

Half Hard Positivism: een eerste aanzet tot een rechtspositivistische rechtstheorie dat de traditie van H.L.A. Hart als startpunt neemt en zich ten doel stelt natuurrechten met het rechtspositivisme te verenigen

Een rechtstheoretisch onderzoek waarin antwoord zal worden gegeven op de vraag:

Vormt de implementatie van het sociaal contractdenken als het ultieme rechtsvormende sociaal feit de ontbrekende schakel in het verenigen van de moraalvrije rechtspositivistische rechtstheorie en een hedendaagse uitleg van natuurrechten waaruit blijkt dat er mogelijk rechten zijn die zo fundamenteel zijn dat de geldigheid van deze rechten onafhankelijk is van wetgeving?

Afstudeerscriptie

Master Wijsbegeerte Afstudeerrichting 'Philosophy: Philosophy of Law' aan de Faculteit der Geesteswetenschappen, instituut voor Wijsbegeerte van de Universiteit Leiden

mr. Pim J. Janson

Onder begeleiding van:

dr. B.J.E. Verbeek

Tweede lezer:

dr. D.M. Mokrosinska

Inhoudsopgave

1. Inleiding	3
2. De rechtspositivistische theorie van H.L.A. Hart als startpunt.....	7
2.1. Dominante rechtsfilosofische stromingen	7
2.2. Harts rechtspositivisme	9
2.3. Elementen van het recht: primaire en secundaire regels	11
2.4. Fundament van een rechtssysteem	14
2.5. Het gebrek in Hart's rechtstheorie: natuurrecht <i>in</i> het rechtssysteem	15
3. Bestaan er rechten die de mens van nature heeft?	18
3.1. Is er een algemene definitie voor het natuurrecht te vinden?	19
3.2. Staat het natuurrecht per definitie op gespannen voet met het rechtspositivisme?.....	24
3.3. Concluderend	34
4. Het sociaal contract en half hard positivisme	36
4.1. Het Sociaal contract.....	37
4.2. Het sociaal contract als de ultieme erkenningsregel	45
4.3. Hoe het sociaal contract het rechtspositivisme en het natuurrecht verenigd.....	46
5. Conclusie	48
6. Nawoord	52
Lijst van geraadpleegde bronnen	53

1. Inleiding

Aanleiding

In veiligheid uit kunnen komen voor een bepaalde (trans)seksualiteit, overgaan tot euthanasie bij een voltooid leven, de vanzelfsprekendheid van gelijkheid tussen mannen en vrouwen, het vinden van geluk in een andere omgeving dan het vaderland, een eerlijk proces, bescherming van het gezin en eigendom, vrijheid van geweten en van godsdienst. Stuk voor stuk rechten die de Adviescommissie mensenrechten voor buitenlands beleid omschrijft als de 'elementaire rechten gericht op de waarborging van voorwaarden die onontbeerlijk zijn voor de menselijke waardigheid, om bescherming van individuele personen tegen machtsmisbruik door hun eigen overheid en andere overheden'.¹ Toch staan deze rechten onder druk.

Op 29 augustus 2017 wordt in de Verenigde Staten de *Nashville Statement* gepubliceerd.² De Nashville Verklaring vertolkt, zo menen de ondertekenaars, het Bijbelse standpunt, over verschillende aspecten van huwelijk, man-vrouw en (homo)seksualiteit.³ De verklaring werd bekritiseerd als homo- en transfoob. Deze Bijbelse wetmatigheid staat haaks op de mensenrechtelijke gedachte dat mannen en vrouwen van huwbare leeftijd het recht hebben om zonder enige beperking op grond van ras, nationaliteit of godsdienst te huwen en een gezin te stichten. De Nashville verklaring werd onderdeel van de nationale politiek op het moment dat de verklaring werd ondertekend en onderschreven door Kees van der Staaij, fractievoorzitter van de SGP in de Tweede Kamer.

Een minderheid van de wetgevende macht meent dat de wetgever een mensenrecht kan beperken op grond van religie.

Op 16 april besloot de Hoge Raad, de hoogste rechter in Nederland, dat de strafzaak tegen Albert Heringa niet overgedaan hoeft te worden en werd de veroordeling van de 75 jarige man die zijn ernstig zieke moeder van 99 in 2008 hielp bij zelfdoding definitief. Nadat artsen uit de overwegend streng religieuze woonomgeving van de vrouw om principiële gronden weigerden een vrijwillig levenseinde aan de vrouw te geven, besloot de vrouw om over te gaan tot zelfdoding, haar leven was voltooid. Omdat zij hiertoe zelf niet in staat was heeft haar (stief)zoon haar geholpen door pillen met

¹ Adviescommissie mensenrechten buitenlands beleid, *Collectieve rechten*, Advies nr. 19, Ministerie van Buitenlandse Zaken, Den Haag, zonder jaartal, p. 2.

² Nashvilleverklaring.nl/geschiedenis/

³ Nashvilleverklaring.nl/de-nashville-verklaring/

haar eten te vermengen. Dit was de wil van de vrouw en de zoon voelde zich moreel verplicht haar te helpen.

Een meerderheid van de wetgevende macht meent dat een recht op zelfdoding beperkt kan worden op grond van normen en waarden. De wetgever stelt (hulp bij) zelfdoding strafbaar.

Dit zijn slechts twee voorbeelden van actuele (nationale) gebeurtenissen waaruit blijkt dat de wetgever invloed heeft op de uitvoering van elementaire rechten gericht op de waarborging van voorwaarden die onontbeerlijk zijn voor de menselijke waardigheid.

Belang

Alkema stelt dat 'met de term mensenrechten die rechtsnormen worden aangeduid die strekken tot en fundamenteel zijn voor de ontplooiing voor de mens, het gaat om regels van behoren, berustend op ethische overtuiging die in beginsel door middel van het recht gehandhaafd kunnen worden.'⁴

Deze rechten zijn voornamelijk na de verschrikkingen van de Tweede Wereldoorlog vastgelegd en kenmerken zich door een universaliteitspretentie waarvan de Universele Verklaring van de Rechten van de Mens uit 1948 de voornaamste bron is⁵. Na de inwerkingtreding van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens en Fundamentele Vrijheden, twee jaar later, werd het voor de inwoners van de landen die zijn aangesloten bij dit verdrag daadwerkelijk mogelijk de rechter te vragen een situatie aan de hand van mensenrechten te beoordelen⁶. Met het verdrag, zo stellen de leden van de Raad van Europa in het voorwoord van het verdrag, bevestigen zij opnieuw hun diepe *geloof* in deze fundamentele vrijheden die de grondslag vormen voor gerechtigheid en vrede in de wereld.

Cliteur constateert dat een mensenrecht uit vijf kenmerken bestaat. Het is subjectief recht dat wordt ontleend aan een objectief recht⁷, dat een hogere status heeft dan het recht alledag dat wordt gemaakt door de statelijke wetgever. Mensenrechten zijn dus allereerst 'hogere recht'. Om rechtszekerheid te verschaffen is recht gecodificeerd, ook dit hogere recht: het geeft aan het hogere recht een vastere vorm. Wanneer het hogere recht wordt gecodificeerd is het voor iedereen duidelijk welke aard het heeft. Het derde kenmerk dat Cliteur noemt is de rigiditeit van een mensenrecht. Het

⁴ Alkema, "Juridische Aspecten van de Mensenrechten", 36.

⁵ Universele Verklaring van de Rechten van de Mens, deel Preambule.

⁶ Europees verdrag tot bescherming van de rechten van de mens, deel Preambule en artikel 1.

⁷ Het objectieve recht is het geheel van regels of normen dat de samenleving ordent. Van dit objectieve recht moet het subjectieve recht worden onderscheiden. Bij subjectief recht gaat het om bepaalde bevoegdheden. Cliteur en Ellian, *Encyclopedie van de Rechtswetenschap II Positief recht*, 2:4–6.

is zo dat door codificatie het hogere recht onderdeel is geworden van het positieve recht, maar het opgetekende hogere recht heeft een speciale status behouden die het onderscheidt van het gewone recht van alledag. Het hoger opgetekende recht is moeilijker veranderbaar en daarmee is geprobeerd haar te beschermen tegen de waan van alledag. Voorts zijn deze rechten afdwingbaar bij een rechter. Tot slot het universaliteitskenmerk, mensenrechten gelden voor iedereen waar ook ter wereld.⁸

Hoe waar ook, ondanks het zijn van hoger gecodificeerd rigide en universeel en afdwingbaar recht, blijft er sprake van recht dat beïnvloedbaar is en afhankelijk is van een wetgever. Deze mensenrechten waren er nog niet toen de verschrikkingen van de Tweede Wereldoorlog plaatsvonden, bleken niet in staat de burgers tijdens (burger)oorlogen te beschermen en waren er niet tijdens de talloze voorbeelden van genocide en andere schendingen.

Het moet toch niet mogelijk zijn dat de geldigheid van elementaire rechten gericht op de waarborging van voorwaarden die onontbeerlijk zijn voor de menselijke waardigheid afhankelijk is van contingente wetgeving, maar als deze rechten onafhankelijk zijn van erkenning door de wetgever dan is het geen wet. Wanneer een veronderstelt recht geen wet is, dan is er een probleem met het erkennen van het recht. Erkennen van een recht veronderstelt een autoriteit en dat brengt ons in een cirkelredenering waar heel moeilijk onderuit te komen valt.

Rechtstheorie, onderdeel van de rechtsfilosofie, onderzoekt de aard van het recht en tracht ons uit bedoelde cirkelredenering te halen. Twee voornaamste rechtstheorieën die elkaar op het eerste gezicht uitsluiten handelen over deze problemen. Ten eerste is er van oudsher de natuurrechtstraditie die stelt dat er rechten bestaan die zo fundamenteel zijn dat ze onafhankelijk van codificatie geldig zijn, maar deze theorie is niet in staat een antwoord te geven op de vraag hoe deze geldigheid ten uitvoer gebracht kan worden. Ten tweede is er de rechtspositivistische theorie die juist op een wetenschappelijke wijze onderzoek doet naar de aard van een rechtssysteem en de legaliteit ervan en stelt dat het recht steeds een erkenningsbron moet hebben. Dit onderzoek, dat ik verder een verkenning noem – er is niet de overtuiging dat wat volgt een sluitende rechtstheorie is – tracht beide rechtsfilosofische tradities met elkaar te verbinden waarbij het sociaal contract het verbindingsstuk zal zijn teneinde, zoals Hart zegt, *to find the key to the science of jurisprudence* en zal een antwoord worden gegeven op de vraag:

⁸ Cliteur, *De filosofie van mensenrechten*, 16,23,25,29,36.

Vraagstelling

Vormt de implementatie van het sociaal contractdenken als het ultieme rechtsvormende sociaal feit de ontbrekende schakel in het verenigen van de moraalvrije rechtspositivistische rechtstheorie en een hedendaagse uitleg van natuurrechten waaruit blijkt dat er mogelijk rechten zijn die zo fundamenteel zijn dat de geldigheid van deze rechten onafhankelijk is van wetgeving?

Aanpak

Op deze vraag zal antwoord worden gegeven door allereerst stil te staan bij Harts onderzoek naar de aard van het rechtssysteem waaruit zal blijken dat een rechtssysteem uit primaire en secundaire regels bestaan die vrij van moraal zijn en altijd een geldigheidsbron hebben. De rechtspositivistische theorie zoals door Hart is omschreven is het startpunt van deze verkenning en het startpunt van de rechtsfilosofische intuïtie van scriptant, maar dat maakt de theorie niet onfeilbaar, integendeel. Het rechtspositivisme laat maar zeer beperkt ruimte voor die meest fundamentele rechten die ook zonder ultieme erkenningsregel zouden kunnen bestaan. Teneinde het mogelijke bestaan van deze fundamentele rechten inzichtelijk te krijgen zal vervolgens worden aangesloten bij de natuurrechtstraditie en zal er een definitie worden gegeven die het rechtspositivisme niet (wederzijds) uitsluit. Een rechtspositivistische stroming die in deze verkenning *half hard positivisme* genoemd zal worden zal vervolgens worden gekoppeld aan de in deze verkenning genoemde definitie van het waardevrije natuurrecht door middel van het sociaal contract als ultieme erkenningsregel.

Conclusie

Wanneer deze stappen zijn doorlopen blijkt dat de implementatie van het sociaal contract denken als het ultieme rechtsvormende feit, namelijk de ultieme erkenningsregel, de ontbrekende schakel is in het verenigen van een moraalvrije rechtstheorie waar het rechtspositivisme van Hart het uitgangspunt vormt en een hedendaagse uitleg van waardevrije natuurrechten waaruit is gebleken dat er mogelijk rechten zijn die zo fundamenteel zijn dat de geldigheid van deze rechten onafhankelijk is van wetgeving.

2. De rechtspositivistische theorie van H.L.A. Hart als startpunt

2.1. Dominante rechtsfilosofische stromingen

Rechtsfilosofie is de 'bezinning' op de grondslagen van het *recht*: Wat is *recht*? Uiteraard is *recht* het samenstel van regels, de zogenoemde wetten en richtlijnen, die gelden voor een bepaalde groep personen in een bepaald gebied. Hoewel dit feitelijk juist is, roept zij meer vragen op dan zij beantwoordt. Uit de inleiding blijkt bijvoorbeeld al het spanningsveld tussen recht en moraal en de vraag naar de onderlinge verhouding. Ook blijkt de vraag naar de grens van legitieme rechtsvorming niet eenvoudig te beantwoorden. Dergelijke vragen zijn de species van het complexere genus: de vraag naar de oorsprong van het recht en haar principes. Rechtstheoretici trachten onder meer om bij voorkeur middels wetenschappelijke methodiek kennis te vergaren over de aard van het recht, rechtssystemen en rechtsinstellingen. Uiteraard kan onderzoek worden gedaan naar problemen van het recht als instituut of systeem ten opzichte van andere politieke en sociale instituties of systemen waarbinnen zij bestaat, maar in dit onderzoek, of meer volledig *verkenning*, zal uitsluitend gekeken worden naar problemen die inherent zijn aan het recht en rechtssystemen. Verkennend zal een reactie worden gevonden op de kernvraag aan de hand van de in de wetenschap meest dominante rechtstheoretische stromingen.

Er zijn in de moderne rechtstheorie vier stromingen te onderscheiden. Het gaat hierbij om het *natuurrechtsdenken*, *rechtspositivisme*, *rechtsrealisme* en de zogenoemde *critical legal studies*. Binnen deze stromingen zijn echter weer vele vertakkingen waar te nemen. Hieronder volgt allereerst een korte beschrijving.

De natuurrechtsleer, aldus Maris en Jacobs, baseert zich in haar traditionele vorm veelal op en veronderstelde fundamentele 'natuur' of wezensaard van de mens: de mens zou een aantal essentiële eigenschappen vertonen waaruit samenlevingsregels zouden volgen die altijd en overal de kern van het positieve recht moeten uitmaken.⁹ In hoofdstuk drie van deze scriptie zal dieper op het natuurrechtsdenken worden ingegaan en wordt gezocht naar het evidente bestaan van natuurrechtsregels.

Het rechtspositivisme beoogt dan het onbewijsbare metafysische karakter dat veelal aan de traditionele natuurrechtstheorieën wordt toegeschreven onderuit te halen. Het rechtspositivisme stelt, anders dan de natuurrechtstraditie, dat er geen noodzakelijke connectie bestaat tussen recht

⁹ Maris en Jacobs, *Recht, Orde en Vrijheid Een historische inleiding in de rechtsfilosofie*, 24.

en moraliteit en dat de kracht van het recht voortkomt uit sociale feiten (*social facts*).^{10 11} Wat nu deze sociale feiten inhouden is onder rechtspositivisten onderwerp van discussie. Het begrip 'recht' dient echter uitsluitend bepaald te worden op basis van de concrete juridische verschijnselen van de dagelijkse maatschappelijke werkelijkheid.

Ten derde moet genoemd worden het *rechtsrealisme* en tot slot *Critical Legal Studies*. Het Amerikaanse *legal realism* is een stroming (niet zozeer een school) die een alternatief biedt voor het meer abstracte en geïdealiseerde recht van de eerder genoemde scholen en trachten het recht in te zetten als instrument van beleid.¹² Oliver Wendell Holmes meende dat er een te grote aandacht voor logica en te weinig belangstelling voor de werkelijkheid was. Zo stelde hij in zijn "The Path of Law":

"The prophecies of what the courts will do in fact, and nothing more pretentious, are what I mean by the law."¹³

Witteveen stelt dat het verzet tegen het formalisme een rode draad is in het werk van rechtsrealisten van diverse pluimage, maar dat het niet eenvoudig is om hiernaast een eigen programma van het rechtsrealisme te ontdekken. Hij wijst echter wel enkele kenmerkende thema's aan:

"Kenmerkende thema's zijn echter wel aan te wijzen, zoals grote belangstelling voor het functioneren van rechtsregels en rechtsinstellingen in de praktijk, het besef dat kennis van uiteenlopende wetenschappelijke disciplines gebruikt moet worden om het recht aan de behoeften van de sterk veranderende samenleving aan te passen, openheid voor nieuwe vormen van bestuur en sociale controle, erkenning van de grote vrijheid die rechters toekomt bij het interpreteren, toepassen en vormgeven van het recht, opwaardering van de advocatuur als onderdeel van het rechtssysteem, bewustzijn van macht in het recht en belangstelling voor recht en economie. ... Recht als activiteit doet zich overal voor waar mensen in groepen hun activiteiten vormgeven."¹⁴

¹⁰ Deze kenmerken uit het rechtspositivisme moeten kunnen tevens worden opgevat als de gemene deler van moderne rechtspositivistische theorieën en zelfs als voorwaarden voor het rechtspositivisme. Deze voorwaarden staan bekend als de scheidbaarheid thesis (Seperability Thesis) of de sociale thesis en de stamboom thesis (Pedigree Thesis) en zullen later uitvoerig worden besproken.

