

## Nederlands Juristenblad, Montesquieu en het boerkaverbod

[Klik hier om het document te openen in een browser venster](#)

|             |                                      |                 |            |
|-------------|--------------------------------------|-----------------|------------|
| Vindplaats: | NJB 2010, 911                        | Bijgewerkt tot: | 07-05-2010 |
| Auteur:     | Willem Witteveen <a href="#">[1]</a> |                 |            |

### Montesquieu en het boerkaverbod

Volgens Montesquieu dienen de wetten te passen bij de mate van vrijheid van het staatsbestel, bij de religie van de bewoners en bij hun zeden en gewoonten.

Hoe staat het eigenlijk met de mate van vrijheid die ons Nederlandse staatsbestel anno 2010 kan verdragen? Past een algemeen of specifiek boerkaverbod daarin?

Sinds een paar jaar is er een prachtige integrale vertaling op de markt van Montesquieu's meesterwerk *Over de geest van de wetten* uit 1748. Veel juristen hebben deze editie nu in hun boekenkast staan. Bladerend, hier en daar een alinea lezend, zal hen toch wellicht ook de verbazing bevangen die kenmerkend is voor staatsrechtelijk geschoolde lezers van Montesquieu. Gaat deze klassieker, zo hebben velen van hen zich afgevraagd, eigenlijk wel over de trias politica? Alleen hoofdstuk 6 van boek XI behandelt het onderwerp, terwijl het gehele werk maar liefst drieëndertig boeken en daarin 624 hoofdstukken telt. De staatsrechtwetenschap heeft er in grote lijnen voor gekozen zich op dat ene hoofdstuk te concentreren. En daar vond men een beschrijving van de historische toestand van de Engelse staatsinrichting waar de scheiding van machten niet meer dan een onderdeel van uitmaakte. Zuchtend greep men naar het beproefde middel van het selectieve citaat en schreef nogmaals de fraaie zinnen over waarin gezegd wordt dat de combinatie van wetgevende, uitvoerende en rechterlijke macht tot onderdrukking leidt en dat de rechter geen eigen wil heeft, maar zich gedraagt als een machine. Enige samenhang leek het werk trouwens te ontberen, het was meer een fors uitgevallen encyclopedie over vele rechtsculturen die nu niet meer bestaan of geheel anders zijn geworden. A.M. Donner schijnt zich, werkend aan zijn Handboek, te hebben laten ontvallen dat het werk van Montesquieu een 'onsystematisch geheel' was en dat was nog vriendelijk uitgedrukt.<sup>[1]</sup>

Hoe lezen wij een oud boek dat qua taal, opzet en bedoelingen niet direct meer aansluit bij de moderne manier van denken over politiek en recht? Het lijkt mij dat we twee valkuilen moeten vermijden. We moeten niet selectief citeren en actualiseren, want de fraaie passages over wetgever, bestuur en rechter zijn niet zonder meer maatgevend voor ontwikkelingen in onze eigen tijd. Ook moeten we de verleiding weerstaan de tekst juist uitsluitend als het product van een voorbijgaande tijd te behandelen en zo te ontkennen dat er continuïteit is in het denken over de staatsinrichting. Idealiter plaatsen we het werk eerst terug in zijn historische context (als onderdeel van een intellectuele traditie) om er iets van te leren dat in een vertaalslag geschikt gemaakt wordt voor debatten van nu. Daarbij is het niet Montesquieu die ons op gezaghebbende toon voorhoudt wat we moeten vinden, maar zijn wij het zelf die door lezing van het boek geïnspireerd, op vragen komen die Montesquieu had kunnen stellen en als gevolg waarvan wij proberen te denken in zijn geest. Ik zal nu een poging wagen om dit leesprogramma uit te voeren door allereerst Montesquieu te situeren op het kruispunt van twee intellectuele tradities, dan te laten zien wat de vraag over de vrijheid of onvrijheid van een regime in het analytische kader van Montesquieu inhoudt en vervolgens zelf de lijn van zijn inzichten door te trekken naar een actueel vraagstuk, te weten de omgang met religieus gemotiveerde gebruiken die tegen de kernwaarden van onze cultuur ingaan (voorbeeld: het dragen van de boerka).

#### Montesquieu als wetgevingsjurist

Wie de inhoudsopgave van *Over de geest van de wetten* nauwgezet (maar zonder aan de machtenscheiding te denken) doorleest, komt al snel op het vermoeden een boek in handen te hebben dat een wetgevingsleer formuleert. Het eerste deel (acht boeken) gaat immers over de wetten in het algemeen, over de relatie van de wetten tot de staatsvormen, de grondbeginselen van de staatsvormen, de relatie tussen de wetten inzake de opvoeding en de

