

Dynamisch recht.

De interactie tussen recht, ethiek en samenleving

Dynamisch recht.

De interactie tussen recht, ethiek en samenleving

REDE

in verkorte vorm uitgesproken bij de aanvaarding
van het ambt van hoogleraar Metajuridica
aan de Katholieke Universiteit Brabant
op vrijdag 7 december 2001

door

Dr. mr. Wibren van der Burg

Boom Juridische uitgevers
Den Haag
2001

© 2001 W. van der Burg, Tilburg

Alle rechten voorbehouden. Niets uit deze uitgave mag worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of op enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voorzover het maken van kopieën uit deze uitgave is toegestaan op grond van art. 16b Auteurswet 1912 j° het Besluit van 20 juni 1974, Stb. 351, zoals gewijzigd bij Besluit van 23 augustus 1985, Stb. 471, en art. 17 Auteurswet 1912, dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 882, 1180 AW Amstelveen). Voor het overnemen van gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (art. 16 Auteurswet 1912) dient men zich tot de uitgever te wenden.

No part of this book may be reproduced in any form, by print, photoprint, microfilm or any other means without the written permission of the publisher.

ISBN 90 5454 162 8

*Mijnheer de Rector Magnificus,
Geachte aanwezigen,*

Zestien jaar geleden studeerde ik af in het Nederlands recht. Een groot deel van de positiefrechtelijke kennis die ik toen verworven had, is sindsdien verouderd – dat maakt het overigens wat minder erg dat ik veel van die kennis inmiddels ook vergeten ben. Het Nederlandse recht heeft in de afgelopen jaren ingrijpende wijzigingen ondergaan. Ik noem slechts enkele: de invoering van het nieuw Burgerlijk Wetboek en de Algemene wet bestuursrecht, de opkomst en uitbouw van nieuwe functionele rechtsgebieden als milieurecht, gezondheidsrecht en informaticarecht, en de sterk toegenomen invloed van Europees en internationaal recht.

Naast deze grote veranderingen zijn er ook tal van kleinere veranderingen in wetgeving en jurisprudentie. Er is een continue stroom van nieuwe wetgeving. Het gezondheidsrecht bestond in 1985 bijvoorbeeld nog grotendeels uit jurisprudentie, gewoonterecht en doctrine; sindsdien is een belangrijk deel gecodificeerd in wetten. De jurisprudentie verandert eveneens snel. Het merendeel van de arresten die ik voor mijn opleiding moest bestuderen, komt in de huidige opleiding niet meer aan bod. Van de verplichte arresten voor het vak burgerlijk procesrecht dateert bijvoorbeeld het meest recente uit 1984.

Het beeld dat ik hier schets, is vermoedelijk herkenbaar voor iedere jurist: de ontwikkelingen in het recht gaan zo snel dat het niet meer bij te houden is. Voor de rechtswetenschap heeft dit belangrijke consequenties. De ontwikkelingen op ons vakgebied zijn van een veel ingrijpender karakter dan bij de meeste wetenschappen. Op andere wetenschapsgebieden neemt de kennis ook snel toe, maar worden de oudere inzichten doorgaans slechts gedeeltelijk achterhaald of weerlegd. Men krijgt meer kennis, maar de vroegere kennis wordt daarmee nog niet onjuist. Zelfs de revolutie van Einstein zette de Newtoniaanse fysica niet volstrekt opzij. In het recht daarentegen worden het oude recht en de centrale begrippen en regels daaruit vaak wel opzijgezet, soms zeer radicaal. Termen als zakenrecht, administratief recht en goede trouw zijn de afgelopen jaren uit het Nederlands recht verdwenen; artikel 1401 BW en het Kroonberoep bestaan niet meer.

Dit verschijnsel van voortdurende rechtsontwikkeling roept veel vragen op. Vragen bijvoorbeeld van overgangsrecht: naar welk recht moet een burger zich richten en een rechter oordelen als in de tijd tussen het handelen van de burger en de

rechtszaak erna de wet of de rechtspraak veranderd is?¹ Of vragen over de verantwoordelijkheden van de verschillende juridische actoren: welke rol spelen de wetgever, de rechter, maar ook de gewone burger bij het veranderen van het recht?² En meer inhoudelijke vragen: zijn er bepaalde patronen te ontdekken in die ontwikkeling, gaan we bijvoorbeeld in de richting van een meer responsief recht,³ naar een postliberaal⁴ of een postmodern model?⁵

De vragen die ik in deze oratie aan de orde wil stellen, zijn algemener van aard. Ik wil proberen greep te krijgen op het verschijnsel rechtsontwikkeling, vanuit een intern-juridisch perspectief.⁶ Hoe kunnen we die dynamiek in het recht begrijpen? Welke factoren spelen een rol bij het bevorderen en bij het tegengaan van rechtsontwikkeling? En wat zijn de implicaties van die snelle rechtsontwikkeling voor de juridische wetenschap en het juridisch onderwijs?

Een beter begrip van het verschijnsel van de dynamiek is natuurlijk een vereiste om als juristen de rechtsontwikkeling te kunnen volgen. Maar onze ambities, als praktijkjuristen maar ook als wetenschappers, kunnen nog verder gaan dan alleen het volgen van de rechtsontwikkeling. De taak van de praktijkjurist en van de wetenschapper is niet slechts om de ontwikkeling te begrijpen, maar ook om deze te begeleiden, te sturen, om zelf nieuwe voorstellen te doen voor wenselijk recht – of het nu gaat om een herziening van de huwelijkswetgeving of om een

- 1 Zie hierover het proefschrift van O.A. Haazen, *Algemeen deel van het rechterlijk overgangsrecht. Een verhandeling over de terugwerkende kracht van rechtspraak, de rechtsdwaling en de democratische rechtsvindingsleer* (diss. Tilburg), Deventer: Kluwer 2001.
- 2 Hierover bestaat inmiddels een grote verzameling literatuur, die voor een groot deel in het teken staat van de trias politica. Als voorbeelden hiervan verwijs ik naar de drie Tilburgse oraties van W.J. Witteveen, *Evenwicht van machten* (oratie Tilburg), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1991; B.W.N. de Waard, *Samenwerkende machten. Wetgeving en rechtspraak, in dienst van het recht* (oratie Tilburg), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1994; R.H. Happé, *Schuivende machten. Over trias politica en het gelijkheidsbeginsel in het belastingrecht* (oratie Tilburg), Deventer: Kluwer 1999. Opmerkelijk is overigens dat in het grootste deel van deze literatuur de rechtsvormende rol van de burger, van de maatschappelijke praktijk, geheel genegeerd wordt. Zelfs met de 'vierde' macht wordt nog niet op de burger, maar op het ambtelijk apparaat gedoeld.
- 3 Philippe Nonet and Philip Selznick, *Law and Society in Transition. Toward Responsive Law*, New York: Harper & Row 1978.
- 4 Wibren van der Burg, 'Bioethics and Law. A Developmental Perspective', *Bioethics*, (11) 1997, p. 91-114. Dit artikel richt zich overigens niet op het hele recht, maar beperkt zich tot een ontwikkelingsmodel voor het terrein van het gezondheidsrecht en de bio-ethiek.
- 5 P.H.A. Frissen, *De virtuele staat. Politiek, bestuur, technologie: een postmodern verhaal*, Schoonhoven: Academic Service, Economie en Bedrijfskunde 1996.
- 6 Het gaat er mij hier uitdrukkelijk om hoe juristen en rechtsgeleerden vanuit zo'n intern perspectief met rechtsontwikkeling (kunnen) omgaan. In disciplines als rechtssociologie en rechtsantropologie is vanuit een meer extern perspectief altijd al uitgebreid aandacht geweest voor het verschijnsel van veranderingen in het recht. Vgl. Franz von Benda-Beckmann, 'Verandering van recht', in: John Griffiths (red.), *De sociale werking van recht. Een kennismaking met de rechtssociologie en rechtsantropologie*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1996, p. 783-796.

