Downloaded from UvA-DARE, the institutional repository of the University of Amsterdam (UvA)
http://dare.uva.nl/document/84945

File ID	84945
Filename	Inhoudsopgave

SOURCE (OR PART OF THE FOLLOWING SOURCE):

Type	Dissertation
Title	Geregeld recht : een rechtspositivistische analyse van de rechtsstaat
Author	A.M. Bos
Faculty	Faculty of Law
Year	2001
Pages	X + 356
ISBN	9069163942

FULL BIBLIOGRAPHIC DETAILS:
http://dare.uva.nl/record/95722

Copyright

It is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), other than for strictly personal, individual use.

UvA-DARE is a service provided by the library of the University of Amsterdam (http://dare.uva.nl)

Inhoudsopgave

1. Inleiding 1

DEEL I. Eindeloos meningsverschil 9

2. Vaste begripskern 11
3. 'Verrijking en ijking' door de geschiedenis 23

DEEL II. Het rechtsstatelijk antagonisme van Franz Neumann 39

4. Introductie 41
5. Antagonisme binnen het positieve recht 45
6. Distributie van rechtssferen in rationeel natuurrecht 74
7. Rationaliteit van de rechtspraktijk 82
8. Internjuridische heerschappij van algemeen recht 97
9. Vrijheidsideeën bij heerschappij van algemeen recht 110
10. Functies van de heerschappij van algemeen recht 129
11. Rechtsstatelijke zelfbinding 152

DEEL III. Het rechtelijk monisme van Hans Kelsen 155

12. Het politieke recht en de zuivere rechtsleer 157
13. De eenheid van de rechtsorde 171
14. Recht als dwangorde 201
15. Positiviteit en effectiviteit 216
16. Legaliteit is legitimiteit: gehoorzaamheidsplicht 231
17. Identiteit van staat en recht 241
18. Toeschrijving aan de persoon van de staat 266
19. Rechtsstatelijk pleonasme 272

DEEL IV. Rechtsstatelijke evaluatie 279

20. Rechtstoepassing en rechtsvorming 281
21. Determinerende rechtsvorming 289
22. Normativistische rechtsvorming 307
23. Besluit 328

Summary: Law bound by law 331
Lijst van geciteerde literatuur 337
Personenregister 346
Zakenregister 349

Uitgebreide inhoudsopgave

1. Inleiding 1
   A. Inzet van het debat 1
   B. Goede samenleving 4
   C. Rechtspositivistische benadering 5
   D. Plan van behandeling. Literatuurkeuze 6

DEEL I. Eindeloos meningsverschil 9

2. Vaste begripskern 11
   A. Verspilde moeite 11
      a. Een voor ieder vertrouwd begrip 11
      b. Achterhaald debat 12
   B. Essentieel betwist begrip 14
      a. Gedeeld begrip en noodzakelijk meningsverschil 14
      b. Concepties 16
      c. Stimulerend meningsverschil 17
   C. Familiegelijkenissen 17
   D. Contexten 19
   E. Samenhang in beginselen 20
3. 'Verrijking en ijking' door de geschiedenis 23
   A. Keuze van begrippen 23
      a. Rechtsstaat in ruime zin 23
      b. Constitutionalisme in ruime zin 25
      c. 'Rule of law' en 'Rechtsstaat' 27
   B. Voorgeschiedenis 28
      a. Klassieke oudheid 29
      b. Late Middeleeuwen 30
      c. Van rechter tot wetgever 32
   C. Vrijheid en soevereiniteit 33
      a. Superieure Engelsen 33
      b. Superieur continent 35
   D. Van *rule of men* tot *rule of law* 36

DEEL II. Het rechtsstatelijk antagonisme van Franz Neumann 39

4. Introductie 41
5. Antagonisme binnen het positieve recht 45
   A. Schets van het rechtsstatelijk antagonisme 45
   B. De rechtssfeer van de soevereiniteit: 'politiek recht' 47
      a. Juridische en sociologische soevereiniteit 47
      b. Originaire, rechtens ongebonden rechtsmacht 49
      c. Anders dan Gierke, Austin, Kelsen, Schmitt 50
   C. De rechtssfeer van de vrijheid: 'materieel recht' 53
      a. Juridische vrijheid 54
      b. Sociologische vrijheid 56
      c. Grondrechten 58
   D. Aansluiting bij menselijke behoeften 61
   E. Conceptueel onoplosbaar antagonisme 62
      a. Dubbelzinnigheid van 'recht' en 'law' 63