¹¹ Naast de scheidbaarheid thesis en de stamboom thesis zijn er nog andere stellingen die in meer of meerdere mate onderdeel zijn van rechtspositivistische theorieën, zoals de Discretion Thesis en de Limited-Domain Thesis. Dworkin omschrijft de Discretion Thesis als volgt: The Set of these valid legal rules is exhaustive of 'the law', so that if someone's case is not clearly covered by such a rule ... then that case cannot be decided by 'applying the law.' It must be decided by some official, like a judge, 'exercising his discretion,' which means reaching beyond the law for some other sort of standard to guide him in manufacturing a fresh legal rule or supplementing an old one (Dworkin, *Taking Rights Seriously*, 33.). De Limited-Domain Thesis maakt rechtsregels niet tot iets onbepierd, de Limited-Domain Thesis stelt: in any community the law must be only a part of that community's stock of norms Schauer, "Rules and the Rule of Law", 670; Coleman, "Rules and Social Facts", 723.)

¹² Horwitz, *The Transformation of American Law 1870-1960*, 193 e.v.

¹³ Holmes, "The Path of the Law", 9.

¹⁴ Witteveen, "Llewellyn en het rechtsrealisme", 51.

Leiter komt met een moderne rehabilitatie van het rechtsrealisme, een naturalistische rechtsfilosofie:

“We may think of the type of jurisprudence the Realists advocated as a naturalized jurisprudence, i.e. a jurisprudence that eschews armchair conceptual analysis in favour of continuity with a posteriori inquiry in the empirical sciences.”¹⁵

Hart maakt in zijn zevende hoofdstuk van diens *“The Concept of Law”* het rechtsrealisme op overtuigende wijze met de grond gelijk¹⁶, maar dat maakt niet dat er voor het rechtsrealisme niets te zeggen valt, integendeel in het werk van beleidsmakers, bestuurders en rechtelijke oordelen waarin moet worden getoetst naar redelijkheid en billijkheid – overigens zonder daarbij de innerlijke waarde of de billijkheid van de wet te beoordelen¹⁷ – of feiten of omstandigheden die kunnen leiden tot straf- of schulditsluitingsgronden in het strafrecht. In deze context doet Holmes een interessante voorspelling:

“for the rational study of the law the blackletter man may be the man of the present, but the man of the future is the man of statistics and the master of economics.”¹⁸

Binnen doel en het bereik van deze verkenning is echter geen ruimte om nader in te gaan op de thema’s van het rechtsrealisme die aanspreken en zal verder onbesproken blijven. Dit is eveneens het geval voor de laatste stroming, Critical Legal Studies, waarin het rechts grotendeels tegenstrijdig en niet meer is dan een uitvoering van het beleid van een dominante sociale groep. Deze twee laatstgenoemde theorieën blijven in de scriptie verder onbesproken.

De meest vooraanstaande rechtspositivistische theorie komt van H.L.A. Hart, een rechtstheorie die in het vervolg van dit onderzoek de basis zal vormen. Deze basis zal vervolgens op enkele punten worden herzien, beginnende met Harts ogenschijnlijk categorische diskwalificatie van het natuurrecht.

2.2. Harts rechtspositivisme

Naast Jeremy Bentham is John Austin één van de grondleggers van de het rechtspositivisme. In zijn *The Province of jurisprudence Determined* brengt Austin voor het eerst gewag van zijn dwangbevelstheorie: wetten zijn bevelen van een soeverein, gehandhaafd door sanctiedwang.¹⁹ Hart

¹⁵ Leiter, *Naturalizing Jurisprudence. Essays on American Legal Realism and Naturalism in Legal Philosophy*, 63.

¹⁶ Hart, *The Concept of Law*, 124–54.

¹⁷ Wet houdende algemene bepalingen der wetgeving van het Koninkrijk, v. 11.

¹⁸ Holmes, “The Path of the Law”, 457.

¹⁹ Austin, *The Province of Jurisprudence Determined*.

toont in zijn *Concept of Law* aan dat de bevelstheorie, als verklaring voor een rechtssysteem, tekort schiet.

De bevelstheorie benadert van alle rechtsgebieden het strafrecht het meest, maar zij voorziet niet in alle soorten rechtsregels die er zijn. Denk bijvoorbeeld aan regels die een bepaalde status aan een autoriteit of privaat persoon verlenen. Tevens geeft de bevelstheorie geen blijk van de verschillende wijzen van herkomst van het recht. Ook voorziet de bevelstheorie niet in verklaring waaruit de continuïteit van het recht blijkt. Het komt er aldus in Hart's kritiek op neer dat Austiniaanse theoriën er niet in slagen regels te presenteren waaruit de meest elementaire eigenschappen van het recht uit voortvloeien.

Waar sprake is van *het recht*, daar is sprake van menselijke handelen dat niet-optioneel of verplichtend is. Dit is het startpunt van John Austins rechtstheorie waarin hij het recht beschrijft als dwingende bevelen door bedreiging ondersteund. Hoewel Hart van mening is dat dat Austin's theorie gebrekkig is, is dit startpunt wel correct. Om het idee van *verplichting* te begrijpen moet volgens Hart gekeken worden naar het bestaan van de sociale regels die de verplichting creëren. '*Being under an obligation*' veronderstelt het bestaan van een regel, maar een regel kan ook bestaan zonder iemand tot iets te verplichten. Hart noemt hier de regels van etiquette of taalregels, deze binden niet maar zijn desalniettemin regels. Bij de beoordeling of regels verplichten, moet gekeken worden naar het belang of de ernst van de sociale druk achter de regels: regels die met voldoende sociale druk worden ondersteund zijn van belang omdat zij nodig worden geacht voor het behoud en de balans van het sociale leven. Dergelijke regels zijn goed en nodig voor de maatschappij, maar kunnen tegen het particuliere belang ingaan.

Verplichting komt echter niet noodzakelijk voort uit (de mate van) sociale druk. Een dief, bijvoorbeeld, voelt geen druk om naar de regels te leven ondanks de maatschappelijke verplichting (de sociale druk) om niet te stelen. Hierop komt Hart met '*the internal and external points of view*', het interne en externe gezichtspunt. De externe waarnemer bekijkt regels als waarneembare gedragsregels, waarschijnlijkheden en signalen, niet naar de manier waarop deelnemers van een groep die met een intern gezichtspunt kijken naar hun eigen gedrag. Voor de externe waarnemer is afwijking van normaal gedrag een teken dat een negatieve reactie zal volgen en niets meer. Echter regels zijn niet de basis van voorspelling van regelvolgning of bestraffing, zij zijn de reden dat mensen gehoorzamen en iemand die afwijkt van de regels bestraffen. De externe waarnemer kan na uitgebreide bestudering wellicht het gedrag goed voorspellen van de deelnemers uit de groep, maar hij mist de hele dimensie van het sociale leven dat hij bekijkt. Om deze dimensie te kunnen zien is een intern gezichtspunt noodzakelijk. Wat het externe gezichtspunt onmogelijk kan achterhalen, is

de wijze waarop regels functioneren als regels in de levens of van hen die de meerderheid van een samenleving vormen.²⁰ Voor hen is een overtreding niet slecht de basis voor de voorspelling dat er een vijandige reactie zal volgen, maar *de reden* voor de vijandige reactie. Wil men een rechtssysteem verklaren dan moet gekeken worden naar beide gezichtspunten. Vanuit deze beide gezichtspunten gaat Hart over tot de zoektocht naar de elementen van het recht.

2.3. Elementen van het recht: primaire en secundaire regels

Het is in deze tijd moeilijk voor te stellen, maar ooit bestonden er samenlevingen zonder wetgevende macht, rechters en ambtenaren. In dergelijke samenlevingen is het voornaamste middel voor sociale controle de houding van de groep richting gedrag dat zij als toegestaan accepteert. Dergelijke samenlevingen draaien op slechts een set verplichtende regels, de zogenoemde primaire regels. Zij die de regels niet volgen zijn in de minderheid, maar bovenal gaat het hier nog niet om een systeem, maar om een set standaarden. Een samenleving als deze, aldus Hart, heeft maar een beperkt aantal voorwaarden nodig om te bestaan: (1) primaire regels die bepaald gedrag reguleren, zoals het gebruik van geweld, diefstal en bedrog. (2) Deze regels moeten door de meerderheid zijn geaccepteerd. (3) De samenleving moet klein zijn (nauwe verwantschap, gemeenschappelijke sentimenten en geloven) en tot slot (4) moet de samenleving in een stabiele omgeving leven.²¹

Indien een van de laatste twee voorwaarden niet van toepassing is, bijvoorbeeld in het geval van een meer complexe samenleving zoals de moderne samenlevingen, dan kan deze samenleving niet langer meer bestaan met een dergelijke systeem van sociale controle. Een viertal problemen of in Harts woorden *gebreken* zullen dan ontstaan.

De eenvoudige rechtsstructuur in complexe samenlevingen geeft een drietal problemen:

(1) Wanneer er twijfel ontstaat over wat nu de primaire regels zijn, dan is er geen mogelijkheid om deze (rechts)onzekerheid op te lossen. Een procedure om bepalen wat de regels zijn ontbreekt, of het nu een rechter is of een authentieke tekst.

(2) Het is niet mogelijk om regels aan te passen aan nieuwe omstandigheden. Regels zijn statisch of onbuigzaam.

²⁰ Hart, *The Concept of Law*, 90.

²¹ Hart, 91,92.

(3a) Inefficiëntie met betrekking tot geschilbeslechting: Er blijven geschillen ontstaan over de vraag of een regel wel of niet nageleefd is zolang er geen autoriteit is aangesteld om een definitieve beslissing te nemen ten einde het geschil te beslechten.

En daarmee samenhangend:

(3b) Er is niemand met de autoriteit om de regelovertreder te bestraffen. Regelconformiteit is alleen verzekerd middels omslachtige sociale druk of bij bestraffing door individuen of de groep als geheel, een inefficiënte wijze om naleving van de regels te waarborgen.²²

Om beschreven problemen op te lossen introduceert Hart de secundaire regels. Regels van het tweede type zijn regels ten aanzien van primaire regels; zij zorgen ervoor dat door bepaalde uitingvormen mensen nieuwe primaire regels introduceren, aanpassen, tenietdoen of haar reikwijdte bepalen. Eenvoudiger gezegd: primaire regels leggen plichten op, secundaire regels zijn bevoegdheid verlenend, publiek- dan wel privaatrechtelijk. Primaire regels zien op fysieke beweging of verandering, secundaire regels zorgen voor operaties die leiden tot de creatie of variatie van plichten en verplichtingen.²³ Hart stelt dat de claim van de 'sleutel tot de rechtswetenschap' ligt in de combinatie van deze twee typen regels, de primaire en secundaire regels: een rechtssysteem bestaat uit de combinatie van primaire en secundaire regels. Vooruitlopend op wat later uitgebreid zal worden besproken valt duidelijk af te lezen dat Hart geen ruimte laat voor rechtsregels die universeel of onveranderbaar zijn, rechtsregels die ondanks de uitkomst van de werking tussen primaire en secundaire regels blijven bestaan.

De oplossing van de genoemde problemen ligt volgens Hart zagezegd in de aanvulling van primaire regels van verplichting met secundaire regels, regels van een andere aard. Hart stelt dat de introductie van de oplossing van ieder probleem gezien kan worden als een stap van het pre-wettelijke naar het wettelijke, immers de oplossingen samen zijn voldoende om ieder regime van primaire regels, een set standaarden, om te vormen tot iets dat beschouwd mag worden als een rechtssysteem.

Voor de rechtsonzekerheid van primaire regels introduceert Hart de '*rule of recognition*', de erkenningsregel. Hart stelt dat de erkenningsregel een eenvoudig of meer complex instrument is dat niet meer hoeft te zijn dan een lijst of tekst met regels in een geschreven document of zelfs gegraveerd in een publiek monument. Met de erkenningsregels wordt duidelijk gemaakt dat niet de

²² Hart, 92–93.

²³ Hart, 81.

codificatie van de regels de stap van het pre-wettelijke naar het wettelijke vormt, maar van belang is de erkenning van haar gezaghebbendheid. De erkenningsregel is een regel voor de sluitende identificatie van de primaire regels. De erkenningsregel zorgt voor unificatie van de primaire regels en maakt van losse standaarden een rechtssysteem. Een erkenningsregel stelt bovendien criteria voor andere regels in het rechtssysteem ten aanzien van haar validiteit, zij maakt als het ware het recht mogelijk.

De regel waar alle andere wetten uit volgen noemt Hart de ultieme erkenningsregel, '*ultimate rule of recognition*'. Hart laat in het midden wat nu daadwerkelijk de ultieme erkenningsregel in een rechtssysteem is; hij is niet in staat de erkenningsregel aan te wijzen. Hij stelt alleen dat het bestaan van de ultieme erkenningsregel *a matter of fact* is, het is een sociaal gegeven, een sociaal feit. De ultieme erkenningsregel is zichtbaar in de acceptatie van de ultieme erkenningsregel in de rechtspraktijk, beleidsmakers en onder private personen.²⁴

Ten aanzien van het probleem van de onbuigzaamheid van primaire regels introduceert Hart '*the rule of change*', de veranderingsregel. De eenvoudigste vorm van deze regels is de regel die de mogelijkheid biedt primaire regels te vervangen, waarbij de oude primaire regel haar geldigheid verliest. Zij maakt dus wetgevende processen mogelijk. Uiteraard kent ook deze op het oog eenvoudige regel meer complexe varianten.

Als oplossing voor het derde gebrek, de onmogelijkheid tot het beantwoorden van de vraag of een regel is gebroken, kunnen secundaire regels worden opgesteld die ieder individu de mogelijkheid geeft tot het uitzoeken of een regel is gebroken in een bepaalde situatie. Denk bijvoorbeeld aan regels die een rechter instellen en een procedure die moet worden gevolgd. Deze regels, regels betreffende rechters, rechtbanken, jurisdictie en vonnissen, noemt Hart '*rules of adjudication*', toewijzingsregels. Met toewijzingsregels krijgen sommige personen of instellingen de macht om recht te spreken, om dwingend geschillen te beslechten, maar ook om procedures te ontwikkelen waarin duidelijk is volgens welke wijze toewijzing van rechtelijke macht plaats moet vinden.

Met deze structuur van primaire regels en secundaire regels is het hart van een rechtssysteem beschreven.²⁵ Hart slaagt erin dit analytisch en waarde vrij te formuleren, maar hij doet nog altijd geen recht aan het beschermen van die regels die niet gecodificeerd zijn maar toch geldigheid

²⁴ Hart, 105–10.

²⁵ Riddall, *Jurisprudence*, 42–45; Veitch, Christodoulidis, en Farmer, *Jurisprudence Themes and Concepts*, 35–38; Wacks, *Understanding Jurisprudence An Introduction to Legal Theory*, 100–101; Cotterell, *The Politics of Jurisprudence A Critical Introduction to Legal Philosophy*, 92–95; Bix, *Jurisprudence Theory and Context*, 38–39; Maris en Jacobs, *Recht, Orde en Vrijheid Een historische inleiding in de rechtsfilosofie*, 34–35.

genieten en beschermd moeten worden.

2.4. Fundament van een rechtssysteem

Zoals hierboven reeds kort aangevoerd maakt de erkenningsregel als het ware het recht mogelijk, met de erkenningsregel wordt het rechtssysteem geboren.

Het voornaamste doel van de erkenningsregel is om uitkomst te bieden bij de vraag of een andere regel deel uitmaakt van het rechtssysteem of niet. Wanneer een dergelijke erkenningsregel is geaccepteerd is er voor zowel de rechtsbeoefenaars als de particuliere rechtszoeker gezaghebbende criteria beschikbaar voor de identificatie van primaire regels. Hoe ingewikkelder het rechtssysteem, denk hierbij aan de moderne rechtssystemen, des te complexer is de erkenningsregel. Om conflicten te voorkomen zijn dergelijke rechtsbronnen gerangschikt. Naar Nederlands recht, bijvoorbeeld, gaat een verdrag boven de nationale wet, de nationale wet boven jurisprudentie enzovoorts. Het hoeft niet zo te zijn dat de erkenningsregel tevens een geschreven regel is, immer bijvoorbeeld bij de ultieme erkenningsregel, waarover hieronder meer, is dit vaak zelfs niet het geval. In deze gevallen is het bestaan van de erkenningsregel waar te nemen door de acceptatie van rechtsbeoefenaars of maatschappelijke gedragingen.

Vervolgens gaat Hart over tot het verschil tussen validiteit en doeltreffendheid. Deze termen zijn niet met elkaar verbonden, tenzij, zo stelt Hart, de erkenningsregel in haar voorwaarden heeft opgenomen dat een regel slechts dan een regel is indien zijn doeltreffend (of daadkrachtig) is. Een regel is geldig indien zij beantwoordt aan de voorwaarden van de erkenningsregel. De ultieme regel in een rechtssysteem is de hoogste erkenningsregel zelf omdat er niet verder gekeken kan worden dan de erkenningsregel (uit de erkenningsregel zijn immers alle andere regels van het rechtssysteem ontsproten). De erkenningsregel zelf is niet valide of ongeldig, maar eenvoudigweg geaccepteerd.

