

1 Het verschijnsel 'recht'

Wat is recht? Wat is het verband tussen recht en moraal? Wat is het verband tussen recht en wet? Wat is de rol van de rechter? In de loop van de tijd zijn op deze vragen verschillende antwoorden gegeven. Deze vragen en antwoorden worden kort gepresenteerd in de eerste drie paragrafen van dit hoofdstuk.

Elk van die antwoorden legt de nadruk op een bepaald aspect of bepaalde dimensie van het recht. Het natuurrecht benadrukt het verband tussen recht en moraal (ideële dimensie), zie § 1.1. Voor het rechtspositivisme is de uitvaardiging van (rechts)regels door het bevoegde gezag essentieel (normatieve-juridische dimensie), zie § 1.2. En het rechtsrealisme legt de nadruk op het verband tussen recht en de handhaving ervan (actuele dimensie), zie § 1.3.

Ieder van de drie benaderingen is een eenzijdige benadering van het verschijnsel 'recht'. Het recht kan het beste worden begrepen als een verschijnsel dat een normatieve-juridische, ideële en actuele dimensie heeft. Deze benadering, die in § 1.4 wordt uiteengezet, wordt het drieboeksmodel van recht genoemd.

Het recht is steeds in ontwikkeling. In § 1.5 wordt beknopt een aantal concrete kwesties gepresenteerd, waaruit de vele kanten van het recht blijken. In de afsluitende § 1.6 passeren enkele definities van het begrip 'recht' de revue, om een beter inzicht te geven in de complexiteit van het begrip 'recht' en om toch enig houvast te geven.

1.1 Recht en moraal

Wat is recht? Voor de meeste mensen heeft 'recht' iets te maken met rechtvaardigheid. Recht staat immers tegenover onrecht. Bij onrecht denken we bijvoorbeeld aan gevallen waarin het recht van de sterkste geldt en de machtigen over de zwakkeren heersen door geweld en intimidatie. In zo'n samenleving heerst geen regel, maar willekeur, is geen sprake van orde, maar van wanorde. Recht heeft dus iets te maken met orde, regels, harmonie en vreedzame beslechting van geschillen. Het recht doet dit met behulp van regels, opgevat als *normen*: het zegt wat mag (bevoegdheden), wat niet mag (verboden) en wat moet (geboden). In dit opzicht lijkt het recht sterk op de *moraal*. Ook de moraal geeft ons regels over hoe wij ons in bepaalde situaties behoren te gedragen. En net als het recht houdt ook de moraal verband met rechtvaardigheid, met opvattingen over goed en kwaad. Dit heeft

sommige rechtsgeleerden ertoe gebracht tussen recht en moraal een nauw verband te zien. Voor deze opvatting kan een aantal argumenten worden aangevoerd. Men kan er, allereerst, op wijzen dat rechtsregels onder meer worden gebruikt als reden of rechtvaardiging voor de straffen die men bij overtreding van die rechtsnorm oplegt.

Zo bestaat in ons recht de wettelijke regel dat weggebruikers moeten stoppen voor rood licht. De meeste weggebruikers zullen zich overeenkomstig deze regel gedragen, een enkeling echter niet. Deze loopt dan het risico van een sanctie: een boete of een vrijheidsstraf.

De vraag rijst waarom de meeste mensen zich wél aan de regel houden. Is dat uit angst voor de sanctie? Het is natuurlijk niet uitgesloten dat sommige weggebruikers om die reden de regel naleven. De meesten houden zich echter in eerste instantie aan de regel omdat zij naleving van die regel juist of goed vinden. Omgekeerd straft men niet zozeer omdat de regel dat voorschrijft, maar primair omdat men afwijking van de regel onjuist vindt. De afwijking van de regel vormt dus de reden of rechtvaardiging voor de opgelegde sanctie. Dit laatste wijst er volgens sommigen op dat tussen rechtsnormen en morele normen een nauw verband bestaat. Dat verband is bij een aantal rechtsregels heel duidelijk, zoals bij het verbod een medemens te doden of te mishandelen.

Een tweede argument dat men wel aanvoert voor de stelling dat tussen recht en moraal een nauw verband bestaat, hangt met het eerste samen. De meeste rechtsstelsels, zo stelt men, weerspiegelen de moraal van hun tijd. Als we naar het geldende recht kijken, zien we dat de belangrijkste rechtsnormen in overeenstemming zijn met de heersende opvattingen over wat we juist en onjuist vinden: gelijkheid tussen mannen en vrouwen, algemeen kiesrecht, vrijheid van drukpers, bescherming van werknemers tegen ziekte en werkloosheid, enzovoort. Dat recht en moraal in zo veel gevallen samengaan, wijst er volgens sommigen dan ook op dat het recht onverbreekelijk is verbonden met moraal.