compleet nieuw Wetboek van Strafvordering. Het verschijnsel rechtsontwikkeling stelt ook het juridisch onderwijs voor een duidelijke opgave. Hoe kunnen we onze studenten zo opleiden dat wat wij hen nu leren niet morgen alweer achterhaald is? Maar vooral: hoe kunnen we hen toerusten om zelf, in de verschillende maatschappelijke functies die zij na hun afstuderen zullen vervullen, een goede bijdrage te kunnen leveren aan de verdere rechtsontwikkeling?

Dit is geen eenvoudige vraagstelling. Het verschijnsel van dynamiek is iets waar veel wetenschappen mee worstelen. Het beschrijven en begrijpen van een momentopname of van een geïsoleerd verschijnsel is al moeilijk genoeg, maar greep krijgen op veranderingsprocessen op de langere termijn is nog veel moeilijker. Hoe kunnen we een beweging vatten?

Als rechtswetenschappers richten we ons doorgaans primair op het nu, op het thans aanwezige, op het meest grijpbare. De kunst is echter om in dat nu geldende recht niet alleen de momentopname, maar ook het recht in beweging te zien. Dat vergt een extra inspanning en vooral veel verbeeldingskracht. Die moeilijkheid, maar tegelijk onontkoombaarheid van het zien van de beweging is prachtig verwoord in het volgende fragment uit het gedicht 'De terugkeer' van de jurist, filosoof en dichter Afshin Ellian:

in de tegenwoordige tijd
leven niet
de zwaluwen
de vlucht, het vliegen
het huis van gisteren
de hoop van morgen.⁷

Wie bij de vlucht van de zwaluwen alleen een momentopname bekijkt, een foto, zal nooit begrijpen waarom ze niet naar beneden vallen. Er ontbreekt iets wezenlijks aan het beeld. Evenzo ontbreekt er iets wezenlijks aan ons beeld van recht als we alleen naar de momentopname kijken en deze niet plaatsen in het bredere perspectief van de rechtsontwikkeling.

7 Afshin Ellian, *Mensenherfst*, Nijmegen: Vidya 2001, p. 67.

De onvermijdelijkheid van voortdurende verandering

Waardoor verandert het recht eigenlijk?⁸ Belangrijke factoren in de huidige ontwikkeling van het Nederlandse recht zijn natuurlijk het proces van Europese integratie en de geleidelijk sterker wordende internationale rechtsorde. Maar deze constatering kan slechts ten dele een antwoord bieden op de meer algemene vragen rond rechtsontwikkeling. Immers, net als voor het Nederlandse recht kan voor het Europese en het internationale recht op hun beurt weer gevraagd worden waardoor het recht verandert. Daarom zal ik de Europese en internationale rechtsontwikkeling hier verder niet als zelfstandige factor bespreken, zonder daarmee overigens het belang ervan te willen ontkennen.

In sommige gevallen komt een belangrijke aanzet tot verandering vanuit de rechtspraktijk of de rechtswetenschap. Men bepleit een grotere samenhang in een sterk verbrokkeld en onoverzichtelijk rechtsgebied, of men streeft naar harmonisatie van het recht in verschillende Europese landen. Bij de grote codificatieprojecten van de afgelopen decennia, zoals het Nieuw Burgerlijk Wetboek of de Algemene wet bestuursrecht, is het vooral de juridische wereld geweest die op wijzigingen aandrong. Opvallende illustratie van de nadruk op het juridisch-technisch karakter van dergelijke wetgevingsoperaties is dat in het parlement hierbij soms niet de politiek verantwoordelijke minister optreedt, maar een juridisch deskundige in de persoon van een regeringscommissaris. Ook in de rechtspraak is discussie en kritiek binnen het juridisch forum vaak mede aanleiding tot het omgaan van de rechtspraak of tot het construeren van nieuwe rechtsregels. Zeker bij de kleinere veranderingen is het vaak een dergelijke interne dynamiek in het recht die tot verfijning, verdere explicitering, en soms ook tot bijstelling leidt.

Toch komt de impuls voor de ingrijpender veranderingen in de meeste gevallen niet vanuit het recht zelf. Ook bij de codificatieoperaties spelen doorgaans buiten het recht gelegen omstandigheden een belangrijke rol. Men wil een nieuw Burgerlijk Wetboek dat geheel aan de eisen van de moderne samenleving voldoet, of een

8 De literatuur over de verschillende factoren in de rechtsontwikkeling is inmiddels zeer omvangrijk. Een klassiek, maar nog steeds verhelderend artikel is het artikel van C.J.M. Schuyt, 'De veranderde plaats van de Hoge Raad in de samenleving', opgenomen in C.J.M. Schuyt, *Het hart van de verzorgingsstaat*, Leiden/Antwerpen: Stenfert Kroese 1991, p. 259-289, dat vooral vanuit een sociologisch perspectief kijkt. Voor een analyse van 'moeilijke gevallen' in de rechterlijke rechtsvinding vanuit een juridisch perspectief, zie bijv. J.B.M. Vranken, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht, Algemeen deel ***, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995, p. 57-68. Omdat de rechter sterker gebonden is aan het geldende recht dan bijvoorbeeld wetgever of wetenschap, blijven bij Vranken de ingrijpender veranderingen enigszins op de achtergrond. Voor maatschappelijke invloeden op wetgeving, zie bijv. Ph. Eijlander, P.H.A. Frissen, P.C. Gilhuis, J.H. van Kreveld en B.W.N. de Waard (red.), *Wetgeven en de maat van de tijd*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1994.

Wetboek van Strafvordering dat geschikt is voor de 21ste eeuw. Het zijn wijzigingen in de samenleving, in de technologie of in onze morele en politieke opvattingen die de voornaamste redenen zijn voor een verandering in het recht.

Veranderingen in de maatschappij hebben bijvoorbeeld grote invloed gehad op het sociaal recht. In de vroegere situatie van grote ongelijkheid tussen werkgevers en arbeiders moest de positie van de arbeiders juridisch verregaand beschermd worden; tegenwoordig hebben veel werknemers een sterkere positie tegenover de werkgever en is dus – althans voor die groep – flexibilisering van het sociaal recht zinvol. De opkomst van witte-boordencriminaliteit en van de georganiseerde misdaad dwingt het strafrecht tot aanpassingen, zowel in het materieel strafrecht als in de opsporings- en procesfase. Vaak is er ook een sterke wisselwerking tussen recht en samenleving. De invoering en verruiming van AOW, kinderbijslag en studiefinanciering – allemaal juridische maatregelen – leidden tot andere verhoudingen tussen ouders en kinderen, die op hun beurt weer in het familierecht hun weerslag vonden.

