



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Regels, beginselen en de valkuilen van de retoriek

Smith, C.E.; Feteris, E.T.; Kloosterhuis, H.; Plug, J.; Pontier, J.A.

Citation

Smith, C. E. (2004). Regels, beginselen en de valkuilen van de retoriek. *In Het Licht Van Deze Overwegingen*, 149-157. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/14384>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/14384>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

C.E. Smith, 'De gevaren van de esthetiek voor de rechtswetenschap, in: *In het licht van deze overwegingen. Bijdragen aan het Vierde Symposium Juridische Argumentatie 27 juni 2003 te Rotterdam*, Nijmegen: Ars Aequi 2004, p. 149-157.

DE GEVAREN VAN DE ESTHETIEK VOOR DE RECHTSWETENSCHAP

1. Inleiding

Een goede wetenschapper is nauwgezet en bereid zijn inzichten te wijzigen onder invloed van overtuigende weerleggingen. De passie die de wetenschapper voor zijn onderwerp heeft, is dus een beteugelde, reden waarom de buitenwereld de passie gemakkelijk over het hoofd ziet en geneigd is wetenschappers te beschouwen als droogstoppels. Zoals bekend, zit de passie van Droogstoppel in cijfers: in de omzet van de handelsonderneming. Ofschoon het beeld van de wetenschapper als Droogstoppel misschien niet vleidend is, zit er naar mijn mening wel een kern van waarheid in. Goede wetenschap kenmerkt zich, zoals gezegd, door precisie en waarheidsgetrouwheid en dergelijke eigenschappen botsen nog al eens met de verdichting waaraan kunstenaars en minnaars het object van hun zang om esthetische redenen blootstellen. Het verwijt dat Droogstoppel aan dichters en romanschrijvers maakt, is klassiek:

Ik heb niets tegen verzen op-zichzelf. Wil men de woorden in gelid zetten, goed! Maar zegt niets dat niet waar is. "*De lucht is guur en het is vier uur.*" Dit laat ik gelden, als 't werkelyk *guur* en *vier uur* is. Maar als 't kwartier voor drieën is, kan ik, die myn woorden niet in 't gelid zet, zeggen: "*de lucht is guur, en 't is kwartier voor drieën.*" De verzenmaker is door de *guurheid* van den eersten regel aan een vol uur gebonden. Het moet voor hem juist *een, twee* uur enz. wezen, of de lucht mag niet guur zijn. *Zeven* en *negen* is verboden door de maat. Daar gaat hy dan aan 't knoeien! Of het weêr moet veranderd, òf de tyd. Eén van beiden is dan gelogen.¹

Droogstoppels in bovenstaande zin treffen we niet alleen aan onder wetenschappers² en handelaren in koffie, maar ook onder filosofen. Zo weert Plato dichters en toneelspelers uit zijn ideale staat, omdat wat ze zeggen *dichterlijk* is, dat wil zeggen: in strijd met de waarheid.³ Dat we juist Plato onder de Droogstoppels vinden, is opmerkelijk, omdat een aantal van zijn dialogen, zoals het *Symposium*, niet alleen filosofische, maar ook literaire meesterwerken zijn en Plato het er klaarblijkelijk niet alleen ging om *wat* hij zei (de inhoud), maar ook *hoe* (de vorm).

¹ Multatuli, *Max Havelaar*, p. 3.

² Bv. Einstein (1978) die in de inleiding van diens populair-wetenschappelijke verhandeling over de speciale en algemene relativiteitstheorie schrijft: '[I]k hield me consciëntieus aan de stelregel van de geniale theoretisch-fysicus L. Boltzmann, dat elegantie overgelaten moet worden aan kleermakers en schoenmakers'.

³ Plato, *De Staat*, III, 386-403.