Ten slotte kan men wijzen op de betekenis in het internationale recht van de mensenrechten – rechten met een heel duidelijk moreel karakter. Talrijke landen hebben verdragen afgesloten en internationale organisaties ingesteld met het doel de naleving van de fundamentele rechten van de mens in de verschillende landen te bevorderen en zo nodig af te dwingen.

Een voorbeeld van zo'n organisatie is de Verenigde Naties. De Verenigde Naties is als mondiale organisatie opgericht op 26 juni 1945 te San Francisco en op 24 oktober van dat jaar in werking getreden (de 'Dag der Verenigde Naties'). Nagenoeg alle staten zijn momenteel lid van de Verenigde Naties. Een van de belangrijkste doeleinden van de Verenigde Naties is de bevordering van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden van allen zonder onderscheid naar ras, geslacht, taal of godsdienst.

De Algemene Vergadering van de Verenigde Naties heeft in 1948 de *Universele Verklaring van de Rechten van de Mens* geproclameerd. In de preambule van de Verklaring staat onder meer:

'(...) Overwegende, dat erkenning van de inherente waardigheid en van de gelijke en onvervreembare rechten van alle leden van de mensengemeenschap grondslag is voor de vrijheid, gerechtigheid en vrede in de wereld;
(...) Overwegende, dat het van het grootste belang is, dat de rechten van de mens beschermd worden door de suprematie van het recht, opdat de mens niet gedwongen worde om in laatste instantie zijn toevlucht te nemen tot opstand tegen tirannie en onderdrukking (...).'

In de Universele Verklaring van de Rechten van de Mens worden tot de onvervreembare rechten onder meer gerekend:

- het recht van ieder mens vrij en gelijk in waardigheid en rechten te worden geboren (art. 1);
- het verbod van slavernij (art. 4) en van foltering (art. 5);
- het recht op 'fair trial' (art. 10);
- de vrijheid van godsdienst (art. 18) en van meningsuiting (art. 19).

Zie verder ook de opsomming van grondrechten in hoofdstuk 3, § 3.4.

Aangezien deze rechten, zoals de preambule van de Universele Verklaring van de Rechten van de Mens stelt, onvervreemdbaar zijn, kan geen wetgever deze rechten terzijde stellen. Het komt natuurlijk voor dat in een land een regime aan de macht is dat regels uitvaardigt die strijden met de Universele Verklaring. De machthebbers zullen ongetwijfeld claimen dat de door hen uitgevaardigde wetten recht zijn, maar in het licht van de uitgangspunten van de Universele Verklaring is sprake van onrecht.

Natuurrecht

De opvatting dat tussen recht en moraal een nauw verband bestaat, staat bekend onder de naam van het *natuurrecht*. Het is een theorie van meer dan tweeduizend jaar oud. We komen deze theorie in de Oudheid onder meer tegen bij de Griekse wijsgeer Aristoteles (384-322 v. Chr.) en de Romeinse politicus, redenaar en schrijver Cicero (106-43 v. Chr.), treffen haar in de Middeleeuwen weer aan bij de filosoof Thomas van Aquino (1225-1274), om vanaf de zeventiende eeuw tot het einde van de negentiende eeuw de heersende opvatting in de rechtswetenschap te zijn. In een passage uit het werk van Cicero vinden we een verklaring voor de term 'natuur'-recht:

'Er is een waarachtige wet, een rechte rede overeenkomstig de natuur, aanwezig in allen, onveranderlijk en eeuwig; zij roept de mens tot het goede door haar geboden en houdt hem af van het kwade door haar verboden (...) Het is niet geoorloofd haar

door andere wetten te verzwakken of af te wijken van een van haar voorschriften (...) Noch de senaat, noch het volk kan er ons van bevrijden en er hoeft niemand buiten onze kring gezocht te worden om haar te verklaren en uit te leggen. Zij zal niet anders zijn in Rome dan in Athene, in de toekomst niet anders dan vandaag. Eén enkele wet, eeuwig en onveranderlijk, regeert over alle mensen, in alle tijden.’

Met *natuurrecht* wordt dus bedoeld dat het recht niet primair een menselijke schepping is, maar dat het gegeven is met de natuur van de mens. Anders gezegd, wie bij zichzelf te rade gaat, weet wat goed is en wat kwaad en dus wat geboden is en wat verboden. In de gedachtegang van Cicero spreekt het voor zich dat het recht de burger niet iets kan gebieden of verbieden wat strijdig is met de normen van goed en kwaad. Dat zou er immers op neerkomen dat je verplicht bent te handelen in strijd met de verplichtingen die de menselijke natuur je oplegt. De wetten van de menselijke natuur of rede (de moraal) zijn sterker, dwingender, dan die van de overheid. De burgers zijn dus pas verplicht de wetten van de overheid te gehoorzamen, als zij in overeenstemming zijn met de moraal. Daarom is een immorele of onrechtvaardige wet geen recht. In het Latijn werd dit als volgt uitgedrukt: *lex iniustitia non est lex*. Andersom is van recht pas sprake als haar geen verboden in overeenstemming zijn met de moraal.