Voor het vervolg van deze verkenning is het belangrijk te zien dat Hart niet zegt dat de erkenningsregel slechts een regel of set regels is die als een magische toverspreuk een antwoord geeft op de vraag welke regel rechtsregels zijn. Het is complexer dan dit. De ultieme erkenningsregel bevat een set van verschillende erkenningscriteria die op elkaar inwerken. Belangrijk is ook te begrijpen dat de ultieme erkenningsregel meer is dan een lijst van formele criteria voor validiteit van rechtsregels, het is een '*social rule*' (een sociale regel).²⁶ Hierover stelt Hart in zijn *postscript*:

²⁶ Wacks, *Understanding Jurisprudence An Introduction to Legal Theory*, 105.

"My account of social rules is, as Dworkin has also rightly claimed, applicable only to rules which are conventional in the sense I have explained. This considerably narrows the scope of my practical theory and I do not now regard it as a sound explanation of morality, either individual or social. But the theory remains a faithful account of conventional social rules which include ... certain important legal rules including the rule of recognition, which is in effect a form of judicial customary rule existing only if it is accepted and practised in the law-identifying and law-applying operations of the courts."²⁷

De ultieme erkenningsregel is onmiskenbaar een sociale regel.

Door de ultieme erkenningsregel een sociale regel te noemen maakt Hart een onderscheid met regels die ontstaan door ambtenaren. Anders dan de regels die worden gemaakt door formele handelingen van een autoriteit, ontstaan sociale regels op informele basis uit de complexe gedragingen van de deelnemers in de samenleving. In het geval van de ultieme erkenningsregel is haar bestaan zichtbaar in de complexiteit van gedragingen tussen de ambtenaren van een rechtssysteem en de algemene populatie. De ambtenaren maken nieuwe rechtsregels op basis van de validatieregels die voortvloeien uit de algemeen erkende en geaccepteerde criteria en de populatie past zich aan omdat de uitkomst in overeenstemming is met de ultieme erkenningsregel.²⁸

2.5. Het gebrek in Hart's rechtstheorie: natuurrecht *in* het rechtssysteem

Hart beoogt met zijn rechtspositivistische theorie een wetenschappelijke beschrijving te geven van het rechtssysteem. Anders dan bijvoorbeeld natuurrechtdenkers is het rechtspositivisme een wetenschappelijke benadering waarbij de waarheid gevonden wordt door middel van observatie en logica, ofwel het beschrijven van de feiten.

Anders dan het rechtspositivisme is het natuurrecht geen beschrijving van de feiten, maar gaat het om voorschriften van hoe de mens zich dient te gedragen. Het natuurrecht is iets metafysisch en daardoor niet door middel van wetenschappelijke methodiek te bewijzen. Wanneer we denken aan de woorden van David Hume is het voor de hand liggend het natuurrecht onbesproken te houden, in het vuur te werpen want het bevat niets meer dan *sofisterij en illusies*.²⁹ Immers de klassieke natuurrechttheorieën kwamen op onwetenschappelijke wijze te stand, het bevat geen experimenteel onderzoek naar feiten of het bestaande.

De kritiek op het klassieke natuurrecht is weliswaar gegrond, maar het rechtspositivisme is er niet in geslaagd een volledig passend, wetenschappelijk tot stand gekomen alternatief te bieden. De vage

²⁷ Hart, *The Concept of Law*, 256.

²⁸ Waluchow, *Inclusive Legal Positivism*, 235.

²⁹ Hume, *Enquiries Concerning Human Understanding and Concerning the Principles of Morals*, 165.

formulering van Hart's erkenningsregel laat zien dat het verklaren van *het begin*, de ontstaansgeschiedenis van het rechtssysteem, enorm lastig is. De erkenningsregel komt tot uiting doordat zij is geaccepteerd. Om iets te accepteren moet datgene zijn. Wat is moet een oorsprong hebben. Hart geeft geen verklaring voor de oorsprong.

Het behoeft geen uitleg dat de mens er eerst was, daarna het rechtssysteem. Het rechtssysteem dient de mens, niet andersom. Iedere rechtsregel is in meer of mindere mate een inbreuk op de vrijheid van een persoon zijn eigen weg te bepalen. Een inbreuk beoogt ten goede, met oog op het maatschappelijk of persoonlijk welzijn, maar desalniettemin een inbreuk. Het interne gezichtspunt laat zien dat de individuen en de rechtsbeoefenaars de erkenningsregel als geboorte van het rechtssysteem wensen op een moment dat deze individuen en rechtsbeoefenaars de inbreuken noodzakelijk achten. De erkenningsregel moet dus een begin hebben gehad: de erkenningsregel is ooit voor het eerst geaccepteerd. Hieronder zal worden beargumenteerd dat de acceptatie plaats heeft gevonden middels een overdracht of transitie van rechten en bescherming.

Een transitie is actieve handeling en kent een fase voor de transitie, de pre-transitiefase, en een fase na de transitie, de post-transitiefase.. De post-transitiefase is de fase waarover Hart spreekt, de pre-transitiefase heeft plaats in een pre-wettelijke periode en in de sfeer van het individu als autonoom wezen, een persoon met natuurrechten, die het rechtspositivisme of het recht als sociale constructie niet erkent.

Hart's ultieme erkenningsregel veronderstelt dat er geen recht voor of boven het rechtssysteem staat zoals bijvoorbeeld aanhangers van het klassieke natuurrecht stellen: er gaat niets boven de ultieme erkenningsregel. Hoezeer Hart hierin ook gelijk heeft, gooit hij de deur te snel dicht. Natuurrechten maken namelijk deel uit van het rechtssysteem, niet voor of boven, maar er midden in.

Het natuurrechtsdenken dat in het volgende hoofdstuk centraal staat beoogt niet langer meer haaks te staan op het rechtspositivisme, zij zijn beide complementair aan elkaar. Het is een vorm van natuurrechtsdenken dat los staat van het klassieke natuurrechtsdenken en is een vorm van natuurrecht dat de wetenschappelijke toetst doorstaat. Een complexe erkenningsregel, geënt op het – bij het ontbreken van een beter woord – sociaal contract uit het contractdenken dat tot stand komt in de precontractuele fase, omvat bedoelde transitie en komt tegemoet aan de wetenschappelijke inzichten van het rechtspositivisme alsook aan het onverklaarde er-is-meer-gevoel dat wordt beantwoord, maar niet wordt bewezen in het natuurrechtsdenken.

Tot slot zal blijken dat bij de transitie niet een ongelimiteerde rechtsoverdracht heeft plaatsgevonden, slechts de noodzakelijke inbreuk op de persoonlijke vrijheid. Het inleveren van de keuze om de eigen levensovertuiging of ethiek te kiezen is niet overgedragen. Een wet gericht op de moraal mag dan weliswaar nagevolgd worden – er wordt op het eerste gezicht aan het externe en interne gezichtspunt voldaan –, maar een dergelijke wet kan onmogelijk de validiteitstest van de hoogste erkenningsregel doorstaan.

Om dit gebrek te herstellen wordt allereerst onderzocht of er een rechtssysteem boven, voor, naast of in het *gecodificeerde* recht bestaat. Bestaat er een recht dat natuurrecht genoemd mag worden?

3. Bestaan er rechten die de mens van nature heeft?

Het recht is een noodzakelijk element om ons dagelijks leven mogelijk te maken en een vanzelfsprekendheid waar pas aan wordt gedacht op het moment dat er afwijkingen in het maatschappelijk verkeer ontstaan. Een brood reken je simpelweg af. Behoudens enkele rechtsgeleerden denkt niemand aan de verbintenissen die over en weer ontstaan, eigendomsrechten die wijzigen. Slechts indien het brood niet wordt betaald, pas dan beroepen we ons op het als vanzelfsprekend aanwezige recht. Wie een brood koopt betaalt de prijs, zonder betaling geen levering of ellende met justitie. Maar zelfs de politie of justitie, de overheid, is door het recht beperkt. Al springt de bakker hoog en laag, de politie zal niet overgaan tot het afhakken van de hand die het brood pakte. Allemaal voorbeelden van het recht, het positieve of gecodificeerde recht: recht dat door een bevoegd wetgever via de afgesproken procedure is uitgevaardigd en derhalve als voor iedereen bindend of geldend wordt beschouwd. Voorbeelden van het recht dat wij, burgers die onder de wet vallen, kennen uit de Burgerlijk Wetboeken en het Wetboek van Strafrecht. Bekend recht, zelfs voor de meerderheid van de burgers die nooit een wetboek van binnen hebben gezien.

Van dit positieve recht wordt onderscheiden een recht dat niet door een bevoegd wetgever is uitgevaardigd, maar onafhankelijk van menselijke wil geldt en waaraan door aanhangers van deze theorie een status wordt verleend dat hiërarchisch het positieve recht overklast: het ongrijpbare concept van wetten dat het natuurrecht wordt genoemd. Een rechtssysteem waarvan zelfs haar bestaan onderwerp van discussie is.

Het onderwerp van dit hoofdstuk is niet – althans niet direct – de natuurrechtstheorie; het gaat veeleer om de definitie van natuurrecht. Natuurrechtstheorieën zijn onder te verdelen in vele subtheorieën en dat maakt de materie log en complex, definities zijn dit niet. De vraag naar de definitie van natuurrecht gaat om het identificeren van het doel in natuurrechtstheorieën. De identificatie van dit doel maakt het mogelijk om de te zien hoe verschillende natuurrechtstheorieën dit specifieke doel trachten te vangen en geeft het de mogelijkheid om afstand te nemen van deze gevestigde natuurrechtstheorieën en te onderzoeken of dit doel op een alternatieve manier te bewerkstelligen is.

In dit hoofdstuk zal worden beschreven wat natuurrecht is en zal worden gezocht naar een gemeenschappelijke deler uit hedendaagse definities van natuurrecht. Vervolgens zal worden gekeken naar de herkomst van het natuurrecht. Uit de gemeenschappelijke deler en de herkomst van het natuurrecht zullen werkbare overeenkomsten worden overgenomen die ingebracht kunnen worden in het rechtspositivisme en zal blijken dat het rechtspositivisme het natuurrecht niet perse

hoeft uit te sluiten.

3.1. Is er een algemene definitie voor het natuurrecht te vinden?

Een bekend voorbeeld van een beroep op dergelijk recht wordt gevonden in Sophocles' Antigone. Stelt u zich voor de situatie waarin de overheid, in dit geval de tiran Kreon, beveelt dat uw naaste niet begraven mag worden. Antigone, de zuster van de gestorven Polyneices, beroept zich in deze situatie op die andere vorm van recht:

'Het was Zeus niet, van wie dit bevel was uitgegaan, en evenmin zijn ons mensen ooit dergelijke instructies geciteerd door het recht dat voor de doden geldt. Verder was ik van mening dat uw decreten niet zoveel kracht van wet bezaten dat zij ongeschreven, tijdloze, goddelijke wetten met voeten konden treden; u bent ook maar een mens. En die wetten zijn niet van vandaag of gisteren, maar van alle tijden, en niemand weet waar ze vandaan komen. Ik voelde er weinig voor om ze te overtreden uit vrees voor de wil van een willekeurig mens en zo de wraak van de goden te riskeren.'³⁰

Antigone beroept zich op een recht, een natuurrecht, een recht dat van de goden afkomstig is. Thomas van Aquino stelde dat we het recht in kunnen delen in natuurrecht en positief recht, let wel dit natuurrecht, *lex naturalis*, is recht dat van God afkomstig en in de mens aanwezig is. Filosofen als Hayek daarentegen, hoewel voorstanders van natuurrecht, hangen een wereldlijk of niet-religieus natuurrecht aan:

'Met de term 'Natuur(lijk)' wordt bedoeld dat recht dat het product is niet van enig rationeel ontwerp, maar van een evolutieproces en natuurlijke selectie, een onbedoeld product wiens functie we kunnen leren begrijpen.'³¹

Hiermee werpt Hayek ook direct het probleem op. Het filosofische probleem met natuurrecht is, Feinberg parafraserend, indien natuurrechtsregels daadwerkelijk bestaan, te verklaren wat dergelijk recht is, waar zij vandaan komt, hoe deze regels te herkennen zijn en tot slot te verklaren welke praktische consequenties er uit dit recht vloeit, in het bijzonder wanneer dit recht niet door de wet wordt beschermd.³² Alvorens nader op dit probleem in te kunnen gaan moet in een werkbare definitie worden voorzien.

³⁰ Sophocles, "Antigone", sec. Tweede Epeisodion.

³¹ Hayek, "Vol. 2 The Mirage of Social Justice", 55; Hayek, "Vol. 1 Rules and Order".

³² Feinberg, "In Defence of Moral Rights", 150.

3.1.1. Oorsprong van een mensenrecht

Wanneer natuurrecht wordt gezien als van God afkomstig begeeft men zich richting een sfeer van ontastbaarheid, niet waarneembaarheid of misschien zelfs in de sfeer van het mysterieuze: ‘*some ghostly cosmic system of law*’, zoals Bentham zegt. Het Goddelijke recht moet onderscheiden worden van het natuurrecht dat in dit onderzoek centraal staat: een wereldlijk natuurrecht dat wanneer zij bestaat haar bestaan niet dankt aan creationisme, evolutie of welke denkbare gedachte over het ontstaan van menselijk leven maar ook.

Feinberg stelt dat in achttiende-eeuwse terminologie natuur tegenover kunstmatig of gemaakt staat. Het natuurlijke is wat er is om gevonden te worden, zij staat geheel los van menselijke vormgeving of constructie en is tegengesteld aan dat wat haar bestaan dankt aan menselijke vinding en vormgeving. Natuurrechtelijke rechten zijn onderdeel van de natuur van de mens en zijn te vinden in de menselijke rede, terwijl conventionele en instrumentele rechten een product zijn van menselijk vakmanschap. Het uitgangspunt zal zijn dat een natuurrechtelijk recht een recht is dat voortkomt uit de natuur van de mens.³³

Rousseau komt in het voorwoord van zijn *Discours sur l'origine et les fondemens de l'inégalité* te spreken over natuurrecht en verwijst hierbij naar Burlamaqui, die zegt:

‘C'est cette ignorance de la nature de l'homme qui jette tant d'incertitude et d'obscurité sur la véritable définition du droit naturel: car l'idée du droit, dit M. Burlamaqui, et plus encore celle du droit naturel, sont manifestement des idées relatives à la nature de l'homme. C'est donc de cette nature même de l'homme, continue-t-il, de sa constitution et de son état qu'il faut déduire les principes de cette science.’³⁴

Uit de natuur van de mens, uit zijn gesteldheid en uit de toestand waarin hij verkeert, moet men dus de beginselen van het natuurrecht afleiden. Natuurrecht is volgens Rousseau alleen aan mensen voorbehouden. Het gaat om een regel die is voorgeschreven aan een moreel wezen, een wezen met verstand en dat in zijn verhouding tot anderen wordt aangesproken. Het enige dier dat met rede begiftigd is, is de mens.³⁵

³³ Feinberg, 153.

³⁴ Rousseau, “Discours sur l'origine et les fondemens de l'inégalité parmi les hommes”.

³⁵ Rousseau, *Vertoog over de ongelijkheid*, 49,50.

3.1.2. Frey

Frey definieert een natuurrecht³⁶ 'als (a)³⁷ een recht dat niet het product is van een gemeenschappelijk wetgevingsproces of sociale feiten, dat (b) zelfs aanhoudt indien geconfronteerd met tegenstrijdige wetgeving of tegenstrijdig beleid en (c) de grens voorschrijft dat noch door individuen noch de overheid mag worden overschreden.³⁸ Als tegenhanger van het rechtspositivisme is het niet verwonderlijk dat uit het natuurrecht noodzakelijkerwijs volgt dat het recht niet het product is van een gemeenschappelijk wetgevingsproces of sociale feiten, zij is zelfs niet het product van de mens. Voorts is er de algemene acceptatie dat het natuurrecht een primaire plaats inneemt in het rechtsstelsel, ja zelfs superieur is aan het 'wereldlijke' recht.

Frey stelt:

"As far as I can see not even a practical advantage is gained by positing some moral right based upon agreed moral principles, since I, as a moral man implementing and following my principles will behave the way you want me to even without (you having) the right."³⁹

Feinberg noemt een theorie als dat van Frey een 'There ought to be a law theory of moral rights', want wat Frey zegt is:

"A has a moral right to do (have of be) X is to be understood insofar as it makes any sense at all, to be saying "A ought to have a legal right to X".⁴⁰

Bentham kan zich in deze '*there ought to be a law*' gedachte niet vinden, want:

"Reasons for wishing there were such things as rights are not rights; a reason for wishing that a certain right were established is not that right; a want is not supply; hunger is not bread."⁴¹

³⁶ Door auteurs afkomstig uit common law landen wordt inwisselbaar gesproken over 'natural rights' en 'moral rights'. Hoewel er geen onderscheid tussen beide wordt gemaakt – tenzij uitdrukkelijk aangegeven – wordt veel vaker 'moral law' gebruikt: (Sometimes) the term "natural right" means nothing more than "moral right" as we have defined it. In eighteenth-century terminology in particular, the natural was contrasted with the artificial. The natural is what is "there" to be discovered, quite apart from human design or construction, as opposed to that which owes its existence to human invention and design. If that is all we mean by "natural", then the terms "natural right" and "moral right" are perfectly interchangeable. ... (Sometimes) "natural right means more than critical moral right. In this sense a natural right is a moral right derived from "the nature of man". ... That is why I prefer the language of "moral rights" over the language of "natural rights" even when the terms are synonyms. (Feinberg, "In Defence of Moral Rights", 150,151.)

³⁷ Gecursiveerde opsomming door auteur aangebracht.

³⁸ Frey, *Interests and Rights: The Case against Animals*, 7.

³⁹ Frey, 12.

⁴⁰ Feinberg, "In Defence of Moral Rights", 157.

⁴¹ Bentham, "Anarchical Fallacies", 501.

Feinberg meent in navolging van Bentham dat natuurrechten daadwerkelijke rechten zijn, bestaand en geëffectueerd, niet iets dat een recht zou moeten zijn.⁴² Sumner geeft een definitie die hier recht aan doet.

