank de holocaust zou hebben overleefd en verder hebben geleefd in de Verenigde Staten van America. Zie: Holman, Theodor, 'Anne', in: *Het Parool*, 3 juli 2010, ook in: Theodor Holman, *Holman liegt*, Verzamelde columns 2008-2013, Nieuw Amsterdam Uitgevers, Amsterdam 2014, pp. 205-206.

[157] Brent Plate, S., *Blasphemy: Art that Offends, Black Dog Publishing,* Londen 2006; Boespflug, François, *Caricaturer Dieu? Pouvoirs et dangers de l'image,* Bayard, Paris 2006. Zie ook: Boespflug, François, *Dieu et ses images: une histoire d'Éternel dans l'art,* Bayard, Montrouge cedex 2011; Boespflug, François, *Le Dieu des peintres et des sculpteurs: l'Invisible incarné,* Musée du Louvre Éditions, Hazan, Paris 2010; Boespflug, François, *Le Prophète de l'islam en image: un sujet tabou?,* Bayard, Paris 2013.

is volgens het universalistisch perspectief dat Higgins schetst in het hierboven geciteerde citaat als een inbreuk op de waardigheid van een vrouw te beschouwen die overal op de wereld hetzelfde is (los van cultuur en religie), niet alleen maar het plaatsen van onze 'folkways' (Sumner) tegenover andere 'folkways'. De geslachtsorganen van een achtjarig meisje horen heilig en onschendbaar te zijn: voor de stamoudste, voor haar ouders maar ook voor de staat waarin zij leeft. Volgens het perspectief dat Higgins schetst doet het er ook niet toe of het meisje en haar ouders zich in Somalië bevinden of in Amstelveen.

Hamed Abdel-Samad

De Egyptisch-Duitse schrijver Hamed Abdel-Samad (*geb.* 1972) kwam in 1995, op drieëntwintigjarige leeftijd, naar Duitsland. Hij studeerde daar en becommentarieert in boeken als *Mein Abschied vom Himmel: Aus dem Leben eines Muslims in Deutschland* (2009),[158] *Der Untergang der islamischen Welt: Eine Prognose* (2010)[159] en *Krieg oder Frieden: Die arabische Revolution und die Zukunft des Westens* (2011)[160] de verschillen tussen de Duitse cultuur en die van zijn geboorteland Egypte. In *Mein Abschied* beschrijft hij hoe hij na een tijd in Duitsland te zijn geweest terugkomt in het Egyptische dorp waar zijn familie woont. Zijn moeder ondervraagt hem over zijn leven in Duitsland en over zijn Duitse vrouw. Dan mengt zijn zuster zich in het gesprek die *en passant* zegt: 'Hamed, we zullen onze dochter Rabab volgende week laten besnijden. We hebben op jou gewacht.'[161]

Hamed is verbijsterd over de vanzelfsprekendheid waarmee het onderwerp aan de orde wordt gesteld. Hij was geschokt en vraagt zijn zuster om het meisje niet te laten verminken ('Ich bat sie, das arme Mädchen nicht verstümmeln zu lassen').[162] Maar daar wil zijn zuster niet van weten: 'Het zal haar rustiger maken.' Hamed geeft niet

158 Abdel-Samad, Hamed, *Mein Abschied vom Himmel: Aus dem Leben eines Muslims in Deutschland,* Knaur Taschenbuch Verlag, München 2009.

159 Abdel-Samad, Hamed, *Der Untergang der islamischen Welt: Eine Prognose,* Droemer Verlag, München 2010. In het Nederlands vertaald als: Abdel-Samad, Hamed, *De ondergang van de islamitische wereld: een prognose,* Atlas-Contact, Amsterdam/Antwerpen 2011.

160 Abdel-Samad, Hamed, *Krieg oder Frieden: die Arabische Revolution und die Zukunft des Westens,* Droemer Verlag, München 2011. Abdel-Samad, Hamed, *Oorlog of vrede: de Arabische lente en de toekomst van het westen*, Atlas-Contact, Amsterdam/Antwerpen 2011.

161 Abdel-Samad, *Mein Abschied,* p. 62.

162 Abdel-Samad, Ibid., p. 62.

op: 'Hou op met die onzin.' Maar zijn zuster zegt: 'Dat doen alle mensen hier. Zij is *mijn* dochter.' Moeder valt dochter bij: 'Dat is onze traditie.' Toch geeft Hamed zich niet gewonnen: 'Als alle mensen naakt de straat op gaan, moeten we dan meelopen?' Maar zijn moeder vraagt Hamed zich te gedragen. Zijn zuster voelt zich toch uitgedaagd en gaat redenen aanvoeren voor de aankomende besnijdenis: 'Ik wil niet dat wanneer zij ouder wordt achter jongens gaat aan lopen en schande over ons gezin afroept.' Hamed herinnert zijn zuster eraan hoe pijnlijk het ritueel bij haarzelf verlopen was. Wil zij dat haar eigen dochter ook weer aandoen? Nu probeert zijn zuster het langs een andere weg: 'Wil iemand die een paar jaar in Europe heeft geleefd ons nu meteen komen vertellen hoe wij hier moeten leven?'

Damit war die Diskussion beendet, schrijft Hamed.[163]

Deze discussie vormt een goede illustratie voor de controverse die we besproken hebben. Hamed stelt zich op universalistisch standpunt: meisjes, waar ook ter wereld, behoren niet te worden besneden. Gebeurt dat wel, dan wordt het meisje 'verminkt' ('verstümmelt'). Daarvan mag geen sprake zijn en het doet niet terzake of dat plaatsvindt in zijn Egyptisch geboortedorp of in Duitsland.

Zijn zuster probeert het eerst met een pragmatisch argument: het zal het meisje rustiger maken. Dit punt wordt verder in de discussie niet uitgediept, maar het is gemakkelijk te begrijpen hoe die discussie verder had kunnen verlopen. Inderdaad, wie geen seksuele begeertes heeft (of wanneer die sterk verminderd zijn) wordt 'rustiger'. Maar is dit soort 'rust' te verkiezen boven de 'onrust' die ontluikende seksuele gevoelens veroorzaken?

Zoals gezegd, dit deel van de discussie wordt verder niet gevoerd, want de gedachtewisseling glijdt al snel naar het cultuurrelativistisch argument van de zuster dat alle ouders in Egypte die besnijdenis bij hun dochters laten voltrekken. Waarom zij dan niet?

Vanuit het perspectief van Protagoras heeft de zuster van Hamed gelijk. Protagoras raadde dat ook aan: volg de gewoonte van de gemeenschap. Op een meer beschrijvende manier werd dat ook door Sumner geproclameerd. Dat *is* moraal nu eenmaal: de mores volgen de 'folkways'. Maar vanuit het perspectief van Dworkin is dit een verkeerde visie op moraal. Althans de 'kritische moraal' blijft onderbelicht. 'Moreel' is nu bij uitstek de gewoonte ook de maat te nemen, precies wat Hamed hier doet. Hamed spreekt zijn moeder en zuster aan op de consistentie van hun opvattingen: zij gaan toch ook niet naakt lopen als iedereen dat doet. Het cultuurrelativistische element spitst zich toe op de vraag of Hamed, komend uit Europa, wel de Egyptische

[163] Abdel-Samad, Ibid., p. 62.

cultuur de maat mag nemen met waarden die vreemd zijn aan die Egyptische cultuur? Het antwoord van de culturrelativist is 'nee'.

De tegenstelling tussen universalisme en cultuurrelativisme doortrekt vele alledaagse discussies over moraal. Wie het universalistisch perspectief tot uitgangspunt neemt, zal ook stellen dat het een misvatting is te denken dat elke culturele uiting even goed is als elke andere culturele uiting, alleen maar omdat het een culture uiting is ('cultuur' als het ware heilig verklaren en niet bevattelijk voor kritiek). De kritische moraal van Dworkin vergt dat we elke morele opvatting onder kritiek mogen stellen. En niet alleen *mogen* doen, maar we zouden dat ook *moeten* doen.

HOOFDSTUK 5

De klassieke grondslagen van het moderne recht

In de eerste vier hoofdstukken van dit boek zijn we ingegaan op enkele belangrijke leerstukken die betrekking hebben op legaliteit en legitimiteit.

In het eerste hoofdstuk hebben we gezien dat legaliteit en legitimiteit belangrijke aandachtspunten zijn voor elke rechtsorde. De noodzaak van *legaliteit* wordt beklemtoond door het rechtspositivisme. De noodzaak van *legitimiteit* door het natuurrechtsdenken.

In hoofdstuk 2 hebben we het staatsmodel behandeld dat in vele delen van de wereld (en terecht) wordt gezien als een *legitieme* staat: de democratische rechtsstaat. Een democratische rechtsstaat is een combinatie van twee idealen: (i) rechtsstaat en (ii) democratie. Daarbij staat de 'rechtsstaat' voor de beperking van overheidsmacht door het recht. De 'democratie' staat voor de invloed van het volk op de beleidsbeslissingen van de overheid.

In het derde hoofdstuk is één element van een legitieme staat behandeld dat tegenwoordig veel aanleiding geeft tot discussie: de scheiding van kerk en staat, oftewel het ideaal van het secularisme. Secularisme is het streven om kerk en staat te scheiden. De staat die daarin in belangrijke mate is geslaagd, noemen we een 'seculiere staat', een 'religieus neutrale staat' of een 'agnostische staat'.

In hoofdstuk 4 ging het om de vraag of we de uitgangspunten van een democratische rechtsstaat kunnen hooghouden als een *universeel* model. Dat wil zeggen: gaat het hier om waarden en normen die voor alle mensen zouden gelden? Of hebben de cultuurrelativisten gelijk die stellen dat universele waarden en normen niet bestaan en dat alles lokaal en historisch bepaald is?

In hoofdstuk 5 van *Legaliteit en legitimiteit* zullen we de voorgaande hoofdstukken plaatsen tegenover de achtergrond van de geschiedenis van het politieke denken. Hier proberen we te laten zien dat we de waarden van de democratische rechtsstaat

moeten begrijpen als bij uitstek *moderne* waarden. Het model van de democratische rechtsstaat is tot ontwikkeling gekomen in confrontatie met oudere, vaak op de religie georiënteerde, manieren van denken, zoals het 'goddelijk recht om te regeren'.

Gedurende de overgang van de middeleeuwen naar de moderne tijd hielden de juristen en filosofen zich bezig met het ontwerpen van nieuwe grondslagen voor het recht. De christelijke theologie vormde in de middeleeuwen de ultieme grondslag van het recht en de maatschappelijke ordening. De moderne tijd bracht echter een einde aan de hemelse fundamenten van de aardse juridische en politieke ordening. Niet langer God, maar het volk werd als het fundament voor de soevereine macht gezien waarop een specifieke rechtsorde zich kan baseren. De wil van het volk begon vorm en inhoud te geven aan de rechtsorde. Daarbij zocht men naar een constructie om dit nieuwe fundament vorm te geven. Sinds het ontstaan van de westerse beschaving wordt een belangrijk deel van de intermenselijke contacten en handelingen gereguleerd via het begrip contract.

Het *contract* is even oud als de beschaving zelf. Daarom voerde men het begrip contract aan als de fundamentele grondslag voor de nieuwe rechtsorde waarbinnen ook de wil van het volk gestalte kon en kan krijgen. Denkers die het sociaal contract of maatschappelijk verdrag als basis van de rechtsorde hebben gedacht, noemt men ook wel contractdenkers; te denken valt aan Spinoza, Hobbes, Locke, Rousseau en Beccaria. Maar voordat we een aantal contractdenkers gaan bespreken, moeten we de vraag beantwoorden welke factoren tot de overgang van de middeleeuwen naar de moderne tijd hebben geleid. Wat bedoelen we daarbij met het begrip moderne tijd? Tevens ontstaat hier de vraag naar de betekenis van het begrip politiek in de middeleeuwen. Zonder deze thema's en begrippen is het niet mogelijk om de contractuele constructie als een onontbeerlijk fundament van het moderne recht te begrijpen.

De Nederlandse historicus Johan Huizinga (1872-1945) geeft in een elegante bewoording het contrast tussen de middeleeuwen en de moderne tijd aan:

> 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 sterven, stonden door het sacrament in de glans van het goddelijk mysterie.[1]

[1] Johan Huizinga, *Herfsttij der Middeleeuwen*, Olympus, Amsterdam 2004 (1919), p. 19.

Johan Huizinga (1872-1945) was een Nederlandse historicus, schrijver van onder andere van Herfsttij der Middeleeuwen. *Schets door Willem van Schaik, 1937*

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? Om deze vraag te beantwoorden zal hierna eerst aandacht worden besteed 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. Ten slotte nemen daarin de filosofie van René Descartes en de juridische hervormingsbeweging een bijzondere plaats in. We kunnen de moderne democratie niet begrijpen zonder enig historisch bewustzijn met betrekking tot twee 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 die tot het contractuele denken hebben geleid.

Het moderne wereldbeeld

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 te beschouwen. Zodoende zijn er mensen die het moderniteitsgehalte van een land afmeten aan de hand van de aanwezigheid van verschijnselen als internet, vliegtuigen of raketten. Zo zou een Afrikaans land dat over moderne communicatiemiddelen beschikt, deel uitmaken van de moderniteit. Dit soort voorbeelden geven niet aan wat de moderniteit is, ze kunnen hooguit als vruchten van de moderniteit worden beschouwd. 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 premoderne constructies leven. Bedacht moet worden dat het westerse 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:

1. de antieke filosofie van omstreeks 600 voor Christus tot 600 na Christus;
2. de middeleeuwse filosofie van omstreeks 800 tot 1450;
3. 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 van groot belang is, zijn de politiek-juridische veranderingen die tot de moderne tijd hebben geleid. Daarbij heeft de rechtsfilosofie (en ook de politieke filosofie) een belangrijke rol gespeeld. Een structurele analyse van de overgang van de middeleeuwen en het Ancien Régime naar de moderne tijd is van eminent belang voor het begrijpen van moderniteit.

