

Inhoud

Voorwoord	9
Ter inleiding	11
Hoofdstuk I. De wens van de soeverein	15
I.1 Bevelen	16
I.2 Soeverein	21
I.3 Algemeen	26
I.4 De soeverein als enige rechtsbron	29
I.5 Besluit en verdere opbouw van het boek	33
Hoofdstuk II. De macht der gewoonte	39
II.1 Het perspectief van de antropoloog	40
II.2 Wederzijdse verwachtingen	44
II.3 ‘Telt als’-regels	49
II.4 Besluit	52
Hoofdstuk III. Regels over regels	57
III.1 Vastleggen	58
III.2 Geldigheid	61
III.3 Geregelde dwangorde	63
III.4 Primaire en secundaire regels	67
III.5 Consensus onder vreemden	73
III.6 Besluit	75
Hoofdstuk IV. Rechtvaardiging en kritiek	79
IV.1 ‘Omdat ik het zeg’	81
IV.2 Gods bevel	84
IV.3 Rechtvaardiging van ongehoorzaamheid	86
IV.4 Het natuurlijke licht	89

IV.5 De bestemming van de mens	95
IV.6 Tussenbalans	99
Hoofdstuk v. Het maatschappelijk contract	103
v.1 Van natuurrecht naar natuurlijke rechten	104
v.2 De wederkerigheid van een contract	108
v.3 De gerechtvaardigde opstand	115
v.4 Redenen voor redenen voor redenen	118
v.5 Besluit	121
Hoofdstuk VI. Algemene regels	125
VI.1 Categorieën	125
VI.2 De moeilijkheden van algemene regels	127
VI.3 Functies van algemene regels	130
VI.4 Regels als redenen	132
VI.5 De falende wetgever	135
VI.6 Dressuur	143
VI.7 Tussenbalans	147
Hoofdstuk VII. Recht en sturing	151
VII.1 Modificatie en codificatie	153
VII.2 Overregulering	156
VII.3 Het subsidiariteitsbeginsel	160
VII.4 Geconditioneerde zelfregulering	163
VII.5 Subsidiariteit in de rechtsstaat	166
VII.6 Subsidiariteit in een democratie	170
VII.7 Besluit	172
Hoofdstuk VIII. Juridische beslissingen	175
VIII.1 Moeilijkheden van rechterlijke oordeelsvorming	176
VIII.2 Onbepaaldheid van het recht	180
VIII.3 Rafelig recht	186
VIII.4 Rechterlijke gebondenheid	192
VIII.5 Tussenbalans	196
Hoofdstuk IX. Tussen rechter en wetgever	199
IX.1 De rol van beginselen	199
IX.2 Rechterlijke rechtsvorming	206

IX.3	Beleid en beginsel	211
IX.4	Strijdende belangen en strijdende beginselen	216
IX.5	Besluit	219
Hoofdstuk x. Schade en schande		223
x.1	Grenspaal in omstrede gebied	224
x.2	Het utilisme en individuele vrijheid	231
x.3	Moraal als het cement van de samenleving	233
x.4	Drie problematische veronderstellingen	240
x.5	Besluit	243
Hoofdstuk XI. Vergelden en voorkomen		245
XI.1	Straf en contract	246
XI.2	De effectiviteit van straf	251
XI.3	Vergelding	255
XI.4	Het dilemma	260
XI.5	Een middenweg	263
XI.6	Besluit	268
Hoofdstuk XII. Rechtvaardigheid en rechtmatigheid		271
XII.1	Rechtvaardigheid als rechtmatigheid	273
XII.2	Misdadig recht	276
XII.3	Het gelijkheidsbeginsel	280
XII.4	De rechtspositivistische repliek	282
XII.5	Gehoorzaamheidsplicht	288
XII.6	Besluit	291
Besluit		293
Noten		299
Vindplaatsen van tekstfragmenten		304
Personenregister		306
Zakenregister		307
Illustratieverantwoording		310