3.1.3. Sumner

Sumner stelt dat als wij geloven dat we een bepaald natuurrechtelijk recht zouden moeten hebben, de 'there ought to be a law' theorie, dan geloven we dat dit natuurrechtelijk recht in een volmaakt rechtssysteem aanwezig zou zijn. Het is dan nog maar een kleine stap om te claimen dat er een volmaakt rechtssysteem bestaat waarin dat recht daadwerkelijk bestaat en vervolgens te stellen dat door het bestaan van een dergelijk volmaakt rechtssysteem meebrengt dat wij ons kunnen beroepen op dit natuurrechtelijk in ons daadwerkelijke rechtssysteem. Sumner definieert natuurrecht als een door moraal gerechtvaardigd conventioneel recht: 'ik heb een natuurrechtelijk recht' aldus Sumner, 'alleen in het geval het bezit van het corresponderende conventionele recht moreel gerechtvaardigd is.'⁴³ Feinberg interpreteert de intentie van Sumner als volgt:

"I think that the best interpretation of his intentions is to say that a moral right is either an actual conventional right that is morally justified or what *it would be morally justified*, in the strongest sense, *to adopt as a conventional right* in case it is not a conventional right already."⁴⁴

Feinberg neemt Sumners definitie als uitgangspunt, maar niet zonder aanpassing.

3.1.4. Feinberg

Feinberg stelt dat een adequate definitie van natuurrecht twee testen moet doorstaan: (1) het moet niet toegeschreven zijn aan een *ghosly realm* van rechtsregelachtige regels die losstaan van enige normale binding met feitelijke rechtsinstituten en (2) het moet de directheid en feitelijkheid behouden: niet-denkebeeldige natuurrechtelijke rechten die onderdeel zijn van het normale waarnemingsvermogen. Feinberg wenst aldus een definitie waarin de rechtvaardigingsgrond geen hypothetische actie is, maar eerder de claim van een aanwezig natuurrecht zelf.

Feinberg meent dat een betere definitie eenvoudiger geformuleerd kan worden:

"The candidate moral right turns out to be a genuine moral right if and only if the act/policy of maintaining or introducing it into the system of conventional rules is, in the actual present social circumstances, justified by the correct principles of

⁴² Feinberg, "In Defence of Moral Rights", 163.

⁴³ Sumner, *The Moral Foundation of Rights*, 119.

⁴⁴ Feinberg, "In Defence of Moral Rights", 164.

moral justification, whichever they are. ... On this simpler and more natural reconstruction, a purported moral right is a genuine moral right if and only if it is validated as such by correct moral principles. More precisely, it is a genuine moral right if and only if its truth follows from true premises, at least one of which is a moral principle.”⁴⁵

In Feinbergs eigen, van Sumner afgeleide, visie op het natuurrecht maakt hij gebruik slechts gebruik van een gedeelte van Sumners theorie: hij geeft een verklaring voor het ogenschijnlijke natuurrechtelijke recht en de juiste principes van morele rechtvaardiging, wat deze ook moge zijn.⁴⁶

Feinberg ziet natuurrechtelijke rechten als een essentieel contrast met rechtsregels van menselijke instituties of van haar ingebeelde hemelse tegenhanger:

“But my simpler account has the added advantage of preserving the direct and indicative character of rights claims, which is assumed, at least in our time and in our culture, by moral common sense.”⁴⁷

3.1.5. De gemeenschappelijke deler

Vanuit deze definities en overwegingen komen een aantal overeenkomsten naar voren:

In de voorbije definities is steeds geconcludeerd dat het natuurrecht niet kunstmatig, maar in de mens aanwezig is en een niet aan verandering onderhevig statisch normstelsel is. Voorts is er bij een natuurrechtelijk recht sprake van een fundamenteel of absoluut moeten, dit in tegenstelling tot het positieve recht waar het gaat om een hypothetisch moeten. Het natuurrechtelijk recht heeft van nature voor *gelding* geen dwang nodig, immers het recht wordt verondersteld altijd aanwezig te zijn, dit zegt echter niets over de mogelijkheid tot handhaving. Kelsen is dan ook onjuist wanneer hij stelt dat een natuurrechtelijk recht voor handhaving geen dwang nodig heeft. ⁴⁸ Dit is onjuist. Het natuurrecht heeft absolute gelding.

Dat de natuurrechtstraditie uitgaat van een metafysische theorie zegt niet dat het natuurrecht *gevonden* dient te worden in ‘*some ghostly cosmic system of law*’. Er zijn stromingen in de natuurrechtstraditie die uitgaan van een religieuze aard en/of een onwetenschappelijke benadering kennen, maar dat is zeker niet gemeenschappelijk. Indien er een natuurrechtelijk recht gevonden kan worden, kan zij gevonden worden op een wetenschappelijk verantwoorde wijze.

De lezing van het natuurrecht die in dit onderzoek zal worden gehanteerd wijkt af op de heersende gedachte: de afwezigheid van de scherpe scheiding tussen recht en moraal in het natuurrecht. Het

⁴⁵ Feinberg, 165.

⁴⁶ Feinberg, 165–66.

⁴⁷ Feinberg, 169.

⁴⁸ Klecatsky, Marcic, en Schambeck, *Schriften von Hans Kelsen, Adolf Merkl, Alfred Verdross*, 2:215,216,218,250,255,283,286.

natuurrecht is in de meeste theorieën een moreel recht. Feinberg stelt dat het is slechts dan een waarlijk natuurrecht alleen indien de waarheid volgt uit een uitgangspunt dat op waarheid berust, in ieder geval is één ervan een moreel principe. Aan deze beschrijving zal de scheidbaarheid thesis worden toegevoegd: in ieder geval is één ervan een principe zonder noodzakelijke verbinding met moraal. Wanneer *het recht op leven* een natuurrechtelijk recht blijkt te zijn is het recht op leven geen natuurrechtelijk recht omdat dit goed of juist is, maar omdat het is opgesloten zit in het menszijn. Omdat het natuurrecht onlosmakelijk verbonden is aan het menszijn is er geen sprake van goed of juist. Zoals het zijn van een mens of de aarde waarop zij wandelt niet iets goed of juist is, zo is ook het recht dat voortkomt uit dit menszijn niet iets goed of juist.

Hieruit volgt dat natuurrechtelijke rechtsregels, indien zij bestaan:

- (1) niet het gevolg van een rationeel ontwerp zijn, zij zijn niet kunstmatig;
- (2) een beroep doen op de menselijke conditie, zij voldoen aan de scheidbaarheid thesis (geen 'ought to be'-theorie)
- (3) mensen, overheden en sociale conventies binden;
- (5) onafhankelijk van positief recht geldig zijn (overlap is mogelijk);

Hieronder zullen deze kenmerken afgewogen worden tegen het rechtspositivisme en zal worden geconcludeerd dat het rechtspositivisme een natuurrechtelijk recht helemaal niet hoeft uit te sluiten.

3.2. Staat het natuurrecht per definitie op gespannen voet met het rechtspositivisme?

Eenvoudig gezegd stelt het rechtspositivisme niets meer dan dat een rechtsregel een rechtsregel is omdat zij bestaat, zij bestaat onafhankelijk van eventuele morele inhoud. Een rechtspositivist maakt een onderscheid tussen 'is' en 'ought', recht hoe het 'is' en hoe het zou moeten zijn. Of zoals Austin Stelt:

"The existence of law is one thing; its merit or demerit is another. Whether it be or be not is one enquiry; whether it be or be not conformable to an assumed standard, is a different enquiry. A law, which actually exists, is a law, though we happen to dislike it, or through it vary from the text, by which we regulate our approbation and disapprobation."⁴⁹

Het moderne rechtspositivisme (vanaf de twintigste eeuw) vult dit door Austin beschreven grondbeginsel aan in een tweetal hoofdclaims over de aard van het recht:

⁴⁹ Austin, *The Province of Jurisprudence Determined*, 157.

- De scheidbaarheid thesīs ('the separability thesis' of 'the social thesis'): het recht is een *sociaal feit* zonder (noodzakelijke) verbondenheid met morele overwegingen. Er is geen noodzakelijk verband tussen recht en moraal.⁵⁰
- De stamboom thesīs ('The pedigree thesis'): recht is dan en slechts dan geldig indien het uit een geldige rechtsbron afstamt.⁵¹

3.2.1. Welk rechtspositivisme

De scheidbaarheid thesīs lijkt een natuurrechtelijke rechtsregel uit te sluiten omdat een natuurrechtelijk recht geen *sociaal feit* is, zij is immers niet het gevolg van menselijke maakbaarheid. Harde Positivisten wijken niet af van het gegeven dat alle criteria van legaliteit afkomstig moet zijn van wat Raz noemt '*social sources*': recht is het product van mensen.

"A jurisprudential theory is acceptable only if its tests for identifying the content of the law and determining its existence depend exclusively on facts of human behaviour capable of being described in value-neutral terms, and applied without resort to moral argument"⁵²

Naast hard positivisme (of 'exclusive legal positivism') zoals verdedigd door onder andere Raz en Shapiro is er gematigd positivisme (of 'inclusive positivism')⁵³ zoals verdedigd door onder andere Hart en Coleman.

Ruim 30 jaar na de publicatie van Harts Concept of Law, kwam de Second Edition van de Concept of Law uit met daarin het inmiddels even beroemde *Postscript* waarin Hart reageert op de kritiek van Dworkin en (in mindere mate op) zijn andere critics.⁵⁴ In zijn postscript neemt Hart stelling voor

⁵⁰ Raz, *The Authority of Law*, 37.

⁵¹ Himma: "Although positivists have articulated different versions of this thesis, all have this general form: A rule R is a law in a society S if and only if R satisfies Φ , where Φ is a conjunction of various social conditions. For Austin, Φ is "R is a command of the unique person or body of persons habitually obeyed by the members of S, where R is enforced by means of a threatened sanction" For Hart, Φ is "R satisfies the procedural and substantive (if any) requirements of a rule of recognition accepted by officials in S." As is clear in each case, Φ describes conditions that are social and hence factual in character." Himma, "A Positivist Account of Legal Principles", 8.

⁵² Raz, *The Authority of Law*, 39.

⁵³ Het gematigd positivisme komt in de literatuur voor onder verschillende benamingen. Coleman zegt hierover: In *the Postscript*, Hart embraces the form of legal positivism that I have been developing since *Negative and Positive Positivism*. This form of positivism has gone under a variety of names. Wil Waluchow refers to it as "inclusive positivism"; Hart refers to it as "soft positivism"; Dworkin calls it "soft conventionalism." It is most commonly referred to as Inclusive Legal Positivism, which is designed to emphasize the contrast with Raz's Exclusive Legal Positivism. I prefer Incorporationism (...). Coleman, "Incorporationism, Conventionalism, and the Practical Difference Thesis", 382.

⁵⁴ Harts reactie op Dworkin zal onbesproken blijven.

het gematigd positivisme.⁵⁵ Een Gematigd positivist zoals Hart accepteert dat er principes zijn (bijvoorbeeld natuurrechtelijke rechten) die rechtsgeldig zijn vanwege hun waarde of verdienste, maar moraliteit kan slechts dan geldigheid hebben wanneer de erkenningsregel (*rule of recognition*) dit heeft bepaalt.

Coleman noemt dit beginsel incorporationisme (*incorporationism*). Incorporationisme stelt dat moraal een voorwaarde van rechtsgeldigheid kan zijn naast de scheidbaarheid thesis en de stamboomthesis. Coleman stelt dat het bezwaar tegen het incorporationisme niet ziet op de vermeende controverse van moraliteit, maar dat een beroep op moraliteit als een voorwaarde voor rechtsgeldigheid een ondermijning is van de autoriteitsclaim die uitgaat van het recht. Het autoriteitsbegrip sluit, volgens Raz, een onderzoek naar de innerlijke waarde of billijkheid van de wet uit.⁵⁶ Het incorporationisme staat een dergelijke toetsing toe.⁵⁷

Ter verduidelijking: gematigd positivisten verwerpen de stelling dat normatieve feiten of moraal niets kan bijdragen in het recht, maar zij stellen niet dat er een noodzakelijke verbinding is tussen het recht en moraal. Gematigd positivisten menen dat recht en moraal *mogelijk* verbonden zijn. Dit is een gematigder uitleg van de scheidbaarheid thesis dan de uitleg van de harde positivisten die stellen dat er een absolute scheiding is tussen recht en moraal. Het is echter niet zo dat harde positivisten geen enkele verbinding zien tussen het recht en moraal. Voor harde positivisten is de relatie instrumenteel: het recht dient de moraal.⁵⁸ Om de moraal te dienen en de autoriteit van het recht te waarborgen moet er een noodzakelijk onderscheid zijn tussen recht en moraal ofwel een harde uitleg van de scheidbaarheid thesis.

Een ander wezenlijk onderscheid tussen harde en gematigde positivisten ziet op de erkenningsregel. Dit onderscheid komt neer op de kern van het rechtspositivistisch onderzoek: wat is de bron van het recht? Ofwel wat zijn de bepalende factoren die de inhoud van het recht bepalen en van welke waarheden over de aard van de wet stammen deze bepalende factoren af. Waaruit de vragen volgen (a) *What determines legal content?* En (b) *What determines the determinants of legal content?* Volgens Raz is het de *claim to authority*, Volgens Shapiro het de *conjunction of law's moral aim and*

⁵⁵ Hart, *The Concept of Law*, 250.

⁵⁶ In de Wet algemene bepalingen der wetgeving van het Koninkrijk dat inwerking is getreden in 1838 en nog altijd van kracht is staat in artikel 11 een bepaling opgenomen waarvan het lijkt alsof het principe dat Raz later heeft geformuleerd is omarmt: De regter moet volgens de wet regt spreken: hij mag in geen geval de innerlijke waarde of billijkheid der wet beoordelen.

⁵⁷ Coleman, "Incorporationism, Conventionalism, and the Practical Difference Thesis", 384; Raz, *The Authority of Law*, 47.

⁵⁸ Later meer over deze instrumentele relatie tussen recht en moraal (de relatie thesis)

the idea of plans en volgens Hart is, zoals eerder besproken, de ultieme erkenningsregel de bepalende factor voor de inhoud van het recht.

"The determinants of legal content themselves derive from claims about the nature or essence of law or of our concept of it. For Raz, the essential nature of law includes the claim to authority and a distinctive account of the nature of authority. For Shapiro, the essential nature of law includes its having a 'moral aim' and its pursuing that aim through a distinctive kind of social activity: planning. The key concept is that of a plan. Together these ideas determine that necessarily only social facts contribute to legal content."⁵⁹

Voor zowel de harde positivisten als de gematigde positivisten zijn sociale feiten de bepalende factoren voor het recht, alleen de conceptuele benadering is verschillend.⁶⁰

In deze verkenning zal worden uitgegaan van een middenweg tussen het harde positivisme en het gematigde positivisme. Bij gebrek aan een betere benaming en met welgemeende verontschuldiging voor de dubbelzinnigheid zal ik deze middenweg *half hard positivisme* noemen. De reden hiervoor is dat de overtuiging ontbreekt dat er een snoeiharde scheiding te maken valt tussen het harde positivisme en het gematigde positivisme, zoals ook de overtuiging ontbreekt dat wanneer een lijn kan worden getrokken er een absolute waarheid in één der kampen te vinden is. Het half hard positivisme *durft* te breken met een onderscheid tussen hard en gematigd positivisme omdat het doel niet is het ongelijk van de ander aan te tonen, maar met inzichten uit beide stromingen het rechtspositivisme te helpen ontwikkelen.

De basis van het half harde rechtspositivisme blijft zoals in iedere rechtspositivistische theorie overeind: de bepalende factor voor recht is een speciaal soort sociale feiten. Het stichtende sociale feit van een rechtssysteem en de oorsprong van de legaliteit van rechtsregels is een ultieme

⁵⁹ Coleman, "The Architecture of Jurisprudence", 73.

⁶⁰ Coleman: There is even more to see if we now focus on the ways in which Raz and Shapiro go about defending and characterizing what each takes to be law's essential features. For they not only identify different features of law as essential to it, but they defend their claims in very different ways. In Raz's overall argument, the key idea is that of the service conception of authority, but it is well known that Raz's argument for that conception is explicitly normative. The Razian argument for the sources thesis, then, is really a mixture of conceptual claims and normative ones. The 'positivistic' claim about legal content ultimately rests on alleged truths about the nature of law and the nature of authority; importantly, whereas the claim about the nature of law is itself a conceptual claim, the claim about authority is a normative claim and it is defended as such. So we have a positivistic first-order metaphysical claim supported by a conceptual claim (about the nature of law) and a normative defense of another claim (about the nature of authority). Not so for Shapiro. For Shapiro, laws are plans. But Shapiro's argument for laws as plans is not normative in the same way that Raz's argument for authority is. Nor is Shapiro's account of what plans are normative. Thus, in his case, we have the same 'positivistic' claim about legal content derived from conceptual claims about the nature of law and about the nature of plans. There is no normative argument in sight. No normative or moral considerations are doing any heavy lifting. In this regard, Shapiro is more like Hart than like Raz. Yet, unlike Hart who, like me, rejects the (**harde uitleg van de*) sources thesis, Shapiro, like Raz, endorses it. (Coleman, 74.)

* door auteur toegevoegd

erkenningregels. De ultieme erkenningregels is in deze verkenning minder vaag geformuleerd of minder ambigu dan de poging van Hart, integendeel: de ultieme erkenningregels is een sociaal feit en wel een sociaal verdrag. Deze verkenning is echter geen puur gematigd rechtspositivistische theorie omdat het half hard positivisme een sterke scheiding tussen recht en moraal veronderstelt.

