

# Recht als sociaal feit en recht als praktische rede

Jaap Hage

*Mijn uitgangspunt is dat een theorie over de aard van het recht een beeld geeft van de sociale praktijk die we recht noemen.*

*Bob Brouwer<sup>1</sup>*

## 1 Recht en moraal

In zijn artikel 'Leidt juridische argumentatie tot morele conclusies?' stelt Brouwer de vraag aan de orde in hoeverre theorieën over de aard of bestaanswijze van het recht waarin recht en moraal als het ware worden 'ineengedacht' de morele waarde van juridische conclusies kunnen waarborgen.<sup>2</sup> Dergelijke theorieën hebben zich onder juristen en rechtsfilosofen steeds in een zekere populariteit kunnen verheugen. Zo omschreef Paul Scholten de rechtsvinding als een 'beslissing over wat is en wat zijn moet in één'.<sup>3</sup> Robert Alexy is van mening dat juridisch redeneren een speciale onderafdeling is van de praktische rede (de *Sonderfallthesis*)<sup>4</sup> en dat het recht er aanspraak op maakt moreel juist te zijn.<sup>5</sup> En Ronald Dworkin baseerde zijn kritiek op het Hartiaanse rechtspositivisme op de stelling dat een deel van het recht bestaat uit rechtsbeginselen die hun gelding onder andere ontleen aan hun (moreel juiste) inhoud en niet aan hun herkomst.<sup>6</sup> Deze opvatting werd later uitgewerkt tot zijn theorie van *law as integrity*, volgens welke het recht wezenlijk met de moraal is verbonden, omdat recht gaat over de (morele) rechtvaardiging van 'official coercion'.<sup>7</sup>

Brouwers kritiek op dergelijke opvattingen in het genoemde artikel was – ironisch genoeg – dat ze moreel onaantrekkelijk zouden zijn. Als recht en moraal zo innig verweven zijn als Scholten, Alexy en Dworkin ons voorhouden, is kennis van het recht net zo moeilijk als morele 'kennis' en het is de vraag of justitiabelen wel gediend zijn met een visie op het recht die het recht slechts kenbaar maakt voor wezens met bovenmenselijke eigenschappen, zoals de door Dworkin ten tonele gevoerde rechter Hercules.

Hoe sympathiek Brouwers pleidooi om het recht eenvoudig te houden ook moge zijn, het lijkt op het eerste gezicht geen goed argument in een discussie over de aard

- 1 In A. Hol & J. Hage (red.), *Coherentie, rechtszekerheid en rechtspositivisme. Verspreide opstellen van prof. mr. P.W. Brouwer (1952-2006)*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2008, p. 131.
- 2 A. Hol & J. Hage (red.), *Coherentie, rechtszekerheid en rechtspositivisme*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2008, p. 75-88.
- 3 Asser-Scholten, *Algemeen deel*, 1974, p. 132.
- 4 Robert Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation*, Frankfurt a/M: Suhrkamp 1978, p. 32.
- 5 Robert Alexy, *Begriff und Geltung des Rechts*, München: Karl Alber 1994, p. 129-136.
- 6 Ronald Dworkin, *Taking rights seriously*, 2<sup>e</sup> druk, Londen: Duckworth 1978, p. 14-45.
- 7 Ronald Dworkin, *Law's Empire*, Londen: Fontana 1986, p. 190.

Jaap Hage

van het recht. Is het niet vreemd om een conclusie te trekken over de aard van een verschijnsel – in casu het recht – op grond van een premisse over wat een wenselijke aard zou zijn? *Is dat niet een verwarring van zijn en behoren, van een visie op wat recht is en wat recht zou moeten zijn?* Ik zal hierna betogen dat het niet op een dergelijke verwarring hoeft te berusten. Er is een visie op het recht, namelijk recht als praktische rede, waarin argumenten over wat wenselijk recht is tevens kunnen gelden als argumenten over de aard van het recht. Het is alleen niet een visie die gemakkelijk wordt toegeschreven aan iemand als Brouwer die juist vindt dat recht en moraal niet ineen moeten worden gedacht.

