

## Juridische megalomanie, of over wat het recht vermag

Dit artikel bestaat uit drie delen. (1) Het geeft een beschrijving van wat de essentie van de rechtsorde is. (2) Het onderzoekt de reikwijdte van het juridische systeem. (3) Het formuleert de consequenties van deze reikwijdte.

### **(1) De essentie van de rechtsorde, tevens de meest complexe paragraaf**

De essentie van juridische wetten is dat ze per definitie impotent zijn. Dit in tegenstelling tot natuurwetten die per definitie van kracht zijn. Terwijl natuurwetten geen behoefte hebben aan een macht die hen in stand houdt, kan het recht niet buiten een dergelijke macht om. Natuurwetten zijn een beschrijving van de macht; de juridische wetten zijn een beschrijving van de rechtvaardigheid. Natuurwetten zijn als zodanig nooit rechtvaardig, ze beschrijven de feitelijke situatie. Juridische wetten zijn als zodanig nooit van kracht, ze beschrijven de wenselijke situatie. De rechtsorde is een combinatie van rechtvaardigheid en macht. Het schrijft een gewenste situatie voor en handhaaft deze. De rechtsorde is ontstaan uit de behoefte om de heersende krachten te controleren. Het juridische probeert de macht in te tomen en van een morele connotatie te voorzien. Zo probeert de mens zijn leefomgeving niet alleen een beschrijving van krachten te laten zijn, maar tot een morele gemeenschap te maken. Omdat het recht altijd een wenselijke situatie voorschrijft en niet de feitelijke, is handhaving, en dus macht, essentieel voor de rechtsorde.

Het fundamentele probleem van de rechtsorde is de transitie van een feitelijk krachtenveld naar een rechtsorde en van een rechtsorde naar een juridische wereld. Dat laatste is een wereld waarin macht, zoals machtsinzet door de politie of het gebruik van geweld door burgers, afwezig is. In een wereld die geheel gejuridificeerd is, wordt de in de wetten voorgeschreven rechtvaardige wereld door iedereen zonder conflict nageleefd. De vraag is hoe deze orde kan worden bereikt. Het uitgangspunt is de natuur waarin krachten constant met elkaar botsen en met elkaar in conflict zijn. Het pacifistische ideaal is conflict geheel onmogelijk maken door één van twee botsende krachten op te heffen. De rechtsorde is dan geen noodzakelijke tussenfase voor de eeuwige vrede. Zij die deze tactiek ongeloofwaardig vinden menen dat de beginsituatie slechts kan worden verlaten door een macht te creëren die groter is dan de andere machten. Deze overwinning is derhalve zelf niet rechtvaardig, maar creëert wel een situatie waarin één macht een rechtsorde kan installeren en handhaven. Hierdoor is de rechtsorde altijd gefundeerd op een a-moreel, niet te rechtvaardigen, stichtingsmoment.

Het tweede probleem van de rechtsorde betreft de transitie van de rechtsorde naar de uiteindelijke juridische wereld. In de afwezigheid van dit streven zou de rechtsorde slechts fungeren als holle rechtvaardiging van de macht. Wil het zijn nut tonen dan moet de heersende macht zich ten doel stellen om zichzelf op te heffen. De vraag is nu wederom of deze transitie geweldloos ofwel gewelddadig zal moeten geschieden. Het globalisme/kapitalisme meent dat de markt voor een rechtvaardige welvaartsverdeling zal zorgen, dat culturen zich steeds meer tot één cultuur zullen vormen en dat rationaliteit en neutraliteit een adequate oplossing kunnen bieden voor religieuze, culturele en etnische conflicten. Hierdoor wordt de juridische wereld zonder geweld bereikt. Deze gedachte van het einde der geschiedenis<sup>1</sup> is echter sinds 11 september naar de achtergrond verdwenen. De hieraan tegengestelde, gewelddadige weg kenmerkt zich vaak door de obstakels voor een rechtvaardige wereld radicaal te

---

<sup>1</sup> Fukuyama: The end of history and the last man standing.