beginselen van elke staatsvorm, om uit te monden in de stelling dat de wetten die de wetgever uitvaardigt dienen te stroken met het grondbeginsel van de staatsvorm. Daarop worden de consequenties van dit uitgangspunt voor burgerlijk recht en strafrecht besproken, voor de weledewetten en de positie van de vrouw en de ontwikkelingen waardoor de staatsvormen in verval kunnen raken. Deel twee (vijf boeken) gaat over de wetten in relatie tot de defensie en het aanvalskracht, de vormgeving van de politieke vrijheid in het staatsbestel en voor de burgers, met een uitwerking voor de belastingheffing. Deel drie (zes boeken) behandelt factoren die het functioneren van de wetgeving in een land beïnvloeden: het klimaat, en de uitwerking daarvan op verschillende vormen van slavernij, de bodemgesteldheid en ten slotte de beginselen die gestalte geven aan de algemene geest, de zeden en de gewoonten van een natie. In deel vier (vier boeken) komt dan de relatie van de wetten tot de economie aan de orde (ontwikkelingen in de handel, de zeevaart, het gebruik van geld) en hun relatie tot het inwonertal. Deel vijf (drie boeken) gaat over de relatie van de wetgeving tot 'hogere' recht: religieuze overtuigingen, georganiseerde godsdienst, moraal. Deel zes (vier boeken) behandelt enkele bijzondere onderwerpen, te weten de geschiedenis van het Romeinse erfrecht, de ontwikkeling van het burgerlijk recht bij de Fransen, de wetgevingstechniek, de oorsprong en ontwikkeling van de Franse monarchie. We hebben alleen nog de inhoudsopgave doorgenomen, maar de contouren van een wetgevingsleer tekenen zich reeds af.

De veronderstelling dat *Over de geest van de wetten* over de kunst van het wetgeven in uiteenlopende systemen en omstandigheden gaat, wordt bevestigd als men in boek I, hoofdstuk 3 deze passage leest, het beginselprogramma waar het hele boek een uitvloeisel van is:

'De wetten dienen te passen bij de aard en de grondslag van het bestuur zoals dat is ingesteld of zoals men het wil gaan instellen (...). Ze dienen te passen bij de fysieke omstandigheden van het land; bij het klimaat, dat guur, warm of gematigd kan zijn; bij de bodemgesteldheid, de ligging, de grootte; bij het soort leven dat het volk leidt, of het landbouwers zijn, jagers, herders; ze dienen te passen bij de mate van vrijheid die het staatsbestel kan verdragen; bij de religie van de bewoners, bij hun voorkeuren, hun welstand, hun aantal, hun handelspraktijken, hun zeden en gewoonten. Ten slotte dienen ze ook onderling bij elkaar te passen; bij hun oorsprong, bij het doel van de wetgever, bij de orde van de dingen waarop ze berusten. Uit al die gezichtspunten dienen ze te worden beschouwd. (...) Al deze betrekkingen bij elkaar vormen datgene wat ik DE GEEST VAN DE WETTEN noem.<sup>[2]</sup>'

Hier worden thema's verwoord van de eerste intellectuele traditie waarbinnen het onderzoek van Montesquieu teruggeplaatst kan worden: de geschriften over de kunst van het wetgeven. Deze traditie kan worden herleid tot de oude Grieken. Plato systematiseerde inzichten die al eerder de ronde deden en maakte daar een wetgevingsleer van die de juiste ordening van de gehele samenleving tot onderwerp had, zoals we kunnen lezen in zijn *Politeia (Staat)* en *Nomoi (Wetten)*. Wetgeving als kenmerkend verschijnsel voor een bepaald politiek regime is een onderwerp bij Aristoteles en Cicero. Het middeleeuwse natuurrecht levert vele passages op over de kunst van het wetgeven, onder meer in de encyclopedische geschriften van Isidorus van Sevilla en bij Thomas van Aquino. De kunst van het wetgeven wordt bestudeerd en beoefend ten tijde van keizer Justinianus als de grote codificatie van het Romeinse recht zijn beslag krijgt. Op het raakvlak met de moderne tijd vinden we bij de alleskunner Francis Bacon een heel geschrift over de wetgeving in het kader van de ontwikkeling van de common law (*De Augmentis*). Zulke bronnen verwerkte Montesquieu. Zijn werk vindt dan weer navolging bij onder meer Madison, Jay en Hamilton, Tocqueville, Portalis, Durkheim, Bentham en Fuller.<sup>[3]</sup>

Montesquieu maakt van vele invloeden uit deze intellectuele wetgevingstraditie gebruik om een typologie van regimes en bijpassende wetgevingssystemen te ontwerpen. In drie van deze regimes is politieke vrijheid mogelijk: in de republikeinse democratie naar Atheens en Romeins model, in de vertegenwoordigende democratie zoals die bestaat in Engeland en in het monarchale systeem van Frankrijk. Daartegenover staat één regime waarin vrijheid ontbreekt en onmogelijk is: de despotie (Turkije, Japan, China). In de vrije systemen is de wetgevende macht telkens in andere handen: het volk regeert zichzelf in de republiek, wordt door vertegenwoordigers bestuurd in de representatieve democratie (die Montesquieu een aristocratie noemt), terwijl in de monarchie de wetten gemaakt worden door de vorst en de adel. Opmerkelijk is nu dat er in elke vrije staatsvorm een ander beginsel is die het regime tot leven brengt en dat de wetten altijd dit beginsel moeten volgen. De deugd is de drijfveer van de democratie en deze deugd vindt uitdrukking in de politieke gelijkheid van de burgers. Bij dit systeem passen vervolgens eenvoudige wetten die voor iedereen gelijk zijn en die vooral de soberheid van de leefstijl moeten