In het hiernavolgende zal ik proberen in kort bestek een uiteenzetting te geven van de visie van recht als praktische rede. Ik zal deze visie afzetten tegen zijn tegenhanger, de visie van recht als sociaal verschijnsel. Aan het slot van deze bijdrage zal ik betogen dat Brouwers argument tegen het ineendenken van recht en moraal past in de visie van recht als praktische rede, terwijl Brouwer zelf juist stelt uit te gaan van de visie van recht als sociaal verschijnsel.

Terzijde: het is heel verleidelijk om de visie van recht als sociaal verschijnsel te identificeren met 'het' rechtspositivisme en de visie van recht als praktische rede met 'het' natuurrechtelijke denken. Hoewel dat niet geheel zonder grond zou zijn, verzoek ik de lezer deze associaties te vergeten, omdat ze allerlei veronderstellingen meebrengen die niet per se juist hoeven te zijn.

## 2 Recht als sociaal verschijnsel

Eén aspect waarin het recht lijkt te verschillen van de moraal is dat het recht van een bepaald land voor iedereen hetzelfde is<sup>8</sup>, terwijl de morele opvattingen van mensen kunnen verschillen. Op zich is dit nog geen tegenstelling, want ook als het recht voor iedereen hetzelfde is, kunnen de opvattingen van verschillende mensen over de inhoud van het recht verschillen. Dat betekent dan dat sommigen ongelijk hebben, maar dat doet niet af aan de mogelijkheid van een verschil van opvatting. Omgekeerd geldt ten aanzien van de moraal dat een verschil in opvatting niet aantoonbaar dat er geen objectieve, in de zin van voor iedereen identieke, moraal is. Desondanks zijn velen van opvatting dat het recht een objectiviteit, of – liever – intersubjectiviteit, heeft die bij de moraal ontbreekt.

Met 'intersubjectiviteit' bedoel ik in dit verband dat het recht onafhankelijk is van wat *individuele* mensen daarover denken. Dit is verenigbaar met de opvatting dat het recht afhankelijk is van wat *men* ervan denkt, waarbij de invulling van dat 'men' nog op verschillende wijzen kan plaatsvinden. Als men aanneemt dat het recht afhangt van wat 'men' erover denkt, dan neemt men aan dat het recht bestaat als sociaal verschijnsel.

Sociale verschijnselen kunnen op ten minste twee wijzen bestaan. De ene manier is dat voldoende leden van een sociale groep geloven dat deze feiten zich voordoen en bovendien geloven dat voldoende andere leden van de groep ook geloven dat deze

8 Dit is wat anders dan dat het op iedereen op dezelfde manier wordt toegepast. Dit laatste is wel wenselijk, maar volgt niet uit het 'objectieve' karakter van het recht.

feiten zich voordoen en dat voldoende andere leden van de groep hetzelfde geloven.<sup>9</sup> Zo is Trees de voorzitter van de beleggingsclub, omdat de leden van de club vinden dat zij de voorzitter is en denken dat ook de andere leden van de club dit vinden.<sup>10</sup> Een rechtsregel kan op vergelijkbare wijze bestaan, omdat voldoende relevante personen van mening zijn dat deze regel bestaat als deel van het recht.<sup>11</sup> De andere bestaanswijze van sociale verschijnselen is als institutioneel feit. Een verschijnsel bestaat als institutioneel feit als er in de sociale werkelijkheid een regel bestaat die het bestaan van het institutionele feit verbindt aan het bestaan van één of meer andere (sociale) feiten.<sup>12</sup> Het bestaan van organisaties als de Verenigde Naties is hier een goed voorbeeld van, omdat dergelijke organisaties enkel als organisaties, dat wil zeggen als meer dan een verzameling mensen en gebouwen, bestaan dankzij (rechts)regels. De mensen maken deel uit van een organisatie en de gebouwen zijn gebouwen van een organisatie dankzij de structuur die door regels aan de sociale werkelijkheid wordt opgelegd.<sup>13</sup> Een groot deel van het recht bestaat op een vergelijkbare wijze: het is gemaakt door middel van regelgeving en er zijn regels, veelal zelfs rechtsregels, die aangeven dat de op deze wijze gemaakte regels rechtsregels zijn.

