

De virtuele eenheid van het recht
Rechtstheoretische perspectieven in het
voetspoor van Thomas van Aquino¹

THOMAS VAN AQUINO HERLEZEN

Teksten, of het nu die zijn van het recht, literaire teksten of heilige boeken, blijven niet dezelfde wanneer zij in de loop der tijden worden herlezen. De auteur wiens voetspoor wij volgen, mag dan gestorven zijn, het lezen van diens teksten doet ons met hem of haar in een relatie treden: aldus proberen wij te begrijpen in welke leefwereld de tekst vorm heeft gekregen, maar ook wat die tekst voor *ons* denken en doen te betekenen heeft. De lezer en de wereld waarin deze leeft, zijn mee aanwezig, ontkenningen ten spijt. Daarentegen pretenderen in de rechtsgeleerdheid *originalists* zich te houden aan de betekenis van oude teksten die gold op het moment van totstandkoming. Toch kunnen ook zij, zo blijkt in de praktijk, in feite niet anders dan de actuele toepassings situatie betrekken in het toekennen van betekenis aan de historische verwoording.² Iets soortgelijks doet zich voor in de geloofsleer van diverse religies. Fundamentalisten menen heilige boeken naar de letter te kunnen lezen, maar reduceren dusdoende wat heilig en dus ongrijpbaar is, tot vlakke quasi-feitelijkheden en voorschriften.

Toen in de tweede helft van de negentiende eeuw en de eerste helft van de twintigste het werk van Thomas van Aquino (1225-1274) onder katholieke geleerden weer volop in de belangstelling kwam, waren velen onder de indruk van het veelomvattende, scherp doordachte systeem dat hij had gebouwd op de grondslagen van het werk van Aristoteles en de kerkvaders. In hun (neo)thomistische

onderwijs en publicaties leken zij Thomas helemaal trouw te zijn, want de *Summa Theologiae* is ook werkelijk het resultaat van een geweldige systematische denkkraft. Wat hun echter ontging, was hoezeer Thomas in verhouding tot degenen die hem waren voorgegaan, in de intellectuele controverses van zijn tijd een vernieuwer was, het beginpunt van een paradigmawisseling die pas in latere eeuwen volledig doorzette. Johannes Baptist Metz beschrijft dit als de wending van het kosmocentrische naar het antropocentrische denken.³ Er was echter nog iets anders dat hun ontging, namelijk dat zij – de thomisten van de decennia voor en na 1900 – zelf kinderen van hun tijd waren: een tijd met een voorliefde voor begripsvorming, classificatie en systeembouw. Die voorliefde bepaalde ook de wijze waarop zij Thomas van Aquino herlezen en duiden.

De vorming van nationale staten, elk met hun eigen gecodificeerde rechtsstelsels, beheerste in die periode het denken over recht en staat. Dit maakte een einde aan de doorwerking van het Romeinse recht, dat eeuwenlang, tot ver in de moderne tijd de referentiepunten van de rechtsvinding had geleverd. Studenten van het moderne, ‘positieve’ (dat wil zeggen, in wetten neergelegde) recht leerden eerst te systematiseren en dan pas te redeneren, met soms maatschappelijk absurde resultaten. Thomas’ rechtsleer werd in ditzelfde stramen geperst. De aan de menselijke natuur beantwoordende beginselen (het ‘natuurrecht’) werden geduid als een superieur rechtsstelsel. Het natuurrecht in de betekenis van een kritische instantie voor wat mensen van het recht maken, raakte op de achtergrond, met als gevolg dat het – toen kritische rechts- en rechtsvindingstheorieën in de periode tussen 1960 en 1980 sterk opkwamen – met het positivistische badwater werd weggegooid.

Degenen die met de Amsterdamse hoogleraar B.A.M. Barendse (1906-1977) het werk van Thomas hebben leren lezen,⁴ hebben meegekregen dat de onmiddellijke toegang tot de tekst – en dus niet die via latere systematiseringen

– stap 1 is in een tussen bron en eigen leefsituatie heen en weer gaande beweging. Dat besef is ook kenmerkend voor de nieuwe herleving van belangstelling voor Thomas' denken die zich sinds het eind van de twintigste eeuw aftekent. Intellectuele *opinion leaders* als Alasdair MacIntyre en Umberto Eco hebben zich rekenschap gegeven van de betekenis van Thomas' denken voor vraagstukken die mensen van onze tijd bezighouden.⁵ De huidige herleving is dan ook minder systematiserend en schematiserend dan voorafgaande herlevingen van belangstelling,⁶ toen het werk van Thomas vooral werd gezien als een met andere systemen rivaliserend alternatief.⁷ De aandacht richt zich nu meer op de vernieuwende kracht van Thomas' denk-beweging.

CONTEXT, TEKST EN INHOUD

De dertiende eeuw was een periode van heftige culturele en intellectuele tegenstellingen. Günther Mensching wijst erop dat Thomas' werk in die periode zich – naar vorm en inhoud – kenmerkt door 'argumentierende Schlichtung von Gegensätzen, welche stets nur indirekt zur affirmativen Theorie gelangt'.⁸ Zijn 'geistige Anstrengung' is vooral 'Aufklärung des reflektierenden Bewußtseins über sich selbst', zodat Thomas 'trotz aller tiefen Brüche zwischen Mittelalter und Neuzeit in der universalen Kontinuität aufklärenden Denkens steht'.⁹

Er is dan ook een duidelijke relatie tussen context, tekst en inhoud van Thomas' werk. De context was er een van een ongekend intense botsing van culturen:¹⁰ de in het ten onder gaande Byzantijnse rijk aanwezige Helleense cultuur, de expanderende denkwereld van de islam, die in die periode veel van het Griekse denken verwerkte, en de Latijns-christelijke van West-Europa.¹¹ Zoals ook blijkt uit Thomas' eigen levensloop – met Napels, Keulen en Parijs als belangrijke standplaatsen –, was de West-Europese cultuur een eenheid in verscheidenheid. Thomas ging

intensief en uitdrukkelijk de discussie aan met de op het eerste gezicht contrasterende culturen. Zijn teksten – de commentaren en duidelijker nog de *quaestiones* waaruit zijn hoofdwerken zijn opgebouwd – hebben niet alleen de vorm van een debat, maar zoeken ook voortdurend de synthese van twee eerst nog los van elkaar staande posities.¹² Doordat de onderzochte, aanvankelijk tegengestelde posities in het antwoord niet terzijde worden geschoven, maar in hun relativiteit present blijven, vibreert in Thomas' responsies een bijzondere dynamiek, die tot verdere overdenking prikkelt.