garanderen. Gematigdheid is de drijfveer van de aristocratische staatsvorm, de wetten moeten ervoor zorgen dat de economische en sociale verschillen tussen de burgers niet te groot worden. In de monarchie met zijn vele klassen van adel en burgerij is eerzucht het grondbeginsel; men streeft ernaar zich van anderen te onderscheiden. Dit betekent dat er veel en soms gecompliceerde wetgeving nodig is om elke stand in zijn waarde te laten. De vergelijking met de despotie drijft de vrije systemen dichter in elkaars buurt. Want in de despotie is angst de drijvende kracht en daarom zijn er geen vaste wetten die immers het begin zouden zijn van orde, vrijheid en veiligheid. Het is vervolgens fascinerend om te zien hoe Montesquieu, onder verwijzing naar veel historisch materiaal, in alle thematische boeken de consequenties van dit analytische schema voor de mogelijkheden en beperkingen van een verstandige wetgever duidelijk maakt. De adviezen over de juiste inrichting van de trias politica zijn daarvan slechts een voorbeeld, dat ook nog alleen betrekking heeft op de representatieve democratie.

### Montesquieu als politiek adviseur

De tweede intellectuele traditie waarbinnen wij het werk van Montesquieu kunnen plaatsen, is niet af te lezen aan de oppervlakte van de tekst; het is meer een subtekst die zich openbaart voor de goede verstaander. Schrijvers over politieke systemen hebben zich lang niet altijd gericht tot de algemene lezer; zij hadden vaak een bepaalde persoon of groep van personen op het oog die zij met hun voorstellen voor een goede inrichting van het bestel wilden beïnvloeden, vaak juist door middel van subtiele aanwijzingen in de tekst.<sup>[4]</sup> Voor wie schreef Plato zijn politieke dialogen? Er was in zijn tijd geen algemene lezer die er kennis van kon nemen; er is wel geopperd dat hij schreef om talentvolle jongeren te werven voor het aristocratische project van zijn Academie. Plato trad ook op als politiek adviseur, en wel aan aspirant-tirannen die zich graag als effectieve alleenheersers wilden vestigen. Erg succesvol waren zulke adviezen niet. Duidelijker ligt de rol van politiek adviseur bij Machiavelli. *De heerser* is opgedragen aan Lorenzo de Medici, de machthebber in de stadstaat Florence. De adviezen over het veroveren en beheersen van de macht strekten ook de adviseur tot eer, Machiavelli hoopte door zijn boek een baan te vinden in dienst van Lorenzo. Als we aan Machiavelli denken, komt ook tijdgenoot Erasmus in gedachten die zijn boek over de opvoeding van een Christelijke vorst schreef ten behoeve van de latere keizer Karel V. Schrijvers die zich in de voetsporen van Montesquieu met het onderricht van vorstelijke en machtige personen bezighielden, waren Diderot, die voor Catharina de Grote een heel wetboek ontwierp en Voltaire, die Frederik de Grote trachtte te bewegen om te regeren volgens verlichte beginselen. Zo bestond er een traditie van intellectuele geschriften die in meer of minder verholde vorm gericht waren tot personen met macht en de bedoeling hadden invloed uit te oefenen op hun denken en handelen.

De kernvraag in die geschriften is vaak de vraag hoe een verstandige heerser macht moet verwerven en uitoefenen. Montesquieu lijkt zich voor de moderne lezer met die vraag niet rechtstreeks bezig te houden, omdat wij gewend zijn de taak van de wetgever in loffelijke termen op te vatten als een taak die gericht is op het Algemeen Belang. Maar ook de inrichting van een functioneel bestel met wetten die de beginselen van het bestel eerbiedigen en daardoor de maatschappelijke vrijheid vormgeven is een vorm van machtsuitoefening. Montesquieu had bovendien wel degelijk een politiek oogmerk met zijn boek. Dat treedt naar voren in het vrijwel onleesbare zesde boek van *Over de geest van de wetten*, een deel dat terecht als onsaamenhangend kan worden gekenmerkt. Wat er vanuit een staatsrechtelijke optiek vreemd uitziet (beschouwingen over de regels voor de wetgevingstechniek gaan vooraf aan uitgebreide historische overwegingen over de geschiedenis van het Franse koningschap), heeft een heel andere strekking als dit boek gelezen wordt als de conclusie van een politiek betoog. Montesquieu neemt stelling in de controverse over de omvang van de macht van de Franse vorst. Hij is van mening dat de vorst niet absoluut moet willen regeren (zoals Lodewijk XIV), maar zich moet laten bijstaan door de adel als een intermediaire macht tussen vorst en volk. Uit de geschiedenis van de monarchie volgt volgens Montesquieu dat de vorst oorspronkelijk uit de adel voortkwam als eerste onder zijn gelijken en dat het hem nu niet aangaat zich onmetelijk hoog boven de gewone adel te verheffen. Dat past niet in het Franse bestel. Hij vreest dat Frankrijk door vorstelijke zelfoverschatting zal afzakken van een monarchie naar een despotie, zoals aan de orde was in Spanje. Schetst hij daarom zo'n kleurrijk beeld van de despotische systemen als exotische oosterse verschijnselen om te verhullen dat hij in feite het gevaar veel dichter bij huis ziet? Het is speculatie, maar in het licht van de bestaande censuur geen onredelijke speculatie. Montesquieu werkte naar een boodschap toe aan de heersende macht van zijn eigen natie, juist door de vele analyses van succes en falen van verschillende regimes. Wellicht ook was het beeld van het gematigde en vrije Engeland waar de scheiding van machten in acht werd genomen, toch ook bedoeld als boodschap voor binnenlands

