

REDACTIONEEL

Honeste vivere

Jonathan Soeharno

Binnen het recht nemen (quasi-)ethische beginselen een steeds prominentere plaats in. Zo kent het bestuursrecht de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, het procesrecht de eis van eerlijk proces, burgerlijk recht de beginselen van redelijkheid en billijkheid en het strafrecht het discours van mensenrechten.

Vanwege actuele ontwikkelingen zal het niemand zijn ontgaan dat dit ook in het financiële toezichtrecht het geval is. De noodzaak lijkt evident: zijn het niet de banken en bankiers die zich hebben misdragen? Moeten daarom niet de teugels strak worden gehouden met behulp van strenge toezichtwetgeving? Onder de huidige Nederlandse financiële wetgeving is bijvoorbeeld De Nederlandsche Bank belast met *prudentieel toezicht*. Dit prudentieel toezicht ziet op 'solvabiliteit en soliditeit van banken'. De Autoriteit Financiële Markten is belast met *gedragtoezicht* – uitgaande van toetsing aan algemene principes. Dit gedragtoezicht ziet op '*integere en beheerste bedrijfsvoering*'. Deze normen zijn in hoge mate ondergedetermineerd. Toezichthouders en bestuursrechters staan een brede uitleg van deze normen toe en de Wet op het financieel toezicht biedt vele mogelijkheden om zaken die hiermee samenhangen bij lagere wetgeving te regelen.

Hoewel het kennelijk de bedoeling is dat ethische beginselen een prominentere rol gaan spelen, is het niet duidelijk wat de verhouding tussen recht en ethiek behelst. De jurist zal zich afvragen waarom nieuwe – open – normen zijn gecreëerd die onduidelijkheid scheppen voor de praktijk. De ethicus zal zich op zijn beurt afvragen of en op welke wijze de betekenis die in de ethiek aan deze normen kan worden toegekend, gestand kan worden gedaan, nu deze normen deel uitmaken van het recht. Heeft het bijvoorbeeld zin om op te merken dat prudentie en integer gedrag niet te scheiden zijn en dat prudentie een belangrijke rol te spelen heeft bij de toetsing aan algemene beginselen? De vraag die ik in dit kader aan de orde wil stellen is: hoe moet de prominentere rol van ethische beginselen binnen het recht gewaardeerd worden? Is het een positieve ontwikkeling of is deze vatbaar voor rechtstheoretisch gefundeerde kritiek?

Reeds Ulpianus¹ noemt als grondstellingen van het recht: (1) eerbaar leven (*honeste vivere*), (2) de ander niet benadelen (*alterum non laedere*) en (3) ieder het zijne doen toekomen (*suum cuique tribuere*). Waar de laatste twee grondstellingen de hedendaagse jurist vertrouwd in de oren klinken, spitst hij deze bij de eerste grondstelling: *honeste vivere* is een uitgesproken ethisch beginsel.

Ten opzichte van de tijd van Ulpianus is het begrip van ethische beginselen sterk veranderd. Waar in het verleden voor de inhoud van een ethisch beginsel van recht

1 Ulp. D. 1,1,10,1; Inst. (Justinianus) 1,1,3.

Jonathan Soeharno

kon worden volstaan met verwijzingen naar goddelijke aangelegenheden of natuurlijke gerechtigheid, is morele vanzelfsprekendheid tegenwoordig nagenoeg verdwenen. Moraal is fluïde en kan van groep tot groep, van persoon tot persoon en van tijd tot tijd verschillen. Van het recht mag echter in hogere mate worden verwacht dat het een zekere stugheid heeft: het heeft voor meer individuen gelijkelijk te gelden en dient een bepaalde mate van zekerheid en voorzienbaarheid te bieden.

Wanneer het recht meer ruimte laat voor ethische beginselen, kan dat gevolgen hebben voor het karakter van het recht. Positief gesteld is zulk recht levend recht, dat door alle open einden steeds kan aansluiten bij wat bijvoorbeeld onder integer, beheerst en prudentieel wordt verstaan. Negatief gesteld laat zulk recht aan zekerheid en voorzienbaarheid te wensen over. Het recht wordt 'vloeibaar', omdat het meebeweegt met de betekenis die in concrete gevallen aan haar ethische beginselen wordt gegeven.

Een prominentere plaats voor ethische beginselen heeft echter niet alleen gevolgen voor het karakter van het recht, maar ook voor het karakter van de ethische betekenis van deze beginselen.