De politieke constructie van de middeleeuwen[2] is diep verbonden met het christendom[3] waarbij de categorie van de kerkelijke dienaren sinds keizer Constantijn

[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.), Londen 1929; Bethune-Baker, J. F., *An Introduction to the Early History of Christian Doctrine to the time of the council of Chalcedon*, Methuen, Londen 1903.

de Grote[4] (280-337) gebruikelijk was geworden. De rehabilitatie en erkenning van het christendom bij het *Edict van Milaan*,[5] het zogeheten 'tolerantie-edict', in het Romeinse rijk door de keizers Constantijn (het westen) en Licinius (het oosten) betekenden het einde van de bloedige vervolging en onderdrukking van christenen en het begin van een invloedrijk politiek-theologisch proces.[6] Weliswaar werd het christendom pas in 391 door keizer Theodosius tot staatsgodsdienst verklaard, maar al bij keizer Constantijn werd een nieuw principe geïntroduceerd, namelijk de scheiding van geestelijke en wereldlijke macht, dat voor het prechristelijke Rome en Griekenland geheel onbekend was.[7] De nieuwe categorie, de kerkelijke dienaren, kan volgens historicus Edward Gibbon (1737-1794) worden onderverdeeld in zeven rubrieken: (I) Verkiezing van bisschoppen door het volk, (II) Hiërarchie van de geestelijkheid, (III) 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 zijn aanvang, systematisch en georganiseerd te werk ging. Uiteindelijk mondde dit alles uit in een omvangrijk rechtsgebied: het canonieke recht dat op zijn beurt werd opgetekend in het *Corpus Iuris Canonici*, een verzameling van de kerkelijke wetten.[9] Zodoende kreeg de Europese beschaving drie onlosmakelijke grondslagen: (1) het *Romeinse* recht en politieke denken, (2) de *Griekse* filosofie en (3) het *joods-christelijke* geloof. Dit geheel bracht twee verschillende filo-

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, Londen 1961.

6 Met uitzondering van de kortstondige strijd van keizer Julianus, de Afvallige (361-363) tegen het christendom. Zie hierover: Vidal, Gore, *Julian. A novel*, Vintage Books, New York 1992 (1962).

7 Gibbon, Ibid., p. 323.

8 Gibbon, Ibid., p. 324-33.

9 Vgl. Kunkel, Wolgang, *Römische Rechtsgeschichte: eine Einfüührung*, Bööhlau, Köln-Wien 1972; Robinson, Olivia F., *The sources of Roman law: problems and methods for ancient historians*, Routledge, Londen 1997; Johnston, David, *Roman Law in context*, Cambridge University Press, Cambridge 1999.

sofische perioden voort: (a) de patristiek[10] tot 800 en (b) de scholastiek[11] van 800 tot 1500. De roman van Umberto Eco (*geb.* 1932), *De naam van de roos* (1980), vormt een rijke illustratie van de filosofische en politieke debatten ten tijde van de scholastiek.

De politieke macht en de legitimatie hiervan gedurende de middeleeuwen waren gebaseerd op zeer gecompliceerde politiek-theologische doctrines. Zo verdedigde Karel de Grote de christelijke deugden op persoonlijke titel met nadruk op zijn religieuze functie: 'Koning, bij de gratie Gods.' Volgens filosoof en historicus Dirk Noordman ligt hierin het grondprincipe van de middeleeuwse politieke theologie besloten:

> Het essentiële van dit concept ('Koning bij de 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 kwam weer naar voren.[13] Volgens Claude Lefort (1924-2010) was de macht in de middeleeuwen en het Ancien Régime

[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 die men scholastiek noemt, bracht uiteraard de grote namen voort zoals Anselmus van Conterbury, 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: '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 hoofd.' Noordman, Ibid., p. 45.

een theologisch-politiek beeld dat maatschappelijke eenheid naar 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. Deze mystieke voorstelling van macht die de ultieme grondslag voor de rechtsorde vormde, zou in de moderne tijd grondig veranderen.

Van middeleeuwen naar 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 dat 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 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.[14]

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 Maarten Luther (1483-1546) is de eerste kerkhervormer wiens theologische en politieke activiteiten een einde heeft gebracht aan het geloofs-

[14] Norman Davies, *Europe. A History*, Pimlico, Londen 1977, p. 471.

monopolie 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 uitvindingen als 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 (1473-1543) 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 de Index librorum prohibitorum gezet.[15] De Index bevatte een lijst van boeken die door de katholieke kerk verboden werden verklaard. De natuurwetenschappers en de kerkelijke autoriteiten kwamen in de nadagen van de middeleeuwen vaker met elkaar in botsing. Galileo Galilei (1564-1642) werd door de inquisitie met succes vervolgd vanwege zijn wetenschappelijke ontdekkingen.[16] Een andere geleerde, Giordano Bruno (1548-1600), had minder geluk. Hij kwam op 17 februari 1600 in Rome op de brandstapel terecht wegens de bewering dat het universum oneindig is.[17] Newton, Kepler en vele andere natuurwetenschappers brachten met het gebruik van instrumenten en de vernieuwde toepassing van de wiskunde een wetenschappelijke revolutie teweeg die de wereld totaal zou veranderen. Deze summiere opsomming is louter bedoeld om ons geheugen op te frissen en in staat te stellen de politieke en juridische betekenis van de moderne tijd te markeren. Verschillende juridische, economische, sociale, wetenschappelijke en religieuze factoren hebben bijgedragen aan de transitie van de middeleeuwen naar

[15] 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, Londen New York Toronto 1935.

[16] Zie voor recent onderzoek dat nog steeds doorgaat over het conflict van Galileo met de kerk: Shea, William R., & Artigas, Mariano, *Galileo in Rome. The Rise and Fall of a Troublesome Genius*, Oxford University Press, Oxford 2003.

[17] Wat aan de Britse sociaal hervormer Charles Bradlaugh de opmerking ontlokte dat zowel in de geologie als 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), p. 294-306.

Detail van Portrait of René Descartes *(1596-1650), kopie naar Frans Hals (circa 1649-1700). Musée du Louvre, Parijs*

de moderne tijd. Daarmee veranderden het recht en de voorstelling van de macht. Maar welke implicaties had de intrede van de moderne tijd voor het denken, en dus ook het denken over het recht? Daarvoor moeten we bij Descartes zijn.

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'.[18] 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 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 vooropgesteld. In zijn *Meditationes de prima philosophia*

[18] 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.

(kortheidshalve Meditaties) stelt Descartes dat men zich eenmaal in het leven moet verlossen van alle bestaande opinies en dat vanaf de eerste grondslag een nieuw begin moet worden gemaakt. En dit moeten we doen als we iets zekers en blijvends in de wetenschappen willen oprichten.[19] 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?'[20] 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 zijn gevrijwaard van twijfels. We weten zeker dat één plus één twee is. 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. Dit zijn allemaal fantasieën. Wat kan er dan nog waar zijn? Misschien dit ene, dat er niets zekers bestaat.'[21] Descartes is geen atheïst, hij zal in hetzelfde werk een ontologisch godsbewijs presenteren. In deze cartesiaanse gedachteconstructie kan alles, inclusief alle zintuigen, hem bedriegen. Ten slotte komt hij tot de conclusie dat de uitspraak *ik denk, dus ik besta* (*cogito, ergo sum*) noodzakelijk waar is. Inderdaad staat één 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 eigenlijk ben'. Volgens filosoof Bernard Delfgaauw (1912-1993) komt het op het volgende aan: 'De nadruk op het *cogito* leidt tot de volgende identificatie: cogito – anima – homo. Dit betekent: ik ontdek mijzelf in het denken (*cogitare*), dit denken is mijn ziel (*anima*), van mijn ziel ben ik door dit denken zeker, van mijn

[19] Descartes, René, *Meditaties, 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, Londen 1977.

[20] Descartes, *Meditaties*, p. 41.

[21] Descartes, Ibid., p. 45.

lichaam niet: de mens is dus primair zijn ziel.'[22] 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 weleens 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.[23]

Descartes erkent, volgens Delfgaauw, de zekerheid van het bewustzijn (*conscience*), maar dan ook alleen deze zekerheid.[24] Het 'ik' is niet afhankelijk van enig stoffelijk ding. Dit 'ik', voegt Descartes eraan toe, dat wil zeggen de ziel, waardoor ik ben wat ik ben, is dus geheel van het lichaam onderscheiden en is zelfs gemakkelijker dan het lichaam te kennen. De ziel kan zelfs zonder lichaam evengoed volledig zijn.[25] Deze wijze van denken was de middeleeuwse mens geheel vreemd. Hier begint een nieuwe wereld waarin, ondanks de sporen van de scholastiek, aan 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. Het gevolg is dat vanaf nu de rede (het verstand) de instantie wordt die zekerheid zal verschaffen en niet langer de door God geopenbaarde waarheid (denk aan het citaat van Schopenhauer hiervoor: Descartes spoorde mensen aan hun eigen hoofd te gebruiken in plaats van de Bijbel

[22] Bernard Delfgaauw, *Filosofie van de vervreemding. Als vervreemding van de filosofie*, Kok Agora, Kampen 1987, p. 53.

[23] Descartes, Ibid., p. 47-49.

[24] Delfgaauw, Ibid., p. 55.

[25] René Descartes, *Over methode*, Amsterdam 1987, p. 70.

of Aristoteles).[26] 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. Kunnen we uit de moderne tijd ontsnappen? Eén 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?

Strafrecht en moderniteit

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* die aan de benadeelde stam wordt betaald) was gebaseerd, werd in de 13de eeuw overschaduwd door een nieuw strafrechtelijk concept: inquisitoire revolutie. Het is een dubbelzinnige revolutie: enerzijds was zij ook onder invloed van de renaissance tot stand gekomen teneinde 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, 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 middel van het canonieke recht. Tijdens de heerschappij van paus Innocentius III (1196-1216) kwam bij het kerkelijk strafproces de *inquisitio* op. De procedure *per inquisitionem* moest de bevordering van de kerkelijke belangen vergemakkelijken die 'goddelijk' van aard waren.[27] De kerk wilde oorspronkelijk met

[26] 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.

[27] '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),

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 verwonderlijk 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 maakten de private opsporing van de daders bijzonder moeilijk.
- Bewijsrecht: de irrationele elementen die aan de accusatoire 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 zou anderzijds door een uniforme vervolging de veiligheid vergroten.
- Romeins en canoniek recht.[28] De receptie van het Romeinse recht heeft niet alleen het privaatrecht, maar ook het strafrecht beïnvloed. Daarbij kunnen we

maar zij steunde vooral op de leer van de pauselijke almacht. Het 4de concilie van Lateranen (1215) bekrachtigde de nieuwe leer en het recht van inquisitio des rechters werd erkend. Zie Heijnsbergen van, P., 'Oorsprong en opkomst van het inquisitoire strafproces', in: *Tijdschrift voor Geschiedenis*, 39 (1924), p. 311.

[28] 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

denken aan de juridische eenheid, de centralistische tendensen en het codificatiedenken.

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 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 de 'koningin der bewijsmiddelen' (*'regina probationum'*). De 'tortuur' (foltering) 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.[29] Enerzijds leidden de veranderingen tot centralisatie en (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[30] en het bewijsrecht zichtbaar. De dynamiek van een tegenstrijdig proces van

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), p. 49-50.

[29] Vgl. Th. Maes Louis, *Vijf eeuwen stedelijke strafrecht. Bijdrage tot rechts- en cultuurgeschiedenis der Nederlanden*, Den Haag 1947.

[30] 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 wan-

rationaliteit en irrationaliteit (ten tijde van de reformatie), en cartesiaanse 'twijfel' brachten de legitimatie van het strafrecht aan het wankelen. 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 ten dode 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. Terecht wijst men erop dat de codificatie meer is dan slechts optekening van het recht; codificatie houdt altijd ook 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.'[31] De bekendste codificatieresultaten van deze periode zijn: de Constitutio Criminalis Carolina 1532, de Ordonnance Royale van Villers-Cotterets 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 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'.[32]

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 de afschaffing van het gebruik van pijnbanken in strafzaken. Desalniettemin kunnen we vaststellen dat deze codificaties niet in staat bleken de problemen van die tijd, te weten de rechtszekerheid en de nog aan te brengen beperkingen op de gebruikelijke wreedheden, effectief te

neer hij terug beneden was, trok hij de ladder met geweld weg. Zo werd de veroordeelde gewurgd en ook zijn ruggengraat gebroken. Volgens oude gewoonte mocht de misdadiger vrij uitgaan indien het koord brak. Daarna werd het 'galgenaas' opgehangen aan een grote galg op het galgenveld 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.

31 Vrugt M., van de, *Aengaende Criminele Saken. Drie hoofdstukken uit de geschidenies van het strafrecht*, Kluwer, Deventer 1982, p. 12-13.

32 Ibid., p. 12-13.

ondervangen.[33] Het streven naar de codificatie en vernieuwing was derhalve nog niet voltooid.

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 achttiende eeuw)[34] uit de geschiedenis van Europa die zonder Descartes' filosofie niet mogelijk was.[35] Daarbij mogen we de vraag stellen: Wat wordt het studieonderwerp van de mensheid? Het antwoord luidt: 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.[36] 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 duur-

[33] Zelfs de Criminele Ordonnantiën zijn bij de Pacificatie van Gent in 1576 opgeschort.

