

VOOR FRANK: OVER WAT ONS SCHEIDT EN WAT ONS BINDT

Hans Crombag

Frank van Dun en ik verschillen in velerlei opzicht van mening. Toch schreven wij samen een boek¹ en al doende viel tussen ons geen onvertogen woord. Want er is ook veel dat ons bindt, in het bijzonder onze weerzin tegen regelneven die beweren het beste met ons voor te hebben. Frank is een verklaarde anarcho-liberaal². Zo noem ik mijzelf niet, maar ook door mijn ziel loopt een anarchistisch draadje: ook ik mag graag wat zand strooien in de machines van de zelfaangewezen bevorderaars van andermans goede leven. En dat deden wij in ons boek, met niet weinig enthousiasme.

Over wat Frank en mij bindt gaat deze bijdrage niet; hij gaat over ons belangrijkste geschilpunt. Dat is van rechtstheoretische aard. Ik heb mij herhaalde malen³ bekend tot het rechtspositivisme, dat ik, in navolging van Herbert Hart⁴, verbind met een utilitaristisch ethisch standpunt; Frank daarentegen betoont zich sinds lang een overtuigd aanhanger van de theorie van het natuurrecht, althans van zijn eigen –ik zou zeggen– Frankiaanse variant daarvan. Deze bijdrage beoogt een kritiek van dat standpunt te zijn, waarbij ik mij laat leiden door zijn weergave ervan in het Werkboek *Metajuridica* van de Maastrichtse Faculteit der Rechtsgeleerdheid, pp. 21-36.

Over de natuurwet als realiteit

Zijn standpuntbepaling begint met wat hij ‘filosofische vooronderstellingen’ noemt, waarvan de belangrijkste is dat er een onderscheid is tussen wat hij “het recht” (*lex*) noemt en recht (*ius*). Met ‘het recht’ bedoelt hij het positieve recht, dat men in wetboeken en jurisprudentie kan vinden, maar ook al die regels die private partijen onderling overeenkomen en, eenmaal overeengekomen, in rechte van elkaar kunnen afdwingen. Het positieve recht valt niet samen met en kan zelfs flagrant in strijd zijn met ‘recht’ dat, zo schrijft hij (p. 21) ‘een realiteit of een werkelijkheid is die een objectieve grondslag levert voor het onderscheid tussen recht en onrecht’. Er is kennelijk een notie van recht die niet samenvalt met het positieve recht, al zullen de makers van het positieve recht doorgaans wel de ambitie hebben dat de door hen te ontwerpen rechtsregels de uitdrukking zijn van hun notie van wat recht behoort te zijn. En ook partijen in een privaatrechtelijke overeenkomst zullen over en weer wel niet gemakkelijk bereid zijn regels te aanvaarden die zij strijdig achten met hun particuliere notie van wat gerecht is.

Ik heb het over ‘een notie’ of idee van wat het recht behoort te zijn. Frank noemt die notie ‘een realiteit’. Hoe weet hij dat het een realiteit is? Het gaat immers niet om iets dat ik op zeker moment of op zekere plaats kan waarnemen, terwijl dat toch de alledaagse omschrijving is van een werkelijkheid. Wie een beweerde werkelijkheid niet gelooft, moet maar gaan kijken, zeggen wij dan, en als men daarbij aan het ongewapende oog niet genoeg heeft, kan men beroep doen op het instrumentarium van de wetenschap. Maar het criterium voor het vaststellen van een werkelijkheid blijft een of andere vorm van waarneming. Derhalve is de vraag: waar, wanneer en hoe moet ik waarnemen opdat ik kan vaststellen dat de notie van recht een werkelijkheid is?

¹ *De Utopische Verleiding*; Amsterdam: Contact, 1997.

² *Dat komt het meest markant tot uiting in zijn Mens, Burger, Fiscus*; Maastricht: Shaker Publishing, 2000.

³ *Het meest uitgesproken in mijn essay ‘Sympathiek, maar naïef’, hoofdstuk 8 in mijn De Man uit Susquehanna*; Amsterdam: Contact, 2000.

⁴ *The Concept of Law*; Oxford: Clarendon, 1961.