VERLOREN SAMENHANG

Zoals gezegd zijn er – naast de onmiskenbare doorwerking van Thomas' werk – ook gezichtspunten verwaarloosd of zelfs teloorgegaan. Mogelijk heeft het een zelfs met het ander te maken. Thomas heeft – zo valt meestal te lezen – 'onderscheid' gemaakt tussen het natuurrecht (*jus naturale*) en het positieve recht (*jus positivum*), en tussen de goddelijke wet, de natuurlijke wet en de menselijke wet. In navolging van dit onderscheid is telkens opnieuw de vraag gesteld of, hoe en op welke punten het positieve recht aan het natuurrecht kan worden getoetst. Daarbij werd vaak verondersteld dat natuurrecht zou berusten op een a-historische, buiten de mens gesitueerde normen-genererende 'natuur' – een opvatting die, hoewel van later datum en qua inhoud wezenlijk anders dan de zijne, gedachteloos ook aan Thomas werd toegeschreven.¹³

Critici van het natuurrecht hebben de mogelijkheid daarvan – onder meer op kentheoretische gronden – ontkend. Het daartegenover gestelde positivistische rechtsdenken werd gevoed door de wens eerst de absolute vorsten en later de democratisch gelegitimeerde wetgevers te vrijwaren van betweterij die hun gezag zou ondermijnen. Perioden daarentegen waarin het bevoegde gezag door wangedrag aan overtuigingskracht inboette – het gevolg

van misstanden als die van de Industriële Revolutie en het nationaal-socialisme – lieten een groeiende behoefte zien zich op het natuurrecht als contrafactische autoriteit te beroepen.

De overschatting van de mogelijkheden om natuurrechtelijke conclusies te trekken werd een van de belangrijkste aangrijpingspunten voor rechtspositivistische kritiek. ‘Neoscholastics drew from the natural law many “particular determinations” bearing on personal morality, as well as broader principles such as the right to private property and the need for government as a means of fulfilling the social and political nature of man.’¹⁴ Soms gingen de redeneringen over de inhoud van het natuurrecht zo ver, dat het tot een alternatief rechtsstelsel werd uitgewerkt. Franz Böckle stelde dit aan de kaak als een ‘natuurrechtspositivisme’.¹⁵ Maar ook als het natuurrecht beperkter werd opgevat – als een reeks onaantastbare normen – ging iets verloren dat bij Thomas wel degelijk aanwezig is, namelijk de wederkerige relatie tussen natuurrecht en positief recht. Deze kan – in de orde van dit betoog: voorlopig – aldus worden aangeduid dat het natuurrecht slechts praktische betekenis kan verkrijgen door de uitwerking in uitdrukkelijke (dus ‘positieve’) rechtsnormen, terwijl omgekeerd een positieve norm slechts als rechtsnorm herkenbaar is wanneer deze uitwerking geeft aan een in het natuurrecht in aanleg aanwezige verplichting, namelijk om mede-subjecten te respecteren.¹⁶

POSITIEF RECHT

Om deze samenhang preciezer te bepalen volg ik Thomas’ spoor in omgekeerde richting. In zijn tekst zelf daalt de lezer af van het natuurrecht naar het positieve recht. Mogelijk heeft deze route in de hand gewerkt dat velen – eenmaal afgedaald naar de noodzakelijkheid van positieve rechtsvorming – als het ware gevangen bleven in de dimensies van een door de bevoegde autoriteit naar tijd en plaats

afgebakend rechtsstelsel; hooguit toetsten zij dit positieve recht nog van buitenaf aan het natuurrecht (een externe confrontatie dus, waarbij de vraag wordt gesteld of ‘de norm van positief recht niet in strijd komt met een norm van het natuurrecht’). Wat echter in deze tegenstelling van natuurrecht en positief recht verloren ging, was de eenheid van het recht.

Anders dan in een positivistische rechtsopvatting is bij Thomas de vraag naar de bevoegdheid en bevoegdheidsomgrenzing van de vaststellende autoriteit¹⁷ niet het beslissende punt. De verschillen in positieve rechtsstelsels (menselijke wetten) manifesteren een verscheidenheid in eenheid. Het spoor in omgekeerde richting volgen leidt ertoe eerst te lezen wat Thomas schrijft over het positieve recht. Van belang is, om te beginnen, wat Thomas schrijft over het nut van door mensen vastgestelde wetgeving (*lex humana*). Deze wordt niet opgevat als een remplaçant van de natuurlijke wet, maar evenmin als iets dat daarnaast overbodig is. Thomas noemt een aantal argumenten voor expliciete wettelijke normering. Deze betreffen de discipline die voortvloeit uit de strafbedreiging¹⁸ en de betere kenbaarheid van het recht in vergelijking met een incidentele rechterlijke beoordeling.¹⁹ Daarenboven brengt hij een argument naar voren dat de kwaliteit van de oordeelsvorming betreft: een beoordeling is beter mogelijk wanneer deze berust op een groot aantal situaties die zich gedurende een lange periode hebben voorgedaan dan wanneer ze op een enkel geval teruggaat.²⁰

Hier blijkt al dat de menselijke wet zich niet tot de natuurlijke wet verhoudt als willekeur tot heteronomie, maar dat beide – menselijke wet zowel als natuurlijke wet – voortkomen uit een redelijk inzicht in verhoudingen tussen mensen. Natuurlijke wet en menselijke wet staan dus niet los van, laat staan tegenover elkaar, maar vormen een door de menselijke rede te ontsluiten geheel. Merks schrijft daarover: ‘Genau dies ist die Situation der *lex humana*, die hier (...) nicht staatliches Gesetz im Gegensatz zum Sit-

tengesetz meint, sondern konkrete Norm gegenüber prinzipiell-allgemeiner Normativität der *lex naturalis*.²¹ Bij de ordening van gedrag kun je niet enkel op deugdzaamheid vertrouwen, maar is de tucht van de (menselijke) wet nodig om te voorkomen dat mensen ten opzichte van elkaar de beest uithangen. Dat is volgens Thomas de betekenis van ‘de wapens van de rede’.²²