## De lezer als wetgevingsjurist en politiek adviseur

Ik stel me nu voor dat een lezer die Montesquieu in deze twee intellectuele tradities geplaatst heeft zich daarna in de geest van Montesquieu redenerend zal afvragen hoe hij of zij zelf een rol als wetgevingsjurist en politiek adviseur zou vervullen in de veranderde context van het staatsbestel van nu. Meer dan een gedachtenexperiment is dit niet, maar daarom is het nog niet zinloos. De vragen waar Montesquieu mee worstelt, zijn namelijk actueel gebleven. Montesquieu wilde zijn ideale lezer inprenten dat er drie vrije regimes bestaan die zich van een onvrij regime onderscheiden maar altijd het risico lopen in despotische richting af te zakken. Dat is een kernvraag die zich laat vertalen naar de vraag in wat voor regime wij in Nederland tegenwoordig leven en hoe het daarin gesteld is met de vrijheid. Als denkbeeldige politiek adviseur ziet die lezer dan een aantal mogelijkheden. Geen van de ideaaltypen van Montesquieu lijkt nog helemaal passend. Wij zijn een monarchie, maar zonder reële macht voor de vorst. Een republikeinse democratie zijn wij evenmin, want de burgers doen niet aan zelfbestuur in publieke debatten over het algemeen belang. Een 'aristocratisch' systeem dat zichzelf bestuurt door vertegenwoordigers dan? Maar het is duidelijk dat er een verplaatsing van de politiek is opgetreden, waardoor niet in de arena van het parlement maar op vele andere plaatsen over de publieke zaak beslissingen worden genomen.

De lezer die zich politiek adviseur waant, zal een aantal opties overwegen; ik noem ze telkens met hun mogelijke drijvende kracht

- Nederland is een bureaucratie van de markt, een gemengd systeem waarin de overheid als een bedrijf opereert en bedrijven publieke taken vervullen en waarvan de drijfveer gevormd wordt door regelen en rekenen;
- Nederland is een poldermodel, een overlegcultuur met stakeholders waarvan het grondbeginsel luidt: respect voor deskundigheid, tolerantie, erkenning van de gelijkwaardigheid van gesprekspartners;
- Nederland is een televisiedemocratie waarin de media een politieke macht geworden zijn die de agenda bepaalt en het debat kanaliseert, terwijl de journalisten als professionals behalve door commerciële overwegingen gedreven worden door het onvermoeibare streven de waarheid aan het licht te brengen;
- Nederland is een provincie van Europa, zonder veel eigen soevereiniteit, gericht op wederzijds economisch, cultureel, maatschappelijk en politiek voordeel, waarbij de drijvende kracht de mythe is van de ondernemende, grensoverschrijdende burger;
- Nederland is een rechtsstaat waarin er geen macht is zonder wettelijke grondslag en geen uitoefening van publieke taken zonder verantwoording, waarbij er tussen burgers en ambtsdragers sprake is van erkenning over en weer (beginsel van reciprociteit).

Vijf plausibele regimes! De vraagstelling naar Montesquieu brengt de lezer op het spoor van een volgende vraag: wat als er in een politiek systeem sprake is van regimevermenging? Op het ene moment en in een bepaald licht bezien geldt regime A, op een volgend moment en in een ander licht bekeken is er toch eerder sprake van regime B enzovoort. Moet er een keuze gemaakt worden? Of is de wisseling en concurrentie van regimes een kenmerk van de staat in (post)moderne verhoudingen? Hoe om te gaan met de onvermijdelijke fricties die tussen de verschillende regimes bestaan?

Voor de rol van lezer die wetgevingsjurist probeert te zijn heeft deze ontdekking ook de nodige consequenties. In een voortdurend van karakter wisselend regime zal het wel niet meer mogelijk zijn om precies aan te geven welk soort wetten er voor het land nodig zijn. Op welk kompas moet de wetgever varen die leiding wil geven aan alle vijf regimes tegelijkertijd? Zijn er algemene aanwijzingen voor een verstandige wetgever die opgaan ongeacht het regime? We worden teruggeworpen op de beginselverklaring van Montesquieu, hiervoor aangehaald, waarin een reeks van relevante factoren genoemd worden die in ieder geval bekeken moeten worden om de geest van de wetten te doorgronden. Zo beschikken we immers over gezichtspunten die gebruikt kunnen worden om een wetsvoorstel te beoordelen op de vraag of het bij de aard van het regime aansluit. Het gaat om een soort topiek, een methode voor het vinden van relevante argumenten. Pas bij toepassing op een casus wordt de kracht daarvan duidelijk.

