

[“Ex Libris Hans Nieuwenhuis”, *Opstellen aangeboden aan Prof.mr. J.H. Nieuwenhuis, Red. A.G. Castermans c.s., Deventer: Kluwer, 2009, pp.171-185*]

## **Recht en cultuur. Lof der Oppervlakkigheid?**

Jan van Dunné

‘Vermijd onpeilbare diepten, steven af op *incompletely theorized agreements*.  
Wetgever en rechter handelen verstandig als zij deze *strategy for producing agreement amidst pluralism* volgen’.

J.H. Nieuwenhuis, *Multiculturaliteit en recht, Preadvies NJV*, 2008, p.153

Dit citaat uit het preadvies van Hans Nieuwenhuis voor de NJV van vorig jaar is een centraal thema in dat preadvies. Het is het oordeel van de preadviseur over de wijze waarop omgegaan moet worden met de complexe problematiek van recht en cultuur: hoofddoeken, eerwraak, (vrouwen)besnijdenis, Koran verbieden, ‘Islam gezwel’-poster ophangen, en wat niet al. Zoals altijd leert het oordeel meer over de beoordelaar dan over het beoordeelde. Hans hield immers nooit zo van dat hele diepe in het juridische discours en gaf er de voorkeur aan om met een, soms speelse, afweging van argumenten en zienswijzen een praktische oplossing voor te dragen. Het soepele taalgebruik, de bloemrijke versieringen die aangebracht werden, de pakkende beeldspraak (in zijn oudere werk: het ‘Zwitserse zakmes’, ‘Indië zoeken en Amerika vinden’, ‘Zij die geboren worden groeten u’, *e tutti quanti*) hielpen daarbij om veel lezers voor zijn standpunt te winnen. Zijn grote culturele belangstelling, die ook het Romeinse en Griekse erfgoed omvat, is hem daarbij goed te stade gekomen. Zijn multiculturele oriëntering maakte hem de geëigende preadviseur, over een onderwerp dat elke dag alleen maar aan actualiteit lijkt te winnen.

Ik wilde Hans Nieuwenhuis als leidsman op dit terrein eens volgen, zijn nieren proeven naar aanleiding van zijn uitspraken over multicultureel recht. Daarbij zal het hierboven gegeven citaat over ‘het vermijden van onpeilbare diepten’, de leidraad zijn. Hoe werd dit door hem bedoeld, allereerst, en hoe past dit in zijn algemene visie op het (privaat)recht? Maar ook: is dit nu het vademecum bij het zoeken naar een oplossing voor deze weerbarstige materie, alsook voor ander grote strijdvragen in het recht? Hier past een dialoog, met iemand die zoals bekend zelf de dialoog nooit gemedend heeft.

Tenslotte, als culturele uitsmijter, zou ik een excursie willen maken naar de wereld van de erflaters van onze rechtscultuur, en wel de cultuur waarvan Homerus ons vertelt, op zijn onnavolgbare wijze. Ik doe dit in de gedachte dat dit in ieder geval de interesse van de jonge emeritus als lezer zal hebben, die eens Dido en Aeneas zijn schrijftafel zag passeren, herinner ik mij. Hij krijgt immers binnenkort nog meer tijd om zich in die wereld te verdiepen. Als dat maar niet al te diep gaat, en hij nooit meer terug komt. Maar dat zal wel loslopen.

### **Lof der oppervlakkigheid**

Dit kopje is niet van mij, maar van preadviseur Nieuwenhuis. Als Rotterdammer, in de schaduw van Erasmus werkend en met alle juridische en academische zotheid vertrouwd, trof mij deze titel in dubbel opzicht. Maar wat geeft deze subtitel eigenlijk aan?

Op een gegeven moment komt preadviseur Nieuwenhuis bij de *tolerantie* aan, als voorwaarde voor multicultureel samenleven, en dus ook multicultureel recht. Dan volgt onder genoemd

kopje, een paragraaf die ik maar helemaal overneem vanwege de citaten die weer moeilijk te citeren zijn, en wezenlijk zijn voor mijn commentaar:

‘Tolerantie als “strategy for producing agreements amidst pluralism” is ook gebaat bij “incompletely theorized agreements”. Sunsteins advies luidt: **vermijd** [vermijdt] **peilloze** [peilbare] diepten, houd het debat voldoende oppervlakkig:

“Participants in legal controversies (...) agree on the result and on relatively narrow or low-level explanations for it. They **need** [do] not agree on fundamental principle”.

Dit staat haaks op het bij ons gangbare beeld van de rechterlijke werkzaamheid dat ons is ingeprint door Paul Scholten: de rechter als rechtsvinder (“Het recht is er, doch het moet worden gevonden”):

“Een slecht rechter, of algemener, een slecht jurist, is hij die zegt: “ik vind het zo, maar het kan ook anders”. Een goed rechter kan niet anders (...) **D**och er blijft een laatste tegenwerping. Ten slotte komt ge met alle beperkingen toch terecht bij het geweten van de rechter. Een zekerheid daarboven noemt ge niet. En het geweten kan dwalen (...) **E**n overigens: ook ik geloof dat het individuele geweten hier niet het laatste woord spreekt. (...) **W**at hier richting kan geven? Mijns inziens zijn er slechts twee mogelijkheden: **o**f [of] het zal een idee zijn, de rechtsidee, een der vormen waarin de wereldgeest zich verwerkelijk, die hier leidster kan wezen, **o**f [of] het geweten is onderworpen aan een hogere macht die, als Persoon in Schepping en Geschiedenis geopenbaard, individu èn gemeenschap met zijn onvoorwaardelijke vorderingen tegemoet treedt. Het eerste is de gedachte van het idealisme, met name in zijn Hegels-pantheïstische vormen; het tweede is de **e**is [is] van het christelijk geloof”.