Veranderingen in de technologie leidden tot het geheel nieuwe rechtsgebied van het informaticarecht, dat nog steeds aan snelle veranderingen onderhevig is. Ook de ontwikkelingen op het gebied van het biomedisch onderzoek, bijvoorbeeld rond biotechnologie en genomics, zijn aanleiding voor ingrijpende veranderingen in het recht. De ontwikkeling van het recht is hierbij in veel gevallen een ontwikkeling van onderop, van zelfregulering, waarbij de normen zich geleidelijk in de praktijk uitkristalliseren. De wetgever stuit hierbij op zijn grenzen: de technologische ontwikkelingen gaan veelal te snel om voor de rechtsontwikkeling op wetgeving te kunnen vertrouwen.⁹ Daarom wordt er bijvoorbeeld gepleit voor techniekonafhankelijke regulering,¹⁰ of voor regulering op hoofdlijnen, waarbij het aan de praktijk wordt overgelaten om tot een verdere ontwikkeling van de rechtsnormen te komen, bijvoorbeeld door case-by-case toetsingsprocedures.¹¹

Veranderende morele opvattingen in de samenleving geven natuurlijk ook veelvuldig aanleiding tot wijzigingen in het recht. Het opvallendste zijn de veranderende opvattingen rond de positie van vrouwen in de afgelopen eeuw. Het

9 J.E.J. Prins, *Overtollig recht inzake informatietechnologie. Privaatrecht en informatisering in het licht van een nieuw millennium* (oratie Tilburg), Deventer: Kluwer 1995, i.h.b. p. 14, schetst het onvermogen van de wetgever om de ontwikkelingen op dit terrein bij te houden. De processen van wetgeving duren te lang en binnen enkele jaren zijn wetten al weer rijp voor de schroot.

10 Ten aanzien van het ICT-recht is dit inmiddels een zodanig breed aanvaard uitgangspunt dat het verwijzen ernaar bijna nietszeggend dreigt te worden. Vgl. Bert-Jaap Koops, 'De mantra van techniekonafhankelijkheid', *Informatie* 42 (november 2000), p. 14-15.

11 Vgl. mijn 'Het primaat van de praktijk', in: Bart van Klink en Willem Witteveen (red.), *De overtuigende wetgever*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2000, p. 105-122.

recht volgt hier enerzijds de veranderingen in de maatschappelijke opvattingen, maar heeft anderzijds ook een sturende rol, bijvoorbeeld in de gelijke-behandelings-jurisprudentie die mede onder invloed van het Europees recht totstandkwam. Ook inzake thema's als homoseksualiteit of euthanasie zijn veranderingen in maatschappelijke opvattingen in de afgelopen decennia aanleiding geweest tot belangrijke juridische veranderingen. Meestal hobbelde de wetgeving achter de ontwikkelingen in het recht van de alledaagse werkelijkheid aan. Homoseksuele en lesbische paren sloten samenlevingscontracten lang voordat de wetgever besloot tot fiscale, sociaalrechtelijke en uiteindelijk ook familierechtelijke gelijkstelling. De opvattingen binnen de medische praktijk waren doorslaggevend voor de rechtsontwikkeling inzake euthanasie; rechtspraak en zeker de wetgever kwamen achteraan, en legden min of meer vast wat al in de praktijk was gegroeid.¹²

Bovengenoemde veranderingen zijn voor een groot deel veranderingen waarin het recht reageert op en aansluit bij veranderingen in de maatschappij. Het recht heeft een volgende rol ten opzichte van de samenleving. Maar in andere gevallen wordt het recht juist gebruikt als instrument om de samenleving te beïnvloeden en te sturen. Veel veranderingen in het recht komen voort uit veranderende politieke opvattingen over hoe de samenleving eruit zou moeten zien – waarbij overigens vaak weer een verband bestaat met veranderingen in de samenleving, de technologie of de moraal. Het recht wordt dan ingezet om concrete maatschappelijke problemen als discriminatie of milieuvervuiling op te lossen – problemen die vijftig jaar geleden nog nauwelijks werden onderkend.

We weten inmiddels dat dit vaak maar ten dele lukt, of zelfs averechts uitpakt.¹³ Vaak heeft het recht ongewenste neveneffecten of lukt het niet om het gedrag van de burgers daadwerkelijk te veranderen. De samenleving reageert slechts beperkt op het officiële recht of stelt daar een eigen recht van onderop tegenover. Het gebrek aan effectiviteit van het officiële recht leidt dan soms weer tot verandering van de regels of van de handhavingspraktijk. Aldus kan de rechtsontwikkeling soms bestaan uit een voortdurende interactie met de samenleving.

Veel factoren spelen dus een rol in de rechtsontwikkeling, maar een gemeenschappelijke kern is wel duidelijk. De dynamiek van het recht hangt vooral samen met

12 Vgl. John Griffiths, Alex Bood and Heleen Weyers, *Euthanasia and Law in the Netherlands*, Amsterdam: Amsterdam University Press 1998.

13 Bij het groeien van dit inzicht heeft rechtssociologisch onderzoek een belangrijke rol gespeeld. Vgl. bijv. diverse opstellen in Griffiths, *De sociale werking van het recht*. Voor een overzicht van de 'law and social change' literatuur, zie Roger Cotterrell, *The Sociology of Law. An Introduction*, London/Dublin/Edinburgh: Butterworths 1992, p. 44-65. Een poging om theoretische analyses direct te koppelen aan concrete casestudies is te vinden in Stephen Livingstone and John Morison (eds.), *Law, Society and Change*, Aldershot [etc.]: Dartmouth 1990.

veranderingen in de samenleving. Meestal loopt het recht achter de maatschappelijke ontwikkelingen aan en reageert aan de late kant, en dan ook nog soms op minder gelukkige wijze. Telkens als dat gebeurt, schiet het recht eigenlijk tekort. Nu hoeft dat niet altijd een ramp te zijn: de samenleving overleeft het echt wel als het recht een beetje achterloopt. Niettemin zou het recht vaak sneller en beter moeten reageren op ontwikkelingen die zich in de samenleving voordoen.¹⁴

Hier ligt een belangrijke taak voor de rechtswetenschap. Juist deze zou een voortrekkersrol kunnen en moeten vervullen bij het consequent doordenken van het recht van de toekomst en het doen van concrete voorstellen om het recht bij de tijd te houden.¹⁵ De politiek, de wetgever, is immers vooral op de korte termijn gericht en voert vaak een beleid naar aanleiding van incidenten die de aandacht trekken. Pas als er duidelijke problemen gesignaleerd worden, komt er doorgaans voldoende druk om de wetgevingsmachine in beweging te zetten, en dan duurt het vaak nog erg lang voor er uiteindelijk een wet is. Ook de rechter – die bovendien sterker gebonden is aan de kaders van het geldende recht – maakt slechts nieuw recht in antwoord op concrete vraagstukken, en kan dus slechts reactief en ad hoc aan de rechtsontwikkeling bijdragen.¹⁶ Datzelfde geldt voor het recht van onderop: ook de samenleving kan pas recht vormen als ze met concrete problemen geconfronteerd wordt, en het vergt enige tijd voor zich een rechtsopvatting kan uitkristalliseren.

