



ETHIEK EN GEZONDHEIDSRECHT







VERENIGING VOOR GEZONDHEIDSRECHT

ETHIEK EN GEZONDHEIDSRECHT

*Deel 1 De morele grondslagen van het
gezondheidsrecht: de erfenis van Leenen*

PROF. DR. G.A DEN HARTOGH



*Deel 2 Morele en immorele religieus
gelegitimeerde praktijken in het
gezondheidsrecht*



PROF. DR. P.B. CLITEUR

Preadvies uitgebracht voor de Vereniging voor Gezondheidsrecht,
jaarvergadering 25 april 2014

Sdu Uitgevers
Den Haag, 2014





Meer informatie over deze en andere uitgaven kunt u verkrijgen bij:
Sdu Klantenservice
Postbus 20014
2500 EA Den Haag
tel.: 070 - 378 9880
e-mail: sdu@sdu.nl
www.sdu.nl/klantenservice

© Vereniging voor Gezondheidsrecht, 2014

ISBN 978 90 12 30000 0
NUR 822

Alle rechten voorbehouden. Alle auteursrechten en databankrechten ten aanzien van deze uitgave worden uitdrukkelijk voorbehouden. Deze rechten berusten bij Sdu Uitgevers bv.

Behoudens de in of krachtens de Auteurswet gestelde uitzonderingen, mag niets uit deze uitgave worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand of openbaar gemaakt in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voor zover het maken van reprografische verveelvoudigingen uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16 h Auteurswet, dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 3051, 2130 KB Hoofddorp, www.reprorecht.nl). Voor het overnemen van gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (artikel 16 Auteurswet) dient men zich te wenden tot de Stichting PRO (Stichting Publicatie- en Reproductierechten Organisatie, postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, www.cedar.nl/pro). Voor het overnemen van een gedeelte van deze uitgave ten behoeve van commerciële doeleinden dient men zich te wenden tot de uitgever.

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

All rights reserved. No part of this publication may be reproduced, stored in a retrieval system, or transmitted in any form or by any means, electronic, mechanical, photocopying, recording or otherwise, without the publisher's prior consent.

While every effort has been made to ensure the reliability of the information presented in this publication, Sdu Uitgevers neither guarantees the accuracy of the data contained herein nor accepts responsibility for errors or omissions or their consequences.





WOORD VOORAF

Gezondheidsrecht en medische ethiek zijn vanouds nauw verwant. Beide disciplines zijn gericht op en onlosmakelijk verbonden met de geneeskunde. Ontwikkelingen in de geneeskunst bepalen ook in grote mate de vragen waarvoor gezondheidsjuristen en ethici zich zien gesteld en de dilemma's waarvoor zij oplossingen proberen aan te dragen. Gezondheidsrecht en medische ethiek hebben voorts met elkaar gemeen dat zij het menselijk handelen op het terrein van de gezondheidszorg beogen te normeren. Zij doen dit vanuit een bepaalde perceptie van goed doen. Gezondheidsrecht en medische ethiek staat daarbij een beeld voor ogen van de relatie tussen patiënt en hulpverlener, waarin recht wordt gedaan aan ieders waardigheid en belangen. Zij streven voorts naar een systeem van gezondheidszorg, dat in aanmerking komt voor het predicaat 'rechtvaardig'. Van belang is verder dat de beginselen en waarden waarop beide disciplines zijn gestoeld, grotendeels dezelfde zijn en dusdanig fundamenteel dat deze erkenning hebben gevonden in de vorm van grondrechten. Ook anderszins bestaat er veel overlap tussen deze beide takken van wetenschapsbeoefening. Voor 'buitenstaanders' zijn de verschillen tussen beide disciplines vaak zelfs zo gering, althans zo weinig kenbaar, dat gezondheidsrecht en medische ethiek niet zelden in één adem worden genoemd.

Tegelijkertijd moet worden geconstateerd dat het gezondheidsrecht en de medische ethiek in de praktijk deels onbekenden zijn voor elkaar, of wellicht zijn geworden. De ogenschijnlijke verwijdering wordt soms aan het zicht onttrokken doordat vertegenwoordigers van beide disciplines vaak gezamenlijk aan tafel zitten, lid zijn van dezelfde adviesorganen en commissies en op universiteiten als naaste collega's werkzaam zijn binnen afdelingen luisterend naar eenheid suggererende namen als 'ethiek en recht' of 'metamedica'. Maar die samenwerking en wederzijdse kruisbestuiving zijn soms schijn en in plaats van een vruchtbaar grensverkeer ligt een vorm van antagonisme op de loer. Dit geldt zeker nu in tijden van bezuinigingen de toegevoegde waarde van gezondheidsrecht en medische ethiek ter discussie staat. Gezondheidsjuristen en ethici kennen daarnaast eigen tijdschriften, eigen wetenschappelijke verenigingen, eigen onderwijsprogramma's, een eigen discours en – wellicht het belangrijkste – eigen manieren van het bezien, analyseren, beoordelen en normeren van de werkelijkheid, zonder daarmee te willen suggereren dat er één visie op (gezondheids)recht bestaat of één wijze van ethiekbeoefening.

Gelet op de vanouds nauwe verbondenheid tussen de beide disciplines en vanuit de gedachte dat kennisuitwisseling en samenwerken beide vakgebieden verder kan brengen, heeft het bestuur van de Vereniging voor Gezondheidsrecht gemeend dat het de hoogste tijd is de relatie tussen beide vakgebieden te agenderen voor een jaarvergadering. Het bijbehorende preadvies, dat voor de jaarvergadering van 2014 is uitgebracht, is geschreven door twee eminente rechtsfilosofen, die goed bekend zijn met zowel de ethiek als het recht.





In het eerste deel van het preadvies gaat Den Hartogh in op de ethische grondslagen van het gezondheidsrecht. Die grondslagen, aangeduid als grondbeginselen en grondrechten, vormen de morele fundering van het gezondheidsrecht. De, wat hij noemt, 'erfenis van Leenen', neemt hij daarbij als uitgangspunt. Vanuit de sterke morele inslag van het gezondheidsrecht, analyseert en becommentarieert Den Hartogh de rechtsvinding, in het bijzonder inzake het wettelijke verbod van hulp bij zelfdoding.

Cliteur onderscheidt in het tweede deel van het preadvies twee verschillende soorten ethiek, die ieder voor zich een stempel zetten op de gezondheidsrechtelijke regels. Cliteur onderzoekt deze verschillen en gaat na wat hiervan de gevolgen zijn voor religieus gelegitimeerde praktijken op de zorgpraktijk, in het bijzonder met betrekking tot jongensbesnijdenis.

Beide delen van het preadvies bevatten voor zowel gezondheidsjuristen als ethici een schat aan informatie en inspiratie. De daarin verkondigde standpunten lenen zich uitstekend voor een boeiende gedachtewisseling met de preadviseurs op de jaarvergadering.

Het bestuur verheugt zich op een weerzien met u allen op 25 april 2014 in het Eye filmtheater te Amsterdam.

Aart Hendriks
voorzitter





INHOUDSOPGAVE

Woord vooraf	5
Lijst van afkortingen	11
Deel 1 De morele grondslagen van het gezondheidsrecht: de erfenis van Leenen	13
<i>Prof. dr. G.A. den Hartogh</i>	
1 Inleiding	15
2 Dwangvoeding en grondrechten	19
2.1 Een advies	19
2.2 Evaluatie van het advies	21
3 Moeten rechtsregels wel geïnterpreteerd worden in het licht van hun rechtvaardiging?	26
3.1 Redenen om niet teveel na te denken	26
3.2 Dus ook maar niet nadenken over grondrechten?	32
4 Is de menselijke waardigheid de grondslag van de mensenrechten?	38
4.1 De relatie tussen waardigheid en rechten	38
4.2 Wat betekent 'waardigheid'?	40
4.3 Waardigheid de grondslag?	41
4.4 Waardigheid en de begrenzing van grondrechten	45
4.5 Respect of compassie?	47
5 Grondrechten als bundels	50
5.1 Het zelfbeschikkingsrecht: moederrecht of één recht onder andere?	50
5.2 Een keuze- of een belangentheorie van rechten?	51
5.3 Precisering van de belangentheorie	53
5.4 Het gelijk van Leenen	55
5.5 Beperkte bevoegdheid	58
5.6 Het morele verschil tussen direct en indirect paternalisme	64
6 Hulp bij zelfdoding door intimi	68
6.1 De zaak Heringa: eerste ronde	68
6.2 Wat betekent 'behulpzaam zijn'?	69
6.3 De ratio van het verbod	72
6.4 De moraal	77
Literatuurlijst	79





INHOUDSOPGAVE

**Deel 2 Morele en immorele religieus gelegitimeerde praktijken
in het gezondheidsrecht** 91

Prof. dr. P.B. Cliteur

1	Inleiding	93
1.1	Wat godsdienstvrijheid betekent voor een verbod op babybesnijdenis	96
2	Waarom de spanning belichten?	97
2.1	De discussie over de legitimititeit van het Hof in Straatsburg	99
2.2	De kwestie Lautsi I en II	101
2.3	Waarom Lautsi II het Europees mensenrechtenacquis schendt	102
3	Een excursie over vergeten boeken	105
3.1	Bryce over recht en religie	107
4	Religieus recht en seculier recht	110
4.1	De ethische dimensie	112
4.2	Geboden die in zowel juridische als morele zin universaliseerbaar zijn	113
4.3	Twijfelachtige universaliteit	114
4.4	Immorele en illegitieme geboden in de Tien Geboden	115
5	Godslastering	116
5.1	Godslastering als opzettelijk	123
5.2	De Machiavellistische redenen om godslasteringswetten te handhaven	125
5.3	Van Machiavelli naar Pilatus	129
5.4	De Holbach-positie	131
6	Religieus gelegitimeerde praktijken	133
6.1	Godsdienst als vrije keuze	135
6.2	Apostasie zelfs in de westerse wereld een probleem door terrorisme	138
7	Wat is het probleem met babybesnijdenis?	139
7.1	Twee bezwaren	141
7.2	Immoraliteit van een gemaltraiteerde groepering tolereren?	143
7.3	Nazaten van de Azteekse gemeenschap	145
7.4	Wie zijn wij?	147
7.5	Morele chantage	148
7.6	Drie trends	152





INHOUDSOPGAVE

8	Toch maar een blik op de toekomst	155
8.1	De politiek	155
8.2	De medische stand	157
8.3	De rechterlijke macht en juristen in het algemeen	159
8.4	Een herwaardering van 'militantie' of 'strijdbaarheid'	162
	Literatuur	164
	Lijst van beschikbare preadviezen	186







LIJST VAN AFKORTINGEN

Wet Bopz	Wet bijzondere opnemingen in psychiatrische ziekenhuizen
BW	Burgerlijk Wetboek
EHRM	Europees Hof voor de Rechten van de Mens
EVRM	Europees Verdrag tot bescherming van de Rechten van de Mens
GW	Grondwet
HR	Hoge Raad
IVBPR	Internationaal Verdrag inzake Burgerrechten en Politieke Rechten
KNMG	Koninklijke Nederlandsche Maatschappij tot Bevordering der Geneeskunst
MvT	Memorie van toelichting
NVVE	Nederlandse Vereniging voor een Vrijwillig levenseinde
OM	Openbaar Ministerie
UVRM	Universele Verklaring van de Rechten van de Mens
WGBO	Wet op de geneeskundige behandelingsovereenkomst
WTL	Wet toetsing levensbeëindiging op verzoek en hulp bij zelfdoding
WvS	Wetboek van Strafrecht







Deel 1

De morele grondslagen van het gezondheidsrecht: de erfenis van Leenen¹

prof. dr. G.A. den Hartogh²



-
- 1 Ik ben erg geholpen door het commentaar van Jos Dute, Aart Hendriks en Diederik van Meersbergen van het bestuur van de Vereniging voor Gezondheidsrecht, en van Peter Rijpkema en Henri Wijsbek.
 - 2 Govert den Hartogh, emeritus hoogleraar ethiek aan de Universiteit van Amsterdam.





1 Inleiding

De relatie tussen recht en ethiek is geen ethisch en geen juridisch maar een rechtsfilosofisch thema, historisch gezien zelfs hét rechtsfilosofische thema bij uitstek. Boekenkasten zijn er over volgeschreven. Ik zal me in dit essay nu en dan wat verder wagen op dit controversiële terrein, maar ik begin met een stelling die weinigen zullen betwisten: het Nederlandse gezondheidsrecht wordt in aanzienlijke mate bepaald door morele uitgangspunten. Tot deze morele uitgangspunten van het recht, die zelf van het recht deel uitmaken, behoren enige items uit de catalogus van de mensenrechten, in het bijzonder het recht op leven, het recht op lichamelijke integriteit, het recht op eerbiediging van het privé- en gezinsleven en het recht op gezondheid.

Dat deze stelling voor het gezondheidsrecht (nog) minder controversieel is dan voor andere rechtsgebieden is ongetwijfeld te danken aan het pionierswerk van Henk Leenen. In zijn klassieke boek *Rechten van Mensen in de Gezondheidszorg* (eerste druk 1978, in latere drukken deel 1 van het *Handboek Gezondheidsrecht*) verdedigde hij de verdergaande stelling dat het hele gezondheidsrecht kan worden opgevat als een invulling van grondrechten, en hij voegde daar de stelling aan toe dat alle relevante grondrechten uiteindelijk herleid kunnen worden op een tweetal: het zelfbeschikkingsrecht en het recht op gezondheidszorg. Het zelfbeschikkingsrecht wordt daarbij begrepen als het rechtsbeginsel dat met name ten grondslag ligt aan de individuele vrijheidsrechten: de rechten van mensen met betrekking tot hun leven, hun lichaam en hun privé-domein. Deze verdergaande stellingen zijn wel degelijk van meet af aan aan kritiek onderworpen en inmiddels zal vrijwel niemand ze nog volledig onderschrijven.³ Deze ontwikkeling is begrijpelijk. In zijn heroïsche beginjaren was het gezondheidsrecht evenals de medische ethiek onderdeel van een emancipatiebeweging, gericht tegen het traditionele medisch paternalisme. Die strijd heeft allerlei successen opgeleverd, zowel met betrekking tot de opstelling van artsen als in de sfeer van de wetgeving, en mede door dat succes is het gezondheidsrecht inmiddels in rustiger vaarwater gekomen. Voor zover er nog reden is de barricaden op te gaan, is dat eerder vanwege een andere, bijna tegengestelde bedreiging: een organisatie van de gezondheidszorg die geheel uitgaat van een utopisch beeld van de burger als mondige zorgconsument en de realiteit van het leven met ziekte en handicap vergeet.

De morele uitgangspunten van het gezondheidsrecht zijn inderdaad niet tot de grondrechten te beperken. In de regeling van de toegang tot gezondheidszorg spelen naast het recht op zorg (of op gezondheid) ook principes van billijkheid en

3 Zie bijvoorbeeld Sluyters 1985; Visser 't Hooft 1986; Van der Burg en Oevermans 1994; Engberts 1997, § 16. Mijn eigen kritisch commentaar (Den Hartogh 1996) werd destijds door het Tijdschrift voor Gezondheidsrecht geweigerd. Tijden veranderen.



DEEL 1 MORELE GRONDSLAGEN VAN HET GEZONDHEIDSRECHT: DE ERFENIS VAN LEENEN

solidariteit in de verdeling van de lasten een rol. Als de overheid op basis van deze beginselen regelingen treft, resulteren die behalve in plichten ook in rechten van individuen, of mogelijk van groepen, maar die rechten zijn voor de regelingen niet bepalend. Hetzelfde geldt als de overheid invulling geeft aan haar grondwettelijke taak (art. 22 lid 1) om de volksgezondheid te bevorderen door activiteiten op het gebied van preventie. Boven een op zichzelf al moeilijk bepaalbaar minimumniveau wordt het overheidsbeleid op dit terrein bepaald door een afweging van prioriteiten. Maar het kenmerkende van een grondrecht is nu juist dat het tot op zekere hoogte resistent is tegen zulke afwegingen.⁴

Bij deze voorbeelden gaat het echter nog steeds om moreel gemotiveerde beginselen (solidariteit) en collectieve waarden (de volksgezondheid) en dus niet om tegenvoorbeelden tegen de morele fundering van het gezondheidsrecht.⁵ Dat grondrechten tot deze fundering behoren is bovendien onbetwistbaar. Wel kan men zich afvragen wat precies de rol is die grondbeginselen in het algemeen en grondrechten in het bijzonder in het gezondheidsrecht spelen. In Leenens eerste druk, verschijnend op een tijdstip dat wetgeving op dit rechtsgebied nog in grote mate toekomstmuziek was, was die rol vooral rechtspolitiek: hij liet zien welke wettelijke regelingen vanuit de door hem verdedigde uitgangspunten gewenst waren, bijvoorbeeld voor de regulering van de snelle ontwikkelingen op het gebied van de genetica of voor de aangekondigde abortuswet. In latere drukken werd het bestaande recht op veel (maar wel op steeds minder) plaatsen met grondrechten en vooral met het zelfbeschikkingsrecht in verband gebracht, waarmee de stelling dat dat recht als realisering van deze morele uitgangspunten moet worden begrepen, tot op zekere hoogte werd waargemaakt. Een vraag die daarbij minder aan de orde kwam is welke rol rechtsbeginselen in het algemeen en grondrechten in het bijzonder mogen of zelfs moeten spelen in de toepassing van rechtsregels, om te beginnen als zij met elkaar in conflict zijn, maar ook wanneer zij op gespannen voet lijken te staan met deze beginselen zelf. Aan deze vraag zal ik in de eerstvolgende hoofdstukken van dit essay aandacht besteden. In het tweede hoofdstuk licht ik de problematiek toe aan de hand van een voorbeeld: is dwangvoeding van wilsbekwame gedetineerden in hongerstaking geoorloofd? In hoofdstuk 3 bespreek ik de rol van grondrechten in de rechtsvinding systematisch door redenen langs te lopen waarom bij de toepassing van rechtsregels de rechtvaardiging van die regels buiten beschouwing zou moeten worden gelaten. Mijn conclusie zal zijn dat zulke redenen er stellig zijn: zij verklaren waarom wij recht nodig hebben en niet alleen rechters. Maar voor grondrechten gelden die

4 Rechten zijn 'troeven', zie hfdst. 5.3. Ik kan daarom het pleidooi van Dute 2013 om preventie meer in de sleutel van de mensenrechten te plaatsen niet geheel volgen.

5 Ik zal in deze tekst op deze morele uitgangspunten van het gezondheidsrecht niet kunnen ingaan, en evenmin op het recht op gezondheid.





1 INLEIDING

redenen alleen als hun toepassing op een bepaald domein voorwerp is van een politiek-ideologische controverse die nog niet gezaghebbend door de wetgever is beslecht.

Vervolgens zal ik het verkregen resultaat toepassen op de grondrechten zelf, door te vragen naar hun morele grondslag. In brede kring is de laatste decennia aangenomen dat het principe van respect voor de menselijke waardigheid bij uitstek moet worden opgevat als de grondslag van de mensenrechten.⁶ In hoofdstuk 4 zal ik betogen dat de betekenis van de menselijke waardigheid veel beperkter is. Anderzijds is die betekenis, zoals ook wel betoogd is, niet nihil. Respect voor de menselijke waardigheid is één rechtsbeginsel, op hetzelfde niveau als respect voor autonomie of solidariteit.

Daarmee kom ik terug bij de erfenis van Leenen. Anders dan in 1978 wordt tegenwoordig zowel door de Nederlandse als de Europese wetgever en rechter in zaken op het domein van het gezondheidsrecht regelmatig naar het zelfbeschikkingsrecht verwezen.⁷ Maar is het daarmee nu alleen erkend als één grondrecht onder andere, of kan het toch ook opgevat worden als één van de rechtsbeginselen, zij het niet het enige, die aan de mensenrechten ten grondslag liggen? De stelling die ik zal verdedigen is dat het recht op leven en het recht op lichamelijke integriteit moeten worden opgevat als bundels of pakketten van normatieve posities en dat één van die normatieve posities de bevoegdheid is om zelf over het door het recht beschermde goed beslissingen te nemen. Ik zal vervolgens echter de redenen nalopen waardoor de uitoefening van die bevoegdheid kan worden ingeperkt, en aangeven welke elementen de genoemde rechten daarom, naast de beslissingsbevoegdheid, nog meer omvatten. Daarmee hoop ik aannemelijk te maken dat deze grondrechten zowel onze directe belangen bij de voortzetting van ons leven en de onaantastbaarheid van ons lichaam beschermen, als ons belang om met betrekking tot die eerste-ordebelangen zelf beslissingen te nemen. Het zelfbeschikkingsrecht heeft daarmee wel degelijk de status van een rechtsbeginsel.

6 Zo ook Gevers in de 5e druk van het Handboek, Leenen, Gevers & Legemaate 2011, p. 33. Volgens Gevers 2010, p. 368, heeft de menselijke waardigheid echter alleen richtinggevende betekenis als “er sprake is van een sterke en breed gedragen overtuiging dat een bepaald handelen mensenwaardig is”.

7 Zie m.n. Hoge Raad, Dwarslaesie-arrest, 23 november 2001, *NJ* 2002, 386 en 387 (m.nt. J.B.M. Vranken); ECLI:NL:HR:2001:AD3963; vgl. Legemaate 2004. In het Baby Kelly-arrest, HR 18 maart 2005, *NJ* 2006, 606, ECLI:NL:HR: 2005:ARS213, leidt de HR zelfs het recht tot zwangerschapsafbreking af van het zelfbeschikkingsrecht. In beide gevallen ging het om een beroepsplicht om informatie te verstrekken die mensen nodig hebben om keuzen te maken. Vgl. recent HR 12 maart 2013, ECLI:NL:PHR:2013:BY4858 (zaak Millecam).





DEEL 1 MORELE GRONDSLAGEN VAN HET GEZONDHEIDSRECHT: DE ERFENIS VAN LEENEN

In het laatste hoofdstuk pas ik de, vooral in de hoofdstukken 3 en 5 verkregen inzichten toe op een tweede actuele casus: de reikwijdte van het in artikel 294 WvS vervatte verbod op hulp bij zelfdoding. Ik zal betogen dat als we dit artikel bezien vanuit het perspectief van de relevante grondrechten, er reden is om er een beperkte uitleg aan te geven, waardoor hulp door intimi onder strikte voorwaarden straffeloos kan blijven.

Nog enkele conceptuele opmerkingen voor we van start gaan. Moeten grondrechten nu beschouwd worden als erkend in rechtsbeginselen of in rechtsregels? De vraag vooronderstelt dat dit elkaar uitsluitende categorieën zijn, maar die vooronderstelling is betwistbaar. Om te beginnen kan er geen verschil in logische vorm tussen beginselen en regels worden gevonden.⁸ Dat de geldigheid van beginselen er niet van afhangt of ze gepositieerd zijn en hun reikwijdte door positivering dan ook niet wordt uitgeput is ook geen beslissend onderscheid, dat geldt immers ook voor de regels van het gewoonterecht. Je zou rechtsbeginselen kunnen opvatten als die normen die, samen met legitieme staatstaken als de productie van publieke goederen, de rechtvaardigende grondslag vormen van een bepaald geheel van rechtsregels, en daarmee aan dat rechtsgebied eenheid geven. Maar het bewuste gebied kan kleiner of groter zijn, en de structurerende betekenis van de norm eveneens, dus ook dit criterium geeft ons geen scherpe afbakening. Rechtsbeginselen worden meestal niet rechtstreeks toegepast, maar door bemiddeling van rechtsregels, als basis van rechtsverfijning. Het zijn bij uitstek open normen, en ze kenmerken zich door *defeasibility*: als voldaan is aan hun toepassingsvoorwaarden, kan hun toepassing altijd nog worden tegengehouden door een conflicterende overweging. Maar ook hiermee hebben we alleen maar graduele verschillen gevonden: alle normen op het terrein van de praktische rede zijn in meerdere of mindere mate open en gekenmerkt door *defeasibility*.⁹ Onder al deze criteria zouden we grondrechten kunnen indelen in de categorie rechtsbeginselen. Ik zal het begrip 'rechtsbeginsel' hier echter zo gebruiken dat grondrechten niet als rechtsbeginselen gelden als zij zelf weer als een invulling van meer fundamentele beginselen kunnen worden beschouwd. Als we normen onderbrengen in ketens van rechtvaardiging, zal ik dus alleen normen die het eindpunt vormen in zo'n keten als rechtsbeginselen opvatten. Weliswaar gelden ook zulke fundamentele beginselen binnen de ethiek nog steeds als '*mid-level principles*' omdat ethici proberen voor die beginselen op hun beurt nog een rechtvaardiging te vinden in een algemene normatieve theorie als het utilisme of het contractualisme. Maar van deze discussie kan binnen het recht geabstraheerd

8 Zie Den Hartogh 2004a.

9 Dat de categorie van rechtsbeginselen op zulke criteria niet scherp afgrensbaar is betoogt ook Rozemond 1998, p. 188.





2 DWANGVOEDING EN GRONDRECHTEN

worden.¹⁰ Een rechtsbeginsel is een eindpunt in een keten van *publieke* rechtvaardiging.

Of met de term 'zelfbeschikkingsrecht' naar een beginsel in deze zin wordt verwezen, is een open vraag. Wat dat recht betreft is het van belang het duidelijk te onderscheiden van autonomie als waarde of ideaal van het goede leven.¹¹ Ook die waarde is voor de gezondheidszorg van groot belang omdat het tot het doel van veel interventies behoort de autonomie van de patiënt te herstellen of zoveel mogelijk in stand te houden. 'Autonomie' als ideaal is een complex idee, dat in recent filosofisch onderzoek steeds duidelijker contouren krijgt. Het heeft in elk geval niets te maken met atomistisch opgevatte individuen die geheel onafhankelijk van elkaar hun besluiten nemen. Een autonoom leven is een leven in relaties van overleg, wederzijdse erkenning en samenwerking met anderen dat de betrokkene per saldo als zijn eigen leven kan beschouwen, waarmee hij zich kan identificeren.¹² Het *recht* op zelfbeschikking is een eenvoudiger idee. Het houdt in dat de beslissingen die je met betrekking tot je eigen levensvoering neemt de morele positie van anderen ten opzichte van jou gezaghebbend bepalen. Ook deze omschrijving vraagt nog wel om nadere analyse: wat behoort precies tot het domein dat met de formulering 'met betrekking tot je eigen levensvoering' is aangeduid, en aan welke voorwaarden moeten je beslissingen voldoen om gezaghebbend te zijn? We hebben daarover intuïtieve opvattingen die het begrip voor mijn doelen voldoende vastleggen. Daarom zal ik in dit essay een systematische analyse achterwege laten en alleen de onderscheidingen die ik voor mijn betoog nodig heb toelichten.



2 Dwangvoeding en grondrechten

2.1 Een advies

In mei 2013 heeft staatssecretaris Teeven van Veiligheid en Justitie de Afdeling advisering van de Raad van State gevraagd hoe je dwangvoeding bij hongerstaking van mensen in vreemdelingendetentie juridisch moet beoordelen.¹³ Teeven

10 O.m. omdat binnen de ethiek over de juiste theorie weinig overeenstemming bestaat, ook al is wel van een zekere mate van convergentie sprake. De belangrijkste reden is dat de aanvaardbaarheid van zulke theorieën epistemisch gezien ervan afhangt of ze er in slagen een plausibele rechtvaardiging te geven van *mid-level principles* en grondrechten, niet andersom.

11 Voor het onderscheid tussen autonomie als ideaal en als recht zie Feinberg 1986, ch.18.

12 Zie bijv. Frankfurt 1988; Christman & Anderson 2005; MacKenzie & Stoljar 2000.

13 Zie het advies van de Raad van State van 15 mei 2013, W03.13.0133/II.



DEEL 1 MORELE GRONDSLAGEN VAN HET GEZONDHEIDSRECHT: DE ERFENIS VAN LEENEN

zat met een aantal hongerstakingen van afgewezen asielzoekers in zijn maag. Als opgesloten vreemdelingen sterven in de cel geeft dat immers problemen met de Kamer en de publieke opinie. Maar toegeven aan hun eisen wilde de staatssecretaris liever ook niet.

Je zou verwachten dat de Afdeling hem niet zou kunnen helpen. Bij dwangvoeding is een van de meest fundamentele mensenrechten in het geding, het recht op lichamelijke integriteit (art. 11 GW).¹⁴ Als een voedingssonde tegen je wil in je lichaam wordt gebracht en je wordt vastgebonden om te voorkomen dat je die sonde uittrekt, heeft dat veel weg van een verkrachting. Behalve het recht op lichamelijke integriteit staat bovendien een tweede grondrecht aan dwangvoeding in de weg, of we dat nu identificeren als het recht op leven, opgevat als een bevoegdheid om over eigen leven te beschikken, of als een afzonderlijk recht op zelfbeschikking.¹⁵ In de WGBO (art. 7 : 450 BW) is bepaald dat artsen een behandelweigering van een wilsbekwame patiënt moeten respecteren, en dat artikel is buiten de context van een behandelingsovereenkomst van overeenkomstige toepassing (art. 7: 464 BW). De WGBO maakt geen uitzondering voor een behandeling die nodig is om het leven van de patiënt te redden, dus zeker niet voor een zo invasieve behandeling als dwangvoeding.

Uit deze rechten leidt de Afdeling in eerste instantie alleen af dat dwangvoeding een formeel-wettelijke grondslag moet hebben. Die zou volgens de Afdeling echter niet ontbreken. Artikel 32 van de Penitentiaire Beginselenwet (1998) bepaalt namelijk dat de directeur van de inrichting een gedetineerde kan verplichten te gedogen een medische behandeling te ondergaan als die naar het oordeel van een arts volstrekt noodzakelijk is om ernstig gevaar voor de gezondheid of veiligheid van de gedetineerde af te wenden. Als de gevangene die behandeling moet gedogen, moet het de arts zijn toegestaan die te verrichten. Er ontstaat dan wel een tegenspraak met het verbod om de patiënt zonder zijn instemming te behandelen. Om deze tegenspraak op te lossen beroept de Raad zich op een formele voorrangregel: een 'speciale' wet als de Penitentiaire Beginselenwet gaat voor een 'algemene' als het BW.¹⁶

In een afzonderlijke beschouwing wordt nagegaan of deze conclusie wel verenigbaar is met de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens.

14 In de MvT bij het voorstel tot opname van art. 11 in de GW wordt gedwongen toediening van voedsel bij een hongerstaking dan ook in een lijst van inbreuken op dat recht genoemd. *Handelingen II 1979/80*, 16068 nr. 3, p 6-7, geciteerd in Van Beers 2009, p. 113, noot 331.

15 Zie daarover hoofdstuk 5.

16 Zo al Minister van Justitie Donner in zijn Antwoord van 9 dec. 2002 op vragen van het kamerlid Teeven (!).

2 DWANGVOEDING EN GRONDRECHTEN

Gedwongen voeding zou allereerst een schending kunnen opleveren van het verbod op foltering, onmenselijke of vernederende behandeling en bestraffing (art. 3 EVRM). Het Hof heeft echter in diverse uitspraken bepaald dat maatregelen die naar erkende medische maatstaven therapeutisch noodzakelijk worden geacht in beginsel niet als vormen van onmenselijke of vernederende behandeling kunnen worden beschouwd.¹⁷ Een beperking van het recht op een privéleven (art. 8 EVRM) kan gerechtvaardigd zijn in het belang van de bescherming van de gezondheid. Niet alleen staan grondrechten daarom dwangvoeding niet in de weg, de overheid heeft zelfs positieve verplichtingen ter bescherming van het recht op leven (art. 2 EVRM) van burgers in het algemeen, plichten die extra zwaar wegen als het gaat om het leven van personen die aan de zorg van de overheid zijn toevertrouwd, zoals gedetineerden. In zulke gevallen geldt daarom in het bijzonder dat het afwenden van gevaar voor het leven als therapeutisch noodzakelijk kan worden beschouwd. Aldus de Raad van State.

2.2 *Evaluatie van het advies*

Een opmerking vooraf. Als de hongerstaking wordt doorgezet zal de betrokkene op zeker ogenblik het vermogen verliezen zijn wil kenbaar te maken. Maar de hongerstaker kan vooraf een schriftelijke wilsverklaring opstellen die het aanbrenge van een voedingssonde ook dan verbiedt. Die wilsverklaring is geldig, maar in dit geval geeft de WGBO de hulpverlener wel de bevoegdheid daarvan om gegronde redenen af te wijken. Daarbij moet echter gedacht worden aan redenen die de patiënt niet zelf heeft kunnen meewegen, bijvoorbeeld omdat hem de informatie ontbrak die hij daarvoor nodig had.¹⁸ Als de hongerstaker het toedienen van voedsel en vocht verbiedt zolang aan zijn eisen niet is voldaan, kan op deze uitzonderingsbepaling geen beroep worden gedaan. In het advies wordt op deze kwestie niet ingegaan.

Nu de hoofdzaak. Als zich op het eerste gezicht tussen twee wettelijke bepalingen of anderszins in het recht verankerde normen een tegenspraak voordoet, heeft het recht verschillende methoden om die tegenspraak op te heffen. Omdat er in dit geval grondrechten in het geding zijn was het aangewezen te onderzoeken of artikel 32 van de Penitentiaire Beginselenwet niet zo uitgelegd kan worden

17 Verwezen wordt naar EHRM, *Herczegfalvy v Oostenrijk*, 24 september 1992, nr 10533/83 en *Nevmerzhitsky v Ukraine*, 5 april 2005, nr 54825/00. Zie ook *Ilijkov v. Bulgaria*, 20 oktober 1997, nr 33977/96 en *Rappaz v. Switzerland*, 28 februari 2011, nr. 73175/10.

18 Zie de voorbeelden in Leenen, Gevers & Legemaate 2011, p. 208. Het is overigens zeer de vraag of in dat stadium de gezondheid van de hongerstaker al niet onherstelbaar beschadigd is.



DEEL 1 MORELE GRONDSLAGEN VAN HET GEZONDHEIDSRECHT: DE ERFENIS VAN LEENEN

dat deze rechten niet gecompromitteerd worden.¹⁹ De methode waar we dan voor kiezen is grondrechtsconforme wetsuitleg, een vorm van rechtsverfijning, gemotiveerd door het beroep op een grondrecht. In dit geval zou die motivering nog kunnen worden aangevuld met een beroep op de wetsgeschiedenis. Uit de memorie van toelichting blijkt namelijk dat het artikel is opgenomen vanwege “het groeiend aantal gedetineerden met ernstige geestelijke stoornissen die zich uiten in onbeheerst en, zonder medisch ingrijpen, veelal onbeheersbaar gedrag”.²⁰ Het is dus goed te verdedigen dat de bevoegdheid die art. 32 aan de directeur van een instelling verleent alleen betrekking heeft op zulke gedetineerden. Dit is in overeenstemming met de BOPZ die immers (art. 38 lid 5) dwangbehandeling alleen toestaat bij psychiatrische patiënten die als gevolg van de stoornis van hun geestvermogens een gevaar zijn voor zichzelf (of voor anderen).²¹

Voor de informatieplicht van de arts kent de WGBO inderdaad de therapeutische exceptie (art. 7: 448 lid 3 BW): het verstrekken van informatie kan achterwege worden gelaten als daarvan ‘kennelijk ernstig nadeel’ voor de patiënt te verwachten is. Uit de wetsgeschiedenis blijkt dat daarbij primair is gedacht aan het risico van zelfdoding. Maar dat risico betreft dan een impulsieve zelfdoding als een overspannen reactie op slecht nieuws. Als de patiënt weloverwogen de beslissing heeft genomen liever te willen sterven dan een behandeling te ondergaan als die behandeling met bepaalde risico’s of neveneffecten gepaard gaat, kan dat geen reden zijn hem de informatie over die gevolgen te onthouden. En al helemaal niet om hem vervolgens te behandelen op basis van een onvolledig geïnformeerde toestemming of zonder toestemming. Voor het toestemmingsvereiste kent het Nederlandse recht geen therapeutische exceptie.²²

19 Vgl. Wangslijmarrest HR 2 juli 1990, *NJ* 1990, 751. “Omdat het gaat om een uitzondering op een beginsel moet de (therapeutische) exceptie beperkt worden geïnterpreteerd.” Leenen & Gevers 2000, p. 198.

20 Dossier 24263. Tijdens de parlementaire behandeling van de wet heeft de Minister van Justitie zelfs expliciet aangegeven dat art. 32 alleen betrekking heeft op wilsonbekwame gedetineerden, Hermans 2004, p. 48-9.

21 ‘Gevaar’ is wellicht niet hetzelfde als ‘kennelijk ernstig nadeel’, en ‘als gevolg van een geestelijke stoornis’ is niet hetzelfde als ‘als gevolg van een gebrek aan wilsbekwaamheid’, maar deze bekende fricties tussen de WGBO en de BOPZ tasten de conclusie niet aan dat er geen rechtvaardiging bestaat voor dwang bij een weloverwogen beslissing om in hongerstaking te gaan.

22 Volgens Leenen & Gevers 2000, p. 205, vgl. Leenen, Gevers & Legemaate 2011, p. 206, werkt de therapeutische exceptie op de informatieplicht ook door in het toestemmingsvereiste. Maar ook dan is levensgevaar niet genoeg voor het beroep op therapeutische noodzaak, dat gevaar moet voortkomen uit een defecte wilsvorming. “De regeling overziende kan de conclusie enkel zijn dat in de praktijk van de patiëntenzorg nauwelijks nog ruimte bestaat voor toepassing van de therapeutische exceptie.” Engberts 2013a, p. 29.





2 DWANGVOEDING EN GRONDRECHTEN

Door zich te beroepen op een formele voorrangsregel gebruikt de Raad van State de Penitentiaire Beginselenwet, tegen de kennelijke bedoeling van de wetgever in, om inbreuken op de lichamelijke integriteit en het zelfbeschikkingsrecht te legitimeren van mensen die niet aan een geestelijke stoornis lijden, en voldoende wilsbekwaam moeten worden geacht om hun rechten uit te oefenen. Daarmee worden grondrechten opzij gezet zonder daarvoor enige principiële verantwoording te geven. 'Lex specialis', 'lex posterior', en dergelijke regels zouden alleen gebruikt moeten worden als er geen principiële gronden zijn om aan één van de conflicterende normen voorrang te geven. Of als de relevante principiële overwegingen voorwerp zijn van een maatschappelijke controverse en het niet op de weg van de rechter ligt die te beslechten. Dat is de stelling die ik in het volgende hoofdstuk verder zal verdedigen.²³

Als we vervolgens kijken naar de rechtspraak van het EHRM kunnen we vaststellen dat in de landen die van het Hof het groene licht kregen voor dwangvoeding wel in algemene zin de eis geldt, of dat nu krachtens eigen wetgeving is of op grond van de uitleg van het EVRM door het Hof, dat geen medische behandeling mag plaatsvinden zonder toestemming van de betrokkene,²⁴ maar dat die norm in die landen niet geldt (of gold) voor een behandeling die als therapeutisch noodzakelijk wordt beschouwd, dus zeker niet voor een behandeling die nodig is om levensgevaar af te wenden.²⁵ Die landen kennen dus een therapeutische exceptie op het toestemmingsvereiste, niet alleen op de informatieplicht, en die exceptie wordt breed opgevat. Er wordt uitgegaan van de, in wezen sterk normatief bepaalde, fictie dat het belang bij het leven nooit kan wijken voor enig ander belang, ongeacht de omstandigheden en ongeacht de opvattingen daarover van de betrokkene zelf. In een rechtssysteem dat een regeling voor euthanasie en hulp

23 De toelaatbaarheid van dwangvoeding is ook wel verdedigd omdat art. 7:450 BW buiten de behandelingsovereenkomst alleen van overeenkomstige toepassing is "voor zover de aard van de rechtsbetrekking zich daartegen niet verzet." (art. 7: 464), Hermans 2004, onder verwijzing naar het Antwoord van de Minister van Justitie Donner van 9 dec. 2002 (zie noot 16). Maar omdat de grondrechten van de betrokkene buiten de behandelingsovereenkomst onder grotere druk staan dan daarbinnen, vgl. Hendriks c.s. 2000, p. 4, moet de bescherming van die rechten in zulke contexten ook eerder sterker zijn dan zwakker, en dit des te meer naarmate de rechtsbetrekking een meer asymmetrisch karakter heeft.

24 EHRM *Glass v. UK*, 9 maart 2004, nr 61827/00, *EHRC* 2004, 38 (m.nt. A.C. Hendriks).

25 Hendriks 2009, 35 e.v. Zo neemt het Hof ook aansprakelijkheid aan voor schadelijke gevolgen van een behandeling waarmee de betrokkene niet heeft ingestemd maar niet als het om een levensreddende behandeling ging. EHRM, *Bogumil v. Portugal*, 7 oktober 2008, nr. 35228/03, *NJ* 2010, 58 (m.nt. F.C.B. van Wijmen); *NJCM-Bulletin* 2009, p. 428 (m.nt. A.C. Hendriks).





DEEL 1 MORELE GRONDSLAGEN VAN HET GEZONDHEIDSRECHT: DE ERFENIS VAN LEENEN

bij zelfdoding door dokters kent is die fictie kennelijk losgelaten. Ook binnen de jurisprudentie van het EHRM zelf lijkt me een uitzondering op het toestemmingsvereiste met een beroep op therapeutische noodzaak trouwens al moeilijk te verenigen met de erkenning dat art. 8 EVRM ook een recht op zelfdoding inhoudt. Zolang dat beroep maar een wettelijke verankering heeft, toetst het Hof het tot op heden echter slechts marginaal.

Dat het recht op leven (art. 2 EVRM) ook een positieve plicht van de staat omvat om overlijden door suicide of hongerstaking te voorkomen kan om dezelfde reden evenmin als een voor alle landen geldende rechtvaardiging van dwangvoeding worden opgevat.²⁶ Als alle verdragstaten op dezelfde manier zouden omgaan met uitspraken van het EHRM als de Raad van State doet in dit advies, zou dat wat de mensenrechten betreft neerkomen op een *race to the bottom*: wat in enig land is toegestaan, is overal toegestaan, ongeacht de interpretatie die de rechten die in het geding zijn in het eigen nationale recht hebben gekregen.²⁷

Ook het advies gaat er namelijk zonder meer van uit dat het grotere belang van de hongerstaker het belang bij voortzetting van zijn leven is, en dat zijn eigen afweging van dat belang niet gerespecteerd hoeft te worden. Bepaald pijnlijk blijkt dit uit het beroep dat gedaan wordt op de bijzondere verantwoordelijkheid van de staat voor aan zijn zorg 'toevertrouwde' personen.²⁸ Deze verantwoordelijkheid betreft die belangen van de betrokkene die hij zelf ten gevolge van zijn detentie niet langer kan behartigen: belangen bij huisvesting, voeding, een zinvolle dagbesteding, toegang tot medische zorg. Het is deze verantwoordelijkheid voor humane detentie-omstandigheden waarin de staat volgens de Nationale ombudsman en anderen stelselmatig tekortschiet. En wij moeten geloven dat als de vertegenwoordigers van deze staat besluiten dat de gedetineerde dwangvoeding moet gedogen, dit uit oprechte zorg voor zijn lot gebeurt, en niet uit de

26 In EHRM, *Jehova's Witnesses of Moscow v. Russia*, 10 juni 2010, nr. 302/02, wordt expliciet gesteld dat een wilsbekwaam individu een behandeling mag weigeren ook als de dood volgt, hoe imprudent die beslissing anderen ook mag toeschijnen. Men kan zich afvragen of deze beslissing niet moet worden opgevat als een zodanige omslag in de interpretatie van de mogelijke reikwijdte van het beroep op therapeutische noodzaak dat de opvatting over dwangvoeding die in eerdere uitspraken is neergelegd daarmee ook op de helling staat.

27 Vgl. art. 17 van de *European Convention for the Prevention of Torture and Inhuman and Degrading Treatment or Punishment* (1987): "This Convention shall not prejudice the provisions of domestic law ... which provide greater protection for persons deprived of their liberty."

28 De WMA heeft het in de pre-ambule van de verklaring van Malta (zie noot 30) realistischer over "third parties whose primary interest is not the welfare of the patient".





2 DWANGVOEDING EN GRONDRECHTEN

wens hem het allerlaatste schamele wapen uit de handen te slaan dat hem in zijn conflict met de staat nog rest.

Met betrekking tot deze afweging is het ook nodig om de positie van de arts te bekijken die gevraagd wordt de dwangvoeding uit te voeren. Stel dat het gaat om een gedetineerde die in hongerstaking is gegaan om uitzetting naar zijn land van herkomst te voorkomen. Het standpunt dat hij inneemt, oprecht of om strategische redenen, is: liever dood dan terug. Dat kun je niet menen, zegt de staat, in jouw land is het veilig genoeg. De arts die tot dwangvoeding zou overgaan zou om te beginnen in dit conflict zonder enig voorbehoud het standpunt van de staat innemen, en bovendien veronderstellen dat het recht op lichamelijke integriteit en het zelfbeschikkingsrecht van de betrokkene moeten wijken voor zijn vermeende belang (*zijn* belang, niet het belang van de staat) bij voortzetting van zijn leven.²⁹ Het is geen wonder dat de *World Medical Association* in de Declaraties van Tokyo (1975) en Malta (1991) heeft uitgesproken dat artsen niet horen mee te werken aan de dwangvoeding van wilsbekwame gedetineerden.

“Forcible feeding is never ethically acceptable. Even if intended to benefit, feeding accompanied by threats, coercion, force or use of physical restraints is a form of inhuman and degrading treatment.”³⁰

Dit standpunt is door de KNMG in 2002 uitdrukkelijk bevestigd.³¹ Het behoort daarmee tot de professionele standaard van de arts om niet mee te werken, en de WGBO (art. 7 : 453 BW) verplicht hem te handelen volgens die standaard.³² Het advies maakt hiervan melding in een voetnoot, maar verbindt daaraan niet de conclusie dat het de arts te verwijten zou zijn als hij de opdracht van de directeur zou uitvoeren.³³

Het advies van de Afdeling is dus om twee redenen ondeugdelijk: omdat het ten onrechte formalistisch redeneert in een rechtsvraag waarbij grondrechten in het geding zijn en daardoor te gemakkelijk aanneemt dat er gronden zijn voor een inbreuk op die grondrechten, en omdat het geheel abstraheert van de context van

29 Hierover uitvoeriger Den Hartogh 2004b.

30 *WMA Declaration of Malta on Hunger Strikers*, 1991, herzien 2006.

31 *Dwangvoeding aan hongerstakende gedetineerden. Standpunt KNMG 2002*. knmg.art-sennet.nl/Publicaties/KNMGpublicatie/Dwangvoeding-aan-hongerstakende-gedeteneerden-2002.htm.

32 Zeker naar aanleiding van EHRM, *Gross v Switzerland* 14/5/2013, nr. 67810/10 (ECHR 2010, 429) zou je je met Hendriks in zijn kritische noot kunnen afvragen of het EHRM de juridische betekenis van professionele normen wel serieus genoeg neemt.

33 Zie ook de brief van de Inspecteur-Generaal voor de Gezondheidszorg J.H. Kingma aan de KNMG van 2 sept. 2002.





DEEL 1 MORELE GRONDSLAGEN VAN HET GEZONDHEIDSRECHT: DE ERFENIS VAN LEENEN

het probleem: het gaat niet om het compenseren van een gebrekkig vermogen tot zelfbeschikking, maar om een principiële conflict dat de asielzoeker uitvecht met de staat.

3 **Moeten rechtsregels wel geïnterpreteerd worden in het licht van hun rechtvaardiging?**

3.1 *Redenen om niet teveel na te denken*

Vervulling van de plichten die uit mensenrechten voortvloeien kan het doel van rechtsregels zijn, of tot de randvoorwaarden behoren waarbinnen de toepassing van die regels geacht wordt zich te bewegen. In beide gevallen maken zij deel uit van de achterliggende rechtvaardiging van die regels. De stelling die ik in de vorige paragraaf aan de hand van een voorbeeld heb geïntroduceerd is dat bij de toepassing van rechtsregels de morele overwegingen die tot de ratio van die regels behoren, in het bijzonder overwegingen betreffende de mensenrechten, bij de toepassing daarvan steeds in het oog moeten worden gehouden, en daarom doorwerken in de interpretatie van die regels.

Die stelling lijkt een open deur, maar is bij nader toezien allerminst vanzelfsprekend. Er kunnen goede redenen worden aangevoerd waarom bij de toepassing van rechtsregels de achterliggende overwegingen, doel en randvoorwaarden, doorgaans juist buiten beschouwing moeten worden gelaten, redenen die wellicht zelfs tot de wezenskenmerken van het recht als normatieve ordening behoren. Dat is in elk geval met kracht betoogd door verschillende prominente rechtsfilosofen, van wie ik in het bijzonder Joseph Raz en Frederick Schauer wil noemen.³⁴ Zouden argumenten als de hunne ons er niet ook toe moeten bewegen bij de rechtsvinding mensenrechten in principe juist buiten beschouwing te laten, ook al behoren die tot de morele grondslagen van het recht? Dat is de vraag die ik in dit hoofdstuk wil bespreken. Ik oriënteer me daarbij vooral op het werk van Schauer.

Uitgangspunt van de benadering van Raz en Schauer is het inzicht dat praktische rationaliteit in hoge mate een indirect karakter heeft, in het individuele maar zeker in het collectieve geval. Wie regels volgt ziet er van af in het concrete geval een beslissing te nemen op basis van een afweging van alle relevante overwegingen. Hij neemt aan dat in gevallen die onder de regel vallen in het algemeen een bepaalde overweging of set van overwegingen doorslaggevend is, en handelt ook in dit geval dienovereenkomstig zonder te beoordelen of die achterliggende recht-

34 Raz 1979, 1986, hfdst. 3; Schauer 1991, 1992 (toepassing op het euthanasieverbod), vgl. ook Alexander & Sherwin 2001, ch. 2. Mooi overzicht van deze theorieën in Postema 2011, ch. 9.





3 MOETEN RECHTSREGELS GEÏNTERPRETEERD WORDEN IHLV HUN RECHTVAARDIGING?

vaardiging ook in dit geval evenveel gewicht heeft als normaal. Schauer zegt dan dat de toepassing van die achterliggende rechtvaardiging in het concrete geval 'entrenched', verschanst is, en 'opaque' is, ondoorzichtig, naar de achterliggende overwegingen voor en tegen. In die zin wordt elke regel 'blind' gevolgd.³⁵

Al bij het nemen van onze individuele beslissingen proberen wij inderdaad zelden of nooit alle voor de beslissing relevante overwegingen in beschouwing te nemen. Concrete beslissingen worden daarentegen ingebed in plannen voor de langere termijn die we al in een eerder stadium hebben gemaakt, en in routinepatronen die geleidelijk in ons handelen zijn ingesleten.³⁶ Gegeven dit staand beleid kunnen we de meeste beslissingen zelfs geheel automatisch nemen, maar ook als we expliciet met onszelf te rade gaan betreft het doorgaans alleen een nadere invulling van beleid dat zelf niet ter discussie staat. Hiervoor zijn twee redenen. De eerste is eenvoudig dat het buitengewoon inefficiënt zou zijn om bij elke beslissing het totale pakket van redenen die voor die beslissing gelden in overweging te nemen. Als we zouden proberen dat te doen zouden we aan handelen nauwelijks toekomen. Door plannen te maken en die geleidelijk nader uit te werken besparen we op de kosten van besluitvorming. Schauer haalt in dit verband A.N. Whitehead aan: het is een groot misverstand te menen dat we beter moeten leren nadenken bij wat we doen. De tweede reden is dat als we ons algemene beleid voortdurend zouden heroverwegen, we geneigd zouden zijn op achtereenvolgende tijdstippen, onder invloed van onze meest recente ervaringen en de stemming van het moment, tot uiteenlopende conclusies te komen, met als gevolg dat we onszelf voortdurend voor de voeten zouden lopen. Door planning bevorderen we gecoördineerd handelen door de tijd heen.

Soortgelijke redenen gelden ook bij collectieve besluitvorming. Etiquetteregels bevrijden ons van de zorg te moeten nadenken over wat we zullen aantrekken, hoe we zullen groeten etc. De introductie van lossere omgangsvormen in de jaren '60 van de vorige eeuw was daarom niet alleen maar een bevrijding. Wat het recht betreft: het is onmogelijk om bij elke rechterlijke beslissing alle relevante overwegingen in overweging te nemen, daarvoor ontbreekt de tijd, de menskracht en de expertise. Om redenen van efficiëntie verdient het de voorkeur eerst eenmalig algemene regels vast te stellen, of dat nu door de wetgever of door de rechter zelf gebeurt, en die regels in volgende gevallen toe te passen zonder daarbij steeds het afwegingsproces dat tot de regel geleid heeft te herhalen. Wel kan de individuele casus aanleiding geven de algemene regel nader te specificeren.

35 Joseph Raz zegt om soortgelijke redenen dat regels 'exclusionary reasons' geven, redenen die niet meegewogen moeten worden in de balans van redenen, maar het afwegen van andere redenen uitsluiten, juist omdat zij geacht mogen worden het gewicht van die redenen te vertegenwoordigen. Raz 1975, p. 35-48, 62-5; 1979, p. 16-9; 1986, 42, 59-62.

36 Dit is het centrale inzicht van Bratman 1987.





DEEL 1 MORELE GRONDSLAGEN VAN HET GEZONDHEIDSRECHT: DE ERFENIS VAN LEENEN

Maar in andere gevallen kan de beslissing vrijwel automatisch worden genomen. De grootste mate van stroomlijning in de rechtspraak wordt al bereikt doordat de rechter gebonden is aan wet en precedent. Het helpt ook enorm als de burger of zelfs de advocaat zelf gemakkelijk kan begrijpen dat procederen geen zin heeft. Alleen al om deze reden is het begrijpelijk dat rechtsregels in de meerderheid van de gevallen 'blind' worden toegepast, zonder daarbij de ratio van die regels in overweging te nemen.³⁷

Ook het tweede argument om relevante overwegingen alleen indirect te laten doorwerken in een rechterlijke beslissing, kan van de individuele naar de collectieve context worden overgedragen. Als rechters zich steeds opnieuw zouden afvragen welke beslissing het meest geëigend is om de relevante waarden te realiseren en de relevante randvoorwaarden in acht te nemen zouden ze regelmatig tot uiteenlopende conclusies komen, en daarmee zowel de rechtsgelijkheid als de rechtszekerheid aantasten.

Tussen die beide overwegingen moet wel strikt onderscheiden worden. Als we op elk moment dat we nadenken over de relevante redenen voor ons handelen een volledig adequaat begrip van die redenen hadden, zou het coördinatie-argument voor individuele besluitvorming niet opgaan: we zouden immers alleen tot andere conclusies komen als er relevante verschillen in de omstandigheden waren opgetreden, en het daarom onjuist zou zijn aan de 'oude' conclusie vast te houden.³⁸ Om dezelfde reden stelt Schauer terecht dat het volgen van regels in principe de rechtsgelijkheid eerder aantast dan bevordert. Formele rechtvaardigheid vraagt 'gelijke gevallen gelijk behandelen en ongelijke ongelijk'. Maar als we eerder vastgestelde regels volgen zullen we gevallen als gelijk behandelen als ze onder dezelfde regel vallen, ook al verschillen ze van elkaar in een relevant opzicht dat bij de blinde toepassing van regels niet op de radar verschijnt. Omgekeerd kan het aspect waarop de regel focust voor de beoordeling van een concreet geval ook ten diepste irrelevant zijn, waardoor de regel ons er toe brengt fundamenteel gelijke gevallen ongelijk te behandelen. Dit zijn de kosten die inherent verbonden zijn aan het volgen van regels als indirecte realisering van de rechtvaardigheid.

Schauer heeft hier gelijk in, maar uit dat gelijk volgt niet dat overwegingen van rechtsgelijkheid alleen tégen het volgen van regels pleiten. Als rechters allemaal als Salomo zouden proberen te beslissen, op basis van de voor elk geval relevante overwegingen, zouden ze immers anders dan Salomo fouten maken en daardoor toch gelijke gevallen ongelijk behandelen en ongelijke gelijk. In die situatie kan het blind volgen van regels wel degelijk ook een indirecte manier zijn om een grotere mate van rechtsgelijkheid te realiseren.

37 Rijkema 2001, p. 55.

38 Voor dit amendement op Bratmans theorie zie Den Hartogh 2004c, p. 9 e.v.



3 MOETEN RECHTSREGELS GEÏNTERPRETEERD WORDEN IHLV HUN RECHTVAARDIGING?

Met betrekking tot rechtszekerheid liggen de zaken duidelijker. Ook Salomo zou reden hebben van allerlei potentieel relevante overwegingen te abstraheren bij het toepassen van een regel, als die regel het rechtssubject een handeling voorschrijft waarop anderen, juist vanwege dat voorschrift, mogen rekenen. Regels maken gedrag voorspelbaar en daarmee gecoördineerd handelen van meerdere personen mogelijk. Daarvoor is wel nodig dat de toepasbaarheid van de regel op een concreet geval *common knowledge* is, gedeelde kennis: rechtssubjecten en rechtshandhavers weten niet alleen dat de regel van toepassing is, ze weten ook van elkaar dat ze dat weten, etc. Een coördinatie-regel veronderstelt een patroon van wederkerige verwachtingen. Dat maakt individuele planning maar ook samenwerking tussen individuen mogelijk, een essentiële, misschien zelfs dé essentiële functie van het recht.³⁹ Die overweging zou ook onfeilbare rechters die geen last hebben van schaarste aan besluitvormingsmiddelen ertoe moeten brengen volgens regels te oordelen.

Welbeschouwd hoeven ze daarbij hun ogen voor andere overwegingen niet eens te sluiten, omdat de voorspelbaarheid van gedrag een waarde is die veelal geacht mag worden zwaarder te wegen dan andere overwegingen. Als regels primair gezien moeten worden als coördinatie-regels, passen zij daarom niet in Schauers model van 'verschansing'. Als je afziet van het belang van onderlinge afstemming van gedrag *zouden* allerlei andere overwegingen van doorslaggevend belang zijn, maar in een context van coördinatie zijn ze dat niet langer. Wie coördinatie-regels laat gelden hoeft dus niet blind te zijn voor de achterliggende rechtvaardiging van die regels, omdat die achterliggende rechtvaardiging door coördinatie-overwegingen wordt verschaft. Zulke overwegingen moeten dan ook niet opgevat worden als vormen van indirecte praktische rationaliteit.⁴⁰ Volgens Schauer zul je door coördinatie-regels te volgen soms suboptimale uitkomsten realiseren, omdat je minder vrij bent je aan te passen aan veranderende omstandigheden. Maar het punt is dat je door je op een onvoorspelbare manier aan die omstandigheden aan te passen anderen op een dwaalspoor zou brengen en daardoor een nog slechtere uitkomst zou realiseren. Er zijn dus geen onontkoombare kosten verbonden aan het volgen van coördinatie-regels, zoals die verbonden zijn aan het volgen van regels uit overwegingen van efficiëntie. Hooguit zou gesuggereerd kunnen worden dat rechters die zich te vrij voelen om een open afweging van het belang van coördinatie tegen andere belangen te maken geneigd zullen zijn te gemakkelijk de rechtszekerheid voor de rechtvaardigheid te laten wijken.

39 Lagerspetz 1995; Rijpkema 2001, hfdst. 4; Den Hartogh 2002, ch.1-2.

40 Voor vergelijkbare kritiek op de stelling van Raz dat coördinatie-regels 'exclusionary reasons' geven, zie Perry 1989; Den Hartogh 2002, ch. 7; Shapiro 2002, p. 410-5.



DEEL 1 MORELE GRONDSLAGEN VAN HET GEZONDHEIDSRECHT: DE ERFENIS VAN LEENEN

Daarmee raken we aan een volgende reden voor verschansing. Als we onze plannen om onze vakantie op een bepaalde manier in te vullen of een bepaalde opleiding te volgen niet ieder ogenblik ter discussie stellen omdat we bang zijn node-loos te gaan zwalken, beperken we tot op zekere hoogte onze bevoegdheid tot heroverweging. Om soortgelijke redenen kunnen we in het geval van collectieve besluitvorming bepaalde actoren zoals de rechter (of de directeur van een penitentiare instelling) de bevoegdheid ontnemen bepaalde overwegingen mee te wegen omdat we de uitkomst van die afweging onvoldoende vertrouwen uit een oogpunt van rechtsgelijkheid, rechtszekerheid, maar mogelijk ook van rechtvaardigheid. Om zulke redenen bepleiten sommigen voor bepaalde misdrijven een minimumstrafmaat vast te stellen. Overwegingen van dit type kunnen ook gelden voor rechtssubjecten. In een flink aantal landen waar euthanasie en hulp bij suïcide ook voor artsen verboden is, is dat niet langer vanwege de heiligheid van het leven of de waardigheid van de mens, en ook niet omdat niet erkend wordt dat zich situaties kunnen voordoen waarin het voor een patiënt een zegen zou zijn als zijn leven beëindigd werd. Veeleer is de wetgever van oordeel dat dit een te gevaarlijke bevoegdheid is om aan iemand, ook aan een arts, te geven.⁴¹ Mensen zouden zich te goeder trouw kunnen vergissen in hun oordeel dat levensbeëindiging de enige mogelijkheid is om het lijden van een patiënt te beëindigen, zich te kwader trouw achter dit motief kunnen verschuilen voor moeilijk te achterhalen egoïstische bedoelingen, of zich door mensen met zulke bedoelingen kunnen laten manipuleren.⁴² Ook partijdigheid is een relevant gevaar. Je kunt van veiligheidsdiensten niet verwachten dat ze de privacy van burgers voldoende gewicht geven als het aan henzelf wordt overgelaten die te wegen. In al zulke gevallen is de reden voor verschansing het vermijden van risico's, door ondeskundigheid, partijdigheid of misbruik.

Eén belangrijke reden om bij de toepassing van regels blind te zijn voor achterliggende rechtvaardigende overwegingen wordt door Schauer en Raz niet of nauwelijks besproken.⁴³ Dit is de reden die centraal stond in de traditie van het moderne natuurrecht, de dominante rechtstheorie in de 17 en 18^e eeuw (De Groot, Hobbes, Locke; maar ook Hume en Kant kunnen hiertoe gerekend worden). Voor een flink deel van het recht geldt dat het belangrijkste is dat er een kenbare ordening bestaat, niet welke ordening het precies is. In zulke gevallen is er reden de bestaande orde te respecteren, ook als het niet helemaal de optimale is. We hebben dit gezien toen we coördinatieregels bespraken. Vaker nog is het echter omstreden wat de optimale ordening is. Er is verschil van mening over de doelen die door collectief handelen dienen te worden nagestreefd, en over de interpretatie

41 Schauer 1992.

42 Zie hierover verder hoofdstuk 5 en 6.

43 Maar wel door Alexander & Sherwin 2001, p. 11-26; Den Hartogh 2002, chs. 2 & 6.





3 MOETEN RECHTSREGELS GEÏNTERPRETEERD WORDEN IHLV HUN RECHTVAARDIGING?

van de morele randvoorwaarden die daarbij in acht moeten worden genomen. In die gevallen zou collectief handelen nog tot stand kunnen komen door een onderhandelingsproces, maar de daaraan verbonden onderhandelingskosten kunnen volledig uit de hand lopen. Ook kan de mate waarin het onderhandelingsresultaat afhangt van de *ex ante* verdeling van machtsposities sterk indruisen tegen eisen van rechtvaardigheid.

Het alternatief is dan te kiezen voor een vorm van gereguleerde besluitvorming die het karakter van arbitrage heeft. Deze arbitrage kan alleen respect verdienen als de daarvoor vastgestelde procedure van besluitvorming aan democratische eisen voldoet. In zulke gevallen is het vaak niet uit te maken welke overwegingen het besluit precies bepaald hebben. De verschillende bij de besluitvorming betrokken partijen kunnen geheel uiteenlopende overwegingen gehad hebben, het besluit kan zelf het karakter van een compromis hebben, of zelfs van een concessie aan een minderheidsstandpunt die onderdeel is van een groter compromis.⁴⁴ Dat besluit verdient dan toch naderhand gerespecteerd te worden, niet vanwege de kwaliteit van de inhoudelijke redenen die er toe geleid hebben, maar omdat het de uitkomst is van een legitieme besluitvormingsprocedure die lopende disputen beslecht. Omdat bij arbitrage de legitimiteit van de scheidsrechter essentieel is, voegt een beroep op deze overweging aan het voorkomen van misbruik een reden toe om bevoegdheden in te perken. Om die reden kan de wetgever gelegitimeerd zijn tot beslissingen waarvan de rechter zich moet onthouden.⁴⁵

Arbitrageregels zijn eigenlijk een subklasse van coördinatieregels, en ook voor zulke regels geldt dat ze niet passen in Schauers model van verschansing. Sommige, vaak zelfs alle betrokken partijen zullen de regels waartoe besloten is niet als optimaal beschouwen, maar dat betekent niet dat ze de mogelijkheid van een betere uitkomst opofferen aan het volgen van de regel. Die betere uitkomst is immers geen optie die ze door anders te handelen hadden kunnen realiseren. *It takes two to tango.*

44 Als partijen het eens zijn over het stellen van een norm, maar niet over de redenen om de norm te stellen, spreekt Sunstein 1996 van een 'incompletely theorized agreement', een centraal begrip in Rijkema 2001.

45 Tjong Tjin Tai 2012 betoogt dat het gehele privaatrecht opgevat kan worden als een uitwerking van een onderliggend principe van solidariteit. Maar juist omdat de reikwijdte van solidariteitsplichten maatschappelijk zo omstrede is, moeten de regels zelf als arbitrale beslechtingen van die controversen worden beschouwd. Daarom kan bij hun toepassing in het algemeen niet op het solidariteitsprincipe worden teruggegrepen.





DEEL 1 MORELE GRONDSLAGEN VAN HET GEZONDHEIDSRECHT: DE ERFENIS VAN LEENEN

3.2 *Dus ook maar niet nadenken over grondrechten?*

Als we al deze redenen om het teruggrijpen op achterliggende rechtvaardigingen te beperken overzien, kunnen we dan nog volhouden dat het legitiem is om bij een rechtsvraag als die ik in het tweede hoofdstuk besprak, een beroep te doen op achterliggende morele overwegingen, in het bijzonder op mensenrechten, om het toepassingsbereik van een wettelijke bepaling als art. 32 van de Penitentiaire Beginselenwet in te perken? Of moeten we dan 'blind' de regel volgen en ons, bij conflict met een andere regel zoals art. 450 WGBO, er toe beperken een niet minder blinde voorrangsregel als *Lex specialis* in stelling te brengen?