[34] 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 achttiende-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, Londen 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 achttiende-eeuwse verlichting en voorgaande perioden, zoals de klassieke oudheid, worden behandeld door: Luce, J.V., *An Intro-duction to Greek Philosophy*, Thames and Hudson, Londen 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 in de oudheid, 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'. J.B. Bury noemt in *A History of the Freedom of Thought*, Thornton Butterworth, Londen 1932 (1913), p. 26 de vijfde eeuw voor onze jaartelling 'the age of Illumination'.

[35] '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.' Jonathan. I. Israel, *Radical Enlightenment. Philosophy and making of modernity 1650-1750*, Oxford/New York 2001, p. 3. En p. 23-34.

[36] Zie het hiervoor genoemde werk met deze titel, oorspronkelijk in het Frans verschenen.

de en de hele stad verwoestte, 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.[37] Voltaire bekritiseerde 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.[38] 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 miljoen 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.'[39]

De verlichting wordt gekenmerkt door het 'systeemdenken'. We noemen een aantal typeringen van deze periode: natuurkundige heroriëntaties, het formuleren van hypothese, kritische studie van de bestaande kennis, wijdverbreide toepassing van de 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 eeuwenoude begrip God. Deze verandering beïnvloedde het politieke en juridische denken.

---

37 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).

38 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 en London 2004, en Neiman, Susan, *Evil in Modern Thought. An Alternative History of Philosophy*, Princeton University Press, Princeton en Oxford 2004 (2002). In het Nederlands: Wiche, Rob, red., *Des Duivels. Het kwaad in religieuze en spirituele tradities*, Acco, Leuven/Voorburg 2005. Kinniging, Andreas, red., *Van Kwaad tot Erger. Het kwaad in de filosofie*, Spectrum, Utrecht 2007.

39 Voltaire, 'Candide of het optimisme', in: *Voltaire. Verhalen*, Het Spectrum, Utrecht 1990, p. 140.

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 die ook wel als de empiristen worden aangeduid, hebben een enorme bijdrage geleverd aan het bovenstaande schema; doordat zij de aandacht vestigden op het belang van de empirie, de ervaring, de uiterlijke waarneming en ten slotte met hun kritiek op de speculatieve metafysica. John Locke (1632-1704) en David Hume (1711-1776)[40] zijn de grote representanten van een filosofische kritiek op het rationalisme. De bovengenoemde transitie beïnvloedde eveneens de moraal: met behulp van de rede probeerde men ethische vraagstukken op te lossen. De beweging van Encyclopedisten in Frankrijk hield zich niet alleen bezig met het kritisch verzamelen van kennis, maar benadrukte ook het belang van (een goede) opvoeding en daarmee van goed onderwijs. Het woord 'encyclopédie' is samengesteld uit twee Griekse woorden, te weten 'enkyklios' (in een kring) en 'paideia' (opvoeding). Hier ontstaan de eerste kiemen van een moderne benadering van opvoeding. De verlichtingsdenkers wilden via opvoeding geleidelijk de onwetenschappelijke irrationaliteit overwinnen en een nieuwe vorm van gedeelde ethiek gebaseerd op de rede tot stand brengen.[41] De economische veranderingen, de opkomst van het kapitalisme[42] en de filosofische benadering[43] ervan laten we hier buiten beschouwing. Het kapitalisme is de economische vorm van de moderne tijd. Maar voordat we ons met de klassieke grondslagen van het moderne recht gaan bezighouden, moeten we deze puntsgewijze benadering van de verlichting afronden met de bijdrage van Immanuel Kant (1724-1804) aan de verlichting.

40 Locke, John, *An essay concerning human understanding*, Londen 1997 (1690); David Hume, *A treaties of human nature*, Penguin Books, Londen 2003 (1740).

41 Een goed voorbeeld hiervan is het boek van J.J. Rousseau over opvoeding. Zie Rousseau, J.J., *Émile, ou de l'education*, Gallimard, Paris 1966 (1762).

42 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.

43 Vgl. Smith, Adam *Wealth of nations*, Oxford University Press, Oxford 1993 (1776).

Verlichting

Het klassieke antwoord op de vraag 'wat is verlichting?' is geformuleerd door Immanuel Kant in zijn gelijknamige opstel.[44] 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?[45]

We moeten de verlichting[46] 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 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

[44] Kant, Immanuel, 'Beantwortung der Frage: was ist Aufklärung?', in: Immanuel Kant. *Ausgewählte kleine Schriften*, Hamburg 1969 (1784).

[45] 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, Londen/Chicago 2003, p. 123.

[46] Vgl. Cassirer, Ernst, *Die Philosophie der Aufklärung*, Felix Meiner Verlag, Hamburg, 1998.

> 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.[47]

De verlichting beoogt het individuele gebruik van de rede te bevorderen. Hiertoe dient de mens zich van zijn onmondigheid te bevrijden. 'Mondigheid' verwordt op deze wijze tot een politieke categorie die in tegenstelling tot de politieke theologie van de middeleeuwen van de mens vraagt, ja verlangt, om zonder angst voor vervolging, hel en verdoemenis, God of duivel, zijn verstand aan te wenden, mondig te zijn. In feite worden traditie en autoriteit ingeruild voor het menselijke verstand. Het zelfstandig denken wordt een morele plicht: de individuele verantwoordelijkheid wordt ineens onvervangbaar. Kant beseft dat dit een moeilijke opgave is: 'Het is aldus voor iedere individuele mens moeilijk om zich los te maken uit de hem bijna tot natuur geworden onmondigheid.'[48] Kan een revolutie een einde maken aan deze onmondigheid? Kants antwoord daarop is ontkennend, omdat een revolutie misschien een persoonlijk despotisme kan verwijderen, maar nooit een werkelijke omvorming van een bepaalde denkwijze tot stand kan brengen. Daarom zal de bevolking, 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.'[49] Terwijl steeds van alle kanten werd geroepen 'redeneer niet', vraagt Kant aan de mensen te redeneren en te 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!)'

Het gaat Kant niet om het privégebruik van de rede, maar het publieke gebruik. 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 maken het mogelijk dat aan de wereld objectiviteit kan worden toegekend. Niet het denken maar de actieve aanwezigheid van de *mensen*, in de gemeenschappelijke ruimte verschaft aan ons de grond van objectiviteit

47 Immanuel Kant, *Wat is Verlichting?*, ingeleid, vertaald en geannoteerd door prof. dr. B. Delfgaauw, Kampen 1988, p. 59.

48 Kant, Ibid., p. 61.

49 Ibid., p. 62.

inzake ons bestaan: voor zover er ook anderen zijn, die dezelfde gebeurtenis hebben waargenomen, weet ik dat ik niet droom.[50] 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 de rede. Daarom moeten ook regeringen de mens 'die nu meer dan een machine is, in overeenstemming met zijn waardigheid behandelen'.[51] Tegen de achtergrond van deze culturele, politieke en intellectuele veranderingen trachtte men een nieuwe ultieme grondslag te formuleren voor het recht en de maatschappelijke orde.

Contractsdenkers

In de vorige paragrafen hebben we geprobeerd een antwoord te vinden op de vraag wat we kunnen verstaan onder 'de moderniteit'. In dit laatste gedeelte willen we ons bezighouden met de rechtstheoretische 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 rechts-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 de 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.

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

[50] Hannah Arendt, Vita Activa, vertaald door C. Houwaard, Amsterdam 1994, p. 65-66.

[51] Ibid., p. 71.

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.

Hobbes

Thomas Hobbes (1588-1679) is een invloedrijke filosoof die vele hedendaagse denkers inspireert.[52] Zo behandelde Robert Kagan (*geb.* 1958) de kloof tussen Amerika en Europa aan de hand van een these waarin 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 (1724-1804). 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.[53] 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 de rede (*reason*) komt zijn streng seculiere denken naar voren. De rede moet worden opgevat als een van onze geestvermo-

[52] Onder anderen Gray, John, *Heresies. Against Progress and Other Illusions*, Granta Books, Londen 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.

[53] Vgl. Kagan, Robert, *Of Paradise and Power*, New York 2003.

gens, die niets anders is dan het berekenen door optellen en aftrekken. De rede is dan een algemene benaming ter markering en aanduiding van onze gedachten.[54]

Zoals gezegd, kenmerkend voor Hobbes is zijn seculiere benadering. Bij hem zien we al hoe de Heilige Schrift als de bron van kennis verdwijnt. De wereld moet dan ook overgelaten worden aan de filosofie en andere wetenschappen; de Heilige Schrift kan ons daar niet bij 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 de 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 ziedende 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 hoogmoedige dieren.[55]

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 datgene wat uit de macht van zo veel mogelijk men-

[54] Hobbes, Thomas, *Leviathan*, The Cambridge University Press, Cambridge 2000, p. 31-32. Voor de vertaling maken we tegelijkertijd bij het formuleren van Hobbsiaanse begrippen gebruik van de Nederlandse editie van de Leviathan. Zie Hobbes, Thomas, *Leviathan*, vertaald door W.E. Krul, Boom, Amsterdam/Meppel 1989.

[55] 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.'

sen samengesteld is.[56] Zodoende is macht een reëel fenomeen met waarneembare empirische kenmerken. Het begrip macht wordt hier gescheiden van het ethische domein. 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: '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.'[57] Uit het feit dat wij, aldus Hobbes, gelijke mogelijkheden hebben volgt dat wij gelijke hoop kunnen koesteren om onze doeleinden te verwezenlijken. Uit die gelijkheid volgt wederzijds wantrouwen; daardoor wil de ene mens de andere een slag voor zijn. Het gevolg is dat twee mensen elkaars vijanden worden, indien zij dezelfde zaak begeren waarvan zij niet beiden tegelijk kunnen genieten. De belangrijkste oorzaken van onenigheid zijn: wedijver, wantrouwen en 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. Doordat 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.'[58] 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.

[56] Hobbes, Ibid., p. 62.

[57] Hobbes, Ibid., p. 86-87.

[58] Hobbes, Ibid., p. 89.

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 uitwendige belemmeringen noemt Hobbes vrijheid. De *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 in liberty to do, or to forbeare; 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.'[59] 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 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.'[60] 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

[59] Hobbes, Ibid., p. 91.

[60] Hobbes, Ibid., p. 92.

Rousseau afgebeeld in Armeense kleding. Het portret, geschilderd door Allen Ramsey, dateert uit 1766. Scottish National Gallery

beloven elkaars natuurrechtelijke vrijheid en veiligheid te respecteren en af te zien van het gebruik van geweld. Echter, zodra blijkt dat de gemeenschappelijke macht niet in staat is om het geweldsmonopolie effectief, ter wille van bescherming van individuen of groepen van mensen, aan te wenden, komt er een einde aan de gemeenschappelijke macht. De burgerlijke beloftes verliezen dan hun juridische en politieke betekenis: de burgeroorlog en anarchie zijn al begonnen. Het monstrum, Leviathan is de gemeenschappelijke macht, oftewel de staat die de mens ver van de afgrond moet houden: Leviathan is immers een koning voor alle jonge hoogmoedige dieren. Tegelijkertijd is Leviathan – zijnde gevormd door mensen – even broos en tijdelijk als de gemeenschap die hem deed vormen. De Leviathan is eeuwig noch onvergankelijk, aangezien hij in principe kan verdwijnen, waarna de oorlog van allen tegen allen begint.

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.[61] Hij polemiseert ook in andere teksten met Hobbes zoals in *Discours sur l'origine et les fondements 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.'[62] 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 verstoutte 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 verloren als jullie vergeten dat de vruchten van de aarde van iedereen zijn en dat de aarde van niemand is."[63] 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, 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.'[64] 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

[61] Rousseau, J.J., *Het maatschappelijk verdrag of beginselen der staatsinrichting*, vert. door B. van Roermund, Boom, Amsterdam/Meppel 1997, p. 43.

[62] Rousseau, J.J., *Vertoog over ongelijkheid*, vert. door J.M.M. de Valk, Amsterdam 1989, p. 59.

[63] Rousseau, Ibid., p. 91.

[64] Rousseau, *Het maatschappelijk verdrag of beginselen der staatsinrichting*, p. 48.

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'.[65]

Weliswaar is de oorlog een betrekking tussen de staten, maar zodra het woord oorlog niet formalistisch-juridisch wordt gebruikt, zal Rousseaus stelling slechts op grond van zijn romantische mensbeeld kunnen worden gefundeerd, omdat deze Rousseauiaanse theorie over oorlog zonder een aantal vooronderstellingen over de natuurlijke toestand van de mens niet denkbaar is. Daarbij is het bij 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 algemene wil; en gezamenlijk nemen wij ieder lid op als onscheidbaar deel van het geheel.'[66] Bij Hobbes droeg niemand meer macht over dan strikt noodzakelijk was. En het gebeurde op voorwaarde dat de gemeenschappelijke macht in staat zou zijn iedereen te verdedigen.[67] Zodoende beschouwt Hobbes de gemeenschappelijke macht ook als een empirisch gegeven, die hetzij zwak kan zijn, hetzij ten onder kan gaan. Rousseau ziet de gemeenschappelijke macht als normatief, afgesloten systeem, zonder de reële

[65] Rousseau, Ibid., p. 49.

[66] Rousseau, Ibid., p. 54.