## Het boerkaverbod

De boerka is een uit Arabische en islamitische landen bekend kledingstuk dat het gehele vrouwelijk lichaam bedekt, op een smalle spleet voor de ogen na. In Nederland wordt het weinig gedragen. Naar schatting zijn er

tegen de honderd draagsters van de boerka, wel allemaal in enkele wijken in de grote steden geconcentreerd; het aantal lijkt de afgelopen jaren ongeveer constant te zijn gebleven. Minister Verdonk in het kabinet-Balkenende III, Kamerlid Kamp (VVD), Kamerleden Wilders en Fritsma (PVV) en het kabinet-Balkenende IV hebben voorstellen gedaan om het dragen van de boerka in het openbaar geheel of gedeeltelijk te verbieden.<sup>[5]</sup> Geen van deze voorstellen is wet geworden, wel is er al vier jaar discussie over. In die discussie worden vele motieven genoemd om de boerka uit het straatbeeld te verwijderen. De boerka staat voor vrouwenonderdrukking. De boerka verhindert niet alleen de emancipatie van de vrouw, maar ook haar integratie in de Nederlandse samenleving. De boerka is een veiligheidsrisico (er kan zich onder de boerka immers een gewapende terrorist verschuilen). De boerka maakt gewone burgers bang. De boerka belemmert de communicatie in het openbare leven (op het werk, op school, in het openbaar vervoer). Deze overwegingen bij elkaar leiden tot de slotsom dat de aanwezigheid van de boerka in het straatbeeld een aantasting is van de vrijheid en de veiligheid. Er zijn ook argumenten tegen een boerkaverbod. Deze werden indringend geformuleerd door demonstrerende boerkadraagsters voor het parlement. Het dragen van de boerka is een persoonlijke keuze, die voortkomt uit religieuze overwegingen (een bepaalde interpretatie van de voorschriften van de islam). Het verbieden van kleding die door een bepaalde groep gedragen wordt, is een vorm van discriminatie als soortgelijke kleding die het gezicht (of zelfs de ogen) bedekt zoals het habijt van een non, de carnavalsvermomming of de reflecterende zonnebril toegelaten blijft. Communicatie is vanuit de boerka heel goed mogelijk. De boerka is op zichzelf geen aantasting van de vrijheid of de veiligheid van anderen.

Hoe moet een verstandige wetgever hier nu mee omgaan? De twee voorstellen die nu in behandeling zijn hebben beide zo hun juridische en sociale complicaties. Het voorstel van Wilders en Fritsma dat de boerka in het openbaar geheel verbiedt, is in strijd met de godsdienstvrijheid en het non-discriminatiebeginsel, zodat de vraag rijst welke 'pressing social need' er met een verbod gediend is. Doorvoering van een algemeen verbod zal sommige vrouwen er wellicht toe brengen de boerka af te leggen, maar zal ongetwijfeld andere vrouwen aan huis kluisteren en hen zo nog erger onderdrukken, terwijl hun emancipatie en integratie daarmee niet gediend zijn. De sociale werking is dus onzeker. Het kabinetsvoorstel dat het dragen van de boerka onder andere niet toestaat in het openbaar vervoer en in en rond scholen heeft de eigenaardige consequentie dat het moeders onmogelijk maakt om hun kinderen met de tram naar de islamitische school te brengen en daar met de leerkrachten te praten over het onderwijs in de Nederlandse taal en cultuur; het is de vraag hoever de bevoegdheden van de wetgever reiken om private vervoersbedrijven tot medewerking aan het verbod te bewegen en hoe om te gaan met scholen op een bijzondere grondslag ex art. 23 Gw die geen probleem hebben met het dragen van de boerka. Er is onmiskenbaar sprake van conceptuele verwarring. De vraag moet bovendien gesteld worden of het bestrijden van de boerka wel door middel van een wet moet geschieden. In de analoge Franse discussie is vanuit staatsrechtelijke hoek bepleit dat een vrijheidsbeperkende wet voor een kleine, specifieke groep niet voldoet aan het algemeenheidsvereiste en aan het gelijkheidsideaal. Dominique Rousseau, hoogleraar constitutioneel recht aan de universiteit van Montpellier, wijst erop dat het onmogelijk is in het algemeen uit te maken of een vrouw die een boerka draagt dat doet omdat haar man, broer of imam haar daartoe dwingen of omdat ze een religieuze overtuiging volgt. Er zijn alleen maar bijzondere gevallen. De algemene wet kan daaraan geen recht doen. De wet moet onpersoonlijk geformuleerd worden en dat houdt het risico in van een onrechtvaardige uitwerking in individuele gevallen, als een 'blinde en onverschillige ingreep'.<sup>[6]</sup> De conceptuele verwarring strekt zich dus niet alleen uit tot de vraag of en hoe tegen de boerka moet worden opgetreden. Ook de vraag wat wetten geschikt of ongeschikt maakt om een dergelijk optreden mee vorm te geven, is in het geding.

Dat brengt ons terug bij de lijst van vindplaatsen van argumenten bij Montesquieu. Lang niet alles is relevant, maar zeker wel zijn stelling dat de wetten dienen te passen bij de mate van vrijheid van het staatsbestel, bij de religie van de bewoners en bij hun zeden en gewoonten.

