

P.B. Cliteur en A. Ellian

Inleiding Recht

Negende druk

 Wolters Kluwer

Deventer – 2026

WOORD VOORAF

Dit boek is tot stand gekomen tijdens de colleges die door de vakgroep Algemene en Inleidende Vakken van de Rijksuniversiteit Leiden worden gegeven voor studenten die recht als bijvak hebben bij een andere studie. Soms is voor deze populatie recht een verplicht bijvak, zoals voor de studenten bestuurskunde en politicologie, in andere gevallen kiezen deze studenten recht omdat zij zich later willen toeleggen op juridische aspecten van hun 'eigen' wetenschap.

Dit boek onderscheidt zich van andere inleidingen in het recht doordat de auteur heeft geprobeerd een 'verhaal van het recht' te vertellen. Dat manifesteert zich zowel in stijl als inhoud. Er is niet naar gestreefd een handboek samen te stellen, maar om enkele leerstukken wat nader uit te werken in de hoop daarmee een beter beeld van het verschijnsel recht te verschaffen dan zou geschieden wanneer de onderwerpen alleen maar worden aangestipt. Verder worden de leerstukken uitvoerig geïllustreerd met voorbeelden. Hierbij gaat het veelal om klassieke arresten uit de jurisprudentie (en dus niet om de meest recente uitspraken die het predikaat 'klassiek' nog niet verdienen).

Aanvankelijk is dit boek enige jaren als syllabus gebruikt. Gedurende die tijd heb ik van verschillende personen commentaar mogen ontvangen, van wie ik met name mijn collega's Ada Deelder-Kamerling, Inez Kotterman-van de Vosse, Manda van Loenhoud-de Wolf, Judith Vernéde-Halman, Carel Smith, Eva Nieuwenhuis en Ria van Gorkom wil noemen.

Leiden, april 1992 Paul Cliteur

Bij de tweede druk

De oorspronkelijke opzet van de eerste druk van Nederlands Recht is grotendeels gehandhaafd. In de tweede druk zijn met name de hoofdstukken over procesrecht en volkenrecht herzien. Nieuw is het hoofdstuk over mensenrechten.

Leiden, mei 2005 Paul Cliteur

Bij de eerste druk als Encyclopedie 2: Positief recht

Dit boek is een voortzetting van het boek Nederlands recht. Het verschil met voorgaande drukken is dat het nu als één geheel verschijnt met het meer rechtsfilosofische deel Encyclopedie 1: Grondslagen. Nieuw is ook de samenwerking met mijn collega prof. dr. mr. A. Ellian die de hoofdstukken over strafrecht en mensenrechten heeft bewerkt. Mr. dr. A.J. Kwak heeft de hoofdstukken over privaatrecht en procesrecht bewerkt en mr. dr. G. Molier het hoofdstuk over volkenrecht en rechtsvergelijking.

Leiden, mei 2007

Bij de tweede druk als Encyclopedie 2: Positief recht

De tweede druk van Encyclopedie 2 is aangepast aan recente ontwikkelingen in de jurisprudentie en wetswijzigingen. Wij danken in het bijzonder mr. dr. Gelijk Molier voor zijn voorbereidende werk.

Paul Cliteur en Afshin Ellian,
Leiden, april 2009

Bij de derde druk

In de derde druk zijn enkele wetswijzigingen verwerkt.

Paul Cliteur en Afshin Ellian,
Leiden, mei 2011

Bij de vierde druk

De vierde druk is aangepast aan de gewijzigde opzet van het Leidse curriculum. In het eerstejaars rechtenonderwijs wordt met ingang van september 2013 begonnen met een inleiding in het positieve recht. Dit boek volgt die opzet. Voor het hele boek tekenen Paul Cliteur en Afshin Ellian. Het tweede hoofdstuk is geschreven door Arie-Jan Kwak.

Paul Cliteur en Afshin Ellian,
Leiden, mei 2013

Bij de vijfde druk

In de vijfde druk zijn enkele wetswijzigingen en inhoudelijke wijzigingen verwerkt.

Paul Cliteur en Afshin Ellian,
Leiden, mei 2015

Bij de zesde druk

De zesde druk is een geactualiseerde versie waarin enkele inhoudelijke en tekstuele aanpassingen zijn verwerkt. Wij danken mr. Raisa Blommestijn voor haar bijdrage.

Paul Cliteur en Afshin Ellian,
Leiden, mei 2017

Bij de zevende druk

De zevende druk is een geactualiseerde versie waarin enkele inhoudelijke en tekstuele aanpassingen zijn verwerkt. Wij danken Tessa van Buchem voor haar bijdrage.

Paul Cliteur en Afshin Ellian,
Leiden, april 2020

Bij de achtste druk

De achtste druk is een geactualiseerde versie waarin enkele inhoudelijke en tekstuele aanpassingen zijn verwerkt. Wij danken Liselotte Vink voor haar bijdrage.

Paul Cliteur en Afshin Ellian,
Leiden, april 2023

Bij de negende druk

De negende druk is een geactualiseerde versie waarin enkele inhoudelijke en tekstuele aanpassingen zijn verwerkt. Wij danken Asya Bozkurt voor haar bijdrage.

Paul Cliteur en Afshin Ellian,
Leiden, april 2026

INHOUDSOPGAVE

Woord vooraf / V

HOOFDSTUK 1

Terreinverkenning / 1

- 1.1 Een definitie van recht / 1
 - 1.1.1 Inleiding / 1
 - 1.1.2 Recht en andere normstelsels / 1
 - 1.1.3 Nog steeds geen definitie van recht / 2
- 1.2 Enkele onderscheidingen / 4
 - 1.2.1 Objectief en subjectief recht / 4
 - 1.2.2 Geen subjectief recht zonder objectief recht? / 5
 - 1.2.3 Positief recht en natuurrecht / 6
 - 1.2.4 Publiek- en privaatrecht / 7
 - 1.2.5 Recht als dwangordening en als spontane ordening / 7
 - 1.2.6 Dwingend en aanvullend recht / 8
 - 1.2.7 Formeel en materieel recht / 9
- 1.3 De rechtsgebieden / 10
 - 1.3.1 Privaatrecht / 10
 - 1.3.2 Strafrecht / 11
 - 1.3.3 Staatsrecht / 12
 - 1.3.4 Bestuursrecht / 13
- 1.4 De rechtsbronnen / 14
 - 1.4.1 Wat is positief recht? / 15
 - 1.4.2 De wet als bron van recht / 16
 - 1.4.3 Hiërarchie in wetgeving / 16
 - 1.4.4 Voordelen van wettenrecht boven andere rechtsbronnen / 17
 - 1.4.5 Nuancering / 18
 - 1.4.6 Codificatie / 19
 - 1.4.7 De trias-leer van Montesquieu / 19
 - 1.4.8 Legisme als uitvloeisel van de trias-leer / 20
 - 1.4.9 Arresten ter illustratie van het legisme / 20
 - 1.4.10 Kritiek op het legisme / 21
 - 1.4.11 De gewoonte als bron van recht / 23
 - 1.4.12 Verschillen tussen wettenrecht en gewoonterecht / 23
 - 1.4.13 Rechtspraak als bron van recht / 24

- 1.4.14 Nuancering van dit standpunt: rechtspraak tóch rechtsbron / 25
- 1.4.15 Publicatie van rechterlijke beslissingen / 26
- 1.4.16 Gezag van rechtspraak in vroeger tijden en in andere rechtssystemen / 26
- 1.4.17 Een voorbeeld van rechtersrecht in Nederland / 27
- 1.4.18 Het verdrag als bron van recht / 27
- 1.4.19 Monisme en dualisme / 28