Misschien nog wel het meest controversiële van het half harde positivisme is dat er – wanneer sprake is van natuurrechtelijke rechtsregels – een relatie bestaat tussen het recht en het natuurrecht. Natuurrecht is (net als moraal in het oorspronkelijke rechtstheoretische debat) geen onderdeel van het recht (immers recht is een constructie, natuurrecht niet)⁶¹, maar er bestaat wel een instrumentele relatie tussen recht en natuurrecht: het recht staat het natuurrecht ten dienst.

Samengevat omvat het half hard rechtspositivisme de volgende theses:

- Een harde uitleg van de scheidbaarheid thesis ('the separability thesis' of 'the social thesis'): het recht is een *sociaal feit* zonder verband tussen recht en moraal⁶² en hiermee samenhangend;
- De relatie thesis: indien natuurrechtelijke rechten bestaan en slecht dan, dan is er een onverbreekbare relatie tussen het recht en het natuurrecht waarin het recht dienstbaar is ten opzichte van het natuurrecht;
- De stamboom thesis ('The pedigree thesis'): recht is dan en slechts dan geldig indien het uit een geldige rechtsbron afstamt. en hiermee samenhangend;
- De taakgerichtheid thesis: recht bestaat slechts dan *of* recht heeft autoriteit slechts dan indien zij doet waarvoor het recht is geconstrueerd te doen.

3.2.2. Half hard positivisme en de scheidbaarheid thesis

Het half hard positivisme is in beginsel niets meer dan een exercitie in het verklaren van het recht zoals het is: het doel van de rechtstheorie (*jurisprudence*) is de daadwerkelijke rechtspraktijk te beschrijven. De rechtstheorie moet zich niet branden aan de vraag wat recht zou moeten zijn.

Coleman formuleert dit treffend:

"Hart (and Shapiro, I, and others) believe that jurisprudence does not begin by trying to determine which features of law are important or interesting. It begins by asking whether there are features of law that are essential, or, in an appropriate

⁶¹ Wellicht is de term 'natuurregel' geschikter dan natuurrecht, immers in deze verkenning is (de bron van) een recht uiteindelijk een sociaal feit. Een natuurrecht is geen sociaal feit en een sociaal feit zoals de ultieme erkenningregels is niet haar uiteindelijke bron. Echter om gezeik te voorkomen en de leesbaarheid niet onnodig te belasten zal verder worden gesproken van een natuurrecht.

⁶² Raz, *The Authority of Law*, 37.

sense, necessary to law or to our concept of it: essential to our concept in the sense that a social practice that fails to have them could not qualify as law. If they exist, these features do not depend on a controversial theory of law's proper function, but on an understanding of what the law is. Are there such features, and can we identify them without recourse to a contestable view of law's proper function? Hart believed there were such features and that we could identify them without recourse to a controversial, normative account of law's purpose."⁶³

Inmiddels is duidelijk dat het rechtspositivisme het recht gescheiden ziet van moraal of, gematigder geformuleerd, dat er een niet noodzakelijk verband mogelijk is tussen recht en moraal.

Veelgehoorde kritiek op de harde uitleg van de scheidbaarheid thesis is een argumentatievorm waarin er *slecht* recht kan bestaan dat voldoet aan de scheidbaarheid thesis (geen moraal en een sociaal feit) en dat dit slechte recht afkomstig is uit de juiste bron. Het antwoord op dit vermeend geldige recht is dat er moraal nodig is om dit recht te corrigeren of de geldigheid ervan weg te nemen. Dit punt van kritiek kan eenvoudig verworpen worden. Recht verliest haar autoriteit wanneer het recht niet voldoet aan de opdracht van het recht die geformuleerd is in de bron⁶⁴, de ultieme erkenningsregel. Recht heeft geen normatieve toetsing nodig, de ultieme erkenningsregel, een eerste sociale feit, geeft het recht een uitvoeringstaak, dat komt neer op niets minder dan het uitvoeren van het sociaal verdrag, en bepaald dus ook de reikwijdte van het recht. Ieder voorbeeld van intrinsiek slecht recht is ongetwijfeld moreel verwerpelijk en met een zelfde waarschijnlijkheid valt ieder voorbeeld van intrinsiek slecht recht per definitie buiten de reikwijdte van het recht. De moraal is correctie is dan ook helemaal niet van toepassing.

Het natuurrecht zoals hier geformuleerd is vrij van moraal: wanneer er natuurrecht bestaat en voldoet aan de kernmerken zoals eerder besproken, dan voldoet ook het natuurrecht aan de scheidbaarheid thesis, in ieder geval een gematigde uitleg van de scheidbaarheid thesis: er is geen noodzakelijke connectie tussen natuurrecht en moraal.

Bovengenoemde definitie van het natuurrecht stelt dat als er natuurrechtelijke rechtsregels zijn dat deze rechtsregels verbonden zijn met het menszijn, zij is afhankelijk van de menselijke conditie. Van een 'ought-to-be'-theorie wordt nadrukkelijk afstand gedaan, het natuurrecht is alleen geen menselijk construct. De scheidbaarheid thesis blijft half overeind staan: natuurrechtelijke rechten zijn geen sociale feiten én bestaan niet uit moraliteit, het zijn waardevrije rechten die aan het menszijn worden toegeschreven. Deze vorm van de scheidbaarheid thesis voldoet aan de eisen van Raz, het gaat om natuurrechtelijke rechten die uitsluitend gebaseerd zijn op de menselijke aard en

⁶³ Coleman, "Incorporationism, Conventionalism, and the Practical Difference Thesis", 289–300.

⁶⁴ Zie onder: 3.2.4.

beschreven kunnen worden in moraal-vrije condities. Deze vorm komt tevens tegemoet aan de wensen van het gematigd positivisme en de critcasters van het rechtspositivisme: er zijn mogelijk rechten die onafhankelijk van sociale instituties bestaan.

Het natuurrecht is echter geen onderdeel van het recht, immers indien natuurrecht binnen de reikwijdte van het recht valt, dan valt natuurrecht in de sfeer van de autoriteit van het recht (hangt het dus onder de ultieme erkenningsregel) en voorzien secundaire regels in de mogelijkheid deze natuurrechten te veranderen. Dit gaat in tegen de condities van het natuurrecht. Indien er natuurrecht bestaat, dan is het natuurrecht gescheiden van het recht, maar dat neemt niet weg dat het natuurrecht indien zij bestaat wel verbonden is aan het recht. Deze verbinding komt naar voren in de relatie thesis.

3.2.3. Half hard positivisme en de relatie thesis

De relatie thesis stelt dat indien er natuurrechtelijke rechten bestaan en slecht dan, dan is er een onverbreekbare relatie tussen het recht en het natuurrecht waarin het recht dienstbaar is ten opzichte van het natuurrecht.

De relatie thesis is een afgeleide van Raz zijn *'service conception' of authority*.⁶⁵ Coleman parafraseert Raz als volgt:

"(...) exclusive legal positivism is the conclusion of an argument that relies on the premise that *law and morality are necessarily connected* in a distinctive way. Here, the idea is that the place of law is in general determined by morality, and that specifically its place is to serve morality. *Necessarily, law is an instrument in the service of morality*. The third thing to note is that law serves morality through the mechanism of authoritative directives. Essential to law is its claim to being a legitimate authority - that is, its claim in fact to serve morality."⁶⁶

Het half hard positivisme stelt dat er relatie bestaat tussen het recht en natuurrecht op een wijze waarop Raz een relatie ziet tussen recht en moraal. Indien er natuurrecht bestaat, dan is het recht en het natuurrecht noodzakelijk verbonden en is het recht er om het natuurrecht te dienen: het recht is een instrument in dienst van het natuurrecht.

Ter verduidelijking zal louter illustratief ervan worden uitgegaan dat er natuurrechten bestaan en wel drie: *life, liberty and the pursuit of happiness*. Ieder mens heeft door het mens-zijn deze drie fundamentele rechten. Het is aan ieder mens voor zich om te bepalen hoe deze rechten worden

⁶⁵ Raz, *The Morality of Freedom*, 55–56.

⁶⁶ Coleman, "The Architecture of Jurisprudence", 52.

uitgeoefend, er is geen normatieve begrenzing. Al snel blijkt dat het uitoefen van deze rechten het minst kracht kost en de kans op succes het grootst is door zich te verenigen. Deze vereniging gaat gepaard met afspraken. Het recht van de sterkste maakt plaats voor een geweldverbod en men spreekt af wat te doen bij geschillen teneinde ieders recht op leven, vrijheid en het najagen van geluk zo efficiënt mogelijk beschermen. Het recht heeft een instrumentele functie, het staat de natuurrechten ten dienst. Het recht is tevens begrensd, de reikwijdte is niet meer dan wat is afgesproken.

3.2.4. Half hard positivisme en de stamboom thesis

De stamboom thesis is, naast de scheidbaarheid thesis, het tweede kernprincipe uit de rechtspositivistische traditie. De stamboom thesis stelt dat rechtsgeldigheid of legaliteit voortkomt uit *sociale feiten*. Het positivisme waarvan Hart de geestelijk vader is voldoet aan deze stamboom thesis.

Zoals eerder besproken reguleren Hart's primaire rechtsregels het gedrag van mensen. Omdat het recht is gebaseerd op sociale feiten (sociale praktijken, gewoonten en tradities) en sociale feiten zich kunnen ontwikkelen is een zekere mate van flexibiliteit van rechtsregels nodig. Om deze flexibiliteit mogelijk te maken introduceert Hart de secundaire rechtsregels. Hieronder zal dieper worden ingegaan op de één van de secundaire regels: de erkenningsregel en uiteindelijk de ultieme erkenningsregel.

Een van de kerneigenschappen van de erkenningsregel is dat zij bepaalt welke ambtsdragers de autoriteit hebben om nieuw recht te scheppen of te beperken en wie onder welke voorwaarden recht mag toepassen. Een andere belangrijke kerneigenschap van de erkenningsregel is dat de erkenningsregel bepaalt of regels wel daadwerkelijk rechtsregels zijn, de erkenningsregel maakt het verschil tussen een gewoonte en een rechtsregel. Eenvoudiger gezegd:

"The Positivist answer, then, to the conceptual question, "What is law?" is in essence: "Whatever satisfies the criteria of a society's Rule of Recognition," where the Rule of recognition is a social rule."⁶⁷

De erkenningsregel is een sociale regel, maar wat mag worden verstaan onder een sociale regel?

⁶⁷ Leiter, "Legal Realism and Legal Positivism Reconsidered", 288.

"A social rule exists in a society when we find patterns of convergent behaviour in accord with the rule, and we find that participants in the practice view the rule as a standard of conduct to which they appeal both to justify their own conformity to the rule and to criticize those who deviate from the rule."⁶⁸

Hiermee is allerm minst duidelijk wat Hart beoogt met een erkenningsregel, een punt van kritiek is dan ook dat hij nooit duidelijk heeft gemaakt wat nu onder die erkenningsregel moet worden verstaan.

"Hart never tell us, for example, what kind of rule the rule of recognition is: is it a duty imposing or power conferring rule? Nor does he identify the rule of recognition's audience: is it a rule practiced only by judges or by all legal officials?"⁶⁹

Volgens Hart heeft ieder rechtssysteem minstens één erkenningsregel nodig om de geldigheid van de andere rechtsregel te waarborgen. Regels die voldoen aan het bepaalde uit de (ultieme) erkenningsregel zijn rechtsregels en ambtsdragers moeten deze regels als zodanig erkennen.

De ultieme erkenningsregel is een sociale regel. Allereerst omdat de erkenningsregel niet kan bestaan zonder sociale feiten. Ten tweede omdat het een standaard stelt over een hele groep.⁷⁰

"Members of this group do not accept this rule "for their part only," but rather treat the standard it sets out as the official way in which the law is to be determined in their community."⁷¹

Omdat de erkenningsregel een sociale regel is heeft het de mogelijkheid een ultieme regel te zijn. Ultiem in de zin dat zij van haar bestaan niet afhankelijk is van andere regels, haar bestaan is zeker vanwege de acceptatie en gebruik in een samenleving. De ultieme erkenningsregel valideert andere rechtsregels, maar is zelf niet gevalideerd.⁷² Hart beschrijft dat het bestaan van de ultieme erkenningsregel mogelijk is door een intern gezichtspunt (*internal point of view*). Coleman noemt dit het toewijding gezichtspunt (*committed point of view*):

"The internal point of view is the committed point of view. It expresses the idea that sometimes a rule is action-guiding because it is viewed by those to whom it applies as reason-giving. Those who accept rule from an internal point of view see the rules as reason-giving in virtue of their being rules rather than in virtue of the sanction that might attend noncompliance with them. (...) It (ultieme erkenningsregel) is a social rule. It's existence is made possible by a practice accepted from the internal point of view."⁷³

⁶⁸ Leiter, 287.

⁶⁹ Shapiro, "What is the Rule of Recognition (and does it exist)?", 4.

⁷⁰ Hart, *The Concept of Law*, 110.

⁷¹ Shapiro, "What is the Rule of Recognition (and does it exist)?", 5.

⁷² Hart, *The Concept of Law*, 107–8; Shapiro, "What is the Rule of Recognition (and does it exist)?", 5.

⁷³ Coleman, "Incorporationism, Conventionalism, and the Practical Difference Thesis", 391.

Natuurrecht, indien aanwezig, heeft geen validatie nodig, zij heeft onafhankelijke gelding en bindt personen, overheden en sociale conventies. Het gecodificeerde recht, rechtsregels in het ons bekende rechtssysteem, hebben wel de ultieme erkenningsregel nodig om bindend te zijn. Tussen het natuurrecht en het gecodificeerde recht moet dus een verbindingsstuk zijn, een ultieme erkenningsregel waaruit blijkt dat een individu een gedeelte van zijn vrijheid opgeeft en een sociaal instituut de mogelijkheid geeft bepaalde zaken te organiseren.

De sociale regel die in deze verkenning de ultieme erkenningsregel vormt is meer zoals Kelsen's *grundnorm*, a presuppositie, een theoretische noodzakelijkheid.⁷⁴

De ultieme erkenningsregel zoals uiteengezet in het volgende hoofdstuk is misschien wel de meest bekende sociale constructie in de politieke filosofie: het sociaal verdrag.

Het sociaal verdrag als brug tussen natuurrecht en het recht of anders geformuleerd: het sociaal verdrag als brug tussen recht dat een mens van nature heeft en het recht dat geconstrueerd is om de natuurlijke rechten doelmatiger uit te oefenen, is een onorthodoxe uitleg van de ultieme erkenningsregel, maar het sociaal verdrag als de ultieme erkenningsregel is past bijzonder goed:

"The rule of recognition solves the coordination problem of settling on a particular set of criteria of validity. If it is a good idea to have law at all, then it is clearly better that some set of criteria be agreed upon than that there be no agreement, even if individuals differ from one another as to their ranking of the options. The conventionality thesis⁷⁵ allows a variety of possible interpretations of the kind of convention the rule of recognition is."⁷⁶

Kelsen noemt de basisnorm of de ultieme erkenningsregel een bruikbare fictie⁷⁷, en voor het gemak kan het sociaal contract zo worden gezien. Echter, wanneer de samenleving aanneemt dat er een oorspronkelijk verdrag moet zijn geweest, dan kan het sociaal contract ook als een ultieme sociale regel worden uitgelegd. Hoewel een sociale regel altijd de voorkeur heeft boven een bruikbare fictie, maakt het voor het vervolg van deze verkenning geen verschil. Een sociaal verdrag is een sociaal feit dat regels valideert en tot rechtsregels maakt, een daadwerkelijk sociaal feit dat beantwoord aan de stamboom thesis.

⁷⁴ Kelsen, *Pure Theory of Law*, 204.

⁷⁵ Coleman over de conventionality thesis: The conventionality thesis claims that the relevant social fact is a convention among officials. (...) The existence of a conventional rule depends on behaviour and attitude, whereas the existence of normative rule depends on substantive (moral) arguments. (Coleman, "Incorporationism, Conventionality, and the Practical Difference Thesis", 397.)

⁷⁶ Coleman, 398.

⁷⁷ Kelsen, *General Theory of Norms*, 256.

3.2.4. *Half hard positivisme en de taakgerichtheid thesis*

Recht komt uiteindelijk neer op een sociaal feit, recht is een constructie. Anders dan het natuurrecht is het recht een middel, een instrument, en het recht heeft een taak. De taak van het recht volgt logischerwijs uit de oorzaak of de reden van de constructie. Het recht verliest haar toegevoegde waarde en haar autoriteit wanneer de taak of het doel van het recht niet langer meer actueel is of wanneer het construct recht wordt ingezet voor andere doeleinden dan de doeleinden die behoren tot de reikwijdte van de taak van het recht. Kortom, het recht is een middel, geen doel. Zo is ook de autoriteit die uitgaat van het recht een middel, geen doel.

De taakgerichtheid thesis stelt dat recht autoriteit heeft slechts dan indien zij doet waarvoor het recht geconstrueerd is te doen.

Deze thesis komt tot uitdrukking in de ultieme erkenningsregel. De mens heeft rechten overgedragen of beperkt teneinde de kans op een efficiëntere uitoefening van zijn fundamentele natuurrechten of het levensdoel van het individu te vergroten. Het recht is aldus een middel. Brengt dit middel niet langer waar het voor gemaakt is dan heeft de mens het recht niet langer nodig en vervalt de autoriteit van het recht.

3.3. Concluderend

In dit hoofdstuk zijn een aantal (hedendaagse) definities van natuurrecht tegen het licht gehouden en is gezocht naar een gemeenschappelijke deler. Hieruit zijn een aantal overeenkomsten gevonden die in aangepaste versie een werkbare definitie voor het natuurrecht opleveren.

