

Tilburg University

Review of the book *Recht en slecht*

Eijlander, Ph.

Published in:

Nederlands tijdschrift voor rechtsfilosofie en rechtstheorie = Netherlands journal for legal philosophy and jurisprudence

Publication date:

2000

[Link to publication in Tilburg University Research Portal](#)

Citation for published version (APA):

Eijlander, P. (2000). Review of the book *Recht en slecht: Beginselen van een algemene rechtsleer*, W. Duk, 1999. *Nederlands tijdschrift voor rechtsfilosofie en rechtstheorie = Netherlands journal for legal philosophy and jurisprudence*, 29(3), 271-276.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

W. Duk, *Recht en slecht. Beginselen van een algemene rechtsleer*. Ars Aequi Libri, Nijmegen 1999, 283 p.

1. De algemene rechtsleer heeft volgens Duk de *structuur* van rechtsstelsels als object van onderzoek. In zijn 'Recht en slecht' gaat hij na hoe een rechtsstelsel in elkaar zit en wat ontwikkelde rechtsstelsels met elkaar gemeen hebben. Rechtsstelsels bestaan in de visie van de schrijver uit elementaire bestanddelen, *normen* genaamd, die in relatie tot elkaar staan en aldus een logisch geheel vormen.
Bij de behandeling van zijn beginselen van een algemene rechtsleer stelt Duk een breed scala aan onderwerpen aan de orde die in het vervolg van deze bespreking kort aan bod komen. Ik houd daarbij de volgorde van behandeling in het boek aan.
2. *Rechtsnormen, rechtsbeginselen en wettelijke voorschriften*. Wat onderscheidt rechtsnormen van andere normen, waaraan ook maatstaven voor beoordeling van gedrag worden ontleend, zoals normen van moraal, fatsoen of etiquette? Deze vraag naar het wezenskenmerk van het recht stelt de auteur al direct aan de orde. Zonder tot een diepgaande, rechtsfilosofische verhandeling te komen concludeert hij dat de maatstaven van het recht daarin verschillen van andere, dat ze dienen ter beoordeling van gedrag van mensen uit naam van de *overheid* aan wier gezag zij zijn onderworpen. Recht is – zo meent Duk – ondenkbaar zonder een overheid die met haar gezag voor de toepassing en handhaving zorgt; althans behoort te zorgen. Vervolgens is essentieel dat bij onzekerheid en conflicten over de juiste toepassing van een rechtsregel de mogelijkheid van een bindende beslissing bestaat. Het uitgangspunt *geen recht, zonder rechter* bewerkstelligt dat er een

beslissing komt over de juiste toepassing van een rechtsregel, waaraan ieder die er bij betrokken is, zich heeft te houden.

Aan het recht en rechtsnormen liggen *rechtsbeginselen* ten grondslag; dat zijn fundamentele eisen die behoren tot het complex van vooronderstellingen waarvan wordt uitgegaan bij het vellen van gezaghebbende rechtsoordelen (zoals bijvoorbeeld de 'redelijkheid', 'gelijkheid', 'rechtszekerheid' en 'betamelijkheid').

Van *wettelijke voorschriften* kan worden gesproken, als aan vier voorwaarden is voldaan: het voorschrift is vastgesteld door een daartoe bevoegd orgaan, volgens de voorgeschreven procedure, het voorschrift is officieel gepubliceerd en het is algemeen en voor herhaalde toepassing vatbaar. Behalve deze uitwendige vereisten stelt Duk de inhoudelijk eis van gezaghebbendheid. Letterlijk zegt hij: 'Wel is dan het enkele gegeven, dat een regel in zo'n voorschrift is vastgelegd, onvoldoende om haar als een rechtsregel te kwalificeren. (In de gangbare rechtsvoorstelling is dit bij andere dan wettelijke voorschriften onvoldoende). Volgens de opvatting die hier wordt verdedigd, hangt de verbindende kracht van wettelijke (evenals die van alle andere) voorschriften in laatste instantie af van de vooronderstellingen die aan *gezaghebbende* rechtsoordelen ten grondslag liggen' (p. 30). De voor de hand liggende vervolgvraag, wat is precies gezaghebbend en op welke wijze kan dat worden vastgesteld?, doet de schrijver af met 'wat daarvoor over het algemeen doorgaat in de kring ('de rechtsgemeenschap') waarin, of waarvoor, zo'n oordeel geldigheid pretendeert'.