HOOFDSTUK 2

Rechtswetenschap en rechtsvinding / 31

- 2.1 Rechtswetenschap / 31
 - 2.1.1 Het standaardbeeld van de wetenschap / 31
 - 2.1.1.1 Verklaren: wat is de oorzaak? / 31
 - 2.1.1.2 De empirische cyclus / 33
 - 2.1.1.3 Abductie: wat is er gebeurd? / 34
 - 2.1.2 Rechtswetenschap / 35
 - 2.1.2.1 Rechtswetenschap als normenwetenschap / 35
 - 2.1.2.2 Beschrijving / 35
 - 2.1.2.3 Analyse / 36
 - 2.1.2.4 Structuur / 36
 - 2.1.2.5 Hermeneutiek: begrijpen / 38
 - 2.1.3 Rechtsfilosofie / 40
 - 2.1.4 Ideologiekritiek / 40
 - 2.1.5 Externe perspectieven op het recht / 41
 - 2.1.5.1 Rechtseconomie / 42
 - 2.1.5.2 Rechtssociologie / 43
 - 2.1.5.3 Rechtspsychologie / 43
 - 2.1.5.4 Rechtsantropologie / 44
 - 2.1.5.5 Criminologie / 44
- 2.2 Waarheidsvinding / 44
 - 2.2.1 Het perspectief van de rechter / 44
 - 2.2.2 De heuristische fase en de legitimatiefase / 45
 - 2.2.3 De juridische context en waarheidsvinding / 46
 - 2.2.3.1 Waarheidsvinding in het strafrecht / 46
 - 2.2.3.2 Waarheidsvinding in het privaatrecht / 46
 - 2.2.3.3 Waarheidsvinding in het bestuursrecht / 47
- 2.3 Rechtsvinding / 47
 - 2.3.1 Het traditionele model van rechtsvinding: rechtstoepassing / 47
 - 2.3.1.1 De rechter als toepasser van de wet / 48
 - 2.3.1.2 Het deductieve model: de modus ponens / 49
 - 2.3.1.3 Grammaticale interpretatie / 50
 - 2.3.1.4 Sociologische interpretatie / 50
 - 2.3.1.5 Systematische interpretatie / 51
 - 2.3.1.6 Rechtsvergelijkende interpretatie / 51
 - 2.3.1.7 Anticiperende interpretatie / 52
 - 2.3.1.8 Rechtshistorische interpretatie / 52

- 2.3.2 Het moderne model van rechtsvinding: rechtsvorming / 52
 - 2.3.2.1 Elkaar tegensprekende rechtsregels / 53
 - 2.3.2.2 Bewust vage rechtsregels / 54
 - 2.3.2.3 Onduidelijke en ontbrekende rechtsregels / 54
 - 2.3.2.4 Rechtsvorming / 55
 - 2.3.2.5 Hermeneutiek / 55
 - 2.3.2.6 Teleologische interpretatie / 56
 - 2.3.2.7 Wethistorische interpretatie / 58
 - 2.3.2.8 Restrictieve interpretatie en extensieve interpretatie / 58
 - 2.3.2.9 Een leemte in de wet / 58
 - 2.3.2.10 Een leemte in het Wetboek van Strafrecht / 59
 - 2.3.2.11 Redeneerwijzen / 60
 - 2.3.2.12 De analogieredenering / 60
 - 2.3.2.13 De a contrario-redenering / 61
 - 2.3.2.14 Rechtsverfijning / 62

HOOFDSTUK 3

Staatsrecht / 63

- 3.1 De bronnen van het staatsrecht / 63
 - 3.1.1 Wat is staatsrecht? / 63
 - 3.1.2 De Grondwet als bron van het staatsrecht / 64
 - 3.1.3 Grondrechten / 64
 - 3.1.4 Het non-discriminatiebeginsel / 68
 - 3.1.5 Vrijheid van godsdienst en levensovertuiging / 71
 - 3.1.6 Vrijheid van drukpers / 74
 - 3.1.7 Het verdrag als bron van het staatsrecht / 76
 - 3.1.8 Het Statuut als bron van het staatsrecht / 78
 - 3.1.9 De discussie over het toetsingsverbod / 79
 - 3.1.10 De rechtspraak als bron van het staatsrecht / 81
 - 3.1.11 De gewoonte als bron van het staatsrecht / 81
- 3.2 Het verschijnsel 'staat' / 81
 - 3.2.1 Macht en gezag / 82
 - 3.2.2 De overheid / 85
 - 3.2.3 Volk en territoire / 85
 - 3.2.4 Staats- en regeringsvormen / 87
- 3.3 Democratie / 88
 - 3.3.1 Democratie in de oudheid / 89
 - 3.3.2 Renaissance / 89
 - 3.3.3 Amerikaans constitutionalisme en Engelse Verlichting / 90
 - 3.3.4 Directe en indirecte democratie / 91
 - 3.3.5 Kenmerken van verkiezingen in een democratie / 92
 - 3.3.6 Kiesstelsels / 93
 - 3.3.7 Voor- en nadelen van de kiesstelsels / 94
 - 3.3.8 Politieke partijen / 94
 - 3.3.9 De rol van politieke partijen in het staatsbestel / 95

- 3.3.10 Kabinetformatie / 95
- 3.3.11 De volksvertegenwoordiging / 96
- 3.3.12 Zelfstandige positie van de Kamer / 98
- 3.3.13 Controle op de regering / 99
- 3.3.14 De regering / 101
- 3.3.15 De Raad van State, de Rekenkamer en de vaste colleges van advies / 102
- 3.4 De rechtsstaat / 103
 - 3.4.1 Vijf beginselen van de rechtsstaat / 104
- 3.5 Bestuursprocedures / 110
 - 3.5.1 Administratief beroep en administratieve rechtspraak / 110
 - 3.5.2 Algemene beginselen van behoorlijk bestuur / 111

HOOFDSTUK 4

Strafrecht / 115

- 4.1 Bijzonder karakter van het strafrecht / 115
- 4.2 Het legaliteitsbeginsel / 120
 - 4.2.1 Betekenis van het woord 'wet' / 120
 - 4.2.2 Dimensies van het legaliteitsbeginsel / 121
 - 4.2.3 Boycot Outspan-arrest (1973), HR 15 april 1975, NJ 1976, 23 / 124
 - 4.2.4 Wie mogen daden strafbaar stellen? / 124
- 4.3 Het begrip 'strafbaar feit' / 125
 - 4.3.1 Bestanddelen en elementen / 125
 - 4.3.2 Materiële wederrechtelijkheid en schuld / 126
 - 4.3.3 Indeling van strafbare feiten / 127
 - 4.3.4 De tenlastelegging / 130
 - 4.3.5 Strafuitsluitingsgronden / 131
 - 4.3.6 Straf en maatregel / 134
 - 4.3.7 Strafrechtspleging / 135
- 4.4 Kenmerken en beginselen van strafprocesrecht / 137
 - 4.4.1 Het opportuniteitsbeginsel / 138
 - 4.4.2 Openbaarheid van rechtspraak / 139
 - 4.4.3 Het beginsel der onmiddellijkheid / 139
 - 4.4.4 Het beginsel dat de verdachte vrij is in de keuze van een raadsman / 139
 - 4.4.5 Het beginsel dat recht gedaan moet worden binnen een redelijke tijd / 140
 - 4.4.6 Het beginsel van rechtspraak in meerdere instanties / 140
- 4.5 Actoren in het strafproces / 141
 - 4.5.1 Verdachte: redelijk vermoeden van schuld / 141
 - 4.5.2 De politie / 142
 - 4.5.3 Het Openbaar Ministerie / 142
 - 4.5.4 De rechter / 146
- 4.6 Criminologie / 147
 - 4.6.1 Misdaad en straf in historisch perspectief / 147
 - 4.6.2 De antropologische richting / 149
 - 4.6.3 De milieuschool / 149
 - 4.6.4 De etiketteringstheorie / 150