[67] Het behoeft nauwelijks betoog dat dit punt onder de huidige omstandigheden van terrorismedreiging een nieuwe actualiteit heeft gekregen. Een staat die niet bij machte is zijn burgers adequaat te beschermen tegen theoterroristen faalt, vanuit het perspectief van Hobbes bezien, jammerlijk. Zie hierover: Cliteur, Paul, 'Waarom terrorisme werkt', in: E.R. Muller, U. Rosenthal, R. de Wijk, red., *Studies over terrorisme en terrorismebestrijding,* Kluwer, Deventer 2008, pp. 307-347; Cliteur, Paul, 'Van Rushdie tot Jones: over geweld en uitingsvrijheid', in: Afshin Ellian, Gelijn Molier en Tom Zwart, red., *Mag ik dit zeggen? Beschouwingen over de vrijheid van meningsuiting,* Boom Juridische Uitgevers, Den Haag 2011, pp. 67-89; Cliteur, Paul, Herrenberg, Tom, and Rijpkema, Bastiaan, 'The New Censorship: A Case Study of Extrajudicial Restraints on Free Speech', in: Afshin Ellian and Bastiaan Rijpkema, eds., *Freedom of Speech under Attack,* Eleven, International Publishing, The Hague 2015, pp. 291-318.

beperkingen en historische gebeurtenissen, die dat kunnen beïnvloeden in de veranderende werkelijkheid. Aan die gemeenschappelijke (Rousseauiaanse) macht moet iedereen 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 met slechts één enkele wil. Waarop heeft deze Wil betrekking? Hij heeft betrekking op het gemeenschappelijke voortbestaan en het algemene welzijn.[68] De algemene wil zou kunnen worden aangetast door de particuliere belangen ('les intérêts particuliers'). Impliceert het begrip algemene wil een eeuwige onveranderlijke 'wil'? Zijn het juist niet de particuliere belangen van de 'petites sociétés' die op den duur tot de algemene wil, dus ook het algemeen belang kunnen (uit)groeien? Is de democratie niet een maatschappijvorm waarin de burgers de plicht hebben om 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 doel (*telos*) van een samenleving is. Bovendien is de inhoud van het algemeen belang veranderlijk en dus tijdelijk van aard.

Rousseau formuleert zijn bezorgdheid over de komst van 'les intérêts particuliers' als volgt: 'S'ensuit-il de-là que la volonté générale soit anéantie ou corrompue?' Het antwoord luidt ontkennend, 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 heel goed inziet dat hij het er niet helemaal van kan scheiden'.[69] De 'volonté générale' kan nooit in het 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 heeft, paradoxaal genoeg, een sterk religieuze connotatie. 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?

[68] Rousseau, Ibid., 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*, Ibid., p. 259.

[69] Rousseau, Ibid., p. 136.

In *Volksvertegenwoordiging. Rousseau's maatschappelijk verdrag in de spiegel van de rechtsstaat*, beschrijft B. van Roermund de theologische betekenis van het begrip 'algemene wil'. Dit begrip werd gedacht vanuit een theologische discussie in de 17de 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.'[70] Het gaat hier dus om het theodicee-probleem. Volgens Van Roermund herkennen we in Rousseaus boek een gesecularisseerde, 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.'[71] 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 gesecularisseerde politieke theologie moet 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 willekeur en het 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. Immers, een totalitaire staat vertegenwoordigt een politieke orde die functioneert op basis van grove mensenrechtenschendingen. 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 teneinde de individuen gelukkig te laten worden in een bezitloze samenleving. Dit is het precies het probleem van de moderne tijd: de politieke theologie zonder God versus het politieke.

[70] B. van Roermund, *Volksvertegenwoordiging. Rousseau's maatschappelijk verdrag in de spiegel van de rechtsstaat*, Damon, Leende 2000, p. 130.

[71] Van Roermund, Ibid., p. 130.

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 onderbrengt 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, aangezien de wil van allen zijnde de optelsom van de afzonderlijke willen slechts privébelangens beoogt. (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 van de staat. Op deze vijanden (de openbare vijanden) is het oorlogsrecht van toepassing. De samenleving mag zijn 'misdadige leden' als vijand verklaren. Terecht wijst de Nederlandse filosoof Hans Achterhuis (*geb.* 1942) op de doorwerking van Rousseaus 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.[72]

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. Als gevolg daarvan vond er ook een drastische verandering plaats in de manier waarop over de grondslagen van de rechtsorde werd gedacht. Uiteindelijk heeft dit veranderingsproces geresulteerd in dat wat we nu de klassieke grondslagen van het moderne recht noemen. 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 grondslagen van een moderne 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

[72] Achterhuis, Hans, *Het rijk van de schaarste. Van Hobbes tot Foucault*, Ambo, Amsterdam 1988, p. 150-151. Zie ook: Cliteur, Paul, 'Rousseaus kruistocht tegen de beschaving', in: Andreas Kinneging en Rob Wiche, red., *Van kwaad tot erger,* Het kwaad in de filosofie, Het Spectrum, Utrecht 2007, pp. 207-227; Babitt, Irving, *Rousseau & Romanticism,* New Introduction by Claes G. Ryn, Transaction Publishers, New Brunswick (USA) en London (UK) 1991 (1919).

macht. Het volk is dan uiteindelijk de legitimatiegrond van de macht. Zodra het volk niet langer de dragende grond van de macht *is,* dan wel niet langer als zodanig wordt *voorgesteld*, zal de rechtsorde haar legitimiteit bij de toepassing van het geweldsmonopolie verliezen. Hier begint een onoverbrugbare legitimatiecrisis die ten slotte tot een politieke transitie zal leiden.

- Van de Heilige Schrift naar de Rede. De kennis over de wereld en het recht is niet langer exclusief verbonden met de theologische en religieuze verklaringen en interpretatiemethodes. 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, wordt ook gesecula-riseerd.[73] Er bestaan dan verschillende en soms tegenstrijdige verklaringen over de antropologische oorsprong van de mens: de mens als een engelachtig dier, de mens als een gevaarlijke wolf, de mens als een economisch wezen of de mens als een rationeel dier. Het recht stelt de mens voor als subject (*subjectum*): de drager van rechten en plichten én het onderwerp van het recht. Deze pluriformiteit van het mensbeeld maakt een einde aan de eenduidigheid over de mens en zijn bestemming. Niemand weet waar de mens naartoe gaat.
- Het contract als basis van het samenleven. Daardoor vindt een de-mythologiserende ontwikkeling plaats, die de stichtingsakte van een samenleving niet langer op basis van de mythe, maar op grond van de ratio (het sociaal contract als grondslag van de samenleving) beoogt voor te stellen. Daarmee is zelfs het symbolische stichtingsmoment gesecula-riseerd. Zodoende is, in tegenstelling tot de oudheid en de middeleeuwen, het voortbestaan van een samenleving en de daarbij behorende rechtsorde niet zomaar vanzelfsprekend. Het gevolg is dat er sprake is 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

[73] 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.

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 (1906-1975), 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 tegenover 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 elkaars aanwezigheid op den duur niet kunnen verdragen.[74]
– 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, dat 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 te brengen en te consolideren, waarvoor de hervormingsfilosofie zoals die van Beccaria onontbeerlijk was.[75]

De groei van wetenschappen en het belang van publieke meningsvorming. Met de moderne tijd begint de strijd om de publieke opinie. Feiten en analyses moeten het volk, of een groot deel ervan, overtuigen van een bepaalde opvatting. De strijd tussen leugens en evidente waarheden stimuleert 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.

74 Arendt, *The Human Condition*, Ibid., p. 52-53.

75 Zie: Verhofstadt, Dirk, red., *250 jaar Over misdaden en straffen: Cesare Beccaria*, Houtekiet, Antwerpen/Amsterdam 2014; Foqué, R., en 't Hart, A.C., *Instrumentaliteit en rechts bescherming*, Gouda Quint, Arnhem 1990, p. 183-186.

Mensenrechten

De secularisering van de macht, kennis en het recht bracht letterlijk de nieuwe wereld voort. De oude wereld stierf langzaam en bepaald niet geruisloos. Het tijdperk van de *homo hierarchicus* dat eeuwenlang een ordenende functie had gehad voor het politieke en ook voor de rechtsorde, ging ook ten onder. De nieuwe tijd wordt gekenmerkt door de intrede van *homo equalis*.[76] Het gaat hier niet om de gelijkheid voor de wet, want dit kenden 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 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 nuttigheidsprincipe, maar op basis van de heiligheid of de schitterende glans van een stand.[77] 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.[78]

Dit maatschappijbeeld zal door de moderne tijd gewelddadig worden vernietigd. De verdwijning van de aristocratie,[79] als het weefsel van de premoderne tijd, zal in de moderne tijd de *homo equalis* niet verlossen van de maatschappelijke verschillen.

---

[76] 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.

[77] Johan Huizinga, *Herfsttij der Middeleeuwen*, p. 80.

[78] Huizinga, Ibid., p. 81.

[79] Kinneging, A.M. Andreas, *Aristocracy, Antiquity and History. Classicism in Political Thought*, Transaction Publishers, New Brunswick/Londen 1997.

Op welke wijze heeft deze politiek-juridische aardbeving kunnen plaatsvinden? De evolutie.

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 *founding fathers* van de Verenigde Staten beoogden de *Constiutio Libertatis* te realiseren.[80] Op het verloop van de Franse Revolutie hadden de opvattingen van Rousseau hun stempel gedrukt, terwijl de Amerikaanse revolutie vooral was beïnvloed door opvattingen van Montesquieu (1689-1755). Omdat de oprichters van Amerika, aldus Arendt, het politieke domein zo wilden opbouwen en constitueren dat de macht en vrijheid gecombineerd konden worden.[81] 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 de 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, de ongelijkheid, het despotisme en alle andere kwalen van het Ancien Régime waren volgens Tocqueville de oorzaken van de revolutie. De revolutie was 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.'[82] Alexis de Tocqueville weet al in 1856 dat de Franse Revolutie een wereldwijd effect ambieerde[83] en dat zij een missionaire atmosfeer[84] schept. Op de vraag wat de ware bedoeling van de revolutie was, schrijft hij: '(…) to change the whole nature of our

[80] Vgl. Hamilton Alexander, Ray John en Madison James, *The Federalist. A commentary on the constitution of the United State*, Modern Library, New York 2000.

[81] Arendt, *On Revolution*, Ibid., p. 150.

[82] Tocqueville, Alexis de, *The Old Regime and the French Revolution*, Anchor Books, New York 1983 (1856), p. 1.

[83] Tocqueville, Ibid., p. 10.

[84] Tocqueville, Ibid., p. 12.

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.'[85]

De Franse Revolutie beoogde ook een nieuwe universele wereld (namelijk de Westerse Wereld) te bereiken, die op de beginselen van de liberale rechtsstaat zou 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 satanisch die revolutie aankleefde. Daarom hoopt hij dat, te midden van de duisternis van de toekomst, de aristocratie zal ontstaan, die de onbekende krachten met hun vernietigingsdrang kan kanaliseren.

Naast de rechtsstatelijkheid 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, zij 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 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 staat immers ten dienste van de ideologie, en de revolutie is zelf ook het instrument om een paradijselijke toestand te bereiken. De revolutie dient dus een ander doel. Het geweld is ook in wezen instru-

[85] Tocqueville, Ibid., p. 19.

menteel, omdat het geweld een reeds vastgesteld doel moet bereiken. De revolutie en geweld komen uit eenzelfde gedachte en handelingspatroon voort: de absolute instrumentaliteit die eigen is aan het 'maken'.[86] Het taalgebruik van Saint-Just 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.'[87] Inderdaad is de guillotine de machine en het goddelijke symbool van de revolutie.

De revolutie die de rechten van de mens heeft afgekondigd, eindigde in massale mensenrechtenschendingen.[88] 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 de revolutie ontwikkelde zich tot een ongekende intellectuele arbeid bij Marx, Engels en 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[89] afgeschaft zou zijn. De democratie wordt bestempeld in termen van kleinburgerlijkheid.[90]

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

[86] Vgl. Arendt, Hannah, On Violence, in: *Crises of the Republic, Harcourt Brace*, Londen 1972 (1969), p. 105-198.

[87] Arasse, Daniel, *De machine van de revolutie. Een geschiedenis van de guillotine*, SUN, Nijmegen 1989, p. 114.

[88] 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. Oeuvres complètes*, Gallimard, Paris 2004.

[89] 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.

[90] Marx, Karl, 'Der Achtzehnte Brumaire des Louis Bonaparte', in: *Karl Marx Politische Schriften, Erster Band*, Wissen schaft liche Buchgesellschaft, Darmstadt (1852) 1978.

van de revolutie te verwezenlijken. De afwezigheid van rechtsstatelijkheid 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 Rousseau en Hobbes

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 niets 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.[91]

De wilde mens in de natuurtoestand is niet zo slecht als Hobbes zich heeft voorgesteld.[92] Zodoende is gebleken hoe funderend een mensbeeld is voor een politiek-juridische 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 de mensenrechten: de afkondiging van de *Bill of Rights* (1689), de *Declaration of independence* (1776) en de *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* (1789). Wat is de betekenis van de intrede van de rechten van de mens

[91] Ibid., p. 79.

[92] 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.

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 intrigerende 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 dat 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 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*.[93]

De Graaf meldt niet alleen hoe belangrijk de Franse Revolutie was, maar hij benadrukt vooral hoe als gevolg hiervan, en in het kielzog van de rechten van de mens, de mens als abstracte categorie is ontdekt. 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.[94] (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*[95] de Franse jurist Portalis (1746-1807) als de codificator

[93] De Graaf, A., *Een beschouwing over de geschiedenis van het straffen*, Amsterdam 1896, p. 105, 113, 117.

[94] 'Alle eigenschappen of rechten die men zegt dat de mensch heeft, moeten aanduiden wat de persoonlijkheid uit maakt. 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 Ibid., p. 117-18.