3. *Maatstaven van recht, rechtsgezag en rechtsbronnen.* Maatstaven van recht worden aan normen ontleend en vormen de grondslag voor het uitspreken van rechtsoordelen. Dat kan volgens Duk geen strikt logische en mechanische activiteit zijn, 'nu bij de toepassing van rechtsregels, op zijn minst in grensgevallen, een keus te maken is uit 'open alternatieven' (p. 21). De te hanteren maatstaven worden aan de toepasselijke norm ontleend in die zin, dat ze verenigbaar moeten zijn met een verantwoorde uitleg van de regel waarin de norm is uitgedrukt.

Aan rechtsoordelen wordt meer of minder waarde gehecht al naar gelang van het gezag dat degene geniet die het oordeel uitspreekt. Duk noemt drie eisen waaraan, in het bijzonder bij de rechtspraak, voldaan dient te zijn om te kunnen spreken over rechtsgezag: onafhankelijkheid, onpartijdigheid en deskundigheid.

Om maatstaven te kunnen ontlene aan rechtsnormen op grond waarvan gezaghebbende oordelen kunnen worden geveld, zullen we moeten weten waar (in welke rechtsbronnen) de regels zijn te vinden die zulke normen uitdrukken. In dit verband bespreekt de auteur zeer kort de natuurrechtelijke en de positivistische rechtsopvatting en in het verlengde daarvan het onderscheid tussen geschreven en ongeschreven recht. Vanuit een rechtspositivistische benadering komt de schrijver tot een sterke relativering van de betekenis van het onderscheid tussen geschreven en ongeschreven recht. Deze positiebepaling is sterk ingegeven door de hiervoor in onderdeel 2 besproken opvatting van Duk over de status van wettelijke voorschriften.

4. *Juridische grondbegrippen.* Vanuit het belang dat de auteur hecht aan de zuiverheid van de rechtstaal en terminologische nauwkeurigheid¹³ behandelt hij enkele kernbegrippen van het recht: schade en belang, handelen en nalaten, toerekening en schuld, verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid en natuurlijke en rechtspersonen. Duk signaleert dat de wetenschappelijke rechtstaal moet worden on-

13. Een voorbeeld van een typische zin van Duk om dit te verwoorden treffen we op p. 38: "Een flodderig woordgebruik geeft een troebele gedachtengang weer".

derscheiden van – wat hij noemt – de wetstaal, de jurisprudentietaal en het ambtelijk jargon. Aan wetenschappelijke teksten worden andere eisen gesteld dan aan teksten waarin een beslissing van een wetgever, rechter of bestuurder is verwoord.

5. *Recht en feit*. Duk positioneert de discussie over de betekenis van (rechts)feiten en (rechts)normen in eerste aanleg binnen het leerstuk van de bevoegdheid om rechtshandelingen te verrichten en rechtsregels te interpreteren. Veelal beschikt een rechter niet over de specifieke deskundigheid die nodig is voor de vaststelling en de kwalificatie van de (relevante) feiten. Afhankelijk van de geldende regels kan de rechter daarin voorzien door aangewezen deskundigen om advies te vragen of zelfs te laten beslissen over het 'bestaan' van feiten. In geval van advies doen zich vervolgens diverse vragen voor, zoals: aan wie wordt advies gevraagd en op grond waarvan? In hoeverre en op welke gronden kan van het advies worden afgeweken? Duk maakt onderscheid tussen zogenoemde deskundige, representatieve en semi-rechterlijke adviezen.
6. *(Normen)logica*. In hoofdstuk vijf van het boek geeft Duk (in zijn bewoordingen) 'een minicursus' in logica om aldus meer inzicht te verschaffen in de logische relaties tussen rechtsregels. Vanuit de Aristotelische logica (met het bekende vierkant van beweringen) wordt langs de lijn van het zogenoemde normenkwadraat, dat de relaties tussen het gebod, het verbod, de toestemming en de vrijstelling weergeeft, nader ingegaan op de geformaliseerde logica. Duk bespreekt kort de volgende (norm)logische relaties: de identiteit, de implicatie, de tegenstelling, de tegenstrijdigheid en de interferentie.