GEEN DUALISTISCHE RECHTSOPVATTING

In het volgende artikel van zijn verhandeling zet Thomas dan zeer precies de verhouding tussen natuurlijke wet en menselijke wet uiteen. Deze ziet hij – zij het in verschillende mate van specificiteit – beide als manifestaties van de rede. De wijdverbreide mening als zou Thomas een dualistische rechtsopvatting hebben verdedigd, komt in het licht hiervan haast zonderling over.²³ ‘De eerste regel van de rede is (...) de natuurlijke wet (...). Derhalve draagt elke door mensen vastgestelde wet slechts werkelijk het karakter van een *wet*, voor zover ze wordt afgeleid van de natuurlijke wet. Maar als ze op een of andere manier van de natuurlijke wet afwijkt, is ze geen wet meer, maar bederf van de wet.’²⁴ Anders gezegd: het recht heeft één ‘vindplaats’, en dat is de ratio, maar er zijn gradaties in de manier waarop de rede tot conclusies kan voeren. Dat is ook in overeenstemming met Thomas’ opvatting van goed en kwaad in het algemeen, immers ‘voor mensen is goed wat aan de rede beantwoordt, en verkeerd wat daartegen ingaat’.²⁵

Een ander mogelijk misverstand kan ontstaan over wat Thomas bedoelt wanneer hij zegt dat de menselijke wet van de natuurlijke wet wordt ‘afgeleid’ (‘derivatur’). Dat is – zoals uit Thomas’ eigen toelichting blijkt²⁶ – niet slechts een subsumptieproces, maar ook een proces van nadere bepaling en specificatie. Het eerste doet zich voor wanneer de wetgever uit het natuurrechtelijk verbod een ander schade toe te brengen de conclusie trekt dat de wet moet verbieden een ander mens te doden. Het tweede is daaren-

tegen bijvoorbeeld het geval als de wetgever de strafmaat vaststelt.

Welke overwegingen spelen nu een rol als dit redelijk proces van afweging en beoordeling plaatsvindt dat tot *leges humanae* leidt? Thomas ontleent aan Justinianus het uitgangspunt dat wetten voor de mensen van nut moeten zijn.²⁷ Dat werkt hij in drie eisen uit: ze moeten met de *religio* in overeenstemming zijn (in onze religieus veelvormige samenleving zouden we hier moeten zeggen: ze moeten de gewetensvrijheid respecteren), ze moeten de discipline bevorderen waar ze aan de natuurlijke wet beantwoorden, en ze moeten het (gemeenschappelijk) welzijn bevorderen; bij dat laatste moet rekening worden gehouden met de omstandigheden van plaats en tijd.²⁸

NATUURLIJKE WET EN NATUURLIJKE NEIGINGEN

Als wij nu teruggaan naar de *quaestio* betreffende de natuurlijke wet, treffen we hetzelfde beroep op de rede aan, maar nu op een niveau waar overwegingen van handhaafbaarheid en omstandigheden nog geen rol spelen. De natuurlijke wet is geen *habitus*, maar iets dat door de rede wordt vastgesteld.²⁹ Ondanks dit eenduidige uitgangspunt zijn kennelijk velen op een dwaalspoor gebracht doordat Thomas verderop een aantal gezichtspunten ontwikkelt die de biologische constitutie van de mens tot ‘rechtsbron’ lijken te maken. Het gaat daarbij om de natuurlijke neigingen (*inclinationes naturales*) tot zelfbehoud, geslachtelijke voortplanting, waarheidsliefde en gemeenschapsleven. Deze neigingen zijn gemeenschappelijk aan respectievelijk alle zelfstandige wezens, aan alle *animalia*, en aan alle mensen. Van een deductie uit de biologie naar de wet is echter in deze passage geen sprake. Ook hier – dus net als in de latere vraagstellingen betreffende de menselijke wet – gaat het om een *beoordeling* door de rede.³⁰ De verwijzingen naar de natuurlijke neigingen dienen er namelijk toe te

preciseren wat de menselijke rede om te beginnen onderkent als ‘goed’ en ‘kwaad’: ‘Dit is dus het eerste voorschrift van de wet, namelijk dat het goede moet worden gedaan en nagestreefd, en dat het kwade moet worden gelaten. Alle andere voorschriften van de wet van de natuur gaan hierop terug. Dit betekent dat al datgene waarvan de praktische rede onderkent dat het voor de mens goed is het te doen of te laten, gerekend moet worden tot de voorschriften van de wet van de natuur.’³¹

Thomas vat, even verder, de strekking van de natuurlijke wet zo samen dat zij datgene omvat waartoe de mens van nature geneigd is, zoals de neiging weloverwogen, *redelijk* te handelen.³² Het gaat dus niet om ongereflecteerde neigingen, maar om de inzichten waartoe de mens als redelijk wezen komt en die betrekking hebben op de verhouding tussen zichzelf als redelijk wezen en – achtereenvolgens – de eigen lichamelijke, geslachtelijke en socialiteit. Dat is dus een proces van voortschrijdend inzicht in wat als wet zal hebben te gelden: ‘het is eigen aan de rede van het gemeenschappelijke naar het bijzondere voort te schrijven’.³³ Naarmate men meer in bijzonderheden gaat, spelen situationele verschillen een grotere rol. Wat in het algemeen juist is, kan onder omstandigheden onredelijk (*irrationabile*) zijn.³⁴ De natuurlijke wet is dan ook in zoverre veranderlijk dat ze specificatie en uitwerking behoeft.³⁵ Dat geldt niet voor de *prima principia*, maar wel voor alle nadere conclusies.³⁶ Zo komt ook hier weer naar voren dat de natuurlijke wet door de rede wordt *in-gezien*. De menselijke wet is dan ook niet *tegengesteld* aan de natuurlijke wet in die zin dat de laatste van buitenaf meegegeven zou zijn, en de eerste op eigen houtje door de wetgever wordt gegeven. Het verschil is dat op het terrein waar de redeneerwijzen waarmee de natuurlijke wet wordt gevonden, niet tot (voldoende duidelijke) conclusies komen, een uitdrukkelijk besluit het nodige houvast ver-schaft.