[95] Foqué, H., 't Hart, A.C., *Instrumentaliteit en rechtsbescherming. Grondslagen van een strafrechtelijke waardendiscussie*, Gouda Quint, Arnhem 1990, p. 39-51.

van de 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 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'.[96]

Het mensbeeld van de verlichting vormt de structuur van het mensbeeld dat aan de mensenrechten ten grondslag ligt. 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 geestelijke bescherming tegenover de (overheids)machten (de vrijheidsdrang).
3. Mensen zijn autonome subjecten.

Laten we nu kijken naar art. 1 van de Universele Verklaring van de Rechten van de Mens (1948):

> Art. 1: 'Alle mensen worden vrij en gelijk in waardigheid en rechten geboren. Zij zijn begiftigd met verstand en geweten, en behoren zich jegens elkander 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 kunnen worden. De liberale samenleving is een open samenleving 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

[96] Foqué en 't Hart, Ibid., p. 44.

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 'de politiek' (publieke ruimte) waarvan het burgerschap de ratio en het wezen is. Wat is de positie van de rechten van de mens in dit geheel? Wordt het maatschappelijk verdrag bewaakt en verfijnd door 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 Jorge Luis Borges (1899-1986) 'de eeuw van de dood' genoemd. Met de zware historische erfenis van deze eeuw moeten de strafrechtsjuristen aan de wetten, geboden en verboden gestalte geven. In dit perspectief van de geschiedenis plaatsen wij de idee van de mensenrechten.

Soms wordt van de mens een politieke abstractie gemaakt. De geabstraheerde 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 concreet mens tot een restrictie verwordt die daarmee tegelijkertijd een opheffing van de abstractie inluidt. 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. Metaforisch kan het eerstgenoemde punt worden uitgedrukt in de frase: 'from the rights of Englishman towards

the rights of man'.[97] Er ontbrak echter 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. Zo werden joodse vluchtelingen ineens geconfronteerd met een ongekend 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.'[98] Bovendien was het noodzakelijk om 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 (EVRM) is een unieke poging om de politieke abstractie van de mens tegen te gaan. Kort na de Tweede Wereldoorlog (1948) heeft *De Europese beweging*[99] op het 'Congres van Europa' de wens tot opstelling van een Europees Handvest voor de Rechten van de Mens uitgesproken. Men wilde na de onbeschrijflijk totalitaire verschrikkingen datgene realiseren waartoe de revoluties van de moderne tijd – zoals de Franse – met haar filosofen en filosofieën niet in staat waren.[100] 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 tot stand brengen 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

97 Arendt, *The Origins of Totalitarianism*, p. 175 e.v.

98 Arendt, Ibid., p. 292-293.

99 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.

100 Bij de parlementaire behandeling van het EVRM in Neder land 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.

> 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.[101]

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.[102] De redenering van deze en andere auteurs was dat het internationale recht een primitief rechtssysteem is. Als gevolg daarvan zijn de rechten die tot het internationale recht behoren weliswaar 'primary rules of obligation', maar ontbreken 'secondary rules to make, recognize or enforce primary rules'.[103] Wij kunnen ons 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 rechtssysteem 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 tegelijkertijd als grondslag en grens van de macht fungeert.

Maar een verabsolutering van de mensenrechten waarbij de democratie en de volkssoevereiniteit uitgeschakeld dreigen te worden, is ook te beschouwen als een dreiging voor een open samenleving. 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 die gekenmerkt wordt door juridisch activisme. 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? Door een totale juridisering van de staat, hetgeen op zijn beurt zal leiden tot de algehele depolitisering ervan. Een gedepolitiseerde staat is dan geen staat meer. Het juridisch activisme wordt gekenmerkt door een minachting voor democratische politieke processen. In zijn oratie

[101] 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.

[102] Hart, H.L.A., *The Concept of Law*, Oxford University Press, Oxford 1961, p. 209-231.

[103] Janis, Kays & Bradley, Ibid., p. 5.

Een primaat van politiek schreef Jos de Beus (1952-2013) 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.'[104] Inderdaad ligt in de democratie het primaat bij de politiek, dus bij de burgers, en niet bij het recht. Niettemin heerst ook hier 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 de politiek zoals die ooit door de burgers zijn gesteld.

[104] Beus, Jos de, *Een primaat van politiek*, oratie Universiteit van Amsterdam, Amsterdam 2001, p. 6.

Verantwoording

Een deel van het materiaal in dit boek is eerder verschenen in andere boeken en bundels. Voor deze uitgave is het materiaal bewerkt en geactualiseerd.

Hoofdstuk 1 is voor het eerst verschenen onder de titel Cliteur, Paul, "Natuurrecht en rechtspositivisme", in: *InLeiden tot de rechtswetenschap,* H. Franken, e.a., vierde druk, Gouda Quint, Arnhem 1987, pp. 69-103. Delen van dit hoofdstuk waren eerder verschenen in: Cliteur, Paul, "Rechtsbeginselen: tussen natuurrecht en rechtspositivisme", in: *Philosophia Reformata*, Orgaan van de vereniging voor calvinistische wijsbegeerte, 49e jaargang 1984 nr. 1, pp. 57-70. Latere bewerkingen van het hier gepresenteerde materiaal verschenen als Cliteur, Paul, "Van klassiek natuurrecht naar cultuurrecht", in: H. Franken, in samenwerking met P.W. Brouwer, P.B. Cliteur en M.A. Loth, *Encyclopedie van de rechtswetenschap,* tiende druk, Kluwer, Deventer 2003, pp. 67-99 en Cliteur, Paul, "Is het natuurrecht óf het cultuurrecht een noodzakelijke basis voor het positieve recht?", in: Paul Cliteur, *Rechtsfilosofie.* Een thematische inleiding, Ars Aequi Libri, Nijmegen 2002, pp. 127-157.

Hoofdstuk 2 is een bewerking van Cliteur, Paul, "De democratische rechtsstaat aan het einde van de geschiedenis", in: *Cultuurfilosofie vanuit levensbeschouwelijke perspectieven*, E. Brugmans, red., Open Universiteit 1994, pp. 9-41. Ook zijn verschillende lemma's verwerkt uit: Cliteur, Paul en Verhofstadt, Dirk, *Het Atheïstisch Woordenboek,* Houtekiet, Antwerpen 2015.

Hoofdstuk 3 is verschijnt in het Nederlands in deze vorm voor de eerste keer. Onderdelen van de argumentatie zijn echter eerder gepresenteerd in: Cliteur, Paul, "De religieus neutrale staat: voor en tegen", in: F.T. Oldenhuis, red., *Een neutrale staat: kreet of credo?,* Protestantse Pers, Heerenveen 2009, pp. 27-77; Cliteur, Paul, "L'Etat laïque face au terrorisme religieux", in: Alain Dierkens, Jean-Philippe Schreiber, ed., *Laïcité et sécularisation dans l'Union européenne,* Editions de l'Université de Bruxelles,

Bruxelles 2006, pp. 215-227; Cliteur, Paul, "State and religion against the backdrop of religious radicalism", in: *International Journal of Constitutional Law,* Vol. 10, No. 1, 2012, pp. 127-152; Cliteur, Paul, "The multicultural state and the religiously neutal state: a rejoinder to Phil Ryan", in: *International Journal of Constitutional Law*, No. 2, 2014, pp. 464-467. De paragraaf over Pinechas en Mozes is een bewerking van: Cliteur, Paul, "The Postmodern Interpretation of Religious Terrorism", in: *Free Inquiry,* February / March 2007 (Volume 27, Number 2), pp. 38-41; ook is material over de laïcité eerder gepubliceerd in: Cliteur, P.B., & Ellian, A., *Encyclopedie van de rechtswetenschap: grondslagen,* I, derde druk, Kluwer, Deventer 2011, 370 pp. en in eerdere drukken van dit boek.

Hoofdstuk 4 is een bewerking van hoofdstuk 2 ("Cultuurrelativisme als uitdaging voor de universaliteit") van Cliteur, P.B., *De filosofie van mensenrechten,* 2e druk, Ars Aequi Libri, Nijmegen 1999 (1997), pp. 43-65; Cliteur, Paul, "Jemen in Nederland", in: P.B. Cliteur en V. van Den Eeckhout, red., *Multiculturalisme, cultuurrelativisme en sociale cohesie*, Boom Juridische Uitgevers Den Haag 2001, pp. 15-65; Cliteur, Paul, *The Secular Outlook: a Defense of Political and Moral Secularism,* John Wiley/ Blackwell, Malden, Oxford, Carlton 2010; Cliteur, Paul, *La visione laica del mondo*, Casa editrice Nessun Dogma, Roma 2013; Cliteur, Paul, *Esperanto moral: por una ética laica,* Los libros del Lince, Barcelona 2009, 291 pp.

Hoofdstuk 5 is een bewerking van hoofdstuk 9 en 10 uit Cliteur, P.B., & Ellian, A., *Encyclopedie van de rechtswetenschap: grondslagen,* I, eerste druk 2006, tweede druk 2009 en derde druk, Kluwer, Deventer 2011, 370 pp.

Register

Abd al-Aziz Al Saud (koning van Saoedi-Arabië) 121
Abd al Wahhab 113
Abdel-Samad, Hamed 214–215
Abdi Dahir, Naïma 159
Abdullah bin Abdul Aziz Al Saud (koning van Saoedi-Arabië) 121, 124
abnormaal gedrag 182
Aboutaleb, Ahmed 162
absolute heersers/machthebbers 59
absolute waarden 197
zie ook universaliteit
abstracties, juridische 257
academische vrijheid 127, 213
accusatoire procedures 228, 230
Achterhuis, Hans 247
ACP *zie* Algemeen Constitutioneel Patroon van de moderniteit (ACP)
activisme, juridisch 259
Acton, John Emerich Edward Dalberg 59
afvalligheid, bestraffing van 127–128, 131
agnosticisme 144
agnostische staten *zie* seculiere staten
Algemeen Constitutioneel Patroon van de moderniteit (ACP) 78–79, 84–85
interne spanningen van 91–101
kritiek op model van 89–91, 95, 100
Algemeen Menselijk Patroon (AMP, Romein) 78n76
algemene rechtsbeginselen 29
algemene wil 245–246, 247
Almaribe, Mansour 126
The American Commonwealth (Bryce) 42–44
Amerikaanse revolutie 251
Amir, Jigal 113
Amnesty International 120
Antigone (Sophocles) 2–4, 5
antisemitisme, en cultuurrelativisme 209
antropologie 181, 202
van Hobbes 240
apostasie *zie* afvalligheid
aprioristische beginselen 14
Aquino, Thomas van 6–7, 8, 11–13, 15–16, 19–20, 26–27, 34, 171
Arab Human Development Report 127
Arendt, Hannah 210, 249, 251, 258
Aristoteles 8, 11, 27, 228n26
Armstrong, Karen 120n56
artistieke vrijheid 213
astronomie 224
atheïsme 114–117
atheïstische staten 117–118, 130
Auerbach, Erich 79
Augustinus 79, 158n15, 171
Austin, John 23–24, 25, 64, 69
Ayer, Alfred Jules 185n75

Babbitt, Irving 83–84
Bachtin, Michael
Bacon, Roger 223
Badawi, Raif 124–126
Bakri Muhammad, Omar 153–154, 155, 156–157, 164, 188, 205
barbaarsheid 173, 174
Bartholomeusnacht (1572) 172
Beccaria, Cesare 160
belangenconflicten 21
België, religieuze neutraliteit in 106n12
beloftes 241
Benedict, Ruth 179–184, 186, 188, 193, 196, 197–198, 201, 204, 207
Bentham, Jeremy 70, 100, 208
Bergbohm, Karl 68
Bergh, George van den 66–67, 89–90, 91
Berkeley, George 120
beschavingen

botsingen/conflicten tussen 51–52
Europese/Westerse 221–222
superioriteitsgedachte van 189–191, 207
beschavingsidealen 81, 82, 83
beschavingsprocessen 110
bescheidenheidsideaal 173, 175, 176
Een Beschouwing over de Geschiedenis van het Straffen (De Graaf) 255
besnijdenis
van mannen 161
van vrouwen *zie* genitale verminking van vrouwen/meisjes
Besson, Éric 144
Beus, Jos de 260
bewijsrecht 230
bewustzijn 227
bezit, als bron van alle kwaad 243, 246
Bijbel 110n20, 239
Bijdrage aan de Kritiek van Hegel's Rechtsfilosofie (Marx) 116
Al-Bishi, Said 128
Blackstone, William 7, 23, 25, 68
blasfemie
beschuldigingen 153, 154, 156–157, 164–165
bestraffing in islam 127–128
niet-strafbaarstelling van 155–156
Bloom, Allan 187
Boas, Franz 180
boerka-verbod, in Frankrijk 148
Borges, Jorge Luis 257
Bork, Robert 187
Boss, Judith 201, 209, 210
Bouyeri, Mohammed (Mohammed B.) 112
Bradlaugh, Charles 224n17
Bréhier, Émile 173n50
Bruno, Giordano 224
Bryan, William Jennings 136
Bryce, James 42–44, 56n18, 75–76
Bullock, Alan 81
burgerlijke maatschappij 256
burgers
politieke betrokkenheid van 56–57
vrijheid van 63
burgerschap 241
burgertoestand, overgang van natuurtoestand naar 245
Burke, Edmund 34, 84, 85–87
kritiek op 87–89