verwijderen. Het geloof wordt gepredikt dat door deze verwijdering, die op zichzelf niet rechtvaardig hoeft te zijn, de eeuwige vrede wordt bewerkstelligd. In dit geval heiligt het doel de middelen. Dit geloof heeft in zijn extreme vorm geleid tot het streven om de bourgeoisie, de Joden of andere bevolkingsgroepen te vernietigen.<sup>2</sup> Een derde optie is dat deze tweede transitie zich helemaal niet hoeft te voltrekken. Er wordt aangenomen dat waar mensen samenleven er altijd conflicten bestaan en er derhalve een macht nodig is die deze conflicten beslecht en afdwingt. In deze visie is de rechtsorde niet het middel om een doel, de eeuwige vrede, te bereiken, maar is het een doel op zich. In deze situatie wordt de inzet van geweld niet gerechtvaardigd door het doel, maar door het recht. Daarmee wordt de essentie van de rechtsorde dat de rechtvaardigheid de macht inzet om zichzelf af te dwingen en dat de macht de rechtvaardigheid inzet om zichzelf te legitimeren. Dit laatste paradigma lijkt heden ten dage het meest geaccepteerd en zal hier daarom als uitgangspunt dienen.

## (2) De reikwijdte van de rechtsorde

In zijn oorsprong was de rechtsorde beperkt tot de stad, of dat nu de Griekse polis was, de Romeinse stadstaat of de vroegere stadstaten uit Egypte en Mesopotamie. De algemene tendens die valt te ontdekken in de loop der geschiedenis is dat de rechtsorde een steeds grotere reikwijdte heeft gekregen. De oorsprong van deze vergroting ligt in het nobele streven om het a-juridische, waar geen rechtvaardigheid heerst maar slechts kracht of macht, rechtvaardig te maken. Hiervan zal hieronder een korte schets worden gegeven.<sup>3</sup>

*Juridificatie van de dood.* Eén van de vroegste uitbereidingen van de reikwijdte van de rechtsorde vindt zijn oorsprong in het geloof. De essentie van vrijwel alle religies is het idee van een hiernamaals, ofwel in de hemel ofwel in deze wereld doormiddel van reïncarnatie. Hieraan is inherent gekoppeld een vorm berechting. De ziel wordt na de dood gewogen en hiervan hangt de toegang tot de hemel of de reïncarnatie in een hogere kaste af. Als er op aarde perfecte rechtvaardigheid zou heersen zou er geen behoefte zijn aan een dag des oordeels. In het feit dat het rechtssysteem zijn beperkingen kent (bijvoorbeeld omdat er altijd criminelen onbestraft zullen blijven en anderen onterecht veroordeeld zullen worden) ligt het religieuze ideaal dat het recht juist na de dood zal zegevieren. Waar het atheïsme uitgaat van een feitelijke beschrijving van de dood, dat wil zeggen als plaats waar natuurkrachten zoals de ontbinding van het lichaam plaatsvindt, daar verbindt het geloof de feitelijke met rechtvaardigheid. In het eindoordeel over de mens wordt de rechtvaardigheid, die op aarde altijd deel afwezig is, alsnog afgedwongen. Deze juridificatie van de dood hoeft strikt genomen niet te leiden tot een vergroting van de 'menselijke' rechtsorde daar de goddelijke rechtsorde autonoom is. Het zou eerder tot een inperking van onze rechtsorde moeten leiden aangezien de mens rekening heeft te houden met deze goddelijke rechtvaardigheid. In de Middeleeuwen was dan ook het uitgangspunt dat de menselijke wetten slechts rechtvaardig waren als zij aan de

---

<sup>2</sup> Hannah Arendt, een Duitse Jood die is gevlucht tijdens WOII, schrijft in haar boek 'On the origins of totalitarianism' dat het Nazisme en het communisme gegrondvest waren in een sterk rechtvaardigheidsideaal. Het geloof was dat als de 'vijand' eenmaal verwijderd was, de rechtvaardige wereld voor goed zou aanbreken. Omdat het doel de middelen heiligde zagen zij geen bezwaar tegen een bloederige weg.

<sup>3</sup> Ik bespreek hier niet de uitbereiding in reikwijdte ten aanzien van rechtssubjecten. Vrouwen, kinderen, slaven, negers, buitenlanders, dieren etc. behoorden aanvankelijk niet tot de rechtsorde omdat zij niet als mens werden gezien. Zij zouden geen *ratio* bezitten.

goddelijke wetten voldeden. Echter, de koning, die aan het hoofd van de rechtsorde stond, werd gezien als vertegenwoordiger van god op aarde. Hij kreeg de titel *Vicarius Christi* of *Vicarius Dei* en werd geacht de goddelijke wetten te kennen.<sup>4</sup> Hierdoor werd zijn rechtsbevoegdheid vrijwel onbepakt, wat uiteindelijk wel degelijk tot een vergroting van de menselijke rechtsorde heeft geleid.