De tegenstelling die de Droogstoppels creëren tussen kunst (verzenmaken) en wetenschap (waarheid) is dan ook te scherp. Allereerst zal iedereen die iets te zeggen heeft dat in één of andere vorm moeten doen. Hij zal op zijn minst *begrepen* willen worden en zal daarom zijn betoog op zo'n manier vormgeven dat het punt waar het om draait duidelijk is voor toehoorder of lezer. Hij zal zich dus bezig moeten houden met vraagstukken die esthetisch van aard zijn: met de opbouw van het betoog, met het vinden van beeldende voorbeelden en pakkende tegenstellingen, met taalgebruik, enz.

Maar er bestaat nog een ander, dieper verband tussen vorm en inhoud. De acceptatie van een wetenschappelijke theorie hangt niet alleen af van rationele criteria als corroboratie en consistentie, maar ook van esthetische maatstaven. Esthetische maatstaven kunnen bijvoorbeeld de acceptatie van bepaalde concepten of hypothesen verhinderen. Zo was het oneindigheidsbegrip—dat vanaf de zestiende eeuw in filosofie en natuurwetenschappen aan invloed won—voor de Grieken problematisch. Oneindigheid was voor de Grieken iets onafs en dus iets dat onvolkomen is. Om die reden kon de kosmos, zijnde volmaakt, volgens de Grieken niet oneindig zijn.⁴

Andersom wordt soms een bestaande theorie verworpen mede op grond van esthetische overwegingen. Volgens de klassieke mechanica moet het onbegrensde universum een soort midden hebben waar de dichtheid van de materie maximaal is, terwijl die dichtheid naar buiten toe afneemt. De niet-euclidische meetkunde maakt het echter mogelijk zich een eindig en toch niet begrensd universum voor te stellen, wat op zijn beurt de voorstelling mogelijk maakt van een onbegrensd universum waarin de dichtheid van de materie over grote gebieden gemiddeld hetzelfde is. Dankzij de niet-euclidische meetkunde, schrijft Einstein, komt men af van de *onsympathieke* voorstelling dat het universum een soort middelpunt moet hebben, ofschoon logisch gesproken beide voorstellingen verdedigbaar zijn.⁵

Wat geldt voor de natuurwetenschappen, geldt *mutatis mutandis* voor de rechtswetenschap. We stellen, aldus Paul Scholten, aan constructies niet alleen technische eisen zoals de eis dat de constructie de positieve stof dekt en de eis dat zij consistent is, maar ook esthetische eisen:

Wat anders dan esthetische eisen zijn het als wij telkens weer enige voorstellingen als 'gekunsteld' verwerpen? We wensen eenvoud, verkiezen het heldere boven het gewrongene. De wetenschap van het recht heeft, als ieder ander, behoefte aan klare uitbeelding (...) Vereniging en Staat zijn beide voor het recht personen als de mens. Met dit beeld wordt grijpbaar wat anders altijd schemerig blijft en onzeker. Door het beeldend vermogen der taal wordt het mogelijk regels samen te vatten en nieuwe begrippen te vormen, waar we anders zouden blijven stamelen in al meer omslachtiger zinswendingen. Zonder beeld geen begripsvorming...⁶

⁴ Van Dooren 1983:27.

⁵ Einstein 1978: 71-72. Ik neem de vrijheid de term 'onsympathiek' te interpreteren als 'niet fraai'.

⁶ Scholten 1974: 50.

Verwant aan de esthetische eisen is de eis de positieve rechtsstof met zo weinig mogelijk begrippen te beheersen.⁷ We kennen deze eis onder diverse benamingen: als de wet van de spaarzaamheid en als het scheermes van Ockham. Krachtens deze eis dient men het aantal, al dan niet twijfelachtige aannames tot het minimum te beperken, wat de theorie inzichtelijker, beter te hanteren en minder vatbaar voor weerleggingen maakt.