Voor menig rechter zal het peilen van de wereldgeest, met name in zijn Hegels-pantheïstische vormen, te diep gestoken zijn. Hij hoeft daarvan niet wakker te liggen. Maar hetzelfde moet gelden voor de rechter aan wie geen hogere macht is geopenbaard die hem tegemoet treedt met de onvoorwaardelijke eisen van het christelijk geloof. Weten waar Abraham de mosterd haalt, is voldoende.’<sup>1</sup>

Wat hiervan te denken? Ik heb allereerst moeite met de soort uitspraken die hier vergeleken worden door Nieuwenhuis. De eerste gaat over de visie van partijen in een geschil, van wie de blikveld is gericht op de redelijke oplossing voor hun dispuut, op begrijpelijke wijze aan hen uitgelegd. De tweede uitspraak, van Paul Scholten, gaat over de werkzaamheid van de rechter, bij het komen tot een beslissing van een geschil. Nu is er best een relatie tussen de verwachting van partijen, de rechtszoekenden, en de rol van de rechter, als rechtsvinder. Maar is de rechter eigenlijk niet meer dan een scheidsrechter die over het verloop van het (maatschappelijke) spel beslissingen neemt? Hebben wij wel rechters nodig? Als er maar iemand is die beslissingen neemt, toch? Nu is mediation op alle terreinen in onstuitbare opkomst, ik weet het, maar om de rechterlijke macht naar huis te sturen, is een gedachte die terecht nog geen grote aanhang heeft. Wie let er dan op de rechtstaat? En de rechtsbeginselen waarop deze gegrondvest is?

De onvergelykbaarheid van de uitspraken brengt mij op mijn tweede bezwaar, dat veel dieper gaat (met excuses voor de afdaling). Scholtens bekende uitspraak over de rol van het geweten, die al tot zoveel misverstanden geleid heeft, staat aan het eind van een paragraaf in zijn *Algemeen Deel* over De Beslissing, die weer een ‘samenbinden van gesponnen draden’ in vorige paragrafen is (§ 28, p.135). In de acht bladzijden die voorafgaan aan de geciteerde uitspraak van Scholten vindt men uiteengezet waarom het rechterlijk oordeel tegelijk irrationeel èn rationeel is: dat laatste omdat het in functie uitgesproken wordt en tegenover de gemeenschap die de functie opdroeg verantwoord moet worden, op gezag moet steunen, logisch verantwoord, dus. Het eerste omdat een rechtsoordeel ‘in het zedelijke deel van ons

<sup>1</sup> T.a.p., p.150. Zie ook reeds, met hetzelfde citaat van Scholten en even kort door de bocht, Nieuwenhuis’ recensie van het *Algemeen Deel* in de bewerking van Vranken, *NJB* 1995, p.1387.

geestesleven wortelt', de rechter moet het oordeel 'in *eigen* geweten kunnen verantwoorden' (mijn curs.). Met het beeld van de bekende weegschaal, zegt Scholten dat de rechter niet slechts waarneemt te wiens gunste de schaal doorslaat, hij *beslist*, en een beslissing is een handeling die uiteindelijk tot het geweten van degene die beslist te herleiden is (p.130). Het is een wilsverklaring, een 'sprong', zoals iedere daad, ieder zedelijk oordeel dat is. Daarin zit het onderscheid tussen 'recht doen' en een wetenschappelijk oordeel; een rechtsoordeel is niet te herleiden tot enkel waarnemen en een logisch betoog.

Mijns inziens is dit een zeer herkenbare gedachte. Ik herinner mij de eerste ervaring als jonge rechter-plaatsvervanger, het eerste vonnis dat je maakt, dat zoiets toch iets heel anders is dan een uitspraak doen in een wetenschappelijk artikel of dissertatie. Het is veel wezenlijker, existentiëler, niet alleen vanwege de functie waarmee je belast bent, maar de gedachte dat de uitspraak directe uitwerking heeft op twee partijen die van jouw beslissing afhankelijk zijn. Het is gewoon *another ball game*. Dat is overigens weinig anders in de private geschillenbeslechting, het optreden als arbiter of bindend adviseur ('adjudicator'), zoals ik ook uit eigen ervaring ondervonden heb.

### **Lof der dialectiek. Weten en geweten**

Scholten werkt het boven genoemde thema uit met enkele one-liners die ten onrechte veel minder aangehaald worden in de literatuur, althans door schrijvers uit het Praesidium Libertatis en omstreken. Na een aanloopje, volgt de eigenlijke one-liner, eigenlijke two-liners:

'Naar de gevoelszijde van ons geestesleven **raakt** [raakst] het rechtsoordeel tegelijk de intuïtieve scheiding tusschen goed en kwaad, het zedelijk oordeel èn het beleven der gemeenschap, waarin dit recht moet worden verwerkelijkt – verstandelijk tegelijk de verantwoording tegenover de gemeenschap en het daarin geldende gezag en tegenover het eigen geweten.'

En dan de two-liners:

'Recht vinden is altijd tegelijk èn intellectueel èn intuïtief zedelijk werk. Het is beslissing over wat *is* en wat **zijn moet** [*moet* zijn] in één en juist daardoor zowel van het **zedelijk** [zedelijke] als van het wetenschappelijk oordeel onderscheiden.'