De rechtswetenschap is niet aan deze beperkingen onderhevig. Zij kan door het ontwikkelen van en vooral het discussiëren over een juridische doctrine alvast het nodige voorwerk doen. De rechter en de maatschappelijke praktijk hebben dan enig houvast als ze met nieuwe ontwikkelingen geconfronteerd worden. En de wetgever kan eerder inspelen op te verwachten nieuwe ontwikkelingen als de rechtswetenschap daarvoor al inhoudelijk goed doordachte juridische antwoorden heeft voorgesteld.

14 Vgl. over de noodzaak om het recht te laten inspelen op veranderende maatschappelijke omstandigheden, maar zonder dat het klakkeloos de ontwikkelingen volgt, J.P.H. Donner, *Grenzeloos recht. De veranderende plaats en functie van het recht* (preadvies Calvinistische Juristenvereniging), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1997.

15 Vgl. over deze voortrekkersrol van de wetenschap ook H.C.F. Schoordijk, 'Wetgeving, wetenschap en rechtspolitiek', in: M.S. Groenhuijsen en J.A.F. Peters (red.), *Rechtsontwikkeling door wetgeving*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1990, p. 31-41.

16 Vgl. over de noodzakelijk reactieve rol van de rechter, Roger B. Dworkin, *Limits. The Role of the Law in Bioethical Decision Making*, Bloomington and Indianapolis: Indiana University Press 1996, p. 7-10.

De beperkte veranderlijkheid van het recht

Voor we de aandacht richten op de dynamiek van het recht, is het goed de andere kant te bestuderen. Want een grote veranderlijkheid van het recht heeft zeker niet alleen voordelen. Een beperkte veranderlijkheid is zelfs van groot belang voor het goed functioneren van het recht. In Lon Fullers verhaal van de ongelukkige Koning Rex, die er ondanks zijn goede voornemens niet in slaagt om recht te maken, komt dit mooi naar voren. Een van de fouten van Koning Rex is namelijk dat hij te vaak het recht verandert, zodat niemand meer weet waar hij aan toe is.¹⁷

Een goed functionerend rechtssysteem kent een ingebouwd conservatisme, dat de stabiliteit van het recht bewaakt.¹⁸ Dit is nauw verbonden met een sterke nadruk op regels; scherp geformuleerde regels leveren een bijdrage aan de beperkte veranderlijkheid van het recht. Die stabiliteit is van groot belang voor de centrale idealen van onze rechtsorde, zoals Gustav Radbruchs klassieke drieslag rechtszekerheid, doelmatigheid en rechtvaardigheid,¹⁹ die betrekking heeft op het recht, en de idealen van rechtsstaat en democratie, die betrekking hebben op de verhouding tussen recht, staat en samenleving.²⁰ In de meest gangbare interpretaties zijn scherp geformuleerde en niet eenvoudig te veranderen rechtsregels een belangrijk instrument om deze idealen te dienen.

Dat is heel duidelijk bij het ideaal van *rechtszekerheid*.²¹ Het recht probeert het menselijk handelen te ordenen en biedt daartoe handelingsrichtlijnen. Lon Fuller bijvoorbeeld omschrijft het recht als de "enterprise of subjecting human conduct to the governance of rules".²² Voorzover mensen rechtsregels naleven, wordt hun

17 Lon L. Fuller, *The Morality of Law*, New Haven [etc.]: Yale University Press 1969, p. 37, vgl. p. 79-81.

18 Vgl. ook Donner, *Grenzeloos recht*, p. 6 en 47.

19 Vgl. daarover Gustav Radbruch, *Rechtsphilosophie*, (8e Aufl., Hrsg. von Erik Wolf und Hans-Peter Schneider) Stuttgart: K.F. Koehler 1973, p. 164-169.

20 Een uitgebreide analyse van de voors en tegens van de veranderlijkheid van het recht is te vinden in het proefschrift van Haazen, *Algemeen deel van het rechterlijk overgangsrecht*, i.h.b. hoofdstuk III.

21 Het ideaal van rechtszekerheid is overigens niet los te zien van tal van andere idealen en beginselen, zoals het vrijheidsideaal, het ideaal van integriteit (volgens Ronald Dworkin het meest omvattende ideaal van de rechtsorde) en het vertrouwensbeginsel (Ronald Dworkin, *Law's Empire*, London: Fontana 1986). Idealen staan nooit los van elkaar, maar zijn met elkaar verbonden in een web van betekenissen. Vgl. Anton Vedder, 'Waarden en het web van zin en betekenis', in: Wibren van der Burg en Frans W.A. Brom (red.), *Over idealen. Het belang van idealen in recht, moraal en politiek*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1998, p. 39-54.

22 Fuller, *The Morality of Law*, passim. Zie daarover mijn 'The Morality of Aspiration', in: Willem J. Witteveen and Wibren van der Burg (eds.), *Rediscovering Fuller. Essays on Implicit Law and Institutional Design*, Amsterdam: Amsterdam University Press 1999, p. 169-192, i.h.b. p. 185-186. De gedachte is bij veel auteurs uit uiteenlopende rechtstheoretische stromingen terug te vinden; vgl. daarvoor Haazen, *Algemeen deel van het rechterlijk overgangsrecht*, hoofdstuk

handelen onderling afgestemd en in grote lijnen voorspelbaar. Ik mag erop vertrouwen dat iemand mij voorrang geeft wanneer ik van rechts kom. En ik mag erop vertrouwen dat de staat mij alleen zal vervolgen wanneer ik mij niet aan van tevoren kenbare, helder omschreven regels heb gehouden.²³

Juridische regels kunnen de rechtszekerheid bevorderen. Maar dat kan alleen als ze duidelijk zijn en niet steeds veranderen. Een ondernemer die niet weet welk fiscaal regime of welke aansprakelijkheidsregels in de volgende jaren op zijn bedrijf van toepassing zullen zijn, heeft moeite met het nemen van verantwoorde investeringsbeslissingen. En als de regels te vaak veranderen, zal de bereidheid verminderen om na te gaan wat de wet nu weer gebiedt en om zich daaraan te houden. In een situatie van snelle veranderingen groeit de onzekerheid. Men kan dan niet meer erop vertrouwen dat anderen de regels kennen en ernaar handelen. Na een wetswijziging is het altijd maar de vraag of iedereen zich aan de nieuwe wet houdt. Zo heeft sinds een recente wetswijziging ook langzaam verkeer van rechts voorrang,²⁴ maar het is toch verstandig om er als fietser niet klakkeloos op te vertrouwen dat alle automobilisten zich aan deze norm houden.

Ook de *doelmatigheid* vereist dat het recht uit heldere regels bestaat die niet te vaak veranderen. Dit volgt vooral uit het inzicht dat mensen zich er anders niet op kunnen oriënteren en dus het doel van de regels niet bereikt wordt. Maar bovendien moeten we bedenken dat bij het begrip doelmatigheid in deze context niet primair om willekeurige beleidsdoelen gaat die met de waan van de dag mee veranderen, maar om meer algemene doelen die een zekere duurzaamheid bezitten, zoals een geordende samenleving, een goede afhandeling van conflicten, of de bescherming van dieren en het milieu. Bij dergelijke duurzame en algemene doelen passen regels die ook zelf een zekere duurzaamheid hebben. Als de huidige regels van het burgerlijk procesrecht een redelijk instrument vormen om geschillen vreedzaam te beslechten, dan is het te verwachten dat ze dat morgen ook zullen doen. Mogelijk zijn ze nog op punten te verbeteren, maar het is onwaarschijnlijk dat we dit doel bevorderen door voortdurend te blijven experimenteren en om de paar jaar een geheel nieuw procesrecht te introduceren.