Laten we om te beginnen vaststellen dat geen van de aangedragen argumenten er toe kan leiden individuele of collectieve besluitvorming volledig van de achterliggende ratio te ontkoppelen. Als we als individu bezig zijn eerder gemaakte plannen of automatische routines nader in te vullen is het zonder meer gewenst open te blijven staan voor nieuwe informatie die twijfel kan oproepen aan de juistheid van die plannen en routines, en zo nodig toch over te gaan tot heroverweging en bijstelling.⁴⁶ Oogkleppen zijn gewenst maar een blinddoek niet. Maar dit veronderstelt dat we ons bewust blijven van het uiteindelijke doel van onze plannen en van toepasselijke randvoorwaarden. Anders zouden we niet in staat zijn verontrustende nieuwe informatie als zodanig te herkennen. Doel en randvoorwaarden functioneren bij onze besluitvorming dan als een soort slaperdijk, die alleen betekenis krijgt als onze normale veiligheidsvoorzieningen tekortschieten.⁴⁷

Laten we wat rechtsregels betreft nog eens naar de verschillende in § 1 aangevoerde argumenten kijken om het teruggrijpen op achterliggende overwegingen uit te sluiten, en nagaan in hoeverre die er ook aan in de weg staan om de werking van een rechtsregel met beroep op mensenrechten in te perken of uit te breiden. Het efficiëntie-argument kan om te beginnen alleen van toepassing zijn als beoordeling van dat beroep op mensenrechten bijzondere kennis van of nader onderzoek naar feitelijke omstandigheden nodig maakt. Alleen dan is de evaluatie van het beroep afhankelijk van een bijzondere expertise die niet tot de normale bagage van een gespecialiseerd jurist behoort. Het argument wordt in deze context dan ook zelden of nooit gebruikt. Geheel anders ligt dat met het rechtszekerheidsargument. Het is een gemeenplaats om aan te voeren dat een beroep op morele overwegingen voor de rechtvaardiging van een beslissing ten koste

46 Dit wordt door Bratman benadrukt: regels werpen alleen een drempel tegen heroverweging op maar sluiten die niet uit. Bratman 1999, ch. 3.

47 Ook volgens Schauer 1991, p. 201-5, moet je regels aan de kant schuiven als duidelijk is dat ze niet de handeling voorschrijven die rationeel of moreel de voorkeur verdient. Dit brengt Schauer, anders dan Raz, er toe zijn rechtspositivisme af te zwakken tot 'presumptive positivism'.



3 MOETEN RECHTSREGELS GEÏNTERPRETEERD WORDEN IHLV HUN RECHTVAARDIGING?

gaat van de voorspelbaarheid van die beslissing. De casus van hoofdstuk 2 laat echter het tegendeel zien. Als we ons realiseren dat dwangvoeding de grondrechten op lichamelijke integriteit en zelfbeschikking van de gedetineerde aantast, en dat in het Nederlandse stelsel bij wilsbekwame, geestelijk niet gestoorde mensen het toestemmingsvereiste niet terzijde kan worden geschoven met een beroep op therapeutische noodzaak, is het antwoord op de vraag van de staatssecretaris duidelijk. Heel wat duidelijker dan het antwoord dat de Raad van State nu geeft: de directeur mag een arts vragen tot dwangvoeding over te gaan als aan allerlei eisen van proportionaliteit en subsidiariteit is voldaan, maar of die arts in overeenstemming met zijn professionele standaard kan handelen als hij op dat verzoek ingaat, laten we maar in het midden.

Een ander voorbeeld. In een boeiend relaas over de voorgeschiedenis van het Liefdehuisarrest van 1913, waarin de Hoge Raad vaststelde dat het medisch beroepsgeheim in beginsel niet beperkt mag worden ter wille van het belang van opsporing van misdrijven, stelt Engberts vast dat de Hoge Raad zich hier liet leiden door een morele positiebepaling en nauwelijks een poging deed om de uitspraak nader in positief rechtsmateriaal te verankeren. Die benadering had volgens hem zijn sterke en zijn zwakke kanten.

“Een sterke kant is dat het verschoningsrecht van de arts wordt gerelateerd aan een inhoudelijke waardenoriëntatie: het verlenen van hulp aan een mens in nood heeft voorrang op handhaving van de strafwet. De zwakke kant is dat de verankering in de bepalingen van de wet weinig doortimmerd is en de interpretatie van aard en omvang van het verschoningsrecht daardoor mede afhankelijk blijft van (conjunctuurgevoelige) morele en politieke inzichten.”⁴⁸

Maar zijn beschouwing heeft zelf duidelijk laten zien dat aan de op dat moment geldende rechtsregels geen dwingende overwegingen te ontleen waren om het verschoningsrecht precies af te bakenen.⁴⁹ Had de Hoge Raad in deze casus anders beslist dan was ook daarmee stellig niet eens en voor altijd vastgesteld in hoeverre het verschoningsrecht van de arts als afgeleide van het recht op gezondheid van zijn patiënten voor opsporingsbelangen moet wijken. Daarentegen heeft het Liefdehuisarrest juist door zijn overtuigende morele positiebepaling nu al honderd jaar vrijwel alle institutionele druk weerstaan, zelfs in het huidige tijdsgewricht waarin de wetgever het beroepsgeheim links en rechts voor allerlei

48 Engberts 2013b, p. 724.

49 Volgens een arrest van 1 maart 1985, *NJ* 1986, 173, hebben notarissen verschoningsrecht als ze gehoord worden als getuigen op grond van art 223b van de Faillissementswet, hoewel het artikel hen niet noemt. De argumentatie is dezelfde als die in het Liefdehuisarrest.



DEEL 1 MORELE GRONDSLAGEN VAN HET GEZONDHEIDSRECHT: DE ERFENIS VAN LEENEN

beleidsdoelen inperkt.⁵⁰ Natuurlijk hebben ook mensenrechten evenals alle andere rechtsnormen naast hun '*core of certainty*' hun '*penumbra of doubt*',⁵¹ maar die kern is robuust genoeg om over een breed front ook rechtszekerheid te garanderen.

Wat burgers van elkaar, van beroepsbeoefenaren en van de overheid verwachten, wordt niet alleen door rechtsregels bepaald. Zij verwachten om te beginnen dat de toepassing van die regels zal stroken met hun elementaire rechtsgevoel. 'Blinde' toepassing van rechtsregels die tegen een breed gedeeld rechtsgevoel ingaat is daarom niet bevorderlijk voor de rechtszekerheid. Het is onder zulke omstandigheden dat klassieke doorbraakarresten als Lindenbaum-Cohen tot stand komen, die dan juist de ontbrekende rechtszekerheid herstellen.⁵²

Daarmee raken we ook al aan het volgende argument: morele overwegingen zijn inherent controversieel, en het arbitreren van principiële controverses moet aan de democratisch gelegitimeerde wetgever worden overgelaten, niet aan de toevallige morele overtuigingen van een willekeurige rechter. Ook dit argument contrasteert juridische en morele overwegingen op een manier die niet vol te houden is. Enerzijds is het ook bij de toepassing van rechtsregels onvermijdelijk rechters een aanzienlijke discretionaire ruimte te geven die individuele rechters verschillend zullen gebruiken, zelfs als zij allen te goeder trouw geloven dat hun beslissing de enig juiste is. Anderzijds zijn er ook op moreel gebied onbetwistbare en nauwelijks betwiste evidenties, en juist de mensenrechten kunnen beschouwd worden als het domein bij uitstek van een zich breed, ten dele zelfs wereldwijd, ontwikkelende consensus. Ook als een beslissing internationaal nog voorwerp van controverse is, kan die controverse nationaal al beslecht zijn. Zo staat het in Nederland vast dat een behandelingsweigering van een wilsbekwame patiënt bindend is, ook als het om een levensverlengende behandeling gaat, ook al laat de praktijk op dit punt nog veel te wensen over.⁵³

50 Legemaate 2011, p. 7-10, geeft een overzicht.

51 Hart 1961, p. 119.

52 Ik noem dit arrest juist omdat het ten onrechte bekend staat als bij uitstek een uitspraak waarin de HR de rechtvaardigheid voor de rechtszekerheid liet gaan. Zie verder Den Hartogh 2002, p. 254-5. Vgl. ook het Pikmeer II arrest, HR 6 januari 1998, *NJ* 1998, 367, waarin de HR expliciet afwijkt van een eerdere uitspraak omdat die inging tegen in de samenleving levende rechtsovertuigingen.

53 Zoals Vezzoni 2005 heeft laten zien. Ook Tjong Tjin Tai 2012 (zie noot 45) erkent dat in sommige gevallen gedrag dat niet met enige concrete rechtsregel in strijd is zozeer indruist tegen een algemeen besef van solidariteit dat het rechtens niet toegestaan kan worden. Zijn voorbeeld is de gouden handdruk van 3,6 miljoen euro die de scheidende directeur van een woningcorporatie toegestopt kreeg nadat hij door ondeskundige speculaties twee miljard euro gemeenschapsgeld had verspeeld.





3 MOETEN RECHTSREGELS GEÏNTERPRETEERD WORDEN IHLV HUN RECHTVAARDIGING?

Er is dan, tenslotte, ook geen reden om het alleen de democratisch gelegitimeerde wetgever toe te vertrouwen beslissingen te nemen over de toepassing van morele beginselen in het algemeen, en mensenrechten in het bijzonder. Integendeel. Het is een klassiek probleem van de democratische staat, dat daarin het gevaar bestaat dat rechten van minderheden door de meerderheid opzij gezet worden, en de klassieke beschermingsconstructie tegen dat gevaar is een lijst van grondrechten op te stellen die niet bij meerderheid van stemmen kan worden gewijzigd, en rechters, al of niet bijeengezet in een speciaal hof, de bevoegdheid te geven meerderheidsbeslissingen te toetsen aan deze rechten. Deze constructie bestaat zoals bekend in feite ook in Nederland, ook al is toetsing aan de grondwet daar nog steeds niet toegestaan. Wij hebben immers allerlei verdragen geratificeerd die grondrechten opsommen, om te beginnen het EVRM, en die rechtstreekse werking hebben. Tenslotte zou de rechter ook indien nodig kunnen toetsen aan algemene rechtsbeginselen die diep verankerd zijn in het algemeen rechtsgevoel, waarbij het van belang is vast te stellen dat die hun status niet verliezen als ze in de Grondwet worden opgenomen.⁵⁴

Bij het toepassen van rechtsregels kunnen de regels nooit volledig doorzichtig zijn naar hun ratio. Anders kon de rechter zich immers beroepen op de ratio en de regels overslaan.⁵⁵ Maar het toepassen van rechtsregels kan ook niet volledig ondoorzichtig zijn, in elk geval niet ten opzichte van fundamentele rechtsbeginselen en van de harde kern van de mensenrechten.⁵⁶ Het kan nodig zijn daarop terug te grijpen om de reikwijdte van een wettelijke bepaling of precedent vast te stellen,⁵⁷ om conflicterende belangen redelijk tegen elkaar af te wegen, om te beslissen over gerechtvaardigde uitzonderingen (bijvoorbeeld over rechtvaardigings- of schulditsluitingsgronden in het strafrecht) of om te beslissen over de hoogte van de strafmaat of schadevergoeding.⁵⁸

54 Rijkkema 2001, p. 212.

55 Dat geldt zelfs voor een *contra legem* beslissing als het Huizer veearts-arrest, waarin de doelen van inenting van vee niet heroverwogen werden, alleen de effectiviteit van de voorgeschreven middelen.

56 Daarom kunnen uit de argumenten van Raz en Schauer niet de rechtspositivistische conclusies worden afgeleid die zij (Schauer met slagen om de arm, zie noot 47) daaruit willen trekken, Den Hartogh 2002, chs 8-10; Postema 2011, ch. 8.

57 Voor een mooi voorbeeld van uitbreiding van de reikwijdte van een rechtsregel o.g.v. de ratio zie Rb 's Gravenhage 1 oktober 2012, ECLI:NL:RBSGR:2012:BX9406, *TvG* 2013/2. De rechtbank gaf toestemming tot beenmergverwijdering bij een minderjarige, ook al voldeed de ontvanger niet aan de eisen voor bloedverwantschap ex WOD art 5, lid 2.

58 Een beroep op overmacht in de zin van conflict van plichten kun je (zolang er geen alternatieven zijn die beide conflicterende plichten ontzien, vgl. hoofdstuk 6) alleen beoordelen door het gewicht van de conflicterende plichten te wegen, en dat kan alleen door naar hun ratio te kijken. Vgl. Dute & Ploem 2013 over de geheimhouding van genetische bevindingen die van groot belang zijn voor anderen dan de patiënt.





DEEL 1 MORELE GRONDSLAGEN VAN HET GEZONDHEIDSRECHT: DE ERFENIS VAN LEENEN

Een nader onderzoek van de morele ratio van rechtsregels kan er uiteraard ook toe leiden nog eens kritisch naar de regels óf naar hun ratio te kijken. Als de WOD bepaalt dat donatie van organen en weefsels alleen om niet mag gebeuren, lijkt de ratio daarvan te zijn dat het geacht wordt in strijd te zijn met de menselijke waardigheid om het menselijk lichaam als handelswaar te behandelen. Maar in feite worden hogerop in de weefselketen wel allerlei commerciële activiteiten toegestaan: weefselbanken laten weefsels verder prepareren door firma's die werken voor winst, en kopen en verkopen zelf weefsels op de internationale markt, ook al heten zij daarbij zelf uiteindelijk geen winstoogmerk te hebben. Het valt niet gemakkelijk in te zien waarom de menselijke waardigheid daarbij *niet* in het geding zou zijn.⁵⁹ Er lijkt dus alle reden te zijn om het verbod op koop en verkoop van weefsels ook hoger in de keten te laten gelden, óf ons af te vragen of de redenen om koop en verkoop van organen aan potentiële donoren te verbieden wel dwingend genoeg zijn.

De belangrijkste reden om rechtsbeginselen en mensenrechten permanent in het oog te houden is de volgende. Het recht heeft de pretentie de burger te verplichten, dat wil zeggen hem doorslaggevende redenen te geven om overeenkomstig het recht te handelen, redenen die zo sterk zijn dat ze in veel gevallen het gebruik van sancties bij overtreding legitimeren.⁶⁰ In die zin claimt recht legitimiteit. Vaak bestaan die redenen al onafhankelijk van de erkenning van hun geldigheid door een juridische autoriteit: onze fundamentele reden om elkaar niet te vermoorden, te bestelen of te bedriegen is niet dat de wet het verbiedt. Maar in andere gevallen zou de reden niet bestaan, of betwistbaar zijn, als de wetgever of de rechter niet zou hebben gesproken. Op de vraag wanneer en waarom zulke redenen inderdaad geldig zijn, kunnen verschillende antwoorden worden gegeven die elkaar niet noodzakelijk uitsluiten.⁶¹ Om onze 'natuurlijke' plicht te vervullen om voor anderen niet alleen al door onze aanwezigheid een gevaar te vormen hebben we een institutionele ordening nodig waarin deze plicht nader gespecificeerd wordt. En er mag van ons een faire bijdrage verwacht worden aan de productie van collectieve goederen waarvan wij ook zelf profiteren, waarbij het alleen door arbitrage gezaghebbend kan worden vastgesteld wat als een faire bijdrage geldt. Wat ook het juiste antwoord is, het veronderstelt altijd dat het recht zelf aan bepaalde eisen voldoet. Zo kan van ons alleen gevraagd worden de fundamentele

59 Verschillende internationale verklaringen gebruiken dan ook ruimere formuleringen dan de WOD in art. 2. "The human body and its parts shall not, as such, give rise to financial gain." *Convention on Human Rights and Biomedicine*, art. 21. Vgl. ook het voorstel voor een Europese grondwet (2004), II. 63.

60 Deze stelling wordt door Raz onderschreven, in afwijking van de opvattingen van Hart. Raz 1979, p. 30, 134-7.

61 Pluralistische concepties van de verplichting de wet te gehoorzamen zijn o.m. verdedigd door Gans 1992; Klosko 2005, ch. 5; Mokrosinska 2012; Den Hartogh 2002, ch. 4-5, 2013a.





3 MOETEN RECHTSREGELS GEÏNTERPRETEERD WORDEN IHLV HUN RECHTVAARDIGING?

rechten van anderen te respecteren als van die anderen ten opzichte van ons hetzelfde wordt gevraagd. In het bijzonder kan het recht alleen de burger binden als het ook de overheid bindt. Het recht kan dus alleen maar aanspraak maken op legitimiteit als het zelf de grondrechten van de rechtssubjecten horizontaal en verticaal beschermt, en wel direct en openlijk. Als de conclusie van een juridisch argument als dat van de Afdeling advisering is dat een categorie rechtssubjecten tegen een overmachtige overheid in feite onbeschermd wordt gelaten, kan die conclusie bij de betrokkenen geen gezag claimen.

Veel ethici en veel juristen verzetten zich tegen deze gedachtegang omdat zij menen dat er twee soorten verplichtingen zijn: morele en juridische. Ergens op het pad tussen de morele erkenning van grondbeginselen en een juridisch oordeel in een concreet geval houdt de ethiek op en begint het recht, en handboeken van medische ethiek en gezondheidsrecht bevatten gewoonlijk dan ook een paragraaf over de relatie tussen beide gebieden waarin de auteurs op zoek gaan naar die breuklijn. Zo'n breuklijn bestaat echter niet. Er is wel een punt waarop het recht begint, namelijk waar een gemeenschap van rechtsgenoten het gezag van bepaalde rechtsbronnen erkent. Maar de ethiek houdt daar niet op. Het standaardargument daarvoor is dat de *de facto* erkenning van juridisch gezag alleen maar een sociaal feit is dat op zichzelf geen morele betekenis heeft. Op zichzelf niet, maar wel in conjunctie met de onontkoombare morele redenen om, binnen bepaalde grenzen, dat gezag te erkennen. Er zijn niet twee soorten gezag, moreel en juridisch, er is slechts één soort: gerechtvaardigd gezag. Zolang je alleen naar de feitelijke dimensie van het recht kijkt, de 'geldigheid' van de rechtsregels, dat wil zeggen hun herleidbaarheid op erkende rechtsbronnen, kun je de gezagsvraag niet beantwoorden. De 'juridische plichten' die je zo kunt identificeren kunnen alleen maar conditionele, geen categorische plichten zijn. Dan kan de beklagde na zijn veroordeling verbaasd opmerken: ik begrijp dat ik de regels van het juridische spel heb overtreden, en dat binnen die regels daaruit volgt: 'Ga direct naar de gevangenis, ga niet langs AF, u ontvangt zeker geen 200 euro'. Maar wat geeft jullie het categorische recht mij op te sluiten als ik niet mee wil spelen?

Het argument dat een blijvend besef van de morele grondslagen van het recht een noodzakelijke voorwaarde is voor de legitimiteit van dat recht is al bij Paul Scholten te vinden.⁶² Scholten verbond er ook de conclusie aan dat juristen alleen met goed fatsoen binnen het rechtssysteem kunnen werken, als rechter of aanklager bijvoorbeeld, als het recht aan minimale morele maatstaven voldoet. Heel interessant is vervolgens het voorbeeld dat hij gaf van een rechtssysteem dat door deze ondergrens heen zou zakken. Dat zou volgens hem het geval zijn als het recht het huwelijk niet langer zou opvatten als de verbintenis tussen één man en één vrouw die niet zomaar met wederzijds goedvinden ontbonden kan worden, dus

62 Scholten 1974 (1931), p. 65 e.v.





DEEL 1 MORELE GRONDSLAGEN VAN HET GEZONDHEIDSRECHT: DE ERFENIS VAN LEENEN

niet 'opzegbaar' is. Dit laat wel heel duidelijk zien dat vermeende morele evidenties inderdaad, met Engberts' term, conjunctuurgevoelig kunnen zijn. Maar dat is geen reden om de evidenties van vandaag minder serieus te nemen. Wij beschikken immers niet over van die evidenties onafhankelijke maatstaven waaraan wij hen zouden kunnen toetsen.

Rechtsbeginselen en grondrechten behoren niet tot het recht omdat het regelgevende gezagsdragers behaagt het gebouw van het recht op zulke morele grondslagen op te trekken, maar omdat het recht een sociale ordening op basis van legitimiteit is, niet of pas secundair van macht.

4 Is de menselijke waardigheid de grondslag van de mensenrechten?⁶³

4.1 De relatie tussen waardigheid en rechten

Zouden de mensenrechten zelf op hun beurt ook weer herleid kunnen worden op een nog fundamenteeler uitgangspunt, waar we dan een beroep op zouden kunnen doen om de grenzen van die rechten te bepalen en conflicten tussen hen te beslechten? Dat komt dicht bij de opvatting van Leenen die weliswaar het recht op gezondheidszorg als een zelfstandig recht beschouwde maar de klassieke vrijheidsrechten zag als een verbijzondering van één algemeen recht (of rechtsbeginsel): het zelfbeschikkingsrecht. Volgens een alternatieve opvatting die op het ogenblik meer furore maakt in het gezondheidsrecht, ook internationaal, is respect voor de menselijke waardigheid dat fundamentele principe.⁶⁴ (De term 'waardigheid' komt in de zaakregisters van de eerste tot en met derde druk van Leenens handboek niet voor.⁶⁵)

Tallose eerbiedwaardige documenten suggereren inderdaad dat de menselijke waardigheid de grondslag is van de mensenrechten. Het Duitse Grundgesetz (1949) opent met de bondige verklaring "Die Würde des Menschen ist unantastbar",⁶⁶ en stelt dan in artikel 1, lid 2: "Das Deutsche Volk bekennt sich *darum* zu

63 Dit hoofdstuk is een vertaling en bewerking van Den Hartogh 2014.

64 Buijsen 2010a betoogt zelfs dat het zelfbeschikkingsrecht geen fundamenteel rechtsbeginsel kan zijn omdat er immers maar één zo'n beginsel is: de menselijke waardigheid.

65 In de vierde druk (2000) vinden we alleen 'waardige wijze van sterven'. In de vijfde druk (2011), p. 33, wordt aangesloten bij de algemene erkenning van de menselijke waardigheid als fundamenteel beginsel.

66 Overgenomen in het *Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie* (2000, sinds 2009 juridisch bindend). Voor de gangbare uitleg van de relatie tussen waardigheid en rechten in het Duitse constitutionele recht zie bijv. Maunz-Dürig 2013, p. 83.





4 IS DE MENSELIJKE WAARDIGHEID DE GRONDSLAG VAN DE MENSENRECHTEN?

unverletzlichen und unveräußerlichen Menschenrechten als Grundlage jeder menschlichen Gemeinschaft, des Friedens und der Gerechtigkeit in der Welt." O.m. de akkoorden van Helsinki (1975) claimen nog explicieter dat mensenrechten "derive from the inherent dignity of the human person".⁶⁷ Mensen zouden dus grondrechten hebben *omdat* zij waardigheid hebben. Volgens een nog sterkere opvatting die in het constitutioneel recht eveneens heel gangbaar is, zijn mensenrechten er om de menselijke waardigheid te beschermen.⁶⁸ Dan zijn net als bij Leenen de mensenrechten verbijzonderingen van één fundamenteel recht, in dit geval het recht op respect voor je waardigheid als mens.⁶⁹ (Of voor dé mens als soort?)

Het beroep op de menselijke waardigheid heeft retorisch een verpletterende kracht en blinkt tegelijk uit door vaagheid. Geen wonder dat veel auteurs geneigd zijn tot scepsis. Is het begrip niet verstoken van elke bepaalbare inhoud? Kun je desgewenst niet iedere opvatting over de mensenrechten ondersteunen door er de menselijke waardigheid bij te halen, voor of tegen de legalisering van euthanasie of stamcelonderzoek bijvoorbeeld, al naar believen?⁷⁰ Heeft het beroep behalve een retorische ook een argumentatieve betekenis? Volgens de Amerikaanse bioethica Ruth Macklin niet: 'Dignity is a useless concept [...] and can be eliminated without any loss of content.'⁷¹

Ik zal in dit hoofdstuk betogen dat respect voor de waardigheid van de mens wel een zinvol en belangrijk beginsel is, maar van veel beperktere betekenis dan vaak wordt aangenomen. Het kan niet de algemene grondslag van de mensenrechten zijn.

67 Vgl. ook de preambule, § 2, van het *Internationaal Verdrag inzake Burgerrechten en Politieke Rechten*; de pre-ambule, § 2, van het *Verdrag tegen Foltering en ander Wrede, Onmenselijke of Ontereende Behandeling of Bestrafing*. Voor een overzicht zie de bijlagen 1 (internationale verdragen) en 2 (grondwetten) in Brems & Vrielink 2009.

68 "Human dignity is the fundamental value and indeed the core of positive European human rights law....and health care is a prerequisite for the preservation of human dignity." *Digest of the Case Law of the European Committee of Social Rights*, Sept. 2005, Council of Europe, 81.

69 In navolging van Duitse auteurs spreken Brems en Vrielink 2009 van een 'moederrecht'.

70 Hendriks in Hendriks & Kaulingfreks 2011, p. 11 verwijst naar het onderzoek van Suchomel 2010 van het beroep op de menselijke waardigheid in uitspraken van het Bundesverfassungsgericht: "de motivering van de uitspraken loopt uiteen, de afweging van botsende belangen verschilt en de grenzen van de menselijke waardigheid worden schijnbaar willekeurig getrokken."

71 Macklin 2003. Schulman ed. 2008 is een uitgebreide verdediging tegen deze kritiek.





DEEL 1 MORELE GRONDSLAGEN VAN HET GEZONDHEIDSRECHT: DE ERFENIS VAN LEENEN

4.2 Wat betekent 'waardigheid'?

Eén gangbaar argument voor de stelling dat het beroep op de menselijke waardigheid leeg is, is dat de term zelf hopeloos ambigu is. Zo wordt er aan de ene kant gezegd dat je als mens een waardigheid hebt die je niet kunt opgeven of verliezen zolang je leeft. Maar aan de andere kant heb je het recht om niet onderworpen te worden aan marteling of aan een wrede of vernederende behandeling, en het nadeel waartegen dit recht je beschermt moet toch wel het verlies van je waardigheid zijn.

Je zou dan ook denken dat iedere bespreking van de rol van de menselijke waardigheid in het recht met een begripsanalyse moet beginnen, maar in feite moet die in de literatuur met een lantaarntje worden gezocht.⁷² Toch is zo'n analyse niet zo moeilijk te geven. Als je een bepaalde waardigheid hebt neem je een relatief hoge plaats in binnen een statushiërarchie, een plaats die een attitude van respect wettigt. Voor waardigheid worden hoeden afgezet. Er kunnen allerlei statushiërarchieën naast elkaar bestaan, en je kunt dus gemakkelijk de ene waardigheid bezitten en de andere missen.⁷³ Dat maakt het begrip niet veelduidig. Een burgemeester kan waardigheid hebben uit hoofde van zijn ambt, en waardigheid missen door zijn gedrag. Met dit voorbeeld verwijs ik al naar twee belangrijke statusordeningen.

'Dignitas est alicuius honesta et cultu et honore verecundia digna auctoritas,' aldus Cicero.⁷⁴ Waardigheid kwam in de Middeleeuwen toe aan leden van de hogere standen, de adel en de kerk, omdat leden van deze standen rechtsmacht hadden over anderen. Het is nog steeds een positie van geïnstitutionaliseerd gezag, in het bijzonder in het publieke domein, die geacht wordt respect te verdienen. Als je waardigheid hebt vanwege je institutionele rol, heb je die in dezelfde mate als alle anderen die dezelfde rol vervullen.

Waardigheid kan echter ook een persoonlijk kenmerk zijn dat mensen in het algemeen in verschillende mate hebben, en ieder individueel bij verschillende gelegenheden ook in verschillende mate heeft. Iemand die gewoonlijk als zeer waardig wordt gezien kan zich opeens zeer onwaardig gedragen. Waardigheid in deze zin is een functie van je gedrag en je toestand. Verlies van waardigheid in deze zin is een van de belangrijkste redenen waarom mensen die in de eindfase verkeren van een dodelijke ziekte naar de dood verlangen. (Je zou kunnen zeggen dat,

72 Zij ontbreekt bijvoorbeeld in de 773 pagina's van Van Beers 2009, in Brems & Vrieling 2009, en in Hendriks & Kaulingfreks 2011, ondanks aandringen van Hendriks.

73 Het heeft weinig zin te zoeken naar een volledige en uniek correcte classificatie van ordeningen, vgl. Nordenfelt 2004 en de commentaren op dat artikel.

74 Het eervolle gezag van iemand dat verering, eer en terughoudendheid verdient. *De Inventione* II, 166.





4 IS DE MENSELIJKE WAARDIGHEID DE GRONDSLAG VAN DE MENSENRECHTEN?

omdat hun toestand niet aan hen zelf te wijten is, zij eigenlijk niets hebben om zich voor te schamen. Maar zo beleven ze dat niet.)

Deze beide categorieën moeten worden onderscheiden van een derde: de waardigheid die je hebt als persoon of als mens.⁷⁵ Dit idee duikt voor het eerst op in teksten uit de sfeer van de Stoa, in het bijzonder in Cicero's *De Officiis*,⁷⁶ krijgt een theologische invulling (*imago Dei*) in het werk van invloedrijke kerkvaders als Augustinus, en een klassieke uiteenzetting in Pico della Mirandola's *Oratio de hominis dignitate* (1486). Een beroemde passage in Kants *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten* (1785), waarin hij een categorisch onderscheid maakt tussen *Würde* en *Preis*, wordt vaak als de canonieke formulering van de fundamentele morele betekenis van dit idee beschouwd.

Als we tussen deze gronden van waardigheid onderscheiden kunnen we allerlei vormen van verwarring vermijden zonder aan te nemen dat de term 'waardigheid' ambigu zou zijn. Enkele jaren geleden weigerde een jonge moslim advocaat om op te staan in de rechtbank bij het binnentreden van de rechters, omdat de Islam ons zou leren dat alle mensen gelijk zijn in waardigheid. Zeker hebben zij gelijke waardigheid als mens, maar dat neemt niet weg dat sommigen daarnaast ook de waardigheid van rechters hebben, en respect voor die waardigheid is niet strijdig met respect voor de waardigheid van anderen als mens. Die laatste waardigheid kun je niet verliezen, maar je persoonlijke waardigheid wel. Het zou dus juist vanwege die onvervreemdbare menselijke waardigheid kunnen zijn dat je mensen niet mag onderwerpen aan een behandeling (zoals dwangvoeding) die hun persoonlijke waardigheid bedreigt.

4.3 Waardigheid de grondslag?

Als 'waardigheid' verwijst naar een eervolle status en als mensen als mensen een speciale eervolle status hebben, ligt de gedachte dat die status de grondslag vormt van hun grondrechten inderdaad voor de hand. Als je waardigheid hebt als mens, maak je als zodanig aanspraak op respect en een respectvolle behandeling. Wat zou een betere manier kunnen zijn om dat respect te tonen dan je rechten te erkennen en te honoreren? De relevante rechten worden als 'mensenrechten' ingedeeld, precies omdat ze toekomen aan mensen als zodanig, onafhankelijk van enige institutionele rol, en onafhankelijk van hun gedrag en conditie.

Welke goederen het ook precies zijn die door mensenrechten worden beschermd, ze moeten in elk geval van waarde zijn voor de drager van die rechten. Als je een

75 Deze begrippen zijn niet equivalent; dit leidt tot het netelige probleem om te bepalen aan welke wezens 'gelijke waardigheid' precies toekomt, waarvan ik in dit essay gelukkig kan abstraheren.

76 I, 105-7.





DEEL 1 MORELE GRONDSLAGEN VAN HET GEZONDHEIDSRECHT: DE ERFENIS VAN LEENEN

recht krijgt is dat een aanwinst; daarom kun je, mocht je er in een concreet geval meer last dan lust van hebben die rechten te bezitten, daar normaal gesproken ook afstand van doen.⁷⁷ Als rechten voordelen zijn, waarom kun je aanspraak maken op die voordelen? Waarom zou het feit dat bepaalde zaken voor jou van waarde zijn, andere mensen een reden geven om die waarden te ontzien of zelfs te bevorderen? Het lijkt een aannemelijk antwoord op die vraag om te stellen dat die reden gelegen is in het feit dat jij zelf een bijzondere waarde hebt. ‘Your interests matter because you matter.’⁷⁸ Het is die bijzondere, onvergeloofbare waarde of kostbaarheid die de menselijke waardigheid zou constitueren. Dit argument wordt veelal in die bewuste passage in Kants *Grundlegung* gelezen, en in elk geval vooral verdedigd door auteurs die zichzelf als Kantianen beschouwen. Maar eigenlijk kan het al teruggevonden worden in de theologische traditie vanaf Augustinus: toen God de wereld schiep gaf hij de mens een speciale status en dat is de reden waarom de fundamentele belangen van mensen respect en zorg verdienen.

Om dit centrale argument te evalueren zal ik eerst een analoge kwestie bespreken die ons kan helpen om de juiste kritische vraag te stellen. Stel dat je ziet hoe een jonge man een oude dame een drukke straat helpt oversteken. Dat gedrag is tegenwoordig zeldzaam, daarom vraag je hem waarom hij dat deed, en hij zegt, nogal pompeus: ‘dat is mijn plicht’. Er is iets mis met dat antwoord. Je zou mogen hopen dat hij deed wat hij deed om iemand te helpen die hulp nodig had. Als hij het daarentegen deed omdat het zijn plicht was, lijkt dat een duidelijk voorbeeld van de morele dwaling die Bernard Williams ooit omschreef als ‘having one thought too many’.⁷⁹ Het is overigens meer aannemelijk dat hij eigenlijk helemaal geen antwoord gaf op je vraag. Door te zeggen dat het zijn plicht was om te helpen, gaf hij niet echt aan wat zijn reden was om dat te doen maar bevestigde hij alleen dat hij een reden had, waaraan hij alleen toevoegde om wat voor soort reden het ging: een dwingende morele reden. In dat geval was zijn verwijzing naar zijn plicht ‘buck-passing’, zoals Thomas Scanlon dat genoemd heeft.⁸⁰ De

77 Voor mogelijke uitzonderingen op die regel zie hoofdstuk 5.

78 Velleman 1999; 2006, p. 40–4; 2008, geïnspireerd door Anderson 1993, p. 26–30, vgl. ook Korsgaard 1996, ch. 4; 2004, p. 93; Wood 1999, p. 115, 132–9; McMahan 2002, p. 242; Darwall 2002, ch. 1; Sulmasy 2008; 2013. Met uitzondering van Sulmasy beroepen al deze auteurs zich op Kant. Sensen 2009 laat echter overtuigend zien dat het onjuist is deze opvatting aan Kant toe te schrijven. De menselijke waardigheid is bij hem niet het fundament van de geldigheid van de categorische imperatief maar een implicatie daarvan. Dat hij aan dieren geen morele status toekent is niet omdat zij geen ‘Würde’ hebben, maar omdat zij geen wilsvrijheid kennen en daarom geen vermogen tot moreel handelen. En anders dan de Kantianen beroept Kant zich in de *Metaphysik der Sitten* op de menselijke waardigheid alleen met betrekking tot de plichten die we hebben ten opzichte van onszelf.

79 Williams 1981.

80 Scanlon 1998, 95–8. Vgl. de ‘placeholder view’, besproken door Kagan 1991, p. 60.





4 IS DE MENSELIJKE WAARDIGHEID DE GRONDSLAG VAN DE MENSENRECHTEN?

notie van ‘plicht’ heeft vaak zo’n louter ‘doorverwijzend’ karakter, maar niet altijd, bijvoorbeeld niet als een advocaat het als zijn beroepsplicht beschouwt procedurele middelen te gebruiken om een cliënt vrijgesproken te krijgen van wie hij weet dat hij schuldig is aan het hem ten laste gelegde feit. Ook als je je verplicht voelt je aan een belofte te houden of je neer te leggen bij arbitrage is die plicht niet puur doorverwijzend. Als je een plicht van dat type hebt, houdt dat in dat anderen de gerechtvaardigde verwachting hebben dat je dienovereenkomstig handelt, en het is die verwachting die je een doorslaggevende reden geeft om het te doen, niet of niet alleen dat die handeling op zichzelf al juist is. Vaak komen zulke plichten voort uit regels die niet op grond van hun inhoudelijke mérites gelden maar op grond van ons gedeelde belang bij de voorspelbaarheid van ons gedrag in contexten die vragen om gecoördineerd handelen.

Er zijn veel morele begrippen waarbij je de vraag kunt stellen of, c.q. wanneer ze alleen maar doorverwijzend zijn, of en wanneer ze een reden om te handelen aanduiden, of alleen maar aangeven dat zo’n reden bestaat en de aard daarvan karakteriseren. Het stellen van die vraag is van groot belang voor conceptuele zuinigheid in de ethiek. Zo kun je deze vraag stellen bij het gebruik van de begrippen ‘deugd’, ‘waarde’, ‘gelijkheid’, en ook bij ‘rechten’.⁸¹ Zoals Scanlon zelf inzag, is ‘waarde’ een louter doorverwijzend begrip. ‘(T)he badness of a toothache [...] does not add a further reason to the reasons for going to the dentist that are already given by the nature of the toothache, its painfulness.’⁸² Wat rechten betreft zou je op die manier een onderscheid kunnen maken tussen een eigenlijk en een oneigenlijk, inflatoir gebruik van het concept: gaat het alleen maar om rechten die het correlaat zijn van plichten om bepaalde belangen te ontzien, of voegt de notie van ‘recht’ daaraan iets toe, bijvoorbeeld dat die plichten verschansd zijn, of afhankelijk van beslissingen door de rechthebbende?⁸³

Gaat het bij de menselijke waardigheid om een zuiver doorverwijzend begrip of niet? Benoemt het begrip de grond van de mensenrechten, of verwijst het alleen naar die grond, welke het ook is? Tellen je belangen mee omdat jij meetelt, of zeggen beide uitdrukkingen hetzelfde met verschillende woorden? Als waardigheid de grondslag zou zijn van de mensenrechten zouden daaruit twee conclusies volgen die ik zal betwisten. De eerste conclusie is dat het mogelijk is dat andere wezens precies dezelfde belangen hebben als mensen, maar die belangen van minder of geen gewicht zijn omdat die wezens geen ‘waardigheid’ hebben. De morele status die met ‘waardigheid’ wordt aangeduid functioneert dan als een filter dat uit wezens met dezelfde belangen de categorie uitselecteert waarvan de belangen door rechten beschermd zijn. Dat is de traditionele opvatting van de

81 ‘Gelijkheid’ is alleen meer dan doorverwijzend als het comparatieve element in het begrip wezenlijk is voor het gebruik.

82 Dancy 2005, p. 37.

83 Zie volgende hoofdstuk.





DEEL 1 MORELE GRONDSLAGEN VAN HET GEZONDHEIDSRECHT: DE ERFENIS VAN LEENEN

morele status van dieren, die ook door Kant werd onderschreven. Volgens Kant is het moreel verwerpelijk om dieren leed te berokkenen, omdat zulk gedrag ertoe leidt dat ook je gevoeligheid voor het lijden van mensen wordt uitgehold.⁸⁴ In tegenstelling tot Descartes ontkent Kant niet dat dieren kunnen lijden,⁸⁵ maar dit feit heeft voor hem geen onafhankelijke morele betekenis omdat een dier geen rationele en morele actor is, en daarom geen 'doel in zichzelf'. Dat lijkt me moreel problematisch. Als verschillende wezens dezelfde belangen hebben, moeten die belangen in principe gelijkelijk wegen, dat kan niet afhangen van enig aanvullend feit.⁸⁶ Rotsen hebben geen rechten, niet omdat ze een moreel inferieur soort van entiteiten zijn maar omdat ze geen eigen belangen hebben die we zouden kunnen beschermen.

Als ik alleen dit morele bezwaar had, zou dat juridisch geen betekenis hebben zolang gezaghebbende instanties als de Nederlandse wetgever en de Europese rechter zich niet of onvoldoende onttrekken aan het traditionele speciëcisme. Maar onder het morele bezwaar gaat een conceptueel argument schuil. Stel dat we hebben vastgesteld dat een bepaald wezen de eigenschappen heeft die nodig zijn om het bepaalde rechten toe te schrijven, of het nu het bezit van bepaalde behoeften is, of van het vermogen tot rationele zelfregulering, of wat dan ook. (Op de vraag welke eigenschappen nodig zijn kom ik terug.) Het kan dan niet zo zijn dat we om uit te maken of dat wezen inderdaad die rechten heeft, eerst nog moeten uitmaken of het wel 'waardigheid' heeft. Want op die vraag kunnen we alleen een positief antwoord geven door te verwijzen naar precies dezelfde eigenschappen. Waardigheid kan dus niet de echte rechtendragers uitsorteren uit de klasse van alle wezens die dezelfde relevante eigenschappen hebben. Ze hebben rechten omdat ze die eigenschappen hebben, niet omdat ze daarnaast ook nog waardigheid bezitten. Waardigheid is geen filterbegrip.⁸⁷

84 *Metaphysik der Sitten, Tugendlehre*, §17, cf. Kant 1997, p. 212-3, 434-5 en mooie bespreking in Korsgaard 2004. In het kader van zijn tijd is Kants opvatting als verlicht te beschouwen omdat hij in elk geval wreedheid t.o.v. dieren veroordeelde, en zelfs meer specifiek het gebruik van dieren in experimenten voor louter speculatieve doelen.

85 *Kritik der Urteilskraft* § 90 1. Anm.

86 Ik zeg 'in principe' omdat de overwegingen die ik in hoofdstuk 3 heb besproken er toe kunnen leiden op het niveau van regels gelijke gevallen ongelijk te behandelen.

87 Voor soortgelijke argumenten zie Feinberg 1973, p. 94; Griffin 2008, p. 66. Schultzeiner 2003 en Luban 2009 doen de aannemelijke suggestie dat teksten die mensenrechten postuleren naar 'waardigheid' verwijzen als 'placeholder' van wat ook maar de grondslag van die rechten is, precies omdat ze zich niet willen committeren aan een specifieke opvatting over wat die grondslag is. Zie Glendon 2001 over de geschiedenis van de Universele Verklaring van de Rechten van de Mens. Het idee van de menselijke waardigheid als grondslag van de mensenrechten zou dan een onvolledig beargumenteerde overeenstemming verhullen, zie noot 44.



4 IS DE MENSELIJKE WAARDIGHEID DE GRONDSLAG VAN DE MENSENRECHTEN?

Tot zover voegt de toeschrijving van menselijke waardigheid niets toe aan de toekenning van mensenrechten: waardigheid is niets anders dan de morele status om drager van zulke rechten te zijn. Het is een doorverwijzend begrip. Het is echter mogelijk dat dezelfde eigenschappen die mensen (en alle andere wezens die dezelfde eigenschappen hebben) kwalificeren als dragers van rechten, hen ook aanspraak geven op een attitude van respect. Als dat wordt bedoeld door te zeggen dat zij waardigheid bezitten, is dat een aanvullende, niet-redundante claim. Wat ook iets toevoegt is de claim dat zij *gelijke* waardigheid hebben, dus in gelijke mate aanspraak maken, zowel op eerbiediging van hun rechten als op een attitude van respect. Bij schending van mensenrechten zijn vaak drie feiten van betekenis: dat de belangen van mensen niet de bescherming krijgen die zij verdienen, dat zij niet de erkenning krijgen waarop zij als dragers van rechten aanspraak maken, en dat zij achtergesteld worden bij anderen. Wat het zwaarste weegt verschilt van geval tot geval. Het eerste arrest waarin het EHRM de menselijke waardigheid noemt als een door art. 3 EVRM beschermd belang betrof de toepassing van lijfstraffen in een school op het eiland Man. Het Hof overwoog dat

‘although the applicant did not suffer any severe or long-lasting physical effects, his punishment –whereby he was treated as an object in the power of the authorities – constituted an assault on precisely that which is one of the main purposes of art. 3 to protect, namely a person’s dignity and physical integrity.’⁸⁸

Mensen hebben in deze zin een recht op erkenning van hun gelijke waardigheid, dat de grondslag, of een deel van de grondslag, kan vormen van meer specifieke rechten.⁸⁹

4.4 *Waardigheid en de begrenzing van grondrechten*

Als de menselijke waardigheid wordt beschouwd als de algemene grondslag van alle mensenrechten, heeft dat nog een gevolg dat ik als ongelukkig beschouw.

88 EHRM, *Tyler v. UK*, 25/4/1978, nr. 5856/72, geciteerd uit Van Beers 2009, p. 178.

89 Volgens de Rechtbank Haarlem 13 augustus 2011, LJN BN404, geciteerd Hendriks 2011, 7, heeft de gemeente Haarlem art. 8 EVRM geschonden door de gehele bijstandsuitkering in te houden van een man die zich niet hield aan de voorwaarden die de gemeente hem gesteld had. De rechtbank wees er daarbij op dat de essentie van het recht op een privéleven wordt gevormd door de menselijke waardigheid en vrijheid. In deze uitspraak wordt het recht op een bestaansminimum niet alleen beschouwd als noodzakelijk om in je elementaire behoeften te voorzien maar ook, in de geest van Adam Smith, als nodig om met opgeheven hoofd aan de samenleving te kunnen deelnemen, dus gedeeltelijk als invulling van een recht op waardigheid.



DEEL 1 MORELE GRONDSLAGEN VAN HET GEZONDHEIDSRECHT: DE ERFENIS VAN LEENEN

Vanwege dit gevolg is de kwestie van de relatie tussen de menselijke waardigheid en de mensenrechten niet alleen van academisch, maar ook van groot praktisch belang.

Als onze rechten zijn afgeleid van onze waardigheid, is de meest fundamentele plicht van anderen onze waardigheid te respecteren, en de eerbiediging van onze rechten is alleen maar één manier om dat te doen. Mochten de plicht om onze waardigheid en de plicht om een van onze rechten te respecteren met elkaar in conflict komen, dan zal de eerste plicht prevaleren. De bescherming van de menselijke waardigheid is dan altijd een goede reden om de uitoefening van mensenrechten te beperken.⁹⁰

In Duitsland en Frankrijk is dit een gangbare opvatting in het constitutionele recht, die inmiddels ook internationaal sterk doorwerkt. De resultaten worden zichtbaar op veel gebieden, maar nergens zozeer als op het terrein van bio-ethiek en gezondheidsrecht. De lijst van handelingen die als schendingen van de menselijke waardigheid zijn verboden door instrumenten als de *Convention on Bioethics of the Council of Europe* (1997) en UNESCO's *Universal Declaration on Bioethics and Human Rights* (2005) is lang: koop en/of verkoop van organen en weefsels van dode en levende personen, commercieel draagmoederschap, klonen, het vervaardigen van hybriden of chimaera's, het tot stand brengen van embryo's voor researchdoeleinden, genetische modificatie in de kiembaan, medische experimenten op hersendode mensen, en het selecteren met behulp van pre-implantatie diagnostiek van een embryo als weefseldonor voor een broertje of zusje met Fanconi anemie.

Ik ontken niet dat in de mate waarin de grondslag van mensenrechten, wat ook die grondslag moge zijn, ook een attitude van respect verdient, er een reden is om dat respect tot uitdrukking te brengen. Ik ontken ook niet dat deze reden in conflict kan komen met de plicht een bepaald grondrecht te ontzien of te bevorderen. Maar het lijkt me een dwaling om aan te nemen dat het als zich zo'n conflict

90 Sommige Kantiaanse auteurs proberen deze implicatie te ontgaan door te stellen dat autonomie het fundamentele vermogen is dat mensen hun onvergelykbare waarde geeft en dat daarom de erkenning van die waarde er alleen maar toe kan leiden hen beter in staat te stellen dat vermogen uit te oefenen, niet hen in die uitoefening te beperken. Beyleveld & Brownsword 2001; Düwell 2008, p. 74-89; vgl. Sulmasy 2008. Maar in een medische context is het niet ongewoon dat beperking van het recht op zelfbeschikking tot doel kan hebben het vermogen tot zelfbeschikking te vergroten, vgl. Den Hartogh 2000. En zouden we dan niet in elk geval keuzen moeten verbieden, zoals die voor palliatieve sedatie of zelfdoding, die er toe strekken het bewuste vermogen te verkleinen of te vernietigen? Zie Velleman 1992 (2007); 1999; Jansen & Sulmasy 2002.





4 IS DE MENSELIJKE WAARDIGHEID DE GRONDSLAG VAN DE MENSENRECHTEN?

voordoet *altijd* van het grootste belang is de attitude van respect tot uitdrukking te brengen. Het beroep op mensenrechten beschermt ons tegen schade en/of inbreuk op onze vrijheid, het beroep op waardigheid tegen vernedering en gebrek aan erkenning. We moeten goed tussen deze overwegingen onderscheiden voor we hen wegen in geval van conflict. Het beroep op de menselijke waardigheid is dan niet automatisch doorslaggevend.

Wat we als vormen van respect of van gebrek daaraan beschouwen is vaak een kwestie van conventie. Als je denkt dat het altijd het belangrijkste is respect voor de menselijke waardigheid tot uitdrukking te brengen loop je het risico symbolische waarden te overschatten, en misschien zelfs bereid te zijn de reële waarden die zij symboliseren aan hen op te offeren.⁹¹ Joel Feinberg noemt dat een vorm van sentimentaliteit, maar je zou het ook een vorm van afgoderij kunnen noemen. Feinbergs voorbeeld is het verbieden van orgaandonatie omdat het een instrumentalisering of commodificering van het menselijk lichaam zou impliceren.⁹² Een realistischer voorbeeld is het verbod op betaling voor zulke organen.⁹³ Als mensen dat ervaren als strijdig met de menselijke waardigheid, dan is dat zo: het is moeilijk te argumenteren tegen een symbolische betekenis. Maar als een gereguleerde opheffing van dat verbod de enige manier zou zijn om de bestaande orgaanschaarste tegen te gaan en de woekering van zwarte markten een halt toe te roepen, zouden we dat moeten overwegen, ook al delen we het gevoel dat zelfs een gereguleerde markt geen recht doet aan de symbolische waarde die het menselijk lichaam, levend of dood, ontleent aan zijn relatie tot de menselijke persoon. De Sabbath is er voor de mens, niet de mens voor de Sabbath.

4.5 *Respect of compassie?*

Het beroep op de menselijke waardigheid is niet zinloos, maar het heeft niet het fundamentele belang dat er vaak aan wordt toegekend. Het is niet onmogelijk dat de uitoefening van een mensenrecht er door beperkt wordt. Je kunt jezelf niet vrijwillig in slavernij begeven, en de meest fundamentele reden om dat onmogelijk te maken is toch wel dat de status van een slaaf onverenigbaar is met het

91 Ik gebruik de term 'symbolisch' hier in een strikte zin: een object heeft een symbolische betekenis als het bij conventionele associatie verwijst naar een ander object of de eigenschappen daarvan, zoals de Nederlandse vlag naar de Nederlandse natie. Als De Dijn 2013 en Van Beers 2009 de menselijke waardigheid herleiden op een 'symbolisch mensbeeld' in resp. moraal en recht, gebruiken ze de term in een bredere betekenis die van toepassing is op iedere conceptualisering van de menselijke persoon die uitgaat boven het empirisch gegevene.

92 Feinberg 1985, p. 75.

93 Zie hoofdstuk 3, bij noot 59.





DEEL 1 MORELE GRONDSLAGEN VAN HET GEZONDHEIDSRECHT: DE ERFENIS VAN LEENEN

respect dat aan mensen als mensen verschuldigd is.⁹⁴ Ook als we met zekere tegenzin bereid zouden zijn organen en weefsels vrij te geven voor gereguleerde markttransacties, zullen we wellicht het menselijk gelaat daarvan willen uitsluiten. Maar als het beroep op de menselijke waardigheid in conflict komt met een beroep op menselijk welzijn of op zelfbeschikking, is het allerminst vanzelfsprekend dat het eerste beroep altijd zwaarder weegt.

Een belangrijke vraag die we daarbij moeten stellen is wat we nu precies willen beschermen: de waardigheid van de persoon die de drager is van het te beperken recht, of de menselijke waardigheid in het algemeen, de 'Gattungswürde'. Alleen in het eerste geval is er sprake van een conflict van rechten, bijvoorbeeld van het recht op waardigheid en op zelfbeschikking. Juist in gevallen waar de menselijke waardigheid alleen door de symbolische betekenis van gedragingen op het spel zou worden gezet, lijkt het vooral om de waardigheid van 'de mens' te gaan. Die waardigheid kan dan niet meer worden opgevat als voorwerp van een subjectief recht maar alleen nog als een objectief rechtsgoed.⁹⁵

Er is nog een reden om het gewicht van het waardigheidsargument te relativeren. Ik heb aangegeven dat, ook als de menselijke waardigheid niet het algemene fundament van de mensenrechten is, dat fundament, wat het ook is, een attitude van respect kan vereisen. Dit veronderstelt dat die grondslag gevormd wordt door menselijke eigenschappen die bij uitstek als eervol dienen te worden beschouwd, zoals ons vermogen om ons leven een bepaalde richting te geven, een vermogen dat ons verheft boven andere dieren, althans de meeste. Dat is ongetwijfeld een deel van de waarheid. Het is echter ook mogelijk, ik zal daar in het volgende hoofdstuk nader op ingaan, dat tot die eigenschappen fundamentele menselijke behoeften behoren die bescherming verdienen maar die we met veel andere dieren delen. De respons waar zulke eigenschappen om vragen is dan niet een attitude als erkenning en respect, maar eerder van zorg en compassie. Zij het compassie zonder neerbuigendheid.⁹⁶

94 Zie hoofdstuk 5 over de onvervreemdbaarheid van het recht op persoonlijke vrijheid. Het gaat hier niet om een louter symbolische waarde; het is niet alleen bij conventie dat slaven gelijke waardigheid missen. Hetzelfde geldt voor het verbod op foltering.

95 Zoals in de zaak-Wackenheim waarbij dwergwerpen werd verboden, Conseil d'Etat ass., 27/10/1995, Recueil Dalloz 1966, Jur. P. 177, bevestigd door het EHRM, 16/7/1996 en door het UN Human Rights Committee 26/7/2002. Voor Wackenheim zelf was zijn activiteit in het circus zijn enige mogelijkheid om een onafhankelijk maatschappelijk bestaan te leiden. In uitspraken van het Bundesverfassungsgericht is deze opvatting expliciet te vinden, zie bijv. BverfGE39.1 (25/2/1975, Schwangerschaftsabbruch 1. Onder een objectief rechtsgoed versta ik een zaak die beschermwaardig wordt geacht ook al is die bescherming niet in het belang van enig aanwijsbaar individu.

96 Ik ontleen deze uitdrukking aan een lezing van Raymond Gaita.





4 IS DE MENSELIJKE WAARDIGHEID DE GRONDSLAG VAN DE MENSENRECHTEN?

Hiertegen kan worden ingebracht dat beide sets van eigenschappen niet onafhankelijk van elkaar zijn. Ook als we bepaalde behoeften met andere dieren delen, hebben ze voor ons, vanwege ons vermogen ons van onszelf over de tijd heen bewust te zijn en daarom aan onze toekomst vorm te geven, een andere betekenis. Volgens Bentham's fameuze slogan 'the question is not, Can they reason? nor, Can they talk? but Can they suffer?'⁹⁷ Maar ook als je dat zou aanvaarden, is het van belang dat het lijden van wezens die kunnen redeneren en praten, een bijzondere kwaliteit heeft. Zelfs hun ervaring van pijn is anders dan die van wezens die niet kunnen nadenken over hun toekomst, en in elk geval bepaalt niet alleen de pijnervaring zelf de mate van hun lijden, maar mede de betekenis die die ervaring voor hun toekomst heeft.⁹⁸ In deze zin wordt ook het morele gewicht van onze behoeften door onze cognitieve vermogens meebepaald.

Neem bijvoorbeeld het recht niet onderworpen te worden aan foltering. Het is ongetwijfeld juist dat een wezenlijk deel van het kwaad van foltering is dat de slachtoffers daarvan vernederd worden. Om het te formuleren op de paradoxale manier die ik eerder heb uitgelegd: foltering is in strijd met de onvervreembare waardigheid van een mens omdat hem daardoor zijn persoonlijke waardigheid ontnomen, de grondslag van zijn zelfrespect vernietigd wordt. Het punt waarop ik de aandacht wil vestigen is dat het een ander wezenlijk deel van het kwaad van foltering is dat foltering lijden veroorzaakt, ondraaglijke pijn, angst, schaamte en walging. Katten kunnen niet existentieel lijden maar wel lijden en dus gefolterd worden. De tegenwerping is dan dat zelfs de fysieke pijn van mensen die gefolterd worden anders is dan die van katten, omdat die pijn allerlei andere ellende met zich meesleept, bijvoorbeeld een gevoel van totale machteloosheid. De folteraar berooft zijn slachtoffer van zijn vermogen om met de omstandigheden die het lijden veroorzaken in het reine te komen en bedreigt daarmee de kern van zijn persoon.⁹⁹ En dat vermogen, ook moeilijke omstandigheden aan te kunnen, niet alleen controle te hebben over je handelen maar ook over je emoties, is een passende reden voor respect. Dus ook door het veroorzaken van fysieke pijn toont de folteraar niet alleen gebrek aan zorg maar ook aan respect. Dat is allemaal waar, maar het omgekeerde blijft ook waar: er is ook sprake van gebrek aan zorg. Het is niet één ongedeelde attitude die de juiste respons is op de menselijke eigenschappen die mensenrechten in het leven roepen.

De menselijke waardigheid is niet de algemene grondslag van de mensenrechten. Ook als karakterisering van de grondslag van de mensenrechten is 'de waardigheid van de mens' onvolledig, omdat die grondslag niet alleen bestaat uit eigen-

97 Bentham1970 (1823), ch 17, footnote.

98 Cassell 1991. Daarom is het onjuist existentieel lijden als een bijzondere categorie van lijden te beschouwen: het lijden van mensen is altijd existentieel..

99 Een diepgravende analyse van deze dimensie van het kwaad van foltering geeft Sussman 2005.





DEEL 1 MORELE GRONDSLAGEN VAN HET GEZONDHEIDSRECHT: DE ERFENIS VAN LEENEN

schappen die aanspraak maken op een attitude van respect. De Duitsers zouden hun niet-herzienbare grondwet moeten herzien..

5 Grondrechten als bundels

5.1 *Het zelfbeschikkingsrecht: moederrecht of één recht onder andere?*

Als de menselijke waardigheid niet de algemene grondslag is van de voor het gezondheidsrecht relevante mensenrechten, kunnen we dan een andere grondslag aanwijzen? De meest voor de hand liggende suggestie is die van Leenen: het supermensenrecht is het recht op zelfbeschikking.

Zoals ik in de inleiding al heb aangegeven zullen weinigen deze stelling nu nog volledig onderschrijven. De laatste tijdens zijn leven verschenen (derde) druk van Leenens handboek bevat nog zijn programmatische tekst uit 1978: heel het gezondheidsrecht kan gezien worden als een realisering van twee grondrechten, en afgezien van de groep van sociale rechten als het recht op gezondheidszorg kunnen alle grondrechten afgeleid worden uit het zelfbeschikkingsrecht. In de meest recente (vijfde) druk is het zelfbeschikkingsrecht nog slechts één van een drietal voor het gezondheidsrecht bepalende rechtsbeginselen, alle afgeleid van de menselijke waardigheid, en de auteurs, Gevers en Legemaate, zien alle drie beginselen doorwerken in de grondrechten. Een voor de hand liggend bezwaar tegen de exclusieve fundering van de grondrechten in het zelfbeschikkingsrecht is dat niet alleen mensen die in staat zijn hun zelfbeschikkingsrecht uit te oefenen in het genot zijn van alle grondrechten, maar ook mensen die, categorisch of met betrekking tot een bepaald type beslissingen, daartoe onvoldoende wilsbekwaam zijn. In het vorige hoofdstuk hebben we ook al gezien dat de bescherming van de menselijke waardigheid weliswaar niet de algemene grondslag is van alle rechten, maar wel de partiële grondslag van sommige. Het heeft dus geen zin te zoeken naar één algemene grondslag.

Aan de andere kant zal ook niemand meer ontkennen dat het zelfbeschikkingsrecht door het recht erkend wordt.¹⁰⁰ In het bijzonder het EHRM heeft steeds duidelijker het zelfbeschikkingsrecht als een element van het recht op een privéleven (art. 8 EVRM) opgevat.¹⁰¹ Zo kon je tot voor kort misschien nog volhouden dat uit het feit dat zelfdoding niet strafbaar is niet volgt dat er een recht op zelfdoding bestaat; wellicht ziet de staat er alleen van af (poging tot) zelfdoding met straf te bedreigen omdat die dreiging als niet-effectief en/of als disproportioneel wordt

100 Ook Martin Buijsen niet, Buijsen 2010b, p. 42-3.

101 Voor het eerst expliciet in EHRM, *Tysiac v. Poland* 20/3/2007, nr 5410/03, en *Evans v. UK*, 10/4/2007, nr. 6339/05. Van Beers 2009, hfdst. 3.3 beschrijft deze ontwikkeling.



beschouwd.¹⁰² Maar inmiddels heeft het Europese Hof expliciet erkend dat art. 8 ook het recht omvat te beslissen over de wijze en het tijdstip waarop men wil sterven, en dit recht zelfs de voorlopig nog zeer onduidelijke contouren van een claimrecht gegeven.¹⁰³ Hiermee wordt het zelfbeschikkingsrecht echter niet meer dan één recht in de lijst van grondrechten. De vraag blijft daarmee open of het toch niet als één van de dragende gronden van de rechten op die lijst kan worden beschouwd, zij het niet als de enige.

Bij mijn nader onderzoek van deze kwestie zal ik mij concentreren op het recht op leven en het recht op lichamelijke integriteit. Het recht op leven komt in de Nederlandse Grondwet niet voor maar het heeft natuurlijk niet tot de ratificatie van het EVRM geduurd voor het gold in het Nederlandse rechtssysteem: het is een organiserende beginsel dat aan een substantieel deel van het positieve recht, niet alleen het strafrecht, ten grondslag ligt. En in hoofdstuk 3 heb ik verdedigd dat het niet denkbaar is dat een rechtsstelsel dit recht niet zou kennen, omdat het dan zelfs de pretentie van legitimiteit niet zou kunnen voeren. Dit geldt ook voor het recht op lichamelijke integriteit. Dat is, omgekeerd, dankzij het fameuze amendement Kappeyne van de Coppello in 1976 wel in de Grondwet opgenomen (art. 11) maar het ontbreekt als zodanig in het EVRM. Ook dat wil niet zeggen dat het Europese recht dat recht niet kent, het wordt in de rechtspraak van het Hof op een niet al te doorzichtige manier over de artikelen 3 en 8 EVRM verdeeld.¹⁰⁴

5.2 Een keuze- of een belangentheorie van rechten?

Bij mijn bespreking van de vraag naar de fundamentele rol van het zelfbeschikkingsrecht zal ik aansluiten bij een klassiek rechtsfilosofisch debat over de aard en de grondslag van rechten dat, als we even afzien van het pionierswerk van Jeremy Bentham, een halve eeuw geleden begon met een serie artikelen van o.m. Hart, Lyons en Feinberg.¹⁰⁵ Het thema van het debat wordt meestal aangeduid met de oppositie van een 'keuze-' en een 'belangen-' theorie van rechten. Wat niet

102 Zo nog van Beers 2009, p. 137, noot 414. Zie verder hoofdstuk 6.

103 EHRM, Haas v. Switzerland, 20/1/2011, nr 31322/07, EHRC 2011/645 (m.nt. Den Hartogh), vgl. Black 2012. Zie ook Gross v. Switzerland, 14/5/2013, nr. 67810/10, EHRC 2013/152 (m.nt. Hendriks). In *Pretty v. UK*, 29/4/2002, nr. 2346/02, had het EHRM alleen nog maar de mogelijkheid opengelaten dat het verbod op hulp bij zelfdoding een inbreuk op haar door art. 8 beschermde recht op een privéleven was, om vervolgens voor dat geval na te gaan of die inbreuk gerechtvaardigd kon worden ter bescherming van de rechten van anderen. In *Haas* wordt een soortgelijke argumentatie gegeven, zie daarover hoofdstuk 6.

104 Hendriks 2009, voetnoot 148.

105 Hart 1982 (1973), Lyons 1969, Feinberg 1970. De theorieën worden ook wel aangeduid als resp. de 'wil'- en de 'voordeel'-theorie.



DEEL 1 MORELE GRONDSLAGEN VAN HET GEZONDHEIDSRECHT: DE ERFENIS VAN LEENEN

alle deelnemers aan het debat even duidelijk voor ogen stond is echter dat het debat eigenlijk over twee verschillende, zij het nauw met elkaar verbonden thema's ging: wat is het fundamentele goed dat door grondrechten beschermd wordt, en: hoe moet je grondrechten opvatten om te begrijpen dat ze die beschermende functie hebben? Het eerste onderwerp betreft de grondslag van rechten, dus mijn huidige thema. Volgens een belangentheorie hebben we grondrechten om beschermd te zijn tegen aantasting van onze meest fundamentele belangen, volgens een keuzetheorie om zelf beslissingen te kunnen nemen over belangrijke kwesties die de loop van ons leven bepalen. Volgens deze laatste conceptie, waarin we die van Leenen herkennen, zijn alle rechten uiteindelijk nadere invullingen van één superrecht: het recht (in de bekende formule van Rawls) om je eigen opvatting van het goede leven te vormen, te herzien en na te streven.