De aanvaardbaarheid van een wetenschappelijke theorie is dus niet alleen afhankelijk van technische of rationele criteria als consistentie en verklarende kracht, maar ook van esthetische maatstaven. Goede wetenschap kenmerkt zich door de balans die het weet te bewaren tussen de eisen van precisie, consistentie, verklarende kracht en elegantie. Dat is wetenschap die inspireert, nieuwe vragen oproept en vergezichten opent: het is wetenschap op zijn best. Is de balans zoek, overheersen bepaalde kenmerken ten koste van andere, dan krijgen we excessen, zoals de Begrijfsjurisprudentz waar de neiging tot systematisering ten koste is gegaan van de doelmatigheid van de rechtsdogmatische constructies.⁸

In deze paper wil ik ingaan op een invloedrijke theorie die door sommigen wordt beschouwd als een toonbeeld van elegante eenvoud: Dworkins onderscheid tussen regels en beginselen. Dit onderscheid vervult een cruciale rol in Dworkins kritiek op Hart. Steen des aanstoots is de discretie waarover de rechter 'at the margin of rules and in the fields left open by the theory of precedents' volgens Hart beschikt.⁹ Dworkin meent dat Hart hiermee een *sterke* vorm van discretie bedoelt.¹⁰ Daarmee bedoelt Dworkin dat de rechter in zijn besluitvorming niet langer zou zijn gebonden aan *juridische* standaarden.¹¹ Maar waarom beschikken rechters in Harts theorie over deze vorm van discretie? Omdat Hart, aldus Dworkin, het recht ziet als een systeem van regels en regels een begrensde toepassingsbereik hebben.

De retorische kracht van Dworkins kritiek op de theorie van Hart is enorm. Dworkins lezing van *The concept of law* is de standaardlezing geworden. Dat wil zeggen dat de rechtstheorie van Hart door de meesten wordt opgevat als een model van regels als gevolg waarvan de rechter over een sterke vorm van discretie beschikt. Beide stellingen zijn naar mijn mening onjuist. Dat zij (al dan niet in afgezwakte vorm) in brede kring zijn aanvaard, is meer het gevolg van de esthetische kwaliteiten van de theorie van Dworkin, en wel de 'elegante eenvoud' ervan, dan van inhoudelijke overwegingen—dat is *mijn* stelling.

⁷ Ibid.

⁸ Scholten 1974: 55.

⁹ Hart 1994:135.

¹⁰ Dworkin 1978, i.h.b. hoofdstuk 2 'The Model of rules I'.

¹¹ Of, anders geformuleerd, dat de juridische standaarden waarop de rechter zich in moeilijke gevallen beroept, niet bindend zijn. Dworkin 1978: 17, 32 en 34.

2. De vele regels van Harts 'model of rules'

Volgens Dworkin is in Harts theorie alleen plaats voor regels, niet voor standaarden als beginselen. Regels ontlenen hun gelding in de theorie van Hart aan hun *afkomst*: ze zijn geldig omdat een of ander bevoegde instantie hen uitgevaardigd heeft of gecreëerd. Sommige zijn afkomstig van een wetgevend lichaam, andere zijn geschapen door de rechter bij de beslechting van geschillen. De basis van het rechtssysteem wordt gevormd door de '*ultimate rule of recognition*', de hoogste identificatieregel (tevens handelingspraktijk) in een land, waartoe de bevoegdheid van organen tot het scheppen, veranderen en toepassen van regels kan worden herleid. Dit heeft Dworkin ertoe verleid Harts rechtsconcept op te vatten als een *Stufenbau*: een regel zou volgens Hart pas valide zijn, als die regel kan worden herleid tot de '*ultimate rule of recognition*'.¹² Vertaald naar ons rechtssysteem: als de regel kan worden herleid tot een besluit van Koning en Staten Generaal, d.w.z. tot een wet in formele zin. Rechtsbeginselen daarentegen kunnen niet worden herleid tot een of ander besluit van wetgever of rechtspraak, maar vinden hun oorsprong 'in a sense of appropriateness developed in the profession and the public over time.'¹³ Aangezien het volgens Dworkin niet mogelijk is om een formule te bedenken die aangeeft wanneer een bepaald beginsel kan worden aangemerkt als rechtsbeginsel, is er in Harts rechtsconcept geen plaats voor beginselen.¹⁴ Aldus is de rechter in de rechtsvinding aangewezen uitsluitend op *regels* als juridische standaarden. De kracht van Dworkins interpretatie zit in het beeld dat Harts rechtsmodel een 'model of rules' is. Dit beeld beantwoordt aan het vooroordeel volgens welke het rechtspositivisme synoniem is met legisme, dat wil zeggen met de opvatting dat recht en wet identiek zijn.¹⁵