b. Habermas: soevereiniteit zonder rechtskarakter 64
c. Andere pogingen tot conceptuele verzoening 65
F. Antagonisme versus dualisme 67
G. Praktisch overwicht van de rechtssfeer der vrijheid 71
a. Overwicht van de materiële rechtssfeer 71
b. Concretisering en institutionalisering van beperkend recht 72
c. Heerschappij van materieel recht en natuurrecht 72
6. Distributie van rechtssferen in rationeel natuurrecht 74
A. Aquino: corrigerend en niet-corrigerend natuurrecht 74
B. Kant: strikt van recht gescheiden moraal 76
C. Hobbes: minimaal en bovenminimaal natuurrecht 76
D. Bodin: onopgelost antagonisme 79
E. Spinoza: voorrang voor soevereiniteit 80
7. Rationaliteit van de rechtspraktijk 82
A. Calculatiebehoefte 82
B. Irrationeel recht: orakel en kadi 83
C. Justitiële organisatie 85
D. Formeel rationeel recht: empirisch en logisch rechtsformalisme 86
E. Binding aan abstract-algemeen recht 87
a. Casuïstiek, generalisering, systematisering 88
b. Gesluierde wetgever 90
c. Geblinddoekte rechter 92
F. Materieel rationeel recht: open rechtsnormen 94
G. Bureaucratische rationaliteit 95
8. Internjuridische heerschappij van algemeen recht 97
A. Concretisering van beperkingen 97
a. Algemeen geformuleerd recht 97
b. Verbod van wetgeving met terugwerkende kracht 100
B. Institutionalisering van gebondenheid 101
a. Onafhankelijke rechtspraak ten behoeve van de *rule of law* 102
b. Heerschappij van recht ten behoeve van onafhankelijke rechtspraak 103
c. Onafhankelijke en gebonden rechtspraak 104
C. Aan algemeen recht gebonden rechtspraak 105
a. Zeggenschap over interpretatie 106
b. Rechterlijke passiviteit 108
9. Vrijheidsideeën bij heerschappij van algemeen recht 110
A. Locke: zwakke heerschappij van parlementair recht 110
a. Rechtsvermoeden van het bestaan van de natuurstaat 111
b. Overdracht van natuurlijke bevoegdheden tot rechtshandhaving 112
c. Suprematie van de wetgever en het prerogatief van de Kroon 113
B. Rousseau: absolutisme in een ideale samenleving 117
a. Heerschappij van algemeen geformuleerd recht 118
b. Voorwaardelijke overdracht van natuurlijke vrijheid 119
c. Politieke inspiratie 120
C. Kant: verdragsmodel voor wetgeving 121
a. Autonoom recht 122
b. 'Ieder voor zich' onder algemene wetten 122
c. Rechtsplicht tot het opgeven van de natuurlijke vrijheid 123

d. De rechtsidee en het verdragsmodel voor wetgeving 126
e. Algemeenheid van de wet. Organisatie van de staat 127
10. Functies van de heerschappij van algemeen recht 129
A. Ethische functie 130
a. Gelijkheid en vrijheid 131
b. Bestendige waarde van gelijkheid 132
c. Gelijkheid en differentiatie 134
d. Internjuridische formele gelijkheid 135
B. Versluieringsfunctie 138
C. Calculatiefunctie 140
a. Concurrentie- en monopoliekapitalisme 141
b. Unieke situaties en de opening van het algemene recht 143
c. Pluralisme, monopolies en de irrationaliteit van de rechtspraktijk 145
D. Rechterlijke attitudes 147
a. Normativisme 147
b. Institutionalisme 149
c. Decisionisme, functionalisme 151
11. Rechtsstatelijke zelfbinding 152

DEEL III. Het rechtelijk monisme van Hans Kelsen 155

12. Het politieke recht en de zuivere rechtsleer 157
A. Kelsen ter aanvulling van Neumann 157
B. Omstreden theses 160
C. Politieke hechting van zuiverheid 162
D. Inconsistent en onverantwoordelijk dualisme 168
13. De eenheid van de rechtsorde 171
A. Methodologisch individualisme 172
B. De wil in het recht 172
a. Bevel en norm 173
b. Subjectieve en objectieve betekenis van normerend handelen 174
C. Geldend recht: feitelijke basis plus gedachte grondnorm 176
a. Rechtelijke betekenis van feitelijk menselijk handelen 177
b. De fictie van de - niet gestelde, maar toch geldende - grondnorm 182
c. Gemeenschappelijke geldingsgrond. De objectieve normbetekenis 184
d. De anarchist en de rechtswetenschapper 186
e. 'Onttovering van recht' door het positiviteitsbeginsel 189
D. Raz' wanhopige waarnemer en de inhoudsloze grondnorm 191
E. 'Selbsterzeugung': 'The machine now runs by itself' 193
F. Eenheid en onbepaaldheid 196
a. Positiviteit vereist dynamische grondnorm 197
b. De toegevoegde inhoud van een dynamische orde 198
G. De eenheid van de rechtssfeer van het politieke recht 199
14. Recht als dwangorde 201
A. Definitie uit ervaring 201
B. Geweldsmonopolie, sancties, en dwang zonder delict 203
C. Het rechtens irrelevante product 206
D. Primair recht en secundair recht 208