1.2 Recht en wet

Er zullen maar weinig mensen zijn die ontkennen dat tussen recht en moraal dikwijls nauw verband bestaat. Het natuurrecht gaat echter een stap verder: het zegt niet dat tussen recht en moraal vaak verband bestaat, maar dat het verband tussen beide noodzakelijk is, in die zin dat de wetten pas recht zijn als zij in overeenstemming zijn met de geboden en verboden van de moraal. Deze stelling gaat sommigen echter te ver.

Beroemd is de kritiek van John Austin (1790-1859) op het noodzakelijke verband dat volgens het natuurrecht tussen recht en moraal zou bestaan. Austin geeft het voorbeeld van een hoogst onbillijke wet die de doodstraf stelt op een onschuldige gedraging. De beklagde kan dan wel voor de rechter aanvoeren dat een doodvonnis in strijd is met de wet van God, maar zijn stelling dat het vonnis geen recht is, zal falen:

‘[T]he court of justice will demonstrate the inconclusiveness of my reasoning by hanging me up, in pursuance of the law of which I have impugned the validity. An exception, demurrer, or plea, founded on the law of God was never heard in a Court of Justice, from the creation of the world down to the present moment.’

Rechters spreken recht naar de wetten van het land, ook al zijn het onrechtvaardige wetten. Men moet zich eerst afvragen of de wet afkomstig is van een bevoegde wet- of regelgever. Is dat het geval, dan is sprake van recht. *Vervolgens* kan men zich afvragen of die wet rechtvaardig is, maar dan stelt men een heel ander soort vraag.

Dat is geen vraag die betrekking heeft op wat recht 'is', maar op wat recht 'behoort te zijn'.

Tegen de natuurrechtelijke stelling over het noodzakelijke verband tussen recht en moraal kunnen nog andere bezwaren worden aangevoerd. Zo heeft men erop gewezen dat tal van wettelijke regelingen niet moreel van aard zijn.

Regels met betrekking tot bijvoorbeeld het wegverkeer hebben niet of nauwelijks betrekking op onze opvattingen over goed en kwaad. Zij danken hun bestaan aan de omstandigheid dat het maatschappelijk verkeer is gediend met duidelijke regels. Of men in het wegverkeer links of juist rechts rijdt is niet van belang. Niet wát men kiest, is belangrijk, maar dát men kiest. Daarom valt de gelding van dit soort regels niet vast te stellen met een beroep op de moraal, maar door zich af te vragen of de regel is uitgevaardigd door een bevoegde wet- of regelgever. Is dat het geval, dan is sprake van een rechtsregel.

Men heeft er verder op gewezen dat het natuurrecht de verschillen die tussen moraal en recht bestaan, miskent. Wat in moreel opzicht voortreffelijk is, hoeft dat in juridisch opzicht helemaal niet te zijn. Vredelievendheid, zachtmoedigheid en vergevingsgezindheid bijvoorbeeld worden algemeen als morele deugden beschouwd, maar het zijn geen juridische deugden. Als niemand voor zijn rechten opkwam, als de verkoper bij de koper niet de koopprijs zou opeisen, als de huurder de verhuurder niet zou aanspreken op zijn recht om de gehuurde woning ongestoord te kunnen bewonen en als de overheid de verschuldigde boetes niet zou innen, zou het recht verloren gaan. In zekere zin is het juist dankzij de zelfzucht van mensen, dat het recht zich kan ontwikkelen.

De discrepantie die tussen recht en moraal in dit opzicht bestaat, wordt onder meer verklaard door het verschil in doel van het recht en van de moraal. Het primaire doel van het recht is een goede ordening van de samenleving, het doel van de moraal de volmaking van het individu. Het recht geeft regels voor de uitwendige gedragingen van mensen; het gaat erom dat men zich aan de rechtsregels houdt, niet wat de motieven zijn om dat te doen. Die motieven spelen in het recht meestal pas een rol als iemand handelt in strijd met de geldende rechtsnormen en de rechter zich de vraag stelt of de onrechtmatige gedraging doelbewust is gepleegd (opzet) of slechts als gevolg van onoplettendheid (schuld).

De moraal daarentegen richt zich primair op de gezindheid van de individuele mens. Een goed mens is niet de mens die zich keurig aan de regels houdt, maar degene die dat om de juiste redenen en met de juiste intentie doet. Die nadruk op de gezindheid leidt er soms toe dat men een handeling in moreel opzicht gerechtvaardigd vindt, hoewel de gedraging naar geldend recht strafbaar is.

Conflicten tussen recht en moraal doen zich bijvoorbeeld voor in gevallen van milieuactivisme (als men in een museum tomatensoep of aardappelpuree over beroemde schilderijen giet, zich vastplakt, of met een groep mensen op de weg gaat liggen). Ook al bewondert men de inzet van de activisten en erkent men