Het zal duidelijk zijn dat het recht, voor zover het bestaat als sociaal verschijnsel, intersubjectief is in de zin dat het bestaat onafhankelijk van individuele opvattingen daaromtrent. Door deze intersubjectiviteit kan het recht gezag hebben op een manier waarop de moraal dat niet kan. Als iemand op morele gronden wordt aangesproken om iets al dan niet te doen, kan daar altijd de tegenwerping op volgen dat de desbetreffende persoon de relevante morele opvatting niet deelt en dat de pretentieuze morele reden voor gedrag in de ogen van de aangesproken persoon niet bestaat. Deze tegenwerping bestaat niet als de vermeende reden voor gedrag een juridische is. Dan is wel nog de tegenwerping mogelijk dat het recht anders luidt dan wordt aangevoerd, maar om die claim hard te maken volstaat, anders dan bij de morele claim, niet dat de aangesprokene het er niet mee eens is. Om hard te maken dat het recht anders luidt dan wordt opgeworpen, is het in deze opvatting

- 9 Uitgebreide studies over de bestaanswijze van de sociale werkelijkheid zijn onder meer J. Searle, *The construction of Social Reality*, Cambridge: MIT Press 1995 en R. Tuomela, *The Philosophy of Social Practices*, Cambridge: Cambridge University Press 2002.
- 10 Het woord 'vinden' is hier belangrijk, met name omdat het niet hetzelfde is als 'geloven dat'. Eén van de referenten voor dit tijdschrift was zo vriendelijk me erop attent te maken dat anders God een sociaal verschijnsel zou zijn als voldoende mensen geloven dat God bestaat en dat anderen dat ook geloven.
- 11 In de visie van Hart zouden deze relevante personen de 'officials' van het rechtssysteem zijn. Vgl. H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, 2<sup>e</sup> druk, Oxford: Clarendon Press 1994, p. 100 e.v.
- 12 Deze omschrijving sluit aan bij die van McCormick in zijn artikel *Law as institutional fact*, in: N. McCormick & O. Weinberger, *An Institutional Theory of Law*, Dordrecht: Reidel 1986, p. 49-76.
- 13 Overigens wordt de status van een organisatie die niet meer als zodanig wordt aanvaardt, toch nog dubieus, zelfs al bestaat de organisatie op grond van de geldende regels. Dit is zo voor alle institutionele feiten. Ze ontleen hun status als feit in de sociale werkelijkheid aan regels, maar als ze niet ook erkend worden, wordt hun bestaan op den duur toch dubieus. Denk bijvoorbeeld aan 'geldend' recht dat effectiviteit ontbeert.

Jaap Hage

nodig om aan te tonen dat ‘men’ anders denkt over het recht, of – nauwkeuriger – dat de sociale werkelijkheid er op het desbetreffende punt anders uit ziet.<sup>14</sup>

Het aantrekkelijke van de opvatting dat het recht een sociaal verschijnsel is, dat op de hiervoor omschreven wijze intersubjectief bestaat, is dat meningsverschillen over de inhoud van het recht principieel oplosbaar zijn. Daartoe volstaat het immers om de sociale werkelijkheid te inspecteren en na te gaan welke opvatting over het recht wordt aanvaard, of juist is op grond van regels die op vergelijkbare wijze deel uitmaken van het recht.

Maar de medaille heeft ook een keerzijde. Juist omdat het recht als sociaal verschijnsel intersubjectief bestaat, is het eindig. Niet elke vraag waarop een juridisch antwoord wenselijk zou zijn, heeft ook zo’n antwoord. Zolang de wetgever of rechter daarover geen uitspraak heeft gedaan, is er op dit punt geen recht.<sup>15</sup> Kelsen wees er in dit verband reeds op dat rechterlijke beslissingen een constitutief karakter hebben.<sup>16</sup> De intersubjectiviteit van het recht wordt dus gekocht tegen de prijs van de juridische onbepaaldheid van vele concrete casus.

De opvatting van het recht als sociaal verschijnsel heeft op het punt van rechtszekerheid dus geen meerwaarde. Los van de vraag of deze opvatting aantrekkelijk is vanuit het perspectief van de juridische besluitvorming, kan men een andere vraag opwerpen, namelijk of de opvatting van het recht als sociaal verschijnsel juist is in de zin van ‘waar’. Een belangrijke consequentie van de opvatting dat het recht een sociaal verschijnsel is, is dat het recht eindig is. Er is slechts een beperkt aantal juridische entiteiten, zoals rechtsregels en rechtsbeginselen, waarover sociale consensus bestaat. Zoals bekend voerde Dworkin dit punt op als kritiek op het Hartiaanse rechtspositivisme. Er zou meer *recht* zijn waarop rechters bij hun besluitvorming een beroep kunnen doen dan enkel datgene waarover officiële sociale consensus bestaat.<sup>17</sup> Het recht is in Dworkins visie dus niet (enkel) een sociaal verschijnsel. Maar wat is het recht dan?