Men ziet hier het typische, dialectische denken van Scholten, dat terug gaat tot de oude Grieken, vooral de oude rot Heraclitus, bekend via potscherven, het werk van leerlingen en veel later: Plato (met in de 19<sup>e</sup> eeuw Hegel als tussenstation), dat door aanhangers van Kant als boegbeeld van het scheidend denken maar niet opgepakt kan worden. In de passage die volgt legt Scholten uit dat in de intuïtie ook sterk intellectuele elementen zitten. De noodzakelijkheid van het oordeel is, juist omdat het een gewetensbeslissing is, 'volkomen vrij van willekeur'. De rechter moet dan ook getuigen: 'ik kàn niet anders'. Daarin verschilt ook de verantwoordelijkheid van de advocaat van die van de rechter: van de eerste wordt een *betoog* gevraagd, van de tweede een *daad*.

Hierop volgt de laatste alinea van de paragraaf, door Nieuwenhuis aangehaald inclusief een samenvatting van enkele eraan voorafgaande alinea's, over de tegenwerping tegen Scholtens betoog, namelijk dat een beroep op het 'geweten' geen zekerheid biedt omdat het immers kan dwalen. Scholten riposteert eerst dat zuiver intellectueel werk geen grotere zekerheid biedt, het blijft mensenwerk. Er *is* hier geen bewijsbare waarheid. 'Doch het is beter dit gebrekkige en subjectieve te accepteren dan een schijn van objectiviteit en zekerheid aan te gapen, die niet meer is dan schijn en tegen kritiek geen stand houdt'.

Op deze weerlegging, op zich afdoende zou ik menen, en nog steeds hoogst relevant in onze tijd met verafgoding van het Positivisme (alleen wat je kunt meten, bestaat; hoe je dat meet, is

minder relevant) volgt de alinea met de verwijzing naar de rechtsidee als verwerkelijking van de wereldgeest of als alternatief de hogere macht, gebaseerd op respectievelijk Hegel of Christendom. De alinea die Nieuwenhuis opgevoerd heeft, is een oude bekende. Veel andere auteurs gingen hem voor, ik noem slechts: Ter Heide, Hol en Loth, daarmee in één pennestreek Scholtens methode van rechtsvinding afservingend als gebaseerd op een verouderde gedachte, want geïnspireerd op het geweten, nog wel een christelijk geweten.

Mijn bezwaar is allereerst dat het weergegeven standpunt van Nieuwhuis een wat al te ‘incompletely theorized agreement’ vooronderstelt, waarmee hij als rechter à la Sunstein misschien zou kunnen weggelaten (hoewel ...), maar in ieder geval niet als rechtswetenschapper. Veel belangrijker is echter dat hierbij weggevalen is waar het Scholten om ging, in een nog steeds uiterst essentieel betoog voor ieder die over de rechterlijke rechtsvinding nadenkt. Niet van belang is zozeer of men bij de vraag wat een ‘geweten’ is, en waardoor dat gevoed wordt, het eens is met de keuze van Scholten anno 1931 (eigenlijk: 1914): Hegel of de God van J.C. Daarbij kan men namelijk ook denken aan: Spinoza, John Locke of de Dalai Lama, om een paar uitersten te noemen, maar het gaat erom of de rechterlijke beslissing meer inhoudt dan waarnemen en logisch redeneren (tellen, meten en verantwoorden). ‘Moeder, waar komen de normen vandaan?’, vraagt Jan-de-justitiabel. ‘Ga maar buiten met je vriendjes spelen, Jantje!’, lijkt Nieuwenhuis in navolging van Sunstein te zeggen. Een zonnig standpunt, daar niet van.

Zodra rechtsbeginselen een rol gaan spelen, trouwens mooi geïllustreerd in het preadvies van Nieuwenhuis, tegenwoordig met het Straatsburgse mensenrechten-hof in de hoofdrol, kan men niet om de vraag heen waar wij mee bezig zijn in de rechtspraak. Rechtsbeginselen zijn per definitie niet ingepolderd met wetgeving, ze voelen zich heel wel thuis in grondwetten of verdragen maar leiden desondanks een eigen leven, zoals ook uit de Europese rechtspraak telkens blijkt. Mijn stelling is altijd, dat het oude natuurrecht dat door positivistische juristen naar zolder gebracht was, weer teruggekeerd is in de vorm van de EVRM-beginselen, die boven de nationale wet, inclusief grondwet staan die maar al te vaak ingevuld werd aan de hand van de waan van de dag (geen toetsing van de wet aan de Grondwet, om maar wat te noemen).

De hardnekkigheid van de mythe over Scholten en zijn christelijk geweten is voor mij de aanleiding om hierbij uitvoerig stil te staan. Niet voor de eerste keer: in 1971 bracht ik dit al in tegen mijn (korte tijd) latere Rotterdamse collega Ter Heide, maar mythes hebben nu eenmaal een eigen leven, hardnekkig als ze zijn, ook in het recht.<sup>2</sup> Ik wilde dit thema weer eens boven de oppervlakte brengen.