Maar Harts rechtsconcept zit veel ingenieuzer in elkaar dan een *Stufenbau* van regels die zijn te herleiden tot een of andere vorm van wetgeving. Hart heeft nooit beweerd dat al het recht uiteindelijk afkomstig is van de wetgever. Recht is wat als zodanig door rechters wordt *erkend* als recht:

In our own system, custom and precedent are subordinate to legislation since customary and common law rules may be deprived of their status as law by statute. Yet they owe their status of law, precarious as this may be, not to a 'tacit' exercise of legislative power but to the acceptance of a rule of recognition which accords them this independent though subordinate place.¹⁶

De rechters zullen de besluiten van Koning en Staten Generaal ongetwijfeld erkennen als recht, maar naast deze, in de wet opgenomen (hoogste) identificatieregel, kunnen zij ook andere standaarden hanteren die niet

¹² Dworkin 1978:40.

¹³ Dworkin 1979:40.

¹⁴ Ibid.

¹⁵ Ten onzent verdedigd door Scholten. Vgl. hierover Van den Bergh 1994:127-131.

¹⁶ Hart 1994:101.

voortvloeien uit de wet, maar uit 'the general practice of identifying the rules'.¹⁷ Harts theorie verbiedt dus niet dat rechters zich niet alleen laten leiden door 'stellig recht', maar ook door buiten-wettelijke standaarden, zoals de algemeen erkende rechtsbeginselen, de in het land levende rechtsovertuigingen en de maatschappelijke en persoonlijke belangen die bij het geval zijn betrokken.¹⁸

Deze rules of recognition zijn vaak complex en onvolledig, minder een regel dan een handelingspraktijk van gezagsdragers. In sommige gevallen valt de precieze inhoud en reikwijdte van de gehanteerde erkenningsregels niet te geven, in andere gevallen kan zelfs niet met zekerheid het bestaan van zo'n regel worden aangetoond.¹⁹ Als Hart schrijft dat een regel valide is indien aan alle voorwaarden van de betreffende erkenningsregel is voldaan (een analytische uitspraak), mag men dat niet verstaan zoals Dworkin doet, die er de uitspraak in leest dat men de validiteit van een regel kan vaststellen met behulp van een ondubbelzinnige test.²⁰

De wijze waarop volgens Dworkin beginselen in de rechtspraak worden geïdentificeerd en gehanteerd vormt dan ook niet de *weerlegging* van Harts 'model of rules', zoals Dworkin meent. De validiteit van een door de rechter gehanteerd beginsel kan heel wel worden beschouwd als het resultaat van de hantering van een complexe, onvolledige identificatieregule door rechters, wetenschappers en andere juristen, die niet afwijkt van de manier waarop volgens Dworkin de identificatie van beginselen plaatsvindt:

We argue for a particular principle by grappling with a whole set of shifting, developing and interacting standards (themselves principles rather than rules) about institutional responsibility, statutory interpretation, the persuasive force of various sorts of precedent, the relation of all these to contemporary moral practices, and hosts of other such standards.²¹

Er is dus geen reden om te veronderstellen dat in de theorie van Hart het recht uitsluitend een model van regels is. Middels complexe erkenningsregels kunnen ook andere standaarden worden erkend als juridisch bindende standaarden, zoals gewoonte, precedent en beginselen van het ongeschreven recht.

3. Het onderscheid tussen regels en beginselen: twee gezichtspunten

Hart zelf heeft nooit beweerd dat rechters in moeilijke gevallen over *sterke* discretie beschikken. Maar hij heeft dan ook nooit de stelling verdedigd dat regels een alles-of-niets karakter bezitten. In Dworkins fameuze formulering:

Rules are applicable in an all-or-nothing fashion. If the facts a rule stipulates are

¹⁷

ibid

¹⁸ Vgl. art. 3:12 BW.