Voor het beantwoorden van die vraag doet ook Frank een beroep op ‘de wetenschappen’, zij het op een eigenaardige wijze. Hij schrijft: ‘De wetenschapsbeoefening zou een weinig zinvolle bezigheid zijn als wetenschapsmensen er niet van overtuigd zijn dat het onderscheid tussen waarheid en illusie, schijn en werkelijkheid, realiteit en fantasie een objectieve grondslag heeft.’ Zeker, wetenschapsbeoefenaren nemen voetstoots aan dat er een realiteit is. Er zijn wel filosofen geweest die anders beweerden, maar die zijn door empirici nooit serieus genomen. Men postuleert een werkelijkheid en probeert die te beschrijven en zo mogelijk te verklaren, dat wil zeggen aannemelijk te maken waarom die is zoals hij is. Met dat doel ontwikkelt men een theorie over die werkelijkheid, leidt daaruit toetsbare hypothesen af en doet experimenten om die hypothesen daadwerkelijk te toetsen. Naarmate dat vaker lukt, groeit het geloof in de theorie waaruit die hypothesen zijn afgeleid: de werkelijkheid is blijikbaar zoals wij al dachten dat hij was.

‘Wetenschapsbeoefenaren laten zich (...) niet vlug intimideren door intellectuele praatjes als zou er geen waarheid zijn of realiteit zijn,’ schrijft Frank (p. 22). Wacht even, met het erkennen dat er een werkelijkheid is en zelfs geloven dat hun theorieën ons iets zeggen over relevante delen van die werkelijkheid hebben empirische wetenschappers geen probleem, maar dat de wetenschap op zoek naar de waarheid is, dat zul je slechts weinigen van hen horen zeggen. Het is al weer lang geleden dat ik mijn Amerikaanse vakgenoot Clyde Coombs⁵ tijdens een college hoorde zeggen: ‘You guys want to know the truth. Well, that’s too bad because there is no truth in the empirical world.’ Waarheid bestaat alleen in de (formele) logica⁶, maar die is dan van louter formele aard en enkel geldig binnen de axiomas van de formele theorie.⁷ Zij zegt niets over enige realiteit waarvoor het formele model een handzame beschrijving blijkt te leveren. Een wiskundige model zelf correspondeert met geen enkele werkelijkheid, is een geheel bedacht instrument, een ‘sociale constructie’, die naar in empirisch onderzoek is gebleken voor een deel van een gepostuleerde werkelijkheid vruchtbaar is. Met ‘vruchtbaar’ bedoel ik in dit verband dat het model ons tot nieuwe, tot dan toe wellicht onvermoede, toetsbare en getoetste inzichten over een gepostuleerde werkelijkheid brengt. Aan de vraag of er afgezien van die toetsbare en getoetste werkelijkheid nog een andere, echte werkelijkheid zou kunnen zijn, heeft de gemiddelde onderzoeker geen boodschap. Die vraag is, letterlijk, metafysisch en aan metafysica doen empirici niet.

Over oorsprong en aard van de natuurwet

Zich ten onrechte beroepend op de positivistische wetenschapsopvatting, postuleren Frank en zijn mede-aanhangers van de theorie van het natuurrecht het reële bestaan van recht dat niet samenvalt met en daarom onderscheiden moet worden van het in ieder geval reëel bestaande positieve recht. Maar wat houdt dat primordiale recht dan in en waar komt het vandaan? De antwoorden op deze vraag verschillen nogal tussen de aanhangers van de theorie. Thomas Aquinas, die dit primordiale recht ‘de natuurwet’ noemt –woordgebruik dat ik vanaf hier zal volgen– schrijft daarover: ‘Inter varias opiniones, verius videtur Legem naturalem nihil aliud esse quam lumen naturale ut impressum & participatum a ratione seu Lege aeterna.’⁸ De natuurwet is de uitdrukking van de ‘Lex aeterna’, de eeuwige wet die Aquinas definieert als: ‘Lex aeterna nihil aliud est quam ratio divinae sapientiae,’ de eeuwige wet is een uitdrukking van de goddelijke wijsheid. De mens, geschapen naar Gods beeld en gelijkenis, deelt in de goddelijke wijsheid en die deelname vormt de natuurwet, die hem is ingeschapen in de vorm van zijn geweten of zedelijk bewustzijn. Omdat God wil dat ‘bonum

⁵ Eertijds hoogleraar ‘mathematical psychology’ aan de University of Michigan, Ann Arbor, en auteur van het klassieke *A Theory of Data* (New York: Wiley, 1964).