Hoe staat het eigenlijk met de mate van vrijheid die ons Nederlandse staatsbestel anno 2010 kan verdragen? Past een algemeen of specifiek boerkaverbod daarin? We mogen over de precieze aard van ons regime in onzekerheid verkeren, maar gemeen aan de meeste interpretaties is toch wel de gedachte dat de vrijheden van de burgers begrensd worden als zij ernstige schade aan anderen toebrengen; dat hebben we geleerd van John Stuart Mill die dit schadebeginsel voorstelt in zijn klassieker *Over vrijheid* uit 1859, ruim een eeuw na Montesquieu. Het dragen van de boerka heeft verband met verschillende vrijheidsrechten: de vrijheid van godsdienst (als er sprake is van religieuze inspiratie), de vrijheid van meningsuiting (als de boerkadraagster door haar kleding een boodschap uitdraagt), de wens gevrijwaard te blijven van discriminatie. Ook de niet wettelijk verankerde vrijheid om gewoon

jezelf te zijn is in het geding. Voor een algemeen boerkaverbod zou aangetoond moeten worden dat telkens als iemand zich in een boerka in de openbare ruimte begeeft daardoor aanwijsbare schade wordt toegebracht aan anderen. Hoe kan men dit eigenlijk hard maken? Is er schade als mensen het niet prettig vinden om deze dracht te zien? Een zekere objectivering van de schade aan anderen lijkt mij een liberaal vereiste. Boerkadraagsters plegen door het enkele feit van het dragen van een kledingstuk geen agressieve handeling jegens voorbijgangers. Zij onttrekken zich juist aan interactie met hen. Het dragen van de boerka kan ook een onvrijwillige handeling zijn, afgedwongen door man, broer of imam. In dat geval worden de vrijheidsrechten van de boerkadraagster geschonden door deze personen. Anders dan het verbieden van de boerka ligt het dan voor de hand strafrechtelijk op te treden tegen deze daders. Door een boerkaverbod worden kwetsbare personen hard aangepakt terwijl degenen die strafbare dwang uitoefenen met rust worden gelaten. Dat lijkt me in strijd met het proportionaliteitsbeginsel dat niet alleen de regels maar ook de handhaving dient te beheersen. Als er sprake is van een ondoeltreffende strategie om de vrijheid van boerkadraagsters te beschermen, rijst ook de verdenking dat het helemaal niet om hun rechten, hun emancipatie of integratie gaat. Het is dan veeleer een symbolisch verbod dat autochtone Nederlanders gerust moet stellen maar niet ingrijpt in wantoestanden die zich mogelijk voordoen in de kringen waarin boerkadraagsters zich bewegen. Onderdrukking van vrouwen draagt inderdaad niet bij aan hun integratie en emancipatie, maar dat kan beter worden bestreden door het de onderdrukkers lastig te maken. Een tweede door Montesquieu aanbevolen gezichtspunt is een analyse van de religie van de bewoners. Dan gaat het niet alleen om de juridische erkenning van de godsdienstvrijheid. Het gaat om het sociologische gegeven dat het Nederlandse bestel van oudsher gekenmerkt wordt door het in betrekkelijke vrede naast elkaar bestaan van godsdiensten die elkaar de claim op waarheid en waarachtigheid betwisten. Het begrip tolerantie houdt verband met verdraagzaamheid, met het verduren van het indringend beleefde onrecht dat er ook andere godsdiensten op aarde zijn, omdat oorlog tussen godsdiensten een groter kwaad zou zijn. In de lijn van deze redenering is niet aan de conclusie te ontkomen dat door de migratie van de afgelopen halve eeuw de islam een belangrijke godsdienst geworden is in Nederland en dat opnieuw een beroep gedaan wordt op de deugd van de verdraagzaamheid. Dat is des te sterker het geval als de nieuwe religie zich over het geheel genomen soepel inpast in de democratische rechtsstaat en de gelovigen geen schade toebrengen aan anderen (zoals hiervoor al is beweerd voor wat betreft het louter dragen van bepaalde kleding). Bij specifieke boerkaverboden in en rond scholen en in het openbaar vervoer rust de bewijslast bij de overheid om aan te tonen dat het dragen van de boerka daadwerkelijk inbreuk maakt op belangrijke waarden, zoals een onbelemmerde communicatie, de openbare orde of de veiligheid. Ook als men het op een openbare school onprettig vindt om met een vrouw in boerka te praten over het onderwijs aan haar kind, kan van de leerkrachten toch verdraagzaamheid worden gevraagd. Parallel daaraan kan men van een islamitische school hetzelfde respect voor vrouwen zonder boerka verwachten. Door respect op te brengen voor de ander (daarbij neemt het verdragen van de ander overigens een positieve wending) kan ook beter gewerkt worden aan waarden als integratie en emancipatie.

