

1 Rechtsfilosofie voor de eenentwintigste eeuw

1.1 Wat is rechtsfilosofie?¹

Dit boek is een inleiding in de rechtsfilosofie. De vraag ligt dan voor de hand: wat is rechtsfilosofie? Daarop is geen eenduidig antwoord, zoals bij veel vragen in de filosofie. We kunnen drie perspectieven op rechtsfilosofie onderscheiden: rechtsfilosofie als activiteit, als inzichten en als theorieën. Deze perspectieven houden verband met elkaar en vullen elkaar aan. Toch is het goed ze te onderscheiden en ons niet te beperken tot één van de drie. Anders missen we een deel van de rijkdom die rechtsfilosofie te bieden heeft.

Ten eerste is rechtsfilosofie een activiteit, namelijk *systematisch en kritisch nadenken over recht*. Dat gaat over algemene vragen zoals de vraag wat recht is en hoe recht verbonden is met de staat en met de moraal. Het omvat ook reflectie over fundamentele vraagstukken en idealen, zoals de rechtsstaat, democratie, grondrechten en rechtvaardigheid. Vaak gaat het ook over concrete vragen, bijvoorbeeld of het recht bepaalde activiteiten zou moeten verbieden of reguleren; denk aan een verbod op boerka's of racistische uitingen op internet, of aan de regulering van euthanasie, drugs en milieuvervuiling. Wat filosofie onderscheidt van gewoon juridisch onderzoek is dat het antwoord op deze vragen niet kan worden gevonden in de gangbare rechtsbronnen. Filosofen gaan meestal voorbij deze bronnen en beperken zich vaak niet tot slechts één rechtsorde zoals de Nederlandse. De activiteit van systematische reflectie op het recht heeft twee hoofdvormen: als beschrijvende verheldering en als normatieve analyse. De eerste vorm richt zich op de verheldering en verklaring van juridische verschijnselen en van juridische beginselen en begrippen, dus op begrip van het recht. Bijvoorbeeld door de vragen te beantwoorden wat recht is, welke functies het vervult in de samenleving, en hoe recht en rechtsstaat samenhangen. Daar zit een normatieve kant aan, zoals we later zullen zien, maar het hoofddoel is het beter begrijpen van het recht en zijn fundamentele beginselen en begrippen. De tweede vorm is normatieve reflectie over het

1 Fragmenten van deze paragraaf zijn eerder verschenen in Taekema & Van der Burg 2020.

wenselijk recht en over fundamentele rechtsbeginselen en waarden. Dan richten we ons bijvoorbeeld op algemene vragen als wat het meest rechtvaardige en efficiënte systeem van belastingheffing is of op concrete vragen over de wenselijkheid van een referendum of een vaccinatieplicht. Overigens is het onderscheid tussen verklarende en normatieve analyse niet scherp; vaak gaan ze in elkaar over.

Ten tweede is rechtsfilosofie een *verzameling inzichten*. Het gaat daarbij vaak om vragen over de normatieve grondslagen van onze democratische rechtsstaat. Een voorbeeld van rechtsfilosofische vragen: wat zijn de rechtvaardigingen voor vrijheid van meningsuiting, en wat leert dat ons over de afweging van deze vrijheid tegen andere grondrechten zoals het discriminatieverbod? Een van de argumenten is de bekende gedachte van de ‘marketplace of ideas’: vrije meningsuiting maakt een open debat mogelijk waarbij het beste idee kan winnen en de waarheid komt bovendien.² Maar er zijn ook andere argumenten, bijvoorbeeld dat een noodzakelijke component van menselijke zelfontplooiing is dat je vrijelijk je gedachten kunt uitdrukken, of dat vrijheid van meningsuiting nodig is om kritische geesten te beschermen tegen machthebbers die liever geen kritiek horen.³ Deze verscheidenheid illustreert al dat er in de filosofie meestal niet één enkel antwoord op een vraag bestaat, maar meerdere. Soms zijn die antwoorden strijdig met elkaar, soms vullen ze elkaar aan. Voor juristen kunnen dergelijke inzichten en argumenten belangrijke bouwstenen zijn voor het construeren van de juridische doctrine als een samenhangend systeem, in het licht van de fundamentele beginselen van de rechtsorde. Maar het kunnen juist ook bouwstenen zijn om die rechtsorde te bekritisieren, omdat deze bepaalde beginselen onvoldoende waarmaakt.