DE VERSCHIEDENHEID IN DE MENSELIJKE WETGEVING

De menselijke wet heeft dan ook in verhouding tot de natuurlijke wet een bijzonder potentieel: zij kan gedifferentieerder zijn.³⁷ Of zij dat ook daadwerkelijk is, en als zich dat voordoet, hoe die verscheidenheid dan vorm krijgt: dat is hiermee nog niet uitgemaakt. Daarover beslissen de omstandigheden van tijd en plaats, en daarbij kunnen aan elkaar tegengestelde tendensen een rol spelen. Enerzijds de tendens (nodeloze) verschillen in wetgeving te vermijden en – al zijn deze beoordelingen niet onveranderlijk – tot dezelfde conclusies in verschillende gemeenschappen te komen; anderzijds de tendens tot afbakening overeenkomstig de politieke en militaire heerschappijen die zich manifesteren. Thomas had in zijn tijd voldoende reden om aandacht te schenken aan de mogelijkheid van overeenkomstige beoordelingen binnen verschillende samenlevingen. Dat is wat hij het *jus gentium* noemde. Ook hier aanknopend bij Isidorus van Sevilla (ca. 560-636) definieert Thomas dit als het recht dat bij haast alle volkeren geldt.³⁸ Thomas verwijst hierbij naar de twee manieren waarop de menselijke wet van de natuurlijke wet wordt afgeleid. Het *jus gentium* is dat deel van de menselijke wet dat als conclusies uit de natuurwet door de rede kan worden vastgesteld,³⁹ terwijl andere delen van de menselijke wet (*jus civile*) een specificatie zijn van de natuurlijke wet.⁴⁰ Bij Thomas neemt dit *jus gentium* dus als het ware een intermediaire positie in tussen de eerste beginselen van het natuurrecht en het al naargelang de opvattingen in een bepaalde samenleving op verschillende wijze vastgestelde recht.⁴¹

Voorbeelden van het *jus gentium* betreffen rechtmatige koop en verkoop, dus regels ‘zonder welke mensen niet met elkaar zouden kunnen leven’.⁴² Het concept van een *jus gentium* dat weliswaar niet altijd en overal als menselijke wet van kracht is, maar wel door iedereen in zijn redelijkheid moet kunnen worden ingezien, brengt aan het

licht hoezeer Thomas het gehele recht eerst en vooral als eenheid denkt. Het uitgangspunt is de eenheid van de menselijke rede, ook al kunnen de afzonderlijke wetgevers reden vinden de wet te veranderen wegens veranderingen in de omstandigheden.⁴³

DIMENSIES VAN RECHT

Net als op andere terreinen ontstond vanaf de late middeleeuwen ook op juridisch terrein een behoefte aan controle.⁴⁴ De beginpunten hiervan liggen in Thomas' tijd, toen de behoefte aan materiële beheersing van de natuur doorbrak.⁴⁵ In navolging van Albertus Magnus aanvaardde Thomas de materie als principe van de kwantificeerbaarheid.⁴⁶ De afdracht van een deel van de oogst volgens het feodale stelsel maakte plaats voor op de kwantificering en verhandelbaarheid van goederen gebaseerde afdrachten in geld. De ontmoeting met de technisch superieure Arabieren leidde behalve tot handel ook tot productieve arbeid en reorganisatie van het publiek gezag op basis van territoriaal afgebakende soevereiniteit. In deze samenleving was ook een vervanging van het gewonterecht door het rationele Romeinse recht zeer welkom (de 'receptie' van het Romeinse recht).

Daarmee veranderde de rol van het statelijke gezag, in Thomas' tijd gerepresenteerd in de persoon van de vorst (*princeps*). Vorsten bouwden aan het eind van de middeleeuwen samenhangende staatsverbanden op die opgewassen waren tegen de taken van de tijd. 'By 1500 (...), political institutions throughout Europe were capable of dealing with challenges that would have overcome and brought to ruin the small, independent, and ungovernable communes that had flourished two hundred years before. The new institutions were on a much larger scale than had been seen in the West since the fall of Rome.'⁴⁷ De vorst, voorheen degene die het gezag (*auctoritas*) had om het recht te vinden, kreeg een status boven de wet (*legibus so-*

lutus). In plaats van een intermediaire rol te spelen in het vinden en handhaven van *het recht*, gingen de vorsten het als hun recht zien *de wet te stellen*. Deze verandering in positie markeert het breukvlak tussen enerzijds het recht als verscheidenheid in eenheid, en anderzijds het recht als positiefrechtelijk begrepen veelheid van rechtsstelsels. De geschiedenis van de eeuwen die volgden, heeft de idee van een eenheid – over grenzen heen – in de menselijke wetten voor verschillende volkeren (een echt *jus gentium*) allengs verder uitgehoud, met als voorlopig eindpunt de omhelzing van de nationale staat als dominant beoordelingskader in de negentiende eeuw.

JUS GENTIUM

Dit had weer ingrijpende consequenties voor de mogelijkheid van een zich rechtstreeks tot de rechtsgenoten richtend *jus gentium*. Het *jus gentium* was niet alleen door Thomas, maar al sinds de Romeinen alom opgevat als het voor allen, over grenzen van volken en staten heen geldende recht. Met Gaius onderscheidden de klassieke Romeinse juristen het recht in enerzijds het *jus civile* als recht dat alleen voor de eigen burgers geldt, en anderzijds het *jus gentium* als het door de natuurlijke rede gevonden recht voor alle volkeren.⁴⁸ J.M. Kelly wijst erop dat dit *jus gentium* samenhang met een ‘entirely practical, common-sense employment of the concept nature’.⁴⁹ Het *jus gentium* was volgens Sohm het recht dat in zijn uitgangspunten met het recht van andere volkeren, in het bijzonder van de Grieken, overeenstemde en de Romeinen daarom ‘als gemeingültiges und gemeinmenschliches Recht erschien’.⁵⁰

Onder invloed van Francisco de Vitoria (1483-1546) onderging het begrip van het *jus gentium* een transformatie. Uitgaande van de opvatting dat het recht om handel te drijven (waarop de Spanjaarden zich wilden beroepen) evenals het recht op grondbezit van inheemse volkeren tot dit *jus gentium* behoort, kwam hij in 1532 tot de nieuwe uit-

drukking *jus inter gentes*. Daarmee legde hij de grondslag voor het moderne begrip van het volkenrecht.⁵¹ Het volkenrecht in de zin van recht dat niet tussen personen, maar primair tussen staten geldt, is dat wat Francisco Suárez (1548-1617) als extern *jus gentium* (recht der volkeren) onderscheidde van het oude, te midden van de volkeren (*intra se*) geldende *jus gentium*.⁵² Het *jus gentium intra se* verdween sinds de tweede helft van de achttiende eeuw uit de rechtsgeschiedenis. Volkenrecht werd alleen nog opgevat als het recht *tussen* volkeren (*inter se*), of eigenlijk tussen staten,⁵³ en kwam naast het binnen staten geldende recht te staan.