Caldecott, A.T. 191
Callicles 168–169
Cameron, David 103, 106, 114, 143
Canada, multiculturalisme in 143–144
Candide, ou l'Optimisme (Voltaire) 232
canoniek recht 221, 229–230n28
Capitalism, Socialism and Democracy (Schumpeter) 56
Capriolo, Ettore 157
christelijke filosofie 171
christelijke identiteit, van Britse staat 103, 104, 105–106
christelijke waarden 173n50, 186n77
christendom
einde romeinse vervolging van 221
in middeleeuwen 218, 220–221, 222–223
reformatie 223–224
Christianity and Morals (Westermarck) 186n77
Cicero, Marcus Tullius 5–6, 14–15
Cliteur, Paul xi, 196, 197
clitoridectomie *zie* genitale verminking van vrouwen/meisjes
codificatie van recht 69–70, 249, 255–256
hoger recht 71, 73
strafrecht 231–232
Commager, Henry Steele 90–91
communitarisme 108n17, 147
The Concept of Morals (Stace) 187–188
conflicten
tussen belangen 21
tussen beschavingen 51–52
tussen culturen 154–157, 160–162
en liberalisme 157–158, 159
tussen hoger en lager recht 25–26, 42–43
consequentialisme 170n43
Constantijn de Grote (romeinse keizer) 160, 220–221
constituties *zie* grondwetten
constitutionalisme 70–73
constitutioneel recht 93–94, 97
zie ook toetsingsrecht, constitutioneel
constitutionele geschiedenis 48, 53, 65–70
einde van 91, 100
moderne 78–79
contractdenkers 218, 237–249, 254
zie ook sociaal contract
conventies *zie* gewoontes
Copernicus, Nicolaus 224
Corpus Christi (McNally) 153, 154
Corpus Iuris Canonici 221
Cranston, Maurice 95n121
Criminele Ordonnantiën 231
Critical Legal Studies 100n135
Crivelli, Carlo 8
Cromwell, Oliver 238
cultureel determinisme 196–197, 201–204, 207
culturen 195n105
conflicten tussen 154–157, 160–162
en liberalisme 157–158, 159
moraal bepaald door 171, 176–177, 183, 194–196, 198–199, 201
en natuur 166, 167, 174
respect voor/kritiseren van 110, 142–143, 162, 197–198
variëteit aan 110, 171, 193–194, 198–199

Westerse, superioriteitsgedachte van 189–191, 207
zich losmaken van 196–197, 199, 207
cultuurrecht 29–30, 32–34, 45, 66
cultuurrelativisme 163–187, 193–198, 215–216
kritiek op 191–193, 198–208
populariteit van 187–189
versus universele normen en waarden 209–216, 217

Darius de Grote (koning van Perzië) 166, 173n48, 206
Darrow, Clarence 136–137
Darwin, Charles 203n128
darwinisme, sociaal 176
Davies, Norman 223
Dawkins, Richard 109–110, 118
De Republica, (Cicero) 14–15
De Revolutionibus Orbium Coelestium (Over de omwentelingen der hemellichamen, Copernicus) 2224
Declaration of Independence (Verenigde Staten, 1776) 1–2, 3, 66n42, 208
Dei Delitte et della Pene (Beccaria) 160
Delfgaauw, Bernard 226–227
Democracy and Leadership (Babbitt) 83–84
democratie x, 54, 55–57, 84, 129, 255
en joods-christelijke traditie 107
en liberalisme 54–55
democratische rechtstaat x, 49, 53–54, 78, 217–218
en constitutioneel toetsingsrecht 89–91, 92
dominantie als politiek systeem 47–48, 50–51, 85
ideaal van 49, 57–58, 59, 60, 66, 77, 85, 93–94, 95, 152, 217
interne spanningen 91–101
en mensenrechten 72, 256–257
verdediging van ideaal van 152
en verschansing 85–86, 87, 97
Denemarken, cartooncrisis in 142–143
denken
Descartes over 226–227
zie ook politiek, denken over
Derrida, Jacques 235n45
Descartes, René 30, 79, 80, 225–228, 232
Devlin, Patrick 155n7, 199n116
Dickens, Charles 191–193, 207
directe democratie 55–56
Dirie, Waris 159n17, 194n103
dirigent-rechter vergelijking 24–25
Discours de la Méthode (Descartes) 79
Discours sur l'Origine et les Fondements de l'Inégalité parmi les Hommes (Rousseau) 243
discriminatie 134, 151
indirecte 150–151
van minderheden bij staatsgodsdiensten 135
van ongelovigen 140
verbod 155
doelen
rechtvaardiging van middelen tot bereiken van 22
in teleologische verklaringen 11
Donne, John 203
doodstraf 151, 156
in Saoedi-Arabië 126, 128
zie ook executies
Dr. V. zaak 34–35, 36, 38
Dresselhuys, Ciska 159–160n18
Du Contrat Social, (Rousseau) 242–243
Duitsland
grondwet, onveranderbaarheid van 73–74
nazi-wetgeving in 34–35, 36, 39
en cultuurrelativisme 209–210
en rechtspositivisme 44
Dworkin, Ronald 92n112, 199–201, 215, 216

Eco, Umberto 222
Edict van Milaan 221
egoïsme 201
Eichmann, Adolf 210
eigenbelang 245
eigendomsrecht, als bron van alle kwaad 243, 246
eigenrichting, oproepen tot 156–157
Ellian, Afshin xi, 196, 197
Elliott, Karen 124
'éminence grise' x
emotivisme 184, 185
kritiek op 200
empiristen 234
Encyclopedie van de rechtswetenschap ix
Encyclopedisten 234
'End of history' these (Fukuyama) 47–48, 49–51
toetsing van 51–53, 85, 100
Engeland *zie* Groot-Brittannië
D'Entrèves, A.P. 14n26, 15–16n28
Epicurus 131n100
Erasmus, Desiderius (van Rotterdam) 223
Essais (Montaigne) 172, 186, 193–194, 206n138
Essay on Man (Pope) 82
Ethica (Spinoza) 119
Ethical Relativity (Westermarck) 185
ethiek 178–179, 182–183, 185
rationele 234
van Socrates 167
etnocentrisme 176, 177, 178
Europa 238
afschaffing van doodstraf in 156
civilisatie van wilden gedachte in 190
grondslagen beschaving van 221–222
secularisatie in 108
zie ook Westen
Europees Hof voor de Rechten van de Mens, over kerk-staat scheiding 104n2

Europees Verdrag tot Bescherming van de Rechten van de Mens en de Fundamentele Vrijheden (EVRM) 258–259
evolutieleer, verbod op het onderwijzen van 136–137
executies
in middeleeuwen 230–231n30
in Saoedi-Arabië 126, 128
video-opnames van 161n22

Fahd Bin Abd al-Aziz Al Saud (koning van Saoedi-Arabië) 121
fascisme 41–42
fatwas 153n3, 157
federalisme 61
Ferris, Jean Leon Gerome 3
filosofie 8, 220
christelijke 7n12, 218
Finke, Roger 127
Finnis, John 7
'folkways' concept (Sumner) 177, 178–179, 193, 196, 201, 207, 215
folteringen, middeleeuwse acceptatie van 230
Foqué, R. 249, 255–256
Frankrijk, als seculiere staat (*laïcité)* 144, 147–151
Franse Revolutie 86, 251–253, 255
Freedom of Thought rapporten, (International Humanist and Ethical Union) 120, 155–156n8
The French Intifada (Hussey) 147
Fresco, Marcel 81
Fukuyama, Francis 47–48, 51, 54–55, 58–59, 85, 95, 100
kritiek op 51–52
en postmodernisme 49–50
Fuller, Lon 23, 28, 39, 65
Fünf Minuten Rechtsphilosophie (Radbruch) 36–37

Galilei, Galileo 107, 224
gehoorzaamheidsplicht
aan algemene wil 246
en geldigheid van wetten 43, 76–77
en onrechtvaardig recht 38–40
ontheffing van 1–4, 5, 16
gelijkheid 168–169, 240, 250
beginsel van 20, 21
gemeenschap, versus individuen 33–34
genitale verminking van vrouwen/meisjes 158–159, 162–163, 213–215
Gensler, Harry J. 179n62
George III (koning van Groot-Brittannië) 2, 208
George, Robert P. 125–126
gerechtigheid *zie* rechtvaardigheid
Gerin, André 148
Germaans strafrecht 228
Gérôme, Jean-Léon x
geschiedenis
constitutionele 48, 53, 65–70, 78–79, 91, 100
einde van *zie* 'End of history' these
van mensenrechten 71, 72, 257–259
ontwikkeling van 203
van politieke denken 217–222
middeleeuwen 222–223
verlichting 236
en revoluties 252
van strafrecht 228–234
zin van 248–249
Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht (Radbruch) 37
gevoelens
moraal bepaald door 184, 185, 200
subjectiviteit van 21–22
geweld
gebruik van 154
monopolie van staat 242, 248
revolutionair 251, 252–254
gewoontes 166, 177, 186
'macht' van 196, 205–206
en moraal 183
en natuur 167
toetsing van 206–207
Gibbon, Edward 221
God 115
Aquino over 12
legitimatie van macht door 233
in natuurrecht 67–68
in theoterrorisme 4
vertegenwoordigers van 119
wil van, redding van alle mensen 246
goddelijke wetten/recht 4, 14, 25, 168
godsdienst
staatsgodsdiensten 134–138
vrijheid van 132
in Verenigde Staten 135, 145
godsdienstsociologie 234n42
godslastering *zie* blasfemie
goed/het goede 13, 183
en kwaad 26–27
goede wilde (*noble savage*) 173–175, 181, 244
kritiek op 191–193
Gomperz, Theodor 167n31
Good and Evil (Richard Taylor) 169
Graaf, A. de 255
Gray, John 238n52
Grim, Brian J. 127, 135
grondloze samenleving 255, 256
grondrechten 2, 65–71, 83, 95n121
en democratische rechtstaat 256–257
erkenning van 95–96, 100n136
geschiedenis van 71, 72, 257–259
godsdienstvrijheid 132
in Verenigde Staten 135, 145
en joods-christelijke traditie 107
van kinderen 161
mensbeeld ten grondslag aan 254–255, 256

onvervreemdbare 2, 66, 67
proliferatie van 98, 99–100, 101
recht op verzet 1–4, 5, 16
en revoluties 253
sociale 72–73
universaliteit van 132–134, 210–211
verabsolutering van 259
grondwetten 18, 48, 137
Amerikaanse 135
machtsbeperkingen in 76–77
onveranderbaarheid van 74, 97
als collectieve zelfbinding 83
Duitse, onveranderbaarheid van 73–74
Nederlandse 73
discriminatieverbod in 155
lichamelijke integriteit waarborg in 160
sociale rechten in 72–73
wijzigingsprocedure 74–75
wijziging van 73–75, 85, 97
zie ook toetsingsrecht, constitutioneel
Groot, Hugo de 68
Groot-Brittannië
blasfemie in
beschuldigingen 153, 154, 156–157
niet-strafbaarstelling 155–156
burgeroorlog in 238
Christelijke identiteit van 103, 104, 105–106
fascisme in 41–42
godslasteringswet in 134
homoseksualiteit strafbaarstelling in 155n7
moslims in, verwerping van rechtsorde door 154, 157
politieke systeem in 42, 54, 92
rechtstatelijk denken in 65
The Grudge Informer (Fuller) 39

Hals, Frans 225
Hamilton, Alexander 96
Hart, A.C. 't 249, 255–256
Hart, H.L.A. 24, 37–38, 39, 40–41, 44, 155n7, 259
Hayek, Friedrich 30–32, 64
Hazard, Paul 232
Hegel, Georg Wilhelm Friedrich 51
Herfsttij der Middeleeuwen (Huizinga) 250
Herodotus 165–166, 173, 175, 178, 193, 205
Hessel, Stéphane 141–142
Higgins, Rosalyn 197, 210–211, 214
Hippias van Elis 168
Hirschl, Ran 131
Hirsi Ali, Ayaan 112
Hitchens, Christopher 116, 118, 142–143
Hobbes, Thomas 61, 62, 174n55, 175, 238–242, 244
tegenstelling met Rousseau 243, 254–255
hoger recht
beroep op 3–4, 5, 157
codificatie van 71, 73
proliferatie van 98, 99–100, 101
staat/overheid onderworpen aan 16
strijdigheid van lager recht met 25–26, 34–35, 36, 38, 42–43
verschansing van 85
wijzigingsprocedures 73–74
homo equalis 250
homo homini lupus (de mens is voor de mens een wolf, Hobbes) 241
homoseksualiteit, acceptatie van 155, 182, 193, 212, 213
hoofddoeken, verbod op het dragen van 147–149
Huizinga, Johan 218–219, 250
humanisme 80–81
en rechtstaat 81, 83–84
Hume, David 32–34, 50, 59n26, 185n75, 234
Huntington, Samuel 51–52
Hussey, Andrew 147
Huxley, T.H. 203n128

idealen
van autonomie 81
van beschaving 81, 82, 83
van bescheidenheid 173, 175, 176
van constitutionalisme 70
van grondrecht/mensenrechten 73
van humanistische verlichting 83
van natuurrechtleer 27–28
van rechtstaat en democratie 49, 57–58, 59, 60, 66, 77, 85, 93–94, 95, 152, 217
van secularisme 217
van theoterrorisme 119, 152
idealisten 8–11, 17
ideologiën
einde van strijd tussen 47, 49–51
van revoluties 252
'ieder het zijne' beginsel 27
Igarashi, Hitoshi 157
'ik denk, dus ik besta' these (*cogito, ergo sum*, Descartes) 226–227
immoraliteit 179, 207, 209
imperialisme
kritiek op 175, 176, 180, 190
legitimatie van 189
In de Naam van de Roos (Eco) 222
inclinatio naturalis (de natuurlijke neiging) 11–12
Index librorum prohibitorum 224
indirecte democratie 56
individualistisch mensbeeld 256
individuen
recht op verzet 1–4, 5, 16
streven naar zelfbehoud van 241
verantwoordelijkheden van 236
versus gemeenschap 33–34
Inman, Henry 70
Innocentius III (paus) 228

inquisitie/inquisitoire procedures 224, 228–229
instructienormen 73
Instrumentaliteit en Rechtsbescherming (Foqué & 't Hart) 255–256
internationaal recht 259
internationale verdragen, grondrechten in 73
interpretatie van wetten 24–25, 94, 99, 101
Iran, Islamitische Republiek 54
irrationaliteit
  overwinnen van 234
  in strafrecht 229, 230
Is Multiculturalism Bad for Women, (Moller Okin) 140
Ishiguro, Kazuo 41n73
islam 120
  verbod op dragen religieuze symbolen gezien als gericht tegen 149–151
  verenigbaarheid van verlichtingsdenken met 235
islamisme 105, 112, 114
islamitische staten 112, 113–114
Israel, Jonathan. I. 232n35