III. Op p. 72 en 94 noemt hij dit 'idealisme', mijns inziens een niet erg gelukkige terminologie. Zijn kritiek hierop slaat bovendien te ver door, wanneer hij miskent dat het hier om een ideaal gaat, en dat dus het feit dat een rechtsregel soms niet als gedragsnorm wordt gehanteerd, geen weerlegging is van deze gedachte. Natuurlijk weten we allang dat het recht – en zeker het officiële recht – niet altijd gedrag beïnvloedt. Maar de gedachte van recht als gedragsnorm zou pas moeilijk verdedigbaar worden als het recht slechts in een beperkte minderheid van de gevallen werkelijk als gedragsnorm functioneert.

23 Vgl. art. 1 Wetboek van Strafrecht.

24 Vgl. art. 15 Reglement verkeersregels en verkeerstekens 1990.

Het derde ideaal van Radbruchs drieslag, de *rechtvaardigheid*, pleit eveneens voor een beperkte dynamiek. Een van de minimale eisen van rechtvaardigheid is immers dat gelijke gevallen gelijk behandeld worden. Maar wanneer de regels steeds veranderen, kunnen als gevolg daarvan gelijke gevallen heel verschillend behandeld worden. Bij een te hoog tempo van veranderingen zou dit zelfs al gauw tot willekeur kunnen leiden. Heldere regels die over een langere tijd onveranderd blijven, kunnen daarom bijdragen tot het verwezenlijken van rechtvaardigheid.

Naast deze drie idealen die betrekking hebben op het recht zelf, zijn er ook idealen die zich richten op de verhouding tussen recht, staat en samenleving. De belangrijkste zijn de idealen van rechtsstaat en democratie. Ook deze worden – althans in de gangbare interpretaties – gediend door een relatief onveranderlijk recht.

De *rechtsstaat* wordt in het Engels vaak vertaald als ‘the rule of law’ of ‘legality’. Door Philip Selznick is dit ideaal omschreven als de ‘progressive reduction of arbitrariness’.²⁵ Willekeur kan worden tegengegaan door scherpe regels te formuleren waaraan ook de overheid is gebonden. Maar dit is natuurlijk van weinig betekenis als die regels voortdurend veranderen en als bovendien de overheid zelf in staat is de regels te veranderen. Alleen als het voor de staat niet te gemakkelijk is om de regels te veranderen, heeft de ‘rule of law’ werkelijk betekenis.²⁶

Een mooi voorbeeld hiervan biedt de discussie in de Verenigde Staten rond gelijke rechten voor homoseksuele en lesbische relaties. Zowel in de staat Vermont als in de staten Hawaï en Alaska oordeelde de rechter dat het onthouden van de voordelen van het huwelijk aan homoseksuele en lesbische paren in strijd was met de grondwet van de desbetreffende staat. In Hawaï en Alaska was de grondwet echter gemakkelijk te veranderen. De politieke organen kozen daarom voor aanpassing van de grondwet en konden aldus de rechtsstatelijke controle door de rechter gemakkelijk omzeilen. In Vermont was grondwetswijziging veel moeilijker, waardoor Vermont de eerste Amerikaanse staat werd met een vrij vergaande erkenning van gelijkgeslachtelijke relaties.²⁷ Dit voorbeeld laat overigens zien dat

25 Philip Selznick, ‘Sociology and Natural Law’, *Natural Law Forum* (6) 1961, p. 84-108, p. 100; Nonet and Selznick, *Law and Society in Transition*, p. 108.

26 Vgl. Joseph Raz, *The Authority of Law. Essays on Law and Morality*, Oxford: Clarendon 1979, p. 213: “It is one of the important principles of the doctrine that the making of particular laws should be guided by open and relatively stable general rules.”

27 Dit voorbeeld is ontleend aan Ellen Ann Andersen, ‘Vermont v. The United States. Same-Sex Marriage and the Structure of Legal Opportunities’, paper for the Joint Meeting of the Law and Society Association and the Research Committee for the Sociology of Law, Budapest, 4-7 juli 2001.

het ingebouwde conservatisme van het recht niet altijd in het voordeel hoeft te zijn van een conservatieve politieke agenda.

Het *democratie*-ideaal ten slotte heeft wat andere implicaties dan de andere besproken idealen. Het impliceert namelijk niet dat het recht niet moet veranderen, maar suggereert criteria voor de vraag door wie en hoe het veranderd mag worden. Natuurlijk is niet te ontkennen dat het recht soms moet worden aangepast. Er moet dus een veranderingsmechanisme worden ingebouwd. Volgens de op het Europese vasteland meest gangbare democratieopvattingen zijn wetswijzigingen de taak van de volksvertegenwoordiging.²⁸ In Nederland wordt dat vaak uitgedrukt als het primaat van de wetgever, of het primaat van de politiek.²⁹ De wetgever legt de regels vast, terwijl het bestuur en de rechter die slechts uitvoeren en toepassen.

Natuurlijk is dit een fictie. Maar de gedachte dat veranderingen in het recht tot stand moeten komen door een zorgvuldige procedure waarbij invloed van het volk zo veel mogelijk wordt gewaarborgd, blijft op zich een belangrijk ideaal. Zo’n zorgvuldige procedure brengt echter een zekere vertraging met zich mee. Het nastreven van het democratie-ideaal heeft dus als neveneffect dat het recht relatief langzaam en moeizaam te veranderen is, en impliceert bovendien dat men terughoudend moet zijn met expliciete veranderingen door anderen dan de wetgever.

Vijf belangrijke idealen, die alle gediend lijken met een relatief beperkte veranderlijkheid van het recht. Ze staan overigens zeker niet iedere verandering in de weg. Het zijn idealen, geen strikte normen. Ze geven daarom weliswaar goede argumenten om terughoudend te zijn met veranderingen, maar niet altijd doorslaggevende argumenten.

Maar dit is slechts één kant van het verhaal. Want aan diezelfde idealen zijn evenzeer argumenten te ontlelen om het recht wel te veranderen en aan te passen aan nieuwe omstandigheden of opvattingen.³⁰ Ik loop dezelfde idealen weer langs:

Bij *rechtszekerheid* gaat het uiteindelijk niet om zekerheid ten aanzien van de formele regels, maar om voorspelbaarheid van het gedrag van anderen. Wanneer de maatschappelijke opvattingen en gebruiken sterk in beweging zijn, of wanneer er nieuwe technologieën worden geïntroduceerd waarvoor het huidige recht overduidelijk tekortschiet, dan kan er onzekerheid ontstaan over de normen en

28 Haazen, *Algemeen deel van het rechterlijk overgangsrecht*, p. 241 over deze opvatting: “Het vermoeden dat de representativiteit van de wetgever die van de rechter overtreft is welhaast onweerlegbaar.”