- 4.6.5 Nieuwe conservatieven / 151
- 4.6.6 De rechten van slachtoffers / 151

HOOFDSTUK 5

Privaatrecht / 155

- 5.1 Enkele indelingen / 155
 - 5.1.1 Publiek- en privaatrecht / 155
 - 5.1.2 Het problematische karakter van het onderscheid in publiek- en privaatrecht / 158
 - 5.1.3 Dwingend en aanvullend recht / 158
 - 5.1.4 Wanneer regelend, wanneer dwingend recht? / 159
- 5.2 Absolute en relatieve rechten / 161
 - 5.2.1 Volledige en beperkte absolute rechten / 161
 - 5.2.2 Eigendom als volledig absoluut recht / 161
 - 5.2.3 Beperking van eigendom door wettelijke voorschriften / 162
 - 5.2.4 Beperking van eigendom door misbruik van bevoegdheid en hinder / 162
 - 5.2.5 Beperking van eigendom door de rechten van anderen op de zaak / 164
- 5.3 Rechtsfeiten en rechtshandelingen / 166
 - 5.3.1 Wil en verklaring / 167
 - 5.3.2 De overeenkomst / 168
 - 5.3.3 Drie factoren die de inhoud van de overeenkomst mede bepalen / 170
 - 5.3.4 De aanvullende en derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid / 171
 - 5.3.5 Wilsgebreken / 172
 - 5.3.6 Nakoming van de overeenkomst / 178
 - 5.3.7 Tekortkoming kan niet worden toegerekend: overmacht / 180
 - 5.3.8 Schadevergoedingsplicht uit de wet en overeenkomst / 180
 - 5.3.9 Manieren van aansprakelijkheid / 181
- 5.4 Onrechtmatige daad / 182
 - 5.4.1 Wat is een onrechtmatige daad? / 182
 - 5.4.2 De enge opvatting van onrechtmatigheid / 183
 - 5.4.3 De ruimere opvatting van onrechtmatigheid / 184
 - 5.4.4 Strijd met de rechtsplicht van de dader / 185
 - 5.4.5 Inbreuk op eens anders recht / 186
 - 5.4.6 Strijd met de maatschappelijke zorgvuldigheid / 187
 - 5.4.7 Gevaarzetting / 188
 - 5.4.8 Het ontbreken van belangenafweging / 190
 - 5.4.9 Causaal verband / 192
 - 5.4.10 Toerekening aan de dader / 195
 - 5.4.11 Schade / 197
- 5.5 Burgerlijk procesrecht: inleiding / 197
 - 5.5.1 Soorten rechters / 198
 - 5.5.2 Rechtsmiddelen: de gewone / 198
 - 5.5.3 Feitelijke en juridische vragen: een voorbeeld / 199
 - 5.5.4 Rechtsmiddelen: de buitengewone / 200

- 5.5.5 Absolute en relatieve competentie / 201
- 5.6 Het eigen karakter van het burgerlijk procesrecht / 202
 - 5.6.1 Uitsluiting van eigenrichting / 203
 - 5.6.2 Bronnen van het burgerlijk procesrecht / 203
 - 5.6.3 Eigenlijke en oneigenlijke rechtspraak / 203
 - 5.6.4 Beginselen van burgerlijk procesrecht / 204
 - 5.6.5 De normale gang bij contentieuze zaken / 207
 - 5.6.6 Kort geding / 208

HOOFDSTUK 6

Rechtsvergelijking en volkenrecht / 209

- 6.1 Rechtsvergelijking: methode, geschiedenis, rechtsfamilies en nut / 209
 - 6.1.1 Methode en geschiedenis van de rechtsvergelijking / 209
 - 6.1.2 Rechtsfamilies en nut van de rechtsvergelijking / 211
 - 6.1.2.1 Rechtsfamilies / 211
 - 6.1.2.2 Het nut van rechtsvergelijking / 212
- 6.2 Volkenrecht of internationaal publiekrecht / 213
 - 6.2.1 Inleiding / 213
 - 6.2.2 Van *ius gentium* naar recht van co-existentie / 214
 - 6.2.3 Het klassieke internationaal recht / 216
 - 6.2.3.1 Bronnen van internationaal recht / 216
 - 6.2.3.2 Subjecten / 218
 - 6.2.4 Verschillen tussen nationaal en internationaal recht / 219
 - 6.2.4.1 Kenmerken van het systeem van internationaal recht / 219
 - 6.2.4.2 Redenen voor de naleving van internationaal recht / 222
 - 6.2.5 Het recht der internationale organisaties / 223
 - 6.2.6 Doorwerking van internationaal recht in de nationale rechtsorde / 228

HOOFDSTUK 7

Mensenrechten / 229

- 7.1 Twee benaderingen van het concept 'mensenrechten' / 229
- 7.2 De natuurrechtstraditie als voorloper van de traditie van mensenrechten / 229
- 7.3 Eerste kenmerk van mensenrechten: hoger recht / 230
 - 7.3.1 Een vroege manifestatie van het natuurrechtsdenken: Antigone / 230
 - 7.3.2 Een latere manifestatie van mensenrechten: de Onafhankelijkheidsverklaring / 231
 - 7.3.3 Twee vragen over het hogere recht: bestaat het en wat heb je eraan? / 233
 - 7.3.4 De pogingen om de traditie van het hogere recht te effectueren / 234
- 7.4 Tweede kenmerk van mensenrechten: gecodificeerd hoger recht / 235
- 7.5 Derde kenmerk van mensenrechten: rigide recht / 237
- 7.6 Vierde kenmerk van mensenrechten: afdwingbaarheid voor de rechter / 240
- 7.7 De uitspraak *Marbury v. Madison* (1803) / 240
- 7.8 John Marshall en de federalisten / 241
- 7.9 Het Nederlandse toetsingsverbod / 243

- 7.10 Het Algemeen Constitutioneel Patroon van de Moderne Tijd / 244
- 7.11 Vijfde kenmerk van mensenrechten: universaliteit / 245
 - 7.11.1 Gewone juridische rechten / 246
 - 7.11.2 Mensenrechten als constitutionele rechten / 247
 - 7.11.3 Gewone morele rechten / 247
 - 7.11.4 Mensenrechten als morele rechten die aan alle mensen toebehoren / 248

Literatuurregister / 251

Jurisprudentieregister / 253

Personenregister / 255

Trefwoordenregister / 259

HOOFDSTUK 1

Terreinverkenning

1.1 Een definitie van recht

1.1.1 Inleiding

De samenleving is een ingewikkeld geheel van betrekkingen tussen mensen. In die samenleving heerst een zekere orde, een bepaalde regelmaat en uniformiteit. Deze orde is voor het menselijk samenleven van eminent belang. Alleen wanneer er een dergelijke orde oprijst uit het maatschappelijk functioneren, weten de mensen wat hun medemensen van hen verwachten en wat zij kunnen verwachten van anderen. Het is deze orde die het hun mogelijk maakt gedrag op elkaar af te stemmen. Mensen kunnen dan voorspellingen doen en op gebeurtenissen anticiperen. Hier ligt de basis van het recht. 'Het moge in primitieve of in verfijnde vorm zijn – maar zodra twee mensen met elkaar in contact komen, ontstaat recht. 'Zonder samenleving is er geen recht, zonder recht geen samenleving denkbaar', schreef de Amsterdamse hoogleraar Pitlo (1901–1987). Maar zo zijn we alleen nog maar het ontstaan van het recht op het spoor gekomen. Wat is recht?