*Juridificatie van de natuur.* Aanvankelijk werd de pre-juridische situatie, ook wel de natuurtoestand genoemd, beschouwd als een toestand waar slechts verschillende krachten of machten heersten en met elkaar in botsing kwamen. Er golden geen rechten of juridische wetten; slechts het recht van de sterkste had het primaat.<sup>5</sup> Rechtvaardigheid was in de natuur derhalve afwezig. Onder invloed van verscheidene verlichtingsfilosofen raakte echter het idee van juridische natuurwetten en natuurrechten in zwang. De mens zou van nature, als ethisch subject, een aantal onvervreembare rechten bezitten. De natuurtoestand werd omschreven als een toestand waarin rechtvaardigheid wel degelijk een rol speelde; er zouden van nature ethische natuurwetten heersen, die bijvoorbeeld het recht op 'life, liberty and estate' gaven.<sup>6</sup> Deze filosofen meenden dat het problematische aan de natuurtoestand was dat deze ethische wetten niet adequaat konden worden afgedwongen. Het doel van de rechtsorde is daarmee niet langer om de rechtvaardigheid te installeren, maar om een macht te installeren die de al aanwezige rechtvaardigheid kan afdwingen. Aanvankelijk was ook de theorie van natuurrechten gericht op dejuridificatie. De natuurrechten of mensenrechten werden geformuleerd als morele begrenzings aan de staatsmacht. Ze hebben echter geleid tot een juridificatie van een aantal terreinen, zoals de gevangenis en het slagveld, die hieronder zullen worden besproken.

*Juridificatie van de gevangenis.* De crimineel, die macht of geweld inzet om tegen de rechtsorde in te gaan, werd aanvankelijk door de juridische macht buiten de rechtsorde geplaatst om te tonen dat de juridische macht machtiger was dan de macht die tegen haar werd ingezet. Vaak lag de gevangenis ook fysiek buiten de rechtsorde of onder de grond. De gevangenis was een plaats waar geen rechtvaardigheid heerste; het was een plaats waar machten naakt tegenover elkaar werden gezet. Hierdoor kon de staatsmacht zijn potentie tonen. Onder invloed van de mensenrechten is deze plaats tot een onderdeel van de rechtsorde geworden. Zo hebben gevangen mensenrechten toegewezen gekregen en vallen gevangenis onder de jurisdictie van de rechter.<sup>7</sup>

*Juridificatie van het slagveld.* Aanvankelijk werd oorlog gevoerd op een slagveld, gelegen tussen twee juridische ordes in. Het was een plaats waar wederom twee machten zonder juridische connotatie tegenover elkaar konden staan. Echter, aangezien er hede ten dage geen plaatsen zijn waarop geen enkele rechtsorde aanspraak maakt, ligt het slagveld per definitie op juridisch grondgebied. Daarnaast is de tactiek van oorlogsvoering veranderd. Niet langer vinden oorlogen plaats tussen twee duidelijk, op het slagveld, te onderscheiden machten, veel vaker wordt zij thans gevoerd via terrorisme of guerrillaoorlogen, waarbij één van de twee machten zich niet als macht onderscheid, maar zich juist voordoet als onderdeel van de macht waartegen het vecht. Aanvankelijk gold het adagium *inter armes silent leges*, maar aangezien oorlogen steeds vaker het karakter van burgeropstanden krijgen, wordt ook dit adagium nog weinig gebezigd. Tot slot is er onder invloed van de theorie van de rechtvaardige

---

<sup>4</sup> Kantorowicz: The king's two bodies.

<sup>5</sup> In zijn 'Leviathan' noemt Hobbes dat de oorlog van allen tegen allen.

<sup>6</sup> Locke: Two treatises of Government

<sup>7</sup> Zelfs de Amerikaanse rechter heeft het idee dat Guantanamo Bay buiten elke juridische orde viel afgewezen.

oorlog<sup>8</sup> en het internationaal recht het idee ontstaan dat militairen, die aanvankelijk rechteloos waren, mensenrechten bezitten die zelfs in oorlogstijd gerespecteerd dienen te worden.