Vanuit de hedendaagse definities is een werkbare definitie gevormd die de standaard is in deze verkenning. Hieruit volgt dat natuurrechtelijke rechtsregels, indien zij bestaan:

- (1) niet het gevolg van een rationeel ontwerp zijn, zij zijn niet kunstmatig;
- (2) een beroep doen op de menselijke conditie, zij zijn waarde vrij (geen 'ought to be'-theorie)
- (3) mensen, overheden en sociale conventies binden;
- (5) onafhankelijk van positief recht geldig zijn (overlap is mogelijk);

Vervolgens is gesteld dat er een tussenpositie mogelijk is tussen *hard positivisme* en *gematigd positivisme*. Namelijk het *half hard positivisme* waarin niet de moraal, maar het natuurrecht een positie heeft. Het half harde positivisme is onderscheidend omdat het half harde positivisme niet tracht het ongelijk van ofwel het harde positivisme ofwel het gematigd positivisme aan te tonen,

maar met de waarheden uit beide theorieën het rechtspositivisme te versterken. Naast een harde uitleg van de scheidbaarheid thesis zoals bekend onder harde positivisme, is er een relatie thesis die de relatie tussen natuurrecht en het recht verklaard. Daarnaast blijft de stamboom thesis, de standaard van iedere rechtspositivistische theorie, overeind. De stamboom thesis voorziet echter onvoldoende in het bepalen van de reikwijdte en de instrumentele rol van het recht, dit doet de taakgerichtheid thesis. Recht is slechts geldig indien zij doet waarvoor zij geconstrueerd is.

Met de natuurrechtsdefinitie als hierboven genoemd en het *half hard positivisme* dat geen afbreuk doet aan de 'scheidbaarheid thesis' (of 'social thesis') en de 'stamboom thesis', staat het natuurrecht helemaal niet op gespannen voet met het rechtspositivisme, integendeel. In het volgende hoofdstuk zal blijken dat het sociaal verdrag als de ultieme erkenningsregel de ultieme erkenningsregel is en verklaart nader waarom er recht is en bovenal wat recht niet is.

4. Het sociaal contract en half hard positivisme

Het vertrekpunt van deze verkenning was het rechtspositivisme, in het bijzonder het rechtspositivisme zoals uiteengezet door Hart in diens Concept of Law. Het voornaamste probleem waar het rechtspositivisme geen antwoord op geeft is hoe om te gaan met schendingen van recht dat als *onmenselijk* gekwalificeerd kan worden, een probleem waar het natuurrecht wel een antwoord op heeft. De oplossing van het natuurrecht, de moraal, sluit echter niet aan op het rechtspositivisme. Coleman verwoordt dit treffend:

“Suppose that, in every possible legal system, the community's law completely *coincided* with what was morally correct. This would show only that law and morality are everywhere coextensive, not that they are cointensional. As I understand positivism, it is the intensional (conceptual) relationship between law and morality that counts. Even if law and morality coincide, what *makes* something a moral principle is the fact that it is so in the correct theory of morality; and what *makes* something law is the fact that it satisfies the conditions of legality in the rule of recognition.”⁷⁸

Hoewel in deze verkenning de mogelijkheid van natuurrechtelijke rechten van groot belang is, blijft deze verkenning steeds een aanzet tot een positivistische rechtstheorie. Geheel in lijn met de heersende opvatting blijft ook in deze theorie de claim dat er geen noodzakelijk verband is tussen recht en moraal, een claim die door de natuurrechtstraditie wordt verworpen, bestaan.

“Hart suspected that moral properties might have just questionable metaphysical status, and this is one of the reasons why he sought to provide an account of the law that did not make essential reference to any such properties. ... The aim finds expression in Hart's claim that he was attempting to articulate an account of the law in purely descriptive terms.”⁷⁹

In lijn met Hart is onderzocht of er natuurrecht kan bestaan dat ontstaat is van een noodzakelijke koppeling met moraal en waarbij niet gezocht hoeft te worden in het metafysische; een natuurrecht als onderdeel van het recht, althans een natuurrecht dat verbonden is aan het recht. In het vorige hoofdstuk is een definitie van natuurrecht gegeven dat aan deze omschrijving voldoet, echter is daarmee geenszins vastgesteld dat er natuurrechten zijn en indien zij bestaan op welke natuurrechtelijke rechten een claim gedaan kan worden.⁸⁰

In dit hoofdstuk zal de koppeling gemaakt worden tussen het rechtspositivisme en recht dat als natuurrecht kan worden gekwalificeerd op een wijze die acceptabel is in een rechtstheorie die de

⁷⁸ Coleman, “Rules and Social Facts”, 723.

⁷⁹ Kar, “Hart's Response to Exclusive Legal Positivism”, 395–96.

⁸⁰ In deze verkenning zal niet onderzocht worden of er claimrechten zijn die als natuurrechten gekwalificeerd moeten worden.

middenweg vormt tussen het in het vorige hoofdstuk besproken hard en soft positivisme: het half hard positivisme. Het middel daartoe is het sociaal contract.

Het sociaal contract kent, anders dan bijvoorbeeld het Verdrag betreffende de Europese Unie, geen daadwerkelijk historisch moment, maar volledig hypothetisch kan het sociaal contract ook niet zijn; er heeft daadwerkelijk een transitie plaatsgevonden van een pre-wettelijk stelsel naar een wettelijk stelsel, een actie waarop de latere wet- en regelgeving is terug te voeren. Dit verdrag is de ultieme erkenningsregel, Harts *ultimate rule of recognition*.

Het sociaal contract, haar deelnemers en de transitie van een pre-wettelijk stelsel naar een wettelijk stelsel zullen hieronder nader worden toegelicht.

4.1. Het Sociaal contract

Een sociaal contract, zoals ieder contract, is een overeenkomst waar verbintenissen uit voortvloeien. Bij een verbintenis denkt men vrijwel altijd aan de rechten en plichten die uit het contract voortvloeien – daar zal later uitgebreid op worden ingegaan –, maar minstens zo belangrijk is te beseffen dat verbintenissen tweederecht is, dat wil zeggen het recht dat geldt tussen bepaalde personen die partij zijn bij de verbintenis. Het kenmerk van de partijen zal als eerst worden besproken.

4.1.1. Het sociaal contract: de partijen

Wanneer vanuit een extern gezichtspunt gekeken wordt naar de samenleving vallen een aantal vanzelfsprekendheden op: Er is sprake van een groepje mensen dat zich in bepaalde mate heeft weten te verenigen op verschillende niveaus, van gezin tot maatschappij. Iedere vereniging kent haar eigen mores of conventies, zogenoemde regulerende sociale feiten. Kenmerkend zijn ook de autoriteiten binnen deze verenigingen. Deze autoriteiten staan bekend om de mogelijkheid deze regulerende feiten bij dissonanten af te dwingen, regels aan te passen, maar belangrijker nog deze autoriteiten hebben zichtbaar het vertrouwen van de actoren binnen deze verenigingen om dergelijke beslissingen te mogen nemen. Dit vertrouwen veronderstelt een overdracht van bevoegdheden aan de autoriteit, immers een derde te verzoeken besluiten in jouw naam te nemen brengt mee dat de besluitvaardigheid in zijn geheel, in ieder geval gedeeltelijk, verschuift van de één naar de ander. De meest natuurlijke uiting van dit vertrouwen zie je in het gezin in de verhouding tussen kind en ouders. Het kind is voor het levensbehoud afhankelijk van de besluiten die de ouder(s) namens het kind nemen en (het kind) gaat er steeds vanuit dat de beslissingen in het beste belang

van het kind worden genomen. In de maatschappij komt dit vertrouwen tot uiting in een sociaal feit, een constructie. Deelnemers in een samenleving vertrouwen erop dat de overheid in het belang van de deelnemers beslissingen neemt om het levensbehoud te waarborgen. De overheid regelt hoe eigendom behouden blijft of overgedragen kan worden, dat deelnemers een zekere mate van veiligheid kennen, dat er regelingen getroffen zijn in het geval dat een deelnemer niet (langer) in staat is in het eigen levensonderhoud te voorzien en ga zo maar verder. Er is aldus vertrouwen in de autoriteit en er is een zekere mate van overgedragen beslissingsbevoegdheid. Hieruit volgt dat er een moment moet zijn (geweest) waarop dit vertrouwen en deze overdracht heeft aangevangen.

Gaus stelt dat de crux in het accepteren van een ander als de autoriteit gelegen is in het gegeven dat het oordeelsvermogen wordt overgedragen aan de autoriteit. Illustratief gebruikt hij een scene uit *Casablanca*. Ingrid Bergman zegt tegen Humphrey Bogart dat hij “moet denken voor ons tweeën.” Zij draagt haar beoordelingsvermogen over aan hem, wat zij doet hangt af van wat hij bepaalt. Wanneer wij vrijheid en autonomie⁸¹ hoog achten – met enige terughoudendheid zal voor het doel van deze verkenning uit worden gegaan dat vrijheid en autonomie een plaats binnen het natuurrecht hebben – dan moeten wij wel met enig achterdocht kijken naar autoriteit.⁸² Indien vrijheid en autonomie van vitaal belang zijn voor het mens-zijn mag zelfs worden verondersteld dat het onmogelijk is om volledig afstand te doen van het eigen oordeelsvermogen.

Tocqueville stelt dat een maatschappij niet kan bestaan zonder gemeenschappelijke overtuigingen, in het bijzonder het geloof in het principe van het onbetwistbare vertrouwen in de autoriteit. Politieke autoriteit is nodig om het gemeenschappelijke doel in de maatschappij te bewerkstelligen. Zij die het meest bekwaam zijn in politiek moeten de autoriteit vormen, zoals de meest bekwame timmerman huizen moet bouwen, de anderen moeten gehoorzamen om dit gemeenschappelijke doel te kunnen bewerkstelligen. De politieke autoriteit is de expert. Op grond van later te noemen redenen zal deze kijk op autoriteit, bijvoorbeeld bekend als het collectivisme van Plato, worden verworpen. Politiek kent geen doel: zoveel verschillende mensen, zoveel verschillende wensen, doelen en morele levensstandaarden.⁸³

Oakeshott brengt dit stevig onder woorden:

⁸¹ Autonomie moet niet worden opgevat als een op zichzelf staand natuurrechtelijke recht of een rechts anderszins. Autonomie is het handelingsmechanisme waarmee onvervreemde rechten (al dan niet natuurrechtelijke rechten) naar de wil van het individu ingezet kunnen worden. Autonomie is het proces dat passieve rechten activeert.

⁸² Gaus, *Political Concepts and Political Theories*, 237.

⁸³ Gaus, 238,39.

“The man of this disposition understands it to be the business of government not to inflame passion and give it new objects to feed upon, but to inject into the activities of already too passionate men an ingredient of moderation; to restrain, to deflate, to pacify and to reconcile; not stoke the fires of desire, but to damp them down.”⁸⁴

Met zoveel woorden zegt Oakeshott dat de autoriteit en haar politieke activiteit er niet op gericht is een moreel doel te bereiken. Alleen de onervaren zien de politiek als de manier op problemen op te lossen, maar zij komen er bedrogen en gefrustreerd uit. De politieke taak van de autoriteit, volgens Oakeshott, is secundair, het is de taak van de autoriteit om in haar politieke taak het maatschappelijk leven op zo’n wijze in te richten dat een ieder diens doel, een doel dat mogelijk conflicteert met het doel van een ander, na kan streven.⁸⁵ Het doel is niets anders dan gemeenschappelijke regelingen te treffen voor een groep van mensen die op toevallige wijze bij elkaar zijn gekomen.⁸⁶ Het doel, treffen van gemeenschappelijke regelingen, is louter instrumenteel van aard. De overheid maakt de samenlevingsvorm waarvoor de partijen in de betreffende samenlevingsvorm verblijven mogelijk, ze voldoet aan de taak die de overheid heeft zonder gebruik te maken van een morele agenda.

4.1.2. Het sociaal contract: de natuurtoestand en noodzakelijke overdracht van rechten

“Veronderstel dat er een groot schip op zee schipbreuk heeft geleden en er een aanzienlijk aantal overlevenden die niet in een familiale of nationale relatie tot elkaar staan aanspoelen op een onbewoond eiland. Dit eiland is rijk aan middelen, er is geen inheemse bevolking en bevrijding laat zeker jaren op zich wachten. Deze overlevenden, migranten op het eiland, accepteren het principe dat niemand onder hen een recht heeft op enig aanwezig middel, maar dat er een gelijke verdeling plaats moet vinden.”⁸⁷

Dit van Ronald Dworkin geleende tot de verbeelding sprekende gedachte-experiment benadert wellicht niet de natuurtoestand zoals beschreven door Rousseau of Hobbes, maar wat wel zichtbaar is, is de noodzaak of veroordeling tot samenwerken: de geboorte van een samenleving. Het is zonneklaar dat wanneer een individu of een minderheid zich alle middelen toe-eigent, de meerderheid in opstand komt. Samenwerking is dus onafwendbaar. Die samenwerking komt tot stand volgens bepaalde afspraken of regels, regels die op haar beurt moeten worden nageleefd en gehandhaafd. Dit is niet alleen het begin van een eenvoudig rechtssysteem, maar tevens de geboorte van een eenvoudige politiek maatschappelijke samenlevingsvorm. In deze samenlevingsvorm wordt

⁸⁴ Oakeshott, “On Being Conservative”, 191,92.

⁸⁵ Oakeshott, 192,93.

⁸⁶ Oakeshott, 112.

⁸⁷ Dworkin, “What Is Equality? Part 2: Equality of Resources”, 285.

niet gekozen of en zo ja welke god er aanbeden moet worden. Ook is deze samenleving niet gericht op een gemeenschappelijke moraal, het is handig, maar niet noodzakelijk. De handhaver, de autoriteit in meest eenvoudige vorm, heeft geen andere taak dan het economisch verkeer mogelijk maken en erop toezien dat er niet in strijd met niet-overgedragen fundamentele rechten wordt gehandeld door de autoriteit of deelnemers van de samenleving.

Laten we veronderstellen dat de rijk aanwezige middelen op het eiland geconcentreerd zijn in één fruitboom. Individu A, B en C krijgen op een moment honger en besluiten te zoeken naar voedsel. Nu zij niet verwant zijn aan elkaar, ze spreken misschien een andere taal en begrijpen elkaar niet, gaan ieder voor zich op zoek naar voedsel. A ziet de fruitboom met hoog in de boom de vruchten, de middelen. Om de vruchten tot zich te nemen moet A klimmen. Eenmaal bij de vrucht moet A de vrucht laten vallen, want anders kan hij niet meer naar beneden klimmen. B op zijn beurt ziet A de vrucht op de grond gooien, bedenkt zich dat zij beiden geen bijzonder recht hebben op de vrucht en besluit de vrucht te pakken en te consumeren. Dit uiteraard tot ongenoegen van A. Dit proces herhaalt zich enkele keren, A moet toch de boom in en besluit dat er iets moet veranderen. A maakt met C de afspraak dat A de boom in klimt, de vrucht laat vallen en dat C de vrucht in bewaring houdt tot A weer veilig onderaan de boom staat en dat zij beide de vrucht zullen delen. De gemaakte afspraak of overeenkomst is noodzakelijk voor A en C om de honger te stillen. Uiteraard kunnen zowel A als C zich niet aan de afspraak houden, maar daar hebben zij vooral zichzelf mee. Rationele mensen begrijpen dat de kans op succes in het stillen van de honger groter wordt indien zij zich aan de afspraken houden en zich blijven verenigen, zeker wanneer blijft dat de gene die zich niet aanpast in het geheel geen succes meer heeft. Onderliggend blijft de mens rationeel egoïstisch in staat om naar de toekomst te kijken, niet dierlijk egoïstisch dat slechts in de directe behoefte wil voorzien zonder de gevolgen voor de toekomst te overzien. Naarmate de samenleving groeit worden ook de te maken afspraken complexer en is er op een zeker moment behoefte aan een persoon of groep personen dat zich bezighoudt met de controle op de naleving van de gemaakte afspraken, een autoriteit. De individuen beseffen dat de gemaakte afspraken of regels die de autoriteit namens de individuen mag maken efficiënter zijn dan eigenrichting. Het mogelijk maken van het economisch verkeer en het door handhaving in stand houden van dit economisch verkeer is het enige waarvoor een autoriteit noodzakelijk is, het is de enige reden waarvoor een individu afstand doet van een gedeelte van diens rechten of het beperken van diens autonomie.

Voldoende is het vast te stellen dat er voor de voor ons zo vanzelfsprekende wettelijke fase een natuurtoestand moet zijn geweest. Of de mens in de natuurtoestand nu voor de andere mens een

Hobbesiaans doortrapte wolf is zoals besproken in *'De Cive'*⁸⁸ of de Rousseauiaans welhaast paradijselijke situatie zoals omschreven in zijn *'Discours sur l'origine et les fondemens de l'inégalité parmi les hommes'*⁸⁹, is voor deze verkenning onbelangrijk. Van belang is dat kan worden vastgesteld dat de mens zich op een zeker moment heeft verenigd vanuit een natuurstaat in een geconstrueerde samenleving. Eerst eenvoudig van aard, later ingewikkelder.

4..1.3. Het sociaal contract: inhoud, hoe ernaar te kijken en hoe ermee om te gaan

De deelnemers zijn besproken. Deelnemers die de maatschappij (gaan) vormen zijn ieder voor zich partij in het contract en sluiten dus een overeenkomst met elkaar. In het contract construeren zij een autoriteit. Dit concluderende komen we toe aan de inhoud van het sociaal contract.

Om het sociaal contract op een juiste manier te interpreteren moet een antwoord worden gegeven op de volgende drie vragen:

(1) Allereerst de vraag naar de inhoud van de overeenkomst?