Een bekende definitie luidt: het recht is het geheel van regels of normen dat het maatschappelijk verkeer in banen leidt en een remedie aandraagt voor de problemen die rijzen wanneer mensen zich niet gedragen overeenkomstig hetgeen men van elkaar mag verwachten. Het doel van het recht is het realiseren van een toestand van rust en rechtvaardigheid in de onderlinge betrekkingen van mensen. Aldus een veel gehanteerde omschrijving van recht. Ook zegt men wel: het recht heeft tot doel een zekere ordening in de maatschappij aan te brengen. Of: het recht probeert tot een harmonieuze afweging van de belangen van mensen in de maatschappij te komen. Het is van belang te beklemtonen dat het recht dus niet alleen om de hoek komt kijken wanneer mensen conflicten met elkaar hebben. Weliswaar treedt het dan heel manifest naar voren, maar het recht regelt ook de vreedzame omgang van mensen met elkaar. Dat blijkt bijvoorbeeld wanneer we naar het verkeer op de weg kijken. De verkeersregels geven aan wat mensen van elkaar mogen verwachten op de weg. Zo verwachten we van een medeweggebruiker dat deze ons voorrang geeft wanneer wij op een voorrangsweg rijden.

1.1.2 Recht en andere normstelsels

Nu zou men kunnen tegenwerpen dat wat hier gezegd wordt over het recht ook opgaat voor andere maatschappelijke normen. Beogen niet ook de normen van de moraal, het fatsoen en zelfs de religie een regulering van het maatschappelijk functioneren?

Ongetwijfeld is dat ten dele waar. Maar de accenten liggen toch anders. Zo voert men doorgaans als verschil tussen rechtsnormen, en bijvoorbeeld ethische normen, aan dat het doel van het recht is dat er geen vermoorde mensen voorkomen, terwijl de moraal eist dat er geen moordenaars zijn. Daarmee wordt bedoeld dat als het recht gebiedt: 'Gij zult niet moorden', deze regel tot doel heeft de maatschappelijk ongewenste gevolgen van moord te voorkomen. Het recht richt zich dus niet, zoals de moraal wél doet, op de *intentie*, de bedoeling van ons handelen.

Men kan het ook zo stellen: de rechtsregel richt zich niet primair tot het innerlijk van de mens, niet tot de gezindheid, maar houdt zich bezig met het *uiterlijke gedrag*. Wie in gedachten moordt, een andere vrouw begeert, zich aan godslastering overgeeft en wat al niet meer, roept weliswaar onze ethische afkeuring op, maar het is niet iets waar het recht zich mee bemoeit. Het recht wacht af tot de gezindheid zich heeft gemanifesteerd in daden. Dat is dan het eerste verschil tussen recht en moraal.

Als tweede verschil tussen recht en moraal wijst men dan meestal op het feit dat de *sanctie* die op de overtreding staat, kenmerkend is voor het recht. Natuurlijk staat ook op het overtreden van morele geboden soms een sanctie. Deze kan variëren van sociale uitsluiting tot lynchen. Maar de sanctie raakt als het ware niet de essentie van de moraal, terwijl dat volgens sommigen bij het recht wel het geval is. Ook zou men erop kunnen wijzen dat de sanctie in het recht zich in die zin van de morele sancties onderscheidt dat er bij het recht een officieel instituut is dat zich met het uitvaardigen en afdwingen van normen bezighoudt. Dat is namelijk de staat.

Verder zou men er ook op kunnen wijzen dat de dwang in het recht soms een dwang is in de letterlijke zin van het woord. Bij de overtreding van een morele norm gaat het meestal om gewetensdwang of dwang die het gevolg is van sociale uitsluiting (waarvan de werking overigens niet onderschat moet worden).

1.1.3 Nog steeds geen definitie van recht

Nu zou men kunnen tegenwerpen dat we wat betreft het rechtsbegrip alleen nog maar het terrein verkend hebben. We hebben slechts het verschil tussen recht en moraal in het licht gesteld, maar een definitie van recht hebben we daarmee nog niet in handen. Dat klopt, maar dat heeft een reden. In dit boek gaan wij ervan uit dat een dergelijke definitie ook niet te geven is. Dat dit ook inderdaad niet gemakkelijk is, kunnen we illustreren door een paar traditionele pogingen om het begrip recht te definiëren wat nader te onderzoeken.

Een bekende definitie is die van John Austin (1790-1859), een Engels filosoof en rechtsgeleerde. In 1826 werd Austin benoemd tot professor in de *Jurisprudence* (wat we in Nederland een soort van filosofisch getinte inleiding in de rechtswetenschap zouden noemen) na in Duitsland het Romeinse recht te hebben bestudeerd. Austins belangrijkste werk heet *The province of jurisprudence determined* (1832), waarin hij een uitwerking geeft van de lezingen die hij vanaf 1828 in Londen had gegeven, maar die hij in 1832 bij gebrek aan belangstelling had opgegeven.

Austin heeft gezegd dat het bij het recht zou gaan om bevelen die worden geschraagd door bedreigingen: *orders backed by threats*. Is die definitie geslaagd? Zelfs in de Angelsaksische rechtscultuur, die lange tijd onder invloed heeft gestaan van Austin, heeft men deze omschrijving van het recht als ontoereikend verworpen.

De hedendaagse rechtsfilosoof H.L.A. Hart (1907-1992) heeft erop gewezen dat wanneer men de definitie van Austin zou omarmen, dit met zich mee zou brengen dat we geen verschil

kunnen maken tussen een struikrover die zegt: 'Je geld of je leven' en de rechter die iemand een verplichting oplegt. En dat is zo'n absurde situatie dat het ons het ontoereikende van de definitie doet inzien. We kunnen een rechtsorde niet vergelijken met dwang zonder meer: 'Law surely is not the gunman situation writ large', aldus Hart. Kenmerkend voor recht is niet dat het ontstaat uit bevelen van wetgevers, maar dat het tot stand komt volgens een bepaalde procedure die onderworpen is aan regels, volgens Hart: 'Nothing which legislators do makes law unless they comply with fundamental accepted rules specifying the essential law-making procedures.'