Voor het binnen een afzonderlijke staat geldende recht werd uit een historicistisch perspectief vooral de bepaaldheid van het recht door de ontwikkelingsgeschiedenis van de eigen gemeenschap beklemtoond, en uit positivistisch gezichtspunt de vaststelling ervan door daarmee belaste organen. De rechtsvergelijking bestudeerde punten van overeenkomst tussen rechtsstelsels vanuit het model van de co-existentie van meer rechtsstelsels, niet vanuit een model van een oorspronkelijke eenheid van recht over grenzen heen, zoals het vroegere *jus gentium*. De doctrine volgens welke het internationale recht en de nationale rechtsstelsels van elkaar gescheiden systemen vormen, is hiervan een uitvloeisel. Die doctrine – die men in het voetspoor van Norbert Achterberg als een *Impermeabilitätstheorie* kan aanduiden⁵⁴ – schiet echter tekort bij al die ontwikkelingen over de grenzen van staten heen waar andere subjecten dan staten en daarvan afgeleide entiteiten⁵⁵ aanspraken uitoefenen of zelf worden aangesproken. Dat is onder meer het geval waar niet in een staat georganiseerde (minderheids)volkeren zich op het internationale recht kunnen beroepen,⁵⁶ of compagnieën en ondernemingen aan het internationaal rechtsverkeer deelnemen.⁵⁷ De twintigste eeuw bracht de erkenning van rechten en plichten van individuen in internationale bescherming van de rechten van de mens en internationale strafrechtelijke

aansprakelijkheid.⁵⁸ Gestimuleerd door ontwikkelingen op het gebied van de International Labour Organization en de World Trade Organization groeit de erkenning van rechten en plichten op economisch terrein die de grenzen van ‘nationale’ rechtsstelsels overschrijden. Om die grensoverschrijdende rechtsbetrekkingen te begrijpen en als werk van menselijke redelijkheid verder te ontwikkelen zou het zinvol zijn het klassieke begrip van een *jus gentium* te hernemen: het kan immers de nu ontbrekende verbinding leggen – de ‘missing link’ – tussen het volkenrecht als recht dat tussen staten geldt, en de tot nu toe positivistisch verklaarde verscheidenheid van statelijke en substatelijke rechtsstelsels die tussen personen gelden.

TERRITORIALE EN TEMPORELE DIFFERENTIATIE VAN HET RECHT

De territoriale en temporele differentiatie die het recht in de tussenliggende eeuwen onderging, stuit dus op haar eigen grenzen. Dat betekent niet dat de historische fase van een naar staten gedifferentieerde en wederzijds afgebakende rechtsontwikkeling slechts negatief moet worden beoordeeld. Die differentiatie beantwoordde immers aan het uit reële behoeften voortgekomen organisatieprincipe van de moderne staat.⁵⁹ De vorsten bakenden in de Westfaalse statenordering hun invloedssferen ten opzichte van elkaar af en maakten zo een vreedzame co-existentie in beginsel mogelijk. De voor de onderdanen geldende normen werden een interne aangelegenheid; dit gold zelfs voor de vraag welke godsdienstige overtuiging in de staat zou (over)heersen, volgens het principe *cuius regio eius religio*. Hierdoor werd een voorheen ongekeerde rationalisering van rechtsvorming en -toepassing mogelijk, hetgeen de economische ontwikkeling weer zeer ten goede kwam.⁶⁰ Het verloren gaan van het klassieke *jus gentium* brak echter een een-makende kracht in de rechtsomwikkeling af, of verschoof deze althans naar de achtergrond.

VERANDERDE DIMENSIONERING VAN MAATSCHAPPELIJKE SAMENHANG

Veranderingen die zich in onze tijd over grenzen heen aftekenen, geven aanleiding de waarde van een niet tot staten begrensde rechtsontwikkeling opnieuw te onderzoeken. Sinds de late middeleeuwen was in de politieke en juridische ordening van Europa een proces van wederzijdse afgrenzing voltrokken. Er vond een territoriale en temporele differentiatie van het recht in vele rechtsstelsels plaats, die voortkwam uit een algemene behoefte aan dimensionering van de sociale werkelijkheid. Deze werd bepaald door de sociaal-economische verhoudingen van de nieuwe tijd, waarin schaarste van grond en natuurlijke hulpbronnen bepalend was. Handel was een afgeleide daarvan. Daar waar het schortte aan reële ruilverhoudingen en een onderliggend machtsevenwicht, grepen Europese samenlevingen ruwweg naar het middel van de verovering van vreemd territorium en de inrichting van koloniën die zij ten eigen bate exploiteerden.

In onze tijd heeft deze begrenzing enorm aan betekenis ingeboet. Niet de gebondenheid van productie aan de grond, maar de verplaatsbaarheid van goederen en de niet aan een vaste plaats gebonden informatievoorziening en communicatie kenmerken de nieuwe economische verhoudingen. Staten en door staten afgebakende rechtsstelsels boeten aan betekenis in. Ook al blijft de rechtsontwikkeling en rechtshandhaving in belangrijke mate op staten aangewezen, hun gezag is niet langer het laatste woord. Personen en groepen van personen – waaronder ook ondernemingen – manifesteren zich met aanspraken en aansprakelijkheid rechtstreeks op een grensoverschrijdend, ‘transnationaal’ niveau.