⁶ En in de theologie, zo valt te vrezen.

⁷ Dat een rechte lijn de kortste verbinding tussen twee punten is, is waar binnen de vlakke meetkunde, maar onwaar in de niet-Euclidische meetkunde. Zie in dit verband: Alfred Tarski, *Logic, Semantics, Metamathematics*; Oxford: Oxford University Press, 1956.

⁸ *Summa Summae, Tractatus de Legibus, Dissertatio II, Art. II.*

est faciendum, malum est fugiendum⁹, is de natuurwet verplichtend, want wie zou een goddelijke gebod durven, althans willen negeren?

Hugo de Groot, in een poging aan de theorie een humanistische grondslag te geven, geeft een ander antwoord op de vraag hoe mensen aan de natuurwet zijn gekomen. De natuurwet bestaat uit regels die mensen in staat zijn zelf te ontdekken enkel door hun (van God gegeven?) rede te gebruiken.¹⁰ Het is volgens hem derhalve een kwestie van nadenken. Wat maakt dat wij ons verplicht voelen om ons aan de natuurwet te houden? Omdat mensen verstandig moeten zijn. Waarom moeten mensen verstandig zijn? Domme vraag natuurlijk: dat is vanzelfsprekend, zoals het bij voorbeeld in de Amerikaanse onafhankelijkheidsverklaring staat: 'Wij houden de volgende waarheden voor vanzelfsprekend, dat alle mensen als gelijken geschapen zijn, en dat zij door hun Schepper begiftigd zijn met zekere onvervreemdbare rechten, waaronder het recht op Leven, Vrijheid en het streven naar Geluk'. De natuurwet mag dan vanzelfsprekend zijn, voor de Amerikanen is zij nog steeds afkomstig van de Schepper en daarom hoog gebod.

Frank, op zoek naar een geheel seculiere definitie van de natuurwet, geeft de volgende definitie (p. 23): het natuurrecht is 'de natuurlijke orde van samenleven', die bestaat uit 'de voorwaarden waaronder samenleven überhaupt mogelijk is' (p. 27), en die, zo voegt hij toe (p. 23), 'overal dezelfde', dus universeel zijn. Wat zijn die voorwaarden dan? Dat zijn voorwaarden 'waaronder de natuurlijke gebeurtenissen een vaste vorm aannemen'. Natuurlijke gebeurtenissen hebben volgens Frank een wetmatig verloop: 'Dergelijke wetmatigheden zijn eigenschappen van de orde van samenleven. Hun uitdrukking in de vorm van formules ("wetten") is geen wilsbesluit, maar een uiting van inzicht in of een hypothese over de voorwaarden van samenleven' (p. 27). Hoe onderling verschillend mensen van nature ook zijn en hoe verschillend daardoor ook de doelen die zij nastreven, zij moeten 'als zij met elkaar willen samenleven (...) bepaalde regels in acht nemen' (p. 27). Aan Ulpianus¹¹ ontleent Frank de precisering dat rechtvaardigheid 'de onwankelbare en bestendige wil (is) om ieders recht te eerbiedigen door eerbaar te leven, anderen niet te benadelen en ieder het zijne te doen toekomen'. En even verder: 'Rechtvaardig zijn is andere mensen –die in objectieve, natuurlijke zin onze gelijken zijn– als zodanig respecteren en in hun eigenheid (vrijheid) laten' (p. 30).