¹⁹ Hart 1994, p. 97, 101 en 109.

²⁰ Dworkin 1978:40.

²¹ ibid.

given, then either the rule is valid, in which case the answer it supplies must be accepted, or it is not, in which case it contributes nothing to the decision.²²

Zo beschouwd is de rechter in een rechtssysteem van uitsluitend regels beurtelings ‘bouche de la loi’ en wetgever-plaatsvervanger en is dus sprake hetzij van *rechtstoepassing* hetzij van *rechtsschepping*. ‘Bouche de la loi’ als het geval onder de rechtsregel valt—‘in which case the answer it supplies must be accepted’—en wetgever-plaatsvervanger als het geval niet onder een bestaande rechtsregel valt:

In the absence of such a valid legal rule there is no legal obligation; it follows that when the judge decides an issue by exercising his discretion, he is not enforcing a legal right as to that issue.²³

In zulke gevallen kan de beslissing van de rechter worden gekarakteriseerd als ‘a fresh piece of legislation’.²⁴

Volgens Dworkin bestaat het recht, in tegenstelling tot wat Hart zou menen, niet alleen uit regels, maar ook uit beginselen. Beginselen hebben een dimensie die regels niet hebben: een dimensie van gewicht. Zij dicteren geen beslissing, maar verschaffen redenen voor een bepaalde beslissing. Beginselen zijn juridische standaarden die de rechters in overweging *moeten* nemen, indien een geschil niet onder een bestaande regel valt. Als verschillende beginselen op een geval van toepassing zijn, dient de rechter het relatieve gewicht van de beginselen te bepalen en het geval te beslissen overeenkomstig het beginsel dat in dit geval het ‘zwaarste weegt’. In tegenstelling tot regels verliezen beginselen hun gelding niet indien zij in een afweging te licht worden bevonden: in nieuwe gevallen spelen zij in de afweging opnieuw een rol.

Dworkin's onderscheid tussen regels en beginselen kent uitgesproken voor- en tegenstanders die elkaar in het debat zelden weten te overtuigen. De hardnekkigheid van het meningsverschil wordt naar mijn mening veroorzaakt doordat we de stelling vanuit verschillende gezichtspunten kunnen lezen en het gezichtspunt bepalend is voor de aannemelijkheid ervan. Het behoort ontegenzeggelijk tot de kenmerken van geldende regels dat indien is voldaan aan alle toepassingsvoorwaarden van een regel, het (rechts)gevolg behoort in te treden. Als de rechter bijvoorbeeld vaststelt dat aan alle bestanddelen van een strafbepaling is voldaan, zonder dat een beroep op straf- of schulduitsluitingsgronden (uitzonderingen op de regel) mogelijk is, dan dient de handeling overeenkomstig de bepaling te worden gekwalificeerd en volgt veroordeling—Dworkin zou zeggen: dan draagt de regel *alles* bij aan de beslissing. Treedt het rechtsgevolg niet in, dan betekent dit dat óf niet is voldaan aan alle toepassingsvoorwaarden, óf dat de gehanteerde rechtsregel in zijn huidige formulering niet (langer) geldig is—de regel draagt in dit geval *niets* bij aan de beslissing. In dit opzicht hebben regels, en daar heeft Dworkin volkomen

²² a.w. p. 24.

²³ a.w. p. 17.

²⁴ a.w. p. 31.

gelijk in, een alles-of-niets karakter.