Jefferson, Thomas 3, 66n42
Jezus Christus, voorgesteld als homoseksueel 153, 212–213
Jinnah, Mohammad Ali 146
Jode, Gerard de 130
Johnson, Paul Marshall 161n22
joods fundamentalisme 113
joods-christelijke traditie 107
Julianus (romeins keizer) 221n6
juridisch activisme 259
juridische abstractie van mensenrechten 257
jurisprudentie
  over kerk-staat scheiding 104n2, 135–137
  over wetten die hoger recht schenden 34–35, 36, 38
juristen x

Kagan, Robert 238
Kant, Immanuel 18n31, 57, 58, 83, 201, 234–237
kapitalisme 234
Karel de Grote 222
Karolingische rijk 222
Kashgari, Hamza 124
'Katastrophenbefehl' (nazi-Duitsland) 35, 36
katholicisme
  intolerantie van 172
  rechtsfilosofie in 7n12
  rechtspraak/inquisitie in 228–229
  verboden boeken in 224
Kaufmann, Arthur 14n26
Kelsen, Hans 17–18, 19–22, 26–27, 29–30, 31, 45, 68, 187n82
kennissociologie 182
kerk-staat scheiding 152, 217, 221
  in Verenigde Staten 135–137
  zie ook secularisme
kerkelijk recht 221, 229–230n28
Al-Khalili, Jim 103
Khomeini, Ayatollah Ruhollah 54n13, 153n3, 157
kinderen, rechten van 161
Kipling, Rudyard 189, 190
kirpan, draagplicht voor sikhs 149–150
Koninklijk Atheneum (Antwerpen), religieuze neutraliteit op 106n12
Kooijmans, P. 100n136
Kosmopolis (Toulmin) 80
Krabbe, Hugo 97
kritische moraal 110, 200, 201, 215, 216
kwaad
  bezit als bron van 243, 246
  en goed 26–27

Laborde, Cécile 149, 151n154
Lacouture, Jean 172n47
laïcité 144, 147–151
Laplace, Simon 109–110
Law, Legislation and Liberty, (Hayek) 30
Leclerc du Tremblay, François x
Lefort, Claude 222–223
legaliteit, en legitimiteit ix, 1–2, 17, 217
legaliteitsbeginsel 62–65, 94
legitimiteit
  en legaliteit ix, 1–2, 17, 217
  van rechtsordes 45, 248
  van strafrecht 231
  van verzet 16
Lenin, Vladimir Ilyich 118, 253
'leven en laten leven' motto 157–158, 159
Leviathan 242
Leviathan (Hobbes) 62, 238–239
Lewis, Bernard 144–145
lex aeterna (de eeuwige wet) 12, 13
lex dura, sed lex (de wet is hard, maar het is de wet) 36
lex iniusta non est lex (een onrechtvaardige wet is geen wet) 44, 68
lex naturalis (de natuurlijke wet) 13
liberale democratie *zie* democratie; democratische rechtstaat
liberale samenlevingen 256
liberalisme 53, 59
  en culturele conflicten 157–158, 159
  en democratie 54–55
lichamelijke integriteit, waarborgen van 160–161
Licinius (romeins keizer) 221
Lincoln, Abraham 55, 208
Lissabon, aardbeving (1755) 232–233
Locke, John 234
Luijpen, W. 12n24
Luther, Martin 223–224
Lyotard, J.F. 49, 79–80

maatschappelijk verdrag *zie* sociaal contract
macht
  beperkingen van 59–61
    in Amerikaans grondwet 76–77
    door recht 60, 62–63
  van gewoontes 196, 205–206
  God als legitimatie van 233
  Hobbes over 239–240, 241, 244
  mystieke voorstellingen van 223
  Rousseau over 243, 244–245, 247
  volk als drager van 237, 247–248
machtenscheiding 61, 62
Mackie, J.L. 185–186
Al-Madina al-Munawwara, (Saoedische krant) 128
Madison, James 135
Mahamoud, A. 159
Maistre, Joseph de 31n.56
Malallah, Sadeq Abdul Kareem 126
Mann, Thomas 41
Marbury v. Madison zaak 77
Marcouch, Ahmed 162
Marshall, John 43, 70, 77
Marshall, Paul 115n37, 122–123
Marx, Karl 116, 117, 118, 169, 246
Mayall, John Jabez Edwin 118
Al-Maziani, Hamza 127
McIlwain, C.H. 60n28
McNally, Terrence 153, 154, 205, 212
Meditationes de Prima Philosophia (Meditaties, Descartes) 225–226
meerderheidsbesluitvorming 75
meerderheidswil 84
Mein Abschied (Abdel-Samad) 214–215
meisjes, genitale verminking van 158–159, 162–163, 213–215
menselijke waardigheid 111
mensenrechten *zie* grondrechten
mensheid/mensen 257
  gelijkheid van 168–169, 240, 250
  macht van 239–240, 241
  oorlog als natuurlijke toestand van 240, 241
  rationaliteit van 12–13
  rechten van *zie* grondrechten
  redding van, wil van God 246
  Rousseau over 242–243, 254
  seculier denken over 248
  verlichtingsdenken over 81–82, 235–237, 256
  vrijheid van 13, 27, 63, 241
  zie ook wilde mens
Merkel, Angela 143
metafysische beginselen 14, 19
middeleeuwen 220–221
  christendom/politiek denken in 218, 220–221, 222–223
  overgang naar moderne tijd 218–219, 223–228, 233–234
  strafrecht in 230–231
Midden-Oosten 106, 123
Milgram, Stanley 210n149
Mill, John Stuart 204
minderheden
  in landen met staatsgodsdienst 134–135
  in Saoedi-Arabië 122–123
misdaden
  tegen de menselijkheid 209, 210
  als zonde 230n28
moderne tijd 219–220
  grondslagen van rechtsorde in 218, 247–249
  homo equalis in 250
  ontstaan van 218–219, 223–228, 233–234, 254
  recht in 237
moderniteit 79–80, 220, 234, 237, 247, 254
  onderschatting van 108
  rationalisme van 80, 249
  rechtstaat en humanisme in 83
  zie ook Algemeen Constitutioneel Patroon van moderniteit (ACP)
Mohammad Reza Pahlavi (Shah van Iran) 54n13
Moller Okin, Susan 140–141, 143
monotheïstische tradities, theoterrorisme in 5
Montaigne, Michel Eyquem de 115, 171–176, 172
  over cultuur en gewoonte 186, 195, 196, 205–207
  cultuurrelativisme van 171, 172–176, 179, 188, 193–194, 196, 197
  over etnocentrisme 178
  en moderniteit 79, 80
  over wilde mens 181, 190n94
Montesquieu, Charles-Louis de Secondat 251
moraal 199–200, 201, 215–216
  bases van
    cultuur 171, 176–177, 183, 194–196, 198–199, 201
    gevoelens 184, 185, 200
    goddelijke 4
    sociale 186–187
  conventionele 166, 169–170
  empirisch karakter van 184
  kritische 110, 200, 201, 215, 216
  en recht 24, 25, 40, 195–196
  en religie 109, 110
  Westerse, universaliteit van 132–134, 140–142
The Morality of Law (Fuller) 39
mores 178–179, 196
Morton, Adam 195n108
Mosley, Oswald 41, 42
moslims
  in Groot-Brittannië, verwerping van rechtsorde door 154, 157
  in Saoedi Arabië 122
Al-Muhajiroun (de emigranten) 153, 164
Mulisch, Harry 210
multiculturalisme/multiculturalistische staten 134, 138–144
Murray vs. Curlett zaak (VS) 135–136

nageslacht, binden van 86–87
natievorming 237–238
natuur 31
  en cultuur/gewoonte 166, 167, 174
  als teleologische orde 11–12
  wild/wilden als in overeenstemming met 173–175, 181, 244
    zie ook goede wilde (*noble savage*)
natuurrecht 5–7, 11, 13–16, 32, 35, 39–40, 44, 45, 145, 168
  alternatief 27–29, 37
    zie ook cultuurrecht
  en rechtspositivisme 40–42, 69
  Hobbes over 241
  kritiek op 16–27, 38, 45, 68, 69–70, 177
  onvervreemdbare rechten in 67–68
natuurtoestand 243–244, 245, 254
natuurwetenschappen 17, 223, 233
Nazir-Ali, Michael 104, 107–111, 114, 145–146
nazisme
  bestrijding van, en cultuurrelativisme 209–210
  wetgeving van 34–35, 36, 39, 44
Nederland
  genitale verminkingspraktijken in 159
  grondwet 73
    discriminatieverbod in 155
    lichamelijke integriteit waarborg in 160
    sociale rechten in 72–73
    verbod op toetsing wetgeving aan 90
    wijzigingsprocedure 74–75
Neurenberg Tribunaal 209, 210
neutraliteit, religieuze
  in onderwijs 136–137
  voor staten 106, 111, 143–152, 217
Nietzsche, Friedrich 169
Noordman, Dirk 222
Noorwegen
  afschaffing van staatsgodsdienst in 137–138
  multiculturalisme in 138
normaal gedrag 182
normale politiek, versus constitutionele 96, 100
normatieve claims, van cultuurrelativisme 197–198
normen 13
  hiërarchische ordening van 18
  instructie 73
  en 'Sollen' 19
  universaliteit van 167, 204–205, 209, 210–211, 214, 215–216, 217
    ontkenning van 166, 171, 179
Not about Nightingales, (Tennessee Williams) 137
Nygaard, William 157

O'Hair, Madalyn Murray 135–136
O'Hair vs. Hill zaak (VS) 136
The Old Regime and the French Revolution (De Tocqueville) 251
Oman, genitale verminking van vrouwen in 163
On Saudi Arabia (Elliott) 124
onderwijs, religieuze neutraliteit in 106n12, 136–137
ongehoorzaamheidsplicht 38
ongelovigen, discriminatie van 140
onmondigheid 235
onrechtvaardig recht 42, 68
  en gehoorzaamheidsplicht 38–40
onthoofdingen
  culturele opvattingen over 161
  video-opnames van 161n22
  wreedheid van 128
oorlog
  als natuurlijk toestand van de mens 240, 241
  Rousseau over ontstaan van 243–244
oorlogsmisdadigers, berechting van 209, 210
opvoeding, moderne benaderingen van 234
ordeningen 31–32
The Origin and Development of Moral Ideas (Westermarck) 184–185, 193
Osten-Sacken, Thomas van der 163
Ott, Walter 40
overheden
  taken van 238n52
  verhoudingen tussen lagere en hogere 76–77
  voorspelbaarheid van 64
  wetgeving van 42–43
  zie ook staat

Paine, Thomas 86, 87–89
Pakistan, secularisme in 146
Parekh, Bhikhu 139
particuliere wil 245
Pascal, Blaise 195
patristiek 222
Peizel, Bartele 67
Perelman, Chaïm 28–29
persvrijheid 61–62
Phaedo (Plato) 9
Pico della Mirandola, Giovanni 82
Pindarus 166, 195
Pinechas 129n97, 130
Plato 8–11, 12, 20, 167, 169, 170–171, 173
  kritiek op 168
Die Platonische Gerechtigkeit, (Kelsen) 20
Pojman, Louis 187, 188, 193
Polak, C.H.F. 72
politiek
  betrokkenheid van burgers bij 56–57
  denken over
    geschiedenis van 217–222
    in middeleeuwen 218, 222–223
    seculair 246
    in verlichting 236
  normale versus constitutionele 96, 100

en recht 260
en religie 109
politieke systemen
dominantie van democratie 47–48, 50–51, 85
in Groot-Brittannië 42, 54, 92
Pope, Alexander 82
Portalis, Jean Étienne Marie 255
positieve recht ix, 4, 14
en natuurrecht 15–16
Positivism and the Separation of Law and Morals (Hart) 38
positivisme 17
zie ook rechtspositivisme
postmodernisme
en Fukuyama 49–50
interpretatietheoriën in 99, 101
The Price of Freedom Denied (Finke en Grim) 127
Price, Richard 86
Een Primaat van Politiek (De Beus) 260
primitieve volkeren
met natuur overeenstemmend 173–175, 181, 244
kritiek op 191–193
Problems & Process: International Law and How We Use It (Higgins) 210–211
Protagoras 169–171, 175, 183, 197, 198, 207, 208, 215
provocatie, recht tot 212–213
publieke opinie 249