De tweede kwestie betreft de aard van grondrechten. Eén opvatting is dat een recht op een bepaald goed restloos kan worden uitgelegd in termen van de plichten van anderen met betrekking tot dat goed, negatieve plichten om het te ontzien en mogelijk positieve plichten om het te bevorderen. Volgens de tweede opvatting is een recht een bevoegdheid om de plichten van anderen te bepalen, bijvoorbeeld hen er aan te houden of hen er van te ontslaan. Zoals gezegd is deze kwestie niet identiek aan de eerste, maar wel daarmee verbonden. Als je van mening bent dat het doel van rechten is om een beslissingsruimte te beschermen, ligt het voor de hand om de bewuste rechten op te vatten als bevoegdheden om die ruimte nader te bepalen. En als je denkt dat rechten dienen om de realisering van fundamentele behoeften veilig te stellen, ligt het evenzeer voor de hand om hen op te vatten als het correlaat van de plichten van anderen om de vervulling van die behoeften te ontzien of te bevorderen. Het is niet logisch dwingend om de posities zo te ordenen. Je zou bijvoorbeeld kunnen menen dat rechten er zijn om belangen te beschermen, en dat de beste manier om dat te doen is door mensen de bevoegdheid te geven de plichten van anderen met betrekking tot die belangen te bepalen. Sterker nog, je zou het ook als de functie van grondrechten kunnen zien de realisering van een collectief of zelfs een objectief rechtsgoed te dienen, en kunnen betogen dat dit het beste kan gebeuren door *in personam* plichten en/of bevoegdheden uit te delen.¹⁰⁶ Maar het verband tussen de theorieën lijkt me sterk genoeg om in het vervolg alleen de twee pakketten te onderscheiden die ik juist heb aangeduid en met de termen 'keuze-' en 'belangen-' theorie alleen naar die pakketten te verwijzen.

106 Raz 1986, ch. 10; 1994, ch. 2. Raz maakt o.m. aannemelijk dat het recht op vrijheid van meningsuiting in laatste instantie niet de belangen van sprekers bij onbeperkte vrije zelfexpressie beoogt te beschermen, maar het collectieve goed van vrije toegang tot de waarheid. Maar die waarde wordt dan toch gediend door rechten uit te delen waarvan de dragers profiteren.





5 GRONDRECHTEN ALS BUNDELS

Bij de keuze voor een bepaalde theorie hoeven we ons natuurlijk niet tot de theorieën in hun zuivere vorm te beperken. In het begin van dit hoofdstuk heb ik al gesuggereerd dat grondrechten als het recht op leven en het recht op lichamelijke integriteit niet alleen, maar wel mede op het zelfbeschikkingsrecht gefundeerd zouden kunnen zijn. Dan krijgen we een hybride theorie: die grondrechten zijn bundels van normatieve posities, waartoe onder meer een beslissingsbevoegdheid behoort, en het doel van de bundel is om zowel het belang bij het leven en het lichaam als het belang bij beslissingen over eigen leven en lichaam te beschermen.

Ook het recht op gezondheid moet als zo'n bundel worden opgevat. Er zijn op dit terrein keuzemogelijkheden, maar ze staan niet zo centraal dat we het recht als een zelfbeschikkingsrecht zouden kunnen opvatten. Het recht op toegang tot de gezondheidszorg is onopgeefbaar, de bijdrage aan de daaraan verbonden lasten verplicht. Bij vaccinaties is er weliswaar altijd een exit-optie, maar wie daar gebruik van maakt zegt niet zijn recht op de gezondheidswinst op die door de vaccinatie wordt verkregen, want die is vooral een extern effect van de deelname aan het vaccinatieprogramma door anderen.

5.3 *Precisering van de belangentheorie*

Welke horizontale plichten zouden het correlaat van bijvoorbeeld het recht op leven zijn als we dat opvatten in overeenstemming met de belangentheorie? Gaat het alleen om negatieve of ook om positieve plichten? De omvang van zulke positieve plichten is een van de voornaamste thema's van controversen in het politieke debat, maar één minimale plicht is praktisch onomstreden: dat je mij moet redden als ik in levensgevaar ben, de redding voor jou geen disproportioneel hoge kosten met zich meebrengt, en jij in een unieke positie verkeert om het levensgevaar af te wenden.¹⁰⁷ De laatste clausule lijkt de omvang van de plicht sterk te beperken, zij voorkomt dat er onbeperkt een beroep op ons gedaan kan worden tot leniging van al het leed in de wereld. Maar deze plicht kan een grotere reikwijdte krijgen door een geïnstitutionaliseerd schema van collectieve samenwerking waarin zowel de voordelen als de lasten volgens regels verdeeld zijn. Zo'n schema brengt ieder van ons kunstmatig in een 'unieke positie' om een bepaalde specifieke bijdrage te leveren. Zo zou de 'Samaritaanse' plicht een flink deel van het morele gewicht van onze juridische plichten kunnen verklaren. In een 'natuurtoestand' kan armenzorg alleen een zaak van vrijwillige bijdragen zijn, want er zijn

¹⁰⁷ Een strafrechtelijke plicht in alle Europese landen behalve Engeland, Ierland, Zweden en Finland, en in 5 Amerikaanse staten. De sancties variëren van \$ 100 in Vermont tot 5 jaar cel in Frankrijk. Overal is de plicht in elk geval indirect erkend door uitsluiting van schadevergoedingsclaims bij schade ontstaan door reddingspogingen. Voor een overzicht zie Smits 2000.





DEEL 1 MORELE GRONDSLAGEN VAN HET GEZONDHEIDSRECHT: DE ERFENIS VAN LEENEN

veel mogelijke gevers en – zeker in die toestand – nog veel meer mogelijke ontvangers. Maar de staat kan de zorg zo organiseren dat mogelijke ontvangers gespecificeerde claims hebben, en mogelijke gevers gespecificeerde plichten. Dan is iedere gever in een ‘unieke positie’ om zijn bijdrage te geven.¹⁰⁸

Welke negatieve plichten zouden we binnen het kader van een belangentheorie moeten opvatten als het horizontale correlaat van mijn recht op leven? Het ligt voor de hand om te suggereren dat het gaat om de plichten van anderen mij niet te doden, en geen disproportionele risico's voor mijn leven te creëren. Maar die suggestie doet geen recht aan wat je het peremptoire karakter van het recht zou kunnen noemen, het feit dat het mijn belang bij voortzetting van mijn leven onttrekt aan een gewone afweging tegen de belangen van anderen.¹⁰⁹ Om de term van Schauer die ik in hoofdstuk 3 introduceerde ook hier te gebruiken: het recht op leven is een ‘verschanste’ overweging: anderen hebben niet de bevoegdheid het relatieve gewicht van het daardoor beschermde belang in elk concreet geval te beoordelen.

Waarom is het recht in deze zin een troefkaart tegen het beroep op de belangen van anderen?¹¹⁰ James Griffin suggereert drie redenen.¹¹¹ Allereerst dat voortzetting van ons leven voor ons van extreem hoge waarde is, omdat het de voorwaarde is voor de realisering van bijna alle andere dingen die voor ons van persoonlijke waarde zijn. De tweede reden is dat er in het algemeen vrijwel geen andere waarden zo belangrijk zijn dat de bevordering ervan de bedreiging van ons leven rechtvaardigt. Maar, zoals Griffin zelf erkent, geen van deze redenen staat afweging van ons belang bij voortzetting van het leven tegen andere belangen in de weg, beide redenen samen garanderen alleen dat bij zo'n afweging het bewuste belang vrijwel altijd prioriteit zal krijgen. Deze twee redenen zijn daarom alleen van betekenis vanwege Griffins derde reden: dat we vanwege inherente beperkingen van menselijk begrip en menselijke motivatie de afweging van anderen (en van onszelf) niet voldoende kunnen vertrouwen om hen daar ruimte voor te geven. Ze kunnen zich vergissen in het bepalen van het gewicht van strijdige belangen, ze kunnen partijdig zijn als hun eigen belangen rechtstreeks of indirect mede in het geding zijn, ze kunnen hun afweging zelfs als voorwendsel gebruiken voor de bewuste schending van hun plicht. Die risico's wegen zwaar-

108 Over zulke ‘institutioneel bemiddelde natuurlijke plichten’ zie Stilz 2009, ch. 7; Den Hartogh 2013a met nuancering van het argument en verdere verwijzingen naar de literatuur in voetnoot 21.

109 Zij het niet absoluut onttrekt, zoals de notie van proportionaliteit in de bepaling van toegestane risico's al laat zien.

110 Dworkin 1984.

111 Griffin 2008, ch. 3. Voor Griffin is overigens de uitoefening van autonomie de fundamentele waarde, het leven alleen van belang als een voorwaarde daarvoor.



der naarmate de belangen in het geding normaal zwaarder wegen, dat is de reden waarom we voor het afwegen van de meest fundamentele belangen geen ruimte maken.¹¹² Als we nog eens kijken naar Schauers lijstje van mogelijke redenen voor verschansing, blijkt het hier dus om het vermijden van risico's te gaan. Zoals Griffin zegt behoren rechten tot een openlijk conservatief beleid, "for what to do when something as important as human life is at stake and our calculations of the goods at stake are altogether too shaky and incomplete and badly conceptualized for us to be willing to live by."¹¹³

Deze overwegingen moeten leiden tot een amendering van de belangentheorie. Het correlaat van mijn grondrecht wordt niet alleen gevormd door jouw plichten, maar ook door een beperking van jouw bevoegdheid om de grenzen van jouw plichten te beoordelen. Met een aan Hohfeld ontleende term zouden we dit element van het grondrecht kunnen opvatten als een *immunity*.¹¹⁴

De stelling die ik in de rest van dit hoofdstuk wil verdedigen is dat de rechten op leven en op lichamelijke integriteit moeten worden opgevat als bundels van normatieve posities, tenminste bestaande uit bepaalde bevoegdheden en immuniteiten.

5.4 *Het gelijk van Leenen*

Het Europees Hof heeft duidelijk gemaakt het recht op leven niet als een bevoegdheid op te vatten: art. 2 'is unconcerned with issues to do with the quality of living or what a person chooses to do with his or her life'.¹¹⁵ Als we ons afvragen wat er mogelijk dan wel door dat recht beschermd wordt, zijn er twee mogelijke antwoorden: het menselijk leven als zodanig, opgevat als een objectief rechtsgoed, of een verondersteld subjectief belang bij het leven dat niet afhankelijk zou

112 Vgl. Birnbacher 1995, hfdst. 6.1. over de redenen waarom de morele plicht niet te doden belangrijker is dan de plicht niet te laten sterven. Voor Birnbacher de enige uitzondering op zijn algemene stelling dat plichten om te doen en plichten om na te laten moreel equivalent zijn.

113 Griffin 2008, p. 80.

114 Hohfeld 1919. B heeft een immunity als en slechts als A de bevoegdheid mist om een bepaalde set van B's normatieve posities te bepalen, in dit geval B's claims. Voor een kort overzicht van Hohfelds schema van normatieve posities zie plato.stanford.edu/entries/rights/, § 2.2. (Leif Wenar). Als het recht een immuniteit is, is het onbevredigend dat bij een patiënt die niet in staat is zijn eigen belang te behartigen de arts zijn opvatting over diens belang kan doorzetten tegen de opvatting van diens wettelijke vertegenwoordiger in, art. 7:450 lid 3 BW. Als arts en vertegenwoordiger geen overeenstemming kunnen bereiken zou arbitrage gewenst zijn, vgl. Engberts 1997, p. 249.

115 EHRM, *Pretty v. UK*, zie noot 103.



DEEL 1 MORELE GRONDSLAGEN VAN HET GEZONDHEIDSRECHT: DE ERFENIS VAN LEENEN

zijn van de kwaliteit van dat leven. Maar omdat een subjectief recht, zoals eerder aangegeven, noodzakelijk geacht moet worden ten goede te komen aan de drager, moet de veronderstelling dat voortzetting van het leven altijd in het belang van de betrokkene is in elk geval gemaakt worden, ook als in laatste instantie het te beschermen rechtsgoed het (biologisch) leven als zodanig zou zijn.¹¹⁶

Zoals we in hoofdstuk 2 zagen ligt dezelfde veronderstelling ten grondslag aan het argument dat dwangvoeding van hongerstakers niet in strijd is met art. 3, wanneer die dwangvoeding naar erkende medische maatstaven noodzakelijk is om het leven van de hongerstaker te redden. Maar voor het Nederlandse recht schendt ook een levensreddende behandeling het recht op lichamelijke integriteit als die behandeling zonder toestemming van de betrokkene wordt gegeven. Een beroep op therapeutische noodzaak wordt alleen bij wilsonbekwaamheid of stoornis van de geestelijke vermogens erkend. Daaruit volgt dat de plichten die uit het recht op leven voortvloeien voor een deel wel degelijk afhangen van wat de drager van het recht 'verkiest met zijn leven te doen'.

Waarom hebben wij deze bevoegdheid om ons leven op te geven door een levensreddende behandeling te weigeren? Volgens sommigen hechten mensen zo aan het leven dat ze dat nooit zouden doen als het niet werkelijk in hun belang was.¹¹⁷ Zulke opvattingen getuigen van een neiging tot romantisering van de zelfgekozen dood die in Nederland momenteel nogal veel voorkomt. Recent psychologisch onderzoek vertelt ons, wat we met een beetje zelf- en mensenkennis al wel wisten, dat er aan ons vermogen om goede beslissingen te nemen veel mankeert, juist als het om de belangrijkste beslissingen in ons leven gaat. Er is geen reden om daarvan beslissingen over leven en dood uit te zonderen. Daaruit volgt echter niet dat anderen in een betere positie zijn om die beslissingen voor ons te nemen, en dat is zeker een relevante overweging. Maar de fundamentele reden kan uiteindelijk alleen de intrinsieke waarde zijn die zulke beslissingsbevoegdheden over ons eigen leven voor ons hebben, of we die bevoegdheden nu optimaal gebruiken of niet. Een vergelijking met het grondrecht op persoonlijke vrijheid kan dit toelichten. Het is denkbaar dat een slaaf een meester heeft die hem toestaat volledig op basis van zijn eigen beslissingen te handelen precies zoals vrije mensen dat doen. Ook dan is geen enkele van die beslissingen volledig zijn eigen beslissing, omdat alle beslissingen alleen conditioneel van kracht zijn, zolang de meester doorgaat er mee in te stemmen. Een vergelijkbare situatie treedt op als je door een gedwongen medische behandeling voortleeft. Geen van de beslissingen die je dan nog neemt is volledig je eigen beslissing, want als het aan jou lag was je

116 Evenals bij het beroep op de menselijke waardigheid (zie hoofdstuk 4) meen ik hier een neiging bij het EHRM te signaleren om een beroep op de beschermwaardigheid van een objectief rechtsgoed (in dat geval de 'Gattungswürde') te vermommen als een beroep op subjectieve rechten.

117 Bijv. Dick Swaab in De Fauwe 2011.



niet eens meer in een positie waarin je die beslissingen zou kunnen nemen. Je leven is dan niet langer volledig je eigen leven.¹¹⁸ De relatie tussen de arts en de patiënt is in zo'n geval vergelijkbaar met die tussen meester en slaaf, fundamenteel asymmetrisch. Dat betekent dat gedwongen behandeling ook een aantasting is van je gelijke waardigheid, in de niet-redundante zin die ik in hoofdstuk 4 heb onderscheiden.

Om dezelfde fundamentele reden hebben we inderdaad ook een recht op zelfdoeding. Het is in elk geval een negatief recht, waarmee de plichten van anderen correleren om niet te interfereren in de uitvoering van je keuze om je eigen leven te beëindigen, zolang die anderen er tenminste van overtuigd zijn of hadden moeten zijn dat je voldoende wilsbekwaam bent om die beslissing te nemen.¹¹⁹ Het is van groot belang dat het Europees Hof dit recht nu erkend heeft. Minder gelukkig is het dat het recht afgeleid wordt uit art. 8, het recht op een privéleven (in de Grondwet in art. 10 erkend), en niet uit art. 2, het recht op leven zelf. Anders dan de rechten die beschermd worden door art. 2 en 3 hoort het recht op een privéleven tot de rechten die ingeperkt kunnen worden als dat in een democratische samenleving nodig geoordeeld wordt voor (o.m.) de bescherming van de gezondheid of de goede zeden. Maar dat ik mijn eigen persoon ben houdt in dat niemand zulke inperkingen kan maken, ook de politieke gemeenschap niet. Op deze manier wordt ook onnodig een conflict van rechten gecreëerd, in dit geval tussen het recht op leven en het recht op een privéleven, waarbij het onduidelijk blijft waarom het laatste soms kan voorgaan.

Leenen had dus gelijk: het zelfbeschikkingsrecht is niet zomaar een willekeurig recht onder andere rechten, het behoort tot de grondslag van de meest fundamentele rechten, met inbegrip van het recht op leven.

Wat het recht op lichamelijke integriteit betreft wordt dit ook door het EHRM erkend. Voor zover dit recht onder art. 8 gerubriceerd is, is er duidelijk, en in toenemende mate, sprake van een bevoegdheid om te beschikken over eigen lichaam, maar ook bij de beoordeling van een veronderstelde schending van art. 3 is de vraag of er sprake was van toestemming van de betrokkene vaak van essentieel belang.¹²⁰ Dat kan ook niet anders, want in veel gevallen is de afwezigheid van instemming een definiërend kenmerk van een aantasting van de lichamelijke

118 Eventueel tot het moment waarop je achteraf die beslissing alsnog accepteert.

119 Kan een interferentie die niet aan deze voorwaarde voldoet nu ook de basis zijn voor een claim tot schadevergoeding? Als niet voldaan wordt aan een informatieplicht die uit het zelfbeschikkingsrecht voortvloeit (zie voetnoot 7) kan zo'n claim inderdaad volgen, maar daarbij gaat het wel om een bijzondere zorgplicht van een arts of verpleegkundige.

120 Vermeulen 1998.



DEEL 1 MORELE GRONDSLAGEN VAN HET GEZONDHEIDSRECHT: DE ERFENIS VAN LEENEN

integriteit, bijvoorbeeld in geval van verkrachting.¹²¹ Ook als dit niet het geval is, is de aan- of afwezigheid van instemming van onbetwist belang voor de beoordeling, bijvoorbeeld van sadomasochistische praktijken. Wat Nederland betreft is het recht om zelf over het lichaam te beschikken al bij de introductie van art. 11 GW opgevat als een constituerend element van dat artikel.¹²² Dat blijkt ook uit de betekenis die vanaf de introductie aan het artikel gegeven is voor de beoordeling van systemen voor de verkrijging van donororganen, ook postmortaal.¹²³

Dat patiënten zo vergaande rechten hebben om de normatieve positie van artsen en anderen te bepalen zonder daarvoor aan anderen dan zichzelf verantwoording schuldig te zijn, is vaak opgevat als de uiting van een atomistisch mensbeeld waarin autonomie ten onrechte zou worden gelijkgesteld aan onafhankelijkheid van anderen. Een interpretatie van autonomie waarin identificatie en dialoog de sleutelbegrippen zijn, zou er dan toe moeten leiden het model van besluitvorming dat in de WGBO zou zijn neergelegd te vervangen door een model van *shared decision-making*.¹²⁴ Hier is echter sprake van een misverstand, uiteindelijk voortkomend uit de verwarring tussen autonomie als ideaal en als recht die ik in de Inleiding signaleerde. Je moet de WGBO niet opvatten als een projectie van een ideaal van besluitvorming, net zo min als je het scheidingsrecht moet opvatten als een projectie van een ideale relatie. Juist het feit dat de patiënt in laatste instantie elke behandeling kan weigeren en dat de arts in laatste instantie een verzoek om behandeling mag weigeren als hij niet gelooft dat die aan de patiënt ten goede zal komen, geeft aan hun relatie een symmetrische structuur die hen in staat stelt op voet van gelijkheid te overleggen over een behandelplan waar zij allebei achter kunnen staan.

5.5 *Beperkte bevoegdheid*¹²⁵

Maar ook al behoort de waarde van zelfbeschikking tot de grondslag van mensenrechten, het kan slechts één element onder andere zijn. Dat blijkt al meteen uit het feit dat ook categorisch wilsonbekwame mensen dragers blijven van mensenrechten. Dat er meer elementen moeten zijn blijkt ook uit de manier waarop wilsbekwaamheid beoordeeld wordt. Bij de beantwoording van de vraag of iemand

121 Chiesa 2011.

122 MvT, *Handelingen* II 1978/79, 15 463, nr. 2, p 5, geciteerd Van Beers 2009, p. 112

123 Al is het op zichzelf bekritiseerbaar om aan het recht op lichamelijke integriteit een werking na de dood te geven, cf. Wilkinson 2011, ch. 5. Volgens het EHRM is art 3 niet van toepassing op lijkschennis, Akpınar & Altun v. Turkey 27/2/2007, nr. 56760/00.

124 Zie bijv. Hendriks, Frederiks & Verkerk 2008; Hendriks, Friele, Legemaate & Widdershoven 2013, hfdst. 2.2.

125 In deze § en de volgende maak ik gebruik van tekstmateriaal uit Den Hartogh 2013.



voldoende wilsbekwaam was om een bepaalde beslissing te nemen blijkt in Nederland algemeen de zogenaamde variabele standaard van wilsbekwaamheid te worden gehanteerd.¹²⁶ Dat betekent dat aan de relevante cognitieve (en wellicht affectieve) vermogens van de betrokkene hogere eisen worden gesteld naarmate de beslissing die hij moet nemen grotere risico's voor zijn welzijn met zich meebrengt. Deze manier van afwegen betekent dat niet alleen de waarde van zelfbeschikking voor de betrokkene meetelt maar ook zijn welzijn. Als alleen zelfbeschikking relevant was, zou de bestempeling als 'voldoende' wilsbekwaam alleen mogen afhangen van de mate waarin hij tot zelfbeschikking in staat is, en daarvoor zouden alleen hele minimale eisen mogen gelden. Voor iedereen wiens eigen wil in zijn eigen belang overruled wordt is dat immers even kwetsend, of dat nu rechtstreeks gebeurt omdat zijn beslissing zo schadelijk is voor hemzelf, of indirect omdat hij om die reden niet voldoende wilsbekwaam wordt geacht om die beslissing zelf te nemen.¹²⁷

Het vereiste van *informed consent* verbiedt dokters om zonder toestemming patiënten te behandelen die voldoende wilsbekwaam zijn om die beslissing te nemen, maar zij zijn niet verplicht elke behandeling aan te bieden waarom diezelfde patiënten verzoeken. Artsen hebben integendeel de vrijheid en in duidelijke gevallen zelfs de plicht om een behandeling te weigeren die geacht mag worden de patiënt meer kwaad dan goed te doen.¹²⁸ Welke effecten de behandeling geacht mag worden te hebben moet daarbij naar professionele maatstaven beoordeeld worden. Of die effecten voordelig of nadelig voor de patiënt zijn, is in de meeste gevallen evident, maar moet in moeilijke gevallen beoordeeld worden in termen van het normatieve kader van de patiënt zelf. Maar dat zijn waardenpatroon beslissend is impliceert niet dat zijn oordeel ook beslissend is.¹²⁹

Evenmin is de instemming van de patiënt een voldoende rechtvaardiging om hem te laten deelnemen aan een medisch experiment; dat experiment moet daarnaast aan allerlei andere eisen voldoen. Deze verantwoordelijkheid van de arts houdt een vorm van paternalisme in, maar slechts van indirect paternalisme. Voor het recht op leven houdt dit in dat de patiënt niet de bevoegdheid heeft om de arts te ontheffen van diens plicht zijn leven te ontzien. Een verzoek om euthanasie of hulp bij suïcide is immers alleen maar een noodzakelijke, geen voldoende voorwaarde voor de arts om gerechtigd te zijn op het verzoek in te gaan.¹³⁰ Het is

126 Akerboom e.a. 2011.

127 Zie hierover verder Den Hartogh 2010.

128 Dat ze de vrijheid hebben, het zelfbeschikkingsrecht in zoverre dus geen claimrecht is, weerlegt op zichzelf de keuzetheorie van grondrechten niet, en schiet daarom ook als objectie tegen Leenens conceptie tekort.

129 Wijsbek 2012.

130 Al heeft het verzoek, ook als een voldoende voorwaarde ontbreekt, wel een strafverminderende werking.



DEEL 1 MORELE GRONDSLAGEN VAN HET GEZONDHEIDSRECHT: DE ERFENIS VAN LEENEN

dus op dit punt zijn belang bij voortzetting van zijn leven dat door het recht op leven beschermd wordt, niet zijn belang om daar zelf beslissingen over te nemen.

Het onderscheid tussen direct en indirect paternalisme danken we aan de Amerikaanse rechtsfilosoof Joel Feinberg.¹³¹ Direct paternalisme is een tweelaatsige relatie: A blokkeert de uitvoering van B's plannen door B om schade voor B te voorkomen. Indirect paternalisme is een drieplaatsige relatie: A verhindert de uitvoering van het plan van B door B om schade voor C te voorkomen, ook al heeft C met het plan van B ingestemd. Volgens Feinberg zijn paternalistische redenen nooit voldoende rechtvaardiging om gedrag strafbaar te stellen, en dit geldt volgens hem evenzeer voor indirect als voor direct paternalisme.¹³² Dit wordt verklaard, of in elk geval bevestigd door de maxime *Volenti non fit iniuria*: als je hebt ingestemd met een handeling kan jou daardoor geen onrecht worden aangedaan. Je kunt uiteraard wel schade lijden door de handeling, maar daar kun je niemand een verwijt van maken behalve (hoogstens) jezelf. Volgens Feinberg moet het Volenti-principe niet alleen in het strafrecht, maar ook in het onrechtmatige daadsrecht zonder beperking omhelsd worden.¹³³

Ook al zou het Volenti-principe voor die rechtsgebieden gelden, dan volgt daar nog niet uit dat instemming van de betrokkene altijd geaccepteerd moet worden als verdediging tegen de beschuldiging van een misdrijf of de aanspraak op schadevergoeding. De reden om dat niet te doen hoeft immers niet paternalistisch te zijn.¹³⁴ Neem het klassieke grondrecht op persoonlijke vrijheid (GW art. 15, EVRM art. 5). Als blijkt dat je iemand in gevangenschap vasthoudt in je kelder, kun je niet aan straf ontkomen door een document te produceren waarin de betrokkene je toestemming geeft hem of haar gevangen te houden. Het recht is onvervreemdbaar. Daarvoor kunnen drie redenen worden genoemd.

De eerste reden die ook Feinberg zou accepteren is dat het moeilijk kan zijn om vast te stellen of de gegeven instemming aan alle relevante eisen van vrijwillig-

131 Feinberg 1986, p. 9-10. De filosofische literatuur over indirect paternalisme is opvallend beperkt.

132 Paternalisme is volgens hem wel toelaatbaar als reden voor beleid, bijv. voor belastingheffing op de verkoop van sigaretten, Feinberg 1986, p. 23-4.

133 Feinberg accepteert overigens veel bestaand recht dat op het eerste gezicht indirect paternalistisch van aard is (bijv. de verplichting een autogordel of valhelm te dragen), maar probeert daarvoor steeds een niet-paternalistische rechtvaardiging te vinden. M.i. niet altijd overtuigend.

134 Zo kan de wet het ter bescherming van alle werknemers uitsluiten dat werknemers werkgevers ontheffen van hun verplichtingen met betrekking tot de arbeidsomstandigheden en daarmee een onderhandelingsvoordeel krijgen, zie al Mill 1965 (1848). Hiermee ging Mill in tegen het gangbare beroep op Volenti dat in de 19e eeuw gedaan werd om *laissez-faire* kapitalisme te verdedigen, Gow 1949.



heid voldoet. Als dit moeilijk is lopen alle rechtssubjecten en in het bijzonder diegenen onder hen die in een kwetsbare positie verkeren het risico van een onjuiste beslissing. Het recht beschermt dan allen tegen misbruik van de bevoegdheid afstand te doen van hun persoonlijke vrijheid door die bevoegdheid weg te nemen. Dat is opnieuw een voorbeeld van verschansing met het doel risico's te verkleinen. De tweede mogelijke reden om die bevoegdheid weg te nemen zijn we in hoofdstuk 4 al tegengekomen: de menselijke waardigheid. Het vrijwillig opgeven van je persoonlijke vrijheid getuigt van een elementair gebrek aan zelfrespect.¹³⁵ De derde mogelijke reden is de aanname dat het behoud van persoonlijke vrijheid altijd in het grotere belang van de betrokkene is (of het tegendeel zo moeilijk bewijsbaar dat we opnieuw een reden hebben om daar geen rekening mee houden, dus voor verschansing). Alleen die derde reden houdt een inperking van *Volenti* en daarmee een vorm van indirect paternalisme in.

Op dezelfde redenen kan ook een beroep gedaan worden om geen genoegen te nemen met instemming als rechtvaardiging of verontschuldiging van een aantasting van de rechten op leven en op lichamelijke integriteit.¹³⁶ Bij het recht op lichamelijke integriteit gaat het dan om een beperkt domein van toepassing van het recht. In de eerste plaats omdat, zoals gezegd, de afwezigheid van toestemming een definiërend kenmerk is van sommige aantastingen van dat recht. Daarnaast wordt voor allerlei kleinere ingrepen zoals het afnemen van een stuk wangslim instemming als rechtvaardiging geaccepteerd, alleen voor majeure ingrepen zoals amputatie van ledematen niet.¹³⁷ Een arts kan wel een been afzetten, maar niet alleen omdat de betrokkene dat vraagt maar bijvoorbeeld om verspreiding van gangreen te voorkomen, dus om een erkende medische reden. De precieze grens tussen mineur en majeur kan alleen op een min of meer arbitraire wijze getrokken worden, en wordt daarom door het EHRM tot de *margin of appreciation* van de verdragstaten gerekend.¹³⁸

Het is niet altijd gemakkelijk om uit te maken of we met een beroep op de menselijke waardigheid te maken hebben of met indirect paternalistische overwegingen. Toen in de Spanner-zaak een aantal Engelse mannen gevangenisstraffen tot vier en een half jaar kreeg omdat ze met hun volledige instemming hadden deel-

135 De nuancerings die deze stelling vereist, o.m. i.v.m. zelfbindingscontracten in de psychiatrie, laat ik hier achterwege.

136 Het Duitse Strafgesetzbuch erkent voor het recht op lichamelijke integriteit maar één beperkingsgrond: "Wer eine Körperverletzung mit Einwilligung der verletzten Person vornimmt, handelt nur dann rechtswidrig, wenn die Tat trotz der Einwilligung gegen die guten Sitten verstößt." § 228. Voor een radicale verdediging van *Volenti* met betrekking tot dit recht zie Schramme 2008.

137 Zie de ordening naar zwaarte van de inbreuk in het Wangslimmarrest (noot 19).

138 *Laskey, Jaggard and Brown vs the UK*, 19/2/1997, nr. 21627/93 (de Spanner-zaak).



DEEL 1 MORELE GRONDSLAGEN VAN HET GEZONDHEIDSRECHT: DE ERFENIS VAN LEENEN

genomen aan sadomasochistische praktijken die weliswaar nogal heftig waren maar geen blijvend lichamelijk letsel veroorzaakt hadden, leek het wel duidelijk dat de rechtbanken niet primair bezorgd waren om het welzijn van de betrokkenen, ook al suggereerden zij dat vaak wel.¹³⁹ Dit wordt bevestigd doordat zulke straffen niet worden opgelegd wanneer lichamelijk letsel van vergelijkbare of grotere ernst wordt veroorzaakt door mensen die zich bezighouden met wat in het Engelse recht bekend staat als ‘manly diversions’.¹⁴⁰

Dat indirect paternalistische overwegingen toch ook van belang zijn blijkt als sommige van die ‘manly diversions’ worden uitgebannen vanwege de risico’s die ze met zich meebrengen. Zo is boksen in verschillende landen een verboden sport. In het algemeen kan men in alle landen in West-Europa vaststellen dat de scope van *Volenti* in toenemende mate beperkt wordt. Als je uit vrije wil instapt bij een dronken chauffeur en als gevolg daarvan letsel oploopt, zou je 50 jaar geleden geen enkel recht op schadevergoeding hebben gehad, maar dezer dagen zal je claim alleen met zo’n 25% verminderd worden.¹⁴¹

Zou het beroep op de menselijke waardigheid in het Nederlandse recht nog dezelfde rol kunnen spelen? Mij is geen wetgeving of jurisprudentie bekend waaruit dat blijkt maar het lijkt geen twijfel dat een hulp bij zelfdoding die wordt uitgevoerd om daardoor kannibalisme mogelijk te maken anders beoordeeld zal worden dan hulp bij zelfdoding in een geval van ‘voltooid leven’, en bij een amputatie op verzoek om soortgelijke redenen zal een beroep op *Volenti* ongetwijfeld falen.¹⁴² Dit zou stellig ook gelden voor de beoordeling van een zogenaamd Amerikaans duel. (Voorkomen van de verspreiding van dit type twee-

139 “Such violence is injurious to the participants and unpredictably dangerous.” Lord Templeman (House of Lords, March 1993) Maar hij vervolgt: “Society is entitled and bound to protect itself against a cult of violence. Pleasure derived from the infliction of pain is an evil thing.” Bij de afwijzing van het beroep (zie vorige noot) gaf het EHRM alleen indirect paternalistische redenen, maar in een concurring opinion beriep rechter Pettiti zich op de menselijke waardigheid.

140 Dit wordt traditioneel verdedigd door te stellen dat voor sportbeoefening regels gelden om de kans op schade te minimaliseren, vgl. voor Nederland HR 12 april 2008, ECLI:NL:HR:2008:BB7087. Maar hetzelfde geldt voor SM-praktijken, Athanassoulis 2002.

141 Walton 2010, 3-111-3-113.

142 Vgl. de veroordeling van Armin Meiwes door het gerechtshof te Frankfurt 9/5/2006. Ook al was de wilsbekwaamheid van het slachtoffer niet boven alle twijfel verheven, de menselijke waardigheid speelde zeker een rol bij de vaststelling van de strafmaat (levenslang). Het is nog onduidelijk hoe verminking als behandeling van een Body Dysmorphic Disorder of varianten daarvan in het Nederlandse recht beoordeeld zou worden.



gevecht was destijds een belangrijke, volgens sommigen beslissende reden voor het opnemen van art. 294.)¹⁴³

Een beroep op de menselijke waardigheid kan dus niet zonder meer als obsoleet worden beschouwd. De beide andere redenen spelen echter een prominentere rol. Art. 293 en 294 WvS en de beperkte uitzondering die op de daarin vervatte bepalingen is gemaakt en in de WTL (2002) is uitgewerkt, zijn daarvan het duidelijke bewijs. Toen deze artikelen in het WvS werden opgenomen (1886), was de onaanstabaarheid van het menselijk leven als objectief rechtsgoed daarvoor het doorslaggevend argument.¹⁴⁴ 'Misdrijf tegen het leven *blijft*, aanslag tegen de persoon *vervalt*', zoals de minister van Justitie Modderman het kernachtig formuleerde in de memorie van toelichting.¹⁴⁵ Bij de behandeling van de WTL heeft de regering nog wel bevestigd geen afbreuk te willen doen aan de beschermwaardigheid van het leven, maar daarbij aan die notie een interpretatie gegeven die niet verder lijkt te reiken dan de waarde van dat leven voor de betrokkene zelf.¹⁴⁶ Dat niettemin geen onbeperkte ruimte is gegeven aan het vrijwillige verzoek om levensbeëindiging is meer gemotiveerd door overwegingen betreffende het algemeen belang en betreffende het persoonlijke belang van de persoon die het verzoek doet. Het voorkomen van misbruik is stellig de voornaamste reden geweest om alleen een uitzondering te maken voor artsen, en om consultatie door een onafhankelijke collega te eisen. In theorie was het ook denkbaar geweest de voorwaarde dat er sprake moet zijn van ondraaglijk en uitzichtloos lijden, waaruit geen redelijke andere uitweg bestaat, op dezelfde manier te motiveren: dat in zulke omstandigheden voldoende zekerheid bestaat over het vrijwillig en weloverwogen karakter van het verzoek. In België is dat argument wel gebruikt, maar in Nederland bij mijn weten nooit.¹⁴⁷ Dit deel van de zorgvuldigheidseisen lijkt dus duidelijk van indirect paternalistische aard.¹⁴⁸

Al met al kunnen we vaststellen dat direct paternalisme in het medisch domein verworpen wordt, of in elk geval met een zeer kritisch oog bezien, maar indirect paternalisme kenmerkend blijft voor de medische beroepsmoraal.¹⁴⁹ Niet dat dit

143 Vink 2013, p. 39. Het Amerikaans duel werd uitgevochten met twee pistolen waarvan er maar één geladen was, terwijl de duellisten niet wisten welk pistool dat was.

144 Voor art. 294 zie Vink 2013, hfdst. 2; voor art. 293 Wijsbek, ongepubl.

145 Geciteerd in het Schoonheim-arrest, 27 november 1984, *NJ* 1985, 106, vgl. Pans 2006, p. 183, 190.

146 Pans 2006, p. 147-8; 194-6.

147 Zie voor België Arbitragehof 14/1/2004, B. 3.3, aangehaald Nys 2007, p. 199.

148 Zie ook Den Hartogh 2012, § I.

149 Het is daarom de vraag of orgaanuitname bij een levende donor volledig kan worden gerechtvaardigd door diens toestemming, Sauder & Parker 2001; Den Hartogh 2013b. Het zou zeker niet toegestaan zijn het aanbod van iemands beide nieren te aanvaarden.



DEEL 1 MORELE GRONDSLAGEN VAN HET GEZONDHEIDSRECHT: DE ERFENIS VAN LEENEN

een veilig bezit is. Artsen zijn zich vaak van het onderscheid onvoldoende bewust, met als gevolg dat zij aan de ene kant vaak negatieve schriftelijke wilsverklaringen terzijde schuiven,¹⁵⁰ maar aan de andere kant menen verzoeken van de patiënt of zijn wettelijke vertegenwoordiger niet te kunnen weigeren. Zoals te verwachten was bestaat deze onduidelijkheid in bijzondere mate in de wensgeneeskunde, bijvoorbeeld bij cosmetisch chirurgen.¹⁵¹

Wat kan de reden zijn om indirect paternalisme te aanvaarden en de directe variant te verwerpen? Aan de ene kant zijn veel beslissingen, zeker beslissingen die bepalend kunnen zijn voor het einde van het leven, sterk afhankelijk van het waardenpatroon van de individuele patiënt. Bij de beoordeling, aan de andere kant, van de feitelijk te verwachten uitkomsten van alternatieve keuzen (met inbegrip van de keuze niet te behandelen), hebben dokters door opleiding en ervaring een voorsprong die niet gecompenseerd kan worden door welke hoeveelheid informatie dan ook die de patiënt van de dokter verkrijgt of op eigen houtje verwerft. Patiënten zijn zelfs vaak onvoldoende in staat hun eigen oordeelsvermogen op waarde te schatten, te 'kalibreren'. In het licht van deze feiten moet de verdeling van beslissingsbevoegdheid de risico's van twee soorten dwaling zo klein mogelijk houden: onvoldoende rekening houden met het persoonlijke perspectief van de patiënt op zijn leven, en hem onbeperkt de kosten laten dragen van de beperkingen van zijn oordeel. Het vereiste van *informed consent* en de beroepsplicht niet te schaden zijn onderdelen van een morele arbeidsdeling die er op gericht is over het geheel de relevante waarden zo goed mogelijk te dienen, met inbegrip van de intrinsieke waarde van zelfbeschikking.

Deze redenering veronderstelt echter dat indirect paternalisme een minder grote inbreuk maakt op de verantwoordelijkheid die mensen voor hun eigen leven mogen nemen dan direct paternalisme. De overblijvende vraag is nu of dat wel klopt.

5.6 *Het morele verschil tussen direct en indirect paternalisme*

Wat is fundamenteel problematisch aan paternalisme? Feinberg is daar duidelijk over: als mensen paternalistisch behandeld worden, "their grievance is not simply that they have been unnecessarily inconvenienced or "irked", but rather they have been violated, invaded, belittled. They have experienced something analogous to the invasion of their property or the violation of their privacy."¹⁵² Dat

150 Zie voetnoot 53.

151 Stapel e.a. 2013. De basisideologie is dat de cliënt bepaalt wat hij of zij nodig heeft, maar als artsen twijfels hebben bij een verzoek gebruiken ze allerlei strategieën om toch onder dat verzoek uit te komen. Hun motief daarbij is vaak iets als 'uiteindelijk ben ik toch ook dokter'.

152 Feinberg 1986, p. 27.



paternalisme kleinerend is, is een belangrijke overweging en misschien wel de overweging waar mensen het meest om geven, want niets is zo belangrijk voor hen als de erkenning van hun status door anderen. Maar de overweging moet, zoals de analogie met eigendom en privacy laat zien, afhankelijk zijn van andere overwegingen. Om te kunnen verwachten dat anderen onze status moeten respecteren moeten we die status hebben. Waarom zouden mensen aannemen dat de erkenning van hun status door anderen afhangt van de mate waarin zij hun eigen beslissingen ongehinderd kunnen nemen en uitvoeren, als zij aan die bevoegdheid zelf niet om te beginnen waarde toekenden? Feinberg geeft elders dan ook inderdaad een tweede reden om paternalisme te verwerpen: "the life that a person threatens by his own rashness is after all *his* life; it *belongs* to him and to no one else."¹⁵³

Als we indirect paternalisme willen beoordelen is de vraag of deze beide redenen om paternalisme te verwerpen, de intrinsieke waarde van zelfbeschikking en de erkenning die zelfbeschikkers van elkaar mogen verwachten, ook van toepassing zijn op indirect paternalisme.

Laten we eerst de waarde van zelfbeschikking bekijken. Je zou kunnen denken dat de vraag of direct en indirect paternalisme met betrekking tot die waarde equivalent zijn, neerkomt op de oude kwestie van het morele verschil tussen negatieve en positieve vrijheid. Maar we hebben al gezien dat ook op de klassieke vrijheidsrechten positieve plichten correleren, zoals de Samaritaanse plicht op het recht op leven. Libertaristen beschouwen zichzelf als aanhangers van John Locke, maar Locke zelf was van mening dat het gelijk staat aan moord om een onschuldig persoon van honger te laten sterven als je hem voedsel kunt geven.¹⁵⁴ Dus laten we om te beginnen veronderstellen dat we in een maatschappij leven waarin eigendomsrechten zo bepaald en verdeeld zijn dat zulke positieve claims kunnen worden gehonoreerd. Als die context is gegeven zou ik willen verdedigen dat aan de waarde van zelfbeschikking volledig recht wordt gedaan als wilsbekwame lieden hun eigen doelen kunnen bepalen en die met inzet van de hulpmiddelen waarover zij zelf beschikken kunnen nastreven, binnen de grenzen van het schadebeginsel en de eis van respect voor de menselijke waardigheid. Het doet niet ter zake of dat streven succes heeft of niet. Of dat succes ook enige waarde heeft hangt geheel af van de waarde van de doelen die deze mensen nastreven. Als die doelen problematisch zijn, mogen we hopen dat succes uitblijft. Er is daarom niets mis mee als anderen weigeren hen te helpen omdat ze denken dat ze de betrokkene door die 'hulp' alleen maar zullen schaden. Als dat die anderen niet kan schelen is dat op zichzelf moreel verwijtbaar. Als hen niet wordt toegestaan om zulke hulp te verlenen, tast dat de waarde die het zelfbeschikkingsrecht heeft voor de persoon die de hulp vraagt evenmin aan.

153 Feinberg 1986, p. 59.

154 Locke 1988 (1689), I. 42, cf. II. 6, II.172.



DEEL 1 MORELE GRONDSLAGEN VAN HET GEZONDHEIDSRECHT: DE ERFENIS VAN LEENEN

Zeker als we een variabele standaard van wilsbekwaamheid gebruiken, zullen we soms besluiten om in te grijpen in de uitvoering van iemands plannen omdat die plannen hem dreigen te schaden en we hem niet als 'voldoende' wilsbekwaam beschouwen om daarvoor zelf de verantwoordelijkheid te kunnen dragen. Dit is altijd een moreel riskante beslissing. Als je je vergist met betrekking tot de werkelijke belangen van de betrokkene, is die vergissing ernstiger dan wanneer je een zelfde vergissing maakt met betrekking tot je eigen belangen.¹⁵⁵ Maar als je op grond van een vergelijkbare vergissing weigert iemand anders te helpen, hoef je die morele last niet te dragen. Evenmin als je die hulp onmogelijk maakt.

Het tweede bezwaar tegen paternalisme was dat het in strijd is met de erkenning van je waardigheid als zelfbeschikker. Geldt dat bezwaar ook voor indirect paternalisme? Getuigt het aan gebrek aan respect voor je als andere mensen weigeren je te helpen, omdat ze denken dat zulke 'hulp' je alleen maar schaadt, of als derden om die reden hen verhinderen je te helpen? Zeker, dit betekent dat de persoon die hulp weigert of het verlenen daarvan verhindert van mening is dat jouw eigen opvattingen over je reële belangen niet kloppen, en dat is even slikken. Maar van gebrek aan respect is geen sprake, ze zouden zelfs volledig gelijk kunnen hebben. Is het kleinerend of denigrerend voor je als deze partijen op grond van hun overtuiging handelen door hulp te weigeren of het verlenen van die hulp te verbieden? Ik meen van niet.

Als je bijvoorbeeld besluit je leven te beëindigen en anderen verhinderen de uitvoering van je zelfdoding, hoewel ze zich er van hebben kunnen overtuigen dat je de beslissing vrijwillig en weloverwogen hebt genomen, word je niet langer serieus genomen als iemand die zijn eigen leven leeft. Maar als de Nederlandse wet om (kennelijk) indirect paternalistische redenen dokters alleen toestaat je te helpen als er sprake is van ondraaglijk en uitzichtloos lijden waaruit geen andere uitweg kan worden gevonden, is dat niet kleinerend of denigrerend. Het fundamentele verschil is dat direct paternalisme als zodanig een asymmetrie tussen de beide betrokken partijen schept. A wordt verhinderd op basis van zijn oordeel over zijn eigen belang te handelen omdat B daar een ander oordeel over heeft en de macht heeft zijn oordeel door te zetten. Maar in het geval van indirect paternalisme wordt aan A en B een gelijke verantwoordelijkheid gegeven om hun eigen middelen te gebruiken zonder de ander te schaden.

Als indirect paternalisme gelijkgesteld wordt aan direct paternalisme getuigt dat van een opvatting van instemming die inhoudt dat de instemmende persoon zijn *persona* uitleent aan de handelende persoon, die nu niet meer op eigen verantwoordelijkheid handelt maar geheel op verantwoordelijkheid van de ander. Maar instemming moet eerder gezien worden als een uitbreiding van de sfeer van ver-

155 Athanassoulis 2002 met een beroep op Mill.



antwoordelijkheid met de instemmende naast de handelende persoon. Instemming sticht een vorm van samenwerking waarvoor de verantwoordelijkheid gedeeld wordt.¹⁵⁶

Stel dat je schilder bent en op zeker ogenblik tot de conclusie komt dat al het werk dat je tot op dat ogenblik gemaakt hebt waardeloos is, onauthenticke pogingen om tegemoet te komen aan de populaire smaak. Omdat je op dat moment in het ziekenhuis ligt vraag je je beste vriend om naar je studio te gaan en al je werk te vernietigen. Maar je vriend is het niet met je eens, hij meent dat die vernietiging niet alleen de wereld van iets van waarde en betekenis zou beroven, maar ook jouw leven. Dus hij zegt: hoor eens, als je beter bent moet je zelf maar weten wat je doet, maar ik doe het niet. Zo'n weigering laat zien dat hij om je geeft en toont geen enkel gebrek aan respect. Hij laat je de volledige verantwoordelijkheid voor je handelen en neemt alleen een gelijke verantwoordelijkheid voor zijn eigen handelen. Als er nu een morele code of rechtsregel bestaat die jullie beiden precies die verantwoordelijkheid geeft, hoe kan zo'n code of regel opgevat worden als een blijk van gebrek aan respect?

Zeker, er zijn gevallen waarin indirect paternalisme gebrek aan respect toont. Als wij een geldige overeenkomst zijn aangegaan, en jij wordt verhinderd jouw deel daarvan te leveren door een derde die meent dat je daarmee mij zou schaden, is dat beledigend voor mij. Maar de reden is dan dat de overeenkomst al geldig was op onafhankelijke gronden, zodat ik een recht heb om te verwachten dat jij die voor jouw deel zou nakomen. Dat recht is al een deel van mijn morele kapitaal, daarom is de actie van de derde partij analoog aan "the invasion of my property or the violation of my privacy". Dat sluit niet uit dat bepaalde soorten schadelijke gevolgen geacht mogen worden overeenkomsten van meet af aan ongeldig te maken.

Het voorbeeld laat zien dat het Volenti-principe alleen indirect verbonden is met het beginsel van respect voor zelfbeschikking. Het doel van het beginsel is legitieme verwachtingen die gebaseerd zijn op instemming te beschermen. Als iemand te goeder trouw zijn deel van een overeenkomst naleeft moet hij niet aansprakelijk gesteld kunnen worden voor enige schade die daaruit voor de andere partij in de overeenkomst voortvloeit. *Volenti* bedoelt niet de zelfbeschikking van de instemmende partij te beschermen, maar de andere partij van aansprakelijkheid af te schermen. Alleen als het al op onafhankelijke gronden vaststaat dat de instemming van de ene partij het handelen van de andere partij rechtvaardigt, zelfs als dat handelen schadelijk is voor de eerste partij, toont het paternalistisch gemotiveerde ingrijpen van een derde gebrek aan respect. Het Volenti-beginsel helpt niet de grenzen van het domein van de soevereiniteit van personen af te bakenen omdat de geldigheid van het principe zelf beperkt is tot dat domein.

156 Kleinig 1979.



DEEL 1 MORELE GRONDSLAGEN VAN HET GEZONDHEIDSRECHT: DE ERFENIS VAN LEENEN

6 Hulp bij zelfdoding door intimi**6.1 De zaak Heringa: eerste ronde**

Mevrouw Heringa was 99 jaar oud. Haar tweede achterkleinkind was op komst, maar zij wilde de geboorte niet meer meemaken. Zij leed aan hartfalen, botontkalking, rug- en nierklachten, was vrijwel blind, hardhorend, nauwelijks mobiel en permanent vermoeid, en door dat alles waren haar mogelijkheden om een zinvolle invulling aan haar dagen te geven in haar ogen te klein geworden. Ze vroeg eerst aan haar huisarts of die haar wilde helpen, maar die kon niet meteen een besluit nemen en mevrouw Heringa wilde niet langer wachten. Ze besloot het zelf te doen. Tot zijn schrik ontdekte haar zoon Albert dat ze daarvoor alle medicijnen die zij voor haar kwalen kreeg opspaarde. Voor haar voornemen op zichzelf had hij alle begrip. Het toeval wilde dat hij zelf aan een aantal reizen naar tropische landen een flink aantal tabletten tegen malaria had overgehouden, die bij nader onderzoek ruim voldoende bleken om het leven van zijn moeder mee te beëindigen. Ook bij de verdere voorbereiding hielp hij haar, maar zij nam alle pillen zelf in. Om elke verdenking uit te sluiten dat een en ander meer op zijn initiatief gebeurde dan op het hare nam hij de gang van zaken op video op.

Hulp van deze aard bij een niet-impulsieve zelfdoding met relatief humane middelen wordt gezien als strijdig met art. 294 van het Wetboek van Strafrecht, maar zolang die hulp door een naaste en niet door een hulpverlener wordt verleend, wordt dit 'misdrijf' vrijwel nooit vervolgd, kennelijk omdat ook het Openbaar Ministerie er niet veel strafwaardigs in ziet.¹⁵⁷ Zelfs in enkele gevallen waarin hulpverleners zijn veroordeeld en vaststond dat familieleden vergelijkbare hulp hadden gegeven, zijn die familieleden zonder meer vrijuit gegaan.¹⁵⁸ Anderhalf jaar na de dood van mevrouw Heringa kwam de NVVE achter het bestaan van de video, en begreep hier het ideale geval voor een proefproces te hebben. Het doodsverlangen van mevrouw Heringa was invoelbaar, zij had die wens op haar

157 De enige uitzondering dateert al uit 1982: Rb. Utrecht 21 december 1982, *NJ* 1983, 264 (veroordeling tot 6 maanden voorwaardelijk met een proeftijd van één dag). Een niet gepubliceerde uitspraak uit 2005, besproken in Chabot 2010, p. 206 betref een psychiatrische patiënt die een overdosis methadon ontving van iemand die geen hulpverlener was, maar blijkbaar ook geen familielid of vriend. Daarnaast zijn er zaken waarin de zelfdoding met gewelddadige middelen is uitgevoerd, bijv. Rb. Leeuwarden 20 juni 2006, LJN AX8950.

158 De Rechtbank Almelo 29 mei 2009, ECLI:NL:RBALM:2009:BIS891, wees het verweer van de verdediging van de hulpverlener dat het OM hiermee het gelijkheidsbeginsel schond af; het was "begrijpelijk dat het OM rekening had gehouden met de emotionele betrokkenheid van de kinderen bij de doodswens en het overlijden van hun moeder".



6 HULP BIJ ZELFDODING DOOR INTIMI

eentje moeilijk zonder enige hulp kunnen uitvoeren, en de video weerlegde elke verdenking van onzuivere intenties. De video werd in een televisieprogramma getoond en op de dag van de uitzending werd het Openbaar Ministerie daarover door Heringa's advocaat ingelicht. Daarmee stond het OM voor het blok. Als nu niet tot vervolging zou worden overgegaan, zou het al bestaande gevoel dat dit soort hulp in feite straffeloos verleend kan worden alleen maar bevestigd worden. Maar iemand voor de rechter slepen wiens daad in zo brede kring op sympathie kan rekenen was ook niet erg aantrekkelijk. Het OM draalde drie jaar en besloot toen toch maar te vervolgen. De positie die de Officier in het proces innam sprak ook boekdelen: Heringa heeft 'eigenmachtig' de wet overtreden, en of die wet nog enige zin heeft staat alleen ter beoordeling van de wetgever, niet van rechtbank of OM. Dus moet hij veroordeeld worden en een voorwaardelijke straf krijgen. Een zo gemotiveerde uitspraak zou zijn neergekomen op een oproep aan het parlement om artikel 294 lid 2 WvS maar snel te schrappen.

De verdediging deed een beroep op overmacht in de zin van conflict van plichten. Als goede zoon kon Heringa zijn moeder bij de uitvoering van haar voorstellen niet aan haar lot overlaten. De vervulling van die plicht bracht hem wel in strijd met het wettelijk verbod, maar hij heeft in dat conflict van plichten voor de zwaarstwegende plicht gekozen. De raadsman beging echter de fout te betogen dat niet alleen Heringa, maar ook zijn moeder geen andere opties had gehad. Dat verweer was voor de rechtbank gemakkelijk te weerleggen, omdat de huisarts immers het verzoek om hulp niet definitief had afgewezen. Mevrouw Heringa had dus zeker nog wat langer in gesprek kunnen blijven met haar huisarts.¹⁵⁹

Maar de vraag is niet welke opties zij had. Het behoorde tot haar inmiddels door het EHRM erkende grondrechten om te besluiten haar leven zelfstandig, zonder doktershulp, te beëindigen. Zij zou het zelfs met haar arts eens kunnen zijn dat aan alle zorgvuldigheidseisen van de WTL niet is voldaan. De vraag is alleen welke opties haar zoon nog had toen zij dat besluit eenmaal had genomen. Zelfs als hij daar minder begrip voor had kunnen opbrengen dan hij in feite deed, en zelfs als zijn hulp minder essentieel was geweest dan die in feite was, had hij uiteindelijk alleen maar de keuze gehad om zijn persoonlijke betrokkenheid bij haar wel en wee tot uitdrukking te brengen, of tegen haar te zeggen: dit is jouw probleem, niet het mijne, zoek het zelf maar uit.

6.2 Wat betekent 'behulpzaam zijn'?

Interessant is dat de rechtbank geen moeite deed om aansluiting te zoeken bij de bestaande jurisprudentie. Sinds 1995 is zeven maal een proces gevoerd wegens overtreding van art. 294 WvS. Dit betrof in zes gevallen een hulpverlener: twee

159 Rb. Zutphen, 22 oktober 2013, ECLI:NL:RBGEL:2013:3976.



DEEL 1 MORELE GRONDSLAGEN VAN HET GEZONDHEIDSRECHT: DE ERFENIS VAN LEENEN

van de NVVE, drie van de Stichting de Einder, één van de Stichting Vrijwillig Leven. Mevrouw Cornelisse van de NVVE (2003) en Vink van de Einder (2007) zijn vrijgesproken, de anderen veroordeeld, tot straffen variërend van één jaar gevangenis waarvan 8 maanden voorwaardelijk tot één maand voorwaardelijk. Het is duidelijk waar de grenzen getrokken zijn. Informatie geven over de juiste middelen en procedures mag, aanwezig zijn bij de zelfdoding om morele steun te geven ook. Wat niet mag: de dodelijke middelen aanleveren, daadwerkelijk voorbereidende handelingen verrichten zoals het gereedmaken van de middelen, en instructies geven die strekken tot navolging. Aanvankelijk was nog onduidelijk of van strafbare hulp niet alleen sprake kon zijn als de hulpverlener bij de uitvoering van de zelfdoding aanwezig was, maar in 2005 is duidelijk vastgesteld dat aanwezigheid niet nodig is.

De Hoge Raad heeft over deze grenzen in 2008 enige onrust gewekt door een zeer ruime omschrijving van het begrip 'behulpzaam zijn' in de delictomschrijving van art. 294 WvS te geven: 'het door zijn handelen voor de ander mogelijk of gemakkelijker maken zichzelf te doden'.¹⁶⁰ Ook door het geven van informatie of van morele steun wordt het de betrokkene ongetwijfeld gemakkelijker gemaakt zichzelf te doden. Zou dat nu opeens ook strafbare hulp zijn? Eerder had de Raad al bij herhaling verklaard dat voor de betekenis van 'behulpzaam zijn' aangesloten moest worden bij het gewone taalgebruik. De bedoeling van al deze formuleringen lijkt echter alleen te zijn geweest aan te geven dat het er niet toe doet welke causale bijdrage de verleende 'hulp' aan het uiteindelijke resultaat heeft geleverd.¹⁶¹ Het ging er niet om alsnog vormen van hulp strafbaar te verklaren die eerder van het verbod op hulp waren uitgezonderd.

De reden dat het toegestaan is algemene informatie te geven moet wel zijn dat het tot het recht op vrije meningsuiting behoort zulke informatie te verspreiden en te verkrijgen. Wat mensen daarmee doen blijft hun eigen verantwoordelijkheid. De reden dat een betuiging van solidariteit door aanwezigheid is toegestaan zal zijn dat het wreed zou zijn de betrokkene er toe te veroordelen in eenzaamheid te sterven. Ook dat kan als een aantasting van een grondrecht worden opgevat: het recht op een privé- en gezinsleven. Dat brengt met zich mee dat je je leven naar je eigen opvattingen mag inrichten in ongedwongen verkeer met de mensen die je tot de kring van dat leven toelaat.

Er is nog een categorie van hulp die ongetwijfeld niet strafbaar is, ook al wordt een zelfdoding daardoor gemakkelijker gemaakt. Mensen kunnen hun eigen leven op een relatief humane wijze beëindigen met behulp van bijengesprokelde medicijnen, maar als zij oud en/of ziek zijn ook door te stoppen met eten

160 HR 18 maart 2008, ECLI:NL:PHR:2008:BC4463.

161 HR 5 december 1995, NJ 1996, 322.



6 HULP BIJ ZELFDODING DOOR INTIMI

en drinken. Door de betrokkenen en door counselors wordt dit niet als zelfdoding beschouwd, en in de enkele gevallen dat lijkschouwers er bij gehaald worden, classificeren ook zij het geval meestal als een 'natuurlijke dood', mogelijk omdat die dood niet het gevolg zou zijn van handelen maar van nalaten te handelen.¹⁶² Maar omdat eten en drinken even vanzelfsprekend tot het leven behoren als ademen, moet het bewuste stoppen daarmee wel degelijk als een vorm van zelfdoding worden beschouwd. Als je bij opkomende vloed blijft zitten waar je zit is dat niet minder een vorm van jezelf verdrinken dan wanneer je stilstaand water inloopt. Hoewel deze methode in het begin enig doorzettingsvermogen vraagt, is het gangbare idee – ook nog verwoord door Heringa's advocaat – dat het hierbij om een inhumane stervensproces gaat daarentegen geheel onjuist. Voor een aanvaardbaar verloop is het wel nodig dat de betrokkene enige speciale verzorging krijgt, in het bijzonder mondbevochtiging, ter voorkoming van uitdroging van het mondslimvlies met daaruit voortkomende ongewenste verschijnselen als korstvorming en dorstgevoel. Een enkele keer kan de betrokkene als hij in een verder stadium het bewustzijn verliest, in een delier raken, zodat sedatie nodig is.¹⁶³ De KNMG heeft in november 2011 uitgesproken dat het tot de gewone palliatieve taak van artsen behoort om de noodzakelijke verzorging en begeleiding te geven, en heeft zojuist een concepthandreiking gepubliceerd waarin nader wordt uitgelegd waaruit deze taak bestaat.¹⁶⁴ Maar als stoppen met eten en drinken zelfdoding is, is uitvoering van deze palliatieve taak in de alledaagse zin van het woord hulp bij zelfdoding. De uitvoering van het plan tot levensbeëindiging wordt er immers gemakkelijker door gemaakt. Niemand zal het echter in zijn hoofd halen een arts die zulke hulp verleent ex. art. 294 WvS een verwijt te maken. Dit handelen valt immers onder zijn zorgplicht en dus onder de medische exceptie.

De concepthandreiking gaat er van uit dat ook familieleden en vrienden van betrokkene bij de nodige verzorging betrokken zijn, bij voorkeur onder begeleiding van de arts. Maar waarom zou het ook voor hen niet onder het verbod op hulp bij zelfdoding vallen?

In deze context is het significant dat de rechtbank Zutphen het beroep op overmacht in de zin van een conflict van plichten om te beginnen wel serieus nam, en in het bijzonder niet ontkende dat zoon Heringa relevante plichten had. Tegen een hulpverlener zou de rechtbank meteen kunnen zeggen: maar meneer, hoe

162 Zo ook KNMG 2014.

163 Sommige artsen sederen de betrokkene na enkele dagen ongeacht zijn toestand. Dit moet m.i. als doden op verzoek worden beschouwd, zie Den Hartogh 2006.

164 KNMG 2014. In deze concepthandreiking wordt ook de bestaande literatuur samengevat waaruit blijkt dat en waarom dit voor oudere en zieke mensen geen inhumane methode is.



DEEL 1 MORELE GRONDSLAGEN VAN HET GEZONDHEIDSRECHT: DE ERFENIS VAN LEENEN

kunt u nu met de rug tegen de muur staan? U hebt uw plichten zelf op u genomen, u had meteen kunnen aangeven hoe ver die binnen de wet konden reiken. Van je intimi mag daarentegen verwacht worden dat zij zowel bij het nemen als het uitvoeren van zulke fundamentele beslissingen als het besluit je leven te beëindigen betrokken zijn, en van die betrokkenheid in woord en daad blijk geven.¹⁶⁵ Als familieleden en vrienden van de persoon die zijn leven beëindigt door te stoppen met eten en drinken daarbij verzorgende taken op zich nemen behoren hun handelingen daarom tot de door het recht op een privé- en gezinsleven (art. 8 EVRM) beschermde sfeer. Datzelfde geldt echter ook voor handelingen als die van zoon Heringa.

Dat is op zichzelf genomen natuurlijk geen doorslaggevend argument, de wetgever kan het recht op een privé- en gezinsleven immers om allerlei redenen inperken. Heeft de wetgever dat niet gedaan door art. 294 WvS in de wet op te nemen en daaruit niet te schrappen, ook niet toen het artikel in verband met de WTL (2002) werd gewijzigd? Om dat te kunnen beoordelen is het onvermijdelijk de vraag te stellen die het OM zo opzichtig vermeed: waar is die verbodsbepaling eigenlijk goed voor?

Dat dit onvermijdelijk is volgt ook uit de uitspraak van het EHRM in Haas t. Zwitserland. Daarin heeft het Hof immers niet alleen erkend dat art. 8 EVRM een recht op zelfdoding omvat, maar ook gesteld dat dit recht evenals alle andere rechten 'concreet en effectief' moet zijn, niet alleen maar 'theoretisch en illusoir'. In beginsel houdt het recht op zelfdoding daarom in dat ook hulp geboden mag worden. Daaraan mogen alleen beperkingen gesteld worden als die een toelaatbaar doel dienen. Aan de verdere overwegingen in dit arrest is het moeilijk een touw vast te knopen, maar het is duidelijk dat het verbod op hulp alleen gehandhaafd kan worden als het zo'n toelaatbaar doel dient.¹⁶⁶

6.3 *De ratio van het verbod*

De raadsman kwam op dit punt niet verder dan te klagen dat het verbod zo 'knellend' was. Dat zijn wettelijke verboden wel vaker, maar meestal niet zonder reden. De rechtbank heeft wat mij betreft haar vonnis min of meer gered door aan de vraag naar de ratio van het verbod in elk geval twee zinnen te besteden. 'De

165 EHRM, Koch v. Germany 19/07/2012, nr. 497/09, erkent de bijzondere positie die familieleden hebben op grond van hun persoonlijke betrokkenheid.

166 Zie voetnoot 103. Het toelaatbare doel is volgens het Hof het beschermen van de rechten van anderen. Het arrest maakt duidelijk waarom het daarvoor nodig is dat de arts die een recept moet uitschrijven voor een middel als pentobarbital nagaat of degene die daarmee zijn leven wil beëindigen daartoe vrijwillig en weloverwogen besluit, maar niet waarom hij nog aan verdere voorwaarden zou moeten voldoen. Zie mijn noot.



6 HULP BIJ ZELFDODING DOOR INTIMI

procedurele waarborgen die in de wettelijke regeling rond euthanasie en hulp bij zelfdoding zijn opgenomen, zijn er niet voor niets. Zij beogen onder meer een maximale transparantie te bewerkstelligen bij een uiterst elementair onderdeel van het menselijk bestaan, waar het gaat om zaken van leven en dood.¹⁶⁷

Laat ik wat meer systematisch nagaan wat de mogelijke ratio van art. 294 WvS zou kunnen zijn. Ik zal daartoe het schema van mogelijke gronden gebruiken dat ik in het vorige hoofdstuk heb geïntroduceerd. Er zijn drie mogelijkheden: het artikel beschermt een objectief rechtsgoed, een fundamenteel belang van de betrokkene zelf (indirect paternalisme) of een belang van derden (schadebeginsel).