14 Sommigen zullen nu stellen dat hiermee het verschil tussen recht en moraal niet hard is gemaakt. De moraal, zo zullen zij stellen, is net zo intersubjectief als het recht en het is niet zo dat een morele opvatting kan worden aangetast enkel door te stellen dat men er anders tegenaan kijkt. Weliswaar kunnen verschillende mensen verschillende morele opvattingen hebben, maar dat wijst er, zo kan men volhouden, enkel op dat sommige mensen fouten maken in hun morele oordelen. Stel dat deze morele objectivisten gelijk hebben en dat er een intersubjectieve moraal bestaat. Is de moraal dan vergelijkbaar met het recht zoals dat wordt opgevat door hen die het recht zien als een sociaal verschijnsel? Dat zou enkel zo zijn als de morele intersubjectivisten de moraal zien als een sociaal verschijnsel. De moraal zou dan enkel positieve moraal zijn; voor de notie van een kritische moraal die geldt onafhankelijk van wat wie dan ook erover denkt, is dan geen plaats meer.

15 Een interessante complicatie in dit verband doet zich voor als er een meningsverschil is over de vraag of de wetgever of rechter ergens een uitspraak over heeft gedaan. Dan is er een meningsverschil over de vraag of er recht is. Als dit meningsverschil als wijd verbreid wordt ervaren, zou de recht als sociaal verschijnselopvatting mijns inziens meebrengen dat er dan geen recht is.

16 H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 2<sup>e</sup> druk, Wenen: Franz Deuticke 1960, p. 242-251.

17 Dworkin, *Taking rights seriously*, met name hoofdstuk 2. Ik heb hier het criterium van sociale consensus in de plaats gesteld van het door Dworkin bekritiseerde Hartiaanse criterium van identificeerbaarheid op basis van de (*ultimate*) *rule of recognition*.

### 3 Recht als praktische rede

Dworkin zelf legde in een later werk een verband tussen recht en gerechtvaardigde 'officiële' dwang.<sup>18</sup> Het recht zou in een op dit aspect van Dworkins werk geïnspireerde versie van de 'recht als praktische rede'-visie bestaan uit *die regels waarvan het verstandig zou zijn als ze gehandhaafd zouden worden door georganiseerde druk vanuit de sociale groep waarbinnen die regels gelden*.

Deze karakterisering van het recht heeft twee wezenlijke elementen. Het eerste is het rationalistische element. Het recht is niet zozeer iets dat bestaat in de sociale werkelijkheid, maar iets dat redelijk is. In dit opzicht zou de bestaanswijze van het recht te vergelijken zijn met die van wiskundige 'feiten', zoals het feit dat een plus een twee is. Dergelijke wiskundige feiten bestaan dankzij de vooronderstelling van bepaalde axioma's en toepassing van de rede op die axioma's om te zien wat daaruit volgt. Bij het recht zou de aanname dat het recht bestaat uit door een sociale groep georganiseerd te handhaven normen, vergelijkbaar zijn met de axioma's van de getaltheorie. De rede zou dan nodig zijn om vast te stellen om welke normen het precies zou gaan.

Het tweede element is de vooronderstelling dat het bij recht zou gaan om door een sociale groep georganiseerd te handhaven normen. Een dergelijke vooronderstelling lijkt iets willekeurig te hebben, maar is onvermijdelijk. Het recht moet op een of andere manier worden afgebakend van andere dingen die rationeel kunnen worden benaderd, zoals recepten voor het bereiden van een bepaald soort voedsel, axiomatiseringen van logica's en de software van routeplanners. De aanname dat het bij recht gaat om normen die op georganiseerde wijze worden gehandhaafd door de leden van een sociale groep lijkt in ieder geval voor de hoofdmoot van het recht in moderne samenlevingen niet zo vreemd. Overigens geldt dat dit uitgangspunt in een rationalistische benadering van het recht zelf weer voor verbetering vatbaar is.<sup>19</sup>