Over de (on)gelijkheid van mensen

Nu kan men vooreerst opmerken dat mensen allerminst van nature gelijk zijn. Integendeel, Darwiniaanse natuurlijke en seksuele selectie maakt ieder uniek is en dus verschillend van alle anderen. Over het postulaat van menselijke gelijkheid merkte Oxford filosoof en eertijds master van All Souls College John Sparrow ooit raillerend op: 'It is said to be self-evident. Well, it had better be, for surely there is no external evidence to support it.'¹²

Mensen zijn van nature niet gelijk. Zij verschillen onderling in hun verlangens en wensen, in hun belangen. Dat leidt tot belangenconflicten en het is nu juist het positieve recht dat daarvoor een oplossing beoogt te bieden, opdat de belangenstrijd niet met geweld, maar vreedzaam beslecht wordt. Zonder zulk recht zouden mensen immers verkeren in wat Thomas Hobbes¹³ 'de natuurlijk toestand' noemde, die hij karakteriseerde als 'the war of every one against every one', en waarvan Bertrand Russell¹⁴ beweerde dat 'necessarily unstable' is en om die reden niet dan slechts kortstondig kan bestaan.

Niettemin zegt ook het positieve recht met zoveel woorden dat mensen *voor de wet* gelijk zijn. Die gelijkheid strekt echter niet verder dan gelijke procedurele behandeling.

⁹ Aquinas, *op. cit.*, Art I.

¹⁰ *Inleidinge tot de Hollandse Rechts-Geleerdheid*, 1631.

¹¹ *Digesten*, I, 1.10.

¹² *Zie diens Too Much of a Good Thing*; Chicago: The University of Chicago Press, 1977. Citaat afkomstig van p. 11.

¹³ *Leviathan*; New York: Collier, 1962 (1651).

¹⁴ *Power*; New York: Norton, 1969 (1935), p. 123.

Materieel bepalen de regels van het positieve recht hoe met menselijke ongelijkheid om te gaan, wiens belang in een concreet geval prevaleert en derhalve niet gelijk wordt geacht aan het belang van een ander. Verkeer dat van rechts komt heeft voorrang, ook al hebben beide verkeersdeelnemers evenveel haast en is a priori niet duidelijk waarom de haast van de een zou moeten prevaleren boven de haast van de ander. De wet had het precies andersom kunnen bepalen, van belang is slechts dat er een regel voor is, opdat verkeersdeelnemers weten waar zij aan toe zijn. Een 'co-ordination norm' noemt Edna Ullmann-Margalit zo'n regel.¹⁵ Het zijn normen die inhoudelijk arbitrair zijn; zij dienen er slechts voor om de omgang van mensen met elkaar voorspelbaar te maken, opdat ieder er rekening mee kan houden.

Dat in geval van faillissement de vordering van de fiscus voorrang heeft op die van particulieren, is voor ons gevoel minder arbitrair, al moet ook bij de afhandeling van een faillissement het gedrag van de erbij betrokkenen gecoördineerd worden. Maar waarom moet de vordering van de fiscus als eerste aan bod komen? Omdat de fiscus het publieke belang dient en om die reden voorrang heeft op dat van particulieren? Dat zou je 'logisch' kunnen vinden, maar je zou met evenveel 'logica' kunnen redeneren dat de fiscus zijn verlies beter kan dragen dan particulieren. Of is het gewoon een kwestie van conveniëntie voor de fiscus? Hoe dan ook, het gaat in zo'n geval om wat Ullmann-Margalit een 'norm of partiality' noemt. Dat is ook het geval wanneer de wet bepaalt dat in geval van noodweer het eigen belang mag gaan voor het belang van de ander. Ook dat vinden wij 'logisch', al is niet gemakkelijk om precies uit te leggen waarom in zo'n geval leven en welzijn van de een prevaleert boven dat van de ander.

Het positieve recht bestaat uit regels die, onder voor ieder gelijke procedurele behandeling, voor velerlei gevallen bepalen wiens materiële belang voorrang krijgt. Niet ieders belang kan tegelijkertijd gelijk gewogen worden; dat is praktisch onmogelijk. Dus hebben wij soms arbitraire 'norms of coordination' en meestal 'norms of partiality' ontworpen en afgesproken, die bepalen wiens belang in concrete gevallen voorrang krijgt. Daarbij dienen gelijke gevallen gelijk behandeld te worden, maar verschillende gevallen mogen verschillend worden behandeld naar de mate van hun verschil, zo luidt de Aristotelische definitie van distributieve of materiële rechtvaardigheid. Maar wat zijn dan precies de (juridisch relevante) verschillen die een ongelijke behandeling mogelijk maken? Onze opvattingen daarover zijn allerminst universeel, zoals rechtsvergelijkende studies ons leren, zij zijn ook veranderlijk in de tijd; zij evolueren. 'Wij mogen de gedachte achter ons hebben gelaten dat toevallige verschillen in huidskleur relevant zijn en verwoede pogingen doen onszelf ervan te overtuigen dat toevallige verschillen in geslacht al evenzeer niet ter zake doen, dat wij even toevallige verschillen in begaafdheid – 'the accidents of natural endowment' zoals Rawls ze noemde¹⁶ – nog steeds en zelfs met hernieuwde overtuiging verdedigen als een redelijke grondslag voor verschillen in behandeling, rechtvaardigt het vermoeden dat het Aristotelische beginsel van distributieve rechtvaardigheid als criterium nog steeds faalt,' zo schreef ik eerder.¹⁷