Zoals ik al eerder heb aangegeven was de oorspronkelijke bedoeling van het artikel (en van art. 293 WvS) ongetwijfeld om de heiligheid van het leven als een objectief rechtsgoed te beschermen. 'Aanslag tegen de persoon vervalft, misdrijf tegen het leven blijft.' Maar als dit de ratio van het verbod is, is ook de zelfdoding zelf een aantasting van datzelfde rechtsgoed, en dat (poging tot) zelfdoding niet wordt verboden kan alleen begrepen worden uit de overweging dat een gesancioneerd verbod ineffectief en/of disproportioneel zou zijn. Als de poging slaagt heeft betrokkene zich aan beoordeling onttrokken, als de poging onsuccesvol is, is hij in zo'n beklagenswaardige toestand dat het alleen maar onaanvaardbaar leed zou toevoegen hem nu ook nog te vervolgen. Van strafbedreiging kan bovendien geen preventieve werking worden verwacht. Dit alles geldt voor hulp bij zelfdoding niet.

Zodra zelfdoding als een recht wordt beschouwd, vervallen deze overwegingen.¹⁶⁸ Daarmee wordt stellig ook niet *ontkend* dat de heiligheid van het leven in het geding zou kunnen zijn, maar het wordt aan de betrokkene zelf overgelaten om die overweging haar passend gewicht te geven. Dit kan dan ook geen reden meer zijn om hulp bij zelfdoding te verbieden. Ook de waardigheid van de mens kan in het algemeen zo'n reden niet zijn, hooguit in uitzonderlijke gevallen als kannibalisme. (Zie hoofdstuk 5)

167 Rb. Zutphen (zie noot 159), met verwijzing naar Gerechtshof Arnhem, 17 februari 2012, ECLI:NL:GHARN:BV6139, waar gesproken wordt over "het zwaarwegende belang van de bescherming van het menselijk leven in het algemeen".

168 In de zaak-Wertheim (1 december 1981) overwoog de Rechtbank Rotterdam al dat hulp bij zelfmoord 'destijds' strafbaar was gesteld om zelfdoding te voorkomen, maar dat nu "in steeds bredere kring de opvatting bestaat, dat in bepaalde -weliswaar uitzonderlijke- gevallen zelfdoding niet perse onaanvaardbaar is, en de beslissing van degene die zijn leven wil beëindigen, uiteindelijk gerespecteerd dient te worden", *NJ* 1982, 63, zie Weyers 2002, p. 108.



DEEL 1 MORELE GRONDSLAGEN VAN HET GEZONDHEIDSRECHT: DE ERFENIS VAN LEENEN

In Zutphen hebben OM, advocaat en rechtbank zich eendrachtig van dit soort overwegingen onthouden. In eerdere zaken heeft het OM nog wel eens gesproken over de eerbied die aan het leven als zodanig verschuldigd zou zijn, maar het is onduidelijk wat precies met zulke formuleringen bedoeld wordt, met name of het werkelijk gaat om een objectieve waarde die aan het biologisch leven als zodanig zou toekomen. Je zou kunnen zeggen dat deze onduidelijkheid het feit weerspiegelt dat daarover in de samenleving verschillend gedacht wordt. In dat geval zou je een redenering kunnen volgen die ik in hoofdstuk 3 heb besproken: het nieuwe art. 294 WvS met daarin de uitzonderingsbepaling die alleen voor artsen geldt moet zelf worden opgevat als de scheidsrechterlijke beslissing in deze controverse en bij de interpretatie daarvan mag om die reden niet worden teruggegrepen op de achterliggende waarden die immers in het compromis zijn meegewogen. Maar de enige beperking in de WTL die als een tegemoetkoming aan de notie van de onaantastbaarheid van het leven als zodanig zou kunnen worden beschouwd is het feit dat euthanasie niet als normaal medisch handelen wordt beschouwd, en daarom niet als een plicht van de arts. Als de WTL opgevat moet worden als de arbitrerende beslissing van een maatschappelijke controverse, dan komt die beslissing dus eerder er op neer iedereen, met inbegrip van de arts, de ruimte te geven in overeenstemming met zijn eigen waarden te handelen en behandeld te worden.

In het vorige hoofdstuk heb ik laten zien dat de uitzonderingsbepalingen van de WTL op art. 293 en 294 WvS gebaseerd zijn op het belang van de patiënt om aan ondraaglijk lijden te kunnen ontkomen, ook als dat nog alleen kan door de dood, niet op zijn zelfbeschikkingsrecht. In hun beperkte reikwijdte getuigen de zorgvuldigheidseisen daarom van indirect paternalisme. Zou dat indirect paternalisme niet ook *mutatis mutandis* van toepassing zijn op intimi?¹⁶⁹ In dat geval zouden we art. 294 WvS zo moeten interpreteren dat ruimte ontstaat voor hulp door intimi, maar alleen als die zichzelf er van overtuigd hebben dat er sprake is van ondraaglijk lijden waaruit geen andere uitweg bestaat dan de dood.

Je mag inderdaad hopen – denk aan de vriend van de schilder in mijn voorbeeld in hoofdstuk 5 – dat intimi niet automatisch meegaan in het doodsverlangen van hun dierbare, maar met hem meedenken over de vraag of er andere uitwegen zijn uit zijn lijden en er zo nodig blijk van geven nog niet overtuigd te zijn. Maar het is juist dit type interactie tussen de persoon en zijn naasten dat door het recht op een privé- en gezinsleven beschermd wordt, en daarom behoort dat meedenken een persoonlijke verantwoordelijkheid te zijn waarmee de wetgever zich niet bemoeit, net zo min als met de besluitvorming van betrokkene zelf die in deze sociale context is ingebed en zonder die inbedding zelfs aan autonomie zou kun-

169 Zij zouden in elk geval niet hoeven vast te stellen dat het lijden een medische grondslag heeft die niet weggenomen kan worden.



6 HULP BIJ ZELFDODING DOOR INTIMI

nen inboeten.¹⁷⁰ Dit geldt temeer omdat voor een familielid of vriend de eigen overtuiging niet de beslissende overweging hoeft te zijn. In die rol zou je op een gegeven ogenblik tot het inzicht kunnen komen dat je geliefde blijkbaar vastbesloten is zijn leven te beëindigen, zodat verzet niet langer effectief kan zijn maar wel aan het eind van het leven een breuk in je relatie zou betekenen die je in elk geval zou willen vermijden. Dat zou dan alsnog een reden kunnen zijn om je blijvende solidariteit door daadwerkelijke assistentie te doen blijken.¹⁷¹ In zulke overwegingen moet het recht niet treden als het niet nodig is. Dus als het recht op een privé- en gezinsleven een reden is om hulp bij zelfdoding door intimi ongemoeid te laten, kan dat niet beperkt zijn tot situaties van ondraaglijk en uitzichtloos lijden.

De enige overblijvende ratio is dan de ratio die genoemd werd door de Zutphense rechtbank (en eerder door het EHRM in *Pretty en Haas*): het voorkomen van misbruik. Daarbij gaat het zowel om de bescherming van de rechtstreeks betrokken persoon als om de externe effecten van die bescherming op het algemeen gevoel van veiligheid, dus 'de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen'.¹⁷² Maar dan is het opmerkelijke dat niemand er in dit geval ook maar de minste twijfel over had dat mevrouw Heringa haar beslissing in volledige vrijheid had genomen en uitgevoerd, ook het OM en de rechtbank niet. Dat was om te beginnen al de reden voor de NVVE om dit geval uit te kiezen voor het gewenste proefproces.

Mijn conclusie is dat hulp bij zelfdoding door intimi in principe beschermd wordt door het recht op een privé- en gezinsleven, of die zelfdoding nu uitgevoerd wordt door het innemen van medicijnen of door te stoppen met eten en drinken. Op die bescherming kan en moet een uitzondering worden gemaakt om bewuste of onbewuste manipulatie van de doodswens van de betrokkene met het doel van hem af te komen te voorkomen. Maar die uitzondering mag niet breder worden getrokken dan nodig is om het doel ervan te realiseren.¹⁷³ Dat betekent dat er aan de eerdere uitsluitingen van strafbaarheid van handelingen die in de dage-

170 Zie noot 12.

171 Als dit al denkbaar is, hoe problematisch is het dan niet om van iemand als Heringa te verwachten dat hij zou weigeren zijn moeder te helpen als ze niet eerst probeert hulp van een arts te krijgen.

172 EVRM, art. 8 lid 2.

173 In *Pretty* (zie noot 103) betoogde het EHRM dat het algemene Britse verbod op hulp bij zelfdoding nodig was om zwakken en kwetsbaren te beschermen, en dat het verbod ook op mevrouw *Pretty* van toepassing was, hoewel zij niet beschouwd kon worden als zwak of kwetsbaar. Het is de vraag of het onvermijdelijk was de grenzen zo ruim te trekken, een vraag die door de argumentatie in *Haas* en *Gross* (zie resp. noot 103 en 32) nog dringender is geworden, vgl. Black 2012.



DEEL 1 MORELE GRONDSLAGEN VAN HET GEZONDHEIDSRECHT: DE ERFENIS VAN LEENEN

lijkse betekenis van het woord als hulp moeten worden beschouwd er één moet worden toegevoegd. Hulp door intimi moet straffeloos zijn als de betrokkenen genoegzaam kunnen aantonen dat de persoon die zijn leven heeft beëindigd dat geheel uit vrije wil en weloverwogen heeft gedaan en daarbij tot het eind toe de uiteindelijke regie heeft gevoerd.¹⁷⁴

In vergelijking met het voorstel om dat ‘knellende’ art. 294 lid 2 WvS maar helemaal af te schaffen zou deze uitleg van het artikel het grote voordeel hebben dat de bescherming tegen misbruik die het wettelijk verbod biedt intact blijft, misschien zelfs versterkt wordt.¹⁷⁵ In de huidige Nederlandse discussie over ‘vrijwillig leven’ lijken de gevaren van misbruik die de Hoge Raad in het Schoonheim-arrest nog “evident en van algemene bekendheid” noemde in toenemende mate uit het oog verloren te worden, met als enige uitzondering het gevaar dat medicijnen in verkeerde handen vallen.¹⁷⁶ Dit terwijl er steeds meer lasten op de schouders van mantelzorgers worden gelegd, waardoor die gevaren alleen maar toenemen. Voorstanders van afschaffing van het artikel voeren aan dat alle vormen van misbruik ook onder andere delictsomschrijvingen uit het WvS vallen, maar daarbij ligt de bewijslast bij het OM, terwijl het noodzakelijke onderzoek uit de aard der zaak moeilijk en delicaat is. Mijn voorstel geeft betrokkenen juist een motief om zich toetsbaar op te stellen.

Wat dan ook intact blijft is de bescherming die de huidige wettelijke regeling voor euthanasie en hulp bij zelfdoding door dokters biedt. Als het wettelijk verbod helemaal zou vervallen, zou het voor artsen in bijna alle gevallen een koud kunstje zijn om euthanasie te vervangen door hulp bij zelfdoding: je brengt de injectie-spuit aan, en de patiënt draait die open. Weg euthanasiewet, met zijn zorgvuldigheidseisen, zijn verplichte consultatie vooraf en verplichte toetsing achteraf. De NVVE die al die eisen maar betuttelend vindt zou dat misschien niet betreuren. Maar het lijkt me te verkiezen beide kwesties, hulp bij zelfdoding door naasten en de zin van de euthanasiewet, op hun eigen mérites te beoordelen.

174 Het lijkt me niet wenselijk te specificeren hoe zij aan deze bewijslast kunnen voldoen, door de beschikbaarheid van getuigen (met inbegrip van artsen en andere hulpverleners), video-opnamen of hoe dan ook.

175 Lewis 2011 betoogt dat de sinds 2009 in Engeland geldende regels voor de vervolging van hulp bij zelfdoding, zowel te weinig bescherming tegen misbruik bieden, als te weinig rechtszekerheid als van misbruik geen sprake is. Ook de Nederlandse situatie kan mogelijk op beide punten nog verbeterd worden.

176 Zie noot 145. Uit de tweede evaluatie van de Nederlandse euthanasiewet, Van der Heide e.a. 2012, blijkt dat 29% van de artsen die ooit euthanasie hebben uitgevoerd wel eens signalen hebben gezien van een ongewenste druk van de familie op de patiënt.



6.4 De moraal

In mijn bespreking van deze actuele kwestie heb ik willen laten zien dat het, als grondrechten in het geding zijn, in het algemeen niet volstaat om naar een rechtsregel te verwijzen en die naar de natuurlijke betekenis van zijn bewoordingen op te vatten. Een rechtstoepassing die daarmee volstaat dreigt haar legitimiteit te verspelen. Een meer principiële beschouwing van de relevante grondrechten en overige rechtsbeginselen is dan geboden, tenzij de rechter daarmee zou vooruitlopen op democratische besluitvorming over controversiële ethische kwesties. Dit kan er toe leiden aan de uitleg van een rechtsregel een inperking, of juist een uitbreiding te geven. Het rechtsbeginsel dat daarbij wordt ingeroepen krijgt dan de strekking van een 'tegenbeginsel'.¹⁷⁷

In de tweede plaats heb ik willen laten zien dat de grondrechten die in dit geval van belang zijn weliswaar ook andere dimensies hebben, maar zeker ook invulling geven aan het zelfbeschikkingsrecht. We zagen al eerder dat het recht op leven, om nog eens Hohfelds termen te gebruiken, niet alleen de vrijheid inhoudt om het eigen leven te beëindigen maar ook de bevoegdheid om anderen te verplichten bij de uitvoering van dat besluit niet tussenbeide te komen. We zien nu dat uit het recht op een privéleven daarnaast nog de bevoegdheid voortvloeit om intimi de vrijheid te geven daarbij behulpzaam te zijn, een vrijheid die niet verder ingeperkt mag worden dan nodig is om misbruik te voorkomen. Dat laatste betekent dat het zelfbeschikkingsrecht meer is dan alleen een schild- of afweerrecht, zoals veel auteurs ons hebben willen doen geloven.¹⁷⁸

Als ik een lijstje moest maken van de rechtsbeginselen die voor het gezondheidsrecht van bijzonder belang zijn zou ik daar de volgende beginselen op zetten. (1) Niet schaden. (2) Zorg voor fundamentele belangen, waaronder het belang bij gezondheid.¹⁷⁹ (3) Rechtvaardige toedeling van de lasten van de gezondheidszorg: fairness, reciprociteit, solidariteit. (4) Erkenning van gelijke waardigheid. (5) Het zelfbeschikkingsrecht.

177 Leyten 1991.

178 Zie voetnoot 3, voorts Van Beers 2009, hfdst. 3.1.

179 Een andere hoofdstelling van Leenen was dat de gezondheidszorg zich uitsluitend moest richten op medische doelen en de beoordeling van de effecten daarvan voor de kwaliteit van het leven van patiënten aan henzelf moest overlaten. Die stelling is vanuit de medische ethiek vanaf het begin aan kritiek onderworpen.



DEEL 1 MORELE GRONDSLAGEN VAN HET GEZONDHEIDSRECHT: DE ERFENIS VAN LEENEN

Dat laatste beginsel kan niet van het lijstje afgevoerd worden. Dat inzicht is de blijvende erfenis van Leenen.¹⁸⁰



180 Dit lijstje komt overeen met de bekende *Georgetown mantra* van Beauchamp & Childress 2012, met waardigheid als toevoeging. Beauchamp & Childress beschouwen menselijke waardigheid als “an unclear notion that moral theory has done little to clarify”. Ook Leenen, Gevers & Legemaate 2011, hfdst. 3.2 geven een soortgelijk lijstje, maar dan met (1) en (2) samengenomen als ‘beschermingsbeginsel’, ‘gelijkheid’ in plaats van ‘rechtvaardigheid’ (vgl. noot 81) en waardigheid als grondslag van de andere drie, vgl. ook Hendriks 2005.



Literatuurlijst

Akerboom e.a. 2011

C.P.M. Akerboom, J.C.J. Dute, J.K.M. Gevers e.a. *Thematische Wetsevaluatie Wils-
onbekwaamheid en Vertegenwoordiging*. Den Haag: ZonMw 2011.

Alexander & Sherwin 2001

Larry Alexander & Emily Sherwin. *The Rule of Rules*. Durham NC: Duke Univer-
sity Press 2001.

Anderson 1993

Elisabeth Anderson. *Value in Ethics and Economics*. Cambridge Mass.: Harvard
University Press 1993.

Athanassoulis 2002

N. Athanassoulis, 'The Role of Consent in Sado-Masochistic Practices'. *Res Publica*
2002, p. 141-155.

Van Beers 2009

B.C. van Beers. *Persoon en lichaam in het recht. Menselijke waardigheid en zelfbeschik-
king in het tijdperk van de medische biotechnologie*. Diss. VU. Boom Juridische Uitge-
vers 2009.

Beauchamp & Childress 2012

T.L. Beauchamp & J.F. Childress. *Principles of Biomedical Ethics*. Oxford: Oxford
University Press 2012, seventh edition.

Bentham 1970

Jeremy Bentham. *Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, second edi-
tion (1823). J.H. Burns & H.L.A. Hart (eds.), London: The Athlone Press 1970.

Beyleveld & Brownsword 2001

Deryck Beyleveld, Roger Brownsword, *Human Dignity in Bioethics and Biolaw*.
Oxford: Oxford University Press 2001.

Birnbacher 1995

Dieter Birnbacher. *Tun und Unterlassen*. Stuttgart: Philip Reclam jun. 1995.

Bratman 1987

Michael E. Bratman. *Intention, Plans, and Practical Reason*. Cambridge Mass.: Har-
vard University Press.

Bratman 1999

Michael E. Bratman. *Faces of Intention: Selected essays on intention and agency*. Cam-
bridge: Cambridge University Press 1999.

Brems & Vrielink 2010

Eva Brems & Jogchum Vrielink. *Menselijke waardigheid in de Nederlandse grondwet?
Voorstudie ten behoeve van de Staatscommissie 2009*. Kluwer 2010.



DEEL 1 MORELE GRONDSLAGEN VAN HET GEZONDHEIDSRECHT: DE ERFENIS VAN LEENEN

Van der Burg & Oevermans 1994

W. van der Burg & H. Oevermans, 'Grondrechten in het gezondheidsrecht', in: W. van der Burg & P. Ippel. *De Siamese tweeling. Recht en moraal in de biomedische praktijk*. Assen: Van Gorcum 1994, p. 187-201.

Buysen 2010a

M.A.J.M. Buysen, 'Autonomie en rechtvaardigheid in de gezondheidszorg'. *Pro Vita Humana* 2010, 12-17.

Buysen 2010b

M.A.J.M. Buysen, 'Inleiding (gezondheids)recht'. In: H.E.G.M. Hermans & M.A.J.M. Buijsen. *Recht en gezondheidszorg. Leerboek voor universitair en hoger beroepsonderwijs en managementopleidingen*. Amsterdam: Elsevier 2010, 2e druk, p. 22-57.

Cassell 1991

Eric J. Cassell. *The Nature of Suffering and the Goals of Medicine*. New York: Oxford University Press 1991 sec. ed. 2003.

Chabot 2010

Boudewijn Chabot, samen met Stella Braam. *Een waardig levenseinde in eigen hand*. Amsterdam: Nijgh & Van Ditmar 2010.

Chiesa 2011

Luis E. Chiesa, 'Consent is Not a Defense to Battery: A Reply to Professor Bergelson'. *Ohio State Journal of Criminal Law* 2011, p. 195- 208.

Christman & Anderson 2005

J. Christman & J. Anderson (eds), *Autonomy and the Challenges to Liberalism: New Essays*, New York: Cambridge University Press 2005.

Dancy 2005

Jonathan Dancy, 'Should we pass the buck?' In: Toni Rønnow-Rasmussen & Michael J. Zimmerman (eds.), *Recent Work on Intrinsic Value*. Springer 2005, p. 33-44.

Darwall 2002

Stephen Darwall, *Welfare and rational care*. Princeton and Oxford: Princeton University Press. 2002.

Dute 2013

J.C.J.Dute. *De vrijblijvendheid voorbij: over het recht op preventie*. Inaugurele rede Radboud Universiteit Nijmegen 2013.

Dute & Ploem 2013

J.C.J. Dute & M.C. Ploem, 'Medisch beroepsgeheim en familieleden'. *Tijdschrift voor Gezondheidsrecht* 2013, p. 729-739.



- Düwell 2008
 Marcus Düwell. *Bioethik: Methoden, Theorien und Bereiche*. Stuttgart/Weimar: Verlag J.B. Metzler 2008.
- Dworkin 1984
 Ronald Dworkin, 'Rights as Trumps'. In: J Waldron (ed), *Theories of Rights*. Oxford: Oxford University Press 1984.
- De Dijn 2013
 Herman de Dijn, 'Nadenken over menselijke waardigheid'. *Algemeen Nederlands Tijdschrift voor Wijsbegeerte* 2013, p. 252-267.
- Engberts 1997
 D.P. Engberts. *Met Permissie. Morele argumentaties inzake het toestemmingsbeginsel bij de totstandkoming van de Wet Geneeskundige Behandelings-Overeenkomst*. Diss. Leiden. Deventer: Kluwer 1997.
- Engberts 2013a
 D.P. Engberts & L.E. Kalkman-Bogerd red. *Leerboek Gezondheidsrecht*. Houten: Bohn, Stafleu, van Loghum 2013, 3^e druk.
- Engberts 2013b
 D.P. Engberts, 'Het Liefdehuis-arrest na honderd jaar herinnerd. Kanttekeningen bij de opmaat tot een fameus arrest van de Hoge Raad'. *Tijdschrift voor Gezondheidsrecht* 2013, p. 720-728.
- De Fauwe 2011
 Loes de Fauwe, 'Interview met Dick Swaab'. In: Jit Peters, Eugène Sutorius e.a. *Uit Vrije Wil: Waardig sterven op hoge leeftijd*. Amsterdam: Boom 2011, p. 85-88.
- Feinberg 1970
 Joel Feinberg, 'The Nature and Value of Rights'. *The Journal of Value Inquiry* 1970, p. 243-257.
- Feinberg 1973
 Joel Feinberg. *Social Philosophy*. Englewood Cliffs N.J.: Prentice Hall 1973.
- Feinberg 1985
 Joel Feinberg. *The Moral Limits of the Criminal Law, vol II: Offense to Others*. Oxford: Oxford University Press 1985.
- Feinberg 1986
 Joel Feinberg. *The Moral Limits of the Criminal Law, vol III: Harm to Self*. New York/Oxford: Oxford University Press 1986.
- Frankfurt 1988
 Harry Frankfurt. *The Importance of What We Care About*. Cambridge: Cambridge University Press 1988.
- Gans 1992
 Chaim Gans. *Philosophical Anarchism and Political Disobedience*. New York: Cambridge Univ. Press 1992.

DEEL 1 MORELE GRONDSLAGEN VAN HET GEZONDHEIDSRECHT: DE ERFENIS VAN LEENEN

Gevers 2010

J.K.M. Gevers, 'Gezondheidsrecht: ontwikkelingen en reflecties'. Henk Leenen-
lezing 2010. *Tijdschrift voor Gezondheidsrecht* 2010, p. 363-371.

Glendon 2001

Mary Ann Glendon. *A World Made New*. New York: Random House 2001.

Gow 1949

J.L. Gow. The Defence of Volenti Non Fit Injuria. *Juridical Review* 1949, p. 37-62.

Griffin 2008

James Griffin. *On Human Rights*. Oxford/New York: Oxford University Press 2008.

Hart 1961

H.L.Hart. *The Concept of Law*. Oxford: Clarendon Press 1961.

Hart 1982

H.L.A. Hart, 'Legal Rights'. In: *Essays on Bentham, Jurisprudence and Political Theory*.
Oxford: Clarendon Press 1982, ch. 7.

Den Hartogh 1996

Govert den Hartogh, 'Recht op de dood?' *Recht en Kritiek* 1996, p. 148-168..

Den Hartogh 2000

Govert den Hartogh, 'Slotbeschouwing'. In: Frank Kortmann & Govert den Har-
togh red., *Weldoen op Contract, Over Ethiek en Psychiatrie*. Van Gorcum: Assen 2000,
p. 134-155.

Den Hartogh 2002

Govert den Hartogh. *Mutual Expectations: A Conventionalist Theory of Law*. The
Hague: Kluwer 2002.

Den Hartogh 2004a

Govert den Hartogh, 'Waarom behoren rechtsbeginselen tot het recht?' In: E.T.
Feteris, H. Kloosterhuis, H.J. Plug & J.A. Pontier, red., *In het Licht van Deze Over-
wegingen*. Nijmegen: Ars Aequi Libri 2004, p. 17-30.

Den Hartogh 2004b

Govert den Hartogh, 'Hongerstaking als moreel judo'. In: E.H. Hulst red. *Voeding
ongewenst*. European Centre for Advanced Legal Studies in Health Care. 2004,
p. 79-90.

Den Hartogh 2004c

Govert den Hartogh, 'The authority of intention'. *Ethics* 2004, p. 6-34.

Den Hartogh 2006

Govert den Hartogh, 'Palliatieve sedatie en euthanasie. Commentaar op een richt-
lijn'. *Tijdschrift voor Gezondheidsrecht* 2006, p. 109-119.

Den Hartogh 2010

Govert den Hartogh, 'Een variabele standaard van wilsbekwaamheid?' In: A.C. Hendriks, J.H. Hubben, J. Legemaate & B. Sluijters red., *Grondrechten in de Gezondheidszorg, Liber Amicorum voor prof. mr. J.K.M. Gevers*. Houten: Bohn, Stafleu, van Loghum 2010, p. 113-122.

Den Hartogh 2012

Govert den Hartogh, 'The Regulation of Euthanasia: How successful is the Dutch System?'

In: Stuart J. Youngner & Gerrit K. Kimsma eds. *Physician-Assisted Death in Perspective: Assessing the Dutch Experience*. Cambridge: Cambridge University Press 2012, p. 351-391.

Den Hartogh 2013a

Govert den Hartogh, 'The Political Obligation to Donate Organs'. *Ratio Juris*. 2013, 378-403.

Den Hartogh 2013b

Govert den Hartogh, 'Is Consent of the Donor Enough to Justify the Removal of Living Organs?' *Cambridge Quarterly of Health Care Ethics* 2013, p. 45-54.

Den Hartogh 2014

Govert den Hartogh, 'Is Human Dignity the Ground of Human Rights?' In: Marcus Düwell, Jens Braarvig, Roger Brownsword & Dietmar Mieth eds. *Cambridge Handbook on Human Dignity*. Cambridge: Cambridge University Press 2014.

Van der Heide e.a. 2012

Agnes van der Heide, Johan Legemaate, Bregje Onwuteaka-Philipsen e.a. *Tweede evaluatie Wet Toetsing levensbeëindiging op verzoek en hulp bij zelfdoding*. Haag: ZonMw 2012.

Hendriks e.a. 2000

Aart Hendriks & Werkgroep WGBO en Bedrijfsarts. *WGBO en bedrijfsarts : advies uitgebracht aan de besturen van de Vereniging voor Gezondheidsrecht en de Nederlandse Vereniging voor Arbeids- en Bedrijfsgeneeskunde*. 2000.

Hendriks 2005

A.C. Hendriks. *In Beginsel: de gezondheidsrechtelijke beginselen uitgediept*. Inaugurale rede Universiteit Leiden 2005.

Hendriks, Frederiks & Verkerk 2008

A.C. Hendriks, B.J.M. Frederiks & M.A. Verkerk, 'Het recht op autonomie in samenhang met goede zorg bezien'. *Tijdschrift voor Gezondheidsrecht* 2008, 2-18.

Hendriks 2009

A.C. Hendriks. *De betekenis van het EVRM voor het gezondheidsrecht*. In: *Gezondheidszorg en Europees Recht, Preadvies Vereniging voor Gezondheidsrecht*. Den Haag: SDU Uitgevers 2009.



DEEL 1 MORELE GRONDSLAGEN VAN HET GEZONDHEIDSRECHT: DE ERFENIS VAN LEENEN

Hendriks & Kaulingfreks 2011

Aart Hendriks & Ruud Kaulingsfreks, *Wat is waardigheid? Een briefwisseling tussen een jurist en een filosoof*. Den Haag: ZonMw 2011.

Hendriks, Friele, Legemaate & Widdershoven 2013

A.C. Hendriks, R.D. Friele, J. Legemaate, G.A.M. Widdershoven. *Thematische Wetsevaluatie Zelfbeschikking in de Zorg*. Den Haag: ZonMw 2013.

Hermans 2004

Herbert E.G.M. Hermans, 'Hongerstaking en dwangvoeding: op het grensvlak van het gezondheidsrecht en het penitentiair recht'. In: E.H. Hulst red. *Voeding ongewenst*. European Centre for Advanced Legal Studies in Health Care. 2004, p. 39-58.

Hohfeld 2019

Wesley Hohfeld. *Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning*. New Haven: Yale University Press 1919.

Jansen & Sulmasy 2002

L.A. Jansen & D.P. Sulmasy, 'Proportionality, terminal suffering and the restorative goals of medicine'. *Theoretical Medicine and Bioethics* 2002, p. 321-337.

Kagan 1991

Shelly Kagan. *The Limits of Morality*. Oxford: Oxford University Press 1991.

Kant 1997

Immanuel Kant. *Lectures on Ethics*. Translated by Peter Heath, ed. Peter Heath & J.B. Schneewind. Cambridge: Cambridge University Press 1997.

Kleinig 1979

J. Kleinig, 'Consent as a Defence in Criminal Law'. *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*. 1979, p. 329-345.

Klosko 2005

George Klosko. *Political Obligations*. Oxford: Oxford University Press 2005.

KNMG 2014

KNMG en V&VN concepthandreiking. *Zorg voor mensen die bewust afzien van eten en drinken om het levenseinde te bespoedigen*. 8 januari 2014.
www.venvn.nl/LinkClick.aspx?fileticket=DZN2W_cOG90%3D&tabid=1454

Korsgaard 1996

Christine M. Korsgaard, *Creating the Kingdom of Ends*. Cambridge: Cambridge University Press 1996.

Korsgaard 2004

Christine M. Korsgaard 'Fellow Creatures: Kantian Ethics and Our Duties to Animals.' In: Grethe B. Peterson (ed.), *The Tanner Lectures on Human Values*. Salt Lake City: The University of Utah Press, Volume 25/26; zie: www.TannerLectures.utah.edu.



Lagerspetz 1995

Eerik Lagerspetz. *The Opposite Mirrors*. Dordrecht: Kluwer 1995.

Legemaate 2004

J. Legemaate, 'Het zelfbeschikkingsrecht: een oud debat in nieuw licht'. *Tijdschrift voor Gezondheidsrecht* 2004, p. 11-13.

Legemaate 2011

J. Legemaate. *Wikken en wegen. Gezondheidsrecht in beweging*. Inaugurele rede UvA. Amsterdam: Vossiuspers 2011.

Leenen 1978

H.J.J. Leenen. *Rechten van mensen in de gezondheidszorg: een gezondheidsrechtelijke studie*. Alphen a.d. Rijn/Brussel 1978.

Leenen 1994

H.J.J. Leenen. *Handboek Gezondheidsrecht, deel I: Rechten van mensen in de gezondheidszorg*. Alphen a.d. Rijn: Samsom/Tjeenk Willink 1994, derde druk.

Leenen & Gevers 2000

H.J.J. Leenen & J.K.M. Gevers. *Handboek Gezondheidsrecht, deel I: Rechten van mensen in de gezondheidszorg*. Houten/Diegem: Bohn, Stafleu Van Loghum 2000.

Leenen, Gevers & Legemaate 2011

H.J.J. Leenen, J.K.M. Gevers & J. Legemaate. *Handboek Gezondheidsrecht, deel I: Rechten van mensen in de gezondheidszorg*. Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2011.

Lewis 2011

Penny Lewis, 'Informal legal change on assisted suicide: the policy for prosecutors'. *Legal Studies* 2011, p. 119-134.

Leyten 1991

J.C.M. Leyten, 'Beginsel en Tegenbeginsel in het recht.' *Ars Aequi* 1991, p. 723-729.

Locke 1988

John Locke. *Two Treatises of Government*. Peter Laslett ed. Cambridge etc.: Cambridge University Press 1988.

Luban 2009

David Luban, 'Human Dignity, Humiliation and Torture'. *Kennedy Institute of Ethics Journal* 2009, p. 211-230.

Lyons 1969

David Lyons. 'Rights, Claimants and Beneficiaries' *American Philosophical Quarterly* 1969, 173-185.

Mackenzie & Stoljar 2000

C. Mackenzie & N. Stoljar (eds.). *Relational Autonomy: Feminist Perspectives on Autonomy, Agency, and the Social Self*. Oxford: Oxford University Press 2000.

DEEL 1 MORELE GRONDSLAGEN VAN HET GEZONDHEIDSRECHT: DE ERFENIS VAN LEENEN

Macklin 2003

Ruth Macklin, 'Dignity is a useless concept'. *British Medical Journal* 2003, p. 1419-1420.

Maunz-Dürig 2013

Theodor Maunz, Günther Dürig, *Kommentar zum Grundgesetz*. Verlag Beck, 69 Auflage 2013. (1^e druk 1958)

McMahan 2002

Jeffrey McMahan. *The Ethics of Killing: Problems at the Margins of Life*. Oxford: Oxford University Press 2002.

Mill 1965

John Stuart Mill. *Principles of Political Economy*. J. M. Robson ed. Toronto: University of Toronto Press 1965.

Mokrosinska 2012

Dorota Mokrosinska. *Rethinking Political Obligation: Moral Principles, Communal Ties, Citizenship*. Palgrave Macmillan 2012.

Nordenfelt 2004

Lennart Nordenfelt, 'The varieties of dignity'. *Health Care Analysis*, 2004, p. 69-81

Nys 2007

Herman Nys, 'Euthanasie: de toekomst van het Belgische model'. *Tijdschrift voor Gezondheidsrecht* 2007, p. 199-203.

Pans 2006

Esther Pans. *De Normatieve Grondslagen van het Nederlandse Euthanasierecht*. Diss. VU. Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2006.

Perry 1989

Stephen Perry, 'Second Order Reasons, Uncertainty and Legal Theory'. *Southern California Law Review* 1989, p. 913-994.

Postema 2011

Gerald J. Postema. *Legal Philosophy in the Twentieth Century: the Common Law World. A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence Vol. 11*. Dordrecht etc.: Springer 2011.

Raz 1975

Joseph Raz. *Practical Reason and Norms*. Oxford: Oxford University Press 1975.

Raz 1979

Joseph Raz. *The Authority of Law*. Oxford: Clarendon Press 1979.

Raz 1986

Joseph Raz. *The Morality of Freedom*. Oxford: Oxford University Press 1986.

Raz 1994

Joseph Raz. *Ethics in the Public Domain: Essays in the Morality of Law and Politics*. Oxford: Oxford University Press 1994.

Rozemond 1998

Klaas Rozemond. *Strafvoorderlijke Rechtsvinding*. Diss. VU. Deventer: Gouda Quint 1998.

Rijkema 2001

Peter Rijkema. *Rechtensrecht: Over de rechtsvormende rol van de rechter in een democratische rechtsstaat*. Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2001.

Scanlon 1998

T.M. Scanlon, *What We Owe To Each Other*. Cambridge Mass.: Harvard University Press 1998.

Schauer 1991

Frederick Schauer, *Playing by the Rules: A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life*. Oxford: Oxford University Press 1991.

Schauer 1992

F. Schauer, 'The right to die as a case study in third-order decision making'. *Journal of Medicine and Philosophy* 17, p. 573-587.

Scholten 1974

Paul Scholten. *Algemeen Deel van Mr. C. Asser's Handleiding tot de Beoefening van het Nederlandse Burgerlijk Recht*. Zwolle: Tjeenk Willink, 3e druk, uitg. G.J. Scholten, 1974.

Schramme 2008

Thomas Schramme, 'Should We Prevent Non-Therapeutic Mutilation and Extreme Body Modification?' *Bioethics* 2008, p. 8-15.

Schulman 2008

Adam Schulman ed. *Human Dignity and Bioethics: Essays commissioned by the President's Council on Bioethics*. Washington DC: US Independent Agencies and Commissions, 2008.

Schultziner 2003

Doron Schultziner, 'Human dignity: functions and meanings'. *Global Jurist Topics* 2003, p. 1-21.

Sensen 2009

Oliver Sensen, 'Kant's Conception of Human Dignity'. *Kant-Studien* 2009, p. 309-331.

Shapiro 2002

Scott Shapiro, 'Authority'. In: Jules Coleman & Scott Shapiro eds., *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*. Oxford: Oxford University Press, 382-439.

Sluijters 1985.

B. Sluijters, *Geknipt Verband*. Inaugurele rede Universiteit Leiden. Deventer: Kluwer 1985.



DEEL 1 MORELE GRONDSLAGEN VAN HET GEZONDHEIDSRECHT: DE ERFENIS VAN LEENEN

Smits 2000

Jan M. Smits. *The Good Samaritan in European Private Law; On the Perils of Principles without a Programme and a Programme for the Future*. Inaugurele rede Maastricht 2000.

Stapel e.a. 2013

Marjolein Stapel e.a., 'Beroepsethos versus patiëntenautonomie binnen de plastisch-esthetische chirurgie'. *Filosofie & Praktijk* 2013, p. 25-40.

Stilz 2009

Stilz, Anna. *Liberal Loyalty: Freedom, Obligation, and the State*. Princeton: Princeton University Press 2009.

Suchomel 2010

J.-U. Suchomel. *Partielle Disponibilität der Würde des Menschen*, Berlin: Duncker & Humblot 2010.

Sulmasy 2008

Donald P. Sulmasy, 'Dignity and bioethics: History, theory, and selected applications'. In: Schulman 2008, p. 469-501.

Sulmasy 2013

Donald P. Sulmasy, 'The varieties of human dignity: a logical and conceptual analysis'. *Medical Health Care and Philosophy* 2013, p. 937-944.

Sunstein 1996

Cass R. Sunstein. *Legal Reasoning and Political Conflict*. Oxford: Oxford University Press 1996.

Sussman 2005

David Sussman, 'What's wrong with torture?' *Philosophy and Public Affairs* 2005, p. 1-33.

Tjong Tjin Tai 2012

T.F.E. Tjong Tjin Tai, 'Solidariteit in het privaatrecht'. *Weekblad voor privaatrecht, notariaat en registratie* 2012, p. 539-546.

Velleman 1992

J. David Velleman, 'Against the Right to Die'. *Journal of Medicine and Philosophy* 1992, p. 665-681. Revised version (2007) available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1006992>.

Velleman 1999

J. David Velleman, 'A Right of Self-Termination?' *Ethics* 1999, p. 606-628.

Velleman 2006

J. David Velleman. *Self to Self: Selected Essays*. Cambridge: Cambridge University Press 2006.

Velleman 2008a

J. David Velleman, 'Beyond Price'. *Ethics* 2008, p. 191-212.



Vermeulen 1998

B.P. Vermeulen, 'Freedom from torture and other inhuman or degrading treatment or punishment (Article 3)'. In: P. van Dijk & M.G.J.H. van Hoof (eds.), *The European Convention in Theory and Practice*. Deventer: Kluwer Law International, p. 309-334.

Vezzoni 2005

Cristiano Vezzoni. *The legal status and social practice of treatment directives in the Netherlands*. Diss. RU Groningen 2005.

Vink 2013

Ton Vink. *Zelfeuthanasie: een zelfbezorgde goede dood onder eigen regie*. Budel: Damon 2013.

Visser 't Hooft 1986

H. Ph. Visser 't Hooft, 'De doolhof van het zelfbeschikkingsrecht'. In: J. Ter Berge, G.J.H. van Hoof, A Ph. Jaspers en A.H.J. Zwart red., *Recht als norm en aspiratie. Opstellen over recht en samenleving ter gelegenheid van het 350-jarig bestaan van de Utrechtse Juridische Faculteit*. Nijmegen: Ars Aequi 1986, p. 379-397.

Walton 2010

C. Walton (ed.), *Charlesworth & Percy on Negligence*, 12th ed. London: Sweet & Maxwell 2010.

Weyers 2004

Heleen Weyers. *Euthanasie: het proces van rechtsverandering*. Diss RU Groningen (2002). Amsterdam University Press 2004.

Wilkinson 2011

T.M. Wilkinson. *Ethics and the Acquisition of Organs*. Oxford: Oxford University Press, 2011.

Williams 1981

Bernard Williams, 'Persons, Character, and Morality'. In: *Moral Luck*. Cambridge: Cambridge University Press 1981.

Wood 1999

Allen W. Wood. *Kant's Ethical Thought*. Cambridge: Cambridge University Press 1999.

Wijsbek 2012

Henri Wijsbek, 'The subjectivity of suffering and the normativity of unbearable-ness'. In: Stuart J. Youngner, Gerrit K. Kimsma eds. *Physician-Assisted Death in Perspective: Assessing the Dutch Experience*. Cambridge University Press 2012.

Wijsbek, ongepubl.

Henri Wijsbek. *Het recht op leven en het recht te doden*. Nog te publiceren.





Deel 2

Morele en immorele religieus gelegitimeerde praktijken in het gezondheidsrecht¹

Prof. dr. P.B. Cliteur²



-
- 1 Ik wil Aart Hendriks, Jasper Doomen, Jogchum Vrielink, Tom Herrenberg, Carla Zoethout en Mirjam van Schaik danken voor commentaar op dit preadvies. Voor de hierin ingenomen standpunten ben ik natuurlijk zelf verantwoordelijk.
 - 2 Paul Cliteur is hoogleraar Encyclopedie van de rechtswetenschap aan de Universiteit van Leiden.







1 Inleiding

Dit deel van het preadvies voor de Vereniging voor Gezondheidsrecht is gewijd aan 'Morele en immorele religieus gelegitimeerde praktijken in het gezondheidsrecht'.

Die titel behoeft enige verduidelijking. Laat ik beginnen met het voor u meest vertrouwde onderdeel: het gezondheidsrecht. Ik zal het niet hebben over het burgerlijk recht dat zich richt op de verhouding patiënt en hulpverlener. Dit preadvies zal voornamelijk gaan over het gezondheidsrecht, zoals dat sterk gelieerd is aan het publiekrecht en aan de medische ethiek. Zoals bekend zijn er allerlei regels opgesteld rond het afbreken van zwangerschap, de toetsing van levensbeëindiging en verwante zaken.³ Wat mij altijd enorm gefascineerd heeft bij dit soort onderwerpen op het terrein van de ethiek en het gezondheidsrecht, is de spanning tussen twee soorten ethiek:

- (1) Een traditionele, op de religie gebaseerde ethiek en
- (2) Een individualistische modernistische ethiek die seculier van aard is.

Wat mij ook fascineert, is dat het lijkt alsof de tegenstelling tussen deze twee soorten van ethiek de laatste tijd *groter wordt*.

De individualistische, seculiere en modernistische ethiek is de ethiek die dominant is in het hedendaagse gezondheidsrecht sinds de jaren zestig en zeventig van de twintigste eeuw. Een centraal uitgangspunt is hier het individueel zelfbeschikkingsrecht of de persoonlijke autonomie. Het menselijk individu wordt gezien als de as waarom alles draait.

In de traditionalistische en religieuze ethiek ligt dat anders. Hier staat niet het menselijk individu centraal maar de hogere morele orde en rechtsorde die als geopenbaard wordt gezien.⁴

3 Inderdaad 'verwante zaken', waardoor het innemen van een standpunt over het ene onderwerp nauw gelieerd is aan een standpunt over het andere onderwerp. Een integrale benadering van dit soort onderwerpen, zoals deze gebruikelijk is in de praktische ethiek, ligt dan ook voor de hand. Zie daarover: Norman, Richard, *Ethics, Killing and War*, Cambridge University Press, Cambridge 1995; Rachels, James, *The End of Life: Euthanasia and Morality*, Oxford University Press, Oxford etc. 1986; Singer, Peter, *The President of Good and Evil: Taking George W. Bush seriously*, Granta Books, Londen 2004.

4 Zie: 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; Verhofstadt, Dirk, *Atheïsme als basis voor de moraal*, Houtekiet, Antwerpen 2013, p. 37, p. 63 ff.; Ellian, Afshin, 'Op de grens van vrijheid: ketterij in de vrije samenleving', in: Afshin Ellian, Gelijk Molier, Tom Zwart, eds., *Mag ik dit zeggen? Beschouwingen over de vrijheid van meningsuiting*, Boom Juridische Uitgevers, Den Haag 2011, pp. 117-139, p. 102.





DEEL 2 MORELE EN IMMORELE RELIGIEUS GELEGITIMEERDE PRAKTIJKEN IN HET GEZONDHEIDSRECHT

Ik geef een voorbeeld om de gedachten te bepalen. In Genesis 17:9-13 en Leviticus 12:1-3⁵ wordt de basis gelegd voor een religieus gelegitimeerde praktijk waaraan ik in dit preadvies aandacht wil schenken, namelijk de besnijdenis van jongens (of beter: mannelijke baby's). In Genesis wordt deze praktijk geformuleerd als een opdracht die God geeft aan Abraham en waarin hij het verbond toelicht tussen de God van Israël en het volk van Abraham. God zegt:

“Tij moet je houden aan dit verbond met mij, evenals je nakomelingen, generatie na generatie. Dit is de verplichting die jullie op je moeten nemen: alle mannen en jongens moeten worden besneden. Jullie moeten je voorhuid laten verwijderen; dat zal het teken zijn van het verbond tussen mij en jullie. In elke generatie opnieuw moet iedereen van het mannelijk geslacht besneden worden wanneer hij acht dagen oud is. Dit geldt niet alleen voor wie tot je eigen volk behoort maar ook voor jullie slaven, of ze nu bij jullie geboren zijn of van vreemdelingen zijn gekocht; iedereen die bij jullie geboren is of door jullie is gekocht, moet worden besneden. Zo zal dit verbond met mij voorgoed zichtbaar zijn aan jullie lichaam. Een onbesnedene, een mannelijk persoon van wie de voorhuid niet verwijderd is, moet uit de gemeenschap gestoten worden, omdat hij het verbond verbroken heeft.”

Dit is de grondslag voor een praktijk die ook in de 21^{ste} eeuw op grote schaal wordt toegepast: het op religieuze grondslag besnijden van jongetjes of mannelijke baby's op de achtste dag na de geboorte.⁶ Dit is dus een religieus gelegitimeerde⁷ praktijk in de zin dat een bijbeltekst het voorschrijft.⁸ Vrijwel alle nieuwgeboren Joodse en mannelijke baby's in Israël, het Verenigd Koninkrijk en de Verenigde Staten worden in opdracht van de ouders besneden.⁹

5 Leviticus 12:1-3: 'De HEER zei tegen Mozes: 2 "Zeg tegen de Israëlieten: 'Wanneer een vrouw een kind baart en het is een jongen, blijft ze zeven dagen onrein; ze is dan op dezelfde manier onrein als tijdens haar menstruatie. 3 Op de achtste dag moet het kind besneden worden.'"

6 Besnijdenissen op medische indicatie zal ik in dit preadvies buiten beschouwing laten.

7 Waarmee ik natuurlijk niet bedoel dat het ook *moreel* gelegitimeerd is. Ik gebruik het woord 'gelegitimeerd' vanuit het perspectief van de religieus gelovige. Met dank aan Jogchum Vrielink die dit punt onder mijn aandacht bracht.

8 Genesis 17:9-13.

9 Zie: Wahedi, Sohail, 'De wederrechtelijkheid van jongensbesnijdenis', in: *Nederlands Juristenblad*, Afl. 44/45, 2012, pp. 3097-3105, p. 3099 die dit gegeven ontleent aan *Male circumcision: global trends and determinants of prevalence, safety and acceptability*, WHO/UNAIDS, Geneva 2007, p. 3. Over de hoeveelheid besnijdenissen zijn nogal wat tegenstrijdige onderzoeksgegevens beschikbaar. Ik zal daar niet veel aandacht aan geven, want het is voor de lijn van mijn betoog minder belangrijk. Ik concentreer mij op de ethische vraag naar de toelaatbaarheid van de praktijk, niet op de empirische kwestie hoeveel het voorkomt.





1 INLEIDING

De geopenbaarde tekst van Genesis 17:9-13 staat echter op gespannen voet met artikel 11 van de Nederlandse Grondwet dat bepaalt:

“Ieder heeft, behoudens bij of krachtens de wet te stellen beperkingen, recht op onaantastbaarheid van zijn lichaam.”¹⁰

In deze tekst uit de grondwet en dus uit het (seculiere) *recht* staat centraal de ‘onaantastbaarheid van het lichaam’. En dit vormt een contrast met de religieuze *verplichting* (althans als zodanig ervaren) van de ouders hun zonen te laten besnijden. Die religieuze verplichting van de ouders vloeit dan weer de Nederlandse seculiere rechtsorde binnen via het *recht* op godsdienstvrijheid van de ouders op basis van artikel 6 van de Nederlandse Grondwet dat ieder het recht geeft zijn godsdienst of levensovertuiging ‘individueel of in gemeenschap met anderen, vrij te belijden, behoudens ieders verantwoordelijkheid volgens de wet’.¹¹

De leidende gedachte van dit preadvies is dat het hier niet gaat om twee soorten ethiek die min of meer gescheiden naast elkaar kunnen co-existeren, maar dat de ene ethiek op essentiële punten vaak de tegenstrever is van de andere. Veel van de aanbevelingen die worden gedaan in de religieuze en traditionele ethiek zijn erop gericht de seculiere en individualistische ethiek te vernietigen (ik zeg het nu wat kras, maar zoals uit mijn voorbeelden zal blijken misschien niet té kras) of om daarvan de tekortkomingen te laten zien (ik formuleer het nu in een wat mildere vorm). En omgekeerd: een implementatie van de seculiere en op zelfbeschikking gerichte ethiek leidt tot allerlei spanningen met religieuze instituties: van het verbod op abortus en euthanasie tot het openbreken van het huwelijk als een instituut dat alleen voor heteroseksuele partners zou moeten bestaan.

De strijd tussen deze twee ethische stelsels manifesteert zich ook in de rechtspraak (voor juristen natuurlijk van primair belang). Het maakt voor de uitkomst van rechterlijke beslissingen enorm veel uit of bijvoorbeeld het Europees Hof voor de Rechten van de Mens in Straatsburg zich laat inspireren door de ethiek

10 Van den Berg vestigt de aandacht op de Joodse besnijder Herman Loonstein van de Federatie Joods Nederland die blijkens een eigen opgave in het bezit zou zijn van ‘1500 joodse voorhuidjes’. 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, p. 32.

11 Voor alle duidelijkheid: het gaat dus niet om het recht *van het kind* zich te laten besnijden op basis van religieuze overwegingen. Het gaat om het recht *van de ouders* hun kind te laten besnijden. Dit is een essentieel verschil dat nog een belangrijke rol zal spelen aan het eind van mijn preadvies. Het gaat erom of je de godsdienstvrijheid van persoon A kan inroepen om bij persoon B een ingreep te verrichten aan het lichaam die onherstelbaar is. Meer hierover in: Cliteur, Paul, ‘Criteria voor juridisch te beschermen godsdienst’, in: *Nederlands Juristenblad*, Afl. 44/45, 2012, pp. 3090-3096.





DEEL 2 MORELE EN IMMORELE RELIGIEUS GELEGITIMEERDE PRAKTIJKEN IN HET GEZONDHEIDSRECHT

van het individuele zelfbeschikkingsrecht dan wel door de ethiek die ten grondslag ligt aan de grote monotheïstische godsdiensten.

1.1 *Wat godsdienstvrijheid betekent voor een verbod op babybesnijdenis*

Mijn preadvies zal bestaan uit een poging om dat contrast tussen die traditionele en op religie gebaseerde ethiek en de individualistische, moderne en seculiere ethiek te belichten. Ik zal daarbij gebruik maken van twee voorbeelden. Allereerst voorbeelden die de 'geest' betreffen. In het eerste deel zal ik laten zien hoe de fundamentalistische religieuze ethiek op geestelijk terrein het primaat probeert te krijgen over de seculiere ethiek aan de hand van een reflectie op de vrijheid van gedachte, de vrijheid van geweten en de vrijheid van godsdienst. In het tweede deel zal ik voorbeelden behandelen die te maken hebben met de 'lichamelijke vrijheid' of 'lichamelijke integriteit'. Hier zal ik voorbeelden behandelen die te maken hebben met het conflict tussen de religieuze en de seculiere ethiek aan de hand van besnijdenis, meer in het bijzonder de jongensbesnijdenis. Volgens schattingen van de Wereldgezondheidsorganisatie is één op de drie mannen besneden (wat natuurlijk niet betekent dat ze allemaal om religieuze redenen besneden zijn).¹²

Dit preadvies is gewijd aan één stelling die zal worden uitgewerkt. Het eerste deel van die stelling heeft betrekking op mensenrechten in het algemeen, het tweede deel op een onderwerp dat te maken heeft met gezondheidsrecht, namelijk de religieus gemotiveerde praktijk om mannelijke baby's te besnijden. De algemene stelling is dat de vrijheid van gedachte, geweten en godsdienst essentieel voor het Europees mensenrechtenacquis is, maar dan met name: de vrijheid om van geloof te veranderen en je van het geloof af te keren.

In de religieuze ethiek heeft men daarmee moeite en één van de meest krasse manifestaties daarvan is het pasgeboren baby's in te lijven bij de religieuze gemeenschap op een manier die het moeilijk maakt later het geloof de rug toe te keren. Ik zal, met andere woorden, proberen babybesnijdenis te verstaan als een praktijk die apostasie moeilijker maakt.

Door het aanbrengen van fysieke merktekenen op het lichaam van nieuwe leden van de religieuze gemeenschap wil de gemeenschap eigenlijk claimen dat die nieuwe leden bij de groep horen en het moeilijker maken voor die nieuwe leden om ooit zich van deze gemeenschap af te keren. Dat streven strijdt echter met het recht om van godsdienst te veranderen of zelfs een elke godsdienst te verlaten. Het religieuze apostasieverbod en het gebod tot babybesnijdenis zijn dus nauw aan elkaar verwant. Maar beiden zijn in strijd met verlichte ethiek en met het modern mensenrechtenacquis. Eens zullen beide dus moeten verdwijnen, al kan men van mening verschillen hoe dat het beste kan gebeuren en wanneer.

12 Wahedi, *Ibid.*, p. 3099.





2 WAAROM DE SPANNING BELICHTEN?

2 Waarom de spanning belichten?

Voordat ik overga tot een behandeling van het recht op apostasie eerst nog wat opmerkingen over die tegenstelling tussen de twee soorten van ethiek die ik hierboven heb gecontrasteerd. Nu zou men zich de vraag kunnen stellen: waarom zou je willen aantonen dat de religieuze ethiek en de seculiere ethiek in een gespannen verhouding tot elkaar staan bij vragen rond de vrijheid van gedachte en de lichamelijke integriteit? Het is natuurlijk veel *prettiger* om te denken dat die spanningsverhouding er niet is.

Met dat woord 'prettiger' heb ik natuurlijk ook al een indicatie gegeven voor het antwoord op de vraag waarom men die spanningsverhouding zou moeten belichten. Het is *realistischer* ervan uit te gaan dat die spanning er wel degelijk is. Het belichten daarvan is meer in overeenstemming met hoe de werkelijkheid in elkaar zit. En het is altijd beter problemen eerlijk en open tegemoet te treden dan je ogen daarvoor te sluiten. Ik denk zelf dat het realistisch is van de tegenstelling tussen die twee soorten van ethiek uit te gaan en dat het construeren van die tegenstelling ons een groter begrip geeft van processen die spelen in de werkelijkheid.

Tegelijkertijd realiseer ik mij natuurlijk dat er velen zijn die deze tegenstelling niet 'zien'. Veel van onze 'disputen' gaan eigenlijk hierover: dat de ene persoon iets meent te zien en dat de ander het niet ziet of niet interessant genoeg acht. Waar de één een trend ziet, ziet de ander een incident. Waar de één vindt dat je moet optreden, denkt de ander dat je niet zo 'paniekerig' moet reageren.

Het woord 'paniek' is trouwens een interessant woord. Of liever: het is interessant te analyseren *wanneer het wordt gehanteerd*. De grote goegemeente is nooit 'in paniek'. Zij blijven vlees eten, hebben een zware ecologische voetprint, ze bekommeren zich niet om het milieu, niet om abortus, euthanasie, oorlog, leven en dood – zij zijn eigenlijk nooit 'in paniek'. Het enige waarvan zij misschien 'in paniek' raken is wanneer hun loonstrookje aan het eind van de maand niet klopt. Je mag het misschien ook een beetje op de spits drijven en zeggen: we zouden wat meer 'moreel in paniek' moeten geraken. Daar zou de wereld op vooruitgaan.

Misschien mag ik ter illustratie van de tegenstelling tussen de twee soorten ethiek beginnen met aan te knopen bij mijn persoonlijke ervaring. In de tijd waarin ik rechten en filosofie studeerde aan de Vrije Universiteit in Amsterdam (tussen 1978 en 1983) leek het alsof een seculiere, modernistische en individualistische ethiek dominant zou worden. Het was de tijd van de liberalisering van religie en theologie, de tijd van de protestantse Harry Kuitert¹³ en katholieke Huub Ooster-

13 Met talloze boeken, maar misschien als de belangrijkste: Kuitert, H.M., *'Dat moet ik van mijn geloof': Godsdienst als troublemaker in het publieke domein*, Uitgeverij Ten Have, Kampen 2008; Kuitert, H.M., *Aan god doen: Een vingerwijzing*, Ten Have, Baarn 1997; Kuitert, H.M., *Jezus: nalatenschap van het christendom: Schets voor een christologie*, Ten Have, Baarn 1998; Kuitert, H.M., *Zeker weten: Voor wie geen grond meer onder de voeten voelt*, Ten Have, Baarn 1994.





DEEL 2 MORELE EN IMMORELE RELIGIEUS GELEGITIMEERDE PRAKTIJKEN IN HET GEZONDHEIDSRECHT

huis.¹⁴ Je zou dat de tijd van het ‘harmoniedenken’ kunnen noemen. We dachten in die tijd dat de individualistische en seculiere ethiek van de mensenrechten en die van de wereldgodsdiensten naar elkaar toe zouden groeien en in zekere zin leverden Kuitert en Oosterhuis daaraan een bijdrage. Wij konden ons toen nog niet voorstellen dat het eind van de twintigste eeuw zou worden gekenmerkt door een spectaculaire herleving van allerlei vormen van religieus fundamentalisme die soms zelfs gewelddadige vormen aannemen.¹⁵ Maar dat is wel wat zich gemanifesteerd heeft en die ontwikkeling zal – denk ik – aan het gezondheidsrecht en aan de medische ethiek niet voorbij gaan. Het zou wel eens kunnen dat allerlei vanzelfsprekendheden zoals die in West-Europa gerealiseerd zijn de afgelopen decennia, zoals het huwelijk voor gelijkgeslachtelijke partners, de regeling van abortus en euthanasie en talloze andere zaken, opnieuw ter discussie zullen worden gesteld op grond een meer traditionele, op religie georiënteerde ethiek waarvan de modernisten hadden gedacht dat die zijn langste tijd zou hebben gehad.

Daar hoeft u overigens niet noodzakelijkerwijs ontevreden over te zijn. Je kunt er ook *tevreden* over zijn. Het is mogelijk dat je van mening bent dat een individualistische ethiek is ‘doorgeschoten’. Dat is trouwens het woord dat hier relevant is: ‘doorgeschoten’. Het individualisme is ‘doorgeschoten’. De preoccupatie met individuele mensenrechten is ‘doorgeschoten’. We zijn komen te leven in een tijd waarin het ‘individualisme’ oppermachtig is geworden. Dat is in feite wat tradi-

14 Zie: Bodelier, Ralf, ‘Daarom noem ik mij katholiek en atheïst’, in: *Civis Mundi*, 13 januari 2014, pp. 1-12, p. p. 9. Bodelier verbindt daaraan de consequentie dat hij zegt: ‘Homoseksualiteit, vrouwenemancipatie, samenwonen voor het huwelijk of abortus leiden nog maar zelden tot hoogoplopende discussies’. Bodelier is wat ik in een ander verband wel eens een ‘verlichtingsoptimist’ heb genoemd. Dat zijn intellectuelen die denken dat de hele wereld eruit ziet zoals Nederland in de jaren zeventig van de twintigste eeuw. Wat Bodelier miskent, naar mijn idee, is dat over alle onderwerpen die hij hier noemt enorme veldslagen worden gevoerd waarbij religieus fundamentalisten aanzienlijke successen boeken.

15 Zie daarover: Ruthven, Malise, *Fundamentalism: The Search for Meaning*, Oxford University Press, Oxford 2004; Weinberg, Leonard, and Pedahzur, Ami, *Religious Fundamentalism and Political Extremism*, Fark Cass, Londen, Portland 2004; Ali, Tariq, *The Clash of Fundamentalisms: Crusades, Jihads and Modernity*, Verso, Londen en New York 2002; Armstrong, Karen, *The Battle for God: Fundamentalism in Judaism, Christianity and Islam*, HarperCollins, Londen 2000; Domke, David, *God Willing? Political Fundamentalism in the White House, the ‘War on Terror’, and the Echoing Press*, Pluto Press, Londen, An Arbor 2004; Guiora, Amos N., *Freedom From Religion: Rights and National Security*, Terrorism and Global Justice Series, Oxford University Press, Oxford 2009; 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.





2 WAAROM DE SPANNING BELICHTEN?

tionalisten en communitaristen willen: het hedendaagse individualisme terugdringen.¹⁶

2.1 De discussie over de legitimiteit van het Hof in Straatsburg

Je kunt dat bijvoorbeeld heel duidelijk zien in de enorme discussie die nu is losgebarsten over de legitimiteit van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens in Straatsburg. Dat is een discussie die te maken heeft met de soevereiniteit van de staat en supranationalisme.¹⁷ Het heeft te maken met een teruglopende belangstelling voor wat men het 'Europese ideaal' zou kunnen noemen. Het is ook een discussie over wat de Amerikanen noemen het 'countermajoritarian dilemma': het dilemma dat een niet democratisch gelegitimeerd orgaan als de rechter, de producten van een democratisch gecontroleerd orgaan als de wetgever buiten toepassing kan laten.¹⁸ Natuurlijk kan die rechter dat alleen maar doen op

16 Dat is het standpunt van een (overigens interessante) auteur als: Sévillia, Jean, *Moralement correct: Recherche valeurs désempêrément*, Perrin, Parijs 2007; Sévillia, Jean, *Historiquement incorrect*, Fayard, Parijs 2001; Sévillia, Jean, *Historiquement Correct: Pour en finir avec le passé unique*, Perrin, Parijs 2003; Sévillia, Jean, *Le terrorisme intellectuel de 1945 à nos jours*, Perrin, Parijs 2004 (2000).

17 Deze discussie is in Nederland flink gestimuleerd door Thierry Baudet en Bastiaan Rijkkema. Zie: Baudet, Thierry, en Rijkkema, Bastiaan, 'Onderhandelen in het openbaar levert niets op', in: *NRC Handelsblad*, 19 december 2013; Rijkkema, Bastiaan, 'Niet nog meer mensenrechten s.v.p.', in: *Nederlands Dagblad*, 16 december 2013; Rijkkema, Bastiaan, 'Alsjeblieft niet nóg meer mensenrechten', in: *De Volkskrant*, 11 december 2013; Baudet, Thierry, en Rijkkema, Bastiaan, 'Wie laat zich nou de wet voorschrijven?', in: *NRC Handelsblad*, 30 november 2013. Ook de dissertatie van Baudet is aan dit onderwerp gewijd: Baudet, Thierry, *De aanval op de natiestaat*, Uitgeverij Bert Bakker, Amsterdam 2012 en artikelen in zijn essaybundel: Baudet, Thierry, *Oikofobie: de angst voor het eigene*, Uitgeverij Bert Bakker, Amsterdam 2013. Ook internationaal wordt de notie mensenrechten kritischer bejegend in e.g. Benoist, Alain de, *Beyond Human Rights: Defending Freedoms*, Arktos Media Ltd., United Kingdom 2011 en de met mensenrechten innig verbonden instituut van rechterlijke toetsing in: Waldron, Jeremy, 'The Core of the Case Against Judicial Review', in: *The Yale Law Journal*, 2006, pp. 1346-1406. Ook nationale soevereiniteit lijkt weer minder taboe dan tien jaar geleden. Zie: Soutphommasane, Tim, *The Virtuous Citizen: Patriotism in a Multicultural Society*, Cambridge University Press, Cambridge 2012.

18 Zie hierover: Scalia, Antonin, 'Modernity and the Constitution', in: Smith, E., ed., *Constitutional Justice under Old Constitutions*, Kluwer Law International, Den Haag, Londen, Boston 1995, pp. 313-318; Philipse, Herman, 'Antonin Scalia's Textualism in Philosophy, Theology and Judicial Interpretation of the Constitution', in: Arie-Jan Kwak, ed., *Holy Writ: Interpretation in Law and Religion*, Ashgate, Farnham/Burlington 2009, pp. 15-47. De Nederlandse discussie wordt behandeld in: Cliteur, P.B., e.a., *Constitutionele toetsing*, Met commentaar van R.A.V. van Haersolte, J.M. Polak en T. Zwart, Prof. mr. B.M. Teldersstichting, Den Haag 1991, full tekst: <https://openaccess.leidenuniv.nl/handle/1887/20059> en <https://openaccess.leidenuniv.nl/handle/1887/20061>





DEEL 2 MORELE EN IMMORELE RELIGIEUS GELEGITIMEERDE PRAKTIJEN IN HET GEZONDHEIDSRECHT

basis van wetten die hem daartoe bevoegd verklaren. En natuurlijk verklaart een rechter een wet alleen maar onverbindend op basis van strijdigheid met een andere wet en niet wegens strijdigheid met zijn persoonlijk gevoel. Maar omdat de wetten op basis waarvan een rechter een wet onverbindend verklaart vaak hele algemene beschrijvingen bevat (mensenrechten) geeft constitutionele toetsing toch een ruime discretionaire bevoegdheid aan de rechter.¹⁹ En dat staat op gespannen voet met het democratisch beginsel. Maar het is in vele gevallen ook een discussie, zo lijkt het, waarin twee soorten ethiek naar voren komen. Name-lijk, zoals eerder aangegeven:

1. de individualistische, modernistische en seculiere ethiek van de mensenrechten; en
2. een meer collectivistische, traditionalistische en religieuze ethiek zoals die wordt onderwezen door de wereldgodsdiensten.