Ten slotte de invalshoek van de zeden en gewoonten. Het is een oud Nederlands gebruik om meteen in discussie te gaan over alles wat van de normale orde afwijkt. De neiging om dan te gaan schelden en bedreigen, en zelfs geweld te gebruiken is weliswaar enorm in opmars, maar reken ik toch niet tot de zeden en gewoonten waar we in onze cultuur trots op zijn. De norm die we op dit vlak veeleer kennen is die van het openhouden van de communicatie met andersdenkenden en vervolgens van het ook daadwerkelijk voeren van discussies en debatten vanuit een houding van wederzijds respect. Tijdige consultatie van belanghebbenden bij de voorbereiding van wetgeving is een norm die uit deze houding voortkomt. Des te wonderlijker is het te bedenken dat er nu vier keer een poging is gedaan om tot een wettelijk boerkaverbod te komen en dat er geen sprake is geweest van communicatie met de doelgroep, te weten de boerkadraagsters zelf. De kleine aantallen waarom het gaat maken het voor de overheid mogelijk om met elke individuele boerkadraagster contact op te nemen en een gesprek aan te gaan over haar keuze voor de boerka en de consequenties die dat in de Nederlandse samenleving met zich meebrengt. Eenvoudig is dit overigens niet. Sociaal wetenschappelijke onderzoeksters hebben verscheidene malen geprobeerd interviews af te nemen met vrouwen die boerka's dragen en stuitten toen op onoverkomelijke taalproblemen en op tegenstand van de echtgenoot. Als de overheid echter ook deze problemen ontmoet, is dit een aanwijzing dat er mogelijk geen vrije keuze is gemaakt of zelfs sprake is van strafbare feiten en dan kunnen maatregelen worden genomen om condities te scheppen waarin ook geïntimideerde vrouwen vrijuit kunnen spreken. Wie de communicatie in het geheel niet aangaat, zal echter ook niet op de werkelijke problemen stuiten.

Op een gegeven moment waren er bij een Kamerdebat over de boerka vijf ministers aanwezig; als elk van deze

bewindslieden met twintig vrouwen had gesproken die een boerka dragen, was onze kennis van de motieven en problemen van deze groep heel wat beter geweest. Deze onevenredige situatie vormde echter ook een vignet van een oncommunicatieve houding die zich slecht verdraagt met de grondbeginselen van een democratie. Zoals het debat nu gaat, wordt er beschikt over het lot van vrouwen, zonder deze vrouwen zelf te spreken. Hun stem wordt in het debat niet gehoord. De deelnemers aan de officiële besluitvorming weten letterlijk niet waar men het over heeft. Zo is tot op heden geen antwoord verkregen op de principiële vraag hoe een ingreep in de vrijheid om zich door het dragen van kleding een identiteit te verschaffen te verdedigen is als er een religieus motief in het spel is. Hoe moet de staat de publieke ruimte zo inrichten dat ook mensen die een geloof aanhangen, er gebruik van kunnen maken? Over deze kernvraag moet eerst een respectvolle dialoog georganiseerd worden. Tzvetan Todorov, een sterk door Montesquieu geïnspireerde auteur, herinnert ons eraan dat dit een beschavingskenmerk is. 'Het gaat er niet om de moslims in hun religieuze identiteit op te sluiten maar hen met evenveel respect te behandelen als de andere leden van de gemeenschap. Want scheiding en isolering van culturen en gemeenschappen staan dicht bij de pool van de barbarij, terwijl hun wederzijdse erkenning een stap in de richting van de beschaving is.'<sup>[7]</sup>

### De richtlijnen van Montesquieu

Het voorgaande is een poging geweest om de topiek van Montesquieu in een geheel nieuwe contemporaine context te activeren. Of men het nu eens is met de antwoorden uit de door mij uitgevoerde exercitie of niet, duidelijk is wel dat we enkele relevante kwesties op het spoor kunnen komen door vanuit een interpretatie van Montesquieu te denken. Zelf wijdde deze denker zich ook elders in het boek aan de vraag hoe de seculiere staat met religieuze voorschriften om moet gaan. Hij stelde dat er een principiële verschil is tussen goddelijke en menselijke wetten dat men eerst voluit moet erkennen om tot een constructieve omgang met problemen te komen. 'Goddelijke wetten moeten niet worden toegepast op iets wat met menselijke wetten moet worden geregeld, en evenmin mogen menselijke wetten worden toegepast op iets wat met goddelijke wetten moet worden geregeld. Beide soorten verschillen in oorsprong, object en aard.'<sup>[8]</sup> Montesquieu meende op basis van dit uitgangspunt dat conflicten tussen wereldlijke en geestelijke voorschriften in een sfeer van wederzijds begrip moeten worden getrokken waarin een dialoog mogelijk is. Daarbij meende hij dat de geestelijke autoriteiten respect moeten opbrengen voor de wereldlijke autoriteiten en dat zij dat zullen doen als de wereldlijke autoriteiten respect voor de geestelijke wetten tonen. We lezen dat in een subtiel hoofdstukje met de titel *Zaken die volgens de beginselen van het burgerlijk recht moeten worden geregeld, zijn zelden volgens de beginselen van de goddelijke wetten te regelen*. Ik citeer daar graag iets uitgebreider uit:

'De religieuze wetten zijn verhevener, de burgerlijke wetten hebben een grotere reikwijdte. De aan de godsdienst ontleende wetten voor een volmaakt leven beogen meer de volmaaktheid van de mens die ze in acht neemt, dan de volmaaktheid van de samenleving waarbinnen ze in acht worden genomen; terwijl de burgerlijke wetten juist meer gericht zijn op de morele onberispelijkheid van de mensen in het algemeen dan op die van de afzonderlijke individuen. Dus hoeveel eerbied de rechtstreeks uit de godsdienst opwellende ideeën ook afdwingen, toch mogen ze niet altijd als uitgangspunt voor de burgerlijke wetten dienen; die burgerlijke wetten hebben een ander uitgangspunt, namelijk het algemeen welzijn van de samenleving.'<sup>[9]</sup>