29 Vgl. hierover W.J. Witteveen e.a., *Het primaat van de politiek* (Bijdragen vervaardigd voor de 26e Staatsrechtconferentie gehouden op 10 december 1999 te Heerlen), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2000.

30 Zie hiervoor mijn ‘Het primaat van de praktijk’, p. 117-121.

het van anderen te verwachten gedrag. Aanpassing van het recht aan nieuwe maatschappelijke opvattingen en omstandigheden kan er dan juist voor zorgen dat de voorspelbaarheid en dus de rechtszekerheid weer toeneemt.

Evenzo kan het een eis van *doelmatigheid* zijn dat het recht wordt veranderd. Misschien hebben de oude regels tot dusverre goed gefunctioneerd om de algemene doelen te verwezenlijken, maar dat is, net als bij beleggingsresultaten, geen garantie voor de toekomst. Als de omstandigheden ingrijpend veranderen, kunnen die doelen mogelijk beter worden gediend met andere regels – of zelfs met afschaffing van de bestaande regels. Een agrarische samenleving vereist nu eenmaal een andere ordening dan een informatiesamenleving. De doelmatigheid van het recht kan ook gediend worden door een responsieve rechtsorde die, vasthoudend aan de achterliggende idealen en doelen, deze flexibel interpreteert in het licht van veranderende morele opvattingen en maatschappelijke omstandigheden.³¹

Scherpe, onveranderlijke regels bevorderen zeker niet altijd de *rechtvaardigheid*. Rechtvaardigheid houdt ook in dat men ongelijke gevallen ongelijk behandelt naar de mate van de ongelijkheid. Dat betekent rekening houden met de omstandigheden van het geval. Als de omstandigheden snel veranderen, kan toepassing van verouderde regels daarom al snel tot grote onrechtvaardigheid leiden.

Ook aan de idealen van *rechtsstaat* en *democratie* zijn argumenten te ontleen voor verandering van het recht. Het kan een vorm van willekeur zijn wanneer het recht vasthoudt aan volstrekt niet meer adequate normen en weigert ze aan te passen teneinde beter recht te doen aan nieuwe omstandigheden en meer rekening te houden met gewijzigde maatschappelijke opvattingen.³² Evenzo kan aanpassing aan onder de bevolking levende veranderde rechtsopvattingen juist een eis van democratie zijn.³³ Sterker nog, een interactieve rechtsontwikkeling, waarbij zowel tijdens het wetgevingsproces als tijdens het implementatieproces sprake is van een interactie tussen wetgever, rechter en te reguleren praktijk, verdient vanuit democratisch perspectief vaak de voorkeur boven een traditioneel wetgevingsproces.³⁴

Een beperkte veranderlijkheid van het recht lijkt dus weliswaar op het eerste gezicht wezenlijk te zijn voor een vijftal centrale idealen, maar diezelfde idealen kunnen ook anders worden geïnterpreteerd, waardoor ze juist een sterkere flexibiliteit van het recht vereisen. Beide interpretaties zijn geen alternatieven die elkaar uitsluiten. Het zijn verschillende kanten van dezelfde idealen, die blijkbaar zowel argumenten

31 Nonet and Selznick, *Law and Society in Transition*.

32 Voor een responsieve interpretatie van het ideaal van legality, zie Nonet and Selznick, *Law and Society in Transition*.

33 Haazen, *Algemeen deel van het rechterlijk overgangsrecht*, p. 237.

34 Zie mijn 'Het primaat van de praktijk', p. 117-119.

voor als tegen veranderlijkheid van het recht opleveren. Het zou dan ook onjuist zijn slechts voor een van beide interpretaties te kiezen. Het recht kan niet anders worden begrepen dan als staande in een spanningsveld tussen dynamiek en stabiliteit. Het recht kent feitelijk zowel conservatieve neigingen als op verandering gerichte tendensen. Soms is dynamiek te prefereren, soms stabiliteit.

Wat in concrete gevallen de doorslag moet geven, valt buiten het bestek van deze oratie. Maar het lijkt mij dat in de Nederlandse rechtscultuur te zeer de eerste interpretatie overheerst, en dat er voor de positieve kanten van verandering in het recht te weinig aandacht is. In het verlengde daarvan is er ook een onderbelichting van de veranderlijkheid van het recht.

De handboekenstijl

Deze visie op het recht als een slechts beperkt aan verandering onderhevig stelsel van regels is in Nederland wijd verbreid. Zij is bijvoorbeeld goed herkenbaar in de manier waarop de rechtspraak haar vaak substantiële bijdrage aan de rechtsontwikkeling zo veel mogelijk ontkent. De rechter geeft slechts zelden expliciet aan dat er nieuw recht wordt gevormd; de vernieuwing blijkt meestal impliciet.³⁵ Maar deze visie is ook terug te vinden in de rechtswetenschap. Het duidelijkst wordt dit geïllustreerd door de handboeken, vermoedelijk de meest prestigieuze producten van de rechtswetenschap. In een juridisch handboek wordt gepoogd het geldende recht voor een bepaald rechtsgebied systematisch en coherent te presenteren. Het is als het ware een momentopname waarin het recht op tijdstip x wordt bevroren. De Asser-serie voor het burgerlijk recht is de bekendste en omvangrijkste, maar op de meeste rechtsgebieden bestaan een of meer handboeken. Een rechtsgebied is pas echt erkend wanneer het op een gezaghebbend handboek kan bogen.

Juridische handboeken hebben een heel specifieke stijl. Het geldende recht wordt als een stevig verankerde verzameling van rechtsregels gepresenteerd.³⁶ Daarbij wordt ook aandacht besteed aan de achterliggende beginselen die voor

35 Kritisch daarover ook Haazen, *Algemeen deel van het rechterlijk overgangsrecht*, p. 51-53. Hij verwijst op p. 69 naar Austin die de gedachte dat rechters geen recht zouden maken zelfs een "childish fiction" noemde. Vranken, *Algemeen deel*, p. 161, stelt dat de Hoge Raad vrijwel alleen zijn beslissing motiveert wanneer hij omgaat, dus eerder eigen jurisprudentie herziert, maar niet wanneer hij ingaat op leemten in de wet of op omstrede en beladen kwesties (vgl. ook p. 157).

36 Volgens A.A.G. Peters, *Recht als kritische discussie. Een selectie uit het werk van A.A.G. Peters*, Arnhem: Gouda Quint 1993, p. 262, is er zelfs sprake van een tendens tot reïficering: "Het recht en de categorieën en beginselen waaruit het is opgebouwd, nemen daarbij ook zelf een a-historisch, dingmatig, van hun oorspronkelijke zin verzelfstandigd karakter aan."

de eenheid in het rechtsgebied zorgen en aan de concrete toepassingen in de casuïstiek van de rechtspraak. Natuurlijk worden er in dit systeem van het recht wel onduidelijkheden en controverses gesignaleerd, maar meestal krijgen deze beperkte aandacht en worden ze weggestopt in voetnoten. Voor veelstemmigheid is geen plaats.³⁷ De ten opzichte van de als heersende leer gepresenteerde opvatting afwijkende mening wordt geneutraliseerd met de toevoeging: "Anders:" De retorische stijl is zeer effectief gericht op het construeren van een samenhangend geheel van onbetwistbare kennis.