Een andere definitie die er van recht is gegeven, stamt van een Amerikaanse rechtsfilosoof en rechter: Oliver Wendell Holmes (1841-1935). Holmes plaatste de rechter in het centrum van de belangstelling. 'Wat hebben we aan onze kennis van al die abstracte rechtsregels?', vroeg Holmes. Het is uiteindelijk de rechter die een oordeel geeft over de interpretatie van die regels. Er kan wel in het wetboek staan dat het wegnemen van een goed dat aan een ander toebehoort diefstal is, zou een aanhanger van Holmes over het Nederlandse diefstalartikel kunnen zeggen, maar dat zegt ons nog niets over de interpretatie van de begrippen 'wegnemen' en 'goed'. En die interpretatie, daar komt het op aan. Wat moeten we dus doen om te weten wat recht is? We moeten de gedragspatronen van rechters bestuderen: recht is wat rechters doen of wat we kunnen verwachten dat zij gaan doen: 'The prophecies of what the courts will do in fact and nothing more pretentious, are what I mean by law', aldus Holmes.

Dit is al een heel aardige definitie. Maar toch nog steeds een omschrijving die slechts één aspect van het juridisch bedrijf onder de aandacht brengt: het rechterlijke. Als een correctie op allerlei legistische opvattingen (waarover later), waarbij men slechts oog heeft voor de wet als bron van recht, kan het een nuttige omschrijving zijn, maar als een definitie die 'recht' moet doen aan de rijkdom van het gehele juridisch proces is deze ontoereikend. Wetgeving zou bijvoorbeeld bij Holmes niet onder het rechtsbegrip vallen.

Een derde manier om het recht te definiëren, is een bekende. Het is een definitie die in talloze inleidingsboeken wordt aangetroffen en die meestal als volgt wordt weergegeven: 'Het recht is het geheel van regels dat de samenleving ordent.'

Dit lijkt veel op de typering van het recht waarmee we dit hoofdstuk zijn begonnen. Maar ook hier geldt weer dat de definitie slechts is toegespitst op één dimensie van het rechtsbedrijf. Wat te denken van een beslissing van de rechter? Deze dimensie, waarop Holmes al zijn aandacht gevestigd had, valt weer buiten de definitie die we hierbij onderzoeken. En wat te denken van de uitvoering van rechterlijke oordelen door de politie? Dit valt dan geheel buiten het rechtsbegrip zoals dat in de definitie uit de inleidingsboeken wordt gehanteerd.

Volgens sommigen doen we er goed aan die vergeefse zoektocht naar het rechtsbegrip op te geven. 'Noch immer suchen die Juristen eine Definition zu ihrem Begriffe vom Recht', schrijft de Duitse filosoof Immanuel Kant (1724-1804) in zijn *Kritik der reinen Vernunft*. Dat was in 1787 en nu, tweehonderd jaar later, heeft die opmerking nog niets van haar actualiteit verloren.

In plaats van de definitie van het begrip zullen we enkele traditionele onderscheidingen die binnen de rechtswetenschap gehanteerd worden als inleiding gebruiken. Dat geeft ons dan tevens inzicht in datgene dat we in de volgende hoofdstukken gaan behandelen.

1.2 Enkele onderscheidingen

1.2.1 Objectief en subjectief recht

We beginnen met het onderscheid tussen objectief en subjectief recht. We hebben het hiervoor gehad over het recht als een geheel van regels of normen dat de samenleving ordent. Dit samenstel van regels noemen we het *objectieve* recht. Van dit objectieve recht moeten we het *subjectieve* recht onderscheiden. Bij het subjectieve (het subjectieve/een subjectief) recht gaat het om een bepaalde bevoegdheid. Uit de taalkundige context is meteen duidelijk dat er verschil bestaat tussen deze twee soorten recht. Wanneer we zeggen: 'Ik bestudeer het recht van Zuidoost-Azië', dan hebben we het over het objectieve recht: het geheel van geldende rechtsregels in het desbetreffende gebied. Wanneer we echter zeggen: 'Ik heb recht op levering van de gekochte auto', dan gaat het om een subjectief recht, een persoonlijke bevoegdheid.

De twee begrippen zijn overigens niet los van elkaar te denken. Wanneer wij pretenderen een subjectief recht te hebben, dan zullen wij die claim vaak baseren op het objectieve recht. Zo ook in het bovengenoemde geval: ik koop een auto. Juridisch betekent dit dat ik een koopovereenkomst sluit. Uit die koopovereenkomst vloeien voor beide partijen, koper en verkoper, verplichtingen voort. Voor de koper om de koopprijs te betalen, voor de verkoper om de gekochte zaak te leveren. Beide partijen hebben *subjectieve rechten*. Deze subjectieve rechten ontleen zij echter aan het objectieve recht. In het Nederlandse objectieve recht zijn de koop en verkoop geregeld door de wetgever. De wetgever heeft bepaald dat wanneer twee partijen een koopovereenkomst sluiten hieruit bovengenoemde verplichtingen voortvloeien. Zo zien we dus dat het subjectieve recht gebaseerd is op het objectieve recht en het objectieve recht zich pas manifesteert via het subjectieve recht. Men zou het enigszins beeldend kunnen uitdrukken met de woorden: het subjectieve recht brengt het objectieve recht tot leven. Dit laatste wordt op aanschouwelijke manier onder de aandacht gebracht door de Duitse jurist Rudolf von Jhering (1818-1892).

In 1873 schreef von Jhering *Der Kampf ums Recht*, een van de meest vermaarde juridische boekjes uit de negentiende eeuw. Het werd in zeventien talen vertaald. Von Jhering spreekt hier over de verhouding tussen het objectieve en het subjectieve recht. Het objectieve recht is het geheel van regels dat geldt in een gemeenschap. Het subjectieve recht is de bevoegdheid die een burger daaraan ontleent. Het recht in objectieve zin kan zich alleen maar realiseren wanneer mensen in de strijd voor hun subjectieve rechten hiertoe aanleiding geven. Von Jhering benadrukt daarmee iets dat eigenlijk altijd onderbelicht is gebleven. Natuurlijk vindt men vaak de overtuiging uitgesproken dat het objectieve en het subjectieve recht op elkaar zijn aangewezen. Maar men bedoelt dan dat er slechts van een subjectief recht gesproken kan worden wanneer dit aan het objectieve recht kan worden ontleend. Dit is juist, zegt von Jhering, maar het is slechts één kant van de medaille: het maakt niet duidelijk dat ook het objectieve recht voor zijn ontwikkeling geheel afhankelijk is van het subjectieve recht. Een stuk objectief recht dat niet wordt toegepast, is een lamme veer in het rechtstelsel. De Romeinen hadden dit goed begrepen toen zij de *desuetudo*, het in onbruik raken, als een grond voor opheffing van het recht erkenden.

Daarmee rust natuurlijk ook een grote verantwoordelijkheid op de schouders van het individu: in het opkomen voor zijn eigen rechten levert hij een bijdrage aan de ontwikkeling van het objectieve recht als zodanig. 'Die Behauptung der Person selber' kan dus weliswaar zeer

egocentrisch geïnspireerd zijn, maar dat doet niets af aan de grote betekenis daarvan voor de rechtsorde als zodanig: 'Die Behauptung des Rechts ist eine Pflicht gegen das Gemeinwesen', zegt von Jhering. En vredelievendheid, zachtmoedigheid en vergevingsgezindheid dan? Zijn dit niet allemaal grote deugden? Vanuit een bepaald perspectief misschien wel, maar voor het recht zijn dit hoogst verwerpelijke zaken: 'dem innersten Wesen des Rechts widerstreitende' ideeën. Degene die niet opkomt voor zijn rechten wordt door von Jhering vergeleken met de deserteur in het leger: wanneer iedereen zo zou handelen als de deserteur, dan zou de oorlog verloren zijn en hetzelfde geldt voor het recht: wanneer men niet voor zijn recht opkomt, is het recht ook verloren. 'Als Handlung eines Einzelnen unschädlich, würde sie, zur allgemeinen Maxime des Handelns erhoben, den Untergang des Rechts bedeuten.'