Voordat wij verder gaan met dit verhaal, nog een kantekening bij het verschil tussen rechter (c.q. arbiter) en advocaat (c.q. bedrijfsjurist). De laatste houdt een betoog in een rechtsgeding waarin hij het *à tort et travers* opneemt voor zijn cliënt en per definitie eenzijdig is en moet zijn. Dit gaat in tegenstelling tot wanneer hij zijn cliënt adviseert, als hij zijn vak goed verstaat tenminste en niet alleen omzet wil draaien, dan zal hij in de huid van de rechter kruipen om de kansen van zijn klant realistisch te weer te geven. Aldus de gang van zaken in ons land, in onze rechtscultuur (terzijde: hoe komt het dat zo vaak advocaten die sprekend op TV opgevoerd worden uit een commercieel griezelskabinet lijken te komen?). Dat is echter niet vanzelfsprekend; in de Angelsaksische traditie ligt het 180 graden anders: de Engelse barrister moet de rechter ook bewijsmateriaal overleggen dat in het nadeel van zijn cliënt is, op straffe van *contempt of court* en strafrechtelijke veroordeling terzake, als het tegendeel aan

<sup>2</sup> Zie: ‘Verslindt de revolutie weer haar eigen kinderen? De zgn. functionele rechtsleer en Paul Scholten’, *NJB* 1971, p.813-829; ook opgenomen in mijn *Verzameld Werk, Normatief uitgelegd*, 2006, Kluwer, p.661.

het licht gekomen is. De Amerikaanse advocaat moet naast de lijst met jurisprudentie waarin zijn standpunt ondersteuning vindt, ook een lijst met uitspraken overleggen die tégen dat standpunt ingaan. In onze rechtscultuur daarentegen, hoopt de advocaat dat de advocaat van de tegenpartij niet op de hoogte is van voor zijn cliënt belastend bewijsmateriaal en bovendien de jurisprudentie niet goed kent, evenals de rechter wat dat laatste betreft. De verplichting om medewerking te verlenen aan de bewijslast van de tegenpartij is nog maar kort geleden in de wet opgenomen, overigens als codificatie van jurisprudentie van die strekking, die lange tijd onder geschoffeld werd door de balie. Het geeft te denken dat de echte balietijgers (ik noem geen namen) over art. 111 lid 3 Rv spreken als het ‘padvindersartikel’. Elke dag een goede daad doen. Dat is natuurlijk niet vlijend bedoeld voor de bemoeizuchtige en ethische wetgever; de oud-padvinder (‘scout’, heet dat tegenwoordig) zal daar echter geen moeite mee hebben. Ik spreek hier mede namens mijzelf.

Interessant is trouwens, over deze rolpatronen gesproken, dat de Amerikaanse federale rechter soms de winnende advocaat de opdracht geeft om het vonnis te schrijven, met het voorbehoud dat hij het alsnog zelf zal schrijven als het concept hem niet bevalt. Dat kan een omvangrijk en gecompliceerd geschil betreffen, zoals ik eens meegemaakt heb. Een doordenkertje; het gaat aanzienlijk verder dan de Rotterdamse praktijk dat in beslagzaken de advocaat het rekest indient in de vorm van een concept-rechterlijke beslissing daaromtrent.

Al is dit alles behoorlijk multicultureel, wij moeten weer terug naar de vragen over het echte multiculturele recht. Dat gaat, in Nieuwenhuis’ optiek, via de visie van recht als heuristiek en retoriek, bekende denkbeelden in zijn oeuvre. Wij volgen zijn spoor.

### **Recht als heuristiek en retoriek**

Het recht is in de ogen van Nieuwenhuis een kwestie van heuristiek; ‘de kunst van het vinden door met overleg te zoeken’ (p.151). Hij zegt zelfs: ‘recht is heuristiek’. Waar vinden wij het antwoord op complexe juridische vragen, zoals die naar het recht op euthanasie? Waar zijn de bronnen waaruit wij dan kunnen putten? Zijn antwoord luidt: ‘Zoekt en gij zult vinden’ – waarmee hij zich overigens aan dezelfde bijbels bron laaft als eerder Scholten deed.

Overigens had Scholten gearzeld of ‘rechtszoeking’ geen betere term was dan ‘rechtsvinding’, maar omdat de laatste zo ingeburgerd was, is het daar bij gebleven.

Nieuwenhuis grijpt hier terug op zijn bekende artikel in *Rm Themis* van 1976, ‘Legitimatie van het rechterlijk oordeel’, dat grote invloed gehad heeft, vooral op Leids onderzoek (Bloembergen, c.s.). Daarin is de heuristiek (eigenlijk geleend van de wetenschapsleer van Reichenbach: ‘context of discovery’, tegenover die van ‘justification’) stevig neergezet op het model van het syllogisme, met zijn drieslag van: rechtsregel – feiten – beslissing (maior, minor, conclusio). Aldus: 1. ‘Wie steelt, is altijd een dief’; 2. ‘Piet steelt’. 3. ‘Piet is altijd een dief’. Indien men gevoelig is voor enige dialectiek, zal men hierin niet meer zien dan een vroom bedrog (pia fraus), zoals Telders betoogd heeft. Maar dat was dan ook een hele vrome aanhanger van Hegel. Degene die in regels geïnteresseerd is zal vragen waar die vandaan komen en hoe die uitgelegd moet worden (toch niet met het oog op de feiten?); degene die belangstelling voor de feiten heeft zal zich afvragen hoe deze geselecteerd en vastgesteld worden (toch niet met het oog op de regel?). Degene die zich voor beslissingen interesseert zal zich afvragen hoe er beslist wordt (toch niet met het oog op partijen, een redelijke oplossing, of het maatschappelijk effect?), en wie eigenlijke de beslisser is, en hoe die geselecteerd is. Vragen te over, dus.

Ik heb mij elders tegen het syllogisme en de aristotelische denkvetten verzet, waarmee de heuristiek ook in de lucht komt te hangen, en volsta hier met een verwijzing.<sup>3</sup>

<sup>3</sup> Zie mijn preadvies *Ver.v. Wijsbegeerte van het Recht*, *R en R*, 1985, p.180, op p.187 e.v. **Ook** [ook] in: *Normatief Uitgelegd*, p.752.