Een consequentie van de opvatting dat het recht bestaat uit normen waarvan het rationeel is om ze te hanteren, is dat het recht potentieel onbegrensd is. Elke overweging die redelijkerwijs van belang is voor de beantwoording van een rechtsvraag, dat wil zeggen van een vraag die direct of indirect betrekking heeft op georganiseerde

18 Dworkin, *Law's Empire*, p. 190. Dat dit in een later werk gebeurde, is niet zonder belang. Als ik hem goed begrepen heb, zijn Dworkins opvattingen in de loop der jaren verschoven van een genuanceerde versie van de 'recht als sociaal verschijnsel'-visie naar een even genuanceerde versie van de 'recht als praktische rede'-visie. Omdat het me hier niet te doen is om het geven van een Dworkin-interpretatie, zal ik die kwestie verder laten rusten. De tekst van deze paragraaf dient dan ook niet te worden opgevat als een interpretatie van het werk van Dworkin, of van welke andere specifieke rechtsfilosoof dan ook.

19 De door Dworkin gegeven invulling van recht als praktische rede is slecht één van de mogelijke. Volgens Thomas van Aquino bestaat het recht uit regels die het algemeen belang dienen (*Summa Theologica* I-II, q. 96, a.3). Hoewel de twee niet dwingend met elkaar verbonden zijn, past het bij de visie van recht als praktische rede om de rede niet alleen beslissend te maken voor de *inhoud* van het recht, maar ook voor de *aard* van het recht. Deze kwestie komt terug in de slotparagraaf.

Jaap Hage

handhaving van gedragsnormen, kan worden meegenomen als rechtens relevant.<sup>20</sup> Dit is een belangrijk punt van verschil met de opvatting van recht als sociaal verschijnsel, want die brengt mee dat het recht op een bepaald moment 'op' is en dat juridisch relevante vragen beantwoord moeten worden op basis van iets anders dan het recht.

Een schijnbaar nadeel van een rationalistische rechtsopvatting is dat die geen rekening lijkt te houden met het feit dat het recht wel degelijk in belangrijke mate een sociaal verschijnsel is. De opvatting van het recht als redelijke normen kan op het eerste gezicht moeilijk verklaren waarom het recht in Nederland anders luidt dan in België. Zou de Nederlandse rede dan zo anders zijn dan de Belgische? Het lijkt niet waarschijnlijk. In België gelden andere wetten dan in Nederland en ook de rechtspraak in de twee landen verschilt. Dat, en nog een paar andere sociale feiten, verklaart waarom het recht in de twee landen verschillend is. Een rationalistische rechtsopvatting kan enkel aannemelijk zijn, als deze rekening houdt met het feit dat het recht in belangrijke mate een sociaal verschijnsel is.

#### 4 Genuanceerde versies

De opvattingen van het recht als sociaal verschijnsel en recht als redelijke normen kunnen voor praktische doeleinden heel dicht bij elkaar komen. Zo kan de sociale praktijk van het recht inhouden dat niet enkel die normen als recht gelden die zijn opgenomen in een formele rechtsbron, zoals regelgeving of rechtspraak, maar ook normen die redelijkerwijs aanvaard zouden moeten worden.<sup>21</sup> Daarmee zou een plaats voor de rede bij het bepalen van de inhoud van het recht zijn veiliggesteld. Of het recht inderdaad op deze manier rekening houdt met de rede is in de visie van het recht als sociaal verschijnsel een kwestie van hoe de sociale werkelijkheid in elkaar zit. Is het inderdaad zo dat de leden van de rechtsgemeenschap niet alleen de regel hanteren dat wat in regelgeving en rechtspraak is opgenomen recht is, maar ook – al dan niet in aanvulling daarop – wat de rede verlangt? In de visie van het recht als sociaal verschijnsel moet de sociale praktijk van het recht worden geïnterpreteerd teneinde uit te maken welke regels en maatstaven daarin worden gehanteerd om juridisch relevante factoren te identificeren. Deze versie van de visie van het recht als sociaal verschijnsel is dus niet iets waarvoor men al dan niet kan kiezen. Het is een intersubjectief gegeven of het recht al dan niet rationele overwegingen incorporeert.