Ten derde is rechtsfilosofie ook een *verzameling theorieën*. Sommige filosofen hebben uitgebreid nagedacht over een bepaald thema, en hebben daarover een samenhangende theorie ontwikkeld. John Rawls heeft bijvoorbeeld een boek geschreven over rechtvaardigheid, Ronald Dworkin over rechten en H.L.A. Hart over recht.⁴ Deze boeken zijn het product van diepgaande systematische reflectie door grote denkers. Toch zijn ze allemaal ingrijpend bekritiseerd door andere filosofen. Zo hebben feministische filosofen de genderbias in Rawls’ theorie blootgelegd en gesteld dat hij te weinig ruimte laat voor onderlinge verbondenheid van mensen en voor zorgrelaties.⁵ En de zwarte filosoof Charles W. Mills stelt dat Rawls’ methode van abstractie te weinig rekening houdt met de structurele onrechtvaardigheid in moderne samenlevingen die het gevolg is van eeuwenlange

2 Hoewel de term ‘marketplace of ideas’ niet in zijn werk voorkomt, komt deze gedachte voor bij John Stuart Mill (1859) 1974.

3 Deze argumenten zijn ontleend aan resp. Marmor 2018 en Dworkin 1978.

4 Rawls (1971) 1999; Dworkin 1978; Hart (1961) 1994. Hun theorieën komen aan de orde in respectievelijk de hoofdstukken 7, 6, en 3.

5 Voor deze zorgethiek (‘ethics of care’) zie Gilligan 1982, een belangrijke inspiratiebron voor de feministische ethiek. Zie over andere feministische kritieken op Rawls paragraaf 7.4.

onderdrukking en slavernij.⁶ Filosofische theorieën zijn altijd controversieel en vaak aanleiding tot debat. Soms leidt een debat tot bijstelling van een theorie, soms tot verwerping ervan. Wie filosofie bedrijft, doet er goed aan om te beginnen met invloedrijke teksten over een bepaald thema. Een lezer mag het ermee eens zijn of – al dan niet gedeeltelijk – oneens. Maar een goede analyse over wat niet overtuigt in zo'n theorie kan de richting suggereren waarin verder onderzoek nodig is. Filosofische artikelen en boeken beginnen daarom vaak met het weergeven van een of meer invloedrijke theorieën om die vervolgens kritisch te analyseren; op basis van die kritiek wordt pas in het tweede deel de eigen opvatting van de auteur ontwikkeld.⁷

Deze drie aspecten van filosofie – systematische reflectie, inzichten en theorieën – hangen met elkaar samen. Om over rechtsfilosofische thema's te kunnen reflecteren, is inzicht nodig in fundamentele vragen rond het recht en de daarop voorgestelde antwoorden. Die inzichten zijn vaak het beste uitgewerkt door allerlei auteurs in boeken en artikelen. Om zelf te kunnen filosoferen, moet je op de schouders van anderen staan en kennis hebben van de rechtsfilosofische literatuur. Je begint met het bestuderen van al beschikbare theorieën voordat je zelf echt aan de slag kunt. Filosofie is een reflectieve en argumentatieve discipline, waarbij wordt voortgebouwd op het denken van anderen. Het is bovendien een discursieve discipline: je gaat in discussie met anderen om je eigen ideeën te toetsen en verder te ontwikkelen. Niet voor niets schreef een van de invloedrijkste filosofen, de Griekse filosoof Plato, zijn werk in de vorm van dialogen. Iedere student van filosofie gaat weer verder in die voortdurende discussie, door de teksten van filosofen te bestuderen, daarover met anderen te praten en vervolgens eigen ideeën te ontwikkelen, ook weer door deze voor te leggen aan anderen.