1.2.2 Geen subjectief recht zonder objectief recht?

Nu hebben we hierboven gezegd dat een subjectief recht *vaak* gebaseerd zal worden op het objectieve recht. Vaak: dit is namelijk, naar het oordeel van sommige auteurs, *niet altijd* het geval. Denk aan de situatie waarin vrouwen zich erop beroepen baas in eigen buik te zijn. Zij pretenderen een *subjectief recht* te hebben. Maar is deze claim gegrond op het objectieve recht? Dat is niet het geval. Men claimt een recht, toekomend aan het individu, dat niet gebaseerd is op het objectieve recht. Kan dat? Bij het antwoord op die vraag scheiden zich de wegen; dan ontstaat 'een worsteling van wereldbeschouwingen' (Kotting), zoals men het wel eens met enig gevoel voor dramatiek heeft geformuleerd. Sommigen beweren dat een *subjectief recht* dat niet gebaseerd is op objectief recht geen subjectief recht in eigenlijke zin genoemd mag worden. Anderen stellen dat men het begrip *subjectief recht* niet zo eng mag nemen dat men daarvan het recht dat niet wordt ontleend aan het objectieve recht uitsluit.

In de laatste opvatting wordt het mogelijk geacht dat mensen rechten ontleen aan bijvoorbeeld de menselijke natuur; mensen hebben van nature bepaalde rechten die niet zijn terug te voeren op afspraken die burgers hebben gemaakt in de maatschappij, maar die aan elk samenlevingsverband ten grondslag liggen. Deze overtuiging treffen we bijvoorbeeld aan in de leer van het *rationalistisch natuurrecht*. Natuurrecht, omdat men ervan uitgaat dat aan mensen krachtens hun menszijn natuurlijke rechten toekomen. Die rechten zijn niet het product van een maatschappelijke consensus. Zij zijn ook niet terug te voeren op een wetgever, maar gelden *van nature*. Rationalistisch, omdat men het mogelijk acht door rationeel-mathematische afleiding uit de menselijke natuur tot de opstelling van dergelijke rechten te komen.

Een aanhanger van deze visie is de Nederlandse rechtsgeleerde Hugo de Groot (1583-1645). De Groot gaat uit van het principe dat de mens, in onderscheiding van andere wezens, een aandrift heeft tot vreedzame samenleving met andere mensen.

Uit dit grondaxioma leidt hij dan als een mathematicus een viertal beginselen af:

1. het principe van het mijn en dijn (we mogen geen inbreuk maken op het eigendomsrecht van anderen);
2. het principe dat we afspraken moeten nakomen;
3. het principe dat schade die door schuld veroorzaakt is moet worden vergoed;
4. het principe dat inbreuken op het natuurrecht en ander recht moeten worden gestraft.

Dit rationalistisch natuurrecht heeft een uitwerking gekregen in de achttiende eeuw. Men ziet de mens dan als een autonoom wezen dat rechten heeft vóór hij zich aansluit met andere mensen in staatsverband. Zo komt aan de mensen een natuurlijk subjectief recht op

eigendom en op vrijheid toe, zoals John Locke (1632-1704) leerde. Ook in de Amerikaanse Onafhankelijkheidsverklaring komt deze houding duidelijk naar voren. Men stelt daar dat er een niet op het objectieve recht gebaseerd, maar louter subjectief recht bestaat op 'life, liberty and the pursuit of happiness'. Geen enkele staat kan de individuen van deze rechten beroven zonder zijn competentiegrenzen te overschrijden.

1.2.3 *Positief recht en natuurrecht*

Nu hebben we het hier over het natuurrecht. Dat brengt ons dan meteen op een andere onderscheiding die we binnen het recht kunnen aanbrengen, namelijk die tussen *positief recht* en *natuurrecht*. Bij Thomas van Aquino (1225-1274), een middeleeuws theoloog en filosoof die een enorme invloed heeft gehad op de katholieke traditie van het natuurrechtsdenken, vinden we de uitspraak dat we al het recht kunnen indelen in natuurrecht en positief recht. En Thomas ontleende dat onderscheid weer aan klassieke auteurs (onder andere Aristoteles).

Het positief recht is het recht dat geldt krachtens uitvaardiging; het feit dat het door de staat als geldend wordt geproclameerd. Kenmerkend voor natuurrecht is dat het gaat om een niet bewust door mensen, met name de wetgever, gemaakt recht, maar een recht dat van nature, onafhankelijk van menselijke wilsbeslissingen, geldt.

In Sophocles' *Antigone* vinden we al een conflict beschreven waarbij een beroep wordt gedaan op een soort natuurrecht. De tiran Kreon had bevolen dat Polyneices niet begraven zou mogen worden. Maar Antigone, Polyneices' zuster, stoort zich niet aan de wil van de aardse wetgever en beroept zich op een ander, een hoger recht. Zij zegt:

'Het was Zeus niet, van wie dit bevel was uitgegaan, en evenmin zijn ons mensen ooit dergelijke instructies geciteerd door het recht dat voor de doden geldt. Verder was ik van mening dat uw decreten niet zoveel kracht van wet bezaten dat zij ongeschreven, tijdeloze, goddelijke wetten met voeten konden treden; u bent ook maar een mens. En die wetten zijn niet van vandaag of gisteren, maar van alle tijden, en niemand weet waar ze vandaan komen. Ik voelde er weinig voor om ze te overtreden uit vrees voor de wil van een willekeurig mens en zo de wraak van de goden te riskeren.'

We zien hier hoe een beroep op het natuurrecht wordt gedaan om een daad van burgerlijke ongehoorzaamheid te rechtvaardigen. Hetzelfde gebeurt in de Amerikaanse Onafhankelijkheidsverklaring (1776): de Amerikaanse kolonisten zegden hun gehoorzaamheid aan het Engelse regime op met een beroep op 'vanzelfsprekende waarheden', zoals dat mensen gelijk geboren zijn en dat men een natuurlijk subjectief recht heeft op leven, vrijheid en het nastreven van geluk.

De vraag in hoeverre het bij dat natuurrecht zou moeten gaan om een *hoger* recht in de zin van een door God gemaakt recht, is overigens omstreden. Antigone beroept zich op een natuurrecht dat een goddelijke basis heeft; zij zegt zelfs dat overtreding de wraak van de goden met zich mee zal brengen – een wraak die zij meer vreest dan die van de tiran. Maar tegenwoordig zijn er ook voorstanders van een wereldlijk, niet-religieus gefundeerd natuurrecht, zoals de politiek filosoof F.A. Hayek (1899-1992). Mensen als Hayek omarmen weliswaar geen goddelijk recht, maar stellen tevens dat niet al het recht ethisch gelijkwaardig is: in een rechtssysteem valt altijd een aantal beginselen aan te wijzen die een grote waarde hebben voor een cultuurgemeenschap. Deze beginselen incorporeren de rechtsethische grondslag van een bepaald rechtssysteem. Voor de westerse democratische rechtsstaten zou men wat dat betreft kunnen denken aan de beginselen: geen straf zonder een van tevoren afgekondigde wettelijke

bepaling; hoor en wederhoor; openbaarheid van rechtspraak; enzovoort. Dit soort principes vinden we in mensenrechtenverklaringen, grondrechten, geschreven dan wel ongeschreven constitutioneel recht en ook in het *rechtsbewustzijn*, zoals de in het rechtsbewustzijn levende algemene beginselen van behoorlijk bestuur. De wetgever kan dit soort beginselen als richtsnoer hanteren; de rechter kan zich erop oriënteren wanneer de wet leemtes vertoont; ook het bestuur dient zich bij het maken van het beleid op deze beginselen te oriënteren. Het is overigens de vraag of we een opvatting als die van Hayek nog natuurrechtelijk kunnen noemen. Misschien kunnen we beter spreken van *cultuurrecht*.