Voorwoord bij de eerste druk

Voor u ligt een nieuwe inleiding in de rechtsfilosofie. Aanvankelijk wilde ik alleen mijn vorige boek (*Rechtsfilosofie*, Van Gorcum 1998) actualiseren, aanpassen en wat storende fouten herstellen. Maar bij het doorlezen ervan werd mij duidelijk dat dit niet meer mogelijk was, omdat ik te veel wilde veranderen. Ik besloot een geheel nieuw boek te schrijven. Alleen de hoofdstukken x, xi en xii lijken op de hoofdstukken 6, 10 en 11 uit het vorige boek. De andere hoofdstukken mogen herkenbare inzichten en passages bevatten, maar zijn heel anders geworden van opzet en inhoud.

Ik heb bij het schrijven enorm veel voordeel gehad van het commentaar van getalenteerde studenten die belangstelling hebben voor de rechtsfilosofie. Dit zijn Harm-Jan Berends, Rick Busscher, Saskia Fikkers, Gert-Jan Geertjes, Carien de Jager, Eva Kappelhof, Daniel Overgaauw, Atilla Özdemir, Annelien Tienstra, en Laurens Vermeulen. Zij hebben me ervoor weten te behoeden dat ik een nodeloos ingewikkeld verhaal schreef en kwamen met tal van ideeën ter verbetering. Naar aanleiding van hun commentaar heb ik vooral de eerste hoofdstukken drastisch gewijzigd. Eveneens ben ik dank verschuldigd aan mijn collega's Steven Hartkamp en Anne-Ruth Mackor, die als altijd scherpzinnig en ter zake reageerden. Ten slotte mogen ook mijn naaste familieleden hier niet ontbreken, mijn moeder Puck Westerman-van Meurs dank ik voor haar nuchtere commentaar, mijn zoons Caspar en Floris Westerman voor het typewerk en de technische ondersteuning en mijn partner Paul de Laat voor al het overige.

Januari 2012

Voorwoord bij de tweede druk

Sinds het verschijnen van dit boek heb ik van meerdere kanten het verzoek gekregen om een zaken- en personenregister toe te voegen. Deze zijn daarom in deze druk opgenomen. Teneinde het zoeken verder te vergemakkelijken is tevens achterin het boek een lijst opgenomen van de tekstfragmenten die in de hoofdstukken gepresenteerd worden. Tot slot zijn enkele tekstuele wijzigingen doorgevoerd. Ik dank alle kritische lezers voor hun suggesties en commentaar.

April 2013



Karen Sargsyan, *The Philosopher*

Ter inleiding

Rechtsfilosofie vormt op de meeste rechtenfaculteiten een vast onderdeel van het curriculum en is bedoeld om studenten te laten nadenken over hun vak. Daarbij komt een grote verscheidenheid aan vragen aan bod. Welke functies vervullen rechtsregels? In hoeverre moet het gedrag van mensen door het recht worden gereguleerd? Wat is de taak en rol van de overheid daarbij? En moeten we ook onrechtvaardig recht toepassen?

Het zijn vragen waar iedere jurist vroeg of laat mee wordt geconfronteerd. De strafrechter die dezelfde verdachte steeds opnieuw voorgeleid ziet worden, zal zich op een gegeven moment afvragen of het strafrecht wel een geschikte manier is om mensen te bewegen de regels na te leven. Ook de wetgevingsjurist zal zich van tijd tot tijd afvragen welke zaken eigenlijk wel en welke niet door de overheid zouden moeten worden geregeld. En wat moet een rechter doen als hem gevraagd wordt wetten toe te passen die in zijn ogen onrechtvaardig zijn of tot een onrechtvaardige uitkomst leiden?