Dát ligt er op de achtergrond in al die discussies over abortus, euthanasie en talloze anderen zaken, discussies die zo langzamerhand ook het Straatsburgse Hof bereiken en de naoorlogse consensus in West-Europa onder druk zetten. Het lijkt ook een discussie te zijn tussen het waardenpatroon van veel West-Europese landen (het 'oude Europa') en de nieuwe Europese landen aan de Oostzijde.²⁰ Tien jaar geleden was het mensenrechtenbedrijf betrekkelijk 'saai'. Er waren nauwelijks discussies over uitspraken van het Hof. Er was wel een zekere reflectie op constitutionele toetsing,²¹ maar het ter discussie stellen van het functioneren van de mensenrechtentraditie, verdragstoetsing en 'proliferatie van mensenrechten'



-
- 19 Een reden waarom sommigen daarover kritisch oordelen, zoals: Scalia, Antonin, 'Modernity and the Constitution', in: Smith, E., ed., *Constitutional Justice under Old Constitutions*, Kluwer Law International, Den Haag, Londen, Boston 1995, pp. 313-318; Scalia, Antonin, *A Matter of Interpretation. Federal Courts and the Law*, An Essay by Antonin Scalia with commentary by Amy Gutmann, Gordon S. Wood, Laurence H. Tribe, Mary Ann Glendon, Ronald Dworkin, Princeton University Press, Princeton, New Jersey 1997. Maar ook: 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.
- 20 Dit punt wordt gemaakt door: 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 en impliciet bevestigd door: Puppincck, Grégor, 'The Case of *Lautsi v. Italy*: A Synthesis', in: *Brigham Young University Law Review*, Issue 3 (2012), pp. 873-930.
- 21 Couwenberg, S.W., 'Liberale versus democratische rechtsstaat: achtergrond constitutionele toetsing', in: *Tijdschrift voor Openbaar Bestuur*, jrg. 16, nr. 7, 30 maart 1990, pp. 156-158; Cliteur, P.B., 'Argumenten voor en tegen constitutionele toetsing', in: *Nederlands Juristenblad*, Afl. 38, 1989, pp. 1369-1375.



2 WAAROM DE SPANNING BELICHTEN?

gebeurde nauwelijks.²² Tegenwoordig lijkt het wel alsof de wereld in brand staat bij elke nieuwe uitspraak van het Hof in Straatsburg. Hoe men dat precies moet verklaren is mij niet zo duidelijk, maar ik geloof wel dat we het als een feit kunnen onderkennen. Misschien kan men zeggen dat over vele ethische kwesties nog steeds een relatieve consensus kan worden onderkend, maar het lijkt mij een legitieme vraag hoe lang dat nog zal duren. Ik ga op één kwestie in die mij richtinggevend lijkt voor de toekomst: de Lautsi-zaak.

2.2 De kwestie Lautsi I en II

De tegenstelling tussen de twee soorten van ethiek kwam duidelijk naar voren in het debat dat ontstaan is over een kwestie die op het eerste gezicht een betrekkelijk onbetekenende inzet heeft: de vraag of in een openbare school kruisbeelden aan de muur van het klaslokaal mogen hangen. Ik zeg nadrukkelijk dat het hier om een *op het eerste gezicht* onbetekenende zaak gaat, want wie de zaak iets beter bekijkt ziet dat het in Lautsi I²³ en Lautsi II²⁴ om niet minder dan een confrontatie tussen twee stelsels van ethiek gaat.²⁵

22 Dat gebeurde wel in: Cliteur, Paul, 'Steeds maar nieuwe rechten. Over de schaduwzijden van een wijdverbreide praktijk', in: *Nederlands Tijdschrift voor Rechtsfilosofie en Rechtstheorie*, jrg. 29, afl. 1, 2000, pp. 20-32; *Ibid.*, 'De dreigende proliferatie van mensenrechten', in: Huls, N.J.H., red., *Grenzen aan mensenrechten*, Stichting NJCM-boekerij, Leiden 1995, pp. 7-33; *Ibid.*, '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. Maar dit was in een tijd dat de Britten zich nog weinig om verdragstoetsing leken te bekommeren. Dat zou veranderen na de aanname van de Human Rights Act en daarmee de doorwerking van het EVRM in de rechtsorde van het Verenigd Koninkrijk. Zie daarover Zoethout, Carla M., 'Rechten van de mens na vijftig jaar 'thuisgebracht'. Labours voorstel de Europese Conventie te incorporeren in het Britse rechtstelsel', in: *Nederlands Juristenblad*, Afl. 24, 1998, pp. 1067-1072 en Zoethout, Carla M., 'Margin of appreciation, violation and (in)compatibility: Why the ECtHR might consider using an alternative mode of adjudication', in: *European Public Law*, mei 2014 (forthcoming).

23 ECtHR, 'Lautsi v. Italy', 3 november 2009, No. 30814/06, 50, (Lautsi I).

24 ECtHR, 'Lautsi and others v. Italy', No. 30814/06, 54, 18 maart 2011 (Lautsi II).

25 Voor een selectie van standpunten, zie: Temperman, Jeroen, ed., *The Lautsi Papers: Multidisciplinary Reflections on Religious Symbols in the Public School Classroom*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, Boston 2012. En verder: Puppinck, Grégor, 'The Case of *Lautsi v. Italy*: A Synthesis', in: *Brigham Young University University Law Review*, Issue 3 (2012), pp. 873-930; Zoethout, Carla M., 'Religious Symbols in the Public School Classroom: A New Way to Tackle a Knotty Problem', in: *Religion and Human Rights*, Volume 6, 2011, pp. 285-290; 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.



DEEL 2 MORELE EN IMMORELE RELIGIEUS GELEGITIMEERDE PRAKTIJKEN IN HET GEZONDHEIDSRECHT

Het begon in 2009. Mevrouw Soile Lautsi, een Italiaans staatsburger van Finse afkomst, constateert dat in de klaslokalen waar haar kinderen Dataico en Sami Albertin les krijgen (twee zoons van respectievelijk elf en veertien jaar oud) een crucifix hangt. Dat is in strijd met haar niet-religieuze levensovertuiging, zegt zij en zij verzoekt²⁶ de school de kruisbeelden te verwijderen. De school weigert en er komt een zaak van voor het Europees Hof voor de Rechten van de Mens in Straatburg. Mevrouw Lautsi acht de kruisbeelden in de openbare school in strijd met: (1) de vrijheid van gedachte, geweten en godsdienst van haarzelf en van haar kinderen,²⁷ en (2) het recht om haar kinderen op te voeden in haar eigen levensovertuiging.²⁸ Zij wint haar zaak voor de gewone Kamer van het Hof in 2009. Maar dan komt een ongelooflijke lobby op gang die wel eens is aangeduid als de 'nieuwe oecumene'.²⁹ Conservatief-religieuze organisaties als het Vaticaan, de orthodox-Russische kerk, de Grieks-orthodoxe kerk en evangelische denktanks voeren effectief actie tegen wat zij zien als het doorgeslagen secularisme en in 2011 wordt de zaak beslist in het voordeel van de Italiaanse regering, die van mening was dat het de Italiaanse staat vrij staat de symbolen van een historisch invloedrijke religie als het Rooms-katholicisme prominent aanwezig te houden in het klaslokaal.

2.3 *Waarom Lautsi II het Europees mensenrechtenacquis schendt*

Het is een uitspraak die wat mij betreft haaks staat op het Europees mensenrechtenregime zoals dat sinds de Tweede Wereldoorlog tot ontwikkeling is gekomen. Daarin spelen de volgende uitgangspunten een rol:

- (1) het individuele recht van iedereen op vrijheid van gedachte, geweten, godsdienst en vrijheid van meningsuiting;³⁰

26 Meer precies is het haar man die dat verzoekt.

27 Lautsi I, para 27. Zie artikel 9, lid 1, EVRM: 'Everyone has the right to freedom of thought, conscience and religion (...)'.
 28 Lautsi I, para 27. Zie Article 2 of Protocol No. 1, dat stelt: 'No person shall be denied the right to education. In the exercise of any functions which it assumes in relation to education and to teaching, the State shall respect the right of parents to ensure such education and teaching in conformity with their won religious and philosophical convictions'.

29 De term is afkomstig van 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.

30 De eerste trits (gedachte, geweten en godsdienst) in artikel 9 EVRM. De vrijheid van expressie is ondergebracht in artikel 10: "1. Everyone has the right to freedom of expression. This right shall include freedom to hold opinions and to receive and impart information and ideas without interference by public authority and regardless of frontiers. This article shall not prevent States from requiring the licensing of broadcasting, television or cinema enterprises".





2 WAAROM DE SPANNING BELICHTEN?

- (2) dat individuele geweten omvat ook het recht om er geen enkele godsdienst op na te houden;³¹
- (3) de staat bevoordeelt geen enkele godsdienst en laat het aan het individu over om in deze kwestie zijn eigen vrije keuzes te maken.³²

Het lijkt in het licht van de drie bovengenoemde uitgangspunten uitgesloten dat de staat aan één godsdienst (in dit geval het Rooms-katholieke Christendom) het exclusief privilege verleent om zijn symbolen in de klas zichtbaar te maken. De Italiaanse wetgeving die dat voorschrijft lijkt dan ook in strijd met het Europese mensenrechtenperspectief.

Toch is dat niet de weg die door de Grote Kamer in 2011 wordt gekozen. De Grote Kamer acht het op historische gronden verworven recht van het Rooms-katholieke geloof niet iets dat geredresseerd behoeft te worden door het Hof.³³ Het Hof stelt ook dat een kruis een 'passief symbool' is waarvan geen indoctrinerende werking uitgaat en waaraan mevrouw Lautsi en haar kinderen geen aanstoot kunnen nemen.³⁴ Ook stelt het Hof dat over de kwestie van de religieuze tekenen in de klas in Europa geen consensus bestaat en dat we daaruit kunnen afleiden dat verschillende modellen toegelaten zijn.³⁵ Verder geeft het Hof een heel bijzondere uitleg aan de crucifix die deze *de facto* van zijn religieuze lading ontdoet. Het kruis zou een soort algemeen cultureel symbool zijn geworden voor de waarden achter de Italiaanse constitutie: democratie, rechtsstaat, mensenrechten, gelijke behandeling.



31 Zie artikel 9 EVRM, maar nu met cursivering toegevoegd: "1. Everyone has the right to freedom of thought, conscience and religion; this right *includes freedom to change his religion or belief* and freedom, either alone or in community with others and in public or private, and to manifest his religion or belief, in worship, teaching, practice and observance". Dit punt wordt uitvoerig besproken in Laes, Willy, *Mensenrechten in de Verenigde Naties: een verhaal over manipulatie, censuur en hypocrisie*, Garant, Antwerpen-Apeldoorn 2011.

32 Dit is wat in het Franse systeem bekend staat als de 'laïcité', zie daarover: Jaurès, Jean, 'L'enseignement laïque', Discours de Castres du 30 juillet 1904, in: *L'Humanité*, 1 augustus 1904, ook in: Jean Jaurès, *Laïcité et République sociale 1905-2005: Centenaire de la loi sur la séparation des Églises et de l'État, textes choisis* par Gilles Candar, le cherche midi, Parijs 2005, pp. 63-78. Zie daarover: Kintzler, Catherine, *Qu'est-ce que la laïcité?*, La librairie philosophique J. Vrin, Parijs 2007; *Laïcité et République, Rapport au Président de la République*, Commission présidée par Bernard Stasi, La Documentation française, Parijs 2004; Pena-Ruiz, Henri, *La Laïcité: Textes choisis*, GF Flammarion, Parijs 2003; Weil, Patrick, 'Why the French Laïcité is Liberal', in: *Cardozo Law Review*, Vol. 30, No. 6, 2009, pp. 2699-2714.

33 Lautsi II, para 67.

34 Lautsi II, para 66, 72.

35 Lautsi II, para 68, 69.





DEEL 2 MORELE EN IMMORELE RELIGIEUS GELEGITIMEERDE PRAKTIJEN IN HET GEZONDHEIDSRECHT

Het zijn wonderlijke argumenten. Dat men een crucifix aanduidt als een 'passief symbool' is vreemd. Men kan hier een vergelijking maken met EHRM 15 februari 2001, nr. 42393/98 (*Dahlab/Zwitserland*). In deze zaak ging het om een basis-schoollerares die het werd verboden tijdens haar werk een hoofddoek te dragen. Het Hof merkt op: "The Court accepts that it is very difficult to assess the impact that a powerful external symbol such as the wearing of a headscarf may have on the freedom of conscience and religion of very young children. The applicant's pupils were aged between four and eight, an age at which children wonder about many things and are also more easily influenced than older pupils. In those circumstances, it cannot be denied outright that the wearing of a headscarf *might have some kind of proselytising effect*, seeing that it appears to be imposed on women by a precept which is laid down in the Koran and which, as the Federal Court noted, is hard to square with the principle of gender equality. It therefore appears difficult to reconcile the wearing of an Islamic headscarf with the message of tolerance, respect for others and, above all, equality and non-discrimination that all teachers in a democratic society must convey to their pupils".³⁶

Kennelijk kan van een hoofddoek wel een *proselytising effect* uitgaan. Waarom van een kruis dan niet? Maar preliminair is wellicht de vraag wat bedoeld kan zijn met die term 'passief symbool', want dat is verre van duidelijk. Als ermee bedoeld zou zijn dat men langs het kruis heen kan kijken, het niet kan opmerken, men niet noodzakelijkerwijs daardoor geïntimideerd zal behoeven te raken, dan is dat wellicht juist. Maar dat geldt dan ook voor een hakenkruis. Ook dat kan men negeren. De vraag is echter niet of dat *kan*, maar of het omgekeerde niet veel waarschijnlijker is: namelijk dat men een crucifix associeert met Rooms-katholiek Christendom, een hakenkruis met nationaal-socialisme, een nieuwe maan en een vijfpuntige ster met Islam en een hamer en sikkel met communisme.

Ook het argument dat over de kwestie hoe de staat/religie-verhoudingen zouden moeten worden geregeld in Europa geen consensus bestaat, zoals het Europese Hof stelt, is *als argument* weinig overtuigend. Als *stelling* of als *feitelijke constatering* is het juist: in Engeland heeft men een staatskerk, in Frankrijk (net als in de Verenigde Staten) 'disestablishment'. Maar dan zou de vraag moeten zijn: is het idee van een staatskerk verenigbaar met individuele rechten van alle gelovigen en gelijke behandeling? En daar kan men toch moeilijk bevestigend op antwoorden. Het is juist omgekeerd: eigenlijk is een staatskerk onverenigbaar met het Europees mensenrechtenacquis.³⁷ Het voelt misschien wat ongemakkelijk aan om dat

36 Met dank aan Tom Herrenberg die mij hierop attent maakte.

37 Als ik zou zeggen 'met het EVRM' dan zou dat wellicht verwarrend zijn, want het EHRM heeft zich nog niet in die zin uitgesproken. Het zou dat wel moeten doen, maar misschien is het nog te vroeg. Een staatskerk strijdt echter met de doelstellingen, met het algemene kader van de Europese mensenrechtenbescherming, vandaar dat ik spreek van strijdigheid met het 'Europees mensenrechten-acquis'.



3 EEN EXCURSIE OVER VERGETEN BOEKEN

te stellen (immers het maakt de constitutionele stelsels van een groot deel van de wereld illegitiem), maar het is misschien wel waar.

Dat Lautsi I (2009) is teruggedraaid in Lautsi II (2011) lijkt mij een teken aan de wand. Ben ik daarmee 'in paniek'? Ik dacht het niet, maar ik ben ook niet blind. Lautsi II is een herbevestiging van een trend naar meer invloed van religie in de staat waar tot voor kort een trend naar secularisme leek te kunnen worden onderkend.³⁸

3 Een excursie over vergeten boeken

Misschien is het goed eerst iets te zeggen over de verhouding van recht en religie in het algemeen. Ik zal dat doen door aan te sluiten bij het werk van een van mijn intellectuele helden: James Bryce (1838-1922). James wie? Maakt u geen zorgen: diegenen die nog nooit van James Bryce hebben gehoord kan ik gerust stellen. Ik denk niet dat er veel mensen zullen zijn die tegenwoordig nog het werk van Bryce bestuderen, maar dat neemt niet weg dat het wel een aanrader is. Zij die dat niet doen missen wel wat.

Ik veroorloof mij nu een kleine excursie. Een van de dingen die zo mooi is aan de tijd waarin we nu leven (en dan bedoel ik echt: van de laatste tien jaar) is dat we boeken kunnen opdelven die vijftientig jaar geleden moeilijk toegankelijk waren. Toen ik begon aan mijn academische carrière waren de mogelijkheden om bijzondere boeken – vergeten boeken – te lezen beperkt. Je was aangewezen op de universiteitsbibliotheek. Was het daar niet, dan kon je een boek uit een andere universiteitsbibliotheek laten komen, maar dat was ingewikkeld en het duurde lang. En vaak was het in die andere bibliotheken ook niet meer te krijgen. Ik vond dat altijd jammer. Ik ben namelijk een soort twintigste-eeuwse Braccolini Gian Francesco Poggio (1380-1459).

Deze Poggio was een Italiaanse humanist en kalligraaf. Hij leefde in de eerste helft van de vijftiende eeuw. Hij hield zich bezig met het kopiëren van oude manuscripten. We leven dan vóór de boekdrukkunst. Oude boeken moesten worden overgeschreven en dat deden de kalligrafen. Maar die oude boeken moest je ook opsporen. In de Middeleeuwen stonden de klassieke schrijvers niet in hoog aanzien en verspreid over Europa lagen in kloosters oude manuscripten van Cicero en Lucretius te wachten om te worden ontdekt en ontsloten. En dat ontsluiten hield dan in dat je moest proberen om van het klooster toestemming te

38 Secularisme dat tegenwoordig steeds meer wordt afgeschilderd als een ideologisch-zelotische en agressieve trend in plaats van een universeel beproefde techniek om mensen van verschillende religieuze achtergrond vreedzaam te laten samenleven. Zie: Cliteur, Paul, 'Por qué hablan de laicismo 'agresivo'', in: *El País*, 2 juni 2009; Cliteur, Paul, 'Esperanto Moral', in: *Claves de razón práctica*, Número 190, maart 2009, pp. 2-7.



DEEL 2 MORELE EN IMMORELE RELIGIEUS GELEGITIMEERDE PRAKTIJKEN IN HET GEZONDHEIDSRECHT

krijgen zo'n oud manuscript te bekijken en over te schrijven. Dat deed Poggio. En zo heeft hij oude manuscripten die verloren werden geacht of waarvoor geen belangstelling bestond aan de vergetelheid ontrukkt. Wie kennis wil maken met die wereld van oude manuscripten moet het boek *The Swerve* (2012) lezen van Stephen Greenblatt dat voor het grootste deel aan Poggio gewijd is.³⁹ Meer in het bijzonder aan de manier waarop hij Lucretius' *De Rerum Natura* heeft 'gered'.⁴⁰

Maar dit alleen ter inleiding van het feit dat we tegenwoordig ook moderne Poggio's kunnen worden door boeken op te zoeken op internet die via zoekmachines gemakkelijk in antiquariaten te vinden zijn over de gehele wereld. Een boek van W.T. Stace (1886-1967) of een andere tegenwoordig niet meer gelezen filosoof dat niet in uw universiteitsbibliotheek te vinden is maar wel bij een antiquariaat in Australië voor u klaar ligt,⁴¹ kan tegenwoordig moeiteloos, met één klink van de muis (nou ja, twee) worden opgespoord en naar Nederland worden gehaald.⁴² Dat geldt dus ook voor de vergeten maar magistrale boeken van James Bryce. Zijn *The American Commonwealth* uit 1893 vind ik nog steeds de beste inleiding in het Amerikaanse constitutioneel recht.⁴³ Zijn *University and Historical Addresses* uit 1913, met daarin het uitermate nuttige 'Some Hints on Public Speaking',⁴⁴ zijn voor mij nog steeds de beste adviezen die men aan een rechtenstudent of aankomend advocaat kan meegeven. En natuurlijk is het panorama aan democratieën dat hij ons geeft in *Modern Democracies* uit 1921 gedateerd in het empirisch-historisch materiaal dat hij presenteert.⁴⁵ Maar veel blijft toch ook hetzelfde. Dat geldt in ieder geval zeker voor het opstel 'The Relations of Law and Religion' uit het tweede deel van zijn verzamelde opstellen *Studies in History and Jurisprudence* uit 1901.⁴⁶ Het is bij dit opstel dat ik wil aanknopen.

39 Greenblatt, Stephen, *The Swerve: How the World became Modern*, W.W. Norton & Company, New York/Londen 2012.

40 Zie ook: Verhofstadt, Dirk, *Atheïsme als basis voor de moraal*, Houtekiet, Antwerpen 2013, p. 53.

41 Mijn huidige exemplaar van Stace, W.T., *The Destiny of Western Man*, Reynal & Hitchcock, New York 1942 moest uit Australië komen.

42 En trouwens ook via: <https://archive.org/search.php?query=Walter%20Terence%20Stace> (Met dank aan mijn Leidse collega Jasper Doomen).

43 Bryce, James, *The American Commonwealth*, Vol. I, The Macmillan Company, Londen 1926 (1893); Bryce, James, *The American Commonwealth*, Vol. II, The Macmillan Company, Londen 1924 (1893).

44 Bryce, James, 'Some Hints on Public Speaking', in: James Bryce, *University and Historical Addresses*, Macmillan & CO., New York 1913, pp. 281-299. Zie zijn regel 10: 'Never, if you can help it, be dull'. Bryce, *Ibid.*, p. 291. Een uitstekend advies, zou ik zeggen. Helaas: weinig opgevolgd.

45 Bryce, James, *Modern Democracies*, I, Macmillan and Co. Londen 1921; Bryce, James, *Modern Democracies*, II, Macmillan and Co., Londen 1921.

46 Bryce, James, 'The Relations of Law and Religion', in: James Bryce, *Studies in History and Jurisprudence*, Volume II, New York University Press, Londen etc. 1901, pp. 638-668.



3.1 Bryce over recht en religie

Bryce begint zijn opstel met de vaststelling: 'To the modern European world Religion and Law seem rather opposed than akin, the points of contrast more numerous and significant than the point of resemblance'.⁴⁷ Vervolgens neemt Bryce de tijd om aan de hand van vele voorbeelden uit te leggen hoe recht en religie historisch gezien op gespannen voet hebben gestaan in de westerse wereld. Maar, zegt hij dan, dat was in de oudheid niet het geval. Het recht begint overal met gewoonte. En het gezin of de familie werd overal gezien als een natuurlijke maar als ook als een religieuze band.⁴⁸ Ook belangrijke staatsfuncties, in de eerste plaats het koningschap, werden religieus gelegitimeerd. En van vele regels (zowel maatschappelijke als juridische) kan men zeggen dat ze enerzijds een seculier aspect hadden, anderzijds een religieus.⁴⁹ Aanslagen op de gemeenschap werden vaak ook gezien als aanslagen op God zelf.⁵⁰ Bryce schrijft:

"Offences against the community may be deemed primarily offences against the deity and so dealt with; and a frequent punishment for what we should now call crimes is to devote the culprit to the wrath of the powers of the nether world, or to deprive him of the protection of those who rule the upper world, and therewith expose him to outlawry, the oldest of all legal sanctions."⁵¹

Die laatste zin vind ik een prachtige zin omdat deze licht werpt op één van de meest mysterieuze verschijnselen waarmee de moderne wereld geconfronteerd is de afgelopen decennia: de fatwa, het religieuze doodsvonnissen uit 1989, uitgesproken door de geestelijke en politieke leider in Iran, Ayatollah Khomeini, over de Britse schrijver Salman Rushdie.⁵² Wat we uit het citaat van Bryce kunnen opmaken, is dat dit – voor ons nu zo ongewone verschijnsel – in het premoderne wereld-

47 Bryce, 'The Relations of Law and Religion', p. 638.

48 Bryce, *Ibid.*, p. 640.

49 Bryce, *Ibid.*, p. 641.

50 Bryce, *Ibid.*, p. 642.

51 Bryce, *Ibid.*, p. 642.

52 Zie daarover: Arshad Ahmedi, Mohamed, *Rushdie: Haunted by His Unholy Ghosts*, Islam International Publications Limited, Tilford 2007 (1997); Lévy, Bernard-Henri, *Avec Salman Rushdie: Questions de principe six*, Le Livre de Poche, Librairie Générale Française, Parijs 1999; Appignanesi, Lisa, & Maitland, Sara, eds., *The Rushdie File*, Syracuse University Press, Syracuse N.Y. 1990; Cliteur, Paul, 'Van Rushdie tot Jones: over geweld en uitingsvrijheid', in: Afshin Ellian, Geliijn Molier en Tom Zwart, eds., *Mag ik dit zeggen? Beschouwingen over de vrijheid van meningsuiting*, Boom Juridische Uitgevers, Den Haag 2011, pp. 67-89; Kamrane, Ramine, *La Fatwa contre Rushdie: une interprétation stratégique*, Éditions Kimé, Parijs 1997.



DEEL 2 MORELE EN IMMORELE RELIGIEUS GELEGITIMEERDE PRAKTIJKEN IN HET GEZONDHEIDSRECHT

beeld volkomen *normaal* was. Wie zich verzet tegen de religieus-goddelijke orde (en dat doet de blasfemist) wordt 'buiten de wet' geplaatst of tot 'vogelvrije' verklaard.⁵³ Dat is precies wat Khomeini deed.⁵⁴ De intieme relatie tussen recht en religie formuleert Bryce met de volgende woorden: "that which is pleasing to the gods is not separated even in thought from that which is salutary for the community".⁵⁵

Als Bryce dan een flink eind op streek is in zijn opstel (Bryce neemt altijd de tijd om zijn punt te maken), krijgt zijn betoog een tournure waarin hij overstapt van een algemene behandeling van de relatie van recht en religie naar de relatie van recht en één religie in het bijzonder: de Islam. En dan blijkt dat hij de relatie tussen recht en religie het meest intiem (of intens) verbonden acht bij de Islam. Hij schrijft: "The best modern instance of the identity of Religion and Law is to be found in that originally misconceived and subsequently perverted form of Judaism which still prevails extensively over the eastern world, and recognizes Muhamad of Mecca as the last and greatest of the prophets of Jehovah".⁵⁶

Dit is duidelijk geschreven in een tijd die nog op geen enkele manier geaffecteerd was door politieke correctheid. We zien hier duidelijk Bryce uitspreken dat hij de Islam ziet als een 'misconceived' en 'perverted' vorm van het Jodendom. Waarom hij het *Christendom* niet ziet als een geperverteerd Jodendom zal later blijken. Hij is daarin naar mijn idee niet overtuigend, maar dat doet nu niet terzake. Ik acht persoonlijk alle religies, Jodendom, Christendom, Islam, Hindoeïsme en Boeddhisme op zijn best niet heel schadelijk, maar *zelden bevorderlijk* voor de moraal – maar dit terzijde; ik kom daar nog op terug.

Zoals gezegd, Bryce ziet de relatie tussen recht en religie het meest innig bestaan binnen de Islam. Hij zegt: "In Islam, Law is Religion and Religion is Law". De

53 De literatuur over het onderwerp is groot en snel groeiende, maar ik heb zelf het meeste gehad aan: Pipes, Daniel, 'Two Decades of the Rushdie Rules', in: *Commentary*, oktober 2010, pp. 30-35; Pipes, Daniel, *The Rushdie Affair: The Novel, the Ayatollah, and the West*, Second Edition with a postscript by Koenraad Elst, Transaction Publishers, New Brunswick (USA) & Londen (UK) 2003; Malik, Kenan, *From Fatwa to Jihad: The Rushdie Affair and Its Legacy*, Atlantic Books, Londen 2009.

54 En paus Pius V met koningin Elizabeth van Engeland in 1570. Paus Pius V excommuniceerde Koningin Elizabeth en riep de Britse katholieken op tot het vermoorden van hun staatshoofd. Zo ging dat in die tijd en volgens Khomeini moet je het nog zo doen. Zie daarover Elizabeth: Petriburg, M., 'The Excommunication of Queen Elizabeth', in: *The English Historical Review*, Vol. 7, No. 25, 1892, pp. 81-88. Een andere vergelijking die zich opdringt is natuurlijk die met Willem van Oranje. Zie: Jardine, Lisa, *The awful End of Prince William the Silent: The First Assassination of a Head of State with a Handgun*, HarperCollins, Londen 2005.

55 Bryce, 'The Relations of Law and Religion', p. 642.

56 Bryce, *Ibid.*, p. 646.





3 EEN EXCURSIE OVER VERGETEN BOEKEN

reden is: “both have the same source and an equal authority, being both contained in the same divine revelation”.⁵⁷

De theorie waar Bryce naar verwijst (maar die hij niet expliciet benoemt) is de theorie van de ‘goddelijke bevelstheorie van de moraal’ of in het Engels ‘divine command theory of morality’.⁵⁸ Dat is de theorie dat moraal alleen legitiem is voor zover (en omdat) deze op een goddelijke wilsbeschikking kan worden teruggevoerd. Religie is het geheel van geboden dat ons door de goddelijke wetgever is geopenbaard. Maar dat is recht ook. Recht en religie zijn dus inderdaad identiek vanuit een bepaald perspectief (namelijk vanuit een premodern religieus perspectief).

Deze theorie over het recht staat haaks op de theorie dat het recht teruggaat op de menselijke wil en collectieve zelfbeschikking. Vanuit het seculiere perspectief zoals dat met de moderniteit, de tijd sinds grofweg de Reformatie of de Verlichting, tot ontwikkeling is gekomen is, is recht uitdrukking van menselijke wilsbeschikking – geen *goddelijke* wilsbeschikking.⁵⁹

Deze twee theorieën over de oorsprong en de legitimatie van het recht staan tegenover elkaar en zij sluiten elkaar uit. Het heeft geen enkele zin en het is zelfs een beetje ‘naïef’ om te doen voorkomen dat de soep niet zo heet wordt gegeten als deze wordt opgediend. Natuurlijk komt de contradictie niet altijd duidelijk naar voren, maar het is volgens mij de taak van wetenschappers (van wie anders? Politici? Diplomaten?) om de zaken wel op scherp te stellen. Dat wil zeggen: de soep heet op te dienen.

‘Heet opdienen’ wil zeggen: de keuze voorleggen dat men kiest voor het primaat van óf het religieuze recht óf het seculiere recht. Laat ik proberen om die kwestie van harmonie en conflict nu wat verder uit te werken. Ik zal dat doen aan de hand

57 Bryce, *Ibid.*, p. 646.

58 Daarover is een keur aan literatuur verschenen. Zie: Graber, Glenn C., ‘In Defense of a Divine Command Theory of Ethics’, in: *Journal of the American Academy of Religion*, Vol. 43, No. 1, 1975, pp. 62-69; Quinn, P.L., ‘The recent revival of divine command ethics’, in: *Philosophy and Phenomenal Research*, 50 (suppl.), 1990, pp. 345-365; Rees, D.A., ‘The Ethics of Divine Commands’, in: *Proceedings of the Aristotelian Society*, New Series, Vol. 57 (1956-1957), pp. 83-106; Nielsen, Kai, ‘Ethics without Religion’, in: Michael Peterson, William Hasker, Bruce Reichenbach, David Basinger, eds., *Philosophy of Religion*. Selected Readings, Oxford University Press, New York / Oxford 1996, pp. 536-544; Sinnott-Armstrong, Walter, ‘Overcoming Christianity’, in: Louise M. Antony, ed., *Philosophers Without Gods: Meditations on Atheism and the Secular Life*, Oxford University Press, Oxford 2007, pp. 69-80.

59 Cliteur, P.B., en Ellian, A., ‘Hoofdstuk 9: Van God naar het Volk: de overgang van de premoderne naar de moderne tijd’, in: in: P.B. Cliteur en A. Ellian, *Encyclopedie van de rechtswetenschap I: Grondslagen*, derde druk, Kluwer, Deventer 2011, pp. 261-293.





DEEL 2 MORELE EN IMMORELE RELIGIEUS GELEGITIMEERDE PRAKTIJKEN IN HET GEZONDHEIDSRECHT

van een manifestatie van religieuze moraal die een legendarische betekenis heeft gekregen: de Tien Geboden.⁶⁰

4 Religieus recht en seculier recht

Op de berg Sinaï, zo vermeldt het Bijbelse verhaal, werden aan Mozes de Tien Geboden geopenbaard. In Exodus 20:1-17⁶¹ kunnen we lezen hoe dat gebeurde en wat de inhoud is van die geboden. Men kan ook zeggen: op de berg werden aan Mozes een aantal maatschappelijke regels gepresenteerd die in de traditie zijn samengevat als tien basisbeginselen. Men hanteert doorgaans de volgende lijst:

1. Gij zult geen afgoden vereren, maar Mij alleen aanbidden en boven alles beminnen.
2. Gij zult de naam van de Heer, uw God, niet zonder eerbied gebruiken.
3. Wees gedachtig dat gij de dag des Heren heiligt.
4. Eer uw vader en uw moeder.
5. Gij zult niet doden.
6. Gij zult geen onkuisheid doen.
7. Gij zult niet stelen.
8. Gij zult tegen uw naaste niet vals getuigen.
9. Gij zult geen onkuisheid begeren.
10. Gij zult niet onrechtvaardig begeren wat uw naaste toebehoort.

De Jezuïet Joseph Lecler geeft een realistisch beeld van de situatie in de tijd van Mozes. "L'une des caractéristiques du peuple de Dieu, depuis Moïse, c'est d'être une théocratie, une société civile et religieuse tout ensemble, où l'on n'a pas la moindre idée de ce que nous appelons d'ordinaire la distinction de l'Église et l'État. Jahvé est le Roi d'Israël".⁶²

60 Zie daarover: Savater, Fernando, *Les dix commandements au XXIe siècle*, Hachette, Littératures, Parijs 2006; Veldman, Ilja M., 'The Old Testament as a moral code: Old Testament stories as exempla of the ten commandments', in: *Simiolus: Netherlands Quarterly for the History of Art*, Vol. 23, No. 4 (1995), pp 215-239; Dershowitz, Alan M., *The Genesis of Justice: Ten Stories of Biblical Injustice that Led to the Ten Commandments and Modern Law*, Warner Books, New York 2000; Lewis, Joseph, *The Ten Commandments: An Investigation into the Origin and Meaning of the Decalogue and an Analysis of its Ethical and Moral Value as a Code of Conduct in Modern Society*, Freethought Press Association, New York 1946; Ouaknin, Marc-Alain, *De Tien Geboden*, Met een voorwoord door Tamarah Benima, Vertaling en bewerking Marion Th. Kunstenaar, Boom, Amsterdam 2001.

61 Deuteronomium 5:6-21 geeft ook een lijst van de Tien Geboden. De verdeling in tien geboden stamt overigens van later tijd.

62 Lecler, Joseph, *Histoire de la tolérance au siècle de la réforme*, 2 volumes, Aubier, Éditions Montaigne, Parijs 1955, Vol. 1, p. 42. Een dergelijk realisme vindt men niet altijd bij: Walzer, Michael, *In God's Shadow: Politics and the Hebrew Bible*, Yale University Press, New Haven en Londen 2012.





4 RELIGIEUS RECHT EN SECULIER RECHT

Aan het verhaal zoals te vinden in de Bijbel kunnen we een (i) meta-ethische en (ii) een ethische dimensie onderkennen. Met het eerste bedoel ik dat in dat verhaal iets wordt gezegd over de grondslag van de moraal. De meta-ethische dimensie van de Tien Geboden is dat deze als 'bevelen' aan de mensheid worden doorgegeven (het gaat niet om de 'Tien Tips').

Mozes wordt vaak een 'wetgever' genoemd, maar men heeft terecht opgemerkt dat hij eigenlijk een 'wetsdoorgever' was, aangezien hij die wetten weer 'doorgegeven' kreeg van God.⁶³ God is hier de bevelende instantie en het verhaal is dan ook – net als dat van Abraham – een goede illustratie van de 'goddelijke-bevelstheorie van de moraal'.⁶⁴

Laten we ons eerst buigen over de *voordelen* van de goddelijke-bevelstheorie. Wat verklaart de grote aanhang van deze theorie door de eeuwen heen? De aantrekkelijkheid van de goddelijke-bevelstheorie is dat daarmee een stevige basis voor de ethiek lijkt te zijn gelegd. Ethiek is niet een kwestie van individuele willekeur, maar van goddelijke zekerheid.

Wat voor veel mensen ook een rol speelt bij het veronderstellen van een relatie tussen religie en moraal is dat zij denken dat moraal 'willekeurig' of 'subjectivistisch' zou worden wanneer daaraan geen religieuze basis ten grondslag wordt gelegd. Deze opvatting komen we tegen bij de grote apolooget en literatuurwetenschapper C.S. Lewis (1898-1963).⁶⁵



63 Aldus Kretzmann, Norman, 'Abraham, Isaac, and Euthyphro: God and the Basis of Morality', in: Eleonore Stump and Michael J. Murray, eds., *Philosophy of Religion: the Big Questions*, Blackwell Publishers, Malden / Oxford 1999, pp. 417-427, p. 423.

64 Zie daarover: Idziak, Janine Marie, 'Divine Command Ethics', in: Philip L. Quinn & Charles Taliaferro, eds., *A Companion to the Philosophy of Religion*, Blackwell, Cambridge (Mass)/Oxford 1997, pp. 453-460; 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 and Toronto 1979, pp. 1-38; Cliteur, Paul, *Het Monotheïstisch Dilemma: of de theologie van het terrorisme*, De Arbeiderspers, Amsterdam 2010; Doomen, Jasper, 'Religion's Appeal', in: *Philosophy and Theology* vol. 23, nr. 1, 2011, pp. 133-148.

65 De volgende vier alinea's (tot aan het volgende kopje 'De ethische dimensie') zijn afkomstig uit mijn boek Cliteur, Paul, *Moreel Esperanto: naar een autonome ethiek*, De Arbeiderspers, Amsterdam 2007, p. 49 haast ik mij te zeggen na de onlangs opgelaaide discussie over 'zelfplagiat'.





DEEL 2 MORELE EN IMMORELE RELIGIEUS GELEGITIMEERDE PRAKTIJEN IN HET GEZONDHEIDSRECHT

Lewis begint met vast te stellen dat mensen van mening verschillen over morele aangelegenheden. En van mening verschillen vooronderstelt een maatstaf. 'Wel, deze Wet of Regel over Goed en Kwaad placht men de natuurwet te noemen.'⁶⁶ Over die 'natuurwet' is heel wat meer overeenstemming dan de meeste mensen denken en doen voorkomen, zegt Lewis. Lewis meent dat er absolute en universele waarden en normen bestaan. Hij gelooft ook in een bestierende macht buiten het universum dat probeert deze waarden en normen aan ons door te geven. Als we daarvoor aandacht hebben, dan kunnen we die kracht ook ervaren, namelijk 'in ons zelf, als een invloed of een bevel dat ons gedrag op een bepaalde manier wil sturen.'⁶⁷

Dus: een 'command', een bevel. God richt zich tot ons met bepaalde bevelen. Wij kunnen die overigens negeren. De mens heeft een vrije wil. Maar dat is dan wel moreel verwerpelijk. Immers het goede doen, is handelen in overeenstemming met de wil van God.

Van belang zijn zowel het verschil als de overeenkomsten met het verhaal van Abraham uit Genesis. God richtte zich met een goddelijk bevel direct tot Abraham: "Hij zei tot hem: 'Abraham'". En Abraham zei: "Hier ben ik." Iets soortgelijks zien we God doen met Mozes. Hij zegt tot Mozes: "Ik ben de Heer, uw God, die u uit Egypte, uit de slavernij heeft bevrijd." En dan dicteert God de Tien Geboden die vervolgens via de Bijbel voor ons kenbaar zijn. Wij behoeven als we naar richtsnoeren voor ons gedrag zoeken niet af te wachten wanneer ons die direct worden geopenbaard, want we kunnen zelf de Heilige Schrift lezen. In de heilige schrift vinden we de wil van God neergelegd. Men kan het ook zo zeggen: God heeft een boek geschreven dat wij kunnen lezen. Mozes was de secretaris van God.

4.1 De ethische dimensie

Tot zover de meta-ethische dimensie van de beroemde Tien Geboden.⁶⁸ We kunnen aan die Tien Geboden ook een ethische dimensie onderkennen. Dan gaat het ons om de vraag: zouden we nu die Tien Geboden nog als belangrijke ethische richtlijnen kunnen erkennen? Stel nu eens dat de wereldgemeenschap bijeen zou komen om een lijst met basisbeginselen op te stellen zoals men deed in 1948 toen

66 Lewis, C.S., 'The Moral Law Is from God', in: Harry J. Gensler, e.a., ed., *Ethics. Contemporary Readings*, Routledge, New York/Londen 2004, pp. 69-76, p. 70.

67 Lewis, 'The Moral Law Is from God', p. 74: 'inside ourselves as an influence or a command trying to get us behave in a certain way.'

68 Een klassiek handboek over meta-ethiek is: Brandt, Richard, *Ethical Theory: The Problems of Normative and Critical Ethics*, Prentice-Hall, Engelwood Cliffs, New York 1959; een serie representatieve artikelen is: Shafer-Landau, Russ, ed., *Ethical Theory: An Anthology*, Blackwell Philosophy Anthologies, Blackwell Publishing, Malden 2007.





4 RELIGIEUS RECHT EN SECULIER RECHT

de Universele Verklaring van de Rechten van de Mens werd opgesteld.⁶⁹ Zou men dan met de Tien Geboden komen?⁷⁰ En waarom zei men in 1948 trouwens niet: we hebben geen Universele Verklaring van de Rechten van de Mens nodig, immers wat de basisbeginselen van een beschaafde samenlevingsorde zijn *is ons al geopenbaard*? Het is namelijk neergelegd in de Tien Geboden, dus we zijn snel klaar in de Algemene Vergadering van de VN. De VN hoeft Mozes niet over te doen. Of is dat toch gebeurd in 1948? En was dat toch zo'n belangrijke prestatie dat daarom terecht René Cassin daarvoor de Nobelprijs kreeg in 1968?⁷¹

Als de Universele Verklaring werkelijk iets nieuws zou zijn geweest dan zou dat betekenen dat er toch een belangrijk verschil moet zijn met de Tien Geboden. En is dat misschien omdat die Tien Geboden minder geschikt zijn voor onze tijd dan hun over het algemeen goede reputatie zou doen vermoeden? Heeft het Amerikaanse Hooggerichtshof dan misschien toch gelijk dat het rechter Roy Moore uit Alabama opdracht gaf een voorstelling van Mozes' Tien Geboden uit de rechtszaal te verwijderen?⁷²

Begrijp mij niet verkeerd, het behoeft geen betoog dat er allerlei punten zijn waarop de Tien Geboden in overeenstemming zijn met wat wij ook in deze tijd als belangrijke morele en ook juridische beginselen zouden proclameren. Je kan het ook zo stellen: sommige van die Tien Geboden zijn *universaliseerbaar*. Er zijn echter ook geboden waarvoor dat minder geldt en zelfs geboden waarvoor dat pertinent niet geldt. Men kan drie soorten categorieën onderkennen.

1. Geboden die zowel in juridische als morele zin universaliseerbaar zijn.
2. Geboden die wellicht moreel universaliseerbaar zijn, maar juridisch niet.
3. Geboden die noch in morele noch in juridische zin universaliseerbaar zijn.

4.2 *Geboden die in zowel juridische als morele zin universaliseerbaar zijn*

Laten we alle drie de gevallen wat nader belichten. Een mooi voorbeeld om de gedachten te bepalen is wellicht het zevende gebod: Gij zult niet stelen. Dat vind je ook in onze hedendaagse strafwetten, in Nederland in art. 310 van het Wetboek van Strafrecht waarin staat: "Hij die een goed wegneemt dat geheel of ten dele aan een ander toebehoort met het oogmerk van wederrechtelijke toe-eigening wordt als schuldig aan diefstal gestraft met ...", en dan volgt de straf.

69 Zie daarover: Laes, Willy, *Mensenrechten in de Verenigde Naties: een verhaal over manipulatie, censuur en hypocrisie*, Garant, Antwerpen-Apeldoorn 2011.

70 Verhofstadt denkt van niet. Zie: Verhofstadt, Dirk, *Atheïsme als basis voor de moraal*, Houtekiet, Antwerpen 2013, pp. 179-247.

71 Zie: Attali, 'René Cassin', in: Jacques Attali, *Dictionnaire amoureux du judaïsme*, Plon/Fayard, Parijs 2009, p. 126.

72 'Verbod op Mozes' Tien Geboden in rechtszaal: Roy's rock must roll!', in: *Trouw*, 22 augustus 2003; Verhofstadt, Dirk, *Atheïsme als basis voor de moraal*, Houtekiet, Antwerpen 2013, p. 61.





DEEL 2 MORELE EN IMMORELE RELIGIEUS GELEGITIMEERDE PRAKTIJKEN IN HET GEZONDHEIDSRECHT

Het lijkt mij waarschijnlijk dat men in alle strafwetboeken van de wereld, in alle tijden en in alle plaatsen een criminalisering van diefstal zal aantreffen. Het verbod op diefstal lijkt mij een universeel juridisch gebod, maar het is ook een moreel universeel gebod. Ik denk dat overal op de wereld, in alle tijden en plaatsen, ouders hun kinderen zullen hebben geprobeerd bij te brengen dat het stelen van iets dat aan een ander toebehoort moreel laakbaar is. Als men ergens een volkje kan aantreffen waarvoor dat niet heeft gegolden dan zal dat – denk ik – een uitzonderlijke toestand blijken te zijn. Men kan zich alleen voorstellen dat zo'n bepaling niet bestaat in Utopia⁷³ of in Wonderland⁷⁴ (waarin tenslotte *alles* anders is). In de 'gewone wereld' zal diefstal zowel juridisch als moreel worden afgewezen.

Een ander gebod dat universaliseerbaar lijkt (zowel juridisch als moreel) is dat men niet mag doden. Je kunt erover van mening verschillen of dit goed ('Gij zult niet doden') vertaald is. Waarschijnlijk niet. Immers 'doden' gebeurt ook in oorlogen, en God zelf doodt voortdurend mensen.⁷⁵ Beter is het misschien de oorspronkelijke tekst te vertalen met 'Gij zult niet moorden'. Wanneer men het zo opvat, is het goed verenigbaar met het verbod op moord zoals men dat in talloze wetboeken van strafrecht kan aantreffen. Een samenleving zonder een verbod op moord is niet goed denkbaar en overal op de wereld, in alle tijden en plaatsen, is moord dan ook strafbaar gesteld.

4.3 *Twijfelachtige universaliteit*

Er is ook een tweede categorie geboden die men kan onderscheiden in wat aan Mozes is geopenbaard en waarvan men zou kunnen zeggen dat we die tegenwoordig misschien wel hoogachten, maar die we toch ongeschikt achten als universaliseerbare *juridische* geboden. Een voorbeeld daarvan is de aansporing om je vader en je moeder te eren, het vierde gebod dus. Het niet vereren van je vader en je moeder hebben we niet strafbaar gesteld in het Wetboek van Strafrecht. Waarom eigenlijk niet? Is dat wellicht omdat niet *alle* vaders en moeders vereerenswaardig zijn? Of willen we dit tot een soort privézaak maken en houden?

Een ander voorbeeld van een gebod dat we niet tot de status van een universaliseerbaar juridisch gebod hebben willen verheffen is dat we niet onrechtmatig

73 Zie daarover: Carey, John, ed., *The Faber Book of Utopias*, Faber & Faber, Londen 1999.

74 Carroll, Lewis, *The Annotated Alice: Alice's Adventures in Wonderland and Through the Looking-Glass*, With an Introduction and Notes by Martin Gardner, Penguin Books, Londen 1965.

75 Dit punt wordt stijlvol uitgewerkt in: Mill, John Stuart, 'Nature', in: John Stuart Mill, *Three Essays on Religion*, Prometheus Books, Amherst N.Y. 1998 (1874), pp. 69-125.





4 RELIGIEUS RECHT EN SECULIER RECHT

mogen begeren wat aan een ander toebehoort (het tiende gebod). Ook hier speelt weer het element van het publieke en het private een rol. Bij de opvoeding van je kinderen is belangrijk dat je aan hen voorhoudt dat het gras bij de burens niet altijd groener is dan bij jezelf. Het is levenswijsheid wanneer je je kinderen dat meegeeft. Niettemin vinden we dat het niet aan *de staat* is (aan de regering, aan de overheid) om zich hiermee bezig te houden. Begeerten zijn vrij, zou men kunnen zeggen. Niemand, ook God niet, heeft zich te bemoeien met onze begeertes. Als ik de vrouw van mijn buurman wil begeren, dan moet mij dat vrij staan. Het is overigens 'jammer' ('zonde' zou je bijna zeggen, hoewel dat weer op 'een zonde' lijkt) wanneer dat in excessieve wijze het geval is. Het geeft aan dat mijn huwelijk niet helemaal geslaagd is. Een goede vriend zou mij dat kunnen voorhouden. En hij zou daarmee een bijdrage kunnen leveren aan mijn zelfkennis en in het bijzonder: inzicht in mijn eigen situatie. Ik zou tot het inzicht kunnen komen dat er iets fout zit in mijn huwelijk. Maar het is niet *aan de staat* mij die begeerte naar mijn buurvrouw te verbieden (om nog maar te zwijgen over het bestraffen van die begeerte). Misschien moeten we dat nog eens vastleggen in een mensenrechtenverklaring: vrijheid van begeerte.⁷⁶ En atheïsten zullen het een beetje 'nosy' van God vinden dat Hij zich met dit soort dingen bezighoudt. We willen geen 'big brother' die ons controleert op onze 'begeerten'. Leve de god van Epicurus die zich niet bezighoudt met dit soort zaken.⁷⁷

4.4 Immorele en illegitieme geboden in de Tien Geboden

De derde categorie van geboden die aan Mozes zijn geopenbaard (*ten onrechte* zijn geopenbaard, zou men kunnen zeggen) betreft beginselen die pertinent onverenigbaar zijn met hedendaagse private en publieke moraal. Het gaat om geboden die niet universaliseerbaar zijn, noch in morele, noch in juridische zin. Het is deze categorie die voor ons van het meeste van belang is omdat – zoals ik nog hoop duidelijk te maken – deze categorie bepaald niet in betekenis is uitgespeeld. Integendeel zelfs. Je kunt een brede beweging onderkennen die probeert om dat soort geboden opnieuw een status te geven in hedendaagse moraal, maar ook in hedendaags recht. Ik denk aan:

1. Gij zult geen afgoden vereren, maar Mij alleen aanbidden en boven alles beminnen.
2. Gij zult de naam van de Heer, uw God, niet zonder eerbied gebruiken.

76 Waarom hebben we trouwens geen 'vrijheid van begeerte' als fundamentele vrijheid vastgelegd in mensenrechtenverdragen? Wel vrijheid van gedachte dus (je mag denken wat je wil), maar geen vrijheid van begeren (je wordt niet geacht te begeren wat je wilt).

77 Volgens McCabe, Joseph, *Sources of the Morality of the Gospels*, Watts & Co., Londen 1914 is in de evangeliën heel wat hellenistisch gedachtegoed gevloeid, maar misschien niet genoeg.





DEEL 2 MORELE EN IMMORELE RELIGIEUS GELEGITIMEERDE PRAKTIJKEN IN HET GEZONDHEIDSRECHT

Dit zijn de eerste twee geboden van de tien. We kunnen misschien in de Tien Geboden geen prioritering aanbrengen in de zin dat gebod 10 minder belangrijk is dan gebod 9, maar uit het feit dat de eerste twee geboden helemaal vooraan staan kan men misschien toch wel afleiden die juist *die twee* geboden als de belangrijkste worden gezien.⁷⁸ En juist *déze* twee geboden zijn het meest problematisch. Zij ademen een wereldbeeld uit dat zich op gespannen voet verhoudt met hedendaagse moraal. Zij zijn niet alleen niet-universaliseerbaar, maar zij vormen een aanzienlijk probleem in de hedendaagse wereld in de zin dat fundamentalistische groeperingen zich daarop beroepen om de mensenrechten zoals we die kennen uit de Universele Verklaring van de Rechten van de Mens uit 1948 effectief te ondermijnen. Ik zeg 'effectief' te ondermijnen, omdat we kunnen zien dat religieus fundamentalisme een factor van betekenis is geworden in de 20^{ste} en 21^{ste} eeuw.⁷⁹ Of en hoe die ontwikkeling zich zal doorzetten is moeilijk te voorspellen, maar *dát* die ontwikkeling er is kan men moeilijk ontkennen.⁸⁰

5 Godslastering

Men kan het eerste en het tweede gebod uit de Tien Geboden zien als de *lex generalis* waarvan de *lex specialis* is hetgeen wordt geproclameerd in Deuteronomium 13:6-11. Deze tekst, Deuteronomium 13:6-11, is naar mijn idee een heel belangrijke tekst. Het is een tekst die wat wij zouden noemen 'godslastering' strafbaar stelt.



78 Er zijn verschillende indelingen van de Tien Geboden, maar daar zal ik hieraan voorbij gaan omdat dit voor de lijn van mijn verhaal van minder belang is.

79 Dat is niet een persoonlijke opvatting van mij alleen, maar kan men ook vinden in het werk van de twee laatste VN-rapporteurs over vrijheid van godsdienst. Zie: Gruyter, Caroline de, 'Religieuze tolerantie neemt overal af', Interview met Asma Jahangir, in: *NRC Handelsblad*, 14 september 2007; Jahangir, Asma, *Promotion and Protection of all Human Rights, Civil, Political, Economic, Social and Cultural Rights, including the Right to Development*, Report by the Special Rapporteur on Freedom of Religion or Belief, A/HRC/6/5, 20 juli 2007; Bielefeldt, Heiner, 'Freedom of Religion or Belief – A Human Right under Pressure', in: *Oxford Journal of Law and Religion*, Vol. 1, No. 1, 2012, pp. 15-35; Bielefeldt, Heiner, 'Misrepresentations of Freedom of Religion or Belief', in: *Human Rights Quarterly*, Volume 35, No. 1, februari 2013, pp. 33-68; Bielefeldt, Heiner, 'Protecting and Implementing the Right to Freedom of Religion or Belief: Interview with Heiner Bielefeldt', in: *Journal of Human Rights Practice*, Vol. 3, 2011, pp. 229-244.

80 Zie hierover ook de belangrijke rapporten van de IHEU: *Freedom of Thought 2012. A Global Report on Discrimination against Humanists, Atheists and the Nonreligious*, International Humanist and Ethical Union, Londen 2012; *Freedom of Thought 2013. A Global Report on Discrimination against Humanists, Atheists and the Nonreligious*, International Humanist and Ethical Union, Londen 2013.



Er zijn overigens talloze teksten in de Bijbel die godslastering strafbaar stellen. Een andere beruchte tekst is te vinden in Numeri 25.⁸¹ Het verhaal uit Numeri 25 gaat over een zelotische gelovige die het recht in eigen hand neemt om de naam van de Heer te wreken als de reguliere rechtsorde in gebreke blijft. Een hoogst actueel onderwerp in het licht van de hedendaagse terrorismedreiging.⁸² Maar ik zou nu de lens willen inzoomen op Deuteronomium 13:6-11 omdat hier zo'n duidelijke oproep wordt gedaan om iedereen te doden die zich aan godslastering overgeeft. Ook wanneer dat je broer is of zus, je vader of moeder: je hebt de religieuze en morele verplichting om *iedereen* te doden die zich daaraan overgeeft. Althans volgens de Bijbel dan. Het is een belangrijke tekst. En, zoals Ernest van den Haag schrijft in *The Jewish Mystique* (1969): "Being of divine origin, Jewish law was unchangeable".⁸³ Ik zeg dat zo expliciet omdat – zoals straks zal blijken – velen deze tekst zien als een overblijfsel uit een oud wereldbeeld dat met de wereld waarin wij leven geen betekenis meer heeft. Als je met een dergelijke tekst zoals ik die straks *in extenso* zal citeren aankom, dan zeggen velen: "Och, kom, dat heeft toch voor onze wereld geen betekenis meer". Men zegt: "de overgrote meerderheid van de gelovigen doet daar niets meer mee". Of: "Is het niet wat flauw en gemakkelijk om de belangstelling in te zoomen op zo'n evident barbaarse tekst". En daar zit iets in, maar het raakt toch niet de kern. Het is juist, de overgrote meerderheid van de gelovigen verwerpt de tekst die ik straks ga citeren. Maar er is ook een heel kleine maar niettemin invloedrijke en misschien zelfs groeiende groep die zich wél door de geest van Deuteronomium 13:6-11 laat inspireren en die daarmee aan de gang wil. Aan de gang om de wereld te veranderen. Men noemt die mensen 'religieus fundamentalisten' of 'religieus terroristen'. Ik gebruik zelf de term 'theoterroristen'.⁸⁴ Maar hoe het ook zij, het is voor een goed begrip van die invloedrijke minderheid een belangrijke tekst.

81 Uitvoeriger hierover: Cliteur, Paul, *The Secular Outlook: In Defense of Moral and Political Secularism*, Wiley-Blackwell, Chicester 2010, pp. 105-108, 115-116, 118-119.

82 Zie daarover: Spiro, Abram, 'The Ascension of Phinehas', in: *Proceedings of the America Academy for Jewish Research*, Vol. 22, 1953, pp. 91-114; Collins, John T., 'The Zeal of Phinehas: The Bible and the Legitimation of Violence', in: *Journal of Biblical Literature*, Vol. 122, No. 1, 2003, pp. 3-21.

83 Haag, Ernest van den, *The Jewish Mystique*, Stein and Day, New York 1969, p. 172.

84 Zie: Cliteur, Paul, 'The Challenge of Theoterrorism', in: *The New English Review*, 30 mei 2013, full text: http://www.newenglishreview.org/Paul_Cliteur/The_Challenge_of_Theoterrorism/

En verder: 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, full text: http://www.anci.ch/paul_cliteur

Zie ook: Shukla, I.K., 'Theoterrorism As Statecraft', in: *Humanist*, Vol. 61, Issue 4, 2001, pp. 4-5.



DEEL 2 MORELE EN IMMORELE RELIGIEUS GELEGITIMEERDE PRAKTIJKEN IN HET GEZONDHEIDSRECHT

Ik geef hier nu drie versies van de passage uit Deuteronomium waarin in feite godslastering wordt gecriminaliseerd, maar ook waarin de *burgerij* wordt opgeroepen die wetgeving te handhaven. Met andere woorden: niet alleen wordt godslastering afgewezen, het wordt ook tot de taak van ieder lid van de samenleving gemaakt de godslasteraar te straffen (zoals daadwerkelijk gebeurt in Numeri 25, een verhaal dat men dus kan lezen als illustratief voor het gebod dat in Deuteronomium 13:6-11 wordt geformuleerd). Hier is de tekst die dat voorschrijft:

6. Wanneer uw broer, de zoon van uw moeder, of uw zoon, of uw dochter, of uw innig geliefde vrouw, of uw boezemvriend u in het geheim aanspoort door te zeggen: Laten we andere goden gaan dienen, die u niet kent, u niet en <i>ook</i> uw vaders niet,	6. Wanneer uw broeder, de zoon uwer moeder, of uw zoon, of uw dochter, of de vrouw van uw schoot, of uw vriend, die als uw ziel is, u zal aanporren in het heimelijke, zeggende: Laat ons gaan, en dienen andere goden, die gij niet gekend hebt, gij noch uw vaders;	6. Wanneer uw broeder, de zoon van uw moeder, of uw zoon, uw dochter, uw eigen vrouw of uw boezemvriend u in het geheim wil verleiden en zegt: laten wij andere goden gaan dienen, goden die noch gij noch uw vaders gekend hebben,
7. uit de goden van de volken die rondom u zijn, dicht bij u of ver bij u vandaan, van het <i>ene</i> einde van de aarde tot het <i>andere</i> einde van de aarde,	7. Van de goden der volken, die rondom u zijn, nabij u, of verre van u, van het ene einde der aarde tot aan het andere einde der aarde;	7. behorende tot de goden der volken rondom u, dichtbij of veraf, van het ene einde der aarde tot het andere –
8. bewillig er dan niet in en luister niet naar hem! Laat uw oog hem niet ontzien, heb geen medelijden en houd hem niet verborgen.	8. Zo zult gij hem niet ter wille zijn, en naar hem niet horen; ook zal uw oog hem niet verschoonen, en gij zult u niet ontfermen, noch hem verbergen;	8. dan zult gij hem niet ter wille zijn noch naar hem luisteren; gij zult hem niet ontzien, noch hem sparen en zijn schuld bedekken,
9. Integendeel, u moet hem zeker doden. Eerst moet uw <i>eigen</i> hand zich tegen hem keren om hem ter dood te brengen, daarna de hand van heel het volk.	9. Maar gij zult hem zekerlijk doodslaan; uw hand zal eerst tegen hem zijn, om hem te doden, en daarna de hand des gansen volks.	9. maar hem zeker doden; het eerst zal uw hand zich tegen hem keren om hem ter dood te brengen en daarna de hand van het gehele volk.





5 GODSLASTERING

10. U moet hem met stenen stenigen zodat hij sterft, omdat hij heeft geprobeerd u af te brengen van de HEERE, uw God, Die u uit het land Egypte, uit het slavenhuis, heeft geleid.	10. En gij zult hem met stenen stenigen, dat hij sterve; want hij heeft u gezocht af te drijven van den HEERE, uw God, Die u uit Egypteland, uit het diensthuis, uitgevoerd heeft.	10. Gij zult hem stenigen, zodat hij sterft, omdat hij getracht heeft u af te trekken van de HERE, uw God, die u uit het land Egypte, uit het diensthuis, geleid heeft.
11. Heel Israël zal het horen en bevreesd zijn, en een dergelijke wandaad niet meer in uw midden verrichten.	11. Opdat gans Israël het hore en vreze, en niet voortvare te doen naar dit boze stuk in het midden van u.	11. Dan zal geheel Israël het horen en vrezen en men zal niet opnieuw zulk een wandaad in uw midden doen.
Uit: Herziene Statenvertaling (Stichting HSV)	Uit: Statenvertaling (Jongbloed-editie)	Uit: NBG-vertaling 1951 (Nederlands Bijbelgenootschap)

Daar is geen woord Spaans bij. Je kunt erover van mening verschillen wat hier nu precies wordt gecriminaliseerd. Is het een verbod op godslastering (blasfemie), op afvalligheid (apostasie) of op ketterij (heresie)? Maar vast staat het volgende:

- (1) In ieder geval staat er de doodstraf op;
- (2) Op een betrekkelijk wrede manier voltrokken (steniging);
- (3) Door iedereen die tot het volk behoort (lynch-justitie);
- (4) Jegens iedereen ten uitvoer te leggen (ook je naaste familie);
- (5) En dat met het oogmerk van wat we tegenwoordig 'generale preventie' noemen ('heel Israël zal het horen').⁸⁵

In 2013 is in Nederland het artikel over godslastering afgeschaft.⁸⁶ Maar de vraag is natuurlijk: hoe heeft dat zo lang kunnen duren? En hoe is het mogelijk dat *ondanks* het feit dat in het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens en de Fundamentele Vrijheden expliciet het recht is erkend om een godsdienst erop na

85 Zie daarover: Haag, Ernest van den, *Punishing Criminals: Concerning a Very Old and Painful Question*, Basic Books, Inc., Publishers, New York 1975, p. 51 ff.

86 De Tweede Kamer stemde in met het schrappen van het wetsartikel over godslastering op 16 april 2013 en de Eerste Kamer op 3 december 2013. Zie: Vrieling, Jogchum, 'Godslastering', in: *Nederlands Juristenblad*, Afl. 3, 2014, pp. 185-189, p. 185. Artikel 147 Sr. formuleert (formuleerde) het als volgt: "Met gevangenisstraf van ten hoogste drie maanden of geldboete van de tweede categorie wordt gestraft: →





DEEL 2 MORELE EN IMMORELE RELIGIEUS GELEGITIMEERDE PRAKTIJKEN IN HET GEZONDHEIDSRECHT

te houden en van godsdienst te veranderen toch godslasteringswetten en wetten over wat heet de ‘defamation of religion’⁸⁷ worden hooggehouden?

Nu is de tekst van Artikel 9, lid 1, van het EVRM, voorzichtig. Het luidt immers:

“Een ieder heeft recht op vrijheid van gedachte, geweten en godsdienst; dit recht omvat tevens de vrijheid *om van godsdienst of overtuiging te veranderen (...).*”

1. hij die zich in het openbaar, mondeling of bij geschrift of afbeelding, door smadelende godslasteringen op voor godsdienstige gevoelens krenkende wijze uitlaat;
2. hij die een bedienaar van de godsdienst in de geoorloofde waarneming van zijn bediening bespot;
3. hij die voorwerpen aan een eredienst gewijd, waar en wanneer de uitoefening van die dienst geoorloofd is, beschimpt”.

In de landenrapportage in *Freedom of Thought 2013. A Global Report on Discrimination against Humanists, Atheists and the Nonreligious*, International Humanist and Ethical Union, Londen 2013, pp. 229-230 wordt ook Nederland behandeld. De Nederlandse situatie ten aanzien van vrijheid van gedachte wordt getypeerd tussen het portret van Monaco (‘systemic discrimination’) en Zwitserland (‘systemic discrimination’). Voor Nederland geldt het goede nieuws: ‘Free and equal’. Maar die positie dankt Nederland aan het feit dat nog net voor verschijnen van het rapport het verbod op godslastering in de Tweede en daarna Eerste Kamer was afgeschaft, zij het dan dat de Eerste Kamer maar met moeite afstand kon doen van de discriminerende praktijk die Nederland sinds de jaren dertig van de 20e eeuw tot aan 2013 had gepraktiseerd (bijna een eeuw dus). De Eerste Kamer nam nog een motie aan om te onderzoeken of toch niet een speciale voorziening zou kunnen worden getroffen voor belediging van godsdienstige gevoelens: de motie Schrijver c.s. Zie: Eerste Kamer, Vergaderjaar 2013-2014, ‘Motie van het lid Schrijver c.s.’, Voorgesteld 26 november 2013, 32 203, Voorstel van Wet van de leden Schouw en De Wit tot wijziging van het Wetboek van Strafrecht in verband met het laten vervallen van het verbod op godslastering, p. 1. (de motie werd mede ondertekend door: Dupuis van de VVD, Engels van D66, Franken van het CDA en Vliegthart van de SP). Voor kritiek op deze motie, zie ook: Vrielink, Jogchum, ‘Godslastering’, in: *Nederlands Juristenblad*, Afl. 3, 2014, pp. 185-189.