Natuurlijk mag de rechtswetenschap niet worden vereenzelvigd met de handboekenschrijvers. Maar ook veel van de overige producten van de rechtswetenschap worden gekenmerkt door de handboekenstijl. Minder ambitieuze boekprojecten en monografieën tooien zich met titels die beginnen met woorden als 'Compendium', 'Praktijkgids', 'Hoofdlijnen' of 'Beginselen'. Maar het doel is meestal identiek: het presenteren van het geldende recht op een bepaald rechtsterrein. De hoogste lof voor een dergelijke monografie is dat het een standaardwerk is, dat wil zeggen, een betrouwbare bron voor het geldende recht. Ook in veel wetenschappelijke artikelen domineert de handboekenstijl. Naar aanleiding van een recente of voorgenomen wetwijziging of van nieuwe arresten wordt het geldende of toekomstige recht uiteengezet. Meestal is er aan het slot nog een bescheiden paragraafje 'Discussie', waarin enkele vragen worden opgeworpen of misschien zelfs kritische kanttekeningen worden geplaatst. Dit is natuurlijk niet de héle rechtswetenschap. Maar een groot deel van de productie van de rechtswetenschap is gericht op het systematisch presenteren van een momentopname van het geldende recht.

Deze schets van de rechtswetenschap en de handboekenstijl is niet alleen bedoeld als kritiek, integendeel. De rechtswetenschap vervult hiermee een uiterst belangrijke functie ter ondersteuning van het recht, en draagt aldus bij tot de stabiliteit van recht en samenleving. Zonder die momentopnames, die systematiseringen van een onoverzichtelijk geheel aan wettelijke regels, voorschriften en jurisprudentie kunnen we niet. Maar het is natuurlijk slechts een deel van de taak van de rechtswetenschap.³⁸ En de vraag is bovendien of die stijl waarin inconsistenten-

37 Willem Witteveen, *De geordende wereld van het recht. Een inleiding*, Amsterdam: Amsterdam University Press 2001, p. 15: "Er zijn vele stemmen in de praktijk van het recht. Maar in teksten over het recht is die veelstemmigheid het zwijgen opgelegd. In leerboeken, maar ook in pleidooien en rechterlijke vonnissen, in commentaren, noten of aantekeningen heerst de regel dat men een monoloog houdt. Eén stem slechts, en liefst ook een samenhangend, goed geordend standpunt."

38 Vranken, *Algemeen deel*, p. 114-115, maakt een vergelijkbaar onderscheid tussen de systematiserende en de kritisch-opiniërende bijdragen van de rechtswetenschap, die volgens hem beide onmisbaar zijn voor de juridische praktijk.

ties, onduidelijkheden en meningsverschillen worden weggepoetst, wel voldoende recht doet aan de juridische werkelijkheid.

Ook in het juridisch onderwijs is de handboekenstijl herkenbaar. De manier waarop ik als student het geldende recht heb moeten leren, was er sterk door gestempeld – en niet alleen omdat een groot deel van de literatuur uit diezelfde handboeken en compendia bestond. We begonnen met de hoofdlijnen, de basisbegrippen, en geleidelijk kwamen er steeds meer gedetailleerde regels en nuanceringen bij. Er was altijd een juist antwoord op de rechtsvraag – vandaar dat je het recht ook prima met meerkeuzevragen kon toetsen. Dat aan ieder arrest van de Hoge Raad twee conflicterende opvattingen voorafgingen, met beide op zijn minst redelijk klinkende argumenten, bleef vaak op de achtergrond.³⁹ Daarmee negeerde men de veranderlijkheid en betwistbaarheid van het recht en presenteerde men het recht als een vrijwel tijdloze coherente doctrine.

Ik heb de indruk dat er wel veel verbeterd is in het onderwijs, maar dat de basisgedachte dezelfde gebleven is. Olav Haazen formuleert deze als volgt:

In de continentale traditie wordt het recht, in elk geval de basisvakken, op systematische wijze uitgelegd door de docent waardoor de indruk wordt gewekt dat relatief veel van het recht systematisch en eenduidig is. Dit beeld wordt zo sterk ingeprent dat de student het later meestal nooit meer kwijt zal raken.⁴⁰

De vraag moet worden gesteld of we met deze nadruk op de handboekenstijl, op de onveranderlijkheid en eenduidigheid van het recht, onze studenten wel voldoende toerusten voor de dynamische werkelijkheid waarin ze straks zullen moeten werken. Moet de discursiviteit van het recht niet veel centraler worden gesteld dan we nu doen?

Handboeken zijn onmisbaar, zowel in de praktijk als in onderzoek en onderwijs. Maar de huidige handboekenstijl is niet meer van deze tijd. Deze stijl is een illustratie van wat ik de 'encyclopedische droom' zou willen noemen: de droom om alle kennis op een bepaald gebied systematisch te presenteren in één boek of in een serie boeken. Dat heeft alleen zin wanneer die kennis een relatief stabiele en systematische inhoud heeft. Naarmate dat minder het geval is, wordt het minder zinvol om je te richten op handboeken. Men kan natuurlijk de snelle

39 Hetgeen natuurlijk samenhangt met de weinig discursieve stijl van de Hoge Raad, die in zijn motivering doorgaans zo min mogelijk aandacht schenkt aan de verworpen opvatting. Voor een kritiek hierop zie Vranken, *Algemeen deel*, p. 110 en 161.

40 Haazen, *Algemeen deel van het overgangsrecht*, p. 147, n. 37. Vgl. ook p. 103, n. 39: "Dit is ook nog steeds de veronderstelling van het juridisch onderwijs: het recht is te leren, het is grijpbaar en in de overgrote meerderheid van gevallen is er één juist antwoord te geven en het is dit antwoord dat op tentamen wordt verwacht."

wijzigingen nog proberen op te vangen door de boeken frequenter te herzien en met steeds weer nieuwe drukken te komen of met losbladige edities.⁴¹ Het is illustratief dat in de afgelopen jaren de meeste encyclopedieën hun gedrukte versies hebben vervangen door Internet of cd-rom versies, die gemakkelijk kunnen worden herzien. Ook in het recht biedt het gebruik van losbladige edities en moderne informatietechnologie zeker nog mogelijkheden om het tempo van herziening op te voeren. Maar die pogingen om bij te blijven door steeds frequentere herzieningen stuiten natuurlijk op beperkingen.

Misschien is het daarom tijd voor een radicalere beslissing: het opgeven van de encyclopedische droom van de rechtswetenschap. Dat vereist de bereidheid om de illusie van de onveranderlijkheid en eenduidigheid van het recht te laten varen en de continue stroom van rechtsontwikkeling en de veelstemmigheid binnen het recht serieus te nemen. Dat betekent niet het afscheid van de handboeken, maar wel een nieuwe handboekenstijl waarin de ontwikkeling van het recht en de vele controversen over het recht sterker naar voren komen.

Twee modellen van recht

Tegenover deze inherente neigingen tot conservatisme in recht en rechtswetenschap staan in het recht ook aanknopingspunten voor verandering. Voor ik inhoudelijk hierop inga, moet ik eerst verhelderen wat ik eigenlijk met 'recht' bedoel. Daartoe grijp ik terug op een onderscheid dat in tal van varianten in de juridische literatuur te vinden is. De meest bekende formule daarvoor is het onderscheid tussen 'law in the books' en 'law in action'.