a. Dwangregulering of gedragsvoorschriften voor rechtssubjecten 209
b. Probleemdefinities 211
15. Positiviteit en effectiviteit 216
A. Effectiviteit in de grondnorm 216
B. Causale effectiviteit en normatieve effectiviteit 219
a. Doelmatigheid van normstellend handelen 219
b. 'Im großen und ganzen' werkzaam recht 221
c. 'Voedsel' voor gelding 224
C. Institutioneel karakter van recht 227
16. Legaliteit is legitimiteit: gehoorzaamheidsplicht 231
A. Primaire en secundaire functie van de grondnorm 231
a. Legitimerend legaliteitsoordeel 231
b. Verbindende kracht van secundair recht 232
c. Sociale internjuridische gehoorzaamheidsplicht 234
B. Sociale normativiteit en gerechtvaardigde normativiteit 235
C. Een herroepen these: de uniciteit van normatieve ordes 237
17. Identiteit van staat en recht 241
A. Relatief gecentraliseerde rechtsorde 241
a. Centralisatie en de eenheid van de rechtsorde 241
b. Arbeidsdeling 243
B. Pluralisme 245
C. Internationalisering 248
a. Normatieve betekenis van 'soevereiniteit' 248
b. Absolute of relatieve soevereiniteit van de staat 250
c. Europese rechtsorde 252
D. Centralisatie en machtenscheiding 255
a. Arbeidsdeling bij de primaire rechtsfuncties 255
b. Hiërarchie versus complexiteit? Initiële rechtsvorming 256
c. Onsplitsbaarheid van de primaire rechtsfuncties 258
E. Staat in secundaire zin: bureaucratie 261
a. Secundaire rechtsfunctie: naleving van recht 261
b. Rechtsplichten van hoogste rechtsorganen 262
c. Bureaucratische deelrechtsorde 264
18. Toeschrijving aan de persoon van de staat 266
A. De hulpconstructie 'staat als handelende persoon' 266
B. Toeschrijving naar keuze 268
C. 'Staatsorgaan', 'ambt', 'staat', 'overheid' 269
19. Rechtsstatelijk pleonasme 272
A. Abjecte rechtsstaten 272
B. 'Rechtsstaat' in technische zin 274
C. De identiteitsthese en het rechtsstatelijk antagonisme 276

DEEL IV. Rechtsstatelijke evaluatie 279

20. Rechtstoepassing en rechtsvorming 281
A. Geen rechtsvorming zonder rechtstoepassing 282
B. Dynamische en statische rechtstoepassing 284
C. Volgen van regels: leidraad en maatstaf 286

21. Determinerende rechtsvorming 289
A. Normatieve handelingsvrijheid, normatieve determinering 289
a. Inperking van normatieve handelingsvrijheid 289
b. 'De staat kan geen onrecht doen' 291
B. Minimale en maximale determinering 293
a. Personele en procedurele determinering 293
b. Determinering door legaliteitsbeginselen 296
c. Determinering door grondrechten 298
d. Determinering door verwijzing 300
C. Het kader voor verdere rechtsvorming 303
D. Voorzieningen voor het herstel van fouten 305
22. Normativistische rechtsvorming 307
A. Overwicht van determinerend recht 307
B. Geldingsinhoud en -kracht van rechtsregels 308
a. Flexibele regelinhoud 309
b. Vaagheid in de taal van regels 311
c. Bindende kracht van regels 313
d. Constructieve interpretatie 317
C. Constitutieve rechtstoepassing 318
a. Objectiviteit van het legaliteitsoordeel 319
b. 'Jedermann' en koning Midas 321
c. Normativisme en activisme 323
D. Het controlerende laatste woord 326
23. Besluit 328

Summary: Law bound by law 331
Lijst van geciteerde literatuur 337
Personenregister 346
Zakenregister 349