Dergelijke vragen kunnen niet door het recht zelf worden beantwoord. Een beroep op wet en jurisprudentie kan antwoord geven op rechtsvragen: vragen naar hetgeen rechtens geldt. Maar in deze rechtsbronnen is geen antwoord te vinden op vragen *over* het recht. Als we ons afvragen wat de reikwijdte van de overheid moet zijn, welke zaken door het recht geregeld moeten worden, en hoe we met onrechtvaardig recht moeten omgaan, dan kunnen we niet te rade gaan bij het recht zelf, maar moeten we een stapje buiten het recht doen. Het argument dat de Hoge Raad iets nu eenmaal zo en zo heeft vastgesteld geldt dan niet als laatste antwoord. Het leidt tot vervolgvragen als: waaraan ontleent de Hoge Raad eigenlijk zijn gezag? Mag de Hoge Raad afwijken van hetgeen de democratische wetgever heeft besloten? Of *moet* de Hoge Raad dat soms zelfs doen?

Kortom, het boek dat voor u ligt is in één fundamenteel opzicht verschillend van het gebruikelijke juridische handboek. In dit boek

wordt het recht niet zozeer gezien als een reservoir aan antwoorden, maar wordt het juist benaderd als een raadsel dat tot veel vragen en discussies aanleiding geeft.

Als we ons met die vragen en discussies gaan bezighouden, bevinden we ons op het terrein van de rechtsfilosofie. Een vak dat ik voorlopig zou willen omschrijven als een poging om enigszins geordend en systematisch na te denken over aard, functie, reikwijdte en legitimiteit van het recht. Ik gebruik hier het woord ‘poging’ om duidelijk te maken dat deze kwesties niet definitief en eenduidig kunnen worden opgelost en beantwoord. Een filosofisch artikel vertelt u niet ‘hoe het zit’. Filosofie bestaat niet uit een verzameling weetjes en feiten, maar is veeleer een verzameling beargumenteerde visies en opvattingen. De auteur van een filosofisch boek of artikel zegt niet wat belangrijk *is*, maar wat hij of zij als belangrijk *ziet*. Dat komt omdat over deze onderwerpen geen consensus bestaat. De een zal menen dat de rechter zich strikt zal moeten houden aan de letter van de wet; een ander meent dat hij juist zelf zal moeten nadenken en flexibel met het recht zal moeten omgaan. De een zal menen dat een wetgever, als deze democratisch is gekozen, mag treden in het privéleven van de burger om bepaalde wenselijke maatschappelijke doeleinden te verwezenlijken. De ander zal hier een krachtig nee laten horen en de burgerrechten willen laten prevaleren. Over deze kwesties zijn rechtsfilosofen met elkaar in debat, net zoals burgers, politici en praktijkjuristen daarover met elkaar in debat zijn. Het enige verschil is dat een filosoof, als het goed is tenminste, zijn best zal doen om zijn visie met behulp van filosofische inzichten en theorieën te onderbouwen. Daarbij wordt in het oog gehouden welk soort argumenten men hanteert. In menig televisiedebat of opiniërend artikel zien we vaak dat een bepaalde oplossing (cameratoezicht, strenger straffen) wordt bepleit omdat deze ‘nu eenmaal’ doelmatiger of effectiever is. In zo’n geval zal de filosoof doorvragen. Hij zal zich afvragen of een doelmatigheidsargument wel zaligmakend is. Zijn er niet ook nog *andere* soorten argumenten aan te voeren, bijvoorbeeld argumenten die betrekking hebben op de rechtvaardigheid of de sociale acceptatie? En zo ja, hoe wegen we die tegen elkaar af? En verder: als we de doelmatigheid al hoger waarderen dan andere criteria, op grond van welke redenen en veronderstellingen doen we dat dan?

De discussie over aard, functie, reikwijdte en legitimiteit van het recht is van alle tijden. Daarom treft u in dit boek niet alleen eigen-

tijdse filosofen aan maar ook filosofen van vroeger eeuwen. Niet zelden voeren eigentijdse filosofen nog steeds een debat met hun voorgangers. Wat de dertiende-eeuwse filosoof Thomas van Aquino schreef over wat de rol van het recht zou moeten zijn, is nog steeds actueel en de moeite van het overdenken waard, al is het alleen al om erachter te komen waarom je het eigenlijk niet met hem eens bent.