1.2 Juristen als meesters in institutionele vormgeving

Wat kun je eigenlijk met rechtsfilosofie? Voor rechtsfilosofen is dat meestal geen vraag; het is hun inhoudelijke passie – en soms hun baan. Maar waarom zouden juristen en rechtenstudenten zich in rechtsfilosofie verdiepen? Mijn antwoord is: omdat je daarmee een betere jurist wordt. Om te bepalen wat een goede jurist is, moeten we nagaan wat kenmerkend is voor juridische beroepen. Een voor de hand liggend kenmerk is natuurlijk dat juristen het recht beheersen en gebruiken in hun werkzaamheden. Een tweede kenmerk betreft het doel wat ze daarmee hebben. Het doel van de meeste juridische professies kunnen we het beste omschrijven als institutionele vormgeving, als het structureren van de samenleving of delen daarvan met behulp van het recht.

6 Mills 1997 en 2020; zie hierover paragraaf 7.4.

7 Een voorbeeld hiervan is Hart (1961) 1994 die eerst gedurende drie hoofdstukken de theorie van John Austin analyseert en bekritiseert, om pas daarna zijn eigen theorie te ontwikkelen, mede als antwoord op de tekortkomingen van Austins theorie. Zie hierover paragraaf 3.3.2.

Wat zijn instituties? Voorbeelden van instituties zijn gezinnen, bedrijven, de staat (en zijn onderdelen) en contracten.⁸ Het begrip kan zowel slaan op duurzame sociale gedragspatronen als op organisaties en groepen. Sommige gedragspatronen worden van bovenaf opgelegd, bijvoorbeeld door middel van wetten. Andere gedragspatronen ontstaan in de samenleving van onderop, zoals een familieverband of een samenwerking binnen een bedrijfje. Vaak blijkt het dan na een tijdje toch zinvol om de regels voor samenleving en samenwerking te formaliseren en juridisch vast te leggen. Dat kan bijvoorbeeld in de vorm van een huwelijkscontract, een contract of de statuten van een vereniging of bedrijf. Dan moet er nagedacht worden over hoe dat precies te doen, hoe die instituties vorm te geven door middel van het recht. Daarvoor worden vaak juristen ingeschakeld.

Juristen kunnen daarom worden gezien als meesters in het ordenen van de samenleving (of delen daarvan), meesters in de kunst van de institutionele vormgeving.⁹ Het recht biedt een samenhangende verzameling ‘instrumenten’ om de samenleving te ordenen.¹⁰ Met de Grondwet geven juristen de democratie vorm, met een belastingwet leggen ze burgers en bedrijven verplichtingen op, met een contract regelen ze de relatie tussen partijen en met een bestuursrechtelijk besluit kennen ze een subsidie toe of verlenen ze een vergunning. Juristen ordenen en reguleren de samenleving, of bepaalde onderdelen daarvan. En dat doen ze met behulp van het recht.

Voor dat meesterschap in institutionele vormgeving moeten juristen natuurlijk het geldende recht beheersen. Maar ze moeten ook in staat zijn om goed te analyseren en te argumenteren, om keuzes te maken en te verantwoorden in het licht van achterliggende doelen en waarden. Rechtsfilosofische vaardigheden als kritisch nadenken, analyseren en argumenteren zijn dus noodzakelijke vaardigheden voor iedere jurist.¹¹ Ook de inzichten waar het in de rechtsfilosofie om gaat, zijn relevant voor een gewone jurist. Advocaten die rechters willen overtuigen om nieuwe regels te ontwikkelen rond belediging op online fora moeten kunnen

8 Dit begrip wordt in verschillende disciplines verschillend gebruikt. Ik kies hier voor een vrij ruime omschrijving die aansluit bij wat juristen doen. Over pogingen om het begrip te definiëren, zie Goodin 1996, p. 21.

9 De gedachte van juristen als ‘masters in institutional design’ is ontleend aan de Amerikaanse jurist Lon L. Fuller. Zie daarover Witteveen & Van der Burg 1999. Over institutional design in het algemeen zie Goodin 1996.