Het gaat bij het positieve recht in de eerste plaats om praktische arrangementen, die voor de verschillen tussen mensen en de daaruit voortvloeiende tegenstellingen van belangen een vreedzame oplossing moeten garanderen. Over die arrangementen hebben wij afspraken gemaakt, niet alleen over hoe ze zullen luiden, maar ook over de wijze waarop zij worden afgesproken. Over hoe wij ze zullen maken hebben wij de afspraak gemaakt dat het de wetgever is die bepaalt hoe de praktische arrangementen van het positieve recht zullen luiden. En of zij desgewenst op zeker tijdstip anders zullen gaan luiden. Hadden wij eerst afgesproken dat abortus provocatus een misdrijf was, op zeker moment vonden wij dat

¹⁵ Zie haar *The Emergence of Norms*; Oxford: Clarendon, 1977.

¹⁶ John Rawls, *A Theory of Justice*; Cambridge, MA: Harvard University Press, 1971.

¹⁷ H.F.M. Crombag & P.J. van Koppen, *Rechtvaardigheid*. In: P.J. van Koppen, D.J. Hessing, H.L.G.J. Merckelbach & H.F.M. Crombag, *Het Recht van Binnen: Psychologie van het Recht*; Deventer: Kluwer, 2002, 775-785. Citaat afkomstig van p. 777.

abortus onder zekere voorwaarden toelaatbaar moest zijn, om de praktische reden dat illegaal uitgevoerde abortussen riskant zijn voor de vrouwen die ze ondergaan. Een soortgelijke ontwikkeling deed zich voor ten aanzien van de zelfgewilde dood, een ontwikkeling die, als de tekenen niet bedriegen, nog niet ten einde is. Goede kans dat wij ook op dat punt nog praktischer worden.

Over samenleving en maatschappij en wat het verschil daartussen is

Praktisch zijn is een kwestie van het afwegen van utiliteiten. Spelen ethische overwegingen bij de keuze tussen praktische arrangementen dan geen rol? En als zij dat wél doen, staan verschillen tussen mensen in ethische of morele overtuigingen aan het afspreken van zulke praktische arrangementen dan niet in de weg? En zelfs als wij alleen utilitaire overwegingen willen laten gelden, hoe worden wij het dan eens over utiliteiten? Daarover schreef ik eerder:

‘Hoe beslist een rechtsgemeenschap in een concreet geval of een bepaalde rechtsregel grotere utiliteit heeft dan een rivaliserende formulering? Ik neig ertoe te menen dat een utilitaristisch standpunt in combinatie met een rechtspositivistisch standpunt een zekere oplossing biedt. In een parlementaire democratie geeft de erkenningsregel¹⁸ de volksvertegenwoordiging het recht nieuwe rechtsregels te scheppen. Daarvoor is een politieke meerderheid in de volksvertegenwoordiging vereist. Men zou kunnen menen dat met deze beslissingsprocedure een acceptabele vorm gegeven is aan de discussie over utiliteiten van rechtsregels. *In een dergelijke discussie staat het de deelnemers niet alleen vrij een eigen gewicht aan beoordelingscriteria te geven, maar ook om desgewenst ook de handhaving van een waardevol geachte morele code tot doel van hoge utiliteit te verklaren en dienovereenkomstig te wegen.*¹⁹