Omdat er geen pasklare antwoorden te vinden zijn op de vragen die in dit boek worden behandeld, is het zaak u steeds af te vragen wat u zelf vindt van een bepaalde kwestie. De vorm van dit boek lijkt die zelfstandigheid niet te bevorderen. Steeds treft u immers antwoorden en toelichtingen aan op de vragen die worden gesteld. Voor deze vorm is echter alleen gekozen omdat het didactisch goed blijkt te werken. Het verdient aanbeveling om u bij de vragen steeds af te vragen welk antwoord u zelf zou geven. De tekstfragmenten van verschillende oude en hedendaagse filosofen die worden gepresenteerd, zijn immers niet bedoeld als gezaghebbende antwoorden. Hooguit kunnen zij u helpen het wiel niet helemaal opnieuw te hoeven uitvinden. Ook kunnen deze auteurs u helpen om gezichtspunten te onderzoeken waar u zelf zo gauw niet aan zult hebben gedacht. Steeds echter is het de bedoeling dat de behandelde auteurs u helpen bij een zelfstandige oordeelsvorming. Het gaat er niet om simpelweg na te praten wat zij hebben gezegd, maar om te proberen hun inzichten toe te passen op problemen en kwesties waar u mee te maken hebt.

Ik weet geen betere manier om deze korte introductie af te sluiten dan met de woorden van de Amerikaanse rechtsfilosoof Lon Fuller, die schreef:

*'As I see it, the object of legal philosophy is to give an effective and meaningful direction to the work of lawyers, judges, legislators, and law teachers. If it leaves the activities of these men untouched, if it has no implications for the question of what they do with their working days, then legal philosophy is a failure.'*²¹



Albrecht Dürer, *Karel de Grote*

Hoofdstuk I

De wens van de soeverein

Als we een winkel binnenstappen volgen we, zonder er zelfs maar bij stil te staan, tal van regels. We wachten – als het goed is – op onze beurt, we rekenen af, en we zeggen de caissière gedag. We verwachten ook dat anderen zich aan bepaalde regels houden. Zo rekenen we erop dat we voldoende wisselgeld terugkrijgen en dat we de kans krijgen rustig de winkel uit te gaan zonder dat we daarbij omver worden gelopen door nieuwe klanten. Sommige van deze regels – bijvoorbeeld die aangaande koop en verkoop – zijn rechtsregels. Andere regels zijn sociale regels of etiketteregels.

Maar hoe kunnen we rechtsregels nu onderscheiden van al die andere regels? Zijn er kenmerken aan te wijzen op grond waarvan we rechtsregels kunnen identificeren? Men kan deze vraag natuurlijk gemakkelijk beantwoorden door bijvoorbeeld te zeggen dat rechtsregels als zodanig worden aangewezen door wet en jurisprudentie. Dan doen we een beroep op een (juridisch) criterium dat binnen ons rechtssysteem geldt. Maar dat antwoord hoeft niet voor alle rechtssystemen te gelden. Het is mogelijk dat andere rechtssystemen verwijzen naar andere rechtsbronnen, of misschien helemaal niet naar rechtsbronnen verwijzen. De vraag rijst: kan er in het *algemeen* iets gezegd worden over de onderscheidende kenmerken van rechtsregels? Wat is recht eigenlijk? Hoe zouden we kunnen uitleggen wat recht is aan iemand die nog nooit van recht heeft gehoord?

In dit hoofdstuk maken we kennis met het antwoord dat op deze vragen gegeven is door John Austin (1790-1859). Austin probeerde recht te definiëren zonder te leunen op een bestaand rechtssysteem en zonder bij de lezer voorkennis te veronderstellen van het geldende recht. Hij probeerde recht te begrijpen zonder daarbij juridische noties zoals ‘jurisprudentie’ en ‘wet’ bekend te veronderstellen. Zijn vraag is dus niet: wat is rechtens geldig? Hij is veeleer geïnteresseerd in vragen als: wat is geldigheid eigenlijk? En wat is recht? Daarmee onderzoekt hij de uitgangspunten van waaruit de jurist gewoonlijk vertrekt.