- 87 Zie daarover: Evenhuis, Angela, *Blasphemous matter: Blasphemy, Defamation of Religion and Human Rights*, A Magenta Foundation publication, Amsterdam 2008; Scharffs, Brett G., ‘International Law and the Defamation of Religion Conundrum’, in: *The Review of Faith & International Affairs*, Volume II, Number 1, 2013, pp. 66-75; 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.





Op basis van deze tekst beschermt het EVRM dus het recht van een Christen om Moslim te worden en het recht van een Moslim om Christen te worden. Nu is 'apostasie' ('afvalligheid') een relatief begrip in de zin dat het altijd bekeken wordt vanuit een bepaald perspectief van één van de religies. Een moslim die Christen wordt is vanuit de Islam bekeken een apostaat. En een Christen die Moslim wordt is vanuit het perspectief van het Christendom bekeken een apostaat. Omdat het EVRM het recht beschermt van het ene geloof over te gaan op het andere, beschermt het EVRM het 'recht op apostasie'. Men kan het ook zo zeggen: het EVRM creëert een 'mensenrecht op apostasie'.

Ik zeg dat zo nadrukkelijk omdat apostasie in de wereld gevoelig ligt en vele codificaties in de wereld het criminaliseren. Het EVRM staat hier in ieder geval op gespannen voet met de sharia die in vele landen als superieur aan de grondwet wordt gezien.

De vraag die zich nu opdringt is of het EVRM ook 'universele apostasie' beschermt: dat wil zeggen het recht om *alle godsdiensten* de rug toe te keren. Strikt genomen staat dat er niet. Er staat dat je van de enige godsdienst op de andere mag overgaan. Een strikt letterlijke lezing zou dus met zich mee kunnen brengen dat je *alleen maar* het Christendom (laat ik deze godsdienst even als voorbeeld nemen) mag verlaten als je daarna boeddhist of moslim wordt, maar niet wanneer je het Christendom inruilt voor socialisme, anarchisme of nihilisme. Toch denk ik dat we geneigd zijn die consequentie niet te trekken en dat dus eigenlijk het EVRM ook een recht erkent of creëert op wat ik zou willen noemen *universele apostasie*, een 'recht op atheïsme' eigenlijk.

Ook dat is (of was), wederom, een mijlpaal in de geschiedenis. Wie zegt dat ik nu te snel ga heeft een zekere mate van gelijk aan zijn kant (immers de wetstekst geeft aan mijn interpretatie weinig steun), maar deze persoon zou ook moeten verdedigen dat het dan niet in strijd is met de tekst van Artikel 9 EVRM dat iemand voor altijd tot een religieuze positie is veroordeeld. Uittreding uit de religieuze positie als zodanig zou dan onmogelijk zijn. Religieus geboren zou betekenen religieus het graf in. Ik ga daar niet van uit. Ik ga ervan uit dat het EVRM een recht vestigt op apostasie in de beperkte zin, maar ook in de ruime zin (en dus een mensenrecht op atheïsme).

Nu de kwestie van de 'diffamatie van religie' of die van de godslastering. Het lijkt mij dat wanneer je een recht hebt op apostasie (zowel beperkt als in ruime zin) het haast niet anders kan of je moet ook een recht hebben op 'diffamatie' van religie. Hoe moet je die overgang van de ene religie naar de andere anders voorstellen? Als iets dat 'in stilte' moet gebeuren? Opnieuw geldt: die positie zou je kunnen innemen. Je zou kunnen zeggen: iemand mag van de ene religie overgaan op de andere, maar dat moet in stilte gebeuren. Zonder opgaaf van redenen. Of zonder dat aan die redenen ruchtbaarheid wordt gegeven. Tegelijkertijd lijkt dat een absurde eis.

De mens is een sociaal wezen. Hij communiceert met anderen. Hij deelt zijn opvattingen met anderen. In een bepaald opzicht rust ook op hem de *morele plicht* om





DEEL 2 MORELE EN IMMORELE RELIGIEUS GELEGITIMEERDE PRAKTIJKEN IN HET GEZONDHEIDSRECHT

zijn opvattingen te delen met anderen wanneer die anderen daarvan sterk zouden kunnen profiteren. Ook hier ligt een belangrijke legitimatie voor de vrijheid van meningsuiting zoals beschermd in artikel 10 van het EVRM. Stel je voor, een medisch onderzoeker die een middel tegen kanker heeft uitgevonden. En stel hij zou zeggen: 'dit houd ik liever voor mijzelf'. Een dergelijk persoon zouden we sterk veroordelen. Waarom zou iets heel anders gelden voor levensbeschouwelijke en religieuze waarheden? Het delen van inzichten met anderen is niet alleen een recht, maar ook een morele plicht. Het is onverantwoord een communist (en dus atheïst) te verbieden zijn inzichten met anderen te delen. Het verbod op godslastering in de Nederlandse grondwet dateert van 1932. Het werd opgenomen op initiatief van minister Jan Donner als reactie op een golf van communistische kritiek en ridiculisering van het Christelijk geloof. Donner meende dat een eind moest komen aan de 'uitbraakselen der hel'. Zo werd het godslasteringartikel aangenomen.⁸⁸ Maar dat kan men natuurlijk ter discussie stellen. Waarom zou een atheïst of communist het recht niet hebben zijn atheïstische wereldbeschouwing uit te dragen? Dat is net zo onverantwoord als het aan een religieus gelovige verbieden zijn inzichten te delen met anderen.⁸⁹

Toch is het zo dat op het delen van je inzichten op religieus terrein met anderen, wanneer die kritisch staan ten opzichte van een bepaalde religie of alle religies, een zwaar taboe rust. Er zijn maar weinig mensen die, zoals de Australische filosoof en ethicus Peter Singer wel doet, openlijk uitspreken dat 'defamatie van religie' een 'rechtenrecht is'.⁹⁰ Hoe valt dit te verklaren?

Het antwoord op die vraag is – naar mijn gevoel – dat het idee van Deuteronomium 13:6-11 lang blijft doorwerken. Het blijft als het ware doorwerken in de cultuur, hoewel het zo patent in strijd is met de mensenrechten waaraan de wereldgemeenschap zich in 1948 heeft gecommitteerd. Dat die spanning met mensenrechten echter kon blijven bestaan zonder dat ze werd opgemerkt heeft ook iets te

88 Vrieling, Jogchum, 'Godslastering', in: *Nederlands Juristenblad*, Afl. 3, 2014, pp. 185-189, p. 186.

89 Naar mijn idee is dit de quintessens van: Clifford, W.K., 'The Ethics of Belief', in: *Contemporary Review*, 29 (1876: dec. – 1877: mei), pp. 289-309.

90 Singer, Peter, 'To defame religion is a human right', in: *The Guardian*, 15 april 2009. Dat doet trouwens ook: Ogien, Ruwen, *La liberté d'offenser: Le sexe, l'art et la morale*, Éd. La Musardine, Parijs 2007; Vaneigem, Raoul, *Rien n'est sacré, tout peut se dire: Réflexions sur la liberté d'expression*, La Découverte, Parijs 2003. Zie in de Amerikaanse traditie: Black, Hugo LaFayette, *A Constitutional Faith*, Alfred Knopf, New York 1969; Dworkin, Ronald, 'Should wrong opinions be banned?', in: *The Independent*, 28 mei 1995. In de Britse traditie: Pannick, David, 'A curb on free speech that should offend us all, whatever our religion', in: *The Times*, 11 januari 2005; Winston, Brian, *A Right to Offend*, Bloomsbury, Londen 2012. Een bundel met interessante artikelen is: Appignanesi, Lisa, ed., *Free Expression is No Offence*, Penguin Books, Londen 2005.



maken met een paar – wat men zou kunnen noemen – wetstechnische zaken. Eén daarvan is dat men in moderne codificaties van strafrecht godslastering zo heeft geformuleerd dat het niet direct het lasteren van God strafbaar stelt, maar het lasteren van God voor zover dit een probleem is voor de religieuze gevoelens van zijn aanhangers. Met andere woorden: niet God staat centraal, maar het opzettelijk kwetsen van zijn gelovigen. Het ging in Nederland om iemand die zich ‘door smalende godslasteringen op voor godsdienstige gevoelens krenkende wijze uitlaat’ (art. 147 Sr.). Het gaat dus strikt genomen niet om God, ook niet om de gevoelens van God (voorzover wij die al kunnen kennen), maar om de gevoelens van onze medemensen. Die gevoelens van onze medemensen *over God* mogen wij niet krenken. Althans niet opzettelijk (in ‘smalen’ wordt opzet gelezen). De gevoelens van een marxist *over Marx* mogen wij wel krenken. De gevoelens van een humanist *over Erasmus* ook. Maar niet de gevoelens van een religieus gelovige over zijn God (althans tussen 1931 en 2013, want nu is het verbod op godslastering opgeheven).⁹¹

5.1 *Godslastering als opzetsdelict*

Iets vollediger is het misschien te stellen dat de verdedigers van de hedendaagse godslasteringswetten vaak zeggen dat het hen niet gaat om het beschermen van de naam en faam van God zelf, maar dat het hen gaat om het beschermen van de godsdienstige gevoelens van de mensen tegen opzettelijke kwetsuur, aangebracht door kwaadwillende criticasters van godsdienst.

De godslasteraar wordt dan voorgesteld als iemand die willens en wetens de religieuze gevoeligheden van anderen probeert te kwetsen – een zinloze en moreel verwerpelijke actie.⁹² De nadruk op godslastering als een opzetsdelict had twee gevolgen.

Allereerst dat de godslasteringswetten betrekkelijk ineffectief werden als instrument ter bestraffing van godslasteraars. Immers wanneer de godslasteraar de *opzet* gehad moet hebben om de religieuze gevoelens van anderen kwetsen, dan werpt dat een zware drempel op voor de veroordeling.⁹³ In het Ezelproces van

91 Verschillende paradoxen van het bestaande system worden besproken in: Dacey, Austin, *The Future of Blasphemy: Speaking of the Sacred in an Age of Human Rights*, Continuum, Londen/New York 2012.

92 Mooie voorbeelden uit de Britse rechtspraak geeft: 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;

93 De Nederlandse traditie ten aanzien van godslastering wordt besproken in: Stokkom, Bas van, Sackers, Henry, Wils, Jean-Pierre, *Godslastering, discriminerende uitingen wegens godsdienst en haatuitingen*, Een inventariserende studie, WODC, Ministerie van Justitie, Den Haag 2006. Hier zien we trouwens ook dat godslastering wordt besproken in relatie tot de artikelen die zo dichterbij suggestief en zo weinig juridisch precies worden aangeduid als de artikelen die met ‘haatzaaien’ te maken hebben (artt. 137c en d Sr.).



DEEL 2 MORELE EN IMMORELE RELIGIEUS GELEGITIMEERDE PRAKTIJKEN IN HET GEZONDHEIDSRECHT

Gerard Reve (toen nog Gerard Kornelis van het Reve) bleek dat ook een hobbel die door het Openbaar Ministerie niet kon worden genomen.⁹⁴ De schrifturen van Gerard Reve waren sowieso al moeilijk grijpbaar door de ironische ondertoon,⁹⁵ maar bovendien kon ook nog verdedigd worden dat hij wellicht geheel te goeder trouw een nieuwe theologie aan het ontwikkelen was.⁹⁶

Er was nog een tweede gevolg aan die nadruk op opzet als onderdeel van het delict godslastering: het leek daardoor verantwoord de godslasteringswetten te handhaven. Immers de godslasteraar moest de *opzet* hebben gehad om anderen in hun religieuze gevoelens te kwetsen. En zou dat niet een heel legitiem doel zijn van strafrechtelijk ingrijpen?

Zo hadden we dus een paradoxaal resultaat. Enerzijds werden geen mensen meer veroordeeld op basis van godslastering (iets wat in een seculiere samenleving aanleiding gaf tot een zekere tevredenheid), anderzijds konden de gelovigen die meenden in hun recht te staan wanneer zij claimden dat hun godsdienstige gevoelens bescherming zouden moeten genieten een zekere steun voor die opvatting vinden in de Nederlandse wetgeving. Op symbolische wijze (*law in the books*) kon op die manier toch iets van een officiële staatsopvatting ten gunste van godsdienstigheid overeind worden gehouden.⁹⁷ De opvatting dat een godsdienstige overtuiging geen speciale bescherming verdient boven een niet-godsdienstige overtuiging kon rekenen op een zekere staatssteun.

Het was misschien een onbevredigend compromis, maar het leek een tijd te werken.



94 Het begon met: Reve, Gerard, 'Brief aan mijn bank', 8 Augustus 1963, in: Gerard Reve, *Verzameld werk*, Deel 2, Uitgeverij L.J. Veen, Amsterdam/Antwerpen 1999, pp. 185-188. Zie: Vrielink, Jogchum, 'Godslastering', in: *Nederlands Juristenblad*, Afl. 3, 2014, pp. 185-189, p. 186.

95 Misschien zou een vervolging van zijn broer Karel eenvoudiger geweest zijn voor het Openbaar Ministerie, bijvoorbeeld op basis van een tekst als: Reve, Karel van het, 'De ongelooflijke slechtheid van het opperwezen', in: *NRC Handelsblad*, 20 juli 1985, ook in: Karel van het Reve, *De ongelooflijke slechtheid van het opperwezen*, Van Oorschot, Amsterdam 1987, pp. 7-20. Zie ook: Verhofstadt, Dirk, *Atheïsme als basis voor de moraal*, Houtekiet, Antwerpen 2013, p. 97; Ellian, Afshin, 'Op de grens van vrijheid: ketterij in de vrije samenleving', in: Afshin Ellian, Gelin Molier, Tom Zwart, eds., *Mag ik dit zeggen? Beschouwingen over de vrijheid van meningsuiting*, Boom Juridische Uitgevers, Den Haag 2011, pp. 117-139, p. 91.

96 Zoals hij zelf uiteenzette in: Reve, Gerard, *Vier Pleidooien*, 1971, in: Gerard Reve, *Verzameld Werk*, Deel 2, Uitgeverij L.J. Veen, Amsterdam/Antwerpen 1999, pp. 343-409.

97 Een laatste restje van een 'staatsgodsdienst' die Nederland, zoals zoveel andere Europese landen, heeft gehad en volgens het 'God, Nederland en Oranje' nog steeds zou hebben.





5.2 De Machiavellistische reden om godslasteringswetten te handhaven

Een tweede reden waarom men godslasteringswetten in een moderne samenleving leek te kunnen handhaven is meer een machiavellistische manier van optreden, een manier die ook weer werd gepresenteerd vlak na de moord op Theo van Gogh – het meest expliciet door de toenmalige minister van justitie Piet-Hein Donner.⁹⁸ Voor een goed begrip van die argumentatie is het van belang dat we eerst op het netvlies krijgen wat de achtergrond was van de moord op Theo van Gogh (1957-2004). Naar mijn gevoel: dit was gedaan, geheel in de geest van Deuteronomium 13:6-11.⁹⁹ Die passage bepaalt immers: dat elke rechtgeaarde burger in de samenleving de religieuze en morele plicht heeft¹⁰⁰ om een burger te doden die zich overgeeft aan godslastering – in het bijzonder wanneer *de overheid* nalatig blijft in het straffen van de godslasteraar. Met andere woorden: B. handelde geheel in de geest van Numeri 25. Hij nam, net als Pinechas in het voornoemde verhaal, het recht in eigen hand om de eer van God te wreken.

Nu kan je vanuit die positie twee kanten uit en het is goed die twee kanten expliciet te vermelden. De eerste is dat je als een gegeven accepteert dat godslastering heftige gevoelens oproept in de samenleving en dat om die gevoelens te apaise-

98 Dool, Pim van den, 'Senaat stemt in met schrappen van verbod op godslastering', in: *NRC Handelsblad*, 3 december 2013: 'Na de moord op Theo van Gogh opperde Piet Hein Donner, toenmalig minister van Justitie, de strafbaarstelling van godslastering te reanimeren. Reden voor D66 om juist te pleitten voor afschaffing van het wetsartikel. Het zou onnodig zijn gelovigen beter tegen belediging te beschermen dan ongelovigen. En de wet zou de vrijheid van meningsuiting beperken'.

99 Ik heb dit punt direct na de moord uitgewerkt in: Cliteur, Paul, 'Godslastering en zelfcensuur na de moord op Theo van Gogh', in: *Nederlands Juristenblad*, Afl. 45, 2004, pp. 2328-2335; Cliteur, Paul, 'De eigen-schuld theorie', in: *Hoe nu verder? 42 visies op de toekomst van Nederland na de moord op Theo van Gogh*, Spectrum, Utrecht 2005, pp. 14-20; Cliteur, Paul, 'Krieger ist nicht gleich Krieger', in: Chervel, Thierry & Seeliger, Anja, hrsg., *Islam in Europa : Eine internationale Debatte*, Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main 2007, pp. 117-128, ook in: Cliteur, Paul, 'The Postmodern Interpretation of Religious Terrorism', in: *Free Inquiry*, februari/maart, Volume 27, nr. 2, 2007, pp. 38-41. Zie ook: Ellian, Afshin, 'Volkert van der G., Mohammed B. en Mohammed A.', in: *Hoe nu verder? 42 visies op de toekomst van Nederland na de moord op Theo van Gogh*, Spectrum, Utrecht 2005, pp. 86-98; zie ook de inleiding tot: Ellian, Afshin, *Allah weet het niet beter: Columns*, J.M. Meulenhoff, Amsterdam 2008.

100 En vanuit een premodern perspectief worden 'religieuze plichten' ook niet onderscheiden van 'morele plichten', immers het religieuze is tevens moraal en het morele tevens religieus. Denk aan wat Bryce daarover schrijft.





DEEL 2 MORELE EN IMMORELE RELIGIEUS GELEGITIMEERDE PRAKTIJEN IN HET GEZONDHEIDSRECHT

ren het voor de hand ligt de overheid de godslasteraar te laten straffen.¹⁰¹ Door het opleggen van die straf, verschaft men aan de samenleving een zekere genoegdoening. Men handhaaft de maatschappelijke vrede door als staat of als overheid te laten zien dat men het afkeurt dat een individueel lid van die samenleving zich overgeeft aan het lasteren van de naam van God.

Tom Herrenberg citeert een uitspraak van de Secretaris-Generaal van de Verenigde Naties, Ban Ki-Moon, uit 2012, die commentaar gaf op een filmpje dat was geüpload op het internet en dat wellicht illustratief is in dit verband.¹⁰² Het filmpje (of een fragment van een film, het is namelijk geleidelijk duidelijk geworden dat een integrale film nooit heeft bestaan) werd bekend als *Innocence of Muslims*, gemaakt door een Amerikaanse koptische Christen die opereert onder de (schuil)naam Nakoula Basseley Nakoula, Sam Bacile of Mark Basseley Youssef. Het is een soort imitatie (slecht gelukt, kan men zeggen) van Monty Python's *Life of Brian* (1979), zij het dan niet over Jezus Christus maar over de profeet Mohammed. Bakas en Buwalda geven daarop het volgende commentaar:

“In 1979, Monty Python made *The Life of Brian*, in which Jesus was made to look immortally ridiculous. Although Jesus is also an Islamic prophet, no Muslims got worked up about it. Christians in Europe and the United States frequently became angry, but never violent. No judges banned the film and gradually the reli-humor of Monty Python became more accepted. However, an ironic *Life of Mohammed* simply wouldn't be possible in the twenty-first century. This is a pity. Laughter is still the shortest distance between people, and self-mockery can work wonders.”¹⁰³

De Secretaris-Generaal van de Verenigde Naties heeft echter een andere visie dan de trendwatchers Bakas en Buwalda. Naar aanleiding van het filmpje van Nakoula Basseley Nakoula zei Ban Ki-Moon:

101 Dat was ook de reden waarom de koloniale overheden godslastering (ook het lasteren van de niet-Christelijke god) strafbaar gesteld wilden hebben in de gekoloniseerde gebieden. Zie daarover: Kenny, Courtney, ‘The evolution of the law of blasphemy’, in: *The Cambridge Law Journal*, Vol. I, No. 2, 1922, pp. 127-142.

102 Herrenberg, Tom, ‘Vrijheid van meningsuiting in de multiculturele samenleving: evaluatie van twee tegenstrijdige perspectieven’, in: *Civis Mundi*, 14 januari 2014, full tekst: <http://www.civismundi.nl/index.php?p=artikel&aid=2237>

103 Bakas, Adjiedj, & Buwalda, Minne, *The Future of Faith: Ethics, Religion and Spirituality in the New World Order*, with a foreword by Ashok Bhanaut, Scriptum Publishers, Schiedam 2010, p. 132.



“Iedereen komt de vrijheid van meningsuiting en de vrijheid van vereniging toe. Dit zijn zeer fundamentele rechten. Echter, tegelijkertijd, dient de vrijheid van meningsuiting niet te worden misbruikt door individuen. De vrijheid van meningsuiting moet worden gewaarborgd en beschermd indien zij wordt aangewend voor gemeenschappelijke rechtvaardigheid, voor een gemeenschappelijk doel. Wanneer sommige mensen de vrijheid van meningsuiting gebruiken om te provoceren of om de waarden en overtuigingen van iemand anders te vernederen, dan kan de uitingsvrijheid niet op dezelfde manier beschermd worden. Dus mijn positie is als volgt, hoewel de vrijheid van meningsuiting een fundamenteel recht is, mag deze niet worden misbruikt door zulke mensen, door middel van een dergelijke schandelijke en beschamende daad.”¹⁰⁴

Dat de Secretaris-Generaal van de Verenigde Naties het nodig acht commentaar te leveren op een filmpje dat op het internet is geüpload door een totaal onbekende activist mag om te beginnen opmerkelijk heten.¹⁰⁵ Zegt dat wellicht iets over de wereld waarin wij leven? Maar niet alleen *dat* Ban Ki-Moon commentaar leverde, ook *wat* hij zei was zeer opmerkelijk. Men kan wellicht zeggen: als men serieus zou nemen wat hij hier zei, dan zouden verklaringen als de Universele Verklaring van de Rechten van de Mens (1948) zoals die door de Verenigde Naties zijn vastgesteld of het Internationaal Verdrag inzake Burgerrechten en Politieke Rechten (1966) volledig betekenisloos zijn geworden.

Is satire in het vervolg ‘misbruik’ van de vrijheid van meningsuiting?¹⁰⁶ Of alleen wanneer het gaat om satire ten aanzien van een godsdienst? Of alleen als het gaat om satire over de profeet?

En gaat het hier om een tijdelijke kwestie? Een hopelijk kortstondige maatregel in het kader van staatsnoodrecht (een moratorium op de werking van het UVRM en het EVRM) of is de werking van de mensenrechten naar alle waarschijnlijk permanent opgeschort?

Onheilspellend zijn ook de woorden dat de vrijheid van meningsuiting moet worden ‘aangewend voor gemeenschappelijke rechtvaardigheid, voor een gemeen-

104 Vertaling door Herrenberg. De originele tekst van de verklaring is te lezen op <http://www.un.org/News/Press/docs/2012/sgsm14518.doc.htm>.

105 Zie ook: Vrieling, Jogchum, ‘Islamophobia’ and the law: Belgian hate speech legislation speech and the wilful destruction of the Koran’, in: *International Journal of Discrimination and the Law*, 2013:13:4, pp. 1-12, pp. 2-3.

106 Zie ook Molier over ‘there is no such thing as a false idea’, in: Molier, Gelijk, ‘De vrijheid van meningsuiting: ‘it’s politics all the way down’’, in: Afshin Ellian, Gelijk Molier, Tom Zwart, eds., *Mag ik dit zeggen? Beschouwingen over de vrijheid van meningsuiting*, Boom Juridische Uitgevers, Den Haag 2011, pp. 205-243, p. 236.



DEEL 2 MORELE EN IMMORELE RELIGIEUS GELEGITIMEERDE PRAKTIJEN IN HET GEZONDHEIDSRECHT

schappelijk doel'. Het is het soort taal die doet denken aan Orwell's *1984*.¹⁰⁷ Wanneer rechterlijke instanties (het Europees Hof voor de Rechten van de Mens in Straatsburg of de mensenrechtencomités die de VN-verdragen interpreteren) in het vervolg als criterium voor de beperking van de vrijheid van meningsuiting zouden gaan hanteren de vraag of de meningsuiting 'gemeenschappelijke rechtvaardigheid' dient, wat zou dan overblijven van de schone woorden uit 1948, herhaald in 1966? En zou dat 'gemeenschappelijk doel' trouwens ook kunnen zijn: het op satirische wijze becommentariëren van religieuze iconen? Of is dat te gevaarlijk geworden?¹⁰⁸

De interpretatie die Ban Ki-Moon hier geeft aan de mensenrechtenverklaringen die door zijn eigen organisatie zijn uitgevaardigd (zij het lang geleden, in 1948 en 1966) doen denken aan de wijze waarop dictators als Stalin en Idi Amin plegen te spreken over vrijheid van meningsuiting. De dictator bevestigt eerst dat deze vrijheid 'natuurlijk' overeind staat, maar laat daarop onmiddellijk volgen dat men geen uitlatingen mag doen die kunnen worden opgevat als 'provocaties' of het 'goed functioneren van de klasseloze maatschappij frustrerend' of 'in strijd met de waarheid zoals door het Vaticaan vastgesteld'.¹⁰⁹

Het verschil lijkt alleen te zijn dat Ban Ki-Moon geen dictator is maar een gegijzeld. Hij wordt (of denkt te worden) gegijzeld. Hij denkt misschien dat de vrede in de wereld alleen te handhaven is door een concessie te doen aan potentiële geweldsplegers. De delicate vraag is natuurlijk: is het juist dat men daarmee de vrede handhaaft? Of brengt men daarmee onheil alleen maar dichterbij?

In ieder geval lijkt dit het mechanisme op basis waarvan in het verleden vele ketteren, godslasteraars, afvalligen (en wat voor andere dissidente posities men in religieus opzicht wil onderscheiden) de doodstraf of andere straffen opgelegd

107 Orwell, George, *Nineteen Eighty-Four*, Penguin Books, Londen 2003 (1949).

108 Ik laat hier nog buiten beschouwing dat Ban Ki-Moon geen oog lijkt te hebben voor de gevaren van zelfcensuur. Zie: Jolley, Rachael, 'A historic tale of religious freedom and free speech', in: *Index on Censorship*, 2013:42:3, pp. 3-5, p. 3: 'There is another, more hidden, threat to freedom. Those who worry about offending another's religious beliefs in speech, writing or action may practice self-censorship to a level at which they stop themselves tackling a subject'. De opvattingen van Ban Ki-Moon lijken verwant aan die van de Nederlandse politicus Balkenende. Zie: Beaufort, Fleur de, & Schie, Patrick van, 'Gemaakt voor gevoelige momenten: een liberale geschiedkundige en politiek-filosofische beschouwing over en pleidooi voor ruimere vrijheid van meningsuiting', in: Afshin Ellian, Gelijk Molier en Tom Zwart, eds., *Mag ik dit zeggen? Beschouwingen over de vrijheid van meningsuiting*, Boom Juridische Uitgevers, Den Haag 2011, pp. 29-49, p. 29.

109 Zie ook: Verhofstadt, Dirk, *Atheïsme als basis voor de moraal*, Houtekiet, Antwerpen 2013, p. 112.





hebben gekregen. De overheden meenden dit te moeten doen om de samenleving te beschermen tegen onheil dat in het verschiet zou liggen bij het vrijgeven van ongebreidelde religiekritiek. In de machiavellistische variant van deze overtuiging is het dan niet omdat men de straf van God zelf vreest, maar de straf van de gelovigen. De sociale orde is niet te handhaven wanneer iedereen maar ongezouten zijn mening geeft over God. Godslastering moet dan niet bestraft worden omdat de overheid of de staat een helder afwijzend standpunt heeft over het lasteren van de naam van God, maar omdat men ervan uitgaat dat dit *in de samenleving* zo ligt, en men die gevoelens in de samenleving denkt te moeten apaiseren. Het is een soort 'Pilatus-houding'.

5.3 Van Machiavelli naar Pilatus

Pilatus kan het zelf niet schelen dat Jezus een godslasteraar is. Pilatus is een Romein. Voor hem heeft die God van de Christenen sowieso geen betekenis. Nadat Jezus is opgepakt probeert hij de menigte ervan te overtuigen dat Jezus niet schuldig is. "Ik zal hem hier buiten aan u tonen om u duidelijk te maken dat ik geen enkel bewijs van zijn schuld heb gevonden", zegt Pilatus (Johannes 19:4). Maar dat overtuigt de menigte niet. Men zegt: "Wij hebben een wet die zegt dat hij moet sterven, omdat hij zich de Zoon van God heeft genoemd" (Johannes 19:7).¹¹⁰ Op dat moment wordt Pilatus multiculturalist. Hij realiseert zich dat hij zich moet verplaatsen in een wettensysteem van het andere volk. Hij kan het dan wel *zelf* onrechtvaardig vinden iemand te straffen die niets strafwaardigs heeft gedaan, maar we hebben hier nu eenmaal te maken met een primitief volk dat kennelijk vindt dat hun god is belasterd. En een verlichte Romein kan daar dan wel een ontspannen houding tegenover aannemen,¹¹¹ maar bij de barbaren is het nu eenmaal de gewoonte dat zo iemand dan een wrede dood moet sterven.¹¹²

110 De pretentie de 'Zoon van God' te zijn is natuurlijk vanuit bijna elk standpunt bekeken een godslasterlijke pretentie, behalve één: de Christelijke. Zeer interessante beschouwingen hierover vindt men bij: Waldron, Jeremy, 'Rushdie and Religion', first published under the title 'Too important for Tact' in: *The Times Literary Supplement*, 10 maart 1989, pp. 248 and 260, and reprinted in: Jeremy Waldron, *Liberal Rights: Collected Papers 1981-1991*, Cambridge University Press, Cambridge/New York 1993, pp. 134-143.

111 Zie over de Romeinse opvattingen: Lecky, W.E.H., *History of European Morals from Augustus to Charlemagne*, I, Longmans, Londen 1869, p. 169 ff.

112 De verleiding is misschien groot om tegen te werpen dat kruisiging een Romeinse straf was, geen Joodse. Dat is waar, maar de vraag is niet of kruisiging wreed is (waar iedereen het over eens zal zijn), maar of de doodstraf moet volgen op godslastering. En in dat laatste opzicht waren de Romeinen verlicht: zij vonden godslastering géén doodstrafwaardig delict. Net als wij, Nederlanders dus, het geen strafwaardig delict meer vinden (waar we dan weer wel 2013 jaar over na hebben moeten denken om tot dit resultaat te komen). Nederland is wat dat betreft een *Verspätete Nation* en nog steeds kan niet iedereen deze late Verlichting waarderen.





DEEL 2 MORELE EN IMMORELE RELIGIEUS GELEGITIMEERDE PRAKTIJKEN IN HET GEZONDHEIDSRECHT

Pilatus meent zich te moeten conformeren aan die barbarij. 's Lands wijs, 's lands eer. Pilatus is een cultuurrelativist. Maar hij is vooral een realistische ordebewaarder die zich realiseerde dat het volk in opstand zou komen wanneer hun bloed-dorstigheid niet zou worden gehonoreerd. Pilatus werd 'erg bang' toen hij dat allemaal zag (Johannes 19: 8). Toch deed hij nog een poging Jezus de marteldood te besparen. Hij probeert de zwijgende Jezus aan de praat te krijgen in de hoop dat deze een overtuigende verdediging van zijn eigen optreden zou presenteren. Maar Jezus blijkt recalcitrant. Hij laat zich alleen maar in obscure bewoordingen uit tegenover Pilatus over zijn eigen missie. En vooral: hij laat zich niet bewegen tot enige apologie van zijn eigen optreden (zoals Socrates wel had gedaan in zijn door Plato opgetekende apologie).¹¹³ En dan komt de menigte met een sterk argument voor de veroordeling van Jezus. Het volk neemt een soort strategisch cultuurrelativistische houding aan. Dat wil zeggen: het gaat aan Pilatus duidelijk maken dat Jezus niet alleen de *Joodse wetgeving* heeft overtreden, maar dat hij zich ook heeft schuldig gemaakt aan het overtreden van de *Romeinse wetten*. Het volk zegt: "Als u die man vrijlaat bent u geen vriend van de keizer, want iedereen die zichzelf tot koning uitroept pleegt verzet tegen de keizer" (Johannes 19:12). Pilatus gaat op dat argument niet in en beperkt zich ertoe Jezus' koningschap te blijven zien als een intern-Joodse aangelegenheid. Hij zegt wel: "Hier is hij, uw koning" (Johannes 19: 14). En als de roep tot kruisiging oplaait, probeert Pilatus het nog even met "Moet ik uw koning kruisigen?". De hogepriesters geven hierop een intrigerend antwoord. Zij verschuilen zich, zoals men zou verwachten, niet achter *hun eigen wet* volgens welke Jezus zou moeten worden gekruisigd, maar roomser dan de paus zeggen zij: "Wij hebben geen andere koning dan de keizer" (Johannes 19:15). De hogepriesters waren ineens 'heel goed geïntegreerd' in de Romeinse rechtsorde. Zij namen plaatsvervangend aanstoot aan het schenden van de *Romeinse wetten*. En zo werd Jezus overgedragen ter kruisiging. Hij werd opgeofferd ter handhaving van de maatschappelijke vrede. De godslasteraar moest dood 'om erger te voorkomen'.

Vanuit een dergelijke logica kan men ook zeggen: als de Nederlandse overheid de godslasteringswet zou revitaliseren (zoals de Nederlandse minister van justitie wilde en *de facto* ook Ban Ki-Moon voorstelde op wereldschaal, door een interpretatie te geven aan mensenrechten die de kern daarvan vernietigt), dan zal dat potentiële geweldsplegers wind uit de zeilen nemen en zullen zij geen nieuwe slachtoffers à la Van Gogh maken. Dus laten we vooral het godslasteringartikel in de Nederlandse strafwet handhaven. Sterker nog: laten we het voortvarender gaan toepassen. Als Theo van Gogh door de Nederlandse rechtsorde zou zijn gestraft voor zijn godslastering, dan zou zijn moordenaar daar misschien genoe-

113 Plato, *Apology*, in: Plato, *Complete Works*, ed. John M. Cooper, Hackett Publishing Company, Indianapolis 1997. Zie ook: Bury, J.B., 'The Trial of Socrates', 1926, in: J.B. Bury, *Selected Essays*, Edited by Harold Temperley, Adolf M. Hakkert, Amsterdam 1964, pp. 75-90.



gen mee hebben genomen. Helaas had de Nederlandse rechtsorde het erbij laten zitten met de handhaving van de godslastering sinds het debâcle van het Ezelproces van Reve in 1966 (het jaar waarin Reve ook toetrad tot de Katholieke Kerk).

De combinatie tussen machiavellisme en de Pilatus-houding is echter niet de enige positie die men in deze kwestie kan innemen.

5.4 *De Holbach-positie*

Er is natuurlijk ook een tweede reactie mogelijk op het religieus fundamentalisme en fanatisme dat Van Gogh fataal is geworden. Die tweede reactie is: het is pertinent onjuist om toe te geven aan de bloeddorstigheid van het ongecultiveerde volk dat kennelijk nog steeds in de ban is van de geest van Deuteronomium 13:6-11. We moeten juist *niet* doen wat Pilatus wel deed in de hiervoor beschreven situatie, namelijk toegeven aan de massa. Wanneer iets onrechtvaardig is (zoals het straffen van de blasfemist of de apostaat), dan moeten we daaraan niet meewerken. We moeten proberen het volk op te voeden in verlichte deugdzaamheid. Dit klinkt natuurlijk heel stichtelijk en pathetisch of ‘verlichtingsfundamentalistisch’¹¹⁴ en ja, misschien is het dat ook wel. Het gaat ook uit van de notie van ‘morele vooruitgang’ – dat zoiets mogelijk is.¹¹⁵ Dat een samenleving met algemeen kiesrecht beter is dan een samenleving zonder algemeen kiesrecht. Dat een samenleving met vrouwenemancipatie beter is dan een samenleving zonder vrouwenemancipatie. Dat een samenleving zonder slavernij beter is dan een samenleving met slavernij. En het gaat er ook vanuit dat volkeren, naties, werelddelen verder kunnen komen in hun morele status en opvattingen – dat ze misstanden kunnen bestrijden en dat de mens ook een waardigheid heeft die geschonden kan worden en die het waard is om hoog gehouden te worden.

Toegepast op ons onderwerp betekent dat: ‘Godslastering’, ketterij en apostasie *zijn mensenrechten*. Deze posities (een god te bekritisieren die je afwijst; een andere god aan te nemen; af te vallen van de godsdienst die door je ouders voor je gekozen is, of die de koning vindt dat je moet aanhangen, louter omdat je in een bepaald land bent geboren) wordt beschermd door het Europees mensenrechtenacquis. De hele denkwereld van Deuteronomium 13:6-11 moet worden verworpen.

114 Philipse, Herman, *Verlichtingsfundamentalisme?* Open brief over Verlichting en fundamentalisme aan Ayaan Hirsi Ali, Mede bestemd voor Piet Hein Donner, minister van Justitie en coördinerend minister in de strijd tegen terreur, Uitgeverij Bert Bakker, Amsterdam 2005.

115 Wat ook Grayling doet in: Grayling, A.C., *Towards the Light: The Story of the Struggles for Liberty & Rights that made the Modern West*, Bloomsbury Publishing, Londen 2007 of Bury in: Bury, J.B., *A History of the Freedom of Thought*, Thornton Butterworth, Londen 1932 (1913).



DEEL 2 MORELE EN IMMORELE RELIGIEUS GELEGITIMEERDE PRAKTIJKEN IN HET GEZONDHEIDSRECHT

Als we de tweede positie ook aan een naam willen ophangen zouden we kunnen zeggen dat Pierre Henri Baron d'Holbach (1723-1789) hiervoor een geschikte kandidaat lijkt.¹¹⁶ Hij sprak als een van de eersten een duidelijk anti-religieus, anti-christelijk, anti-Joods,¹¹⁷ kortom een *atheïstisch* standpunt uit.¹¹⁸ Waar tijdgenoten als Voltaire nog machiavellistische concessies deden aan het religieuze wereldbeeld, was Holbach onverbiddelijk: het klopt niet en men moet dat gewoon uitspreken.¹¹⁹ Hij is daarmee de voorloper van de hedendaagse New Atheists.¹²⁰

Holbach kon natuurlijk niet vrij spreken in zijn tijd en hij publiceerde dus anoniem. Of onder een valse naam. Of hij publiceerde een manuscript van hemzelf maar zei dan dat het van een oude Griek was en dat hij het ergens op een zolder had gevonden.¹²¹ De grote iconoclasten uit het verleden hadden allerlei strate-

116 Zie van hem: Holbach, D', Paul-Henri Thiry, *Histoire Critique de Jésus Christ ou Analyse raisonnée des Evangiles*, Edition critique par Andrew Hunswick, Librairie Droz S.A., Genève 1997 (1770) ; Holbach, D', Paul-Henri Thiry, *La Contagion Sacrée ou Histoire Naturelle de la Superstition*, Texte établi par Jean Pierre Jackson, Coda, Parijs 2006 (1768); Holbach, D', Paul-Henri Thiry, *La Théologie Portative ou Dictionnaire abrégé de la Religion Chrétienne*, Texte établi par Jean Pierre Jackson, Coda, Parijs 2006 (1768).

117 Let op: in religieuze zin, niet in etnische zin! Dat moet dan altijd duidelijk vermeld worden om te voorkomen dat Holbach postuum het etiket 'antisemiet' krijgt opgeplakt. Zie over zijn opvattingen over de Joodse godsdienst: Holbach, D', Paul-Henri Thiry, *L'Esprit du judaïsme ou Examen raisonné de la loi de Moïse & de son influence sur la religion chrétienne suivi de David, ou L'Histoire de l'homme selon le cœur de Dieu*, Texte établi et annoté par Jean Pierre Jackson, Coda, Parijs 2010 (1768-1770).

118 Ik definieer 'atheïsme' hier dus als a-theïsme, dat wil zeggen de positie die het godsbeeld van Jodendom, Christendom en Islam niet accepteert. Zie over deze omschrijving: Cliteur, P.B., 'The Varieties of Atheist Experience', in: *Philosophy Now*, april/mei 2010, pp. 6-8 en uitvoeriger in: Cliteur, Paul, 'The Definition of Atheism', in: *Journal of Religion and Society*, Volume 11, 2009, pp. 1-23, full text: <https://openaccess.leidenuniv.nl/bitstream/handle/1887/13458/Cliteur%20The%20Definition%20of%20Atheism%202009.pdf?sequence=1>

119 Zie over hem: Blom, Philipp, *A Wicked Company: Forgotten Radicalism of the European Enlightenment*, Basic Books, New York 2010.

120 Zie daarover: Amarasingam, Amarnath, ed., *Religion and the New Atheism: A Critical Appraisal*, Brill, Leiden 2010; Bradley, Arthur, and Tate, Andrew, *The New Atheist Novel: Fiction, Philosophy and Polemic after 9/11*, Continuum, Londen/New York 2010; Stenger, Victor J., *The New Atheism: Taking a Stand for Science and Reason*, Prometheus Books, Amherst N.Y. 2009.

121 Zie: Hunswick, Andrew, 'Introduction', in: Holbach, Baron d', *Histoire Critique de Jésus Christ ou Analyse raisonnée des Evangiles*, Edition critique par Andrew Hunswick, Librairie Droz S.A., Genève 1997, pp. 13-92.





6 RELIGIEUS GELEGITIMEERDE PRAKTIJKEN

geën om mee te doen aan het publieke debat zonder dat zij hun dissidente opvattingen onder hun eigen naam bekend maakten aan de wereld.¹²²

6 Religieus gelegitimeerde praktijken

Het is dan interessant te bezien of we een typologie kunnen presenteren van religieus gelegitimeerde praktijken en te beoordelen hoe de seculiere rechtsorde zich daartoe zou moeten verhouden. In het eerste deel van mijn preadvies ben ik ingegaan op het meest zware geval van een immorele religieus gelegitimeerde praktijk, namelijk het beëindigen van het leven van mensen op grond van apostasie, godslastering en ketterij. Dat is tegenwoordig in de meeste westerse rechtsordes verdwenen.¹²³ In westerse jurisdicties worden godslasteringswetten doorgaans afgeschaft (in 2013 in Nederland, in 2008 in het Verenigd Koninkrijk). Voor apostasie geldt verder dat het beschermd wordt door mensenrechten, in het bijzonder de vrijheid van godsdienst met daarin opgenomen de vrijheid om van godsdienst te veranderen. Artikel 9, lid 1 van het EVRM luidt immers:

“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 privé zijn godsdienst te belijden of overtuiging tot uitdrukking te brengen in erediensten, in onderricht, in praktische toepassing ervan en in het onderhouden van geboden en voorschriften.” (cursive-ring toegevoegd; PC)

122 Zie hierover: Pollock, Frederick, ‘The Theory of Persecution’, in: *Essays in Jurisprudence and Ethics*, MacMillan, Londen 1882, pp. 144-176; Strauss, Leo, ‘Persecution and the Art of Writing’, 1941, republished in: Leo Strauss, *Persecution and the Art of Writing*, The University of Chicago Press, Chicago & Londen 1988 (1952), pp. 22-38; Bury, J.B., *A History of the Freedom of Thought*, Thornton Butterworth, Londen 1932 (1913).

123 Zie over apostasie: Ibn Warraq, ed., *Leaving Islam: Apostates Speak Out*, Prometheus Books, Amherst N.Y. 2003; Ibn Warraq, *Why the West is Best: A Muslim’s Apostate’s Defense of Liberal Democracy*, Encounter Books, New York/Londen 2012; Marshall, Paul, and Shea, Nina, *Silenced: How Apostasy and Blasphemy Codes are Choking Freedom Worldwide*, Oxford University Press, Oxford 2011; Montgomery, J.W., ‘Can Blasphemy Law Be Justified’, in: *The Christian Law Review*, Vol. 145, No. 6, 2000, pp. 6-20; Nash, David, *Blasphemy in the Christian World: A History*, Oxford University Press, Oxford 2010 (2007); Sandberg, Russell, & Doe, Norman, ‘The Strange Death of Blasphemy’, in: *The Modern Law Review*, Vol. 71, No. 6, 2008, pp. 971-986; Levy, Leonard W., *Blasphemy: Verbal Offense against the Sacred from Moses to Salman Rushdie*, The University of North Carolina Press, Chapel Hill and Londen 1993.





DEEL 2 MORELE EN IMMORELE RELIGIEUS GELEGITIMEERDE PRAKTIJEN IN HET GEZONDHEIDSRECHT

Dit is geheel in overeenstemming met de vrijheid van godsdienst zoals omschreven in artikel 18 van de Universele Verklaring van de Rechten van de Mens die luidt:

“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.” (cursivering toegevoegd; PC)

Maar in 1966 gaat het mis, zoals Willy Laes aantoont in zijn boek *Mensenrechten in de Verenigde Naties: een verhaal over manipulatie, censuur en hypocrisie* (2011).¹²⁴ In het Internationaal Verdrag inzake Burgerrechten en Politieke Rechten (1966) wordt in artikel 18, lid 1, de vrijheid van godsdienst, als volgt vastgelegd:

“Een ieder heeft het recht op vrijheid van denken, geweten en godsdienst. Dit recht omvat mede de vrijheid een zelf gekozen godsdienst of levensovertuiging *te hebben of te aanvaarden*, alsmede de *vrijheid hetzij alleen, hetzij met anderen, zowel in het openbaar als in zijn particuliere leven zijn godsdienst of levensovertuiging tot uiting te brengen* door de eredienst, het onderhouden van de geboden en voorschriften, door praktische toepassing en het onderwijzen ervan.” (cursivering toegevoegd; PC)

Nu is het idee van apostasie als mensenrecht, dat in 1948 werd geïntroduceerd, in 1950 in de Europese context herhaald, in 1966 weer verlaten. Althans bijna. In ieder geval is het recht om van religieus geloof te veranderen of af te vallen niet meer expliciet gewaarborgd en heeft het plaats moeten maken voor het veel vagere ‘te hebben en aanvaarden’. Je mag een godsdienst ‘hebben en aanvaarden’, zoals het in het IVBPR wordt geformuleerd in de tekst die ik heb aangehaald.

Het is strikt genomen een vreemde tekst. Immers wat voegt dat woord ‘aanvaarden’ nog toe aan het ‘hebben’ van een godsdienst? Als je een godsdienst mag ‘hebben’, wat voegt het dan nog toe dat je die godsdienst ook nog mag ‘aanvaarden’? ‘Dat spreekt vanzelf’, ben je geneigd te antwoorden, ‘als je een godsdienst

124 Laes, Willy, *Mensenrechten in de Verenigde Naties: een verhaal over manipulatie, censuur en hypocrisie*, Garant, Antwerpen-Apeldoorn 2011; Verhofstadt, Dirk, *Atheïsme als basis voor de moraal*, Houtekiet, Antwerpen 2013, p. 13.





6 RELIGIEUS GELEGITIMEERDE PRAKTIJKEN

mag hebben, dan mag je die godsdienst ook aanvaarden'. Maar de vraag is natuurlijk: *mag je die godsdienst ook afleggen?*¹²⁵

6.1 Godsdienst als vrije keuze

Het enige revolutionaire in de omschrijving van het artikel over godsdienstvrijheid in het IVPBR (en waardoor deze een zekere meerwaarde lijkt te hebben boven de tekst in het EVRM) lijkt te zijn dat de tekst het mogelijk maakt dat je de nadruk legt op de *vrije keuze*. Er wordt namelijk gesproken van een 'zelf gekozen' godsdienst. Dat is opvallend, omdat in vele gevallen mensen een godsdienst krijgen opgedrongen. Vroeger was het zo dat je een godsdienst kreeg opgedrongen *door de staat*. Als de koning van een land Anglicaans was, dan waren de onderdanen ook Anglicaan (Hendrik VIII). Was de koning katholiek dan waren de onderdanen ook katholiek (Lodewijk XIV).¹²⁶ Dat is het principe van *cuius regio, eius religio*, wat betekent: de regio bepaalt de religie.¹²⁷ Het werd in de Reformatie geïntroduceerd en het maakte een zekere mate van geloofsvrijheid mogelijk omdat men zich los kon maken van Rome, los van het Vaticaan.¹²⁸ Maar dat 'losmaken' was slechts een relatieve aangelegenheid. Eigenlijk zou je kunnen zeggen: *de vorst mocht zich losmaken*. Hendrik VIII maakte zich los van Rome.¹²⁹ Maar tevens gold: de 'nieuwe paus' in Engeland was Hendrik zelf. Hij introduceerde geen volledige geloofsvrijheid, want men werd nu geacht Anglicaan te zijn. Of, zoals Hypatia Bradlaugh Bonner opmerkt in haar *Penalties upon Opinion* (1934):

-
- 125 In Nederland is dit punt uitgewerkt door Michiel Hegener. Zie: Hegener, M., 'Vrijheid van godsdienst: afschaffen of beschermen?', in: H.M.A.E. van Ooijen, L.F. van Egmond, Q.A.M. Eijkman, F. Olujic, O.P.G. Vos., red., *Godsdienstvrijheid: afschaffen of beschermen?*, Stichting NJCM-Boekerij, Nr. 46, Leiden 2008, pp. 109-119; Hegener, Michiel, 'Zwijg niet over onvrijheid van de islam', in: *NRC Handelsblad*, 23 maart 2006; Hegener, Michiel, *Vrijheid van godsdienst*, Uitgeverij Contact, Amsterdam/Antwerpen 2005.
- 126 Zoals Jolley, Rachael, 'A historic tale of religious freedom and free speech', in: *Index on Censorship*, 2013:42:3, pp. 3-5, p. 3 schrijft: 'In centuries past, citizens of many countries were thrown into jail for not conforming with the state religion; or for not conforming with the state religion; or for choosing to worship in a way unapproved by their rulers'.
- 127 Of, zoals Manenschijn schrijft, 'wiens gebied, diens religie'. Zie: Manenschijn, Gerrit, *Religie en haat: Over religieus gemotiveerd terrorisme*, Ten Have, Kampen 2005, p. 258.
- 128 Zie: Sturzo, Luigi, *Church and State*, With an Introduction by A. Robert Caponigri, University of Notre Dame Press, Twee delen, Notre Dame, Indiana 1962, Deel I, pp. 192-272; Ruffini, Francesco, *Religious Liberty*, translated by J. Paker Heyes with a preface by J.B. Bury, Williams & Norgate, Londen, G.P. Putnam's Sons, New York 1912, pp. 54-62; MacCulloch, Diarmaid, *Reformation: Europe's House Divided, 1490-1700*, Penguin Books, Londen 2004 (2003).
- 129 Cr  t  , Liliane, *Les Tudors*, Champs histoire, Flammarion, Parijs 2010, pp. 83-109.





DEEL 2 MORELE EN IMMORELE RELIGIEUS GELEGITIMEERDE PRAKTIJEN IN HET GEZONDHEIDSRECHT

“Henry VIII was, as we know, a truly Christian king, and under his reign punishment for heresy became even more common than before.”¹³⁰

Later was het niet de vorst die het ‘zelf kiezen’ moeilijk maakte, maar waren dat gemeenschapsoudsten, vaders, broers, et cetera. Wat is de meest voorkomende reden dat iemand katholiek is? Dat is dat zijn of haar *ouders* katholiek waren. Wat is de meest voorkomende reden dat iemand protestants is? Dat is dat de *ouders* protestants waren. Natuurlijk worden protestanten wel eens katholiek en katholieken wel eens protestant. Maar de hoeveelheid gevallen waarbij dat voorkomt vallen kwantitatief in het niet bij de gevallen waarbij de afkomst de religie bepaalt.

Wat nu de mensenrechtenverklaringen mogelijk maken, is dat men *zelf* kiest voor een godsdienst. En dat idee van een ‘zelf gekozen godsdienst’, zoals vastgelegd in artikel 18, lid 1 IVBPR is daarom zo van belang omdat we natuurlijk weten dat allerlei krachten samenspannen om die vrije keuze te belemmeren. Stel je voor dat dochterlief in een katholiek gezin thuis komt en zegt: “Pap, ik heb er nog eens over nagedacht, maar ik ga met Jan trouwen en Jan is protestant en ik wil ook protestants worden”. Dan zegt de katholieke vader niet zo vaak: “Oh, fijn, eigen keuze, art. 18 van het IVBPR heeft het goed geformuleerd. Godsdienst is een vrije keuze. Leuk dat mijn dochter zo kritisch nadenkt over haar godsdienst”. Nee, het is veel waarschijnlijker dat hij denkt: “Ik heb iets fout gedaan in mijn opvoeding”. Het is veel waarschijnlijker – en dit is een ervaringsfeit – dat de vader zegt: “Bedenk dat die protestanten de drie-eenheid niet kennen”. Of: “ze achten de moeder van Jezus niet zo belangrijk”. Of, zo mooi rijmend: “Twee geloven op één kussen, daar slaapt de duivel tussen”.

Natuurlijk is het waar dat de secularisatie zulke enorme gaten heeft geslagen in het religieus bewustzijn van vele gelovigen dat zij zelf niet eens meer weten waarom ze eigenlijk katholiek zijn of protestant of wat dan ook.¹³¹ Ze zijn het

130 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, p. 34.

131 Uit Bodelier, Ralf, ‘Daarom noem ik mij katholiek en atheïst’, in: *Civis Mundi*, 13 januari 2014, pp. 1-12 kan men leren dat iemand die katholiek is opgevoed daar bijna geen afstand van kan nemen. Ook niet wanneer zijn verstand hem voortdurend naar het atheïsme trekt. Waugh’s *Brideshead Revisited* is wat dat betreft ook illustratieve literatuur. Zie: Waugh, Evelyn, *Brideshead Revisited*, Penguin Books, Londen 2008 (1945).





6 RELIGIEUS GELEGITIMEERDE PRAKTIJKEN

gewoon. Het is een kwestie van – en dan komt nu het modewoord – ‘identiteit’.¹³² Maar de kans dat geloofsafval of verandering van geloof van de kinderen met veel enthousiasme zal worden ontvangen blijft toch klein, zo lijkt het. En dan heb ik het nu, om de zaken niet te dramatiseren, alleen nog maar over wrevel en teleurstelling in het ouderlijk huis. Maar we kunnen natuurlijk ook veel dramatischer voorbeelden uitwerken, tot aan eerwraak aan toe.¹³³

Wat wil ik hier nu allemaal mee zeggen?

Ik wil hiermee zeggen dat het recht op apostasie of het recht om van geloof te veranderen of het recht om een geloof van *eigen keuze* aan te hangen belangrijk is.¹³⁴ Maar het is niet vanzelfsprekend en met name in de Arabische wereld is tegen dat idee dat je van godsdienst mag veranderen een lange en de laatste decennia steeds meer succesvolle campagne gevoerd.¹³⁵ Die strijd heeft er niet toe geleid dat men heeft kunnen verhinderen dat in 1948 het recht op apostasie in de Universele Verklaring voor de Rechten van de Mens een plaats heeft kunnen krijgen. Het heeft er ook niet toe geleid dat men heeft kunnen verhinderen dat het in 1950 een plaats heeft gekregen in het EVRM. Maar men heeft wel effectief kunnen frustreren dat het een duidelijke plaats kreeg in het IVBPR in 1966, zestien jaar later dus. De wereld is gezwicht voor de propaganda uit de Arabische wereld die wel een recht om een godsdienst te aanvaarden als mensenrecht heeft willen



-
- 132 Zie: 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, pp. 294-316. Zie voor kritisch op dat ‘identiteitsdenken’ ook: Finkelkraut, Alain, *L’identité malheureuse*, Éditions Stock, Parijs 2013. Zie over identiteit en de natie-staat: Furtado, Peter, ed., *Histories of Nations: How Their Identities Were Forged*, Thames & Hudson, Londen 2012; Baudet, Thierry, *Oikofobie: de angst voor het eigene*, Uitgeverij Bert Bakker, Amsterdam 2013; Baudet, Thierry, *De aanval op de natiestaat*, Uitgeverij Bert Bakker, Amsterdam 2012.
- 133 Zie daarover: Guiora, Amos N., *Tolerating Intolerance: The Price of Protecting Extremism*, Oxford University Press, Oxford, New York 2014, pp. 49-51.
- 134 De essentie van geloofsvrijheid. Zie: Marshall, Paul, and Shea, Nina, *Silenced: How Apostasy and Blasphemy Codes are Choking Freedom Worldwide*, Oxford University Press, Oxford 2011.
- 135 Zie over de houding van Arabische landen tegenover de Universele Verklaring van de Rechten van de Mens: Mayer, Ann Elizabeth, *Islam and Human Rights: Tradition and Politics*, Fourth Edition, Westview, Boulder, Colorado 2007; Storme, Matthias, ‘Moslimlanden en internationale instrumenten inzake mensenrechten’, in: Sam van Rooy en Wim van Rooy, red., *De Islam: Historische Essays over een Politieke Religie*, ASP Academic and Scientific Publishers NV, Brussel 2010, pp. 643-661; Laes, Willy, *Mensenrechten in de Verenigde Naties: een verhaal over manipulatie, censuur en hypocrisie*, Garant, Antwerpen/Apeldoorn 2011.





DEEL 2 MORELE EN IMMORELE RELIGIEUS GELEGITIMEERDE PRAKTIJKEN IN HET GEZONDHEIDSRECHT

erkennen ('toetreding'), maar niet het recht om van godsdienst te veranderen ('uittreding') of alle godsdiensten de rug toe te keren. In 1966 behaalde het religieus fundamentalisme een belangrijke strategische overwinning. Sindsdien is het met de mensenrechtentraditie verder bergafwaarts gegaan en is de universaliteitspretentie die in 1948 zo prominent was geproclameerd langzaam verlaten.¹³⁶

6.2 *Apostasie zelfs in de westerse wereld een probleem door terrorisme*

Het feit dat godslasteringswetten in de westerse wereld langzaamaan zijn afgeschaft en dat het recht op apostasie in de UVRM en het EVRM een basis heeft gekregen (althans in mijn interpretatie van die verklaring en van dat verdrag) betekent overigens niet dat godslastering geen probleem meer vormt in de rechtssystemen van westerse rechtsstaten. De reden daarvan is dat ook westerse staten bloot staan aan terreurdreiging die langs informele weg blasfemiewetten, die geen officiële status hebben, implementeren.¹³⁷ Salman Rushdie, Kurt Westergaard (de enige Deense cartoonist die zich nog uitspreekt)¹³⁸ en anderen hebben ervaren hoe zwak westerse rechtsstaten staan wanneer het aankomt op het effectief beschermen van hun burgers tegen een informele inquisitie.¹³⁹

De situatie in andere delen van de westerse wereld is vaak nog ernstiger in de zin dat de overheid daar wetgeving hanteert die blasfemie en apostasie *strafbaar stelt*.



136 Zie hierover Fourest, Caroline, *La dernière utopie: menaces sur l'universalisme*, Éditions Grasset, Parijs 2009; Cliteur, P.B., *De filosofie van mensenrechten*, 2e druk, Ars Aequi Libri, Nijmegen 1999 (1997), pp. 43-65; Cranston, M., 'Human Rights, Real and Supposed', in: *Political Theory and the Rights of Man*, ed. D.D. Raphael, Macmillan, Londen, 1967, 43-54; Donnelly, Jack, 'Cultural Relativism and Universal Human Rights', in: *Human Rights Quarterly*, 6, 1984, pp. 400-419.

137 Dit wordt scherp geanalyseerd door: Cohen, Nick, *You Can't Read This Book: Censorship in an Age of Freedom*, Fourth Estate, Londen 2012. Zie ook: Freedman, Leonard, *The Offensive Art: Political Satire and Its Censorship around the World from Beerbohm to Borat*, Praeger, Westport, Connecticut, Londen 2008; Melville, Caspar, *Taking Offence*, Seagull Books, Londen/New York, Calcutta 2009.

138 Zij het dat hij niet meer tekent. De moordaanslagen op hem (vooralsnog niet succesvol, zij het soms op het nippertje afgewend) en waartegen de Deense overheid hem al meer dan tien jaar probeert te beschermen zijn dus gebaseerd op één tekeningetje. Zie: 'Cartoon trial: Kurt Westergaard's attacker convicted', BBC News, 3 februari 2011.

139 Zie hierover: Rushdie, Salman, *Joseph Anton: A Memoir*, Jonathan Cape, Londen 2012; Westergaard, Kurt, and Lykkegaard, John, *Kurt Westergaard: The Man behind the Mohammed Cartoon*, Mine Erindringer, Tilst, Denmark 2012.





7 WAT IS HET PROBLEEM MET BABYBESNIJDENIS?

De overzichten van de International Humanist and Ethical Union schetsen een verontrustend beeld.¹⁴⁰

De 'geestelijke vrijheid' is wat dat betreft een kwetsbaar goed. Ik probeer de rechtenstudenten vaak te prikkelen met een essayopdracht die als inzet heeft dat men een gemotiveerd antwoord moet geven op de vraag waarmee Salman Rushdie bij elke nieuw roman die hij na *The Satanic Verses* (1989) heeft het geschreven, het meeste rekening houdt:

- (1) met de wetgeving in Engeland op het terrein van godslastering en met de bepalingen uit het EVRM? of
- (2) met de sharia en de toepassing daarvan in Iran?

Ik geef die opdracht om studenten te laten wennen aan het inzicht dat niet alleen Rushdie, maar ook zichzelf ook 'een beetje' in Iran wonen. Sinds het vallen van de Berlijnse Muur en de globalisering is het van belang wat een 'crackpot messiah'¹⁴¹ denkt over een boek in Engeland. De enige commentatoren die dat heel vroeg in zijn volledige omvang begrepen waren Karel van het Reve¹⁴² en Jeremy Waldron.¹⁴³

Met de 'lichamelijke vrijheid' ligt het anders maar ook hier kunnen we toch overeenkomsten onderkennen.

7 Wat is het probleem met babybesnijdenis?

Laat ik nu proberen het probleem met babybesnijdenis te formuleren in termen van mensenrechten. Er zijn natuurlijk talloze bezwaren aan te voeren tegen deze praktijk die ik hier *niet* wil behandelen omdat zij niet tot mijn specifieke expertise behoren en omdat het uitvoerig behandelen daarvan zou afleiden van de hoofdlijn van mijn betoog. Men kan ingaan op de risico's die verbonden zijn aan de

140 *Freedom of Thought 2012. A Global Report on Discrimination against Humanists, Atheists and the Nonreligious*, International Humanist and Ethical Union, Londen 2012; *Freedom of Thought 2013. A Global Report on Discrimination against Humanists, Atheists and the Nonreligious*, International Humanist and Ethical Union, Londen 2013.

141 De term is van Fukuyama en afkomstig uit zijn beroemde essay: Fukuyama, Francis, 'The End of History?', in: *The National Interest*, No. 16, 1989, pp. 3-18.

142 Reve, Karel van het, 'Achterlijke artikelen', in: *Elsevier*, 4 maart 1989, en ook opgenomen in: Karel van het Reve, *Verzameld Werk*, Deel 6, Van Oorschot, Amsterdam 2011, pp. 350-353.

143 Waldron, Jeremy, 'Rushdie and Religion', first published under the title 'Too important for Tact' in: *The Times Literary Supplement*, 10 maart 1989, pp. 248 en 260, herdrukt in: Jeremy Waldron, *Liberal Rights: Collected Papers 1981-1991*, Cambridge University Press, Cambridge/New York 1993, pp. 134-143.





DEEL 2 MORELE EN IMMORELE RELIGIEUS GELEGITIMEERDE PRAKTIJEN IN HET GEZONDHEIDSRECHT

besnijdenis wanneer de ingreep door niet-deskundigen wordt verricht. De Amerikaans-Britse journalist en publieke intellectueel Christopher Hitchens gaat in zijn boek *God is not Great* (2007) in op besnijdenissen zoals die worden uitgevoerd door een *moheel*, dat wil zeggen: officiële besnijders (maar geen medici) die door de religieuze gemeenschap worden aangewezen en die zich hierin hebben gespecialiseerd. Hitchens behandelt dan het geval van een moheel die in New York in 2005 genitale herpes aan het kind had meegegeven door de uitvoering van het ritueel op een onhygiënische wijze die ik hier niet uit de doeken zal doen.¹⁴⁴ Toch is dat niet het sterkste argument tegen babybesnijdenis in het algemeen omdat men dan het ritueel in stand zou kunnen houden maar alleen de voorschriften waaronder het kan worden uitgevoerd kan aanscherpen. Ook in de roemruchte zaak van het Keulse Landgericht uit 2012 kwam de discussie op gang naar aanleiding van een fout die bij de procedure was gemaakt. Een vierjarige moslimjongen was zonder enige medische noodzaak op verzoek van zijn ouders besneden. De ingreep verliep echter problematisch en veroorzaakte hevige nabloedingen bij het kind.¹⁴⁵ Het Duitse Openbaar Ministerie vervolgde de arts die de besnijdenis had uitgevoerd wegens het toebrengen van lichamelijk letsel. In eerste aanleg werd de arts vrijgesproken op grond van:

- (1) de toestemming van de ouders;
- (2) de religieuze grondslag van de besnijdenis.

In hoger beroep werd de arts vrijgesproken vanwege rechtsdwaling (*Verbotsirrtum*). In de literatuur was geen duidelijkheid over de vraag naar de strafbaarheid van jongensbesnijdenis.

Nu hakte het Landgericht Köln een knoop door. Het bepaalde dat jongensbesnijdenis niet minder strafbaar is wanneer het:

- (a) op religieuze gronden plaatsvindt;
- (b) medisch verantwoord gebeurt;
- (c) met toestemming van de ouders plaatsvindt.

Verder bepaalde het Landgericht dat het recht op lichamelijke integriteit van het kind zwaarder weegt dan het recht op godsdienstvrijheid van de ouders. Bij de beoordeling leek het niet te herstellen karakter van de ingreep een belangrijke rol te spelen. Van de ouders werd gevraagd een dergelijke ingreep uit te stellen. Dat zou niet onredelijk zijn, want onder de omstandigheden werd van hen alleen geduld gevraagd. Dit was de uitspraak die Angela Merkel het commentaar ont-

144 Hitchens, Christopher, *God is not Great: How Religion Poisons Everything*, Twelve, New York, Boston 2007, p. 50.

145 Zie: Wahedi, Sohail, 'De wederrechtelijkheid van jongensbesnijdenis', in: *Nederlands Juristenblad*, Afl. 44/45, 2012, pp. 3097-3105, p. 3100.