Tegen deze karakterisering van de wijze waarop het positieve recht totstandkomt zal Frank niet principieel bezwaar aantekenen, al stel ik mij voor dat hij op onderdelen een andere, sceptischer formulering zou kiezen. Maar ook hij is van mening dat het bij het positieve recht gaat om praktische arrangementen. Die komen tot stand in wat hij ‘de maatschappij’ of, beter, ‘maatschappijen’ noemt. De maatschappij is volgens hem iets anders dan de samenleving. Een maatschappij is geen samenlevingsverband, maar een samenwerkingsverband (p. 23). Het verschil is dat in de maatschappij ‘de eis van wederkerigheid die het samenleven kenmerkt’ ontbreekt (p. 24). ‘Mensen richten maatschappijen (...) op om bepaalde doelen beter te kunnen realiseren...’ (p. 26). Aan het onderscheid tussen recht en onrecht hechten zij geen belang. Er zijn zelfs maatschappijen ‘die precies het doelmatig en efficiënt plegen van onrecht tot doel hebben’(p. 27).

Dat is anders in de samenleving volgens Frank: ‘Een samenleving heeft geen gemeenschappelijk doel. Mensen kunnen met elkaar samenleven ook als zij niet dezelfde doelen nastreven.’ Nou, zou ik willen antwoorden, dat kan inderdaad, maar alleen als zij de regels van het positieve recht in acht nemen, die er speciaal voor ontworpen zijn om belangentegenstellingen, die van die verschillende doelen een gevolg zijn, vreedzaam te beslechten. Ook Frank ziet dat probleem en schrijft: ‘Weliswaar moeten mensen als zij met elkaar samenleven ook wel bepaalde regels in acht nemen, maar dat zijn geen “statuten” en ook geen gedeceeteerde “beleidsregels”. De samenleving is immers geen bijzondere organisatie en voert geen beleid’ (p. 27). Deze redenering komt neer op een *definitional stop*: de maatschappij en de samenleving worden gedefinieerd als verschillende domeinen en daarom zijn ook de in beide domeinen geldende regels verschillend van aard.

Ik wil natuurlijk niet ontkennen dat er privaatrechtelijke maatschappijen zijn waarin regels gelden die met recht en onrecht niet veel te maken hebben en soms zelfs onze intuïtie over wat rechtens fatsoenlijk en onfatsoenlijk is schenden, maar daarvoor hebben wij dan ook het positieve recht om zulks waar opgemerkt en mogelijk te verbieden. Lang niet altijd

¹⁸ De term is van rechtspositivist Hart.

¹⁹ Cursivering toegevoegd. Citaat ontleend aan het al genoemde essay ‘Sympathiek, maar naïef’.

met succes, ik geef het toe. Maar het commune positieve recht stelt grenzen aan wat in privaatrechtelijke maatschappijen geregeld kan worden.

Over de 'civil society'

De samenleving heeft wel degelijk een doel: het instandhouden van de 'civil society', gericht op wat de utilitaristen zo treffend samenvatten als 'the greatest happiness for the largest number'. Om dat doel te bereiken bedacht John Rawls, bij wijze van gedachte-experiment, een procedure: de verdeling van lasten en baten in de samenleving zou moeten geschieden onder 'a veil of ignorance', dat wil zeggen door individuen die op het moment van beslissen nog niet weten welke maatschappelijke positie zij zullen gaan innemen en derhalve welk deel van de lasten en de baten hen na verdeling ervan zal toevallen. Het probleem met zulk een procedure is echter dat iedere deelnemer aan dit experiment 'finds himself placed at birth in some particular position in some particular society and the nature of this position materially affects his life prospects'. Het citaat ontleen ik aan Rawls²⁰, die derhalve weliswaar toegeeft dat zijn gedachte-experiment in de realiteit niet uitvoerbaar zal zijn, maar die toch volhoudt dat '(a)t any time we can enter the original position (van beslissen onder een sluier van onwetendheid), so to speak, simply by following a certain procedure, namely, by arguing for principles of justice in accordance with these restrictions'.²¹ De bestaande maatschappelijke orde is echter niet het product van een Rawlsiaans gedachte-experiment, maar van een historische ontwikkeling waarin concreet eigenbelang en abstracte idealen een compromis hebben gesloten, dat zich wellicht met behulp van een gedachte-experiment laat kritiseren, maar zich waarschijnlijk niet daadwerkelijk laat veranderen.²²

Over het recht als afspraak

Mijn conclusie uit het voorgaande is dat Rawls' theorie van louter procedurele aard is: rechtvaardigheid is niet (het kenmerk van) een resultaat, maar (de uitkomst van) een procedure. Om die procedure, zelfs maar in gedachten, uit te voeren en het resultaat te aanvaarden, hoeven wij het slechts eens te worden over die procedure. Op grond van zulk een overeenstemming aanvaarden wij van harte het resultaat.