*Juridificatie van het huis.* De Griekse filosofie beschrijft de mens als driedelig. Het eerste deel heeft hij gemeen met planten, hieronder vallen voorplanting, eten, drinken etc. Het tweede deel is het dierlijke deel, hieronder vallen de emoties. Het derde deel was het specifiek menselijke deel, hieronder valt de *ratio* oftewel de *logos*. Dit rationele deel stelde de mens in staat om te praten over goed en kwaad en derhalve om een begrip als rechtvaardigheid te denken. Rechtvaardigheid of moraliteit vormde de kern van de stad oftewel de *polis*, die als rechtvaardige, politieke gemeenschap werd omschreven. De *ratio*, als specifiek menselijke gedeelte, was het deel dat in de stad ontplooid mocht worden. De overige twee delen moest men verbergen in de *polis*. De emoties oftewel *thymos* werden voornamelijk geuit op het slagveld, terwijl de laagste behoeften van de mens voornamelijk ontplooid moesten worden in het huis oftewel de *oikos*. De plantaardige behoeften werden daarom als laagste van de drie behoeften omschreven omdat de mens hier niet vrijelijk over kon beschikken. De noodzaak om te eten en te drinken zijn biologische wetten waarop de menselijke vrije wil geen invloed uit kan oefenen. Op deze feitelijke krachten werd een begrip als moraliteit of rechtvaardigheid niet van toepassing geacht. Omdat het geheel in de Griekse filosofie altijd de som der delen oversteeg, was de *polis* wel opgebouwd uit huizen, maar vormden deze huizen geen onderdeel van de stad zelf.<sup>9</sup> De *oikos* was derhalve een a-juridische plaats, waarin de mens zijn a-morele begeerten kon ontplooien. Hieruit is het recht op privacy ontstaan. Dit recht op privacy is steeds meer aan erosie onderhevig. Steeds meer heeft de staat zich de macht toegeëigend om zich ter bescherming van de burger, bijvoorbeeld in het kader van terrorismebestrijding of de bescherming van het kind, toegang te verschaffen tot het huis en tot privé-informatie.

*Juridificatie van de markt.* Net als het huis lag de markt in de stad, maar viel zij aanvankelijk niet onder de rechtsorde. De markt was aanvankelijk dan ook sterk gekoppeld aan het domein van het huis. Het woord economie stamt bijvoorbeeld van *oikos-nomos* oftewel de wetten van het huis(houden). Op de markt werden producten ingeslagen ter bevrediging van het eerste, laagste deel van de mens. De producten die er werden aangeboden werden op a-juridische plaatsen vervaardigd, dat wil zeggen in het huis of op het platteland. Dit heeft ertoe geleid dat de markt aanvankelijk een a-juridisch fenomeen was; het was een plaats waarin machten en krachten, zoals de wetten van vraag en aanbod, vrijelijk hun gang gingen. Al snel is deze plaats echter tot een plaats gemaakt die essentieel is voor de rechtvaardigheid. Of personen zich in hun levensonderhoud kunnen voorzien werd als basisvoorwaarde voor een menselijk en moreel bestaan gezien. De twee visies op de markt, het kapitalisme en het communisme, kennen allebei een moreel aspect aan deze markt toe. Waar het kapitalisme meent dat de vrije markt, als ongebreideld krachtenspel zelf de meest rechtvaardige situatie bewerkstelligt, daar meent het communisme dat dit krachtenveld onrechtvaardigheid te weeg brengt. Zij menen dat staatsmacht moet worden ingezet om dit krachtenproces in toom te houden en te beïnvloeden. Lange tijd heeft het kapitalisme het primaat gehad in de westerse wereld, maar na de wat ongelukkige ervaringen van de afgelopen jaren is aannemelijk dat het communisme weer aan

---

<sup>8</sup> Zie bijvoorbeeld Walzer: Just War Theory

<sup>9</sup> Aristoteles: Politica & Ten Bos: De Stad: de zee, de vrouwen, de dieren en de huizen. In Filosofie en Praktijk.

invloed zal winnen. Marktingrijpen zal dan ook vaker plaatsvinden waardoor de markt steeds meer onderdeel zal gaan uitmaken van de rechtsorde.