7 WAT IS HET PROBLEEM MET BABYBESNIJDENIS?

lokke dat de Duitse natie zich volgens haar ‘belachelijk’ zou maken met een verbod op jongensbesnijdenis.¹⁴⁶

Wat men ook moge vinden van de uitspraak van het Landgericht Köln, in ieder geval verdient het lof door het scherp onderscheiden van de volgende vragen:

- (1) Kan iets dat in het algemeen niet mag wel door de beugel als het geschiedt op grond van religieuze motieven?
- (2) Als de besnijdenis door medici, en met een minimum aan medische complicaties, zou geschieden maakt dát de praktijk legitiem?
- (3) Als de ouders toestemming geven voor de ingreep, ontnemt dat de strafbaarheid aan een praktijk die zonder toestemming strafbaar zou zijn?

Ik zal echter op de uitvoeringspraktijk niet te veel ingaan en mij richten op twee bezwaren tegen de jongensbesnijdenis. Wat zijn die? Ik wil twee morele bezwaren behandelen die te maken hebben met de schending van twee grondrechten: een overbekend bezwaar en een minder bekend bezwaar.

7.1 Twee bezwaren

Het overbekende bezwaar is natuurlijk dat een babybesnijdenis een inbreuk is op de integriteit van het menselijk lichaam.¹⁴⁷ In het begin van dit preadvies heb ik artikel 11 van de Nederlandse Grondwet geciteerd, dat bepaalt: ‘Ieder heeft, behoudens bij of krachtens de wet te stellen beperkingen, recht op onaantastbaarheid



146 Wahedi, Sohail, ‘De wederrechtelijkheid van jongensbesnijdenis’, in: *Nederlands Juristenblad*, Afl. 44/45, 2012, pp. 3097-3105, p. 3100 schrijft: “In een zeer openhartige en weinig politiek-correcte reactie maakte Bondskanselier Merkel bekend dat zij de conclusies van het Landgericht Keulen niet onderschrijft”. Naar mijn idee is het gebruik van het woord ‘politiek-correct’ hier onjuist. De reactie van Merkel was juist *wel* politiek-correct. Wat Wahedi bedoelt, is dat zij zich nogal kras uitdrukte of woorden van gelijke strekking. Maar de uitspraak van Merkel lijkt ingegeven door motieven van strategisch-politieke aard. Dat is wat ‘politieke correctheid’ inhoudt: het voor lief nemen van zaken die moreel dubieus zijn of veinzen dat beweringen juist zijn die het niet zijn op grond van strategische overwegingen (in dit geval het niet voor het hoofd stoten van een religieuze gemeenschap). Zie: Berman, Paul, ed., *Debating P.C.: The Controversy over Political Correctness on College Campuses*, Bantam, New York 1992. Mijn opmerkingen over het gebruik van de term ‘politiek correct’ komen misschien een beetje puristisch, zo niet betweterig over, maar ik acht het begrip ‘politieke correctheid’ belangrijk en zou het daarom betreuren wanneer het zou verwateren of opgaan in een veel algemenere betekenis die het waardeloos zou maken.

147 Berg, Floris van den, ‘De prioriteit van morele toetsing. Over onverdoofd slachten, jongensbesnijdenis en intensieve veehouderij’, in: Bastiaan Rijkema en Machteld Zee, red., *Bij de beesten af*, Prometheus, Amsterdam 2013, pp. 25-47, p. 31.





DEEL 2 MORELE EN IMMORELE RELIGIEUS GELEGITIMEERDE PRAKTIJKEN IN HET GEZONDHEIDSRECHT

van zijn lichaam'. Als die 'onaantastbaarheid' van het lichaam of de 'lichamelijke integriteit', zoals het ook vaak geformuleerd wordt, *enige* betekenis heeft dan lijkt het toch hier wel het geval. Op basis van een religieuze overtuiging van de ouders wordt iets van het menselijk lichaam van het kind geamputeerd. Dit is echter een zo overbekend punt dat ik daar niet lang bij stil wil staan. Ik ga over tot een tweede bezwaar.

Dat tweede bezwaar moet ik inleiden met een opmerking. Het voorschrift over jongensbesnijdenis komt neer op een religieus gemotiveerde initiatierite. We kunnen constateren dat sommige religieuze gemeenschappen hun leden van jongs af aan inwijden in de religieuze gemeenschap, maar dan tevens door deze nieuwe leden te markeren als behorend tot een bepaald religieus geloof door op hun lichaam merktekenen aan te brengen die onherstelbaar zijn.

Daartegen kan men vele bezwaren aanvoeren.

Een van de belangrijkste bezwaren lijkt mij dat het iemand markeren als behorend tot een bepaalde gemeenschap op een manier die niet kan worden teruggedraaid op onaanvaardbare wijze intervenueert met de *vrijheid van godsdienst* van de persoon die aan het ritueel is onderworpen.¹⁴⁸ Daarmee pak ik in feite de lijn weer op die in het eerste deel van dit preadvies is belicht: de noodzaak tot vrijheid van gedachte, vrijheid van keuze, vrijheid van religieuze keuze – een grondrecht dat weliswaar in de Universele Verklaring van de Rechten van de Mens zo prominent is afgekondigd, maar dat in de heilige geschriften uit het Oude Testament slechts een heel spaarzame erkenning krijgt. Wie eenmaal op zijn eigen lichaam de merktekenen van de afhankelijkheid van een bepaalde religieuze of ideologische overtuiging aangebracht heeft gekregen, zal zich moeilijker kunnen bekeren tot een ander geloof. Dát is eigenlijk het grote bezwaar tegen de praktijk die in Genesis 17:9-13 en Leviticus 12:1-3 wordt voorgeschreven. Nu zou men kunnen tegenwerpen dat dit ook juist de *bedoeling is* van het hele ritueel (de gemeenschap beschermen tegen de verleidingen van religieuze diversiteit).¹⁴⁹ Godsdiensten hebben het vaak heel moeilijk met religieuze mobiliteit, althans wanneer die mobiliteit met zich meebrengt dat men van één bepaalde godsdienst overgaat op een andere godsdienst.

Een geval dat internationaal de aandacht trok was dat van de Afghaanse Abdul Rahman (geb. 1965). Rahman had zich van de Islam tot het Christendom bekeerd.

148 Dit is een bezwaar tegen zowel jongensbesnijdenis als meisjesbesnijdenis. Maar de bezwaren tegen meisjesbesnijdenis gaan natuurlijk (gezien de ernst van de ingreep) veel verder.

149 Dit speelt een belangrijke rol in de analyses van: Kirsch, Jonathan, *God against the Gods: The History of the War between Monotheism and Polytheism*, Viking Compass, New York 2004 en Wright, Robert, *The Evolution of God*, Little, Brown and Company, New York, Boston, Londen 2009.



7 WAT IS HET PROBLEEM MET BABYBESNIJDENIS?

Op apostasie (want dat is het) staat volgens de sharia de doodstraf.¹⁵⁰ Voor Rahman was daarom de doodstraf een dreigend perspectief mede vanwege een conflict met zijn familie over de zeggenschap over zijn kinderen. Toen Rahman in 2006 tijdelijk werd vrijgelaten, werd in Afghanistan tegen die vrijlating geprotesteerd. Op voorspraak van verschillende prominenten (waaronder paus Benedictus XVI) heeft hij politiek asiel in Italië gekregen.

De UVRM en het EVRM hebben in 1948 en 1950 een utopische droom neergezet maar dat ambitieniveau bleek zestien jaar later in het IVBPR al te hoog. De wereldgemeenschap kon het niet meer handhaven. Maar men kan daartegen vanuit een modern mensenrechtenperspectief ook grote bezwaren hebben. Men kan die terugval in premoderne verhoudingen betreuren. Men kan eigenlijk niet anders dan bezwaren hebben. De vrijheid van godsdienst houdt volgens het mensenrechtenperspectief in ook de vrijheid om van godsdienst te veranderen. Dan is het vreemd dat het wordt gedoogd dat gemeenschappen door fysieke merktekenen proberen om een effectieve implementatie van vrijheid van godsdienst voor jongere leden in de wielen te rijden.

Het kan dan ook moeilijk worden ontkend dat de vrijheid van een religieuze gemeenschap om hun leden door middel van het aanbrengen van onherstelbare fysieke markeringen aan zich te binden, vanuit een mensenrechtelijk oogpunt moet worden verworpen.

7.2 *Immoraliteit van een gemaltrateerde groepering tolereren?*

Nu doet zich ten aanzien van dit punt echter een kolossaal probleem voor. Dat probleem is enerzijds dat de Joodse gemeenschap enorm hecht aan dit specifieke ritueel. Het wordt door sommigen zelfs gezien als een uiterst belangrijk onderdeel van de Joodse identiteit (zo niet als het belangrijkste).¹⁵¹ Dit is overigens wat mij betreft een treurige constatering. Immers, het is treurig wanneer de identiteit van een religie of een religieuze gemeenschap staat en valt met een ritueel dat op zichzelf geen morele betekenis heeft. Het zou mooier zijn wanneer de identiteit

150 Het grote werk hierover is: Bostom, Andrew G., *Sharia versus Freedom: the Legacy of Islamic Totalitarianism*, Prometheus Books, Amherst N.Y. 2012. Zie over het functioneren van de sharia onder westerse jurisdicties: Addison, Neil, 'Foreword: Sharia Tribunals in Britain – Mediators or Arbitrators?', 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, pp. viii-xv; Green, David, G., 'Editor's Introduction', in: David G. Green, ed., *Ibid.*, pp. 1-9; 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.

151 Zie hierover: Cliteur, Paul, 'Dierenleed en religie', in: Bastiaan Rijpkema & Machteld Zee, red., *Bij de beesten af! Over dierenrecht en onrecht*, Uitgeverij Bert Bakker, Amsterdam 2013, pp. 15-24.



DEEL 2 MORELE EN IMMORELE RELIGIEUS GELEGITIMEERDE PRAKTIJKEN IN HET GEZONDHEIDSRECHT

van een religieuze gemeenschap zou zijn gelegen in een meer verheven en idealistische morele voorstelling of moreel gebod: dat van de verzoening der volkeren, de naastenliefde, de gulden regel van Confucius of wat dan ook. Maar, helaas, dat is vaak niet het geval. Vaak willen mensen zich onderscheiden door een gaatje in hun oor, door een ringetje in hun neus, door een speciaal hoofddeksel of door de introductie van een speciaal taboe op culinair gebied: bijvoorbeeld door een excentriek verbod om een bepaald dier te eten.

Let wel: ik zeg *niet* dat de vegetarische of veganistische overtuiging dat *dieren in het algemeen* niet mogen worden gegeten triviaal is.¹⁵² Integendeel, het vegetarisch, en *a fortiori* veganistisch, commitment getuigt van een indrukwekkende morele houding die respect verdient. George Bernard Shaw (1856-1950) fantaseerde dat zijn begrafenisstoet zou worden gevolgd door een bonte parade van dieren die aan hem de laatste eer zouden komen bewijzen omdat hij hen niet had opgegeten. Dat is een mooie gedachte. En de geschriften van Peter Singer,¹⁵³ Tom Regan¹⁵⁴ en in Nederland Floris van den Berg¹⁵⁵ kunnen ons ervan doordringen hoe serieus een vegetarisch commitment eigenlijk is. Wat we eten is moreel hoogst relevant. Een van de paradoxale dingen is dat mensen zich niet realiseren dat de heilige boeken van de wereldgodsdiensten vaak helemaal niet vol staan met morele geboden, maar met vreemdsoortige taboes die niet veel verschillen van het soort van taboes die James G. Frazer beschreef in *The Golden Bough* (1890).¹⁵⁶ Helaas is het met godsdienstige taboes vaak zo dat ze irrationeel zijn. Het taboe bestaat bijvoorbeeld op het eten van schelpdieren of katten of koeien, terwijl men wel (ik geef maar een paar willekeurige voorbeelden) honden, paarden en struisvogels eet.

152 Zie hierover: Berg, Floris van den, *De vrolijke veganist*, Houtekiet, Antwerpen 2013; Regan, Tom, 'Utilitarianism, Vegetarianism, and Animal Rights', in: *Philosophy and Public Affairs*, 9 (1980), pp. 306-314; Regan, Tom, *The Case for Animal Rights*, Routledge & Kegan Paul, Londen, Melbourne, Henley 1983.

153 Singer, Peter, *The Expanding Circle: Ethics, Evolution, and Moral Progress*, With a new afterword by the author, Princeton University Press, Princeton and Oxford 2011 (1981); Singer, Peter, *The Life You Can Save*, Random House, New York 2009; Singer, Peter, *The President of Good and Evil: Taking George W. Bush seriously*, Granta Books, Londen 2004; Singer, Peter, *Unsanctifying Human Life: Essays on Ethics*, Edited by Helga Kuhse, Blackwell Publishers, Malden, Massachusetts 2002.

154 Regan, Tom, *Animal Rights, Human Wrongs: An Introduction to Moral Philosophy*, Rowman & Littlefield Publishers, Lanham 2003; Regan, Tom, *The Case for Animal Rights*, Routledge & Kegan Paul, Londen, Melbourne, Henley 1983.

155 Berg, Floris van der, *De vrolijke veganist*, Houtekiet, Antwerpen 2013; Berg, Floris van den, *Harming Others: Universal Subjectivism and the Expanding Moral Circle*, PhD Thesis, Leiden, Gildeprint Enschede 2012; Berg, Floris van den, *Filosofie voor een betere wereld*, Houtekiet/Atlas, Antwerpen/Amsterdam 2009.

156 Frazer, James G., *The Golden Bough*, Two Volumes in One, Gramercy Books, New York 1981 (1890).





7 WAT IS HET PROBLEEM MET BABYBESNIJDENIS?

Niettemin kunnen we moeilijk anders dan constateren dat het besnijdenisvraagstuk bijzonder gevoelig ligt binnen de Joodse gemeenschap. Moet het daarom maar worden gedoogd?

Aan die kwestie wil ik het laatste deel van mijn preadvies wijden.

7.3 *Nazaten van de Azteekse gemeenschap*

Misschien is het verhelderend hier een vergelijking te maken met de gemeenschap van de Azteken. Binnen de Azteekse mythologie kent men de zonnegod Tonatiuh. Tonatiuh had mensenoffers nodig. Zouden die niet worden gebracht, dan zou hij weigeren langs de hemel te bewegen, dachten de Azteken. De schattingen over de hoeveelheid mensen die jaarlijks werden geofferd lopen sterk uiteen, maar over het algemeen gaat men ervan uit dat het hier wel kan gaan om ongeveer duizend slachtoffers per jaar.

Laten we nu een gedachte-experiment voltrekken waardoor de discussie over een eventueel verbod op babybesnijdenis in perspectief wordt geplaatst. Stel dat zich ergens in Zuid-Amerika of in Europa een restant van de Azteekse gemeenschap zou bevinden die zou claimen dat hun godsdienstvrijheid met zich meebrengt dat men mensenoffers mag brengen. Wat te doen? Het behoeft weinig betoog dat dit op weinig begrip van de burgerij, maar ook van de rechterlijke macht zal kunnen rekenen. We laten tenslotte niet mensen vermoorden om andere mensen het genoeg te doen hun godsdienst vrij te belijden. Wanneer het onderdeel is van een bepaalde religieuze praktijk dat moet worden gemoord, dan zeggen we: "jammer voor de godsdienst, maar deze praktijk kan niet worden gedoogd".¹⁵⁷

157 Men kan hier natuurlijk ook verwijzen naar de bereidheid van Abraham om zijn zoon Isaak te offeren op bevel van God, zoals het beschreven wordt in Genesis 22. In de 'vriendelijke interpretatie' wordt er dan naar verwezen dat het offer uiteindelijk niet behoefde te worden gebracht. Sommigen concluderen daaruit dat God hiermee een einde wilde maken aan mensenoffers. Maar men vergeet dan dat Abraham werd geprezen omdat hij *bereid was* het offer te brengen, waardoor het verhaal een wat meer sinistere strekking heeft dan vrijzinnige interpreten denken. Dat vindt zelfs Karen Armstrong. Zie: Armstrong, Karen, *A History of God: From Abraham to the Present: the 4000-Year Quest for God*, Vintage books, Londen 1999 (1993), p. 27. Het woord 'zelfs' is hier natuurlijk met zorg gekozen. Armstrong geeft altijd de meest religie-vriendelijke interpretatie aan wat theologen noemen 'struikelteksten'. Hier is een wat minder 'vriendelijke' interpretatie: Delaney, Carol, *Abraham on Trial: the Social Legacy of Biblical Myth*, Princeton University Press, Princeton and Oxford 1998; Kretzmann, Norman, 'Abraham, Isaac, and Euthyphro: God and the Basis of Morality', in: Eleonore Stump and Michael J. Murray, eds., *Philosophy of Religion. The Big Questions*, Blackwell, Malden / Oxford 2001 (1999), pp. 417-429.





DEEL 2 MORELE EN IMMORELE RELIGIEUS GELEGITIMEERDE PRAKTIJKEN IN HET GEZONDHEIDSRECHT

Laten we ons nu proberen ons voor te stellen dat de Azteekse gemeenschap het slachtoffer is geworden van een afschuwelijke genocide in het verleden. En dat de enkele overlevenden van de oude Azteekse gemeenschap claimen dat hun bevolking en cultuur op een hele nare manier te lijden heeft gehad van een imperialistische, westerse politiek. Was het niet na de Spaanse veroveringen onder Hernando Cortes in 1521 dat de cultuur van de Azteken was uitgestorven? En zou men die veroveringen daarom niet moeten kwalificeren als een vorm van volkerenmoord? Of zijn de Azteken uitgestorven door de ziektes die de Spanjaarden naar het Latijns-Amerikaanse continent brachten en zou men dat van volkerenmoord moeten onderscheiden? Hoe het ook zij, de Azteekse cultuur is uitgestorven door interventies vanuit 'het Westen', nietwaar? En zou men daarom 'hier' (in het Westen) niet voor die mensenoffers iets meer 'begrip' moeten opbrengen? Of zou een advocaat voor de Azteken, nadat een paar radicalen zich uit hun gemeenschap zich hadden overgegeven aan het brengen van zo'n mensenoffer, zich met enig recht kunnen beroepen op 'cultural defense', bijvoorbeeld door te zeggen dat het natuurlijk geen pas geeft dat een mensenoffer is gebracht, maar dat dit op enig 'begrip' van de rechter moet kunnen rekenen bij de strafoplegging omdat mensenoffers nu eenmaal een culturele praktijk vormen die door de Azteken verbonden werden geacht met hun identiteit of religie?

Dan wordt de zaak al moeilijker te beoordelen, denk ik. Althans sommigen zullen dat zo ervaren. De Belgische schrijver David van Reybrouck, schrijver van een boek over de gruweldaden van de Belgische regering in de Congo, schrijft over 'het Westen':

"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?"¹⁵⁸

Nóg moeilijker wordt het misschien wanneer de Azteekse gemeenschap zich overgeeft aan meer onschuldige zaken dan het brengen van mensenoffers. Mensenoffers, goed – dat is heel ernstig. *Zero tolerance* daar.¹⁵⁹ Zelfs geen cultureel verweer toelaten, kan men zeggen. Maar laten we ons nu eens proberen voor te stellen dat de Azteekse gemeenschap (of wat daar van over is) zich overgeeft aan de volgende praktijken.

Eén: het uithuwelijken van hun jonge dochters (dertien jaar) aan oudere mannen (tussen de veertig en vijfenveertig).¹⁶⁰

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

159 Zie ook: Berg, Floris van den, 'Zero Tolerance', in: *Free Inquiry*, januari/februari 2005, p. 1.

160 Of het houden van die dochters in huwelijkse gevangenschap. Zie daarover: Musa, Shirin, & Zee, Machteld, 'Verborgten vrouwen zijn niet dom', in: *Trouw*, 22 september 2012.





7 WAT IS HET PROBLEEM MET BABYBESNIJDENIS?

Of – en hier komt een tweede praktijk – zij straffen hun vrouwen wat hardhandiger dan gebruikelijk is geworden in de westerse wereld.

Of – derde voorbeeld – zij vinden het zo belangrijk dat de Azteekse cultuur en identiteit in de moderne wereld blijft voortleven dat zij hun kinderen een duidelijk merkteken willen mee geven dat zij tot de Azteekse cultuur behoren. Hoe? Laten we ervan uitgaan dat de Azteken zich hebben laten inspireren door de maori's die zich door middel van tatoeages duidelijk onderscheiden van andere volkeren.¹⁶¹ Zo zouden de Azteken kunnen besluiten een hoofdletter A (de 'A' van Azteken) op het voorhoofd van hun kinderen te laten tatoeëren. Ook is het mogelijk dat zij de oorlel op een bepaalde manier couperen¹⁶² zodat een duidelijke afbakening van de gemeenschap plaatsvindt.

Hoe moeten we hierover denken?

7.4 *Wie zijn wij?*

Het is natuurlijk een delicate discussie. Wanneer iemand uit het westen zou zeggen dat de Azteken uit mijn voorbeeld hun kinderen niet mogen verminken zou daarop het volgende weerwoord kunnen komen: "Wie zijn *jullie* om *ons* dat voor te houden? Wij willen dat onze cultuur overleeft! Wij markeren onze gemeenschap – of wat daar nog van over is – op een duidelijke manier. Daarmee geven wij aan dat we ook een plaats verdienen in deze wereld. We sporen onze kinderen aan duidelijk te maken hoe zij in de wereld staan. Mocht het niet lukken dat onze kinderen zich blijven associëren met de Azteekse cultuur dan zal deze uitsterven. Jullie hebben met jullie genocide dat al geprobeerd te bewerkstelligen."

161 Tegenwoordig is dat wat minder het geval, helaas, omdat de tatoeage-rage met zich meebrengt dat het lijkt alsof een groot deel van de wereldbevolking tot de maori's behoort. Maar dit terzijde.

162 Dit voorbeeld is geïnspireerd door het voorbeeld van Floris van den Berg die zich afvraagt of filatelisten hun kinderen een oor met een kartelrandje mogen geven. Zie hierover: 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. Zie ook: Berg, Floris van den, *Hoe komen we van religie af? Een ongemakkelijke liberale paradox*, Houtekiet/Atlas, Antwerpen/Amsterdam 2009; Berg, Floris van den, *Philosophy for a better World*, Prometheus Books, Amherst N.Y. 2013. Het probleem met het voorbeeld van Van den Berg lijkt mij dat mensen daarop reageren met het antwoord dat Van den Berg de zaken 'ridiculiseert'. Zijn voorbeeld is leuk en sommigen zullen in de lach schieten (overigens bepaald niet iedereen!), maar het nadeel van lachen is altijd dat mensen dan vergeten na te denken. Vervolgens gaat men over tot de orde van de dag zonder serieus in te gaan op de vergelijking die Van den Berg gemaakt heeft. Ik probeer met mijn voorbeeld (dat van Toniatus en de tatoeages van de maori's) het moeilijker te maken om het punt dat Van den Berg aan de orde stelt te negeren.





DEEL 2 MORELE EN IMMORELE RELIGIEUS GELEGITIMEERDE PRAKTIJKEN IN HET GEZONDHEIDSRECHT

En nu willen jullie de genocide uit het verleden nog eens overdoen met een soort culturele genocide? Dat wil zeggen: ons verbieden onze cultuur door te geven aan ons nageslacht op een manier die wij goed achten? Jullie zijn wel de laatsten die hier de *moral highground* kunnen berijden”.

Tot zover de argumentatie van de hedendaagse Azteken. “Wie zijn wij nog?”, om met Van Reybrouck te spreken.¹⁶³
Kan ons dat overtuigen?

Van Reybrouck moet deze uitspraak gedaan hebben tijdens zijn Cleveringa-lezing in de aula in Leiden. Ik was daar niet bij. Maar als ik er wel bij zou zijn geweest zou ik gekeken hebben of niet iets van een siddering door de in glas en lood aan-gebrachte figuur van Cleveringa in die zaal te onderkennen zou zijn geweest. Immers stel nu eens dat *Cleveringa* die houding zou hebben aangenomen? Dat hij bij het ontslag van Meijers zou hebben gedacht: ‘ach, wie ben ik als Nederlander nog om te protesteren tegen de opvattingen van een vreemd volk als de Duitsers? Hebben wij niet zelf een koloniaal verleden? Hebben niet ook wij vreemde volkeren geknecht?’

Het is duidelijk dat er ook om andere redenen wel wat gevaarlijke kanten aan het ondersteunen van de Azteekse argumentatie kleven. Het zou betekenen dat gemeenschappen waaraan groot onrecht is gedaan *in het verleden* een vrijbrief krijgen om zélf onrecht te begaan *in het heden*. Dat is ook weer niet zonder problemen. We kennen allemaal het psychologische mechanisme van de volwassenen die hun kinderen slaan: die zijn zelf ook in hun jeugd geslagen. Maar moet het slaan van je eigen kinderen *door de vingers worden gezien* wanneer je zelf geslagen bent? Dit is het lastige dilemma waarmee we te maken hebben wanneer we een oordeel moeten geven over de jongensbesnijdenis in de Joodse gemeenschap. We kunnen hier gemakkelijk bezwijken voor wat men kan noemen ‘morele chantage’.

7.5 Morele chantage

Ik zal proberen dat begrip iets nader toe te lichten. Laat ik beginnen met een opmerking over chantage in het algemeen. Wat is dat? Van Dale zegt: “afdreiging, geldafpersing door bedreiging met openbaarmaking van ware of verzonnen feiten welke de goede naam schade kunnen doen”.

Een voorbeeld om de gedachten te bepalen. In 1987, om precies te zijn op 23 februari 1987, belde de minister van buitenlandse zaken, Hans van den Broek, live in, in een uitzending van de VARA (Achter het Nieuws), om de omroep ervan te overtuigen dat het uitzenden van een pastiche op de Iraanse dictator Ayatollah

163 Van Reybrouck, *Ibid.*, p. 10.



7 WAT IS HET PROBLEEM MET BABYBESNIJDENIS?

Khomeini dat was aangekondigd, negatieve consequenties zou kunnen hebben voor de veiligheid van de Nederlanders die zich in Iran bevonden.

Het ging om een pastiche van Rudi Carrell, die in Duitsland voor grote opschudding had gezorgd toen deze werd uitgezonden op de Duitse televisie op 15 februari 1987 en zelfs tot dreigementen aan het adres van Carrell had geleid. De uitzending van het fragment op de Duitse tv, dat niet langer dan veertien seconden had geduurd, had de diplomatieke betrekkingen tussen Iran en Duitsland op scherp gezet.¹⁶⁴ En die uitzending van Carrell wilde men op de Nederlandse televisie opnieuw uitzenden, althans het omstreden fragment daaruit. Dat zou niet moeten gebeuren, volgens de minister van buitenlandse zaken, want het was te gevaarlijk.¹⁶⁵

De omroeporganisatie bond in. Het fragment werd, hoewel het tot op het laatste moment spannend bleef wat zou gebeuren, *niet* uitgezonden.

Er volgde een Kamerdebat op 26 februari 1987 en daar spraken de verschillende fracties zich uit over de vraag of de Nederlandse staat was gecapituleerd voor geweldsdreiging uit het buitenland? De meeste fracties hadden veel begrip voor de manier van opereren van de minister. Er was één uitzondering: de PSP. Mw. Van Es van de PSP – en nu volg ik de bewoordingen van het Kamerverslag – ‘vond het in dit geval niet relevant of sprake was van een programma van al dan niet hoog gehalte.¹⁶⁶ Zij was van mening dat wel sprake is geweest van druk van Iraanse zijde,¹⁶⁷ waarbij het argument van de spontane volkswuede als een middel van chantage beschouwd kan worden’.¹⁶⁸

Met andere woorden: Van Es vond dat de Iraanse staat druk had uitgeoefend door een spontane volkswuede in het vooruitzicht te stellen wanneer een satirisch fragment van Rudi Carrell op de Nederlandse televisie heruitgezonden zou worden. Die vorm van ‘druk’ duidt zij aan als ‘chantage’.

Nu is de aard van de dreiging (of druk) interessant om iets langer bij stil te staan. Het is eigenlijk *dreiging met geweld*. Waar minister Van den Broek bezorgd over

164 Uitvoeriger hierover: 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, p. 20 full text: http://www.anci.ch/paul_cliteur

165 Het live gesprek tussen de minister van buitenlandse zaken en de journalist Witteman op 23 februari 1987 is hier te vinden: <http://www.youtube.com/watch?v=8-d5YDIZLy4>

166 Tijdens de discussie in de Kamer op 26 februari hadden sommigen aangegeven dat de satire van Carrell te weinig niveau had om belangrijk te zijn in de context van de vrijheid van meningsuiting.

167 Sommigen hadden ook ontkend dat de Iraanse regering druk had uitgeoefend.

168 ‘Verslag van een mondeling overleg’, Op 26 februari 1987, vastgesteld op 12 maart 1987, in: Tweede Kamer, 1986-1987, 19 700, hfd. V, nr. 79, pp. 1-3, p. 3.



DEEL 2 MORELE EN IMMORELE RELIGIEUS GELEGITIMEERDE PRAKTIJKEN IN HET GEZONDHEIDSRECHT

was, was over de 'volkswoede' die de vertegenwoordigers van Iran in het vooruitzicht stelden¹⁶⁹ en die zou kunnen leiden tot geweld.

Druk hoeft echter niet altijd te bestaan uit dreiging met geweld. Het kan ook gaan om bijvoorbeeld het dreigement dat iemands goede naam zal worden bezoedeld. Dat is in feite waarover Van Dale het heeft. Bij chantage dreig je iets bekend te maken dat de goede naam van iemand onderuit haalt: bijvoorbeeld het openbaren van informatie over buitenechtelijke affaires. Je kunt echter ook de goede naam van iemand bezoedelen door die persoon te beschuldigen van een ernstig moreel tekortkomen, bijvoorbeeld door iemand te beschuldigen van racisme, discriminatie of een anderszins onfatsoenlijk optreden. Dit is het soort van druk waarvoor, zo lijkt het, Angela Merkel bezorgd moet zijn geweest. Zij – en met haar vele anderen – is naar alle waarschijnlijkheid bevreesd geweest voor de beschuldiging van 'antisemitisme'. Wie een praktijk ter discussie stelt waaraan de Joden hechten, is eigenlijk een 'antisemiet' volgens een bepaalde logica. En dat is een verwijt dat in Duitsland zo hard aankomt dat het de betrokkenen ontvanke-lijk maakt voor 'morele chantage'. Die bestaat er in dit geval uit dat men standpunten inneemt, verklaringen afgeeft, waarvan men weet (of intuïtief aanvoelt) dat die immoreel zijn maar men voelt zich toch gehouden die standpunten in te nemen om het gevaar van een ernstige beschuldiging van het lijf te houden. Het 'toegeven' van Merkel is dus weer een ander soort 'toegeven' dan dat van Ban Ki-Moon. Ban Ki-Moon neemt afstand van de teneur van de mensenrechten van zijn eigen organisatie (de VN) uit vrees voor fysiek geweld. Merkel vreest morele druk.

Dit 'antisemitisme'-verwijt aan het adres van Duitsers die bezwaar hebben tegen de besnijdenispraktijk is vanuit een nuchter en rationeel perspectief misschien een absurd verwijt, maar alleen al de voorzichtige suggestie van zo'n beschuldiging heeft een verlamrend effect op elk fatsoenlijk mens die zich ook maar iets aan zijn reputatie gelegen laat liggen. En juist daarom is bijna iedereen ontvanke-lijk voor – wat men kan noemen – 'morele chantage' die erin bestaat dat men openlijk zegt, insinueert of dreigt dat men iemand een 'antisemiet' zal noemen die een bepaalde praktijk die door Joden wordt gewaardeerd ter discussie stelt.

169 Of dat echt spontane 'volkswoede' dan wel een door de regering van Iran geregisseerde en geaffecteerde volkswoede was, kan men overigens op goede gronden ter discussie stellen. Waarom zouden de talloze homoseksuelen, atheïsten en ongehoorzame vrouwen die in de Iraanse gevangenissen zaten zo ontevreden zijn over een bespotting van het dictatoriale regime in het buitenland? Zouden zij niet blij zijn met de pastiche van Carrell? En zouden zij niet juist woedend zijn als de lange arm van Khomeini zich zelfs over het vermeend vrije en democratische Duitsland zou uitstrekken? Noch de minister van buitenlandse zaken, noch de meerderheid van de fracties in de Tweede Kamer geeft echter blijk van enig besef van de ware aard van het Iraanse bewind in 1987.



7 WAT IS HET PROBLEEM MET BABYBESNIJDENIS?

Zoals gezegd, de eerste die hiervoor bezweek in het kader van de babybesnijdenis was de Duitse Angela Merkel. Toen het Landgericht Köln op 7 mei 2012 (151 Ns 169/11) bepaalde dat niet de ouders maar de jongen zelf zou moeten bepalen wat gebeurt met zijn penis, ontstond een storm van protest. Zelfs de Israëlische president Peres bemoeide zich met de zaak. Jongensbesnijdenis bepaalde al eeuwenlang de Joodse identiteit, meende Peres.¹⁷⁰

Dit was alles vanuit – nogmaals – een bepaald rationalistisch perspectief een weinig overtuigend argument. Jongensbesnijdenis bepaalt de Joodse identiteit zoals weduwenverbranding de Indiase identiteit bepaalt,¹⁷¹ slavernij de cultuur van de Zuidelijke staten van de Verenigde staten bepaalt,¹⁷² het achterlaten van oudere stamgenoten in de sneeuw de cultuur van de inuits¹⁷³ – met andere woorden misstanden (sommige erger dan andere, ik wil niet alles op één hoop gooien) die al heel lang bestaan, kunnen daarmee nooit worden gelegitimeerd. Maar, nogmaals, dat is alles vanuit een rationalistisch perspectief gesproken. Vanuit een emotioneel perspectief maakte het argument van Peres, dat talloze keren werd herhaald, grote indruk. Niet alleen op Merkel. Gezien het Duitse oorlogsverleden vonden velen dat Duitsland wel het *laatste land* zou mogen zijn waar een praktijk die het jodendom definieert ter discussie zou mogen worden gesteld.

Nu kan men zeggen: ‘Wat is daarop tegen? Antisemitisme is toch een probleem? Er is toch ook racisme? Er is toch ook vreemdelingenhaat? Het is toch goed dat mensen een beetje op hun woorden passen en zich realiseren dat sommige kwesties voor geloofsgemeenschappen gevoelig liggen?’

Zeker. Maar er kan ook gemakkelijk een situatie ontstaan waarin het eenvoudigweg niet meer mogelijk is welke misstand ook maar aan de orde te stellen omdat altijd effectief ‘morele chantage’ kan worden bedreven omdat de groep die wordt bekritiseerd het debat kan verlammen met insinuerende beschuldigingen. Dat is bijvoorbeeld ook het geval met alles dat met de islam te maken heeft. Een discussie over wenselijkheid van het dragen van religieuze tekenen in willekeurig welke context ontaardt gemakkelijk in de beschuldiging van ‘islamofobie’ die

170 Aangehaald bij: Wahedi, Sohail, ‘De wederrechtelijkheid van jongensbesnijdenis’, in: *Nederlands Juristenblad*, Afl. 44/45, 2012, pp. 3097-3105, p. 3097.

171 Zie: Steyn, Mark, *America Alone: The End of the World as we know it*, Regnery Publishing, Inc., Washington D.C. 2006, p. 193.

172 Harris, Sam, *Letter to a Christian Nation*, Alfred A. Knopf, New York 2006, p. 15, 16; Hitchens, Christopher, *God is not Great: How Religion Poisons Everything*, Twelve, New York, Boston 2007, pp. 173-176; Westermarck, Edward, *Christianity and Morals*, Kegan Paul, Trench, Trubner & Co., Londen 1939, pp. 282-306.

173 Rachels, James, *The Elements of Moral Philosophy*, Fourth edition, McGraw-Hill Inc., New York etc. 2003 (1986), pp. 24-25.



DEEL 2 MORELE EN IMMORELE RELIGIEUS GELEGITIMEERDE PRAKTIJEN IN HET GEZONDHEIDSRECHT

weer wordt gezien als een vorm van ‘racisme’.¹⁷⁴ De succesvolle intimidatie een ander van een ‘fobie’ te beschuldigen wordt nu overgenomen door andere groeperingen: ‘homofobie’,¹⁷⁵ ‘christianofobie’¹⁷⁶ – de mogelijkheden zijn schier eindeloos. Waarom ook niet een meldpunt voor ‘atheismofobie’, zodat diegenen die ‘bang’ zijn voor Hitchens, Dawkins en Harris kunnen worden aangeklaagd wegens discriminatie van ongelovigen?¹⁷⁷

En daarvan is weer het gevolg dat religieuze ‘gemeenschappen’ in feite zichzelf op slinkse wijze een status van immuniteit verschaffen. Zij kunnen niet bekritiseerd worden, althans niet door mensen die zich ook maar enigszins zorgen maken over hun reputatie.

7.6 Drie trends

Dat leidt vervolgens tot drie ontwikkelingen:

- (1) Culturele misstanden kunnen worden *voortgezet* met als resultaat dat de slachtoffers van die misstanden het nakijken hebben;
- (2) Groeperingen die radicaal religieuze opvattingen uitdragen hebben zichzelf onkwetsbaar gemaakt, althans van een schild voorzien waarmee zij kritiek kunnen afwimpelen: islamistische ideologen, maar ook Joodse (de Haredim) en christelijke extremisten;
- (3) Wat genoemd wordt ‘extreem-rechtse partijen’ die zich aan hun reputatie weinig gelegen behoeven te laten liggen, nemen in aantal en aanhang toe.

Kort en goed: de slachtoffers (onderdrukte vrouwen, dissidenten, kettters, atheïsten, besneden baby’s, homoseksuelen)¹⁷⁸ blijven slachtoffers en de extremisten groeien (zowel groep *b* als *c*). Politieke correctheid maakt, met andere woorden,

174 Dat is wat naar mijn idee gebeurt in: Nussbaum, Martha, *The New Religious Intolerance: Overcoming the Politics of Fear in an Anxious Age*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge (Mass.) & Londen 2012 en in: Scott, Joan Wallach, *The Politics of the Veil*, Princeton University Press, Princeton & Oxford 2007. Een krachtig tegengeluid in: Taguieff, Pierre-André, *La République Enlisée: Pluralisme, ‘Communitarisme’ et Citoyenneté*, Éditions des Syrtes, Parijs 2013; Benounne, Karima, *Your Fatwa Does not Apply Here: Untold Stories from the Fight against Muslim Fundamentalism*, W.W. Norton & Company, New York/Londen 2013.

175 Fone, Byrne, *Homophobia: A History*, Metropolitan Books, Henry Holt and Company, New York 2000.

176 Shortt, Rupert, *Christianophobia: A Faith under Attack*, Rider, Londen 2012.

177 Ook daarover wordt al gesproken: ‘Atheophobia is a neologism used to describe the fear, distrust, or hatred of atheists’.

Zie: <http://rationalwiki.org/wiki/Atheophobia>

178 Benson, Ophelia, Stangroom, Jeremy, *Does God Hate Women?*, Continuum, Londen/New York 2009.



7 WAT IS HET PROBLEEM MET BABYBESNIJDENIS?

vele slachtoffers. En de ironie is: dat hebben de meeste mensen totaal niet door. Men is zich van de prins geen kwaad. Integendeel, men denkt dat men volstrekt moreel juist handelt en 'extremisme' aan het bestrijden is.¹⁷⁹ Niet in de laatste plaats overheden (ook de Nederlandse overheid) zijn ijverig bezig met het implementeren van deze fatale politiek. Die hele subcultuur van meldpunten, antiracisme-comités, wetgeving die 'haat' zou moeten bestrijden maakt – alle bedoelingen ten spijt – de zaak vaak alleen maar erger.¹⁸⁰

Ik zeg het nog een keer hard en onverbloemd: het zogenaamde extreem-rechtse populisme groeit omdat de politiek-correcte elite het 'fatsoenlijke gesprek' over culturele, meer in het bijzonder religieus gelegitimeerde praktijken, onbespreekbaar maakt.¹⁸¹

En daarmee zijn we weer terug bij ons onderwerp: religieus gelegitimeerde immorele praktijken. Die bestaan. En daar kan je iets aan doen. Wat? Daarover het gesprek aangaan op een verantwoorde en integere manier. Wie zou daarbij een voortrekkersrol moeten spelen? De overheden, de Europese Unie. Maar wat doet men? Men neemt volslagen contra-productieve wetgeving aan (althans dat wordt voortdurend met meer of minder succes geprobeerd). Internationale iconen als Ban Ki-Moon, Martin Schultz, president Obama¹⁸² en vele anderen geven in een aantal gevallen die ik hier besproken heb het verkeerde voorbeeld door aan te dringen op het terugdringen van vrije meningsuiting en vrije discussie over reli-

179 Zie hierover ook: Fennema, Meindert, and Maussen, Marcel, 'Dealing with Extremists in Public Discussion: Front National and 'Republican Front' in France', in: *The Journal of Political Philosophy*, Volume 8, Number 3, 2000, pp. 379-400.

180 Interessante beschouwingen daarover vindt men ook in: Vrieling, Jogchum, 'Islamophobia' and the law: Belgian hate speech legislation speech and the wilful destruction of the Koran', in: *International Journal of Discrimination and the Law*, 2013:13:4, pp. 1-12; Vrieling, Jogchum, *Van haat gesproken? Een rechtsantropologisch onderzoek naar de bestrijding van rasgerelateerde uitingsdelicten in België*, Maklu-Uitgevers, Antwerpen/Apeldoorn 2010.

181 Een goede analyse van deze mechanismen vindt men in: Browne, Anthony, *The Retreat of Reason: Political Correctness and the Corruption of Public Debate in Modern Britain*, Second Edition, Civitas: Institute for the Study of Civil Society, Londen 2006; Berman, Paul, ed., *Debating P.C.: The Controversy over Political Correctness on College Campuses*, Bantam, New York 1992; Berman, Paul, *The Flight of the Intellectuals*, Melville House, Brooklyn, New York 2010.

182 De voorzitter van het Europees Parlement, Martin Schultz, en de Amerikaanse president Obama, lieten zich in de zaak waarop ook Ban Ki-Moon commentaar leverde uit en in soortgelijke zin als de president-generaal van de Verenigde Naties.



DEEL 2 MORELE EN IMMORELE RELIGIEUS GELEGITIMEERDE PRAKTIJKEN IN HET GEZONDHEIDSRECHT

gie waarmee zij in feite potentiële terroristen hopen te apaiseren (tevergeefs overigens).¹⁸³

Het hele debat over mensenrechten binnen de Human Rights Council van de Verenigde Naties is volslagen verziekt geraakt en wordt gedomineerd door de meest fundamentalistische landen.¹⁸⁴ De Organization of Islamic Cooperation (vóór 2011: Organization of Islamic Conference) probeert met inzet en volharding druk uit te oefenen om wetgeving die 'defamation of religion' criminaliseert aangenomen te krijgen. Ook probeert men blasfemie-wetten die in alle beschaafde landen langzaamaan zijn afgeschaft in ere te herstellen, vaak onder onschuldig klinkende namen ('defamation of religion' is daar een voorbeeld van).¹⁸⁵

Het is een kwalijke ontwikkeling die ons ver heeft doen afdwalen van de oorspronkelijke idealen van de makers van de Universele Verklaring van de Rechten van de Mens.

Is er een weg terug? Men mag het hopen. Want zo niet, dan betekent dat slecht weer voor de mensenrechtentraditie. Mensenrechten zijn een goed idee, een van de beste ideeën wellicht die de mensheid heeft voortgebracht.¹⁸⁶ Maar dat idee

183 Dit mechanisme wordt met voorbeelden geïllustreerd in: Rijpkema, Bastiaan, 'Vrijheid van meningsuiting in de val tussen religieus extremisme en utilitarisme', in: *Nederlands Juristenblad*, Afl. 44/45, 2012, pp. 3106-3111; Cliteur, Paul, 'Van Rushdie tot Jones: over geweld en uitingsvrijheid', in: Afshin Ellian, Gelijk Molier en Tom Zwart, eds., *Mag ik dit zeggen? Beschouwingen over de vrijheid van meningsuiting*, Boom Juridische Uitgevers, Den Haag 2011, pp. 67-89; Herrenberg, Tom, 'Politici, de vrijheid van meningsuiting en Innocence of Muslims', in: *Nederlands Juristenblad*, Afl. 33, 2013; Herrenberg, Tom, 'Vrijheid van meningsuiting in de multiculturele samenleving: evaluatie van twee tegenstrijdige perspectieven', in: *Civis Mundi*, 14 januari 2014, full tekst: <http://www.civismundi.nl/index.php?p=artikel&aid=2237>

184 Dit punt wordt besproken door: Ibn Warraq and Michael Weiss, 'Inhuman Rights', in: *City Journal*, Vol. 19, No. 2, 2009, pp. 1-6.

185 Zie: Scharffs, Brett G., 'International Law and the Defamation of Religion Conundrum', in: *The Review of Faith & International Affairs*, Volume II, Number 1, 2013, pp. 66-75; 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.

186 Dit komt naar voren in: Lewis, Jon E., ed., *The New Rights of Man: An Anthology of the Events, Documents and Speeches that have shaped Civilization*, Robinson, Londen 2003; Hayden, Patrick, ed., *The Philosophy of Human Rights, Paragon Issues in Philosophy*, Paragon House, St. Paul 2001; Robertson, Geoffrey, *Crimes against Humanity: The Struggle for Global Justice*, Fourth Edition, Penguin Books, Londen 2012 (1999); Wells, H.G., *The Rights of Man, or What are we Fighting for?*, Penguin Books, Harmondsworth 1940.



kan ontaarden.¹⁸⁷ Mensenrechten kunnen worden wat Bentham dacht dat ze waren: 'nonsense upon stilts'.¹⁸⁸

8 Toch maar een blik op de toekomst

Wat zal de toekomst ons brengen? Wilde zei: 'It's difficult to prophesize, especially about the future'. Hoe waar dat is moge blijken uit een berichtje in *The New York Times* uit 1924. Het gaat over een zekere Adolf Hitler die op borgtocht was vrijgekomen uit de gevangenis in Beieren. Zijn gedrag in de gevangenis was zo voorbeeldig geweest dat de autoriteiten dachten dat van deze man weinig te vrezen zou zijn. *The New York Times* had groot vertrouwen in de toekomst en besloot het bericht met: "It is believed he will retire to private life and return to Austria, the country of his birth".¹⁸⁹

Het ontwikkelde zich een beetje anders. Het valt misschien ook nooit te voorspellen wanneer belangrijke sociale doorbraken zullen plaatsvinden: 9/11, het vallen van de Berlijnse Muur, het was allemaal onvoorzien.

Zo valt het ook niet te voorzien of, hoe en wanneer babybesnijdenis zal verdwijnen. Over het *hoe* wil ik toch een vermoeden wagen. Er zijn drie partijen die een rol zouden kunnen gaan spelen bij het aan de orde stellen van de besnijdenispraktijk.

- (1) de politiek;
- (2) de medische stand;
- (3) de rechterlijke macht.

8.1 De politiek

Laat ik beginnen met de politiek (waarmee ik met 'de politiek' doel op: Kamerleden, ministers, politieke partijen). In verband met het zwaar belaste verleden van alles wat te maken heeft met de Jodenvervolging in het derde rijk en met de weinig heroïsche geschiedenis van de Nederlandse staat en samenleving gedurende de bezetting in Nederland in het bijzonder, is het niet erg waarschijnlijk dat Nederlandse politici een voortrekkersrol zullen durven aan te nemen in de kwestie van

187 Dit mechanisme wordt geanalyseerd door: 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, pp. 182-192.

188 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, pp. 46-69.

189 'Hitler Tamed by Prison', in: *The New York Times*, 21 december 1924.



DEEL 2 MORELE EN IMMORELE RELIGIEUS GELEGITIMEERDE PRAKTIJKEN IN HET GEZONDHEIDSRECHT

de babybesnijdenis.¹⁹⁰ De enige Nederlandse politicus die het heeft aangedurfd dit onderwerp aan de orde te stellen is bij mijn weten de uit Somalië afkomstige Ayaan Hirsi Ali: een ex-moslim, zonder achtergrond in de Nederlandse politiek en niet voorgeprogrammeerd om de Europese gevoeligheden te ontzien of zelfs maar Europese taboes goed te begrijpen (wat heel verfrissende politiek kan opleveren). Haar werk en haar optreden werden altijd gekenmerkt door een logica van gelijke behandeling en ‘fairness’. Toen zij te horen kreeg dat haar acties tegen vrouwenbesnijdenis met zich mee brachten dat zij dan ‘eigenlijk’ ook zou moeten ageren tegen mannenbesnijdenis deed zij dat ook. (Tot verrassing van critici die haar verdachten van een vooroordeel jegens moslims en een onterechte voorliefde voor de Joden en voor de staat Israël).¹⁹¹ Dat deed zij in een documentaire *Mama, waarom ben ik besneden* (2004) hoewel ieder verstandig mens, en dus ook Hirsi Ali, zal erkennen dat grote verschillen bestaan tussen besnijdenispraktijken: van min of meer symbolische ingrepen als het maken van een inkeping tot zware verminkingen. Maar er is ook een overeenkomst. Zoals Van den Berg schrijft: “Hoewel er een verschil is tussen de ernst van de ingreep bij jongens- en meisjesbesnijdenis, is er in beide gevallen sprake van een onvrijwillige, onomkeerbare, niet-medisch noodzakelijke verminking op minderjarigen”.¹⁹²

Sommigen hebben meisjesbesnijdenis verdedigd als een culturele praktijk die de identiteit van de groep afbakent. Dat was het geval bij de prominente Keniaanse politicus Jomo Kenyatta (1893-1978). Hij zag ‘infibulatie’ (de meest ernstige vorm van vrouwenbesnijdenis) als een belangrijk onderdeel van de nationale culturele erfenis van zijn land.¹⁹³ In 1938 zei Kenyatta: “Excision and infibulation unite us tightly; they approve our fecundity”. Hij voegde daaraan toe: “clitoridectomy – as indeed circumcision among Jews – is a bodily mutilation, viewed somehow as the condition sine qua non for receiving a complete religious and moral education”.¹⁹⁴

190 Zie hierover: Verhofstadt, Dirk, *Pius XII. und die Vernichtung der Juden*, Alibri Verlag, Aschaffenburg 2013, 46 ff.; Zee, Nanda van der, *Om erger te voorkomen: de voorbereiding en uitvoering van de vernietiging van het Nederlandse jodendom tijdens de Tweede Wereldoorlog*, Vierde druk, Meulenhoff, Amsterdam 2000 (1997).

191 Zie over haar standpunt over besnijdenis in het algemeen Hirsi Ali, Ayaan, ‘Genitale verminking mag niet worden gedoogd’, in: Ayaan Hirsi Ali, *De Maagdenkooi*, Uitgeverij Augustus, Amsterdam/Antwerpen 2004, pp. 44-53.

192 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, p. 30.

193 Zie: Al-Azmeh, Aziz, ‘Aziz Al-Azmeh’, in: *New Stateman & Society*, 20 januari 1989. Zie ook: Frederiksen, Bodil Folke, ‘Jomo Kenyatta, Marie Bonaparte and Bronislaw Malinowski on Clitoridectomy and Female Sexuality’, in: *History Workshop Journal*, 65(1), 2008, pp. 23-48.

194 Kenyatta, aangehaald in: Atighetchi, Dariusch, *Islamic Bioethics: Problems and Perspectives*, Springer Verlag, Dordrecht, 2007, p. 314.



Dit is wat men kan noemen multiculturalisme in zijn meest ijzingwekkende consequenties: een cultureel-religieuze praktijk is goed omdat het een cultureel-religieuze praktijk is (of wordt geacht) die de groep een eigen identiteit geeft. Of het hierbij gaat om een ernstige inbreuk op de grondrechten of op een morele waarde, wordt van ondergeschikt belang geacht.

Doet ons dat ook niet denken aan de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens in Straatsburg over de Lautsi-zaak? Natuurlijk is de praktijk die in het geding is in de uitspraak Lautsi I en Lautsi II van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens van een veel geringer gewicht wanneer het aankomt op mensenrechtenschendingen: het ophangen van een crucifix aan de muur van een openbare school is iets anders dan het verwijderen van de clitoris van een jonge vrouw. Toch is de overeenkomst *in argumentatie* tussen de voorstanders van Lautsi II en Kenyatta interessant: men ziet 'culturele identiteit' als iets heel belangrijks. Het kruis in de klas is een symbool waarin de culturele identiteit van Italië (denkt men) tot uitdrukking komt. En dan hebben grondrechten te wijken of zij worden op het tweede plan gezet. Hetzelfde betoogt Kenyatta: wanneer de culturele identiteit van de Keniaanse cultuur in het geding is dan mag het vrouwenlichaam worden gemerkt. Zelfs wanneer dat een van de meest gruwelijke schendingen van de integriteit van het lichamelijke lichaam met zich meebrengt. Interessant is ook dat Kenyatta zelf de relatie legt met de babybesnijdenis van jongens ('among Jews').

8.2 De medische stand

Valt misschien meer te verwachten van de medische stand? Naar eigen zeggen voert de Koninklijke Nederlandse Maatschappij tot bevordering der Geneeskunst (KNMG) een 'krachtig ontmoedigingsbeleid' ten aanzien van artsen die besnijdenissen moeten uitvoeren.

"De KNMG ziet goede reden voor een wettelijk verbod op niet-therapeutische jongensbesnijdenis, maar vreest dat dit zal leiden tot het ondergronds gaan van de ingreep. Daarmee zou het aantal complicaties kunnen toenemen. Ook beseft de KNMG dat de praktijk van jongensbesnijdenis is omgeven met diepe religieuze, symbolische en culturele gevoelens. De KNMG respecteert dit en roept op tot dialoog tussen artsorganisaties, experts en de betreffende religieuze groeperingen."¹⁹⁵

Bij deze stellingname moeten echter een paar kanttekeningen worden gemaakt. De eerste is dat artsen die de operatie verrichten niet uit de beroepsgroep worden

195 Zie: <http://knmg.artsennet.nl/Dossiers-9/Dossiers-thematrefwoord/Kwetsbare-patienten/Jongensbesnijdenis-1.htm>.



DEEL 2 MORELE EN IMMORELE RELIGIEUS GELEGITIMEERDE PRAKTIJKEN IN HET GEZONDHEIDSRECHT

gezet.¹⁹⁶ Wat de KNMG doet, is verwijzen naar wetgeving. Men bepleit verandering van wetgeving en men stimuleert daarmee de politiek om veranderingen te vollbrengen, maar men neemt niet zelf het initiatief tot disciplinaire maatregelen ten aanzien van de leden van de eigen organisatie. Een tweede punt is dat de KNMG in één en dezelfde verklaring waarin men tegen jongensbesnijdenis pleit ook al aangeeft dat men een probleem ziet ontstaan bij een wettelijk verbod, namelijk dat de praktijk ondergronds zal gaan. Daarmee zou, aldus de verklaring van de KNMG, 'het aantal complicaties kunnen toenemen'.

Deze concessie ontkracht natuurlijk enigszins het standpunt van de KNMG. Het doet denken aan de situatie die op een bepaald moment ontstond in de discussie in Frankrijk over het dragen van religieuze tekenen in de klas (en dus ook hoofddoeken). Die kwam tot een hoogtepunt in 1989. De toenmalige Franse minister van onderwijs en sport, Lionel Jospin (geb. 1937) verklaarde toen dat de scholen een discussie zouden moeten starten over het dragen van religieuze tekenen in de klas ('le port de signes religieux'). Maar hij verklaarde nog iets: als die 'dialogue' niet tot gevolg zou hebben dat de leerlingen zich willen conformeren aan de religieus-neutrale kledingvoorschriften die het ideaal van de Franse lekenstaat ('laïcité') met zich meebrengt, dan zou een leerling niet van het onderwijs mogen worden 'uitgesloten'. Dit bracht vijf Franse publieke intellectuelen ertoe Jospin stevig te kritiseren in een artikel in *Le Nouvel Observateur*.¹⁹⁷ Elisabeth Badinter, Régis Debray,¹⁹⁸ Alain Finkelkraut,¹⁹⁹ Elisabeth Fontenay en Catherine Kintzler²⁰⁰ spraken van een capitulatie van de Franse staat. In het bijzonder kritiseerden zij de minister dat hij al het wisselgeld had weggegeven. Als je van tevoren al aankondigt dat wanneer de leerlingen zich niet willen conformeren aan de eisen van de schoolleiding het de schoolleiding is die bakzeil moet halen, wat voor positie heeft deze dan nog in de onderhandelingen?

Daar zit iets in. En hetzelfde verwijt kan men aan de KNMG maken. Als men van tevoren al aankondigt dat een bedenkelijke praktijk – mits verboden – toch illegaal zal worden uitgevoerd, dan is dat geen stimulans voor diegenen die door het

196 Dit wordt ook gesignaleerd door: Van den Berg, 'De prioriteit van morele toetsing', p. 32.

197 Badinter, E., Debray, R., Finkelkraut, A., Fontenay, E. de, Kintzler, C., 'Profes, ne capitulons pas!', in: *Le Nouvel Observateur*, 2-8 november 1989.

198 Debray, Régis, *Ce que nous voile le voile: La République et le sacré*, Gallimard, Parijs 2004; Debray, Régis, *La République expliquée à ma fille*, Éditions du Seuil, Parijs 1998.

199 Finkelkraut, Alain, *L'identité malheureuse*, Éditions Stock, Parijs 2013; Finkelkraut, Alain, & Lévy, Benny, *Le Livre et les Livres: Entretiens sur la laïcité*, Textes réunis et annotés par Gilles Hanus, Verdier, Parijs 2006.

200 Kintzler, Catherine, *Qu'est-ce que la laïcité?*, La librairie philosophique J. Vrin, Parijs 2007.



verbod zullen worden geraakt zich aan de verbodsbepaling iets gelegen te laten liggen. We hebben hier te maken met de discussie over de droogleggingspraktijk in de Verenigde Staten van Amerika. Natuurlijk, sommige praktijken zijn wellicht zo moeilijk uit te roeien dat de wetgever capituleert. Een verbod op alcohol of prostitutie lijken daarvan goede voorbeelden. Maar zou men ook een verbod op babybesnijdenis in deze categorie moeten plaatsen? En zou de KNMG dat alleen voor jongensbesnijdenis willen hooghouden of ook voor meisjesbesnijdenis? Willen zij ook niet de strijd aanbinden met het door Kenyatta geformuleerde standpunt? Denken zij ook misschien: wie zijn wij nog?

Een derde kanttekening kan men maken bij de opmerking van de KNMG dat jongensbesnijdenis een praktijk betreft die is omgeven met diepe religieuze, symbolische en culturele gevoelens. 'De KNMG respecteert dit', wordt toegevoegd. De vraag is dan: respecteert wat? Op basis van louter taalkundige formulering is niet duidelijk wat de KNMG hier bedoelt. Bedoelt men dat men 'respecteert' dat de besnijdenispraktijk *een religieuze en culturele achtergrond* heeft? Of 'respecteert' men de *besnijdenis* (omdat het een religieuze en culturele achtergrond heeft)?

In het eerste geval (het respecteren van de religieuze en culturele achtergrond) is het woord 'respecteren' overigens verwarrend geformuleerd. Men kan beter zeggen dat men iets 'erkent' of dat men zich 'realiseert' dat die achtergrond er is. Door het gebruik van het woord 'respecteren' wordt gesuggereerd dat men de praktijk accepteert. Een wiskundeleraar kan ook niet 'respecteren' dat kinderen veel rekenfouten maken. Hij kan het hoogstens 'erkennen' of 'realiseren' dat dit zo is (en vervolgens alles in het werk gaan stellen om kinderen beter te leren rekenen). En hij moet het eerst 'weten' om het als probleem te kunnen erkennen. Maar een wiskundeleraar die zou zeggen "ik respecteer dat de kinderen rekenfouten maken" zou zijn taak niet serieus nemen.

Ik hoop niet dat mijn opmerkingen worden ervaren als het zoeken van spijkers op laag water. Eerlijk gezegd geloof ik dat onhelder of versluiserend taalgebruik hier onzekerheid van denken moet maskeren en het lijkt van belang dit aan de orde te stellen (in plaats van het te 'respecteren' ©).

Toch, ondanks mijn kritische kanttekeningen bij de formuleringen van de KNMG, lijkt men zich te realiseren dat de besnijdenispraktijk onjuist is. Dat is een begin. En het zou kunnen zijn dat het voor medici gemakkelijker is deze kwestie aan de orde stellen dan voor politici. De medicus kan immers op gezaghebbende wijze een alternatief verweer voeren tegenover de religieuze moraal.

8.3 *De rechterlijke macht en juristen in het algemeen*

Een derde groep die ik zou willen onderscheiden en die van belang lijkt in het ontwikkelen van een kritische visie op de besnijdenispraktijk die al eeuwen



DEEL 2 MORELE EN IMMORELE RELIGIEUS GELEGITIMEERDE PRAKTIJKEN IN HET GEZONDHEIDSRECHT

gebruikelijk is,²⁰¹ is de juristenstand. Althans wanneer die juristenstand zich laat inspireren door een *bepaalde conceptie* van democratie. Ik zal proberen uit te leggen wat ik bedoel.

In 1936 presenteerde de Amsterdamse staatsrechtsgeleerde G. van den Bergh (1890-1966) een moedige inaugurele rede onder de titel *De democratische Staat en de niet-democratische partijen*.²⁰² Van den Bergh was een soort Amsterdamse Cleveringa. Rudolf Pabus Cleveringa (1894-1980) hield tijdens de bezetting een moedige rede waarin hij protest aantekende tegen het ontslag van de Leidse (Joodse) hoogleraar E.M. Meijers.²⁰³ Wat de twee mannen gemeenschappelijk hadden was dat zij beiden iets moedigs deden: zij tekenden verzet aan tegen de Duitse ideologie. Maar er was ook verschil. De rede van Cleveringa is (nogmaals: hoewel moedig) vanuit een theoretisch perspectief niet interessant. Van den Bergh's rede was dat wel en de betekenis van het door hem aan de orde gestelde vraagstuk is nu nog even relevant als toen. Van den Bergh analyseert de opkomende totalitaire ideologieën van zijn tijd (in het bijzonder die van Duitsland) en stelt dan de vraag: moeten we elke ideologie die langs democratische weg aan de macht komt accepteren? Zijn antwoord is: nee. Van den Bergh probeert dan²⁰⁴ een filosofische argumentatie te ontwikkelen op basis waarvan men zou kunnen zeggen dat democratieën niet gehouden zijn elke meerderheidsbeslissing maar te accepteren. Gelijk Molier, die de rede van Van den Bergh analyseert, schrijft daarover:



-
- 201 Vaak aangevoerd als 'traditie' die legitimiteit zou geven aan het gebeuren. Maar waarom zegt men niet: "deze misstand duurt nu al zo lang voort, het is tijd dat daar nu eindelijk een eind aan komt"?
- 202 Bergh, George, van den, *De democratische Staat en de niet-democratische partijen*, De Arbeiderspers, Amsterdam 1936.
- 203 Cleveringa, R.P., 'Over Prof. mr. E.M. Meijers', Lezing op 26 november 1940, in: Guépin, J.P., *Schokkende Redevoeringen*. Samengesteld en van inleidingen voorzien door J.P. Guépin, Nijgh & Ditmar, Amsterdam 1990, pp. 395-403.
- 204 Net als de naar De Verenigde Staten van Amerika uitgeweken Loewenstein deed. Zie: Loewenstein, Karl, 'Militant Democracy and Fundamental Rights', I, in: *The American Political Science Review*, Vol. 31, No. 3, 1937, pp. 417-432, ook in: Sajó, András, *Militant Democracy*, Eleven, International Publishing, Utrecht 2004, pp. 231-245; Loewenstein, Karl, 'Militant Democracy and Fundamental Rights', II, in: *The American Political Science Review*, Vol 31, No. 4 1937, pp. 638-658, ook in: Sajó, András, *Militant Democracy*, Eleven, International Publishing, Utrecht 2004, pp. 245-265. Over hen beiden: Cliteur, Paul, & Rijpkema, Bastiaan, 'The Foundations of Militant Democracy', in: Afshin Ellian & Gelijk Molier, eds., *The State of Exception and Militant Democracy in a Time of Terror*, Republic of Letters Publishing, Dordrecht 2012, pp. 227-273. Ik benadruk nog even dat Van den Bergh in *Nederland* schreef en Loewenstein in *de Verenigde Staten*. Dat is vanuit het Cleveringa-perspectief van persoonlijke moed een aanzienlijk verschil natuurlijk.



“Waar Van den Bergh hier al met zoveel woorden voor pleit, is wat we heden ten dage een ‘materiële democratie’ zouden noemen. Democratie is meer dan een procedure voor regeringsvorming en besluitvorming op basis van meerderheden. Democratie staat ook voor bepaalde waarden (Van den Bergh spreekt van zedelijke beginselen en rechtsbeginselen, te weten individuele (geestelijke) vrijheid en gelijk(waardig)heid tot uiting komend in het idee dat iedere persoon respect verdient louter vanwege zijn ‘mens-zijn’.”²⁰⁵

De parafrasering van het gedachtegoed van Van den Bergh door Molier is (ten dele) adequaat. Van den Bergh is aanhanger van de ‘materiële democratie’. Democratie is voor hem meer dan een formele aangelegenheid, meer dan wat Struycen eens aanduidde als ‘Kopfzahldemokratie’. Democratie onderscheidt zich ook door respect voor grondrechten, individuele vrijheden. Men kan het ook als volgt stellen: democratie in de zin van respect voor meerderheidsbeslissingen is een noodzakelijke voorwaarde voor een legitiem staatsverband maar geen voldoende voorwaarde. Er moet aan ‘meer’ zijn voldaan. Dat ‘meer’ is respect voor grondrechten.²⁰⁶

Toch heeft Molier naar mijn idee, zeg ik daar in alle bescheidenheid bij, nog niet helemaal de kern van het denken van Van den Bergh in het vizier. Wat hij aan Van den Bergh toeschrijft is juist, maar het is niet wat Van den Bergh zo groot maakt. Het is immers wat Van den Bergh gemeen heeft met talloze andere theoretici van het materiële democratiebegrip, namelijk dat meerderheidsbeslissingen in toom gehouden moeten worden door respect voor grondrechten.²⁰⁷ Een democratische rechtsstaat – ‘liberal democracy’, in het Anglo-Amerikaanse vocabulaire – vraagt om democratie én rechtsstaat.