20 In dit opzicht is er een belangrijk verschil met de getaltheorie en andere takken van de wiskunde, want daarin is slechts die informatie beschikbaar die in de axioma's van het desbetreffende vakgebied is opgenomen. Deze vakgebieden zijn dus ook 'eindig', tenzij het redelijk blijkt om ook wiskundige stellingen te aanvaarden die niet uit de axioma's kunnen worden afgeleid. Maar dan stelt men hetzij de inhoud, hetzij de rol van de axioma's ter discussie.

21 Deze rechtsopvatting vertoont wel wat overeenkomst met het zogenoemde 'inclusieve rechtspositivisme', met dien verstande dat men bij deze laatste stroming meer de nadruk legt op incorporatie van morele (in plaats van rationele) normen in het recht. Vgl. K.E. Himma, *Inclusive Legal Positivism*, in: J. Coleman & S. Shapiro (eds.), *The Oxford Handbook of Jurisprudence & Philosophy of Law*, Oxford: Oxford University Press 2002, p. 125-165. Het verschil met de in de hoofdttekst beschreven rechtsopvatting is met name klein als men een rationalistische visie op de moraal heeft.

Dat ligt anders als men vanuit de visie van het recht als redelijke normen kiest voor een variant waarin een centrale rol wordt toegekend aan het positieve recht. Zoals reeds werd onderkend door Thomas van Aquino<sup>22</sup> en in de twintigste eeuw wel-sprekend werd gememoreerd door Lon Fuller,<sup>23</sup> is het verstandig om recht te hebben dat feitelijk bestaat en dat voor rechtszekerheid kan zorgen. Vanuit dit perspectief is het redelijk om rechtsnormen te hanteren die als feitelijk verschijnsel bestaan, tenzij deze normen zelf bijzonder onredelijk zijn. Het recht is dan in grote lijnen het recht dat bestaat als sociaal verschijnsel. Maar er is een wezenlijk verschil met de hiervoor beschreven versie van recht als sociaal verschijnsel, want omdat het recht in laatste instantie rationeel bepaald is, is het recht niet eindig. Wat als sociaal verschijnsel bestaat, is recht omdat en voor zover het redelijk is, maar het is niet *a priori* redelijk om het recht daartoe te beperken. Als er andere normen zijn waarvan het redelijk is dat ze op georganiseerde wijze door de sociale groep worden gehandhaafd – om maar even bij dit voorbeeld te blijven – dan zijn die andere normen in beginsel ook rechtsnormen. En als dergelijke normen in strijd zijn met de normen die bestaan als sociaal verschijnsel, dan is de rede bepalend voor welke normen uiteindelijk gelden.

De ‘genuanceerde versies’ van de ‘recht als praktische rede’-visie en de ‘recht als sociaal verschijnsel’-visie moeten dan ook niet als tussenvormen worden beschouwd die dicht tegen elkaar aanliggen op een glijdende schaal, waarbij de ‘zuivere’ versies de extremen vormen. Ook de genuanceerde versies vertegenwoordigen fundamenteel verschillende manieren om tegen het recht aan te kijken, de ene wezenlijk normatief, de andere wezenlijk niet-normatief. Ook in de genuanceerde versies gaat het om antwoorden op heel verschillende vragen, namelijk die hoe we moeten handelen en die naar de aard van een bepaald sociaal verschijnsel.

## 5 Had Brouwer gelijk?

In de voorafgaande paragrafen heb ik naar aanleiding van de vraag of het ineen-denken van recht en moraal een juiste visie op het recht inhoudt, twee principieel verschillende visies op het recht geschetst. Aangezien beide benaderingen een voordeel hebben dat de andere ontbeert, heb ik van beide een variant besproken die zo veel mogelijk recht doet aan wat er aantrekkelijk is in de andere benadering. Zo heb ik een variant geschetst van de visie op recht als sociaal verschijnsel die ruimte biedt voor de rede en een variant van de visie van recht als praktische rede die inhoudt dat het redelijk is als sterk wordt aangesloten bij het recht zoals dat er feitelijk is. Toch zijn beide visies fundamenteel verschillend, want volgens de eerste visie is de sociale werkelijkheid bepalend voor wat het recht is, terwijl volgens de tweede versie de rede bepalend is. Dit roept de vraag op welk van beide visies, recht als sociaal verschijnsel of recht als rede, de juiste is.<sup>24</sup>

22 *Summa Theologica* I-II, q. 95 a.1.