"First, what is the agreement on? Possible answers include the principles of justice (Rousseau, Rawls), the design of the basic social institutions (Rawls), the commitment to give up to a sovereign government (some or all of) one's rights (Hobbes, Locke), the adoption of a disposition to be (conventionally) moral (Gauthier, Hampton)."⁹⁰

(2) Vervolgens de vraag naar hoe naar het sociaal contract te kijken.

"The second question is how the agreement is to be thought of: as a hypothetical agreement? An actual historical agreement? An implicit historical situation?"⁹¹

(3) Tot slot de vraag hoe het contract als construct gebruikt moet worden

"Normative contractarianism uses the contract device primarily as justification, but it may be that Hobbes and Locke thought that there was an explanatory element to the contract device."⁹²

Ad (1) De inhoud van de overeenkomst

In lijn met de hiervoor genoemde illustratie van het verlate eiland en de conclusie van Oakeshott dat een samenleving niet anders is dan een groep van mensen die op totaal toevallige wijze bij elkaar zijn

⁸⁸ Hobbes, *De Cive (The English Version)*.

⁸⁹ Rousseau, *Vertoog over de ongelijkheid*.

⁹⁰ Cudd en Eftekhari, "Contractarianism".

⁹¹ Cudd en Eftekhari.

⁹² Cudd en Eftekhari.

gekomen en dat de taak van de autoriteit niets meer inhoud dan het maatschappelijk leven op een wijze in te richten dat een ieder diens doel na kan streven, moet worden gesteld dat het sociaal contract een zeer behoudende inhoud kent.

Het sociaal contract is een eerste *quid pro quo* overeenkomst, men sluit de overeenkomst met de intentie er op vooruit te gaan, een utiliteitsverbetering. Deelnemers, voor het gemak zal worden uitgegaan van de mens als een egoïstisch rationeel wezen (of het mensbeeld van de homo oeconomicus⁹³), zullen nooit een overeenkomst aangaan waarin zij meer op moeten geven dan zij ervoor terug verwachten te krijgen. Hetgeen door deelnemers wordt ingebracht is beperkt tot het doel van de samenleving. Hoewel dus niet voor een volledige inbreng van de persoon in het sociaal contract zoals door Rousseau beargumenteerd, door de deelnemers zal worden gekozen, beschrijft Rousseau de *moeilijkheid* van de precontractuele fase⁹⁴ op een treffende wijze:

“In het kader van mijn onderwerp kan deze moeilijkheid in de volgende bewoordingen worden geformuleerd: ‘Het gaat erom een vorm van samenleven te vinden die met alle gemeenschappelijke kracht de persoon en de goederen van ieder deelgenoot verdedigt en beschermt, en waardoor ieder, in de vereniging met allen, toch slechts aan zichzelf gehoorzaamt en even vrij blijft als tevoren.’”⁹⁵

De invoering van een regel gaat in de meeste gevallen, wellicht per definitie, gepaard met een verlies van autonomie. Persoonlijke autonomie wordt over het algemeen begrepen als de *capaciteit* om een eigen persoon te zijn, het leven in te richten naar eigen redenen en motieven en niet de redenen of motieven die het product zijn van manipulatie of andere verdraaide externe krachten.⁹⁶ Autonomie in de rechtspolitieke betekenis moet aldus worden begrepen als de mogelijkheid zichzelf te regeren. Autonomie moet dan ook niet worden begrepen als een natuurrechtelijk recht, maar als een capaciteit, een proces. Het niet mogen toe-eigenen van dat wat aan een ander toebehoort is geen inbreuk op een natuurrechtelijk recht van autonomie, maar een beperking van de mogelijkheid, de capaciteit of het proces van autonomie. Zou autonomie een zelfstandig natuurrechtelijk recht zijn

⁹³ Mill zegt over de homo oeconomicus: “Political Economy considers mankind as occupied solely in acquiring and consuming wealth; and aims at showing what is the course of action into which mankind, living in a state of society, would be impelled, if that motive, except in the degree in which it is checked by the two perpetual counter-motives alrove adverted to, were absolute ruler of all their actions. Under the influence of this desire, it shows mankind accumulating wealth, and employing that wealth in the production of other wealth; sanctioning by mutual agreement the institution of property; establishing laws to prevent individuals from encroaching upon the property of others by force or fraud ...” (Mill, “On the Definition of Political Economy; and on the Method of Investigation Proper to It”, 97.)

⁹⁴ Bewust is niet gekozen voor een onderhandelingsfase zoals te doen gebruikelijk bij een bespreking van het sociaal verdrag

⁹⁵ Rousseau, *Het maatschappelijk verdrag*, 56.

⁹⁶ Christman, “Autonomy in Moral and Political Philosophy”.

dan is vervreemding niet toegestaan en als gevolg hiervan zou iedere autoriteit vleugellam zijn, niet in staat een regel in te voeren. Dit neemt niet weg dat het uit de aard of de natuur van de mens voortvloeit dat zij haar eigen leven wenst in te richten en niet van meer autonomie afstand doet dan voor het eigen individuele leven noodzakelijk is. In de precontractuele fase transfereert de individu dan ook niet meer dan dat wat noodzakelijk is voor het bestendig economisch verkeer.

Uit deze uitleg blijkt duidelijk welk type rechten zijn ingebracht en blijkt ook duidelijk dat er heel bewust bepaalde rechten niet zijn ingebracht. Zoals iedere overeenkomst is ook het sociaal contract begrensd tot hetgeen is opgenomen.

Rechten die niet zijn opgenomen zijn evident de rechtsregels die als natuurrechtelijke regels gekwalificeerd kunnen worden. Eerder is al gezien dat er een noodzakelijke relatie bestaat tussen natuurrechtelijke regels en het recht. Het recht is dienstbaar ten aanzien van het natuurrecht, natuurrecht maakt dus noodzakelijkerwijs geen deel uit van het recht. Overlap tussen rechten en natuurrechten is uiteraard mogelijk, maar er is geen noodzakelijke connectie. Natuurrechtelijke regels zijn niet het gevolg van een rationeel ontwerp, immers zij bestonden al voor het sociaal contract. Deze regels doen een beroep op de menselijke conditie en zijn niet noodzakelijk gekoppeld aan moraal, binden mensen, overheden en sociale conventies en zijn onafhankelijk van positief recht geldig. Een deelnemer heeft er geen belang bij dergelijke regels over te dragen aan een autoriteit. De deelnemer blijft autonoom in het beschikken over dergelijke rechten. Een autoriteit heeft geen recht om over deze natuurrechtelijke rechten te beschikken. Het natuurrechtelijke recht blijft van kracht, ook in de relatie tussen deelnemer en autoriteit

Wanneer een autoriteit toch iets doet met (of tegen) een natuurrechtelijk recht, dan is er sprake van schending van het sociaal contract.⁹⁷

Ad (2) en (3) Hoe naar het sociaal contract te kijken en hoe te gebruiken

De twee vervolgvragen hangen met elkaar samen, hoe naar het sociaal contract wordt gekeken valt samen met hoe het sociaal contract te gebruiken.

In het vorige hoofdstuk is gezegd dat er een verbindingsstuk moet zijn tussen het natuurrechtelijke rechten enerzijds en de primaire en secundaire regels anderzijds. Dit sociale feit is het sociaal contract.

⁹⁷ De mogelijke gevolgen van het schenden van het sociaal contract blijven in deze verkenning onbesproken

Durkheim omschrijft een sociaal feit als een categorie feiten met unieke kenmerken: het zijn uitingen van gedragingen, denken en voelen buiten het individu, maar heeft wel een dwingende karakter over het individu. Hieruit volgt, volgens Durkheim, dat zij niet kunnen worden verward met organische verschijnselen, noch met psychische verschijnselen, die niet bestaan behalve in en door het individuele bewustzijn.⁹⁸ Hieruit volgt de volgende definitie van een sociaal feit:

"Our definition will therefore subsume all that has to be defined if it states:

A social fact is any way of acting, whether fixed or not, capable of exerting over the individual an external constraint; or:

which is general over the whole of a given society whilst having an existence of its own, independent of its individual manifestations."⁹⁹

Eerder is de uitleg die Hart verbindt aan sociale feiten al ter sprake gekomen en we zien dat de definitie van Hart niet wezenlijk anders is dan de definitie van Durkheim. De feiten geven de deelnemers een reden om de regels te accepteren en zij die zich niet aan de regels houden zullen bekritiseerd worden. De sociale regels zijn regels die voortkomen uit acceptatiegedrag van de individuele deelnemers tezamen.

Het sociaal contract is een theoretische noodzakelijkheid en een bruikbare fictie, maar dat maakt het niet minder werkelijk. Deelnemers gedragen zich alsof er een sociaal contract is en zich er niet aan houden brengt kritiek met zich mee. Een hedendaags voorbeeld is een staatsgreep. Staatsgrepen kunnen een voorbeeld zijn van het bestraffen van een autoriteit wegens het niet nakomen van het sociaal contract. Het sociaal contract is een sociaal feit.

Het sociaal contract moet worden opgevat als een eerste sociale regel. Een sociaal feit dat sindsdien de gewoonte, *de conventie* is. Nu het sociaal contract niet op een precies historisch moment is terug te voeren, is het moment waarop de onderhandelingen naar het verdrag plaatsvonden niet bepaalbaar. Misschien zijn de onderhandelingen wel nooit gestopt en moet het verdrag worden gezien als een *living instrument*. Behalve dat het sociaal contract gezien kan worden als een sociaal feit dat een autoriteit schept en zorgt dat natuurrechtelijke rechten niet overgedragen zijn, gaat van het sociaal contract ook een legitimerende functie uit. Het is het sociale feit waarop het hele rechtssysteem staat.

⁹⁸ Durkheim, *The Rules of Sociological Method*, 21.

⁹⁹ Durkheim, 27.

4.2. Het sociaal contract als de ultieme erkenningsregel

De ultieme erkenningsregel is een bijzonder sociaal feit. Recht is gezaghebbend wanneer het geldig is onder de ultieme erkenningsregel. De ultieme erkenningsregel bepaalt de voorwaarden waardoor een regel bindend is. Een 'normale' rechtsregel moet terug kunnen vallen op de ultieme erkenningsregel, maar hoeft op zichzelf geen sociaal feit te zijn.

Coleman legt dit treffend uit wanneer hij Hart parafraseert¹⁰⁰:

"First, when discussing how law can be binding, Hart notes that the answer lies in the fact that law consists in rules. What kind of rules? *Social rules!* And what exactly are social rules? They are constructed from existing social practices. Moreover, what makes them binding or authoritative? The fact that they are accepted from an internal point of view. But how does Hart analyze acceptance from an internal point of view? In terms of social behavior, that's how. Rules are accepted from an internal point of view if individuals use them in a certain way, if they characteristically appeal to the rules to provide grounds for criticism and reasons for action."¹⁰¹

De ultieme erkenningsregel is een sociale regel. Het is niet zozeer geldig of juist, hij is er eenvoudigweg. Legaliteit is een kwestie van een sociaal feit.

Het sociale feit dat precies voldoet aan deze criteria is het hiervoor genoemde sociaal contract. Uit dit sociaal contract, een sociaal feit, is de geldigheid van het rechtssysteem en de relatieve beschikkingsbevoegdheid van de autoriteit afkomstig.

Treffend verwoord Rousseau het gevolg van dit sociaal verdrag, deze ultieme erkenningsregel:

"Op hetzelfde moment brengt deze daad van aansluiting een zedelijk en collectief lichaam voort, dat in de plaats treedt van de afzonderlijke persoon van iedere contractant ... Deze publieke persoon wordt door zijn leden Staat genoemd in zoverre het passief is, Soeverein wanneer het actief is, Mogendheid als het met zijn gelijken wordt vergeleken. Wat de deelgenoten betreft, zij dragen gezamenlijk de naam van Volk; ieder of zichzelf beschouwd heten zij burgers in zoverre zij deelhebben aan het soeverein gezag, en onderdanen in zoverre zij zijn onderworpen aan de wetten van de staat."¹⁰²

Accepteren de deelnemende partijen het sociaal contract niet meer, dan valt de autoriteit en alle wetten die van de autoriteit zijn uitgegaan. Het sociaal contract is de ultieme erkenningsregel.

¹⁰⁰ Hart, *The Concept of Law*, 55,56,86-96.

¹⁰¹ Coleman, "Rules and Social Facts", 718.

¹⁰² Rousseau, *Het maatschappelijk verdrag*, 57-58.

4.3. Hoe het sociaal contract het rechtspositivisme en het natuurrecht verenigd

Enerzijds zijn er (mogelijk) *niet-overgedragen* natuurrechtelijke rechten die aan de mens kleven en (universele) gelding hebben. Welke kandidaat natuurrechtelijke rechtsregels daadwerkelijk natuurrechten zijn zal in deze verkenning niet onderzocht worden, wat wel vaststaat is dat de rechten die niet zijn overgedragen in het sociaal contract, rechten zijn die voldoen aan de voorwaarden. Voor nu kan dan ook worden volstaan met het aanwijzen van natuurrechtelijke rechten als die rechten die in de precontractuele fase niet zijn overdragen in het sociaal contract. Anderzijds zijn er de primaire en secundaire rechten in het rechtssysteem door een door deelnemers gedelegeerde autoriteit gecreëerd. Het sociaal contract is de bindende factor.

Model Rechtssysteem in een half hard rechtspositivistische theorie		
<i>Natuurrechten</i>	<i>Primaire en secundaire rechten</i>	
Individuele autonomie en niet overgedragen (natuurrechtelijke) rechten	Sociaal Contract (ultieme erkenningsregel)	Overige wet- en regelgeving die voortkomen uit de eerste overeenkomst
Deelgenoten aan de samenleving	Autoriteit	

Figuur 1: Overzicht rechtssysteem en hun onderlinge relaties

Het hierboven afgebeelde model laat zien dat mogelijke natuurrechtelijke regels geen onderdeel zijn geworden van de primaire of secundaire rechtsregels, maar dat ze wel degelijk – net als het sociaal contract – onderdeel zijn geworden van het rechtssysteem.

Het sociale contract is de bindende factor, het sociale feit dat als een brug fungeert tussen de niet overgedragen rechten (natuurrechten) en de (legitimiteit) van de primaire en secundaire regels. Niet overgedragen rechten hebben het sociale contract niet nodig voor gelding, maar het sociale contract geeft wel de grenzen aan van de reikwijdte van de autoriteit en geeft duidelijk aan dat deze niet overgedragen rechten moeten worden gerespecteerd door de autoriteit en waar nodig moeten worden beschermd.

Natuurrechten in dit model beantwoorden aan de scheidbaarheid thesis (sociale thesis) en de stamboom thesis zoals besproken in het vorige hoofdstuk. Natuurrechten op deze wijze geformuleerd en ingebracht in het rechtssysteem brengt niet mee dat dat er een (noodzakelijke) verbondenheid is tussen recht en moraal. Natuurrechten worden beschermd door een sociale regel, de meest voorname (sociale) regel wanneer het gaat om de legitimiteit van het recht, de ultieme erkenningsregel in de vorm van het sociaal contract. Dit sociale contract stelt noodzakelijke en

voldoende voorwaarden voor rechtsgeldigheid met betrekking tot wie de wet is uitgevaardigd en op welke wijze.

De onderzoeksvraag van deze verkenning kan positief worden beantwoord: de implementatie van het sociaal contractdenken als het ultieme rechtsvormende sociale feit vormt de ontbrekende schakel in het verenigen van een moraalvrije rechtspositivistische rechtstheorie en een hedendaagse uitleg van natuurrechten waaruit blijkt dat er mogelijk rechten zijn die zo fundamenteel zijn dat de geldigheid van deze rechten onafhankelijk is van wetgeving.

5. Conclusie

In de inleiding is uiteengezet hoe rechten die de Adviescommissie mensenrechten voor buitenlands beleid omschrijft als de ‘elementaire rechten gericht op de waarborging van voorwaarden die onontbeerlijk zijn voor de menselijke waardigheid, om bescherming van individuele personen tegen machtsmisbruik door hun eigen overheid en andere overheden’, onder druk blijven staan.¹⁰³ Het is tevens zo dat wetgevers deze rechten tot onderwerp van wetgeving en beleid hebben gemaakt.

Deze verkenning heeft onderzocht hoe het rechtssysteem functioneert en is daarbij uitgegaan van de rechtspositivistische rechtstheoretische traditie. Het rechtspositivisme kent een aantal voorwaarden waarvan de twee belangrijkste de ‘scheidbaarheid thesis’ of de ‘sociale thesis’ en de ‘stamboom thesis’ zijn: rechten zijn uiteindelijk sociale feiten zonder een noodzakelijke verbondenheid tussen recht en moraal en er zijn voldoende voorwaarden voor rechtsgeldigheid met betrekking tot hoe en door wie de wet is uitgevaardigd.

De ‘scheidbaarheid thesis’ veronderstelt dat het recht een sociaal feit is zonder de noodzakelijke verbondenheid met morele overwegingen. Er is geen noodzakelijk verband tussen recht en moraal. De ‘stamboom thesis’ stelt noodzakelijke en voldoende voorwaarden voor rechtsgeldigheid met betrekking tot hoe en door wie de wet is uitgevaardigd.

Daar het rechtspositivisme ‘ought to be’ recht onderscheidt van recht zoals het is, staat het rechtspositivisme op gespannen voet de klassieke natuurrechtsbenadering waarin recht juist wel gekoppeld is aan moraal. Hart heeft op een puur descriptieve wijze het concept van een rechtssysteem getracht in een rechtspositivistische theorie weer te geven.