In het voorgaande zei ik dat het recht een praktisch arrangement is, waarover wij het eens zijn geworden en dat wij aanpassen zodra in de maatschappelijke discussie blijkt dat wij er anders over zijn gaan denken. Recht berust op afspraken tussen mensen. Omdat mensen, ook in Franks 'natuurlijke orde', geen kopieën van elkaar, dus ongelijk zijn, en samenleven samenwerking vergt, is taakverdeling onvermijdelijk. Taakverdeling leidt gemakkelijk tot een ongelijke verdeling van baten en lasten, maar aan die ongelijkheid zijn grenzen: ook de minder bedeelden moeten aan de samenwerking meer baten en minder lasten overhouden dan zij zonder die samenwerking zouden kunnen bereiken: het Machiavelliaanse beginsel van 'economy of power'.²³ Waar dat beginsel niet in acht wordt genomen, is het maken van afspraken over het positieve recht niet mogelijk. Dan kan het positieve recht slechts dictatoriaal worden opgelegd. En dat komt voor.

Dat brengt mij ten slotte bij het verwijt dat rechtspositivisten door aanhangers van de theorie van het natuurrecht vaak wordt gemaakt: waren in de definitie van de rechtspositivisten delen van het recht van Nazi-Duitsland, in het bijzonder de anti-joodse wetten, dan ook recht? Daar kun je over twisten. Aan die wetten was geen wetgevende vergadering te pas gekomen, maar het regime dat ze per decreet afkondigde was wel op reguliere wijze na verkiezingen aan de macht gekomen. Als wij het Nazi-recht positief recht

²⁰ *Op. cit.*, p. 13.

²¹ *Op. cit.*, p. 19.

²² Deze zin ontleen ik aan Crombag & Van Koppen, *op. cit.*, p. 778.

²³ *Vgl. Sheld, on S. Wolin, Politics and Vision; Boston: Brown & Company, 1960, pp. 221 en 222.*

noemen, dan was het toch pervers recht. Die aanduiding is geen oxymoron: als het recht een kwestie van afspraken is, dan is het ook mogelijk pervers recht af te spreken. Dat is niet alleen mogelijk in dictaturen, in gangsterstaten zoals Frank ze noemt. Perverse onderdelen van positief recht kan men 'arguably' ook aantreffen in liberale democratieën, staten die zichzelf voor rechtsstaten houden.²⁴ Daar moeten wij dan wat aan doen!

Aha, is de idee van de rechtsstaat niet hetzelfde als wat Frank de natuurlijke orde van samenleven noemt? Nee, denk ik, want ook de idee wat de rechtsstaat inhoudt is een kwestie van afspraken tussen mensen. Over wat de rechtsstaat nu precies inhoudt zijn wij het nog lang niet in alle opzichten eens, terwijl wij het voorlopige resultaat van onze discussies al wel gecodificeerd hebben in positiefrechtelijk constituties en internationale mensenrechtenverdragen. Zo schrijdt de beschaving voort.

Tot slot

Frank en ik zijn het op tenminste één belangrijk punt –je zou het zelfs een principiële punt kunnen noemen– in het geheel niet eens. Toch hebben wij jarenlang samengeleefd en samengewerkt. 'Mensen kunnen met elkaar samenleven ook als zij niet dezelfde doelen nastreven,' zo citeerde ik Frank in het voorgaande. In ieder geval daarover zijn hij en ik het wèl eens. Sterker, wij zijn er het levende bewijs van.

februari, 2005.

²⁴ *Zulke perverse onderdelen meent Frank zelf ook hier en daar te zien in het belastingrecht, zo blijkt in zijn al genoemde Mens, Burger, Fiscus.*