23 L.L. Fuller, *The Morality of Law*, New Haven: Yale University Press 1964, chapter II.

24 Gemakshalve ga ik er hier aan voorbij dat er nog alternatieven zouden kunnen bestaan voor de visies van recht als sociaal verschijnsel en als praktische rede.

Jaap Hage

Op het eerste gezicht is dit een feitelijke vraag, die een juist antwoord heeft dat onafhankelijk is van wat een individuele persoon daarvan vindt. Er zijn twee visies en één verschijnsel recht, waarop dit visies zijn. Het lijkt er daarom op dat we slechts de visie met het verschijnsel hoeven te vergelijken, teneinde uit te maken welke visies de juiste, de beste of althans de minst slechte is. Toch is dat niet zo. De veronderstelling dat er een verschijnsel is dat bestaat onafhankelijk van wat we daarvan vinden en dat als toetssteen kan dienen voor verschillende visies daaromtrent, berust al op een keuze voor één van de twee visies, namelijk die van recht als sociaal verschijnsel.<sup>25</sup> Als we zouden vooronderstellen dat het recht inhoudelijk wordt bepaald door de rede, dan is de rede de toetssteen om uit te maken welke visie op het recht de juiste is. Welke visie op het recht sluit het best aan bij het verschijnsel recht dat wezenlijk rationeel van aard is. Het zal geen verbazing wekken dat dit de visie van recht als rede is. Daar doet niet aan af dat de rede zou kunnen meebrengen dat we naar de sociale praktijk moeten kijken om na te gaan welke normen redelijkerwijs gehandhaafd dienen te worden door de sociale groep.

Blijkbaar hangen de visie die men heeft op het recht en de methode die men hanteert om concurrerende visies op het recht te beoordelen zozeer met elkaar samen, dat het moeilijk is om de een los van de ander te zien. Als men, zoals Hart, opteert voor de visie van recht als sociaal verschijnsel, is het voor de hand liggend om een analyse van het recht te maken die kan worden gekarakteriseerd als een 'essay in beschrijvende sociologie'.<sup>26</sup> De juiste analyse van het recht is dan gebaseerd op een analyse van de sociale praktijk die als recht wordt geduid. De visie dat recht gebaseerd is op de rede kan dan niet anders zijn dan een visie op ideaal recht, niet op het recht zoals dat in de sociale werkelijkheid is. Als men opteert voor de visie op recht als praktische rede, bestaat de methode om het recht te leren begrijpen uit een analyse van wat redelijke normen zijn in het licht van wat men als het doel van het recht ziet.<sup>27</sup> Het recht als sociaal verschijnsel is vanuit dit perspectief niet meer dan een mogelijke invulling van de normen die men, gezien het doel van het recht, redelijkerwijs zou moeten hanteren.

Het lijkt onmogelijk om een neutraal standpunt te vinden van waaruit een 'objectieve' keuze kan worden gemaakt voor een visie op het recht en een methode om een visie op het recht te evalueren. Het enige 'objectieve' dat men in dit verband kan doen, is te zorgen dat visie en methode met elkaar in harmonie zijn. In kentheoretische terminologie wil dit zeggen dat de visie die men heeft op het recht en de methode die men hanteert om een visie op het recht te toetsen tezamen deel uit dienen te maken van één coherente theorie. Zo een coherente theorie dient vanzelfsprekend niet enkel betrekking te hebben op het recht. De gedachte achter coherentietheorieën over kennis is dat geen enkel onderdeel van de kennis geprivilegieerd is, dat elk onderdeel getoetst kan worden en dat in beginsel elk deel van

25 Strikt genomen is het niet zozeer een keuze voor de visie van recht als sociaal verschijnsel, maar een keuze voor een visie die recht onafhankelijk maakt van de opvattingen van individuele personen, dat wil zeggen een visie van *ontologisch realisme*, toegepast op het recht. Recht als sociaal verschijnsel is daar slechts een (aannemelijke) variant van.