205 Molier, Gelijk, ‘Syrië-gangers wacht ‘strijdbare democratie’’, in: *Civis Mundi*, 13 januari 2014, pp. 1-17, p. 8.

206 Zie over die ‘materiële democratie’-opvatting ook: Welzel, Hans, *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit*, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen 1980.

207 Het is misschien niet overdreven te stellen dat dit punt als een rode draad loopt door vooral de Duitse constitutionele theorie van na de Tweede Wereldoorlog. Zie voor standpuntsbepalingen hierover: Maihofer, Werner, Hrsg., *Naturrecht oder Rechtspositivismus*, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt 1972; Maihofer, Werner, Hrsg., *Begriff und Wesen des Rechts*, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt 1973; Kaufmann, Arthur, *Rechtsphilosophie: Stationen eines Weges*, 2., überarbeitete Auflage, Carl Heymans Verlag, Köln/Berlin/Bonn/München 1984. Een enorme bron van inspiratie voor die oriëntatie op de materiële conceptie van democratie is geweest: Radbruch, Gustav, *Rechtsphilosophie*, Herausgegeben von Erik Wolf und Hans-Peter Schneider, K.F. Koehler Verlag, Stuttgart 1973; Radbruch, Gustav, *Vorschule der Rechtsphilosophie*, 2e Auflage, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen 1959 (1947).



DEEL 2 MORELE EN IMMORELE RELIGIEUS GELEGITIMEERDE PRAKTIJEN IN HET GEZONDHEIDSRECHT

Het specifieke aan de democratieopvatting van Van den Bergh is niet zozeer dat hij de gedachte van de materiële democratie omarmt, maar dat hij een voorstander is van wat Loewenstein 'Militant democracy' noemt en wat in het Nederlands vaak wordt weergegeven met de term 'weerbare democratie' of 'strijdbare democratie'. Een weerbare democratie zou ik willen omschrijven als een democratie waarin de burgers het ethos van de democratie niet alleen op theoretisch vlak onderschrijven maar waarin zij ook bereid zijn dit te verdedigen – in het uiterste geval zelfs met risico's voor eigen veiligheid (zoals Cleveringa deed, en trouwens ook Van den Bergh zelf). Een 'weerbare democratie' verdedigt de democratie tegenover haar 'vijanden'.²⁰⁸

Het is misschien verhelderend hier de 'weerbare democratie' te contrasteren met de 'weerloze democratie'. De weerbare democratie wijst de bekende dichtregel van Lucebert dat 'alles van waarde weerloos' is resoluut af. Alles wat van waarde is moet *weerbaar gemaakt worden* – in de eerste plaats de democratie zelf. Een weerbare democratie wijst ook af het 'wie zijn wij nu nog?' van Reybrouck. Een weerbare democratie is een democratie waarin de juristenstand ergens een streep in het zand trekt die niet overschreden kan worden. In de weerbare democratie heeft men ook een bepaalde conceptie van 'tolerantie' die met zich meebrengt dat geen tolerantie voor de intoleranten moet worden verdedigd.²⁰⁹ In een weerbare democratie heeft men Cleveringa en Van den Bergh als morele iconen voor ogen en niet Ban Ki-Moon. Wat Ban Ki-Moon deed met zijn commentaar op een onschuldig filmpje als *Innocence of Muslims* is het maken van concessies aan mogelijke geweldsplegers. Daarmee leverde hij (hoe goedbedoeld ook en zonder twijfel niets vermoedend) een bijdrage aan de erosie van het ethos dat vrijheid hoog moet worden gehouden door de eerstverantwoordelijken. Ban Ki-Moon is wat dat betreft het tegendeel van Cleveringa, maar ook het tegendeel van Van den Bergh, omdat Ban Ki-Moon het Europees mensenrechtenacquis niet bereid is te verdedigen tegenover de vijanden van mensenrechten. Dat komt wellicht omdat Ban Ki-Moon geen idee heeft van 'vijanden'.

8.4 Een herwaardering van 'militantie' of 'strijdbaarheid'

Een weerbare democratie vraagt dus ook om (als ik het Engelse woord in het Nederlands mag hanteren) 'militantie' of (beter wellicht) 'strijdbaarheid'. Het is goed dat nog eens te benadrukken, want we leven in een tijd waarin 'militantie' als *per definitie* verdacht wordt aangemerkt. Militantie en radicaliteit worden als 'fundamentalistisch' ervaren. 'Tolerantie' daarentegen wordt gepercipieerd als 'matiging'. Wie zichzelf als 'gematigd' aanduidt, geeft aan dat van hem of haar

208 Het klassieke boek is hier natuurlijk: Popper, K.R., *The Open Society and its Enemies*, 2 Vols., Routledge & Kegan Paul, Londen & Henley 1977 (1947).

209 Guiora, Amos N., *Tolerating Intolerance: The Price of Protecting Extremism*, Oxford University Press, Oxford, New York 2014.



8 TOCH MAAR EEN BLIK OP DE TOEKOMST

geen gevaar te duchten valt. Iemand die 'kan relativieren' brengt zelf geen schade toe aan anderen. Maar de 'gematigde relativist' is ook niet degene van wie je veel heil te verwachten hebt als je in deze wereld *wordt aangevallen*. Ook dát kan de relativist namelijk heel goed relativieren. De gematigde relativist kenmerkt zich door een zekere traagheid. Denk aan hoe een luiaard uit een boom komt. Zo reageert een gematigde relativist op het onrecht in deze wereld. Hij vraagt zich af of er wel vrouwen worden besneden. Als hij cijfers krijgt dan vraagt hij zich hardop af of daaraan wel iets te doen valt. Als duidelijk is wat eraan te doen valt, werpt hij bezwaren op (schoolartsen mogen geen meisjes 'tussen de benen gaan kijken', want dat is in strijd met de privacy). De gematigde relativist maakt zich altijd over iets anders druk dan over schade aan het vrouwelijk lichaam. Het zijn dus niet zozeer de inhoudelijke principes waaraan het de relativist ontbreekt maar aan ambitie om principes te verdedigen. Zijn parool is *pas de zèle*. Immers strijdlustigheid associeert hij met de zeloot. En zeloten moeten we nooit worden. Begin dus bij jezelf en relativeer alles. Als iedereen dat zou doen, zou de wereld er een stuk beter uitzien.

Het probleem is natuurlijk: niet iedereen doet dat. Er zijn mensen die het werkelijk verkeerd voor hebben met de wereld. Die mensen krijgen geen weerwerk van de aanhangers van de gewone 'materiële democratie' die geen 'strijdbare democratie' wil zijn. De pacifisten van het 'alles van waarde is weerloos' laten het kwaad gestaag marcheren door deze wereld.

Nu staat mijn woordteller onverbiddelijk op 31.834 woorden. Ik beperk mij daarom tot het opwerpen van de vraag of ik nu voor een 'verbod' ben op babybesnijdenis? Laat ik zeggen dat ik in ieder geval vóór het voeren van 'de dialoog' ben. Ik zie dat het onderwerp een zware emotionele lading heeft. Iets in mij zegt dat je daarvoor niet moet wijken, maar ik laat het aan anderen over om daarin een standpunt in te nemen. Ik denk dat ik in dit preadvies genoeg standpunten heb ingenomen.

In ieder geval heb ik met dit preadvies een antwoord gegeven op een vraag die in 2009 reeds door Aart Hendriks werd opgeworpen, namelijk die naar de 'betekenis van het EVRM voor het gezondheidsrecht'.²¹⁰ Ik heb het alleen iets beperkter aangepakt: hier gaat het over één artikel uit het EVRM in relatie tot één specifieke praktijk die raakt aan het gezondheidsrecht.

210 Hendriks, A.C., 'De betekenis van het EVRM voor het gezondheidsrecht', Preadvies voor de Vereniging voor Gezondheidsrecht, jaarvergadering 17 april 2009, in: *Gezondheidszorg en Europees recht*, Deel 1, Sdu uitgevers, Den Haag 2009, pp. 15-102.



DEEL 2 MORELE EN IMMORELE RELIGIEUS GELEGITIMEERDE PRAKTIJKEN IN HET GEZONDHEIDSRECHT

Literatuur

Al-Azmeh 1989

Al-Azmeh, Aziz, 'Aziz Al-Azmeh', in: *New Stateman & Society*, 20 januari 1989.

Ali 2002

Ali, Tariq, *The Clash of Fundamentalisms: Crusades, Jihads and Modernity*, Verso, Londen/New York 2002.

Amarasingam 2010

Amarasingam, Amarnath, ed., *Religion and the New Atheism: A Critical Appraisal*, Brill, Leiden 2010.

Annicchino 2011

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.

Appignanesi 1990

Appignanesi, Lisa, & Maitland, Sara, eds., *The Rushdie File*, Syracuse University Press, Syracuse N.Y. 1990.

Appignanesi 2005

Appignanesi, Lisa, ed., *Free Expression is No Offence*, Penguin Books, Londen 2005.

Armstrong 1999 (1993)

Armstrong, Karen, *A History of God: From Abraham to the Present: the 4000-Year Quest for God*, Vintage books, Londen 1999 (1993).

Armstrong 2000

Armstrong, Karen, *The Battle for God: Fundamentalism in Judaism, Christianity and Islam*, HarperCollins, Londen 2000.

Arshad Ahmedi 2007 (1997)

Arshad Ahmedi, Mohamed, *Rushdie: Haunted by His Unholy Ghosts*, Islam International Publications Limited, Tilford 2007 (1997).

Atighetchi 2007

Atighetchi, Dariusch, *Islamic Bioethics: Problems and Perspectives*, Springer Verlag, Dordrecht, 2007.

Attali 2009

Attali, 'René Cassin', in: Jacques Attali, *Dictionnaire amoureux du judaïsme*, Plon/Fayard, Parijs 2009.

Badinter et al. 1989

Badinter, E., Debray, R., Finkelkraut, A., Fontenay, E. de, Kintzler, C., 'Profes, ne capitulons pas!', in: *Le Nouvel Observateur*, 2-8 november 1989.



Bakas et al. 2010

Bakas, Adjiedj, & Buwalda, Minne, *The Future of Faith: Ethics, Religion and Spirituality in the New World Order*, with a foreword by Ashok Bhanaut, Scriptum Publishers, Schiedam 2010.

Baudet 2012

Baudet, Thierry, *De aanval op de natiestaat*, Uitgeverij Bert Bakker, Amsterdam 2012.

Baudet 2013

Baudet, Thierry, *Oikofobie: de angst voor het eigene*, Uitgeverij Bert Bakker, Amsterdam 2013.

Baudet & Rijpkema 2013

Baudet, Thierry, en Rijpkema, Bastiaan, 'Wie laat zich nou de wet voorschrijven?', in: *NRC Handelsblad*, 30 november 2013.

Baudet, Thierry, en Rijpkema, Bastiaan, 'Onderhandelen in het openbaar levert niets op', in: *NRC Handelsblad*, 19 december 2013.

Bennoune 2013

Bennoune, Karima, *Your Fatwa Does not Apply Here: Untold Stories from the Fight against Muslim Fundamentalism*, W.W. Norton & Company, New York/Londen 2013.

Benoist 2011

Benoist, Alain de, *Beyond Human Rights: Defending Freedoms*, Arktos Media Ltd., United Kingdom 2011.

Benson 2009

Benson, Ophelia, Stangroom, Jeremy, *Does God Hate Women?*, Continuum, Londen/New York 2009.

Bentham

Bentham, J., *Anarchical Fallacies*, in: *The Works of Jeremy Bentham*, Bowring edition, William Tait, Edinburgh 1843.

Berg, van den 2005

Berg, Floris van den, 'Zero Tolerance', in: *Free Inquiry*, januari/februari 2005.

Berg, van den 2009

Berg, Floris van den, *Filosofie voor een betere wereld*, Houtekiet/Atlas, Antwerpen/Amsterdam 2009.

Berg, Floris van den, *Hoe komen we van religie af? Een ongemakkelijke liberale paradox*, Houtekiet/Atlas, Antwerpen/Amsterdam 2009.

Berg, van den 2012

Berg, Floris van den, *Harming Others: Universal Subjectivism and the Expanding Moral Circle*, PhD Thesis, Leiden, Gildeprint Enschede 2012.

DEEL 2 MORELE EN IMMORELE RELIGIEUS GELEGITIMEERDE PRAKTIJEN IN HET GEZONDHEIDSRECHT

Berg, van den 2013

Berg, Floris van den, *De vrolijke veganist*, Houtekiet, Antwerpen 2013

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.

Bergh, van den 1936

Bergh, George, van den, *De democratische Staat en de niet-democratische partijen*, De Arbeiderspers, Amsterdam 1936.

Berman 1992

Berman, Paul, ed., *Debating P.C.: The Controversy over Political Correctness on College Campuses*, Bantam, New York 1992.

Berman 2010

Berman, Paul, *The Flight of the Intellectuals*, Melville House, Brooklyn, New York 2010.

Bielefeldt 2011

Bielefeldt, Heiner, 'Protecting and Implementing the Right to Freedom of Religion or Belief: Interview with Heiner Bielefeldt', in: *Journal of Human Rights Practice*, Vol. 3, 2011.

Bielefeldt 2012

Bielefeldt, Heiner, 'Freedom of Religion or Belief – A Human Right under Pressure', in: *Oxford Journal of Law and Religion*, Vol. 1, No. 1, 2012.

Bielefeldt 2013

Bielefeldt, Heiner, 'Misrepresentations of Freedom of Religion or Belief', in: *Human Rights Quarterly*, Volume 35, No. 1, februari 2013

Black 1969

Black, Hugo LaFayette, *A Constitutional Faith*, Alfred Knopf, New York 1969.

Blom 2010

Blom, Philipp, *A Wicked Company: Forgotten Radicalism of the European Enlightenment*, Basic Books, New York 2010.

Bodelier 2014

Bodelier, Ralf, 'Daarom noem ik mij katholiek en atheïst', in: *Civis Mundi*, 13 januari 2014.

Bostom 2012

Bostom, Andrew G., *Sharia versus Freedom: the Legacy of Islamic Totalitarianism*, Prometheus Books, Amherst N.Y. 2012.

Bradlaugh 1934

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.

Bradley & Tate 2010

Bradley, Arthur, and Tate, Andrew, *The New Atheist Novel: Fiction, Philosophy and Polemic after 9/11*, Continuum, Londen/New York 2010.

Brandt 1959

Brandt, Richard, *Ethical Theory: The Problems of Normative and Critical Ethics*, Prentice-Hall, Engelwood Cliffs, New York 1959.

Browne 2006

Browne, Anthony, *The Retreat of Reason: Political Correctness and the Corruption of Public Debate in Modern Britain*, Second Edition, Civitas: Institute for the Study of Civil Society, Londen 2006.

Bryce 1901

Bryce, James, 'The Relations of Law and Religion', in: James Bryce, *Studies in History and Jurisprudence*, Volume II, New York University Press, Londen etc. 1901.

Bryce 1913

Bryce, James, 'Some Hints on Public Speaking', in: James Bryce, *University and Historical Addresses*, Macmillan & CO., New York 1913.

Bryce 1921

Bryce, James, *Modern Democracies*, I, Macmillan and Co. Londen 1921; Bryce, James, *Modern Democracies*, II, Macmillan and Co., Londen 1921.

Bryce 1924 (1893)

Bryce, James, *The American Commonwealth*, Vol. II, The Macmillan Company, Londen 1924 (1893).

Bryce 1926 (1893)

Bryce, James, *The American Commonwealth*, Vol. I, The Macmillan Company, Londen 1926 (1893).

Bury 1932 (1913)

Bury, J.B., *A History of the Freedom of Thought*, Thornton Butterworth, Londen 1932 (1913).

Bury 1964

Bury, J.B., 'The Trial of Socrates', 1926, in: J.B. Bury, *Selected Essays*, Edited by Harold Temperley, Adolf M. Hakkert, Amsterdam 1964.

Candar 2005

Candar, Gilles, *Jean Jaurès, Laïcité et République sociale 1905-2005: Centenaire de la loi sur la séparation des Églises et de l'État*, le cherche midi, Parijs 2005.

Carey 1999

Carey, John, ed., *The Faber Book of Utopias*, Faber & Faber, Londen 1999.



DEEL 2 MORELE EN IMMORELE RELIGIEUS GELEGITIMEERDE PRAKTIJKEN IN HET GEZONDHEIDSRECHT

Carroll 1965

Carroll, Lewis, *The Annotated Alice: Alice's Adventures in Wonderland and Through the Looking-Glass*, With an Introduction and Notes by Martin Gardner, Penguin Books, Londen 1965.

Cherry & Brown 2009

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.

Chervel & Seeliger 2007

Chervel, Thierry en Anja Seeliger, hrsg., *Islam in Europa : Eine internationale Debatte*, Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main 2007.

Cleveringa 1990

Cleveringa, R.P., 'Over Prof. mr. E.M. Meijers', Lezing op 26 november 1940, in: Guépin, J.P., *Schokkende Redevoeringen*. Samengesteld en van inleidingen voorzien door J.P. Guépin, Nijgh & Ditmar, Amsterdam 1990.

Clifford 1877

Clifford, W.K., 'The Ethics of Belief', in: *Contemporary Review*, 29 (1876: dec. – 1877: mai).

Cliteur 1989

Cliteur, P.B., 'Argumenten voor en tegen constitutionele toetsing', in: *Nederlands Juristenblad*, Afl. 38, 1989.

Cliteur 1995

Cliteur, Paul, 'De dreigende proliferatie van mensenrechten', in: Huls, N.J.H., red., *Grenzen aan mensenrechten*, Stichting NJCM-boekerij, Leiden 1995.

Cliteur 1996

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.

Cliteur 1999

Cliteur, P.B., *De filosofie van mensenrechten*, 2^e druk, Ars Aequi Libri, Nijmegen 1999 (1997).

Cliteur 2000

Cliteur, Paul, 'Steeds maar nieuwe rechten. Over de schaduwzijden van een wijd-verbrede praktijk', in: *Nederlands Tijdschrift voor Rechtsfilosofie en Rechtstheorie*, jrg. 29, afl. 1, 2000.

Cliteur 2004

Cliteur, Paul, 'Godslastering en zelfcensuur na de moord op Theo van Gogh', in: *Nederlands Juristenblad*, Afl. 45, 2004.



Cliteur 2005

Cliteur, Paul, 'De eigen-schuld theorie', in: *Hoe nu verder? 42 visies op de toekomst van Nederland na de moord op Theo van Gogh*, Spectrum, Utrecht 2005.

Cliteur 2007

Cliteur, Paul, *Moreel Esperanto: naar een autonome ethiek*, De Arbeiderspers, Amsterdam 2007.

Cliteur, Paul, 'The Postmodern Interpretation of Religious Terrorism', in: *Free Inquiry*, februari/maart, Volume 27, nr. 2, 2007.

Cliteur 2009

Cliteur, Paul, 'Esperanto Moral', in: *Claves de razón práctica*, Número 190, maart 2009.

Cliteur, Paul, 'Por qué hablan de laicismo 'agresivo'', in: *El País*, 2 juni 2009.

Cliteur, Paul, 'The Definition of Atheism', in: *Journal of Religion and Society*, Volume 11, 2009.

Cliteur 2010

Cliteur, Paul, *The Secular Outlook: In Defense of Moral and Political Secularism*, Wiley-Blackwell, Chicester 2010.

Cliteur, Paul, *Het Monotheïstisch Dilemma: of de theologie van het terrorisme*, De Arbeiderspers, Amsterdam 2010.

Cliteur, P.B., 'The Varieties of Atheist Experience', in: *Philosophy Now*, april/mei 2010.

Cliteur 2011

Cliteur, Paul, 'Van Rushdie tot Jones: over geweld en uitingsvrijheid', in: Afshin Ellian, Gelijk Molier en Tom Zwart, eds., *Mag ik dit zeggen? Beschouwingen over de vrijheid van meningsuiting*, Boom Juridische Uitgevers, Den Haag 2011.

Cliteur 2012

Cliteur, Paul, 'Criteria voor juridisch te beschermen godsdienst', in: *Nederlands Juristenblad*, Afl. 44/45, 14 december 2012.

Cliteur, Paul, 'State and religion against the backdrop of religious radicalism', in: *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 10, No. 1, 2012.

Cliteur 2013

Cliteur, Paul, 'Dierenleed en religie', in: Bastiaan Rijpkema & Machteld Zee, red., *Bij de beesten af! Over dierenrecht en onrecht*, Uitgeverij Bert Bakker, Amsterdam 2013.

Cliteur, Paul, 'The Challenge of Theoterrorism', in: *The New English Review*, 30 mei 2013.

Cliteur, Paul, 'The Rudi Carrell Affair and its Significance for the Tension between theoterrorism and religious satire', in: *Ancilla Iuris*, 2013:15.

Cliteur & Ellian 2011

Cliteur, P.B., en Ellian, A., 'Hoofdstuk 9: Van God naar het Volk: de overgang van de premoderne naar de moderne tijd', in: P.B. Cliteur en A. Ellian, *Encyclopedie van de rechtswetenschap I: Grondslagen*, derde druk, Kluwer, Deventer 2011.



DEEL 2 MORELE EN IMMORELE RELIGIEUS GELEGITIMEERDE PRAKTIJEN IN HET GEZONDHEIDSRECHT

Cliteur et al. 1991

Cliteur, P.B., e.a., *Constitutionele toetsing*, Met commentaar van R.A.V. van Haersolte, J.M. Polak en T. Zwart, Prof. mr. B.M. Teldersstichting, Den Haag 1991.

Cliteur & Rijpkema 2012

Cliteur, Paul, & Rijpkema, Bastiaan, 'The Foundations of Militant Democracy', in: Afshin Ellian & Gelijn Molier, eds., *The State of Exception and Militant Democracy in a Time of Terror*, Republic of Letters Publishing, Dordrecht 2012.

Cohen 2012

Cohen, Nick, *You Can't Read This Book: Censorship in an Age of Freedom*, Fourth Estate, Londen 2012.

Collins 2003

Collins, John T., 'The Zeal of Phinehas: The Bible and the Legitimation of Violence', in: *Journal of Biblical Literature*, Vol. 122, No. 1, 2003.

Couwenberg 1990

Couwenberg, S.W., 'Liberale versus democratische rechtsstaat: achtergrond constitutionele toetsing', in: *Tijdschrift voor Openbaar Bestuur*, jrg. 16, nr. 7, 1990.

Cranston

Cranston, M., 'Human Rights, Real and Supposed', in: *Political Theory and the Rights of Man*, ed. D.D. Raphael, Macmillan, Londen, 1967.

Crété 2010

Crété, Liliane, *Les Tudors*, Champs histoire, Flammarion, Parijs 2010.

Dacey 2012

Dacey, Austin, *The Future of Blasphemy: Speaking of the Sacred in an Age of Human Rights*, Continuum, Londen/New York 2012.

Debray 1998

Debray, Régis, *La République expliquée à ma fille*, Éditions du Seuil, Parijs 1998.

Debray 2004

Debray, Régis, *Ce que nous voile le voile: La République et le sacré*, Gallimard, Parijs 2004.

Delaney 1998

Delaney, Carol, *Abraham on Trial: the Social Legacy of Biblical Myth*, Princeton University Press, Princeton & Oxford 1998.

Dershowitz 2000

Dershowitz, Alan M., *The Genesis of Justice: Ten Stories of Biblical Injustice that Led to the Ten Commandments and Modern Law*, Warner Books, New York 2000.

Domke 2004

Domke, David, *God Willing? Political Fundamentalism in the White House, the "War on Terror", and the Echoing Press*, Pluto Press, Londen, An Arbor 2004.





LITERATUUR

Donnelly 1984

Donnelly, Jack, 'Cultural Relativism and Universal Human Rights', in: *Human Rights Quarterly*, 6, 1984.

Dool 2013

Dool, Pim van den, 'Senaat stemt in met schrappen van verbod op godslastering', in: *NRC Handelsblad*, 3 december 2013.

Doomen 2011

Doomen, Jasper, 'Religion's Appeal', in: *Philosophy and Theology* vol. 23, nr. 1, 2011.

Dworkin 1995

Dworkin, Ronald, 'Should wrong opinions be banned?', in: *The Independent*, 28 mei 1995.

Ellian 2005

Ellian, Afshin, 'Volkert van der G., Mohammed B. en Mohammed A.', in: *Hoe nu verder? 42 visies op de toekomst van Nederland na de moord op Theo van Gogh*, Spectrum, Utrecht 2005.

Ellian 2008

Ellian, Afshin, *Allah weet het niet beter: Columns*, J.M. Meulenhoff, Amsterdam 2008.

Ellian et al. 2011

Ellian, Afshin, Geliijn Molier, Tom Zwart, eds., *Mag ik dit zeggen? Beschouwingen over de vrijheid van meningsuiting*, Boom Juridische Uitgevers, Den Haag 2011.

Evenhuis 2008

Evenhuis, Angela, *Blasphemous matter: Blasphemy, Defamation of Religion and Human Rights*, A Magenta Foundation publication, Amsterdam 2008.

Fennema & Maussen 2000

Fennema, Meindert, and Maussen, Marcel, 'Dealing with Extremists in Public Discussion: Front National and 'Republican Front' in France', in: *The Journal of Political Philosophy*, Volume 8, Number 3, 2000.

Finkelkraut 2006

Finkelkraut, Alain, & Lévy, Benny, *Le Livre et les Livres: Entretiens sur la laïcité*, Textes réunis et annotés par Gilles Hanus, Verdier, Parijs 2006.

Finkelkraut 2013

Finkelkraut, Alain, *L'identité malheureuse*, Éditions Stock, Parijs 2013.

Fone 2000

Fone, Byrne, *Homophobia: A History*, Metropolitan Books, Henry Holt and Company, New York 2000.

Fourest 2009

Fourest, Caroline, *La dernière utopie: menaces sur l'universalisme*, Éditions Grasset, Parijs 2009.





DEEL 2 MORELE EN IMMORELE RELIGIEUS GELEGITIMEERDE PRAKTIJKEN IN HET GEZONDHEIDSRECHT

Frazer 1981 (1890)

Frazer, James G., *The Golden Bough*, Two Volumes in One, Gramercy Books, New York 1981 (1890).

Frederiksen et al. 2008

Frederiksen, Bodil Folke, 'Jomo Kenyatta, Marie Bonaparte and Bronislaw Malinowski on Clitoridectomy and Female Sexuality', in: *History Workshop Journal*, 65(1), 2008.

Freedman 2008

Freedman, Leonard, *The Offensive Art: Political Satire and Its Censorship around the World from Beerbohm to Borat*, Praeger, Westport, Connecticut, Londen 2008.

Fukuyama 1989

Fukuyama, Francis, 'The End of History?', in: *The National Interest*, No. 16, 1989.

Furtado 2012

Furtado, Peter, ed., *Histories of Nations: How Their Identities Were Forged*, Thames & Hudson, Londen 2012.

Graber 1975

Graber, Glenn C., 'In Defense of a Divine Command Theory of Ethics', in: *Journal of the American Academy of Religion*, Vol. 43, No. 1, 1975.

Grayling 2007

Grayling, A.C., *Towards the Light: The Story of the Struggles for Liberty & Rights that made the Modern West*, Bloomsbury Publishing, Londen 2007.

Green 2009

Green, David G., ed., *Sharia Law or 'One Law For All'*, Foreword by Neil Addison, Civitas: Institute for the Study of Civil Society, Londen 2009.

Greenblatt 2012

Greenblatt, Stephen, *The Swerve: How the World became Modern*, W.W. Norton & Company, New York/Londen 2012.

Gruyter, de 2007

Gruyter, Caroline de, 'Religieuze tolerantie neemt overall af', Interview met Asma Jahangir, in: *NRC Handelsblad*, 14 september 2007.

Guiora 2009

Guiora, Amos N., *Freedom From Religion: Rights and National Security*, Terrorism and Global Justice Series, Oxford University Press, Oxford 2009.

Guiora 2014

Guiora, Amos N., *Tolerating Intolerance: The Price of Protecting Extremism*, Oxford University Press, Oxford, New York 2014.

Haag, van den 1969

Haag, Ernest van den, *The Jewish Mystique*, Stein and Day, New York 1969.



Haag, van den 1975

Haag, Ernest van den, *Punishing Criminals: Concerning a Very Old and Painful Question*, Basic Books, Inc., Publishers, New York 1975.

Harris 2006

Harris, Sam, *Letter to a Christian Nation*, Alfred A. Knopf, New York 2006.

Hayden

Hayden, Patrick, ed., *The Philosophy of Human Rights, Paragon Issues in Philosophy*, Paragon House, St. Paul 2001.

Hegener 2005

Hegener, Michiel, *Vrijheid van godsdienst*, Uitgeverij Contact, Amsterdam/Antwerpen 2005.

Hegener 2006

Hegener, Michiel, 'Zwijg niet over onvrijheid van de islam', in: *NRC Handelsblad*, 23 maart 2006.

Hegener 2008

Hegener, Michiel, 'Vrijheid van godsdienst: afschaffen of beschermen?', in: H.M.A.E. van Ooijen, L.F. van Egmond, Q.A.M. Eijkman, F. Olujic, O.P.G. Vos., red., *Godsdienstvrijheid: afschaffen of beschermen?*, Stichting NJCM-Boekerij, nr. 46, Leiden 2008.

Hendriks 2009

Hendriks, A.C., 'De betekenis van het EVRM voor het gezondheidsrecht', Preadvies voor de Vereniging voor Gezondheidsrecht, jaarvergadering 17 april 2009, in: *Gezondheidszorg en Europees recht*, Deel 1, Sdu uitgevers, Den Haag 2009.

Herrenberg 2013

Herrenberg, Tom, 'Politici, de vrijheid van meningsuiting en Innocence of Muslims', in: *Nederlands Juristenblad*, Afl. 33, 2013.

Herrenberg 2014

Herrenberg, Tom, 'Vrijheid van meningsuiting in de multiculturele samenleving: evaluatie van twee tegenstrijdige perspectieven', in: *Civis Mundi*, 14 januari 2014.

Hitchens 2007

Hitchens, Christopher, *God is not Great: How Religion Poisons Everything*, Twelve, New York, Boston 2007.

Hirsi Ali 2004

Hirsi Ali, Ayaan, *De Maagdenkooi*, Uitgeverij Augustus, Amsterdam/Antwerpen 2004

Holbach, D' 1997 (1770)

Holbach, D', Paul-Henri Thiry, *Histoire Critique de Jésus Christ ou Analyse raisonnée des Evangiles*, Edition critique par Andrew Hunswick, Librairie Droz S.A., Genève 1997 (1770).



DEEL 2 MORELE EN IMMORELE RELIGIEUS GELEGITIMEERDE PRAKTIJKEN IN HET GEZONDHEIDSRECHT

Holbach, D' 2006 (1768)

Holbach, D', Paul-Henri Thiry, *La Contagion Sacrée ou Histoire Naturelle de la Superstition*, Texte établi par Jean Pierre Jackson, Coda, Parijs 2006 (1768).

Holbach, D', Paul-Henri Thiry, *La Théologie Portative ou Dictionnaire abrégé de la Religion Chrétienne*, Texte établi par Jean Pierre Jackson, Coda, Parijs 2006 (1768).

Holbach, D' 2010 (1768-1770)

Holbach, D', Paul-Henri Thiry, *L'Esprit du judaïsme ou Examen raisonné de la loi de Moïse & de son influence sur la religion chrétienne suivi de David, ou L'Histoire de l'homme selon le cœur de Dieu*, Texte établi et annoté par Jean Pierre Jackson, Coda, Parijs 2010 (1768-1770).

Ibn Warraq 2003

Ibn Warraq, ed., *Leaving Islam: Apostates Speak Out*, Prometheus Books, Amherst N.Y. 2003.

Ibn Warraq 2012

Ibn Warraq, *Why the West is Best: A Muslim's Apostate's Defense of Liberal Democracy*, Encounter Books, New York/Londen 2012.

Ibn Warraq & Weiss 2009

Ibn Warraq and Michael Weiss, 'Inhuman Rights', in: *City Journal*, Vol. 19, No. 2, 2009.

Idziak 1979

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 & Toronto 1979.

Idziak 1997

Idziak, Janine Marie, 'Divine Command Ethics', in: Philip L. Quinn & Charles Taliaferro, eds., *A Companion to the Philosophy of Religion*, Blackwell, Cambridge (Mass)/Oxford 1997.

Jahangir 2007

Jahangir, Asma, *Promotion and Protection of all Human Rights, Civil, Political, Economic, Social and Cultural Rights, including the Right to Development*, Report by the Special Rapporteur on Freedom of Religion or Belief, A/HRC/6/5, 20 juli 2007.

Jardine 2005

Jardine, Lisa, *The awful End of Prince William the Silent: The First Assassination of a Head of State with a Handgun*, HarperCollins, Londen 2005.

Jaurès 1904

Jaurès, Jean, 'L'enseignement laïque', Discours de Castres du 30 juillet 1904, in: *L'Humanité*, 1 augustus 1904.

Jolley 2013

Jolley, Rachael, 'A historic tale of religious freedom and free speech', in: *Index on Censorship*, 2013:42:3.





LITERATUUR

Kamrane 1997

Kamrane, Ramine, *La Fatwa contre Rushdie: une interprétation stratégique*, Éditions Kimé, Parijs 1997.

Kaufmann 1984

Kaufmann, Arthur, *Rechtsphilosophie: Stationen eines Weges*, 2., überarbeitete Auflage, Carl Heymans Verlag, Köln/Berlin/Bonn/München 1984.

Kenny 1922

Kenny, Courtney, 'The evolution of the law of blasphemy', in: *The Cambridge Law Journal*, Vol. I, No. 2, 1922.

Kintzler 2007

Kintzler, Catherine, *Qu'est-ce que la laïcité?*, La librairie philosophique J. Vrin, Parijs 2007.

Kirsch 2004

Kirsch, Jonathan, *God against the Gods: The History of the War between Monotheism and Polytheism*, Viking Compass, New York 2004.

Kretzmann 1999

Kretzmann, Norman, 'Abraham, Isaac, and Euthyphro: God and the Basis of Morality', in: Eleonore Stump and Michael J. Murray, eds., *Philosophy of Religion: the Big Questions*, Blackwell Publishers, Malden/ Oxford 1999.

Kuitert 1994

Kuitert, H.M., *Zeker weten: Voor wie geen grond meer onder de voeten voelt*, Ten Have, Baarn 1994.

Kuitert 1997

Kuitert, H.M., *Aan god doen: Een vingerwijzing*, Ten Have, Baarn 1997.

Kuitert 1998

Kuitert, H.M., *Jezus: nalatenschap van het christendom: Schets voor een christologie*, Ten Have, Baarn 1998.

Kuitert 2008

Kuitert, H.M., *"Dat moet ik van mijn geloof": Godsdienst als troublemaker in het publieke domein*, Uitgeverij Ten Have, Kampen 2008.

Laes 2011

Laes, Willy, *Mensenrechten in de Verenigde Naties: een verhaal over manipulatie, censuur en hypocrisie*, Garant, Antwerpen-Apeldoorn 2011.

Lecky 1869

Lecky, W.E.H., *History of European Morals from Augustus to Charlemagne*, I, Longmans, Londen 1869.

Lecler 1955

Lecler, Joseph, *Histoire de la tolérance au siècle de la réforme*, 2 volumes, Aubier, Éditions Montaigne, Parijs 1955.





DEEL 2 MORELE EN IMMORELE RELIGIEUS GELEGITIMEERDE PRAKTIJKEN IN HET GEZONDHEIDSRECHT

Lévy 1999

Lévy, Bernard-Henri, *Avec Salman Rushdie: Questions de principe six*, Le Livre de Poche, Librairie Générale Française, Parijs 1999.

Levy 1993

Levy, Leonard W., *Blasphemy: Verbal Offense against the Sacred from Moses to Salman Rushdie*, The University of North Carolina Press, Chapel Hill/Londen 1993.

Lewis 2004

Lewis, C.S., 'The Moral Law Is from God', in: Harry J. Gensler, e.a., ed., *Ethics. Contemporary Readings*, Routledge, New York/Londen 2004.

Lewis 2003

Lewis, Jon E., ed., *The New Rights of Man: An Anthology of the Events, Documents and Speeches that have shaped Civilization*, Robinson, Londen 2003.

Lewis 1946

Lewis, Joseph, *The Ten Commandments: An Investigation into the Origin and Meaning of the Decalogue and an Analysis of its Ethical and Moral Value as a Code of Conduct in Modern Society*, Freethought Press Association, New York 1946.

Loewenstein 1937

Loewenstein, Karl, 'Militant Democracy and Fundamental Rights', I, in: *The American Political Science Review*, Vol. 31, No. 3, 1937.

Loewenstein, Karl, 'Militant Democracy and Fundamental Rights', II, in: *The American Political Science Review*, Vol 31, No. 4, 1937.

MacCulloch 2004 (2003)

MacCulloch, Diarmaid, *Reformation: Europe's House Divided, 1490-1700*, Penguin Books, Londen 2004 (2003).

Maihofer 1972

Maihofer, Werner, Hrsg., *Naturrecht oder Rechtspositivismus*, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt 1972.

Maihofer 1973

Maihofer, Werner, Hrsg., *Begriff und Wesen des Rechts*, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt 1973.

Malik 2009

Malik, Kenan, *From Fatwa to Jihad: The Rushdie Affair and Its Legacy*, Atlantic Books, Londen 2009.

Manenschijn 2005

Manenschijn, Gerrit, *Religie en haat: Over religieus gemotiveerd terrorisme*, Ten Have, Kampen 2005.

Marshall & Shea 2011

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



Mayer 2007

Mayer, Ann Elizabeth, *Islam and Human Rights: Tradition and Politics*, Fourth Edition, Westview, Boulder, Colorado 2007.

McCabe 1914

McCabe, Joseph, *Sources of the Morality of the Gospels*, Watts & Co., Londen 1914.

Melville 2009

Melville, Caspar, *Taking Offence*, Seagull Books, Londen, New York, Calcutta 2009.

Mill 1998 (1874)

Mill, John Stuart, 'Nature', in: John Stuart Mill, *Three Essays on Religion*, Prometheus Books, Amherst N.Y. 1998 (1874).

Molier 2014

Molier, Gelijk, 'Syrië-gangers wacht 'strijdbare democratie'', in: *Civis Mundi*, 13 januari 2014.

Montgomery 2000

Montgomery, J.W., 'Can Blasphemy Law Be Justified', in: *The Christian Law Review*, Vol. 145, No. 6, 2000.

Musa & Zee

Musa, Shirin, en Zee, Machteld, 'Verborgten vrouwen zijn niet dom', in: *Trouw*, 22 september 2012.

Nash 2010 (2007)

Nash, David, *Blasphemy in the Christian World: A History*, Oxford University Press, Oxford 2010 (2007).

Nielsen 1996

Nielsen, Kai, 'Ethics without Religion', in: Michael Peterson, William Hasker, Bruce Reichenbach, David Basinger, eds., *Philosophy of Religion*. Selected Readings, Oxford University Press, New York/Oxford 1996.

Norman 1995

Norman, Richard, *Ethics, Killing and War*, Cambridge University Press, Cambridge 1995.

Nussbaum 2012

Nussbaum, Martha, *The New Religious Intolerance: Overcoming the Politics of Fear in an Anxious Age*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge (Mass.) & Londen 2012.

Ogien 2007

Ogien, Ruwen, *La liberté d'offenser: Le sexe, l'art et la morale*, Éd. La Musardine, Parijs 2007.

Orwell 2003 (1949)

Orwell, George, *Nineteen Eighty-Four*, Penguin Books, Londen 2003 (1949).



DEEL 2 MORELE EN IMMORELE RELIGIEUS GELEGITIMEERDE PRAKTIJKEN IN HET GEZONDHEIDSRECHT

Ouaknin 2001

Ouaknin, Marc-Alain, *De Tien Geboden*, Met een voorwoord door Tamarah Benima, Vertaling en bewerking Marion Th. Kunstenaar, Boom, Amsterdam 2001.

Pannick 2005

Pannick, David, 'A curb on free speech that should offend us all, whatever our religion', in: *The Times*, 11 januari 2005.

Petriburg 1892

Petriburg, M., 'The Excommunication of Queen Elizabeth', in: *The English Historical Review*, Vol. 7, No. 25, 1892.

Philipse 2005

Philipse, Herman, *Verlichtingsfundamentalisme?* Open brief over Verlichting en fundamentalisme aan Ayaan Hirsi Ali, Mede bestemd voor Piet Hein Donner, minister van Justitie en coördinerend minister in de strijd tegen terreur, Uitgeverij Bert Bakker, Amsterdam 2005.

Philipse 2009

Philipse, Herman, 'Antonin Scalia's Textualism in Philosophy, Theology and Judicial Interpretation of the Constitution', in: Arie-Jan Kwak, ed., *Holy Writ: Interpretation in Law and Religion*, Ashgate, Farnham/Burlington 2009.

Pipes 2003

Pipes, Daniel, *The Rushdie Affair: The Novel, the Ayatollah, and the West*, Second Edition with a postscript by Koenraad Elst, Transaction Publishers, New Brunswick (USA) & Londen (UK) 2003.

Pipes 2010

Pipes, Daniel, 'Two Decades of the Rushdie Rules', in: *Commentary*, oktober 2010.

Plato 1997

Plato, *Complete Works*, ed. John M. Cooper, Hackett Publishing Company, Indianapolis 1997.

Pollock 1882

Pollock, Frederick, 'The Theory of Persecution', in: *Essays in Jurisprudence and Ethics*, McMillan, Londen 1882.

Popper 1977 (1947)

Popper, K.R., *The Open Society and its Enemies*, 2 Vols., Routledge & Kegan Paul, Londen & Henley 1977 (1947).

Puppinck 2012

Puppinck, Grégor, 'The Case of *Lautsi v. Italy*: A Synthesis', in: *Brigham Young University Law Review*, Issue 3, 2012.

Quinn 1990

Quinn, P.L., 'The recent revival of divine command ethics', in: *Philosophy and Phenomenal Research*, 50 (suppl.), 1990.



Rachels 1986

Rachels, James, *The End of Life: Euthanasia and Morality*, Oxford University Press, Oxford etc. 1986.

Rachels 2003 (1986)

Rachels, James, *The Elements of Moral Philosophy*, Fourth edition, McGraw-Hill Inc., New York etc. 2003 (1986).

Radbruch 1959 (1947)

Radbruch, Gustav, *Vorschule der Rechtsphilosophie*, 2e Auflage, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen 1959 (1947).

Radbruch 1973

Radbruch, Gustav, *Rechtsphilosophie*, Herausgegeben von Erik Wolf und Hans-Peter Schneider, K.F. Koehler Verlag, Stuttgart 1973.

Rees 1956-1957

Rees, D.A., 'The Ethics of Divine Commands', in: *Proceedings of the Aristotelian Society*, New Series, Vol. 57 (1956-1957).

Regan 1980

Regan, Tom, 'Utilitarianism, Vegetarianism, and Animal Rights', in: *Philosophy and Public Affairs*, 9 (1980).

Regan 1983

Regan, Tom, *The Case for Animal Rights*, Routledge & Kegan Paul, Londen, Melbourne, Henley 1983.

Regan 2003

Regan, Tom, *Animal Rights, Human Wrongs: An Introduction to Moral Philosophy*, Rowman & Littlefield Publishers, Lanham 2003

Reve 1999

Reve, Gerard, *Verzameld werk*, Deel 2, Uitgeverij L.J. Veen, Amsterdam/Antwerpen 1999.

Reve 1985

Reve, Karel van het, 'De ongelooflijke slechtheid van het opperwezen', in: *NRC Handelsblad*, 20 juli 1985.

Reve 1987

Reve, Karel van het, *De ongelooflijke slechtheid van het opperwezen*, Van Oorschot, Amsterdam 1987

Reybrouck 2011

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

Rijkema 2012

Rijkema, Bastiaan, 'Vrijheid van meningsuiting in de val tussen religieus extremisme en utilitarisme', in: *Nederlands Juristenblad*, Afl. 44/45, 2012.



DEEL 2 MORELE EN IMMORELE RELIGIEUS GELEGITIMEERDE PRAKTIJKEN IN HET GEZONDHEIDSRECHT

Rijkema 2013

Rijkema, Bastiaan, 'Alsjeblieft niet nóg meer mensenrechten', in: *De Volkskrant*, 11 december 2013.

Rijkema, Bastiaan, 'Niet nog meer mensenrechten s.v.p.', in: *Nederlands Dagblad*, 16 december 2013.

Robertson 2012 (1999)

Robertson, Geoffrey, *Crimes against Humanity: The Struggle for Global Justice*, Fourth Edition, Penguin Books, Londen 2012 (1999).

Ruffini 1912

Ruffini, Francesco, *Religious Liberty*, translated by J. Paker Heyes with a preface by J.B. Bury, Williams & Norgate, Londen, G.P. Putnam's Sons, New York 1912.

Ruthven 2004

Ruthven, Malise, *Fundamentalism: The Search for Meaning*, Oxford University Press, Oxford 2004.

Rushdie 2012

Rushdie, Salman, *Joseph Anton: A Memoir*, Jonathan Cape, Londen 2012.

Sajó 2004

Sajó, András, *Militant Democracy*, Eleven, International Publishing, Utrecht 2004.

Sandberg & Doe 2008

Sandberg, Russell, & Doe, Norman, 'The Strange Death of Blasphemy', in: *The Modern Law Review*, Vol. 71, No. 6, 2008.

Savater 2006

Savater, Fernando, *Les dix commandements au XXIe siècle*, Hachette, Littératures, Parijs 2006.

Scalia 1995

Scalia, Antonin, 'Modernity and the Constitution', in: Smith, E., ed., *Constitutional Justice under Old Constitutions*, Kluwer Law International, Den Haag, Londen, Boston 1995.

Scalia 1997

Scalia, Antonin, *A Matter of Interpretation. Federal Courts and the Law*, An Essay by Antonin Scalia with commentary by Amy Gutmann, Gordon S. Wood, Laurence H. Tribe, Mary Ann Glendon, Ronald Dworkin, Princeton University Press, Princeton, New Jersey 1997.

Scharffs 2013

Scharffs, Brett G., 'International Law and the Defamation of Religion Conundrum', in: *The Review of Faith & International Affairs*, Volume II, Number 1, 2013.

Scott 2007

Scott, Joan Wallach, *The Politics of the Veil*, Princeton University Press, Princeton and Oxford 2007.



Shortt 2012

Shortt, Rupert, *Christianophobia: A Faith under Attack*, Rider, Londen 2012.

Sen 2005

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.

Sévillia 2001

Sévillia, Jean, *Historiquement incorrect*, Fayard, Parijs 2001.

Sévillia 2003

Sévillia, Jean, *Historiquement Correct: Pour en finir avec le passé unique*, Perrin, Parijs 2003.

Sévillia 2004 (2000)

Sévillia, Jean, *Le terrorisme intellectuel de 1945 à nos jours*, Perrin, Parijs 2004 (2000).

Sévillia 2007

Sévillia, Jean, *Moralement correct: Recherche valeurs désempérément*, Perrin, Parijs 2007.

Shafer-Landau 2007

Shafer-Landau, Russ, ed., *Ethical Theory: An Anthology*, Blackwell Philosophy Anthologies, Blackwell Publishing, Malden 2007.

Shukla, I.K., 'Theoterrorism As Statecraft', in: *Humanist*, Vol. 61, Issue 4, 2001.

Singer 2002

Singer, Peter, *Unsanctifying Human Life: Essays on Ethics*, Edited by Helga Kuhse, Blackwell Publishers, Malden, Massachusetts 2002.

Singer 2004

Singer, Peter, *The President of Good and Evil: Taking George W. Bush seriously*, Granta Books, Londen 2004.

Singer 2009

Singer, Peter, *The Life You Can Save*, Random House, New York 2009.

Singer, Peter, 'To defame religion is a human right', in: *The Guardian*, 15 April 2009.

Singer 2011 (1981)

Singer, Peter, *The Expanding Circle: Ethics, Evolution, and Moral Progress*, With a new afterword by the author, Princeton University Press, Princeton and Oxford 2011 (1981).

Sinnott-Armstrong 2007

Sinnott-Armstrong, Walter, 'Overcoming Christianity', in: Louise M. Antony, ed., *Philosophers Without Gods: Meditations on Atheism and the Secular Life*, Oxford University Press, Oxford 2007.



DEEL 2 MORELE EN IMMORELE RELIGIEUS GELEGITIMEERDE PRAKTIJEN IN HET GEZONDHEIDSRECHT

Soutphommasane 2012

Soutphommasane, Tim, *The Virtuous Citizen: Patriotism in a Multicultural Society*, Cambridge University Press, Cambridge 2012.

Spiro 1953

Spiro, Abram, 'The Ascension of Phinehas', in: *Proceedings of the America Academy for Jewish Research*, Vol. 22, 1953.

Stace 1942

Stace, W.T., *The Destiny of Western Man*, Reynal & Hitchcock, New York 1942.

Stenger 2009

Stenger, Victor J., *The New Atheism: Taking a Stand for Science and Reason*, Prometheus Books, Amherst N.Y. 2009.

Steyn 2006

Steyn, Mark, *America Alone: The End of the World as we know it*, Regnery Publishing, Inc., Washington D.C. 2006.

Stokkom et al. 2006

Stokkom, Bas van, Sackers, Henry, Wils, Jean-Pierre, *Godslastering, discriminerende uitingen wegens godsdienst en haatuitingen*, Een inventariserende studie, WODC, Ministerie van Justitie, Den Haag 2006.

Storme 2010

Storme, Matthias, 'Moslimlanden en internationale instrumenten inzake mensenrechten', in: Sam van Rooy en Wim van Rooy, red., *De Islam: Historische Essays over een Politieke Religie*, ASP Academic and Scientific Publishers NV, Brussel 2010.

Strauss 1988 (1952)

Strauss, Leo, 'Persecution and the Art of Writing', 1941, republished in: Leo Strauss, *Persecution and the Art of Writing*, The University of Chicago Press, Chicago & Londen 1988 (1952).

Sturzo 1962

Sturzo, Luigi, *Church and State*, With an Introduction by A. Robert Caponigri, University of Notre Dame Press, Twee delen, Notre Dame, Indiana 1962.

Taguieff 2013

Taguieff, Pierre-André, *La République Enlisée: Pluralisme, 'Communitarisme' et Citoyenneté*, Éditions des Syrtes, Parijs 2013.

Taylor 1989

Taylor, Richard, 'Religion and the Debasement of Goodness', in: John Donnelly, ed., *Reflective Wisdom. Richard Taylor on Issues That Matter*, Prometheus Books, Buffalo N.Y. 1989.

Temperman 2012

Temperman, Jeroen, ed., *The Lautsi Papers: Multidisciplinary Reflections on Religious Symbols in the Public School Classroom*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, Boston 2012.



Vaneigem 2003

Vaneigem, Raoul, *Rien n'est sacré, tout peut se dire: Réflexions sur la liberté d'expression*, La Découverte, Parijs 2003.

Veldman 1995

Veldman, Ilja M., 'The Old Testament as a moral code: Old Testament stories as exempla of the ten commandments', in: *Simiolus: Netherlands Quarterly for the History of Art*, Vol. 23, No. 4, 1995.

Verhofstadt 2013

Verhofstadt, Dirk, *Atheïsme als basis voor de moraal*, Houtekiet, Antwerpen 2013.

Verhofstadt, Dirk, *Pius XII. und die Vernichtung der Juden*, Alibri Verlag, Aschaffenburg 2013

Vrieling 2010

Vrieling, Jogchum, *Van haat gesproken? Een rechtsantropologisch onderzoek naar de bestrijding van rasgerelateerde uitingsdelicten in België*, Maklu-Uitgevers, Antwerpen/Apeldoorn 2010.

Vrieling 2013

Vrieling, Jogchum, 'Islamophobia' and the law: Belgian hate speech legislation speech and the wilful destruction of the Koran', in: *International Journal of Discrimination and the Law*, 2013:13:4.

Vrieling 2014

Vrieling, Jogchum, 'Godslastering', in: *Nederlands Juristenblad*, Afl. 3, 2014.

Wahedi 2012

Wahedi, Sohail, 'De wederrechtelijkheid van jongensbesnijdenis', in: *Nederlands Juristenblad*, Afl. 44/45, 2012.

Waldron 1987

Waldron, Jeremy, (ed.), *Nonsense upon stilts. Bentham, Burke and Marx on the rights of man*, Methuen, Londen/New York 1987.

Waldron 1989

Waldron, Jeremy, 'Rushdie and Religion', first published under the title 'Too important for Tact' in: *The Times Literary Supplement*, 10 maart 1989.

Waldron 1993

Waldron, Jeremy, *Liberal Rights: Collected Papers 1981-1991*, Cambridge University Press, Cambridge/New York 1993.

Waldron, Jeremy, 'A Right-Based Critique of Constitutional Rights', in: *Oxford Journal of Legal Studies*, 13, 1993.

Waldron 2006

Waldron, Jeremy, 'The Core of the Case Against Judicial Review', in: *The Yale Law Journal*, 2006.

DEEL 2 MORELE EN IMMORELE RELIGIEUS GELEGITIMEERDE PRAKTIJKEN IN HET GEZONDHEIDSRECHT

Walzer 2012

Walzer, Michael, *In God's Shadow: Politics and the Hebrew Bible*, Yale University Press, New Haven & Londen 2012.

Waugh 2008 (1945)

Waugh, Evelyn, *Brideshead Revisited*, Penguin Books, Londen 2008 (1945).

Weil 2009

Weil, Patrick, 'Why the French Laïcité is Liberal', in: *Cardozo Law Review*, Vol. 30, No. 6, 2009.

Weinberg & Pedahzur 2004

Weinberg, Leonard, and Pedahzur, Ami, *Religious Fundamentalism and Political Extremism*, Fark Cass, Londen, Portland 2004.

Wells 1940

Wells, H.G., *The Rights of Man, or What are we Fighting for?*, Penguin Books, Harmondsworth 1940.

Welzel 1980

Welzel, Hans, *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit*, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen 1980.

Westergaard & Lykkegaard 2012

Westergaard, Kurt, and Lykkegaard, John, *Kurt Westergaard: The Man behind the Mohammed Cartoon*, Mine Erindringer, Tilst, Denmark 2012.

Westermarck 1939

Westermarck, Edward, *Christianity and Morals*, Kegan Paul, Trench, Trubner & Co., Londen 1939.

Winston 2012

Winston, Brian, *A Right to Offend*, Bloomsbury, Londen 2012.

Wright 2009

Wright, Robert, *The Evolution of God*, Little, Brown and Company, New York/Boston/Londen 2009.

Zee 2014

Zee, Machteld, 'Five Options for the Relationship between the State and Sharia Councils', in: *Journal of Religion and Society*, Volume 16, 2014.

Zee, van der 2000 (1997)

Zee, Nanda van der, *Om erger te voorkomen: de voorbereiding en uitvoering van de vernietiging van het Nederlandse jodendom tijdens de Tweede Wereldoorlog*, Vierde druk, Meulenhoff, Amsterdam 2000 (1997).

Zoethout 1998

Zoethout, Carla M., 'Rechten van de mens na vijftig jaar 'thuisgebracht'. Labours voorstel de Europese Conventie te incorporeren in het Britse rechtsstelsel', in: *Nederlands Juristenblad*, Afl. 24, 1998.



LITERATUUR

Zoethout 2011

Zoethout, Carla M., 'Religious Symbols in the Public School Classroom: A New Way to Tackle a Knotty Problem', in: *Religion and Human Rights*, Volume 6, 2011, pp. 285-290.

Zoethout 2014

Zoethout, Carla M., 'Margin of appreciation, violation and (in)compatibility: Why the ECtHR might consider using an alternative mode of adjudication', in: *European Public Law*, mei 2014 (forthcoming).





PREADVIEZEN VERENIGING VOOR GEZONDHEIDSRECHT

PREADVIEZEN VERENIGING VOOR GEZONDHEIDSRECHT (1968-2013)

(1968 tm 2003 indien voorradig tegen kostprijs en verzendkosten beschikbaar via VGR-secretariaat, tel. 030 – 28 23 848 / 2823322 (optie 1), e-mail: vgr@fed.knmg.nl, vanaf 2004 te bestellen via SDU Klantenservice te Den Haag, tel. 070 – 378 98 80, e-mail: sdu@sdu.nl)

- 1968 H.J.J. Leenen: Gezondheidsrecht – een poging tot plaatsbepaling.*
Verder het rapport van de Commissie herziening interne rechtspraak van de KNMG *
- 1969 C.J. Goudsmit: Voordracht over problemen rond de wetgeving van geestelijk gestoorden. Daaraan werd nog een tweede vergadering gewijd.*
- 1970 J.M.M. Maeijer: De aansprakelijkheid voor handelingen van een medisch team.*
- 1971 W.B. van der Mijn: Wetgeving medische beroepsuitoefening.*
- 1972 J.Ch. Cornelis en A.S. Frowijn: De ontwikkeling van de wetgeving op het gebied van de organisatie van de gezondheidszorg.*
- 1973 B. Sluyters: Medische aansprakelijkheid in Amerika en Nederland.*
Tijdens deze vergadering werd ook het rapport van de werkgroep juridische aspecten van de relatie ziekenfondsmedewerkers – verzekerde o.l.v. T.J.S. Postma besproken.*
- 1974 M. Rood-de Boer: De positie van de minderjarige in de gezondheidszorg.*
- 1975 J. ter Heide: Dwang en drang in de medische behandeling.*
- 1976 H.J.J. Leenen: Milieuhygiënerecht.*
- 1977 H.P. Utermark: Medisch Tuchtrecht.*
- 1978 A.E. Leuftink en N. de Jong: De rechtspositie van de keurling.*
- 1979 Advies inzake registratie van medische en psychologische gegevens en de bescherming van de persoonlijke levenssfeer (privacy) van de Gezondheidsraad, becommentarieerd door F. Kuitenbrouwer, L. Kortbeek en E. Dil-Stork.*





PREADVIEZEN VERENIGING VOOR GEZONDHEIDSRECHT

- 1980 Het selectievraagstuk in de gezondheidszorg; het selecteren van patiënten bij schaarste van behandelingsmogelijkheden voorbereid door vier personen, te weten S.A. de Lange, H.E. Nicolai, P.C. Sporken en H.F. Visser-'t Hooft. *
Werkgroep richtlijnen keuringen: Wat mag en wat moet bij een aanstellingskeuring.
- 1981 M.N.G. Dukes: De toelating van geneesmiddelen in Nederland.*
- 1982 P.J.W. de Brauw: Beschouwingen over samenwerking in de geneeskundige behandeling en verzorging van patiënten.
Co-referaat van een medische werkgroep bij het preadvies;
Beschouwingen over samenwerking in de geneeskundige behandeling en verzorging van patiënten.
- 1983 H.A. Brasz en D.W.P. Ruiter: Het plansysteem van de Wet voorzieningen gezondheidszorg.*
- 1984 H.D.C. Roscam Abbing: Overheid en het recht op gezondheidszorg.
- 1985 C. Kelk: Klagen of kwijnen. De rechten van verpleeghuispatiënten en de behandeling van hun klachten.*
- 1986 J.C.M. Leyten: Welzijn, vrijheid en dwang.
- 1987 J.K.M. Gevers: Juridische aspecten van erfelijkheidsonderzoek en -advies.
- 1988 J.P. Kasdorp: Grenzen aan het recht op gezondheidszorg.
- 1989 B. Sluyters en H.R.G. Feber: De gezondheidszorg en het strafrecht.
- 1990 F.C.B. van Wijmen: Driehoeksverhoudingen. Gezondheidsrechtelijke beschouwingen over vertegenwoordiging van meerderjarige onbekwamen.
- 1991 J.H. Hubben: Kwaliteit en recht in de gezondheidszorg.
- 1992 Jubileumcongres 25 jaar Vereniging voor Gezondheidsrecht:
J.H. Hubben en H.D.C. Roscam Abbing (red.), Gezondheidsrecht in perspectief. De Tijdstroom Utrecht 1993.*
- 1993 H.D.C. Roscam Abbing: Patiënt en gezondheidszorg in het recht van de Europese Gemeenschap.*





PREADVIEZEN VERENIGING VOOR GEZONDHEIDSRECHT

- 1994 J. Legemaate: Goed recht. De betekenis en de gevolgen van het recht voor de praktijk van de hulpverlening.
- 1995 E.T.M. Olsthoorn-Heim en L. Bergkamp: Medisch wetenschappelijk onderzoek: Lichaamsmateriaal voor de wetenschap en het wetsvoorstel medische experimenten.*
- 1996 E.W. Roscam Abbing en J.K.M. Gevers: Voorspellend Medisch Onderzoek: Mogelijkheden, verwachtingen en toegang; Rechtsbescherming.*
- 1997 H.J.J. Leenen: Recht op zorg voor de gezondheid.*
- 1998 C. Kelk: Gezondheidszorg voor gedetineerden.*
- 1999 P.J. Hustinx: Informatietechnologie in de gezondheidszorg.*
- 2000 F.C.B. van Wijmen: Richtlijnen voor verantwoorde zorg.
Over de betekenis van standaardisering voor patiënt, professional en patiëntenzorg.
- WGBO en bedrijfsarts: Advies uitgebracht aan de besturen van de Vereniging voor Gezondheidsrecht en de Nederlandse Vereniging voor Arbeids- en Bedrijfsgeneeskunde. Werkgroep WGBO en bedrijfsarts. VGR-najaarsvergadering 2000.
- 2001 Th.A.M. te Braake en L.E. Kalkman-Bogerd: Procreatietechnologie en recht.
Toelaatbaarheid en regulering van IVF-onderzoek; Van kinderwens tot ouderschap.
- 2002 H.D.C. Roscam Abbing, J. Legemaate en G.R.J. de Groot: Zorg, schaarste en recht.
– Solidariteit en individuele vrijheid; vrijheid in gebondenheid
– De (dubbel)rol van de arts
– Verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid voor tekorten in de zorg.
- Jubileumbundel: Omzien naar de toekomst, 35 jaar preadviezen Vereniging voor Gezondheidsrecht. Redactie: J.C.J. Dute, J.K.M. Gevers en G.R.J. de Groot.*
- 2003 T.P. Widdershoven en K. Blankman: Psychiatrie en Recht.
– De Wet Bopz en de psychiatrie. Kanttekeningen bij een regeling
– Rechtsbescherming bij vrijheidsbeneming in de sectoren verstandelijk gehandicaptenzorg en psychogeriatric.





PREADVIEZEN VERENIGING VOOR GEZONDHEIDSRECHT

- 2004 E.-B. van Veen, E.J.C. de Jong en W.R. Kastelein: Het beroepsgeheim, continuïteit en verandering.*
– Het beroepsgeheim in de individuele gezondheidszorg
– Het beroepsgeheim en derdenbelangen
– Het beroepsgeheim in rechte. Zwijgen: recht of plicht?
ISBN: 978-90-12-09999-8 Sdu
- 2005 W. van den Ouwelant en J.C.J. Dute: Preventieve Gezondheidszorg.*
– Heilzame wetten. Historie, karakter, plaats en vorm van de publieke gezondheidszorg
– Infectieziekten, dwang en drang
ISBN: 978-90-12-10757-0 Sdu
- 2006 J.A. Lisman, M.F. van der Mersch en C. Velink: Geneesmiddelen en Recht.
– De toelating van geneesmiddelen. Hoe effectief is ons systeem?
– Het recht op geneesmiddelen. Hoe kosten de zorg beheersen
ISBN: 978-90-12-11313-7 Sdu
- 2007 P.C. Ippel, T. Hartlief en P.A.M. Mevis: Gezondheidsrecht: betekenis en positie.
– Het gewicht van het gezondheidsrecht
– De staat van het privaatrechtelijke gezondheidsrecht
– Gezondheidsrecht en strafrecht; ontwikkelingen in een niet altijd gemakkelijke Relatie.
ISBN: 978-90-12-12028-9 Sdu
- 2008 J.H.H.M. Dorscheidt en A.C. de Die: De toekomst van de Wet BIG.
– Taakherschikking en verantwoordelijkheidsverdeling
– Gewaarborgde kwaliteit
ISBN: 978-90-12-38014-0 Sdu
- 2009 A.C. Hendriks, J.W. van de Gronden en J.J.M. Sluijs: Gezondheidszorg en Europees recht
– De betekenis van het EVRM voor het gezondheidsrecht
– De betekenis van het EG-verdrag voor het reguleren van de zorgmarkt
ISBN: 978-90-12-38187-1 Sdu
- 2010 D.P. Engberts, Y.M. Koster en M.C. Ploem: Wetenschappelijk onderzoek in de zorg
– De juridische normering van medisch-wetenschappelijk onderzoek met mensen
– Gegeven voor de wetenschap – *Regulering van onderzoek met gegevens, lichaamsmateriaal en biobanken*
ISBN: 978-90-12-38354-7 Sdu





PREADVIEZEN VERENIGING VOOR GEZONDHEIDSRECHT

- 2011 J.G. Sijmons, T.A.M. van den Ende, G.R.J. de Groot: Stelsel onder stress
– De cure: transitie en onbalans
– De care: voortvarend na bedachtzaam wegen
– De schuivende panelen van de zorgverzekering
ISBN: 978-90-12-38577-0 Sdu
- 2012 Oratiebundel Gezondheidsrecht. Verzamelde redes 1971 – 2011
40 jaar Nederlands gezondheidsrecht in een twintigtal oraties
t.g.v. 45-jarig bestaan VGR
ISBN: 978-90-12-38840-5 Sdu
- 2013 J.L. Smeehuizen, A.J. Akkermans en T. Vansweevelt:
Ontwikkelingen rond medische aansprakelijkheid.
– Medische aansprakelijkheid: over grote problemen, haalbare verbeteringen en overschatte revoluties
– Ontwikkelingen rond medische aansprakelijkheid in België
ISBN: 978-90-12-39081-1 Sdu

* niet meer voorradig