Net zoals zijn zijnsleer heeft Thomas van Aquino ook zijn rechtsleer ontwikkeld in het krachtenveld tussen eenheid en veelheid.⁶¹ De veelheid van door het recht genormeerde relaties heeft hem niet belet te doorzien dat er een radicale eenheid van het recht is, die beantwoordt aan mens-zijn en medemenselijkheid: die congenialiteit van mens en recht is wat moet worden verstaan onder ‘natuur-’ in ‘natuurrecht’. Verschillen in levenssituaties leiden onontkoombaar tot juridische verscheidenheid, maar steeds blijft de mogelijkheid aanwezig eenheid van het recht te herwinnen waar verschillen bij nader inzien onnodig, onwenselijk of zelfs onrechtvaardig blijken te zijn.

Deze virtuele eenheid van het recht overschrijdt de in de geschiedenis tussen samenlevingen en rechtsstelsels getrokken grenzen. De rechtsleer van Thomas laat zien dat de rechtsontwikkeling berust op algemeen geldige typen van redeneringen. Men kan hierin een parallel zien met Noam Chomsky’s ontdekking dat de taal zich – ondanks alle verscheidenheid van taalstelsels aan de waarneembare oppervlakte – toch volgens aan alle mensen gemeenschappelijke, met aan hun mens-zijn eigen processen ontwikkelt.⁶² Dat heft de verschillen niet op, maar draagt wel bij aan een beter verstaan van aan de oppervlakte divergerende rechtsnormen, en een kritische beoordeling daarvan. Nieuwere theorieën van het internationale recht hebben ook weer oog gekregen voor rechtsontwikkeling die de rechtstelsels doorsnijdt.⁶³

Juist het feit dat Thomas zijn rechtsleer schreef in een zozeer andere tijd scherpt ons als huidige lezers in dat de begrenzings van het positivistische denken overwonnen kunnen worden en dat de rechtsontwikkeling zich niet laat opsluiten in een uiteindelijk tautologisch systeem van regels.⁶⁴ Dat opent perspectieven voor het ideaal van recht zonder de ongelijkheid en willekeurigheid van grenzen die mensen van elkaar scheiden en hun relaties verbreken. De

menselijke rede, de *ratio*, die de sleutel vormt tot Thomas' rechtsidee, is immers het vermogen om tot de juiste bepaling te komen van ieders verhouding tot de ander en de ons samen omgevende wereld.⁶⁵

SLOT

Denken dat zich bevrijdt uit overgeleverde of opgelegde systemen, is niet de gemakkelijkste weg. De enorme toename van verbindingen tussen rechtstelsels – 'horizontaal' in bijvoorbeeld internationale contracten en huwelijken, verticaal in de complexe wisselwerking van verdragenrecht, EU-recht en nationale rechtstelsels – is vaak weergegeven in starre schema's van een gelaagde rechtsorde en voorrangsregels. In toenemende mate blijkt echter dat het 'hogere' recht, bijvoorbeeld dat van de EU, niet zonder meer het nationale recht opzij zet, maar eerder een interpretatiekader geeft dat zelf weer door het nationale recht wordt beïnvloed en daarvoor ruimte moet laten. Nationaal recht wordt bijvoorbeeld 'richtlijnconform' uitgelegd, en nationale staten hebben een 'margin of appreciation' bij de toepassing van het Europese Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden. De lagen van de rechtsontwikkeling werken op elkaar in op een manier die seismologische trekken heeft.

De betekenis van Thomas' rechtsleer voor ons begrip van recht en rechtsontwikkeling is niet dat ze criteria van goed recht van buitenaf importeert. Integendeel, maatgevend is de menselijke natuur zelf: de natuur van een redelijk wezen dat dezelfde argumenten voor zichzelf en voor anderen laat gelden. Evenmin brengt Thomas' rechtsleer ons een algemeen-geldige rechtsorde met een inhoud die onafhankelijk is van de omstandigheden en de geschiedenis. Integendeel, de menselijke rede is ontvankelijk voor de veranderingen in de te beoordelen levenssituatie. Ze wil – daarmee rekening houdend – tot een voor mensen over en weer aanvaardbare (dat wil zeggen intersubjectief geldige)

beoordeling komen. Wat Thomas' rechtsleer wél te bieden heeft, is de grondslag voor een discursief proces dat in overeenstemming is met een principiële eenheid van het recht.

Dit overschrijdt dus de grenzen die mensen hebben getrokken om het bestaan beheersbaar te maken.⁶⁶ Deze veronderstelling van eenheid van elk recht vloeit voort uit de eenheid van de menselijke natuur. Afbakeningen naar territorialiteit en nationaliteit zijn immers slechts accedenteel (hoezeer ook praktisch van nut). Omdat de oorspronkelijke en finale eenheid in de door Thomas beschreven (en voltrokken⁶⁷) redeneerprocessen wordt verondersteld, nodigt zijn rechtsleer ertoe uit het ideaal van recht zonder grenzen tot leven te laten komen, een virtuele eenheid van het recht.

NOTEN

- 1 Dit artikel is een bewerking van: E.M.H. Hirsch Ballin, 'Recht zonder grenzen. De virtuele eenheid van het recht volgens Thomas van Aquino', in: *RM Themis* 1997, afl. 7, p. 254-270.
- 2 R.W. Bennett, 'Originalism and the Living American Constitution', in: R.W. Bennett & L.B. Solum, *Constitutional Originalism – A Debate*, Ithaca-Londen 2011, p. 78-142.
- 3 J.B. Metz, *Christliche Anthropozentrik – Über die Denkform des Thomas von Aquin*, München 1962, p. 43-44.
- 4 B.A.M. Barendse O.P., *Thomas van Aquino: Een geloof op zoek naar inzicht*, Baarn 1968.
- 5 A. MacIntyre, *Three Rival Versions of Moral Enquiry. Genealogy, and Tradition*, Notre Dame 1990; U. Eco, *The Aesthetics of Thomas Aquinas*, Cambridge, Massachusetts, 1988.
- 6 Vgl. H.J. Hommes, *Een nieuwe herleving van het natuurrecht* (diss. vU Amsterdam), Zwolle 1961.
- 7 Zie over 'the Scholastic Revival' in discussie met het modernisme: Philip Gleason, *Contending with Modernity. Catholic Higher Education in the Twentieth Century*, New York-Oxford 1995, p. 105-114.