1.2.4 *Publiek- en privaatrecht*

Dit wat betreft de eerste twee indelingen die we binnen het recht kunnen aanbrengen: de indeling in objectief recht en subjectief recht en in positief recht en natuurrecht. Een derde traditioneel onderscheid waaraan we nu enige aandacht zullen besteden, is dat tussen publiek- en privaatrecht. Deze onderscheiding gaat terug tot de oudheid.

De Romeinse jurist Ulpianus (c. 170-223) maakte al een onderscheid tussen een tweetal soorten recht binnen de Romeinse staat: een gedeelte dat specifiek betrekking heeft op de Romeinse staat en een deel van het recht dat de individuen dient. Het eerste soort recht noemen we publiekrecht en het tweede privaatrecht.

Dit onderscheid had, toen het gemaakt werd, nog lang niet de principiële betekenis die het later heeft gekregen. Tegenwoordig is het misschien wel het meest centrale uitgangspunt voor onze beschrijving van de rechtsstof – zij het dan dat men ook gewezen heeft op de talloze moeilijkheden die het onderscheid met zich meebrengt.

Voortdurend heeft men gezocht naar een adequate typering van het onderscheid. Kenmerkend voor het publiekrecht is het *algemeen belang* dat centraal staat, heeft men wel gezegd. In het privaatrecht zou het dan gaan om de particuliere belangen van de individuen. Ook is naar voren gebracht dat kenmerkend voor het publiekrecht is dat partijen (overheid en burger) *niet als gelijken* tegenover elkaar staan, terwijl dat in het privaatrecht (burger tegenover burger) wel het geval is. En ook wordt er wel op gewezen dat in die zin er een verschil bestaat tussen de twee rechtsgebieden, dat bij het publiekrecht het *initiatief tot de handhaving* uitgaat van de overheid, terwijl het bij het privaatrecht geschiedt door de burgers.

Maar bij alle pogingen om het publiekrecht van het privaatrecht te onderscheiden, moeten we toch telkens onderkennen dat in de werkelijkheid van het recht vele mengvormen voorkomen: rechtsgebieden die men noch alleen tot het privaatrecht, noch alleen tot het publiekrecht kan rekenen. Men kan denken aan het familierecht, het burgerlijk procesrecht en het arbeidsrecht. Vandaar dat men wel zegt: 'Publiek- en privaatrecht is een kwestie van accent, een vraag van meer of minder' (Pitlo).

1.2.5 *Recht als dwangordening en als spontane ordening*

In de wijze waarop men het begrip recht benadert, blijkt vaak een zekere oriëntatie op hetzij het publiekrecht hetzij het privaatrecht. Wanneer men het privaatrecht als het recht bij uitstek typeert, ziet men het recht vaak als een spontane orde die oprijst uit de interactie (wisselwerking) van individuen met elkaar. Zo ontstaat namelijk het privaatrecht: partijen maken afspraken met elkaar (de jurist zegt: zij sluiten overeenkomsten) en dat is dan voor hen recht. Wanneer er nu meer mensen dergelijke afspraken maken, komt de wetgever er op

een bepaald moment toe de grondstructuur van dit soort afspraken in de wet op te nemen. De wetgever doet dus eigenlijk niets anders dan het recht dat in de maatschappij gegroeid is 'codificeren'. Dat wil zeggen: optekenen in wetten. De wetgever stuurt de samenleving niet, maar stelt zich terughoudend op en stroomlijnt hoogstens wat partijen in het interactieproces al van elkaar zijn gaan verwachten.

Een typerend figuur voor deze manier van het benaderen van het verschijnsel recht is de Utrechtse hoogleraar H.J. Hamaker (1844-1911). Hamaker is een van de eerste Nederlandse rechtsgeleerden die een sociologische rechtsbeschouwing verdedigt. Hamaker was degene die 'in het wat duffe huis der rechtswetenschap van zijn tijd, waar de wetenschap tot wetgeleerdheid was verschrompeld, een raam heeft opengeworpen, vergezichten heeft doen zien, waarvan men geen voorstelling had', aldus de bekende typering van de Amsterdamse jurist Paul Scholten (1875-1946).

In een sociologische rechtsopvatting ziet men het zwaartepunt van het recht niet in de van staatswege uitgevaardigde voorschriften (recht als dwangordening), maar verplaatst men het centrum van zijn aandacht naar de maatschappelijke werkelijkheid. Het recht wordt niet bedacht door een wetgever, maar rijst op uit de regelmatigheden en daarop gebaseerde intermenselijke verwachtingen in het maatschappelijk verkeer of, zoals sociologen het formuleren, het sociaal interactieproces. Omdat de wisselwerking van verwachtingen in het maatschappelijk verkeer het uitgangspunt vormt, spreekt men ook wel van een *interactiebenadering* van recht (recht als spontane ordening).

Wanneer men echter het publiekrecht als uitgangspunt voor zijn rechtsbegrip neemt, voelt men zich meestal aangetrokken tot een of andere vorm van bevelstheorie over het recht. Kenmerkend voor het recht is, zo zeggen de aanhangers van de laatste stroming, dat het door de overheid wordt uitgevaardigd en dat het door de sterke arm kan worden gehandhaafd. De oorsprong van het recht wordt niet gezocht in de regelmatigheden in het maatschappelijk verkeer, maar in de dwang die wordt uitgeoefend door een superieur ten opzichte van iemand die aan die dwang onderworpen is.

Een rechtsfilosoof die dit standpunt op indrukwekkende wijze heeft uitgewerkt, is de reeds genoemde John Austin. Austin ziet het recht als het geheel van bevelen dat door een soeverein door middel van dwang kan worden gehandhaafd. Het wezenskenmerk van het recht wordt hier gezien in de dwang. Maar over hem hebben we het al gehad.

1.2.6 *Dwingend en aanvullend recht*

Een volgend onderscheid waaraan we enige aandacht moeten geven, is dat tussen dwingend en aanvullend (regelend) recht. Bij het dwingend recht gaat het om regels waarvan de belanghebbenden niet mogen afwijken, ook al zouden zij dat bij onderlinge overeenkomst afspreken. Bij het aanvullend of regelend recht gaat het om recht dat geldt wanneer partijen zelf niets anders zijn overeengekomen.

Veel dwingend recht vinden we bijvoorbeeld in het personen- en familierecht. Zo is de regeling van de huwelijkse voorwaarden dwingend recht. Deze moeten worden ingeschreven in het huwelijksregister én worden gepubliceerd. Blijft dit achterwege, dan kunnen echtgenoten ten overstaan van derden geen beroep op de voorwaarden doen; intern werken ze wel. Partijen kunnen nu niet onderling overeenkomen dat zij daarvan geen aangifte zullen doen.