Dan komt een tweede grondslag van het recht ter tafel: ‘recht is retoriek’, opgevat als de levensvorm van culturen waarin over recht en onrecht valt te praten’ (p.151). Men ziet hier het recht als ‘discursieve grootheid’, naar het woord van Vranken, ‘het altijd voorlopig resultaat van een proces van meningsvorming en overtuiging’, zoals op p.163 uiteen gezet. Met als conclusie: ‘kort gezegd: recht is retoriek en multicultureel recht is multiculturele retoriek’. Wat hiervan te denken?

Ik zou hier een beroep op de Godfather van de Westerse logica willen doen, die juristen van oudsher hoog hebben zitten, Aristoteles. In zijn minder bekende *Topica*, brengt hij een rangorde aan in de logica, en wel: 1. apodictiek; 2. dialectiek; 3. eristiek.<sup>4</sup> Met het eerste wordt waarheid aangetoond, denk aan de natuurwetten (en apodictische uitspraken uit onze tijd), met het tweede gaat het om stellingen die waarschijnlijk zijn (waar schijnen te zijn), en de derde is een dispuuteerkunst, waaruit later de *topica* en *retorica* ontstaan zijn. De *retorica*, waar Vranken en Nieuwenhuis zo mee weglopen (ontleend aan Alexy begrijp ik; in de jaren ’60 waren dat Perelman en zijn volgelingen), behoort dus tot de lichtste categorie logische uitspraken.<sup>5</sup> Bantamgewicht, zo te zeggen. Zou je daar echt het hele recht, de hele rechtswetenschap op kunnen laten rusten? Ik heb zo mijn twijfels. Maar laten wij verder gaan op het multiculti pad in het recht.

### **De menselijke waardigheid als fundament voor een multiculturele rechtstheorie**

In zijn pleidooi voor de menselijke waardigheid als hoeksteen van een multiculturele rechtstheorie onderscheidt Nieuwenhuis twee elementen: de *status* van de mens en zijn *autonomie* (p.154). Wat het eerste betreft, constateert hij dat joden, christenen en moslims het eens zijn over de plaats die God in zijn schepping voor de mens bepaald heeft. Kort gezegd: als evenbeeld van God en heerschappij voerend over de aarde (Koran: ‘stedehouder op aarde’). De autonomie van de mens wordt beschreven als zijn vermogen om uit vrije wil zijn eigen natuur te bepalen: ‘omlaag in het dierlijke, omhoog in het goddelijke’. Hierbij wordt Kant te hulp geroepen: ‘Autonomie ist also der Grund der Würde der menschlichen Natur’. Het is verrassend om zo’n prominente plaats voor God aan te treffen bij de omschrijving van de status van de mens. Maar dat is van korte duur, want de atheïsten komen ook aan bod, en krijgen een plek onder de multiculturele zon. Bij de bespreking van het volgens de preadviseur beste scenario voor het oplossen van multiculti rechtsvragen stelt hij dat er rechten zijn die de democratische samenleving heeft opgeleverd en met kop en schouders boven alle andere uitsteken: de vrijheid van meningsuiting en ‘het recht om het geloof in God vaarwel te zeggen’. Maar als dat laatste zo’n sterk grondrecht is, blijft er van de statusgedachte als de ene helft van de menselijke waardigheid niet zoveel over, ben ik bang. Wat moet de atheïst met de goddelijke status van de mens? In een democratische samenleving die de scheiding van Kerk en Staat aanhangt, het vertrekpunt ooit van een jonge Republiek in de zeventiende eeuw, die daarmee een voorbeeld aan de wereld stelde?

Alles begint dan over te hellen naar de andere kant van de menselijke waardigheid: de autonomie van de mens. Ik heb daar twee problemen mee, één van politiek-economische aard en één uit de filosofische hoek. De eerste is, de verwondering hoe men in onze tijd de autonomie van de mens nog zo hoog in het vaandel kan hebben, naast de goddelijke (c.q. algemeen ethische) opdracht aan de mens om de wereld te bestieren. In een tijd waarin de falende heerschappij van de mens over de aarde met een dreigende klimaatramp van tot dusver ongekende afmetingen op ons afkomt, de *melt down* van de ijskappen die onafwendbaar lijkt. Een erfenis voor onze kinderen en kindskinderen die zij zonder voorrecht

<sup>4</sup> Zie mijn eerder genoemde preadvies, p.188.

<sup>5</sup> Nieuwenhuis’ recensie van Vrankens *Algemeen Deel* is ook **verhelderend** [verhelderd], *NJB* 1995, op p.1391.

van boedelbeschrijving te aanvaarden hebben. Ik zeg dit, in de wetenschap dat het milieu als kind van de rekening altijd de aandacht van Nieuwenhuis gehad heeft. Opmerkelijk.

Dan nog een filosofische kanttekening. Kant is toch niet de enige filosoof die ons iets over autonomie te melden heeft? Ook al zweren rechtsfilosofen als Friedmann, John Rawls en Hart, met hun Nederlandse volgelingen bij Kant, met zijn rechtlijnige en wereldvreemde scheiding tussen subject en object, geest en materie (om het eenvoudig te houden)? En zijn merkwaardige opvatting dat normen categorische kracht zouden hebben en om rücksichtlose doorzetting vragen (mooie taal, dat Duits), ongeacht de ethische en maatschappelijke gevolgen (kan dus fout gaan, bekende Duitse ervaring). Casus: een man verbergt in een oorlog een gevluchte soldaat en landgenoot in zijn huis. Een soldaat van het vijandelijke, overwinnende leger klopt aan de deur en vraagt of hij aan een gevluchte soldaat onderdak gegeven heeft. De man kent zijn ethische normen, en weet dat de hoogste norm het waarheidsgebod is; hij moet dus de waarheid spreken, en de hem gestelde vraag bevestigend beantwoorden, met als consequentie dat de ondergedoken soldaat opgepakt wordt en gefusilleerd. Dat is dus Kant in *optima forma*. In het befaamde debat tussen Hart (Oxford) en Fuller (Yale) uit de jaren vijftig, kwam dit thema aan de orde, evenals de bekende, recentere casus van de *grudging informer*. Dat ging over de vrouw die in Nazi-Duitsland haar plicht om de wet te gehoorzamen vervult en haar man aangeeft die naar de Engelse radio luisterde, wetend dat de straf zal zijn dat hij afgevoerd zal worden naar een concentratiekamp, waaruit slechts weinigen terugkeren. Dat was ook de bedoeling, want zij had een vriend. De man komt na de oorlog terug uit het kamp, en in de procedure die volgt beroept de vrouw zich erop dat haar handelen volkomen rechtmatig was, want gebaseerd op een wet die door een wettig gekozen parlement was vastgesteld. Is daar nog een speld tussen te krijgen?