- 8 G. Mensching, *Thomas von Aquin*, Frankfurt-New York 1995, p. 17-18.
- 9 Ibidem, p. 15.
- 10 M.R. Menocal, *The Ornament of the World. How Muslims, Jews, and Christians Created a Culture of Tolerance in Medieval Spain*, Boston 2002.
- 11 Ook dit leidt in onze tijd tot herkenningpunten: ‘Thomas Aquinas (...) was in conversation (literarily, of course) with Aristotle who was not a theist in the Judeo-Christian-Islamic sense, Avicenna who was a Muslim theist, and Maimonides who was a Jewish theist’ (Rabbi David Novak, in: J.P. Langan, SJ (ed), *Catholic Universities in Church and Society. A Dialogue on Ex Corde Ecclesiae*, Washington DC 1993, p. 99).
- 12 Vgl. W. Metz, “Aufgehobene” Mündlichkeit, Artikel-Struktur und “ordo disciplinae” der Thomasischen “Summa Theologiae”, in: *Philosophisches Jahrbuch* 1996/2 (Vol. 103), p. 48-61. Van de hand van M.A.J.M. Buijsen zijn twee Nederlandse vertalingen met annotaties verschenen: Thomas van Aquino, *Over de Wet [Summa Theologiae I-II, qq. 90-97]*, Baarn 1996; Thomas van Aquino, *Over het koningschap [De Regno]*, Kampen-Kapellen 1997.
- 13 E. Schockendorff, *Naturrecht und Menschenwürde. Universale Ethik in einer geschichtlichen Welt*, Mainz 1996, p. 195.
- 14 Gleason, *Contending with Modernity*, p. 118.
- 15 *Fundamental moral*, München 1977, p. 248.
- 16 Thomas van Aquino, *S.Th. I-II, q. 93, a. 3, ad 2*. Waar niet anders aangegeven betreffen de verwijzingen naar Thomas’ *Summa Theologiae*.
- 17 Vgl. Th. Schilling, *Rang und Geltung von Normen in gestuften Rechtsordnungen*, Berlin-Baden-Baden 1994, p. 163.
- 18 I-II, q. 95, a. 1: ‘Hujusmodi autem disciplina cogens metu poenae, est disciplina legum. Unde necessarium fuit ad pacem hominum et virtutem, ut leges ponerentur’.
- 19 Ad secundum: ‘sicut Philosophus dicit (...) “melius est omnia ordinari lege, quam dimittere iudicium arbitrio”.’

- 20 'Facilius autem ex multis consideratis potest homo videre quid rectum sit, quam solum ex aliquo uno facto' (ibidem).
- 21 K. Merks, 'Zur theologischen Grundlegung der Menschenrechte in der Perspektive des Thomas von Aquin', in: J. Schwartländer (Hrsg.), *Modernes Freiheitsethos und christlicher Glaube*, München-Mainz 1981, p. 165-187, 185.
- 22 I-II, q. 95, a. 1: '(...) quia homo habet arma rationis ad explendas concupiscentias et saevitias, quae non habent alia animalia'.
- 23 Dit dualisme lijkt te worden gevoed door het model van een rechtsstelsel als 'Stufenordnung' (Hans Kelsen) waarbij de natuurwet in vergelijking met de menselijke wet net als de grondwet in vergelijking met de gewone wet als 'hoger' (en dus als extern toetsingscriterium) wordt voorgesteld. Vgl. bijvoorbeeld G.E. Langemeijer, *Inleiding tot de studie van de wijsbegeerte des rechts*, 2^{de} druk, Zwolle 1970, p. 59.
- 24 I-II, q. 95, a. 2: 'Unde omnis lex humanitus posita intantum habet de ratione legis, in quantum a lege naturae derivatur. Si vero in aliquo a lege naturali discordet, jam non erit lex sed legis corruptio'.
- 25 I-II, q. 18, a. 5: 'bonum hominis est secundum rationem esse, malum autem quod est praeter rationem'; vgl. K. Merks, 'Freiheit als Grundlage der Moral', in: J. Hoffmann (Hrsg.), *Begründung von Menschenrechten aus der Sicht unterschiedlicher Kulturen*, Frankfurt 1881, 1991, p. 92.
- 26 I-II, q. 95, a. 2.
- 27 I-II, q. 95, a. 3: 'Finis autem humanae legis est "utilitas hominum"; sicut etiam Jurisperitus dicit'. Keizer Justinianus (527-565) heeft een belangrijke bijdrage geleverd aan de vorming van het Romeinse recht.
- 28 I-II, q. 95, a. 3: 'Tertio, quantum ad debitas circumstantias. <Isidorus> dicit "loco temporique conveniens".'
- 29 I-II, q. 94, a. 1: 'lex naturalis est aliquid per rationem constitutum'.
- 30 Vgl. K. Merks, 'Naturrecht als Personrecht? Überlegungen zu einer Relektüre der Naturrechtslehre des Thomas von

- Aquin', in: M. Heimbach-Steins (Hrsg.), *Naturrecht im ethischen Diskurs*, Münster 1990, p. 28-46, 41-42.
- 31 I-II, q. 94, a. 2: 'Hoc est ergo primum praeceptum legis, quod bonum est faciendum et prosequendum, et malum vitandum. Et super hoc fundantur omnia alia praecepta legis naturae: ut scilicet omnia illa facienda vel vitanda pertinent ad praecepta legis naturae, quae ratio practica naturaliter apprehendit esse bona humana'.
- 32 I-II, q. 94, a. 4: 'ad legem naturae pertinent ea ad quae homo naturaliter inclinatur ad agendum secundum rationem'.
- 33 Ibidem: 'Ad rationem autem pertinent ex communibus ad propria procedere'.
- 34 Ibidem.
- 35 Zie ook J. de Finance SJ, 'Droit naturel et histoire chez saint Thomas', in: G. Ambrosetti et al., *San Tommaso e la filosofia del diritto oggi*, Rome z.j. (1974?), p. 104-128.
- 36 I-II, q. 94, a. 5 en a. 6.
- 37 I-II, q. 95, a. 3, responsum (Isidorus citerend): 'justa, possibilis secundum naturam, secundum consuetudinem patriae, loco temporeque conveniens'.
- 38 I-II, q. 95, a. 4.
- 39 Zie ook II-II, q. 57, a. 3.
- 40 Ibidem, responsum.
- 41 Vgl. W.J.A.J. Duynstee CmsR, *Verspreide opstellen*, Roermond-Maaseik 1963, p. 86. Zie ook mijn artikel 'De mens in de sociale rechtsstaat', in: *Overheidsbemoeienis. Opstellen uitgegeven ter gelegenheid van het 11^{de} lustrum van de Katholieke Hogeschool Tilburg*, Deventer 1982, p. 21-23.
- 42 Ibidem.
- 43 I-II, q. 97, a. 1, responsum: 'lex humana est quoddam dictamen rationis, quo diriguntur humani actus. (...) Ex parte vero hominum, quorum actus lege regulantur, lex recte mutari potest propter mutationem conditionum hominum'.
- 44 A.W. Crosby, *The Measure of Reality. Quantification and Western Society, 1250-1600*, Cambridge 1997.
- 45 Mensching, *Thomas von Aquin*, p. 124.