Deze passage laat de inzet zien van een mogelijke dialoog die op allerlei manieren ter hand kan worden genomen. De religieus geïnspireerde boerkadraagster kan worden voorgehouden dat zelfs als men de geestelijke richtlijnen respecteert er nog redenen van dwingend algemeen belang zijn om ook als godsdienstig mens zich aan de maatschappelijke normen te conformeren. Bijvoorbeeld in al die gevallen waarin men geacht wordt met andere burgers te communiceren, op school, in de werkomgeving. In die dialoog moeten de argumenten van de andere kant door de overheidsdienaar dan ook gehoord en serieus genomen worden. Dan kan men tot praktische oplossingen komen, die voorbij de symboolpolitiek reiken. Neem bijvoorbeeld de wettelijke norm dat iemand pas een bijstandsuitkering wordt verstrekt als zij zich ervoor inzet om een baan te vinden. Voor een vrouw die een boerka draagt, heeft dat al bestaande wettelijke uitgangspunt consequenties. Burgemeester Cohen verwoordt die als volgt: 'Wie een boerka wil dragen, moet dat vooral doen. Maar als je in deze Nederlandse samenleving per se ook op je werkplek een boerka wilt dragen, mag je, denk ik, niet verbaasd staan dat je bij sollicitatie niet

uitsluitend op je bekwaamheden wordt beoordeeld.<sup>[10]</sup> Dit is al bijna het begin van een echt gesprek tussen een ambtenaar en een vrouw die een boerka draagt, het is het begin van een script.<sup>[11]</sup> Laten we hopen dat de vrouw de gelegenheid krijgt haar verhaal te vertellen, dat de ambtenaar iets terugzegt, dat er een gesprek op gang komt. Zo kan er een toetsing over en weer plaatsvinden van de ernst van de gewisselde argumenten. De vrouw kan vinden dat het voor haar integratie en emancipatie beter is de boerka af te leggen of dat ze voor haar godsdienstige overtuigingen het offer van de bijstandsuitkering over moet hebben. Er kunnen nog meer oplossingen zijn. Waar het om gaat is dat er door de ambtenaar een oplossing gevonden wordt die recht doet aan alle omstandigheden van het unieke geval: deze vrouw met haar boerka en haar hele verhaal. Waar het op aankomt, is deze pijnlijke discussie over de boerka verder te brengen dan loze symboolpolitiek.

---

## Voetnoten

### Voetnoten

- [\*] Prof. dr. W.J. Witteveen is hoogleraar rechtstheorie en retorica aan de Universiteit van Tilburg. Hij bedankt Alkeline van Lenning en Wessel Wijtvliet voor hun commentaar op een eerdere versie van dit artikel.
- [1] Er zijn ook staatsrechtgeleerden die Montesquieu juist systematisch interpreteren, zoals D.J. Elzinga in *De waarde van een relatief rechtsbegrip* (oratie Groningen 1988).
- [2] Montesquieu, *Over de geest van de wetten*, vert. J. Holierhoek, Amsterdam 2006: I.3.
- [3] Over de traditie van de kunst van het wetgeven, zie Willem Witteveen, 'Laws of Lawmaking', in: Willem Witteveen & Wibren van der Burg (red.), *Rediscovering Fuller, Essays on Implicit Law and Institutional Design*, Amsterdam 1999: p. 312-345.
- [4] Vooral als de filosoof moest vrezen voor vervolging, kon hij zijn ware denkbeelden beter verhullend opschrijven. Leo Strauss zoekt de geheime boodschappen van grote denkers en gaat daarin wel erg ver; over Montesquieu merkt hij op dat deze zelf aangeeft een helder systeem te hebben geschapen, terwijl gewone lezers het werk een warboel vinden. Een ingewijde als d'Alembert wijst erop dat in het boek verstopt wijze woorden staan die alleen door de kenner te duiden zijn. Leo Strauss, *Persecution and the art of writing*, Chicago 1988 (1952): 29, noot 11.
- [5] Voorstel Wilders/Fritsma, *Kamerstukken II 2006/07*, 31 108, nr. 1-5; Kabinetbesluit gelaatsbedekkende kleding, Brief aan de Tweede Kamer van 8 februari 2008.
- [6] 'Une loi sur le voile intégral sera injuste et inapplicable', *Le Monde* 27 januari 2010.
- [7] Tzvetan Todorov, *Angst voor de barbaren*, Amsterdam 2009: p. 288-289.
- [8] Montesquieu, *Over de geest van de wetten*, a.w.: Boek XXVI, hoofdstuk 2.
- [9] Montesquieu, *Over de geest van de wetten*, a.w.: Boek XXVI, hoofdstuk 9.
- [10] Interview met Cohen in *de Volkskrant* van 3 oktober 2009.
- [11] Er is ook een ander script. De vrouw die recht heeft op een uitkering meldt zich niet, juist omdat zij gedwongen wordt een boerka te dragen. Zonder werk en zonder uitkering is zij nog sterker afhankelijk van de mannen in haar leven. Dit geval onttrekt zich per definitie aan de waarneming van de overheid. Om onderdrukking tegen te gaan is het dan nodig actief deze vrouwen op te sporen, wat wordt vergemakkelijkt door het streven met alle boerkadraagsters in gesprek te raken.