Indien men het niet met de uitkomst eens is zoals die door de onderduikadres gevende man (in Kants opvatting), respectievelijk de haar man aangevende vrouw voorgestaan wordt, is het de vraag waarop een andersluidende beslissing gebaseerd kan worden, die naar ik aanneem meer met ons rechtsgevoel in overeenstemming is (en in de lijn van Fuller).

Er moeten dus rechtsbeginselen zijn die boven wetsregels uitgaan, en zelfs boven andere, lagere beginselen. Veel juristen begonnen hier pas in de laatste wereldoorlog over na te denken. De filosoof Radbruch (eertijds fel bestrijder van het natuurrecht) is een bekend voorbeeld. Indien men Hegel gevolgd had, zoals bij ons grote civilisten als Telders en Eggens, met als volgelingen onder andere Pitlo ('Eggens voor eenvoudige lezers verklaard') en Schoordijk, had de schok niet zo groot hoeven zijn. Nieuwenhuis haalt zelf in zijn preadvies ergens het credo van Hegel aan: 'Wees persoon en behandel de ander als persoon', de inspiratiebron voor genoemde Nederlandse schrijvers, waarbij ik mij overigens altijd thuis gevoeld heb.

En daarmee komen wij bij de problematiek van het multiculturele recht, waar immers steeds verschillende beginselen of grondrechten met elkaar botsen, in ieder geval haaks op elkaar staan, als er nog van geen botsing sprake is.

### **Multicultureel recht als botsing van grondrechten**

De problematiek van het multiculturele recht komt doorgaans neer op een keuze tussen twee grondrechten die beide om doorzetting vragen, zij het op verzoek van verschillende partijen, terwijl die rechten diagonaal tegenover elkaar staan. Vaak hebben wij te doen met het recht van vrije meningsuiting dat gesteld wordt tegenover het recht van godsdienstvrijheid en/of de bescherming van de persoonlijke levenssfeer. Korthedshalve beperk ik mij hier tot die problematiek. Nieuwenhuis neemt als casus belli het verzoek van moslimjongeren tot verbod van de film die Wilders over de Koran gemaakt heeft (p.158 e.v.). Ik neem liever als voorbeeld, uit dezelfde contreien, de oproep tot verbod van de Koran, een boek dat met

Hitlers *Mein Kampf* vergeleken wordt, overigens ook door Nieuwenhuis besproken (p.148). Hij komt daarbij tot de slotsom dat de Koran niet verboden moet worden en dat het Wilders niet verboden moet worden te zeggen dat de Koran moet worden verboden. Op dezelfde lijn ligt, een ander voorbeeld, het geval van de ontkenning van de holocaust, iets dat in ons land de strafwet niet gehaald heeft, in tegenstelling tot sommige andere landen.

Hoe ver gaan wij met de bescherming van de vrije meningsuiting, een grondrecht dat de levensadem is voor een democratische samenleving van enig gehalte, en de rechtstaat? Maar de vrijheid van godsdienst, juncto bescherming van de privé-sfeer ('privacy', bij ons om een of andere reden altijd op zijn Amerikaans uitgesproken en niet op zijn Engels), is dat dan een minder hoog goed? Daar is toch ook eeuwen om gevochten en behoort tot de verkregen rechten in een rechtstaat? De problematiek is voor de civilist geen onbekende materie: belediging, met als sub-groep literaire belediging, is een traditioneel onderdeel van de onrechtmatige daad. Lang voordat het *Handyside*-arrest door het EHRM gewezen werd (in 2005, verbod op 'gratuitement offensante' uitlatingen), kenden wij al de beledigde dochter van de vuurtorenwachter. Evenzo de inbreuk op iemands privacy in het kader van de vrije nieuwsgaring, met foto's tussen de spijlen van het hek doorgenomen, of uit een boom. Lang voor het EHRM-arrest over de struikelende prinses Caroline van Monaco (2004) wist onze Prins Claus de rechter te vinden. Er worden al geruime tijd op dat gebied door de rechter grenzen gesteld, al is het geen eenvoudige materie.

De civilist heeft nog een inbreng in deze discussie. De drie kernbegrippen van het privaatrecht in de afgelopen millennia: eigendom, onrechtmatige daad en overeenkomst, zijn alle gelieerd aan drie vrijheden: om over eigendom op volkomen wijze te beschikken, vrijheid van handelen en vrijheid om overeenkomsten te sluiten. Al geruime tijd is dit steeds een vrijheid in gebondenheid, culminerend in figuren als misbruik van eigendomsrecht, schenden van maatschappelijke zorgvuldigheid, verbod om onzedelijke overeenkomsten te sluiten of daarin oneerlijke bedingen op te nemen. Bij de vrijheid van meningsuiting of van godsdienst kan het natuurlijk niet anders zijn. Volkomen vrij is alleen de 'fool on the hill'.