- 46 Ibidem, p. 127, met verwijzing naar *De principio individuationis* n. 429: ‘Sed sciendum est quod impossibile est forma uniri materiae quin sit particularis et quin eam sequatur quantitas determinata, per quem modum non est ultra communicabilis materia alteri formae, quia haec quantitas cum alia forma reperiri non potest cum eadem determinatione’ (d. Thomae Aquinatis *Opuscula Philosophica*, ed. R.M. Spiazzi, OP, Turijn 1953).
- 47 Ch. Van Doren, *A History of Knowledge. Past, Present, and Future*, New York 1991, p. 157.
- 48 Gaius, *Institutiones*, 1, 1; M. Kaser en F.B.J. Wubbe, *Romeins privaatrecht*, Zwolle 1967, p. 16. Gaius (tweede eeuw na Chr.) was een belangrijk Romeins jurist en auteur van de *Institutiones*.
- 49 J.M. Kelly, *A Short History of Western Legal Theory*, Oxford 1992, p. 61.
- 50 R. Sohm (1919), geciteerd naar A.F. Utz, OP, commentaar bij Thomas von Aquin, *Recht und Gerechtigkeit* (Die deutsche Thomas-Ausgabe, Bd. 18, *Summa Theologica* II-II, qq. 57-79), Heidelberg-Graz 1953, p. 447.
- 51 Kelly, *A Short History of Western Legal Theory*, p. 200-201.
- 52 G.H.J. van der Molen, *Subjecten van volkenrecht* (inaug. rede vU Amsterdam), 's-Gravenhage 1949, p. 9-10; K.-H. Ziegler, *Völkerrechtsgeschichte. Ein Studienbuch*, München 1994, p. 162; M.-F. Remoux-Zagamé, ‘La disparition du droit des gens classique’, in: *Revue d’Histoire des Facultés de droit et de la science juridique* 1987, p. 23-53, in het bijzonder p. 50-51.
- 53 Ziegler, *Völkerrechtsgeschichte*, p. 196.
- 54 Vgl. N. Achterberg, *Allgemeines Verwaltungsrecht. Ein Lehrbuch*, 2^{de} druk, Heidelberg 1986, p. 376.
- 55 Met name internationale organisaties.
- 56 J.E. Nijman, ‘Minorities and majorities’, in: B. Fassbender & A. Peters, *The History of International Law*, Oxford 2012, p. 95-119.
- 57 K. Stapelbroek, ‘Trade, Chartered Companies, and Mercantile Associations’, in: Fassbender & Peters (eds.), *The History of International Law*, p. 338-358.

- 58 E.M.H. Hirsch Ballin, *Wereldburgers. Personen in het internationale recht* (herintreerede Tilburg), Zwolle 1995.
- 59 Vgl. Jürgen Habermas, *Die Einbeziehung des Anderen. Studien zur politischen Theorie*, Frankfurt am Main 1996, p. 128-134.
- 60 M. Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft. Grundriß der verstehenden Soziologie*, 5^{de} druk, Tübingen 1980, p. 482 e.v.
- 61 Vgl. B.A.M. Barendse o.p., 'Intersubjectief verkeer en lichamelijkheid: de bemiddeling van het lichaam' (inaug. rede Universiteit van Amsterdam 1951), in: *Zich door het leven heendenken. Keuze uit het werk van Prof. Dr. B.A.M. Barendse o.p.*, Kampen 1982, p. 76 e.v.
- 62 Vgl. S. Parker, *The Language Instinct. The New Science of Language and Mind*, Londen 1994, p. 22: 'the brain must contain a recipe or program that can build an unlimited set of sentences out of a finite list of words. That programme may be called a mental grammar'.
- 63 R. Domingo, *The New Global Law*, Cambridge 2010. Zie verder naar aanleiding van het werk van o.a. H. Hongju Koh en F. Hanschmann, 'Theorie transnationaler Rechtsprozesse', in: S. Buckel, R. Christensen & A. Fischer-Lescano (eds.), *Neue Theorien des Rechts*, Stuttgart 2009, p. 375-399.
- 64 De opvatting van een rechtsstelsel als 'the union of primary and secondary rules' zoals ontwikkeld door H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, 2^{de} druk, Oxford 1994, houdt immers in dat de geldingscriteria als constitutioneel deel van een bepaald rechtsstelsel worden aangewezen, in onderheid met de tot dat rechtsstelsel behorende regels die daaraan hun gelding ontleen. Vgl. Hart, *The Concept of Law*, p. 109: 'the very rule of recognition which provides the criteria (...) can neither be valid nor invalid but is simply accepted as appropriate for use in this way'.
- 65 Zie Merks, *Freiheit als Grundlage der Moral*, p. 98-99.
- 66 Vgl. *ibidem*, p. 79: 'das Spezifische des Naturrechtsdenken liegt nicht in normativen Inhalten, sondern im Begründungsmodus: Normen gelten nicht dank ihrer Setzung, sondern dank ihrer Sinnhaftigkeit'.

67 B.H.D. Hermesdorf, *Thomas van Aquino als raadsman van Toskaanse kooplieden. Aantekeningen bij een vrijwel verwaarloosd opusculum van de 'doctor communis'*, Mededelingen KNAW, NR, dl. 26, nr. 1, Amsterdam 1963.