Centraal staat de vraag welke betekenis – nu en in de toekomst – aan geformaliseerde modellen en systemen kan worden gehecht in de context van rechtskundige argumentatie.

7. *Uitleg van regels*. Duk gaat in op de verschillende methoden van rechtsvinding: de grammaticale uitleg, de historische uitleg, de systematische uitleg, de teleologische uitleg en de analoge toepassing van rechtsregels. In zijn opvatting is er een stramien in het gebruik van deze methoden van rechtsvinding. Het primaat berust volgens Duk bij de letter van de wet. Hij stelt: 'Historische en systematische interpretatie komen overigens (althans naar mijn opvatting) in beginsel slechts in aanmerking wanneer de tekst van een regel onduidelijk of dubbelzinnig is. Voor teleologische uitleg bestaat daarentegen juist aanleiding wanneer de 'letter' van de tekst wel duidelijk en ondubbelzinnig is, maar grammaticale uitleg tot resultaten leidt die als onredelijk zijn te beschouwen' (p. 111).
8. *Werking van rechtsregels*. Duk ziet de *geldigheid* van een rechtsregel als noodzakelijke voorwaarde voor de *werking*. Geldigheid is echter niet voldoende om te kunnen spreken van een rechtsregel die in werking is. De regel kan immers 'buiten werking' zijn of niet werken voor een bepaald geval. Van toepasselijkheid van een rechtsregel is sprake wanneer iemand, ter uitvoering van een geldige opdracht of machtiging, een beslissing neemt met gebruik van een aan die regel ontleende maatstaf. De toepassing van rechtsregels is dus voorbehouden aan wie daartoe rechtens *bevoegd* is.

Uitgebreid staat de schrijver stil bij de diverse dimensies van de werking van rechtsregels: in de tijd (waarbij het onder meer gaat om het overgangsrecht), in de ruimte en de werking naar subject en object.

9. *Soorten rechtsregels*. In het verlengde van het (hoofd)onderscheid dat de rechtstheoreticus Herbert Hart in zijn klassieker 'Concept of law' heeft gemaakt tussen 'primary and secondary rules' (gedrags- en bevoegdheidsregels) komt Duk tot

een indeling in de volgende soorten rechtsregels: imperatieve regels (geboden en verboden), toestemmende regels (toestemmingen en vrijstellingen), machtigende regels (bevoegdheidsverleningen), waarborgende regels (aanspraakverleningen) en indirecte regels (die de werkingssfeer van andere regels bepalen).

In verband met de beoogde toepassing en interpretatie van rechtsregels is essentieel dat ze duidelijk, nauwkeurig en zo mogelijk bondig worden geformuleerd.

Vrij uitgebreid wordt ingegaan op de verhouding tussen rechten en aanspraken. 'Met iemand's rechten gaan altijd *aanspraken* (van hem zelf) en *verplichtingen* (van anderen) gepaard' (p. 158). Duk positioneert hiermee de rechtsregel in de relatie tussen partijen. Tegenover de aanspraak van de een staat steeds een met die aanspraak corresponderende verplichting van een of meer anderen. Ook de sociale grondrechten beschrijft de auteur in termen van aanspraken: 'Voor zover de zogenaamde *sociale grondrechten* meer voorstellen dan stukjes vrijblijvende politieke geloofsbelijdenis, kunnen we ze beschouwen als aanspraken van burgers op de overheid' (p. 167).