Om het geval van Wilders' publieke uitlating te nemen dat een voor moslims heilig boek als de Koran in ons land verboden moet worden, zoals dat ook met *Mein Kampf* het geval is: dat is zeer kwetsend voor de aanhangers van die godsdienst, het vormt geen zinnige bijdrage tot een landelijk debat op niveau, terwijl de schaarse inhoudelijke argumenten over de verwerpelijke inhoud van het boek onzinnig zijn, want geen onderscheidend kenmerk hebben in vergelijking tot de bijbel, waarin evenzeer stuitende uitspraken zijn te vinden. Ook in het Nieuwe Testament, wanneer men gevoelig is voor vrouwenemancipatie, om eens iets te noemen. Het gaat bovendien om een bevolkingsgroep die nog maar vrij recent in de Nederlandse samenleving verkeert (na ooit daartoe uitgenodigd te zijn geweest als remedie voor het tekort aan goedkope arbeidskrachten). Een groep burgers die bezig is haar identiteit te vinden in een westerse, haar vreemde samenleving, en om die reden al kwetsbaar is.

De gedachte dat de vrijheid van meningsuiting - een 'beginsel', en zoals Eggens eens zei: geen 'eindsel' - hier niet om doorzetting vraagt lijkt mij evident. Mijns inziens is dat ook het geval wanneer Wilders' uitlating in het parlement gedaan zou zijn; de gangbare regels vind ik schromelijk overdreven en zonder grond, al kan de lat van belediging hoger gelegd worden indien van een redelijke parlementaire discussie sprake is. Schreeuwen en roepen versta ik niet daaronder. Uitlatingen als 'knettergek' tegen een bewindspersoon, of 'flapdrol' (meer een uitwerpsel dan een uitlating, zou ik menen) zijn toch naar maatstaven van maatschappelijk verkeer, althans de mijne, een schending van omgangsvormen. Dergelijke blijken van onfatsoen hebben niets meer met de vrije meningsuiting te maken, dat veronderstelt immers een mening, en dat is niet hetzelfde als een kwetsende kwalificatie, die een inbreuk op de persoon van de geadresseerde is. Er zijn verbintenissen zonder dat het recht daar het gevolg



aan verbindt dat ze afdwingbaar zijn of bij schending tot een schadevergoedingsplicht kunnen leiden.

Wanneer dergelijke uitspraken als die van Wilders in een literair werk gedaan zouden zijn, ligt de zaak anders; om allerlei redenen, die ik verder laat rusten, is het echter een neerdalend pad wanneer men schrijvers al te zeer aan banden gaat leggen. Een diepte die wij moeten mijden, dit keer wèl. De jurist is met dit fenomeen maar al te bekend: Montesquieu moest zijn boek waarop onze rechtstaat met de scheiding der machten berust, *De l'esprit des lois* (1748), in het buitenland laten verschijnen, en bovendien allerlei metaforen gebruiken om aan de scherpe blik van 's konings recensenten te ontkomen. De gebruikte metafoor van de rechter als 'bouche de la loi' speelt ons hierbij nog steeds parten: omdat het voor ons een 'dode metafoor' **is** kon het misverstand ontstaan dat nog steeds de handboeken Inleiding in het recht en Rechtsvinding ontsiert dat hiermee een mechanistisch model bedoeld werd, de rechter als buikspreekpop van de wetgever. Hij spreekt daarentegen recht in 'de geest van de wet' (zie de titel), en niet volgens de letter van de wet. De **Franse** [Frans] koning, als hoogste rechter, werd zorgvuldig op het verkeerde been gezet door Montesquieu, maar niet indertijd de oplettende lezer, vertrouwd met de *lex loquens*, al sinds de dagen van Cicero.<sup>6</sup> Er zijn helaas zo weinig oplettende lezers tegenwoordig.

Terug naar ons multiculti vraagstuk. Ik ben het dus van harte oneens met Nieuwenhuis, wat de legitimiteit van Wilders' Koran-verbod betreft, en vooral de weg waartoe hij tot zijn opvatting gekomen is. Het is mooi om, zoals hij betoogt, te gaan van tolerantie tot respect, en ten slotte tot erkenning te komen van afwijkende culturele waarden (p.157 e.v.). Maar een absoluut gedachte vrijheid van meningsuiting kan daarbij roet in het eten gooien, zoals wij zagen. De discursieve weg die ten slotte tot erkenning kan leiden kan ook tot opvattingen leiden die ik echt verwerpelijk vind. Wat te denken van het standpunt van Loth die in navolging van Calebresi en Appiah met hun 'sociale cohesie' de aandacht van 'waarden' naar 'praktijken' wil verschuiven. Ook bij kwesties als vrouwenbesnijdenis: na verloop van tijd zal men onze maatstaven wel overnemen, dat vraagt om politieke terughoudendheid. Het is een overgang naar volwassenheid, een kwestie van wennen aan elkaars manier van leven, stelt hij.<sup>7</sup> Leuk vooruitzicht voor volgende generaties, maar wat heeft de huidige, jonge moslimgeneratie daaraan? Wat zegt de rechter tegen zo'n vrouw of dochter in nood: 'Geduld mevrouw, het komt allemaal goed'?