Maar deze omschrijving van regels is zuiver analytisch. Het zegt wat regels *zijn*, maar het zegt niets over de wijze waarop regels worden *gehanteerd*. De vraag of sprake is van een valide rechtsregel en de vraag of aan de toepassingsvoorwaarden van die regel is voldaan, kan de rechter pas beantwoorden *nadat* hij heeft vastgesteld wat de feiten zijn; hij zal deze feiten moeten kwalificeren in termen van de regel; hij zal zich dus rekenschap moeten geven van de betekenis van de regel; en tenslotte zal hij zich moeten afvragen of toepassing van de regel, alles welbeschouwd, redelijk is. In elk van deze fasen staat de rechter—als we althans niet met erg eenvoudige gevallen te maken hebben—voor keuzemogelijkheden.²⁵ Dáárom is het legisme een onhoudbare rechtsvindingsleer: regels dicteren geen beslissingen. Om het paradoxaal uit te drukken: regels dicteren de beslissing pas *nadat* de rechter heeft besloten dat het geval overeenkomstig de regel dient te worden opgelost.²⁶ Beschouwd als uitspraak over de wijze waarop rechtsregels worden gehanteerd, als standaarden *bij* het nemen van een beslissing, is de stelling dat regels een alles-of-niets karakter hebben dan ook apert onjuist.

Op welke manier dienen wij de stelling in Dworkins betoog nu te verstaan: als analytische uitspraak of als uitspraak over de wijze waarop regels de rechter in de fase van de heuristiek binden? Verdedigers van Dworkins stelling—in Nederland onder meer Brouwer en, recentelijk, Burg²⁷—vatten de stelling op als analytische uitspraak. Dit lijkt mij onjuist. Dworkins betoog draait om de stelling dat de sterke discretie waarover de rechter in Harts rechtstheorie beschikt het gevolg is van de omstandigheid dat als een geval buiten de regels van het recht valt, het recht ‘op’ is en de rechter naar eigen inzicht een regel dient op te stellen. Volgens Dworkin is de rechter bij het vaststellen van de rechten en plichten van partijen dus enkel gebonden aan de regels van het positieve materiële recht (Harts primaire regels) en niet aan metaregels met betrekking tot de uitleg en hantering van deze primaire regels. Dat betekent dat de primaire regels de rechter alléén kunnen binden indien zij zelf de voorwaarden bevatten van hun toepassing—indien zij ‘self-applying’ zijn. Zou dat laatste niet het geval zijn, dan kon de rechter immers alles lezen in de primaire regels en zou zelfs in eenvoudige gevallen niet van binding aan regels kunnen worden gesproken.²⁸ Dit betekent dat wij het alles-of-niets karakter van regels dienen op te vatten als een uitspraak over de wijze waarop regels in de fase van de heuristiek door de rechter wordt *gehanteerd*: stelt de rechter vast dat aan de toepassingsvoorwaarden van de regel is voldaan en is sprake van een valide regel—iets dat de rechter op eenvoudige wijze kan vaststellen met behulp van een ‘rule of recognition’—dan volgt het rechtsgevolg logisch noodzakelijk. Valt een geval buiten het toepassingsbereik van de regel—iets dat met de normomschrijving is gegeven—dan valt het geval buiten *iedere* juridische normstelling van een bevoegde wetgever, wat een andere manier is om te

²⁵ Aldus niet alleen Hart (1994), maar voor Nederland ook Scholten (1974) en Wiarda (1999).

²⁶ Vgl. voor een uitwerking van deze stelling Smith (1998).

²⁷ Brouwer (1991) en Burg (2000).

²⁸ Aldus het Amerikaans realisme; bestreden door Hart (1994, hfst. VII).

zeggen dat de rechter over sterke discretie beschikt bij de oplossing van dat geschil.

Hoe zit het met beginselen? De rechter zal in de fase van de heuristiek beginselen tegen elkaar moeten afwegen—in zoverre hebben zij een dimensie van gewicht—maar heeft hij dat eenmaal gedaan, dan draagt het beginsel dat te licht bevonden is, net als bij regels, *niets* bij aan de beslissing—in dat opzicht hebben beginselen een alles-of-niets karakter. Heeft de rechter bovendien beslist dat een beginsel in een bepaald type van gevallen niet van toepassing is, dan heeft het weinig zin te blijven spreken over een beginsel dat ook voor die gevallen ‘geldend’ is.²⁹ Iedere jurist die op de hoogte is van literatuur en rechtspraak weet ongeveer wat het toepassingsbereik is van beginselen, ook al valt dit niet uit de formulering af te leiden—maar het toepassingsbereik van regels is evenmin gegeven met de formulering.