10. *Het verkrijgen, toekennen en overdragen van bevoegdheden.* Wie een *bevoegdheid* heeft, kan rechtsgeldig – dat betekent met rechtsgevolgen – rechtshandelingen verrichten. Gedacht kan worden aan het vaststellen van algemeen verbindende voorschriften, maar bijvoorbeeld ook aan het sluiten van een overeenkomst. Aan de toekenning van een bevoegdheid kunnen beperkingen worden verbonden, bijvoorbeeld in de tijd, de ruimte of naar subject of object; ook kunnen bijkomende voorwaarden worden gesteld aan de uitoefening van een bevoegdheid (bijvoorbeeld ten aanzien van de te volgen procedure).

De verlening van bevoegdheden kan via *attributie* geschieden. In dat geval hebben we te maken met zogenoemde originele bevoegdheden; degene die ze verleent doet daarmee niets aan eigen bevoegdheden in. Van *delegatie* van een bevoegdheid wordt gesproken in het geval van overdracht van die bevoegdheid door het ene orgaan – dat de bevoegdheid ook zelf had kunnen uitoefenen – aan het andere. Deze rechtshandeling is (uiteraard) aan regels gebonden.

Klassiek is het onderscheid van Duk tussen beoordelingsvrijheid en beleidsvrijheid en het daarmee corresponderende begrippenpaar beoordelings- en beleidsregels. Beoordelingsvrijheid ziet op de (uitdrukkelijk toegekende) mogelijkheid van het bevoegde orgaan om te bepalen of de voorwaarden voor rechtmatige uitoefening van een bevoegdheid in concreto zijn vervuld. Bij beleidsvrijheid gaat het niet om de hoe maar om de 'of-vraag'; het bestuursorgaan is in staat voor zichzelf uit te stippelen in welke gevallen het wel, en in welke gevallen het geen gebruik zal maken van de bevoegdheid.

11. *Vormen van rechtshandhaving.* Rechtshandhaving omvat (de overheidszorg voor) het bevorderen van de naleving van rechtsnormen en het optreden in geval van inbreuk en kan zowel met preventieve (zoals voorlichting en controle) als repressieve middelen (instellen van onderzoek, treffen van sancties) geschieden. Duk maakt onderscheid tussen de volgende twee soorten sancties. Bij *reparatoire* sancties staat het oogmerk van rechtsherstel voorop: primair gaat het om de bewerking of het herstel van de toestand die zou zijn ontstaan, of zou hebben voortgeduurd, wanneer de rechtsinbreuk waarop met de sanctie wordt gereageerd, niet was begaan. Voorbeelden van een dergelijke sanctie zijn: reële executie, schadevergoeding, bestuursdwang, dwangsom. *Retributieve* of *punitieve* sancties beogen primair de overtreder in zijn belangen te treffen, in de hoop dat

daarvan een (speciale of generale) preventieve werking zal uitgaan. Gedacht kan worden aan vrijheidsstraffen en geldboetes.

12. *Rangorde en samenloop van rechtsregels.* Hoe verhoudt de ene rechtsregel zich tot de andere? Als meer dan een rechtsregel van toepassing is op dezelfde situatie, welke krijgt dan de voorrang? Om tot een oplossing te komen in geval van (potentiële) normconflicten beschikken we in ons stelsel over enkele 'voorrangsregels', die Duk kort bespreekt. Het betreft de bekende drie: de hogere regel gaat boven de lagere, de latere boven de eerdere en de bijzondere boven de algemene.

Duk besluit zijn boek met – wat hij 'losse eindjes' noemt – de vraag of er ook leemten in het recht kunnen schuilen. Zijn antwoord daarop is ontkennend: '...dat met de creatie van rechtsregels door rechters – meestal 'vrije rechtsvinding' genoemd – geen leemten in het recht worden opgevuld, maar dat daarmee 'ius constituendum' tot geldend recht wordt verheven' (p. 240). De behoefte aan verandering van het recht, langs de weg van rechterlijke of administratieve beslissingen, zal zich wel overal doen gevoelen.