Ottfried Höffe onderscheidt in zijn recente boek *Lebenskunst und Moral* twee verzamelingen morele verplichtingen.² De eerste – bescheidener – verzameling noemt hij de rechtsmoraal (*Rechtsmoral*). Kenmerk van deze moraal is dat de morele verplichtingen aan eenieder *verschuldigd* zijn. Daarvoor is een rechtsorde – of in ieder geval een sociale orde – nodig die aan het niet-nakomen of overtreden van deze moraal sancties stelt. De vraag waarom men moreel *moet* zijn, vindt in deze twee elementen haar antwoord: (1) men is deze verplichtingen verschuldigd jegens anderen en (2) men ondergaat anders sancties. Niet alle morele verplichtingen zijn echter op deze wijze gesanctioneerd. De verzameling plichten die niet gesanctioneerd zijn, noemt hij de deugdmoraal (*Tugendmoral*). Het gaat bij de deugdmoraal om een *nichtgeschuldete Verbindlichkeit*: om handelingen die zijn verricht omdat 'het goede' is gewild, niet omdat deze verschuldigd zouden zijn of omdat men een sanctie wilde vermijden.

Höffe stelt zich vervolgens de vraag, waarom we ten aanzien van deze deugdmoraal moreel *moeten* zijn. Vorenstaande antwoorden volstaan nu niet meer: de deugdmoraal is men niet aan elkaar verschuldigd en als het antwoord zou liggen in sancties, dan verwordt de deugdmoraal tot een rechtsmoraal of ten minste een quasi-deugdmoraal. Het uiteindelijke antwoord van Höffe is dat wij moreel moeten zijn, omdat we tot op de wortel morele wezens zijn.

Zonder op deze argumentatie in te willen gaan, wil ik stilstaan bij het onderscheid tussen gesanctioneerde en niet-gesanctioneerde morele verplichtingen. Want hier ligt een verschil tussen de prominente plaats die tegenwoordig wordt gegeven aan ethische beginselen en het *honeste vivere* van Ulpianus. Wanneer wordt gesproken over de open normen van behoorlijkheid, integriteit, prudentie of billijkheid, dan begrijpen wij daaronder normen die zullen worden *gesanctioneerd*.

Dit is echter niet het geval bij het *honeste vivere* van Ulpianus. Dit houdt de status van een grondstelling. Er is geen pretentie dat het ethische beginsel als rechtsregel in het recht wordt opgenomen en vervolgens zelf wordt gesanctioneerd. De ethische

2 Ottfried Höffe, *Lebenskunst und Moral. Oder macht Tugend glücklich?* (München: Beck, 2007), 356f.

grondstelling is daarmee niet zonder betekenis. Het *honeste vivere* zet het recht op spanning: iedere rechtsregel wordt op haar beurt door deze ethische grondstelling de maat genomen. Dat de betekenis van deze grondstelling fluïde kan zijn, doet daar niet aan af. Er is voortdurende spanning tussen het recht, dat zekerheid moet bieden, en de ethische grondstelling ervan, dat aansluit bij vigerende begrippen van het goede.

Ook de beginselen van behoorlijkheid, integriteit, prudentie of billijkheid zouden het recht normatief op spanning moeten zetten. Deze spanning dreigt echter verloren te gaan wanneer deze beginselen deel uitmaken van datzelfde recht. In zoverre ethische normen deel uitmaken van gesanctioneerde regelingen, gaat – vrij naar Höffe – hun betekenis op in een rechtsmoraal.

Wanneer we kijken naar het financieel toezichtrecht, dan zien we dat dit in hoge mate al het geval is. Doordat ethische beginselen een prominente plaats kregen, heeft aan de ene zijde het recht aan voorzienbaarheid en zekerheid verloren, zoals de veelheid aan lagere regelgeving en de brede uitleg door rechters duidelijk maakt. Aan de andere zijde heeft het recht deze beginselen in zijn systematiek opgenomen, waardoor deze een deel van hun ethische spanning verliezen. Want het gevolg van de incorporatie van ethiek in de rechtsnormen zelf is dat in de praktijk slechts nog de vraag rijst wat deze normen *rechtens* betekenen en in hoeverre en op straffe van welke *sancties* men naleving verschuldigd is.

Dat bescherming van consumenten – door eisen te stellen aan de prudentie van beleid en aan de integriteit van bestuurders – noodzakelijk is, lijdt geen twijfel. Complexe financiële producten, een internationale markt, moeilijk in te schatten risico's, ondoorzichtige *incentives*, snelle bestuurswisselingen en andere kenmerken van de financiële wereld maken dat mensen het gevoel kunnen hebben dat ze in een *black box* kijken, terwijl ze – zoals de actualiteit pijnlijk duidelijk maakt – tevens direct afhankelijk zijn van financiële instellingen.

Het is echter maar de vraag of de huidige oplossing, dat ondergedetermineerde ethische normen een prominente plaats krijgen *binnen* het recht, de juiste is. Mijns inziens leidt dit tot vlees noch vis: het recht boet in aan zekerheid en voorzienbaarheid en ethische beginselen boeten in aan normatieve spanning. Ik zou er daarom voor willen pleiten dat de normatieve afstand tussen het recht en de ethische beginselen groter wordt dan thans het geval is.