Hier wreekt zich dat de vaderlandse discursievelingen zich nooit goed verstaan hebben met de Amerikaanse schrijvers als Holmes en Cardozo, en later Llewellyn, die rechtsvinding door de rechter als instrument zien om tot 'social justice' en 'welfare' te komen. Dat is bepalend voor de visie van Llewellyn op cultuur, opgevat als 'civilization', zoals verwoord in zijn klassieke boek *The Bramble Bush* (1930).<sup>8</sup> Dat is andere koek dan de retorische rechter die tot een gelegenheidsoplossing moet zien te komen, die partijen zo goed en kwaad als het kan tevreden kan stellen. 'Laten we het prettig houden', lijkt het devies.

### **Lof der dichtkunst**

Tot slot nog enkele woorden gewijd de cultuur waar onze Westerse cultuur nog steeds een afspiegeling van is, althans, hoopt te zijn, de Griekse oudheid. Orestes kan de moderne jurist

<sup>6</sup> Vgl. mijn artikel 'Montesquieu revisited. The balance of power between the legislature and the judiciary in a national/international context', *Rechtstheorie, Beiheft 15*, 1993, p.451, Berlijn. Ook opgenomen in mijn Selected Essays, *The Duty of Care in Contract and Tort*, Shaker Publ., Maastricht, 2006, p.329.

<sup>7</sup> Voor vindplaatsen verwijs ik naar mijn artikel 'Recht en cultuur', *Trema* 2008, p.423, op p.427 (Thema-nr. 'De glazen toga').

<sup>8</sup> Idem, p.425. Volgens Llewellyn maakt het recht deel uit van de cultuur (civilization); voor commentaar, en voorbeelden hoe ons recht altijd al op cultuur gericht was, verwijs ik naar mijn artikel.

nog steeds inspireren.<sup>9</sup> Maar ik wil verder terug dan Aischylos, en de dichter Homerus in beeld brengen, voor velen de grootste dichter aller tijden. De *Ilias* en de *Odyssee* lijken de bron te zijn van de eerste Griekse beschaving, de gymnasiast met de paplepel bijgebracht. Twee observaties zou ik willen maken, die met ons multiculturele thema te maken hebben. Allereerst de herkomst en signatuur van beide grote epische werken. Omstreeks 700 v. Chr. op schrift gezet, maar al gedurende honderden jaren mondeling overgeleverd, een tijd beschrijvend van de 13<sup>e</sup> eeuw v. Chr. (Troje viel ca. 1250 v. Chr. Troje VIIA, voor de kenners, van de IX Trojes die er geweest zijn op die plaats). De verhalen in de *Ilias* en de *Odyssee* zijn niet origineel Grieks: het is onderdeel van een cultureel continuüm dat tot **het** [de] vierde millennium voor Christus terug gaat, in het oude Midden-Oosten.<sup>10</sup> De meeste overeenkomst is er met het *Gilgamesh* epos, waarvan een versie uit 612 v.Chr. bestaat die in Niniveh gevonden is, maar ook oudere versies uit het derde millennium v.Chr., in Sumerisch spijkerschrift. Odysseus' gang naar de onderwereld, het doodschietsen van de vrijers na terugkeer bij zijn trouwe Penelope, tot en met de man die van het dak dood viel, alles is ook te vinden in de *Gilgamesh*. De *Ilias* kent ook vele voorbeelden hiervan, zoals de verhouding tussen goden- en mensenwereld, en het detail van Aphrodite die een schrammetje oploopt als zij gaat meevechten bij Troje en dan bij vader Zeus gaat uithuilen en wijze lessen krijgt. De les die hieruit getrokken kan worden is dat onze tot de Grieken teruggaande cultuur veel oudere wortels heeft, uit het Midden-Oosten. Overigens van de grote Sultan Mehmet II, uit de vijftiende eeuw, de veroveraar van Constantinopel en de schrik van het Westen, is bekend dat de *Ilias* zijn lievelingsboek was (hij las Grieks, Italiaans en andere talen en had dertig dichters in dienst). Ik bedoel maar.

Een tweede opmerking heeft betrekking op *status* en *autonomie*, waar Nieuwenhuis zo mee ingenomen was als fundamenteën voor de menselijke waardigheid. Ook op dit punt valt er veel van Homerus te leren. Het conflict tussen Agamemnon, de grote veldheer, en Achilles, de grote held, waarop het gehele *Ilias* epos berust, gaat juist over status versus autonomie. De ruzie gaat over de beeldschone Briseïs, dochter van een priester van Apollo die bij een van de plundertochten rond Troje buit gemaakt was, en volgens oorlogsgewoonterecht aan de held Achilles toekwam, maar door zijn hogere in rang, Agamemnon opgeëist wordt. Achilles moet Briseïs opgeven – regels zijn regels - en zijn wrok is de essentie van het drama dat zich dan voltrekt, in 24 boeken. Kortom, er kan weinig goeds uit voortkomen wanneer men zich blind staart op status enerzijds, autonomie anderzijds.

Homerus aanhalen is een passend eerbetoon in een werk gewijd aan Hans Nieuwenhuis, eigenlijk toch ook een dichter, in zijn omgang met het recht. Was het niet Pitlo, ook zo'n *culture freak* in ons land, die zei:

‘Op geen terrein van het maatschappelijk leven kan men het hoogste presteren als men niet een stuk van de dichter in zich heeft, dat wil zeggen: fantasie heeft, beweeglijkheid van geest, gevoel voor rhytme en harmonie’ (in: *Verdedig Themis*, rede 1964).

Themis is door Hans Nieuwenhuis goed verdedigd.

<sup>9</sup> Nieuwenhuis, *Orestes in Veghel. Recht, Literatuur, Civilisatie*, 2004.

<sup>10</sup> Zie Barry B. Powell, *Homer*, 2e dr. 2007, Blackwell, p.67 e.v.