13. *Afrondende opmerkingen.* *Recht en slecht* stelt, zoals uit de bovenstaande bespreking moge blijken, de wezenlijke, algemene leerstukken van de rechtsleer aan de orde. De wijze waarop dat gebeurt is opvallend; het boek kenmerkt zich door een compacte, kernachtige stijl, de beperking tot de grote lijn en duidelijke stellingnames, die soms afwijken van de heersende leer.

Duk is als emeritus hoogleraar in het bestuursrecht een relatieve buitenstaander op het vakgebied van de algemene rechtsleer. Dit maakt dat hij wat gemakkelijker tot nieuwe gezichtspunten en afwijkende opvattingen kan komen. In dit verband noem ik zijn relativering van de betekenis van *wettelijke* voorschriften en daarmee samenhangend van het onderscheid tussen geschreven en ongeschreven recht. Zijn stellingname dat de verbindende kracht van wettelijke (en andere) voorschriften in laatste instantie afhangt van de vooronderstellingen die aan *gezaghebbende* rechtsoordelen ten grondslag liggen, roept zonder twijfel nog veel vragen op. Duk noemt zelf (op p. 30) de volgende: In hoeverre wordt het voorschrift feitelijk gehandhaafd? Welke ideeën over hetgeen rechtens betaamt, liggen ten grondslag aan de vaststelling? Wat is het morele peil van het regiem waartoe het vaststellend orgaan behoort en wat is zijn (democratische of andere) legitimatie? Welke belangen worden met de toepassing van het voorschrift gediend, geschaad of opgeofferd? Wat is het relatieve gewicht van elk van die belangen in abstracto, en wat in concreto? Stuk voor stuk vragen die gemakkelijker zijn gesteld dan van een antwoord voorzien.

Ook in zijn bespreking van de verschillende methoden van rechtsvinding kiest Duk een eigen lijn, die zeker ook te betwisten valt. In de literatuur over dit onderwerp wordt veelal een meer gelijkwaardige en interactieve verhouding gezien tussen de rechtsvindingsmethoden, dan in de benadering van Duk, waarin het primaat bij de grammaticale interpretatie berust.

Een onderdeel uit het boek dat mijns inziens zijn doel mist, is de ('minicursus') logica (hoofdstuk 5). Op zichzelf zijn er goede gronden om in een boek over de algemene rechtsleer aandacht te besteden aan (normen)logica. Ik vrees alleen dat de wijze van behandeling die Duk heeft gekozen zal leiden tot veel cursusuitval. De schrijver slaagt er onvoldoende in om de relevantie van het thema voor het inzicht in de algemene rechtsleer duidelijk te maken. De enorme hoeveelheid tekens en formules – in combinatie met diverse (druk)fouten in dit onderdeel van het boek – zal zeker niet bijdragen tot een brede kennisneming van dit deel

van het boek. Het heeft iets van 'kunstmatige geleerdheid' gekregen; iets wat juist de persoon van Duk tegen de borst zou moeten stuiten.

Merkwaardig is het dat de Algemene wet bestuursrecht in het geheel niet is verwerkt in het boek. Bij de bespreking van onderwerpen als wettelijke voorschriften, belang en belanghebbende, beoordelings- en beleidsregels en vormen van handhaving had het in de rede gelegen om aansluiting te zoeken bij de begripsbepalingen van de Algemene wet bestuursrecht. Blijkbaar heeft de schrijver deze ontwikkeling van het algemeen deel van het bestuursrecht niet meer kunnen volgen.

Recht en slecht van Duk is vooral scherp en prettig leesbaar geschreven, in een stijl die de auteur (ook in zijn vroegere werk) zo kenmerkt: strijdbaar en licht ironisch. Het feit dat niet alle stellingnames in het boek steeds even goed zijn onderbouwd en dat niet alle relevante rechts theoretische literatuur en recente wetgeving even grondig zijn verwerkt, kan niet afdoen aan mijn oordeel dat het boek zeer de moeite waard is en van harte ter lezing kan worden aanbevolen.

Ph. Eijlander