Hart breekt met de het klassieke rechtspositivisme waarin de bevelstheorie zoals onder andere door Austin geformuleerd centraal staat. Hart bespreekt een eenvoudige samenleving zonder wetgevende macht, rechters en ambtenaren, een samenleving die, zo meent Hart, georganiseerd is door sociale controle. De eenvoudige rechtsstructuur in complexe samenlevingen geeft een aantal problemen en drietal secundaire regels op deze problemen op te lossen:

(1) Wanneer er twijfel ontstaat over wat nu de primaire regels zijn, dan is er geen mogelijkheid om deze (rechts)onzekerheid op te lossen. Een procedure om bepalen wat de regels zijn ontbreekt, of het nu een rechter is of een authentieke tekst. De oplossing is gelegen in ‘erkenningregels’.

¹⁰³ Adviescommissie mensenrechten buitenlands beleid, Collectieve rechten, Advies nr. 19, Ministerie van Buitenlandse Zaken, Den Haag, zonder jaartal, p. 2.

(2) Het is niet mogelijk om regels aan te passen aan nieuwe omstandigheden. Regels zijn statisch of onbuigzaam. De oplossing is gelegen in 'veranderingsregels'.

(3a) Inefficiëntie met betrekking tot geschilbeslechting: Er blijven geschillen ontstaan over de vraag of een regel wel of niet nageleefd is zolang er geen autoriteit is aangesteld om een definitieve beslissing te nemen ten einde het geschil te beslechten.

En daarmee samenhangend:

(3b) Er is niemand met de autoriteit om de regelovertreder te bestraffen. Regelconformiteit is alleen verzekerd middels omslachtige sociale druk of bij bestraffing door individuen of de groep als geheel, een inefficiënte wijze om naleving van de regels te waarborgen. De oplossing is gelegen in 'toewijzingsregels'.

Van groot belang is de meest voorname erkenningsregel, de zogenoemde ultieme erkenningsregel. Hart noemt de ultieme erkenningsregel de regel waar alle andere wetten uit volgen, maar een duidelijke omschrijving ontbreekt. De ultieme erkenningsregel is in ieder geval een sociaal feit. De ultieme erkenningsregel is zichtbaar in de acceptatie van de ultieme erkenningsregel in de rechtspraktijk, beleidsmakers en onder private personen.

Hart voorziet in zijn theorie echter niet in het plaatsen van rechten die de legitimiteit en de wetgevende bevoegdheid van de autoriteit beteugelen, rechten die zo fundamenteel zijn dat zij zelfs zonder codificatie geldig zijn. Rechten die als natuurrechten gekwalificeerd kunnen worden. Het doel is dan ook natuurrechten op een descriptieve wijze te herformuleren en acceptabel te maken voor een rechtspositivistische theorie.

Natuurrechtelijke rechtsregels, indien zij bestaan, zijn niet het gevolg van een rationeel ontwerp, zij zijn niet kunstmatig. Natuurrechtelijke rechtsregels doen een beroep op de menselijke conditie, zij voldoen aan de 'scheidbaarheid thesis' (geen 'ought to be'-theorie). Natuurrechtelijke rechtsregels binden mensen, overheden en sociale conventies en zijn tot slot onafhankelijk van positief recht geldig (overlap is mogelijk).

Deze definitie van natuurrecht is onvoldoende voor harde positivisten of exclusive legal positivism. Volgens harde positivisten moet alle criteria van legaliteit het product zijn van mensen. Naast het harde positivismisme is er ook het gematigd positivismisme of inclusive legal positivism. Gematigde positivisten accepteren dat er principes zijn die rechtsgeldig zijn vanwege hun waarde of verdienste.

In deze verkenning is een theorie ontwikkeld dat de waarheden uit het harde en gematigde positivisme verenigd teneinde het rechtspositivisme te ontwikkelen, het half harde positivisme

Het half harde positivisme gaat uit van traditionele kernprincipes van het positivisme, maar vult deze aan met de relatiethesis (een noodzakelijke relatie tussen natuurrecht en moraal) en de taakgerichtheid thesis (de autoriteit van het recht is beperkt tot haar taak).

Het recht is een dienstbaar instrument voor het natuurrecht. Het recht is geconstrueerd voor die dienstbaarheid. Wat ontbreekt is een sociaal feit dat fungeert als een brug of een schakel tussen de primaire en secundaire regels zoals uiteengezet door Hart en natuurrechtelijke rechtsregels. Het middel hiervoor is de ultieme erkenningsregel. De ultieme erkenningsregel is een sociaal feit. Het sociale feit dat de erkenningsregel vormt is het sociaal contract. De feiten geven de deelnemers een reden om de regels te accepteren en zij die zich niet aan de regels houden zullen bekritiseerd worden. De sociale regels zijn regels die voortkomen uit acceptatiegedrag van de individuele deelnemers tezamen. De ultieme erkenningsregel is niet zozeer geldig of juist, hij is er eenvoudigweg. Legaliteit is een kwestie van een sociaal feit.

De ultieme erkenningsregel is tot uiting gekomen in een sociaal contract.

Het sociaal contract is een eerste quid pro quo overeenkomst, men sluit de overeenkomst met de intentie er op vooruit te gaan, een utiliteitsverbetering. Hetgeen door deelnemers wordt ingebracht is beperkt tot het doel van de samenleving.

Rechten die niet zijn opgenomen zijn evident de rechtsregels die als natuurrechtelijke regels gekwalificeerd kunnen worden. Deze zijn niet het gevolg van een rationeel ontwerp, immers zij bestonden al voor het sociaal contract. De deelnemer blijft autonoom in het beschikken over dergelijke rechten. Een autoriteit heeft geen recht om over deze natuurrechtelijke rechten te beschikken. Het natuurrechtelijke recht blijft van kracht, ook in de relatie tussen deelnemer en autoriteit.

Wanneer een autoriteit toch iets doet met (of tegen) een natuurrechtelijk recht, dan is er sprake van schending van het sociaal contract.

De onderzoeksvraag van deze verkenning kan positief worden beantwoord: de implementatie van het sociaal contractdenken als het ultieme rechtsvormende sociale feit vormt de ontbrekende schakel in het verenigen van een moraalvrije rechtspositivistische rechtstheorie en een hedendaagse

uitleg van natuurrechten waaruit blijkt dat er mogelijk rechten zijn die zo fundamenteel zijn dat de geldigheid van deze rechten onafhankelijk is van wetgeving.

6. Nawoord

Het einde van een aantal jaar studeren in Leiden is met deze scriptie onafwendbaar, met deze scriptie neem ik afscheid van de stad en de universiteit waar ik heel veel aan te danken heb. Deze scriptie is de laatste kans om mijn theorie van het geleerde op papier te zetten, het eenvoudigweg stelling nemen in een uitgekristalliseerd filosofisch discours is niet de manier waarop ik afscheid wil nemen. Het was dan ook een moeilijk, confronterend en uitputtend project, maar dit is waar ik in geloof. Deze scriptie heb ik steeds een verkenning genoemd, het is aanmatigend om het een rechtstheorie te noemen terwijl er nog zoveel is om uit te zoeken. Het is niet af.

Graag wil van de gelegenheid gebruik maken enkele personen te bedanken. Allereerst dr. Verbeek, universitair hoofddocent aan de Universiteit Leiden, begeleider van deze scriptie en bovenal een fantastische mentor tijdens de master Wijsbegeerte van het recht. Dr. Bruno Verbeek was er voor een inhoudelijk gesprek over een bepaald onderwerp, maar ook op een moment dat wij elkaar iets minder konden vinden stond de deur altijd open. Het was persoonlijk een pittige periode waarin ik steeds de steun van dr. Verbeek heb mogen ervaren. In dit woord van dank mag ik mr. Ada Deelder, drs. Marcel Melchers, drs. Patsy Casse en drs. Emile Dingjan niet overslaan. “Help will always be given at Leiden University to those who ask for it.” Ook dank ik mijn vriend Yvo Lauvenberg voor de alcoholische consumpties die nodig zijn om een rechtsfilosofische scriptie te schrijven én, minstens zo belangrijk, de agressieve aanmoediging vol te blijven houden. Dwang doet wonderen. Deze scriptie was voor mij ingewikkeld, als echte rechtspositivist is het natuurrecht een scheldwoord. Al snel merkte ik dat ik hulp van buitenaf nodig had om mij te laten zien dat het zo gek nog niet is. De vrienden die vol tegen mij ingaan dank ik dan ook voor de steun en de gesprekken die ik met jullie mocht voeren, waarmee ik niet zeg dat ik één van jullie serieus neem. De scriptie is af, de flessen whisky nog niet leeg dus laten we het bovenal met elkaar oneens blijven.

Tot slot wil ik stilstaan bij de enorme steun die ik heb mogen ervaren van de enige vrouw die gek genoeg is om samen met mij het leven te willen vieren en verstandig genoeg is om mij zo af en toe in de juiste richting te schoppen. Het was een zware tijd, maar we zijn er nog. Een goede gezondheid zal nooit meer een vanzelfsprekendheid zijn en als gevolg daarvan ook de schoonheid van het leven niet. Lieve Merel, het gaat ons goed.

Een laatste groet aan de Universiteit Leiden, het instituut, mijn eerste liefde in het tweede leven.

Ik wens u allen het beste.

mr. Pim J. Janson

Lijst van geraadpleegde bronnen

- Alkema, E.A. "Juridische Aspecten van de Mensenrechten". In *Mensenrechten, Een publicatie van het Nederlands Gesprekscentrum*, door E.A. Alkema, 36–48, 1990.
- Austin, John. *The Province of Jurisprudence Determined*. Onder redactie van Wilfrid E. Rumble. Cambridge Texts in the History of Political Thought. Cambridge: Cambridge University Press, 1832.
- Bentham, Jeremy. "Anarchical Fallacies". In *The Works of Jeremy Bentham, published under the Superintendence of his Executor, John Bowring*, Vol. 2. Edinburgh: William Tait, 1843.
- Bix, B. *Jurisprudence Theory and Context*. Fourth Edition. London: Sweet & Maxwell, 2006.
- Christman, John. "Autonomy in Moral and Political Philosophy". In *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, onder redactie van Edward N. Zalta, Spring 2015.
<<https://plato.stanford.edu/archives/spr2015/entries/autonomy-moral/>>.
- Cliteur, P.B. *De filosofie van mensenrechten*. Ars Aequi Cahiers Rechtstheorie, deel 1. Nijmegen: Ars Aequi Libri, 1999.
- Cliteur, P.B., en A. Ellian. *Encyclopedie van de Rechtswetenschap II Positief recht*. Vol. 2. 2 vols. Deventer: Kluwer, 2011.
- Coleman, Jules L. "Incorporationism, Conventionalism, and the Practical Difference Thesis". *Legal Theory* 4 (1998): 381–425.
- . "Rules and Social Facts". *Yale Law School Legal Scholarship Repository*, Faculty Scholarship Series, 14, nr. 3 (1991): 703–25.
- . "The Architecture of Jurisprudence". *Yale Law Journal* 121, nr. 1 (oktober 2011): 2–80.
- Cotterell, Roger. *The Politics of Jurisprudence A Critical Introduction to Legal Philosophy*. 2nd Edition. London, UK: LexisNexis, 2003.
- Cudd, Ann, en Seena Eftekhari. "Contractarianism". In *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, onder redactie van Edward N. Zalta. Metaphysics Research Lab, Stanford University, 2018.
<<https://plato.stanford.edu/archives/sum2018/entries/contractarianism/>>.
- Durkheim, Emile. *The Rules of Sociological Method and Selected Texts on Sociology and Its Method*. Onder redactie van Stephen Lukes. Vertaald door W.D. Halls. Second Edition. Hampshire, England: PALGRAVE MACMILLAN, 1982.
- Dworkin, Ronald. *Taking Rights Seriously*. London: Bloomsbury Academic, 1977.
- . "What Is Equality? Part 2: Equality of Resources". *Philosophy and Public Affairs* 10, nr. 4 (1981): 283–345.
- Europees verdrag tot bescherming van de rechten van de mens (1954).
- Feinberg, Joel. "In Defence of Moral Rights". *Oxford Studies in Law* 12, nr. 2 (1992): 149–69.
<https://doi.org/10.1093/ojls/12.2.149>.

- Frey, R.G. *Interests and Rights: The Case against Animals*. Oxford: Clarendon Press, 1980.
- Gaus, Gerald F. *Political Concepts and Political Theories*. Oxford, US: Westview Press, 2000.
- Hart, H.L.A. *The Concept of Law*. Second Edition. Oxford NY: Oxford University Press, 1961.
- Hayek, F.A. "Vol. 1 Rules and Order". In *Law, Legislation and Liberty: A New Statement of the Liberal Principles of Justice and Political Economy*. London, UK: Routledge, 1982.
- . "Vol. 2 The Mirage of Social Justice". In *Law, Legislation and Liberty: A New Statement of the Liberal Principles of Justice and Political Economy*. London, UK: Routledge, 1982.
- Himma, Kenneth Einar. "A Positivist Account of Legal Principles". A dissertation submitted in partial fulfillment of the Requirements for the degree of Doctor of Philosophy. Ann Arbor, MI, 2001.
- Hobbes, Thomas. *De Cive (The English Version)*. Onder redactie van Howard Warrender. Vol. III. The Clarendon Edition of the Philosophical Works of Thomas Hobbes. Oxford, New York: Oxford University Press, z.d.
- Holmes, O.W. "The Path of the Law". *Harvard Law Review* 10 (1897).
- Horwitz, M.J. *The Transformation of American Law 1870-1960*. Oxford: Oxford University Press, 1992.
- Hume, D. *Enquiries Concerning Human Understanding and Concerning the Principles of Morals*. Onder redactie van L.A. Selby-Bigge. Reprinted from 1777 edition, Third Edition. Oxford: Clarendon Press, z.d.
- Kar, Robin Bradley. "Hart's Response to Exclusive Legal Positivism". *The Georgetown Law Journal* 95 (2007 2006): 393–461.
- Kelsen, Hans. *General Theory of Norms*. Vertaald door M. Hartney. Oxford: Oxford University Press, 1991.
- . *Pure Theory of Law*. Vertaald door M Knight. Berkeley: University of California Press, 1967.
- Klecatsky, Hans R., René Marcic, en Herbert Schambeck, red. *Schriften von Hans Kelsen, Adolf Merkl, Alfred Verdross*. Vol. 2. Die Wiener Rechtstheoretische Schule. Wien: Europa Verlag, 1968.
- Leiter, B. *Naturalizing Jurisprudence. Essays on American Legal Realism and Naturalism in Legal Philosophy*. Oxford & New York: Oxford University Press, 2007.
- Leiter, Brian. "Legal Realism and Legal Positivism Reconsidered". *Ethics* 111 (januari 2001): 278–301.
- Maden, van der, Melisa, Marije Malsch, en Jan Keijser, de. "Waarom wil de burger toch steeds dat rechters zwaarder straffen?" *Trema*, nr. mei 2017 (z.d.): 180–83.
- Maris, C.W., en F.C.L.M Jacobs, red. *Recht, Orde en Vrijheid Een historische inleiding in de rechtsfilosofie*. Rechtswetenschappelijke Reeks. Groningen: Wolters-Noordhoff, 1991.
- Mill, John Stuart. "On the Definition of Political Economy; and on the Method of Investigation Proper to It". In *Essays on Some Unsettled Questions of Political Economy*, 1st 1844, 2nd 1874 (2000)., 86–114. Kitchener: Batoche Books, 1844.

- Oakeshott, Michael. "On Being Conservative". In *Rationalism in Politics and Other Essays*, 168–96. London, UK: Methuen & Co. Ltd., 1962.
- Raz, Joseph. *The Authority of Law*. Oxford: Oxford University Press, 1979.
- . *The Morality of Freedom*. Oxford NY: Oxford University Press, 1986.
- Riddall, J.G. *Jurisprudence*. Oxford, New York: Oxford University Press, 1999.
- Rousseau, J.-J. "Discours sur l'origine et les fondemens de l'inégalité parmi les hommes". In *Ouvres complètes*, Vol. III. Gallimard, 1964.
- . *Het maatschappelijk verdrag*. Vertaald door S. Braak, van den en G. Roermund, van. Amsterdam: Uitgeverij Boom, 1762.
- . *Vertoog over de ongelijkheid*. Vertaald door W. Uitterhoeve. Amsterdam: Uitgeverij Boom, 1755.
- Schauer, Frederick. "Rules and the Rule of Law". *Harvard Journal of Law & Public Policy* 14, nr. 3 (Summer 1991): 645–94.
- Shapiro, Scott J. "What is the Rule of Recognition (and does it exist)?" *Yale Law School Public Law & Legal Theory Research Paper Series*, nr. Research Paper No. 181 (z.d.).
- Sophocles. "Antigone". In *Sophocles I*, onder redactie van M. Griffith, R. Lattimore, G.M. Most, en D. Grene, vertaald door E. Wyckoff, 3rd dr., 26–76. The Complete Greek Tragedies. Chicago & London: The University of Chicago Press, 2013.
- Sumner, L.W. *The Moral Foundation of Rights*. Oxford: Clarendon Press, z.d.
- Universele Verklaring van de Rechten van de Mens (1948).
- Veitch, S, E Christodoulidis, en L Farmer. *Jurisprudence Themes and Concepts*. Second Edition. London and New York: Routledge, 2012.
- Wacks, Raymond. *Understanding Jurisprudence An Introduction to Legal Theory*. Second Edition. New York: Oxford University Press, 2009.
- Waluchow, W.J. *Inclusive Legal Positivism*. Oxford: Clarendon Press, 1994.
- Wet houdende algemene bepalingen der wetgeving van het Koninkrijk (1829).
- Witteveen, W.J. "Llewellyn en het rechtsrealisme". *RegelMaat* 2013, nr. 1 (2013): 49–58.