Van de elegante eenvoud van Dworkins onderscheid blijft zo weinig over. Beschouwd vanuit de heuristiek hebben noch regels noch beginselen een alles-of-niets karakter, analytisch beschouwd hebben beide dat. Het alles-of-niets karakter onderscheidt niet, zoals Dworkin stelt, tussen regels en beginselen, maar tussen de perspectieven waaronder we regels en beginselen kunnen beschouwen.

4. Esthetiek als bijproduct van strenge wetenschap

Dworkins rechtstheorie, zoals onder meer uiteengezet in *Taking Rights Seriously*, is een invloedrijke theorie. Die invloed berust naar mijn mening voor een belangrijk deel op de esthetische kwaliteiten van de theorie. Zo is, retorisch bezien, de kwalificatie van Harts model van recht als een ‘model of rules’ en niet van ‘principles’ buitengewoon knap. Het is een sterk beeld dat past bij onze standaardconceptie van het rechtspositivisme en maakt dat we de rol van andere standaarden in de theorie van Hart over het hoofd zien. Ook het onderscheid tussen regels en beginselen is sterk. Het berust slechts op één criterium—reden waarom het een toonbeeld van elegante eenvoud wordt genoemd.³⁰ Het maakt dat we Hart een vorm van legisme toeschrijven, dat wil zeggen de opvatting dat recht en regel identiek zijn, zodat de rechter, bij gebreke aan een wettelijke regel, de discretionaire bevoegdheid heeft zelf een regel te creeëren. Ten slotte is de karakteristiek van het recht als het geheel van regels en beginselen beeldend: regels vormen de oppervlaktestructuur, de beginselen de dieptestructuur van het recht. De kern van het recht zou worden gevormd door deze twee standaarden in hun onderlinge wisselwerking en het is de taak van rechters en andere juristen deze structuur zo goed mogelijk in kaart te brengen. Ik denk dat deze conceptie van het recht een paradigma van de huidige rechtsvindingstheorie kan worden genoemd.

²⁹ Vgl. HR 22 januari 1979, NJ 1979/535, waarin de Hoge Raad uitmaakte dat het beginsel van de risico-aansprakelijkheid geenszins bedoeld en geëigend is om ook buiten de in de wet geregelde gevallen te worden toegepast.

³⁰ Brouwer 1991:41.

Mijn bezwaren tegen Dworkins rechtstheorie zijn tweeërlei. Mijn eerste bezwaar is dat Dworkins kritiek op Hart op een stroman berust. Hij schrijft Hart eerst een onhoudbare positie toe—rechters hebben in moeilijke gevallen sterke discretie—om deze vervolgens met veel aplomb onderuit te halen. Ik zeg niet dat Dworkin dit willens en wetens heeft gedaan; misschien hebben scherpe onderscheidingen, zoals die tussen natuurrecht en rechtspositivisme of het door hemzelf geïntroduceerde onderscheid tussen regels en beginselen, een onpartijdige en zorgvuldige beoordeling van Harts theorie verhinderd. Dat Dworkins kritiek op Hart retorisch sterk is, volgt ook hieruit dat de meeste rechtstheoretici in het kielzog van Dworkin menen dat Hart de opvatting is toegedaan dat rechters in moeilijke gevallen over sterke discretie beschikken, hoezeer deze opvatting door een goede lezing van *The concept of law* ook wordt weersproken.