Rabelais, François 79
Rabin, Jitzak 113
Rachels, James 205n136
Radbruch, Gustav 24, 36, 39, 40
kritiek op 38, 44
radicalisme, religieus 105, 112–113, 152
Ramsay, Allan 33
rationaliteit/rationalisme 30–31
in beoordeling gewoontes 206–207
in ethiek 234
Hobbes over 238–239
van mensen 12–13
van moderniteit 80, 249
in natuurrecht 32
in verlichtingsdenken 233, 236
zie ook irrationaliteit
realisme, in Amerikaans rechtsdenken 94
recht 25, 26, 64–65
codificatie van 69–70, 71, 73, 231–232, 249, 255–256
constitutioneel 93–94, 97
zie ook toetsingsrecht, constitutioneel
en moraal/morele toets 24, 25, 40, 195–196
goddelijk 4, 14, 25, 168
zie ook natuurrecht
grondslagen van 29, 32–34, 218
hoger
beroep op 3–4, 5, 157
codificatie van 71, 73
proliferatie van 98, 99–100, 101
staat/overheid onderworpen aan 16
strijdigheid met lager recht 25–26, 34–35, 36, 38, 42–43
verschansing van 85
wijzigingsprocedures 73–74
internationaal 259
kerkelijk 221, 229–230n28
modern 237
onrechtvaardig 38–40, 42, 68
overheidsmacht beperkt door 60, 62–63
en politiek 260
Romeins 229–230
van sterkste 168
strafrecht 68, 228–234
toetsen van 34–37, 40
en wetten 241
rechten *zie* mensenrechten
rechters
constitutioneel toetsingsrecht van 77, 89–91
zelfbeperking in gebruik van 94–95
interpretatie van wetten door 94, 99
plichten/taken van 36, 40
vergelijking met dirigenten 24–25
rechtsbeginselen 29, 32
rechtsfilosofie 220
rechtsnormen, hiërarchische ordening van 18
rechtsorde/rechtssysteem 18
Amerikaans 42, 43–44
Brits 42, 92
Moslim verwerping van 154, 157
grondslagen van 2, 27
in middeleeuwen 218
in moderne tijd 218, 247–249
sharia 113–114, 124
Hobbes over 238–239, 241–242
legaliteit en legitimiteit van 1–2, 45, 248
vereisten 23, 65
vergelijkingen van 42
rechtspositivisme 17–18, 24, 25, 35, 38, 64
kritiek op 36–37
en natuurrecht 40–42, 69
en nazi wetgeving 44
rechtstaat 54, 57–62, 77
en grondrechten 65–75
en humanisme en verlichtingsdenken 81, 83–84
en joods-christelijke traditie 107
en legaliteitsbeginsel 62–65
en machtsbeperkingen 76–77
Nederland 73
toetsingsrecht in 77
zie ook democratische rechtstaat
rechtswetenschap, propedeuse onderwijs ix–x
rechtszekerheid, belang van 16
rechtvaardigheid 20–21, 168

van recht 38–40
Reflections on the Revolution in France (Burke) 86
reformatie 223–224, 234n42
religie
kritiek op/satire over 110, 142–143
Marx over 116
en staat 103–105, 152
atheïstische staten 117–118, 130
multiculturalistische staten 134, 138–144
religieus neutrale/seculiere staten 106, 111, 143–152, 217
staatsgodsdiensten 134–138
theocratieën 106, 113–114, 118–131, 152
Voltaire over 233
religieus fundamentalisme/radicalisme 105, 112–113, 152
religieus-metafysische wereldbeschouwingen 19
religieuze iconen/leiders, afbeeldingen van 212–213
religieuze symbolen, verbod op het dragen van 147–151
Religious Freedom in the World: a global Report on Freedom and Persecution, (Paul Marshall) 122–123
rellen, in Franse banlieues 147
The Remains of the Day (Ishiguro) 41n73
renaissance 223
Republiek (Plato) 168
The Results of Human Action but not of Design, (Hayek) 30
revoluties 86, 236, 251–254, 255
Reybrouck, David van 132–134, 140, 162
Richelieu, Armand Jean Duplesses, Duc de (Kardinaal) x
Rijpkema, Bastiaan 41
Roermund, B. van 246
romantiek, van Rousseau 242–243, 244, 246
Romein, Jan 78, 204n132
Romeins recht 229–230
Romeinse Rijk, einde christenvervolging in 221
Rorty, Richard 99, 101
Rousseau, Jean-Jacques 174, 175n58, 190, 242–247, 251
kritiek op 247
tegenstelling met Hobbes 243, 254–255
Rowse, A.L. 212
Rushdie, Salman, fatwa tegen 153n3, 157
Russell, Bertrand 131n100

Saint Quentin, Jacques-Philip-Joseph de 10
Saint-Just, Louis Antione de 253
samenlevingen
grondloze 255, 256
standenmaatschappij 250
totalitaire 246
San Francisco Call (krant) 190
Saoedi-Arabië 113–114, 115n37, 120–124, 152
terrorisme in 129
vervolgingen en executies in 124–128
Sarkozy, Nicholas 143, 148
satire over religie, acceptatie van 142–143
Al Saud familie 113
fatwa tegen 129
Schaik, Willem van 219
Schlesinger, Jakob 51
scholastiek 222, 223
schoonheid 8–9
Schopenhauer, Arthur 202, 204, 225
schuld/schuldigheid, van Westen 157–158
Schumpeter, Joseph 56–57
Scopes, John T. 136–137
Scopes Monkey zaak (Verenigde Staten) 136–137
secularisme 217
in Europa 108
van Hobbes 238–239
politiek denken over 246
in rechtsorde 248
als Westers concept 145–146
seculiere staten 106, 111, 143–151, 152, 217
'Sein' en 'Sollen' kritiek op natuurrecht 18, 19–20, 22–23, 24–26, 38
seksualiteit, vrouwelijke, culturele opvattingen over 160
seksuele geaardheid
discriminatie op basis van 155
zie ook homoseksualiteit
sharia 123
rechtssystemen gebaseerd op 113–114, 124
Al-Shuaibi, Hamoud bin Oqla 129
sikhs, draagplicht van kirpan 149–150
Singh, Gobind 150
sjiitische moslims, in Saoedi-Arabië 122
sociaal contract 218, 241–242, 244, 247, 248
zie ook contractdenkers
sociale grondrechten 72–73
sociale wetenschappen
cultuurrelativisme in 179n62
darwinisme in 176
Socrates 9–10, 167
soefisme, in Saoedi-Arabië 123
sofisten 166–171
Sophocles 2–4
Sovjet-Unie 117, 118
Spencer, Herbert 207
Spengler, Oswald 51–52
Spinoza, Baruch/Benedict de 119
staat
beperkingen van macht van 60–61, 62–63
geweldsmonopolie van 242, 248
juridisering van 259
ondergeschikt aan natuurrecht 16
en religie 103–105, 152
atheïstische staten 117–118, 130
multiculturalistische staten 134, 138–144

religieus neutrale/seculiere staten 106, 111, 143–152, 217
staatsgodsdiensten 134–138
theocratieën 106, 113–114, 118–131, 152
veiligheid en vrijheid gewaarborgd door 2, 241–242, 244n67, 246
zie ook overheid; rechtstaat
staatsgodsdiensten 134–138
Stace, Walter Terrence 167n31, 187–188
Stalin, Joseph 118
Stammler, Rudolf 7
standenmaatschappij 250
Sterk, Mirjam 160n18
strafrecht 63, 228–234
subjectivisme 227
Sumner, William Graham 176–179, 183, 193, 196, 197, 202–203, 207, 215
superioriteitsgedachte van Westen 189–191, 207
symbolen, religieuze, verbod op het dragen van 147–151

taal 31
Taylor, Charles 138n118, 139, 206n138
Taylor, Richard 169, 170, 173n50
Teitgen, P.H. 258–259
teleologie 11
teleologische orde 11–12
kritiek op concept 16–17
terrorisme
in Saoedi-Arabië 129
theo 4–5, 112–113, 119, 135n112, 152
Theatetus (Plato) 170–171
theïsme 114–115
theocratie 106, 113–114, 118–131, 152
theodicee-probleem 233, 246
Theodosius (romeins keizer) 221
Theologisch-politiek Tractaat (Spinoza) 119
theoterrorisme 4–5, 112–113, 119, 135n112, 152
Thomas van Aquino 6–7, 8, 11–13, 15–16, 19–20, 26–27, 171
Thorbecke, Johan Rudolph 73
Thrasymachus van Chalcedon 168
tijdloosheid, van natuurrecht 14
tijdsbegrip, Westers 220
Tocqueville, Alexis de 251–252
toetsingsrecht, constitutioneel 77
en democratische rechtstaat 89–91, 92
rechterlijke zelfbeperking in gebruik van 94–95
tolerantie 142–143, 172, 186, 197–198, 221
totalitaire samenlevingen 246
Toulmin, Stephen 80
Tourtoulon, Pierre de 27
traditionalistische visies 32
transcendente werkelijkheid 11
transculturaliteit, van natuurrecht 145
twee-werelden-theorie 12
Tweede Wereldoorlog *zie* nazisme
twijfel 226, 228
Tyler, John 144–145

ubi societas, ibi ius 26
uitvindingen, belang van 224
universaliteit
van mensenrechten 132–134, 210–211
van natuurrecht 14–15
van normen en waarden 167, 204–205, 209–216, 217
ontkenning van 166, 171, 179, 197
van Westerse moraal 132–134, 140–142
Universele Verklaring van de Rechten van de Mens (1948) 41n72, 111, 132, 158, 256
utilisme 170n43

Vanderpooten, Gilles 141–142
veiligheid, en vrijheid, gewaarborgd door staat 2, 241–242, 244n67, 246
Verenigde Naties, verwerping van cultuurrelativisme door 209
Verenigde Staten 238
grondwet 135
machtsbeperkingen in 76–77
onveranderbaarheid van 74, 97
toetsing van wetgeving aan 90–91, 92
kerk-staat scheiding/secularisme in 135–137, 144–145
Onafhankelijkheidsverklaring (1776) 1–2, 3, 66n42, 208
rechtssysteem in 42, 43–44
rechtstatelijk denken in 65–66, 67, 76
revolutie 251
vergelding, in natuurrecht 20
Verhagen, Maxime 159–160n18
verlichting 81–82, 232–237, 256
verschansing 74–75
en democratische rechtstaat 85–86, 87, 97
Vertoog over de Ongelijkheid (Rousseau) 254
verveling 51
verzet, recht op 1–4, 5, 16
volk
macht van (volkssoevereiniteit) 237, 247–248, 249
en mensenrechten 257, 259
rechten van 86–87
wil van, als basis rechtsorde 218
Volksvertegenwoordiging. Rousseau's maatschappelijk verdrag in de spiegel van de rechtsstaat (Van Roermund) 246
Voltaire 190–191n96, 232–233
vooruitgangsgeloof 81
verwerping van 181, 185
Vos, Maerten de 130
vrede 241
vrijheid 13, 27, 63, 241
academische 127, 213
artistieke 213

van godsdienst 132
in Verenigde Staten 135, 145
en mensenrechten 72, 256
Rousseau over 243, 247
en veiligheid, gewaarborgd door staat 2, 241–242, 244n67, 246
verdediging van 143
verlichtingsdenken over 236
vrijheidsrechten 72
vrouwen
genitale verminking van 158–159, 162–163, 213–215
seksualiteit van, culturele opvattingen over 160
verbod op het dragen van hoofddoeken 147–149

waarden
Amerikaanse 208
christelijke 173n50, 186n77
universaliteit van 167, 204–205, 209, 210–211, 214, 215–216, 217
ontkenning van 166, 171, 179, 197
waardeoordelen, subjectiviteit van 21–22
waardigheid, menselijke 111
waarheden
absolute 197
vinden van, in strafrechtprocedures 230
zelf-evidente 2
Wadi (Duits-Koerdische organisatie) 163
wahhabisme 113, 122
Waldron, Jeremy 92
Was ist Gerechtigkeit, (Kelsen) 20, 21
Washington, George 84
Wat te Doen met Antidemocratische Partijen (Rijpkema) 41
Webb, Alfred 190
Weber, Max 234n42
Wells, H.G. 41, 209
welzijn 245
wereldbeelden, veranderende 224
werkelijkheid 9–10, 11
Westen
afschaffing godslasteringswetten in 155–156
moraal van, universaliteit van 132–134, 140–142
schuldigheid van 157–158
secularisme als concept van 145–146
superioriteitsgedachte van 189–191, 207
tijdsbegrip in 220
zie ook Europa
Westermarck, Edward 184–186, 193, 198
wetenschappen
verandering/vooruitgang in 203, 223
verlichtingsdenken in 233
zie ook natuurwetenschappen; rechtswetenschap; sociale wetenschappen
wetgevende macht
beperkingen van 76–77
zelfbeperking 97–98
en rechtsprekende macht 89
wetten
constitutionele toetsing van 77
en democratische rechtstaat 89–91
geldigheid van, en gehoorzaamheidsplicht 43, 76–77
goddelijke 4, 14, 25, 168
interpretatie van 24–25, 94, 99, 101
kerkelijke 221
van nazi-Duitsland 34–35, 36, 39, 44
onrechtvaardige 37, 68
en recht 241
slechte 23–24
The White Man's Burden (Kipling) 189
Whitehead, A.N. 169
Wichmann, Clara 229–230n28
wil
algemene 245–246, 247
van meerderheid 84
particuliere 245
vrije 13, 27
zie ook vrijheid
wilde mens 254
civilisatie van 190
goede/overeenstemmend met natuur 173–175, 181, 244
kritiek op 191–193
Wilde, Oscar 55
Williams, Bernard 200
Williams, Tennessee 137
Wolfenden rapport 155n7

zekerheden 226, 227
zelf 206
zelf-evidente waarheden 2
zelfbehoud, menselijke streven naar 19–20, 241, 244, 249
zelfmoord, verbod op 20
ziel 9–10, 227
zintuigen 10
Zoeloes, optredens in Engeland 191
zonde, misdaden als 230n28
zuivere rechtsleer 18