26 Hart, *The Concept of Law*, p. vi.

27 Dat het recht een middel tot een doel is, volgt overigens niet uit de visie van het recht als praktische rede, maar het is wel de meest gangbare versie van deze visie op het recht.



de kennis als toetssteen kan worden gebruikt voor de evaluatie van elk ander onderdeel, zolang het maar relevant is volgens diezelfde coherente theorie.<sup>28</sup>

Het wordt tijd om terug te komen op de vraag die aan dit artikel ten grondslag ligt: is het niet zo dat Brouwers verwerping van het ineendenken van recht en moraal omdat dit tot rechtsonzekerheid zou leiden, berust op een verwarring van de vragen wat de aard van het recht is en wat wenselijk zou zijn voor de aard van het recht? Nu we hebben onderscheiden tussen de visies van recht als sociaal verschijnsel en als praktische rede springt het in het oog dat het vanuit de visie van recht als sociaal verschijnsel inderdaad waarschijnlijk om een verwarring zou gaan. Enkel als de sociale praktijk van het recht zou inhouden dat de rechtszekerheid bepalend is voor de aard van het recht, zou Brouwers argument ter zake zijn. Dat de sociale praktijk dit zou inhouden, is niet aannemelijk: het is niet de sociale praktijk in Nederland of enig ander land waarvan het recht mij enigszins bekend is, dat die regels recht zijn, die leiden tot zekerheid omtrent de inhoud van het recht of omtrent iemands rechten en plichten. Brouwers argument past dus niet in een coherente theorie die inhoudt dat het recht in wezen een sociaal verschijnsel is.

Past zijn argument wel in een theorie die mede inhoudt dat het recht deel uitmaakt van de praktische rede en in wezen een antwoord is op een variant van de vraag hoe te handelen? Het antwoord op deze vraag is eigenlijk alleen te geven door zo'n coherente theorie te construeren. Dat is hier te veel gevraagd en ik zal me daarom beperken tot het aannemelijk maken van de stelling dat het niet onmogelijk of zeer onwaarschijnlijk is dat Brouwers argument te verenigen is met de visie van recht als praktische rede. De redenering luidt dan als volgt:<sup>29</sup>

*Het recht dient om de menselijke samenleving te ordenen. Die functie kan het recht enkel vervullen als voldoende duidelijk is wat het recht inhoudt. Mensen verschillen vaak van opvatting over wat moreel juist is. Als men de inhoud van het recht afhankelijk maakt van morele overwegingen, maakt men het in praktijk afhankelijk van menselijke opvattingen over wat moreel juist is. Zelfs als er één juiste moraal zou bestaan, zullen de opvattingen daaromtrent vanwege de beperkte menselijke kenvermogens niet uniform zijn. Het is daarom vanuit het oogpunt van rechtszekerheid onwenselijk om de inhoud van het recht afhankelijk te maken van (opvattingen omtrent) wat moreel juist is. Het recht kan zijn ordenende functie dus enkel vervullen als recht en moraal niet ineen worden gedacht. En daarom is de aard van het recht grosso modo<sup>30</sup> onafhankelijk van wat moreel juist is.*

Ik denk dat:

- 1 deze redenering nauw aansluit bij de opvattingen van Bob Brouwer;
- 2 Bob zich niet schuldig maakte aan het verwarren van de vraag wat de aard van het recht is en welke aard van het recht wenselijk zou zijn; en

28 Dit brengt mee dat ook de visie die men heeft op het doel van het recht en zelfs de visie dat het recht wordt gekarakteriseerd door zijn doel deel zouden moeten uitmaken van een coherente theorie en bekritiseerd kunnen worden op grond van de rest van de theorie.

29 De volgende redenering is in wezen niets nieuws. Hij sluit sterk aan bij eerder geformuleerde opvattingen van Thomas van Aquino, Gustav Radbruch, John Finnis en Robert Alexy.

30 Grosso modo, want als het positieve recht extreem immoreel zou zijn, weegt het voordeel van de rechtszekerheid niet op tegen het nadeel van de verkeerde inhoud van het positieve recht.

Jaap Hage

3 hij diep in zijn hart een aanhanger was van de visie van het recht als praktische rede.

Maar of Bob blij zou zijn met deze karakterisering van zijn opvattingen, waag ik in het licht van het citaat waarmee ik deze bijdrage ben begonnen, te betwijfelen.