*Juridificatie van de zee.* Millennia lang vormde de zee, als vrijplaats voor de handel bij uitstek, geen onderdeel van de rechtsorde. Handelaren konden er hun producten op vervoeren, piraten konden er schepen kapen en vissers konden er hun netten uitgooien. In 1609 werd dit principe door Hugo de Groot het idee van de *Marum Liberum* genoemd. Sinds een klein aantal eeuwen is echter ook de vrije zee onderhevig aan juridificatie. Landen eigenen de zee tot 22 km vanaf hun kust toe, internationale organen trachten piraterij te verbannen, er staan verboden op het dumpen van afval en er zijn quota voor vissers.<sup>10</sup>

### (3) Consequenties verbonden aan de reikwijdte

Deze korte schets maakt duidelijk dat de rechtsorde een steeds grotere reikwijdte heeft gekregen. De consequentie van deze allesomvattende reikwijdte is echter dat de rechtsorde steeds meer aan uitzonderingen behoeftig is. Aangezien de essentie van de rechtsorde is dat de rechtvaardigheid de macht inzet om zichzelf af te dwingen en dat de macht de rechtvaardigheid inzet om zichzelf te legitimeren, kan ofwel de rechtvaardigheid de macht uitzonderen ofwel de macht de rechtvaardigheid. De oorzaak van deze uitzonderingen ligt in het feit dat de mens, die de rechtsorde vervaardigt en handhaaft, goddelijke voorzienigheid en goddelijke almacht mist. Dit heeft twee consequenties.

Ten eerste kunnen de regels niet alle toekomstige gevallen tot in detail regelen; ze zullen, naarmate de rechtsorde groter wordt, steeds algemener moeten worden geformuleerd. Steeds vaker zal de algemene regel niet van toepassing moeten worden geacht op een specifieke situatie. In dat geval kan de rechter de regel niet van toepassing verklaren, bijvoorbeeld op basis van de redelijkheid en billijkheid. De regel of wet wordt daarbij in stand gelaten, maar wordt niet op een bepaalde situatie toegepast omdat dit onrechtvaardig zou zijn. In feite wordt hier dus de macht, die de regel moet afdwingen, uitgezonderd.<sup>11</sup>

Ten tweede kunnen de regels of de rechtsorde zelf in gevaar komen. Naarmate de rechtsorde groter wordt is hij lastiger te beschermen. Omdat oorlog thans noodzakelijkerwijs op het grondgebied van een rechtsorde plaatsvindt, zijn de juridische normen in principe ook in dit geval van toepassing. Echter, tijdens een oorlog moet de macht die de rechtsorde beschermt groot genoeg zijn om de andere macht te verslaan. Dit terwijl de rechtsorde juist begrenzungen en beperkingen stelt aan de macht. Het kan in een dergelijk geval noodzakelijk zijn om de rechtsorde uit te zonderen, zodat de macht niet belemmerd wordt door juridische wetten.<sup>12</sup> In naam van de rechtvaardigheid zondert de macht dan de rechtvaardigheid uit. De rechtsorde wordt gered door de rechtsorde uit te zonderen.

De conclusie is dat hoe groter de reikwijdte van de rechtsorde is, hoe vaker hij zal moeten worden uitgezonderd. De rechtvaardigheid kan tijdelijk worden uitgezonderd in tijden van oorlog; de macht kan tijdelijk worden uitgezonderd in het

---

<sup>10</sup> [http://www.nrc.nl/wetenschap/article2436337.ece/Grotius\\_vrije\\_zee\\_raakt\\_uit\\_gratie](http://www.nrc.nl/wetenschap/article2436337.ece/Grotius_vrije_zee_raakt_uit_gratie)

<sup>11</sup> Een principe dat hieraan gelieerd is, is het gedogen. Hierbij erkent de macht dat het rechtvaardiger is om de rechtvaardig geachte wetten niet af te dwingen, dan ze met alle geweld te handhaven.

<sup>12</sup> *Necessitas non habet legem.* Dit is het geval indien het recht niet voorziet in een dergelijke uitzondering, het subjectieve staatsnoodrecht gehete. Het recht dat daarin wel voorziet heet objectief staatsnoodrecht. Echter, het recht kan ook hier nooit alle toekomstige gevallen voorzien. Subjectief staatsnoodrecht blijft noodzakelijk

geval de toepassing van het recht onrechtvaardig zou zijn. Terwijl de rechtsorde aanvankelijk alles dat het niet kon omvatten buiten de rechtsorde plaatste, tracht de moderne rechtsorde alles in zijn systeem op te nemen. De rechtsorde die een steeds grotere reikwijdte heeft gekregen vormt hiermee een allesomvattend systeem waarbij het in zijn hart een vacuüm van onmacht en onrecht creëert.