Mijn tweede bezwaar betreft Dworkins model van recht als een systeem van regels en beginselen. In Dworkins rechtstheorie ligt het accent op primaire normen, dat wil zeggen op de normen van het materiële recht die de rechten en plichten van burgers bevatten. Deze normen bestaan in de vorm hetzij van regels, hetzij van beginselen. Ook de conceptie dat het recht wordt gevormd door een systeem van materieel-rechtelijke regels en beginselen is van een elegante eenvoud dat een grote verklarende kracht lijkt te hebben. Het komt onder meer tegemoet aan de intuïtie dat rechters zich door regels en beginselen laten leiden, in plaats dat zij er de schepper van zijn. In Dworkins conceptie is het bestaan van deze standaarden niet afhankelijk van de welwillendheid van rechters om sommige standaarden, zoals de beginselen, als juridische en dus bindende standaarden te erkennen. Dworkins verzet tegen de sterke discretie van de rechter is in dit licht goed te verklaren. Het recht (de concrete oplossing) wordt gevonden door hantering van standaarden die zijn *gegeven* (regels en beginselen). Het verschil tussen beginselen en regels is dat de identificatie en hantering van beginselen meer techniek en vaardigheid vereist. De rechter zal in moeilijke gevallen verder moeten zoeken, dieper moeten graven en hoger moeten reiken, maar de oplossing die hij aan het einde van zijn zoektocht vindt is niet die van hemzelf, maar die van het recht.³¹

In Harts rechtstheorie ligt het accent op de secundaire regels. Natuurlijk is Hart er zich van bewust dat het in het recht *uiteindelijk* draait om de primaire regels: om de rechten en plichten van burgers. Maar we kunnen het bestaan van deze normen niet losdenken van de handelingspraktijken van rechters en andere gezagdragers. De kern van een rechtssysteem ligt bij deze handelingspraktijken, krachtens welke bepaalde normen onbetwistbaar gelden en andere een marge van onzekerheid hebben. Veranderen deze handelingspraktijken—zoals de laatste honderd jaar een verschuiving heeft laten zien van heteronome naar autonome rechtsvinding—dan veranderen aard en rangorde van de primaire standaarden mee. Het is dankzij de expliciete en impliciete methodologische regels en het appel op het ethos van de rechter—of de rechterlijke macht—dat bepaalde factoren juridisch relevant worden geacht en andere niet, dat aan

³¹ Dworkins 'right answer-thesis'.

sommige factoren groot en aan andere factoren minder gewicht wordt toegekend. In zekere zin draait het in Dworkins rechtsvindings­theorie in hoofdzaak om deze handelingspraktijken; Dworkins theorie is een normatieve theorie over de wijze waarop rechters te werk behoren te gaan om tot oplossingen te komen. Zijn theorie is dan ook geen weerlegging van Hart rechtstheorie, niet eens een *poging* tot weerlegging—hoezeer Dworkin hiervan ook overtuigd moge zijn—maar vormt juist de bevestiging van de stelling dat het recht moet worden beschouwd als een systeem van primaire en secundaire regels c.q. standaarden. De secundaire regels vormen evenzeer recht als de primaire regels dat zijn, ook al zijn zij door geen wetgever uitgevaardigd en blijkt hun bestaan alleen uit de wijze waarop rechters deze standaarden hanteren.

Een goede theorie houdt de eisen van precisie, consistentie, verklarende kracht en elegantie in balans. Misschien maakt juist wel de balans tussen de 'harde' vereisten die we aan wetenschap stellen—precisie, consistentie en verklarende kracht—dat we de theorie ook esthetisch geslaagd vinden en is de esthetische eis het onbedoelde bijproduct van goede wetenschap. Dit laatste zou kunnen verklaren waarom ik de theorie van Hart ervaar als een mooie, elegante theorie, maar die van Dworkin niet. Dworkins theorie schiet op alle punten van 'strengere wetenschap' te kort. De theorie is niet precies (Harts theorie wordt onjuist weergegeven), niet consistent (regels en beginselen worden vanuit verschillende invalshoeken beschreven) en heeft onvoldoende verklarende kracht (het biedt geen verklaring voor de juridische gelding van beginselen). De vorm heeft het hier van de inhoud gewonnen; de elegantie is retoriek geworden.