Veel aanvullend recht vinden we in het burgerlijk recht. Zo bevat het Burgerlijk Wetboek een regeling voor het geval koper en verkoper niets hebben afgesproken over de plaats waar

de goederen moeten worden afgeleverd. Deze regeling is echter van regelend recht. Dat wil zeggen dat partijen zelf een afspraak mogen maken omtrent de plaats van levering.

Door middel van het maken van regels van regelend recht komt de wetgever partijen te hulp. De wetgever laat zich bij het vaststellen van deze regels leiden door wat partijen afgesproken zouden hebben indien zij de desbetreffende kwestie wél geregeld zouden hebben.

Hoe weet men nu of een regel van dwingende of van aanvullende aard is? Kan men dat opmaken uit de redactie van de wetsbepaling? Soms wel, maar soms zal men de inhoud van de regel moeten beoordelen. Als vuistregel kan men hanteren dat het gaat om dwingend recht wanneer de geregelde materie betrekking heeft op de openbare orde of de goede zeden.

1.2.7 *Formeel en materieel recht*

Een volgend onderscheid waaraan we enige aandacht moeten besteden, is dat tussen formeel en materieel recht. We kunnen dit nog het beste illustreren aan de hand van een tweetal rechtsregels. Laten we art. 310 van het Wetboek van Strafrecht (Sr) erbij nemen. Het luidt als volgt:

'Hij die enig goed dat geheel of ten dele aan een ander toebehoort wegneemt, met het oogmerk om het zich wederrechtelijk toe te eigenen, wordt, als schuldig aan diefstal, gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste vier jaren of geldboete van de vierde categorie.'

En laten we een dergelijk artikel nu eens vergelijken met art. 16 lid 1 van het Wetboek van Strafvordering (Sv):

'Indien de verdachte aan een zodanige psychische stoornis, psychogeriatrische aandoening of verstandelijke handicap lijdt, dat hij niet in staat is de strekking van de tegen hem ingestelde vervolging te begrijpen, schorst de rechter de vervolging, in welke stand zij zich ook bevindt.'

Zelfs voor iemand die geen enkele rechtskennis heeft, is het onmiddellijk evident dat deze regels een verschillende status hebben. In het eerste geval wordt een verbod uitgesproken (men mag niet stelen) en wordt tevens aangegeven hoe de overheid reageert op overtreding van het verbod (gevangenisstraf of geldboete). Maar in het tweede geval gaat het niet zozeer om geboden of verboden, maar meer om het regelen van een bepaalde procedure, in casu wat er dient te geschieden wanneer de verdachte krankzinnig wordt.

De eerste regel noemen we een regel van *materieel* recht, de tweede een regel van *formeel* recht. Omdat het bij het formele recht gaat om de regeling van de procedure van het rechtsgeding, spreken we ook wel van procesrecht.

Nu hebben we het voorbeeld ontleend aan het strafrecht. Dit betekent echter niet dat het onderscheid tussen formeel en materieel recht alleen speelt binnen het strafrecht: er is ook formeel (en materieel) *burgerlijk* recht en formeel (en materieel) *bestuursrecht*.

Laten we eerst de procedure in het burgerlijk recht eens bezien. Wanneer twee burgers met elkaar een conflict hebben, dan kunnen zij dat voorleggen aan het overheidsorgaan dat belast is met de beoordeling hiervan: de rechter. Ieder die meent dat zijn belangen zijn geschonden, kan zich tot deze rechter wenden. De gekrenkte partij kan dan de krenker *dagvaarden*, dat wil zeggen aan hem mededelen dat hij op een bepaald tijdstip voor de rechter moet verschijnen. Het procesrecht regelt hoe zo'n dagvaarding uitgebracht moet worden. Dit geschiedt bijvoorbeeld door een openbaar ambtenaar, de *deurwaarder*. Beide partijen kunnen zich in de procedure laten bijstaan door rechtskundig geschoolde vertegenwoordigers. Degene die iets van de ander

wil, noemen we de *eisende partij*; degene van wie iets gevraagd wordt, de *verwerende partij* of *gedaagde*. De rechtsstrijd noemen we het *geding*.

Het formele recht is voor de niet-juridisch geschoolde altijd een moeilijk voorstelbaar soort recht. Dat is ook wel begrijpelijk, want de werking manifesteert zich minder duidelijk dan die van het materiële recht. 'Men kan door het leven gaan' zonder ooit met processueel recht in aanraking te komen.

Tot het formele recht behoort ook de rechterlijke organisatie. Zo bepaalt art. 2 van de Wet op de Rechterlijke Organisatie (Wet RO) dat tot de rechterlijke macht behoren:

- a) de rechtbanken;
- b) de gerechtshoven;
- c) de Hoge Raad.

1.3 De rechtsgebieden

Het onderscheid tussen publiekrecht en privaatrecht kan men nog verder uitsplitsen. Tot het publiekrecht rekent men doorgaans het staatsrecht, strafrecht en bestuursrecht. Tot het privaatrecht rekent men het personen- en familierecht en het vermogensrecht. We zullen nu deze rechtsgebieden langslopen, te beginnen bij het privaatrecht.

1.3.1 Privaatrecht

Tot het privaatrecht behoort onder andere het *familierecht*. Het familierecht regelt de relatie tussen voogd en pupil, de ondercuratelestelling, de rechten van echtgenoten tegenover elkaar en dergelijke. Ook het *huwelijksrecht* behoort tot het privaatrecht: het regelt het huwelijk en alles wat daarmee samenhangt.

Men typeert het familierecht wel als de 'niet op geld waardeerbare' rechten en verplichtingen van mensen. Daarmee staat het tegenover het *vermogensrecht*, waarin de wel op geld waardeerbare betrekkingen van de mens centraal staan.

Centraal in het privaatrecht staan, zoals we hebben gezien, de afspraken die mensen met elkaar maken. De jurist spreekt dan van *overeenkomsten*. Uit zo'n overeenkomst vloeien wederzijdse rechten en verplichtingen voort. De mensen die zo'n overeenkomst sluiten, noemen we *contractanten* of *partijen*. De wederzijdse rechten en verplichtingen duidt men aan met de term *verbintenissen*. Dus uit de overeenkomst vloeien verbintenissen voort. De overeenkomst en verbintenis zijn niet identiek; de eerste is de basis voor de tweede. De partij die tot iets verplicht is, noemen we de *schuldenaar* of *debiteur*; de partij die recht heeft op iets, noemen we de *schuldeiser* of *crediteur*. Omdat voor de meeste overeenkomsten geldt dat beide partijen tot iets verplicht of gerechtigd zijn, is elk van de partijen schuldeiser én schuldenaar.

Ter illustratie: ik koop een bankstel. Juridisch gezien betreft dit het sluiten van een koopovereenkomst. Uit die koopovereenkomst vloeit voor mij de verplichting voort tot het betalen van de koopprijs en in dat opzicht ben ik *schuldenaar* of *debiteur* voor de meubelverkoper. Maar ik ben ook crediteur of schuldeiser, omdat ik recht heb op levering van het gekochte goed.

Nu hebben we het hier over *koop en verkoop* als het model van de *obligatoire overeenkomst* (verbintenis-scheppende overeenkomst). Maar er zijn talloze andere afspraken die mensen in het maatschappelijk verkeer met elkaar maken en die op een bepaalde manier geregeld worden in het objectieve recht. Zo kan men ook denken aan de *ruil* of aan de *huur en verhuur*. Ook kan men denken aan *pacht*. Bij pacht gaat het om een overeenkomst tussen een landeigenaar en