10 Het gebruik van de term instrumenten kan misverstanden wekken; in hoofdstuk 8 ga ik hierop verder in.

11 In een interview met het Utrechtse alumniblad *Illuster* (maart 2017) benadrukte Lode-wijk Hijmans van den Bergh, partner van advocatenkantoor De Brauw Blackstone Westbroek, het belang van kritisch nadenken als volgt: ‘In mijn kantoor wordt wel eens gekscherend over aankomende kantoorgenoten gezegd: wij willen dat ze op de universiteit hebben leren denken, kennis van het recht, dat brengen wij ze wel bij. Op die enigszins studentikoze stelling is vast wel wat af te dingen, maar er zit een belangrijke kern van waarheid in.’

beargumenteren waarom dat gerechtvaardigd is in het licht van de democratische rechtsstaat. Wetgevingsjuristen die adviseren over nieuwe wetgeving moeten een wetsvoorstel kunnen evalueren en onderbouwen in het licht van fundamentele rechtsbeginselen en grondrechten. En wie in een scriptie bestaande wetgeving wil bekritisieren en alternatieven wil voorstellen, zal vaak een beroep doen op inzichten die deels aan de rechtsfilosofie zijn ontleend.

Het lijkt misschien minder voor de hand te liggen dat een jurist iets zou hebben aan rechtsfilosofische theorieën. Sommige theorieën in dit boek zijn (voor filosofische begrippen) nog relatief recent, uit de tweede helft van de twintigste eeuw, of zelfs uit de eenentwintigste eeuw. Ze verwijzen vaak naar rechtsordes en naar juridische thema's die niet zoveel verschillen met de huidige samenleving. Maar veel nog steeds gelezen filosofen leefden in de zeventiende, achttiende of negentiende eeuw (voorbeelden zijn Hobbes, Locke, Rousseau, Kant en John Stuart Mill) of zelfs in de Griekse oudheid (Plato en Aristoteles). Wat moeten we met eeuwenoude theorieën die in een totaal andere samenleving tot stand zijn gekomen?

Op zich zijn die theorieën vaak boeiend en inspirerend om te lezen; ook bij geschiedenis of poëzie is de vraag niet primair wat het praktisch nut is. Maar dat is niet de voornaamste reden dat ze hier worden besproken. Veel van die theorieën zijn nog steeds relevant voor het begrijpen van het recht van nu. Het idee van de 'trias politica' van Montesquieu (1689-1755) is nog steeds een kerngedachte van de meeste rechtsordes, inclusief het Nederlandse en het Europese recht. De theorie van John Locke (1632-1704) dat de mens bepaalde natuurlijke rechten heeft, is van grote invloed geweest op de Amerikaanse en Franse Revoluties, op de Amerikaanse Grondwet van 1787 en op de Franse Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen uit 1789. Lockes theorie werkt nog steeds door in ons denken over mensenrechten. Zo zijn er nog veel meer onderwerpen waar het bestuderen van oudere auteurs ons inzicht kan geven in de samenleving van nu. Maar toegegeven, er zijn ook veel delen van de filosofische canon die tegenwoordig achterhaald zijn of zelfs als verwerpelijk worden gezien. Veel filosofen waren racistisch of antisemitisch, verdedigden slavernij en de achterstelling van vrouwen of namen andere verwerpelijke standpunten in. Een voorbeeld daarvan is de eigendomstheorie van diezelfde John Locke, die inhield dat land dat niet bewerkt wordt door landbouw niemandsland was, *terra nullius*. Lockes theorie werd mede gebruikt om te rechtvaardigen dat gebieden waar volkeren vooral nomadisch leefden van jacht en visserij, zoals in Amerika en Australië, door westerse kolonisten in bezit mochten worden genomen.¹²

1.3 De relevantie van rechtsfilosofische theorieën voor de samenleving van nu

In dit boek is ervoor gekozen om alleen die inzichten en theorieën te bespreken die relevant zijn voor het begrijpen van de samenleving en het recht van nu. Een

12 Zie hierover Arneil 1996; Mills 1997, p. 49-50 en p. 67-68.