Ik ben niet helemaal gelukkig met de tegenstelling tussen 'recht in actie' en 'recht in de boeken'. Ik denk dat het zinvoller is om te spreken over verschillende modellen van het recht of over verschillende perspectieven op het recht. Het recht is een complex verschijnsel waar we maar moeilijk greep op kunnen krijgen. Het is niet iets wat losstaat van onze samenleving, maar is daar intrinsiek mee verweven. Er zijn duidelijk te identificeren juridische procedures en instituties als wetgeving en rechtspraak, en duidelijk te identificeren producten als wetten en vonnissen, maar dat zijn slechts de meest zichtbare onderdelen van het recht. Het is als bij paddestoelen: het organisme zelf is een voor ons nauwelijks waarneembaar ondergronds netwerk dat zich over grote oppervlakten kan uitstrekken en dat onlosmakelijk verbonden is met de ondergrond. De paddestoel komt voort uit dat

41 Vranken, *Algemeen deel*, 114, n. 133 spreekt in dit verband van de "tirannie van de actualiteit", die dwingt tot het om de paar jaar aanvullen van de hand- en studieboeken.

organisme en kan niet leven los van dat organisme. Een jurist die zich alleen op het officiële recht van wetgever, rechtspraak en politie richt, is als een bioloog die alleen kijkt naar de paddestoel, en alles wat daaronder zit, negeert.

Ondanks die complexiteit proberen we toch greep te krijgen op het recht. Daarvoor hebben we twee modellen van recht tot onze beschikking.⁴² Elk heeft zijn beperkingen en zijn voordelen; elk van de modellen stelt ons in staat bepaalde verschijnselen te begrijpen die we in het andere model onvoldoende kunnen zien. Door het zelf-reflexieve karakter van het recht zijn het bovendien niet alleen descriptieve modellen, maar ook modellen waarmee het recht wordt vormgegeven. In de juridische praktijk construeren we het recht vaak op een bepaalde manier. Daardoor heeft de keuze voor de modellen in de praktijk niet alleen wetenschappelijke, maar ook praktische betekenissen.

Het eerste model kunnen we op zijn hoogst metaforisch 'recht in de boeken' noemen (omdat het niet noodzakelijk is dat het op papier staat). Ik duid het liever aan als 'recht als product'. Daarbij richten we ons op recht als een stelsel van in proposities gevatte normen zoals 'Gij zult niet stelen'. Maar die proposities *zijn* niet het recht, het zijn slechts pogingen in de rechtspraak om het recht in woorden te vatten. Wetgevers doen dat in wetten, rechters in rechterlijke uitspraken, en rechtsgeleerden in hun handboeken door het recht te construeren als een systeem, als een (al dan niet) coherente doctrine. En ook burgers doen dat, bijvoorbeeld wanneer ze stellen dat je ergens niet mag parkeren.⁴³ Ik kies hiervoor de benaming recht als product, omdat het expliciet aangeeft dat het een product is van menselijke activiteiten, dat het niet iets is wat we simpelweg vinden, maar iets wat we construeren.

Het tweede model richt zich op recht als interactie of als dimensie van interactie.⁴⁴ Ik zal het aanduiden als 'recht als praktijk'. Daarbij gaat het om de dagelijkse handelingspraktijken waarin het recht een meestal impliciete dimensie van het handelen is, maar ook om de specifiek juridische praktijken als rechtspraak, waarin het recht expliciet ter discussie staat en wordt toegepast of veranderd. Ook

42 Zie hierover uitgebreider mijn 'Two Models of Law and Morality', *Associations* (3) 1999, p. 61-82. Fuller, *The Morality of Law*, p. 106 en p. 118-122, hanteert een vergelijkbaar onderscheid tussen recht als een "purposive enterprise" en het juridisch systeem als product daarvan. Hij maakt een vergelijking met de term 'wetenschap', waarmee we zowel verwijzen naar de wetenschappelijke praktijk als naar het resultaat van de praktijk, de kennis.

43 En ten slotte kunnen ook antropologen of sociologen vanuit een extern perspectief proberen in woorden de regels te vatten die zij menen te observeren in een bepaalde groep of praktijk.

44 Voornaamste inspiratiebron voor een dergelijke interactionistische visie op recht is Lon L. Fuller. Vgl. zijn artikel 'Human Interaction and the Law', in: *The Principles of Social Order. Selected Essays of Lon L. Fuller* (ed. K.I. Winston), Durham, N.C.: Duke University Press 1981, p. 211-246. Hierover onder meer Gerald J. Postema, 'Implicit Law', in: Witteveen and Van der Burg, *Rediscovering Fuller*, p. 255-275.

die interacties en praktijken *zijn* niet het recht, maar ze zijn niet te begrijpen zonder de juridische dimensie ervan. Recht als interactie is het model dat zich richt op de juridische dimensie van handelingspraktijken. Dat betreft specifiek juridische praktijken als procedures in rechtszalen, maar ook de alledaagse werkelijkheid van het kopen of stelen van een broodje bij de bakker. En daarbij gaat het zowel om handelingspraktijken waarin het recht wordt toegepast en gewoonterechtelijk gevormd, als om discussiepraktijken waarin de inhoud van het recht expliciet ter discussie staat en eventueel, zoals in wetgeving en rechtspraak, veranderd kan worden. Het recht als praktijk zien is dan ook verbonden met de erkenning dat er een groot aantal praktijken is waarin van recht sprake is, dus met de erkenning van het gegeven van rechtspluralisme.⁴⁵

Beide modellen van recht staan niet los van elkaar. Ze verwijzen naar elkaar, veronderstellen elkaar en vullen elkaar aan. De praktijk wordt mede geconstitueerd door al dan niet in de wet geformuleerde juridische regels, zoals ook omgekeerd de juridische regels worden geconstitueerd door de verschillende specifiek juridische praktijken en de bredere maatschappelijke interactie. Wetten en jurisprudentie zijn het product van de juridische praktijken van wetgeving en rechtspraak. De juridische doctrine is het product van de rechtswetenschappelijke praktijk. Omgekeerd wordt de sociale realiteit op tal van manieren beïnvloed door recht als product. Mensen laten hun handelen mede bepalen door regels zoals die in wetgeving zijn geformuleerd, door rechterlijke uitspraken die hun een opdracht geven, of door voorstellingen die zij voor zichzelf gemaakt hebben over wat 'het recht' van hen eist.

Maar ook al staan beide modellen niet los van elkaar, ze zijn niet tot elkaar herleidbaar. Het is als met natuurkundige modellen van een elektron. Je kunt een elektron modelleren als een deeltje en als een golf. Elk model laat ons bepaalde

45 Over de samenhang tussen een interactionistische visie op recht en de erkenning van het rechtspluralisme, zie bijv. Fuller, *The Morality of Law*, p. 123-129; Nonet and Selznick, *Law and Society in Transition*, p. 95-103. Verhelderend over verschillende betekenissen van rechtspluralisme is M.A.P. Bovens, 'Babel binnen het recht. Een multidisciplinair perspectief op rechtspluralisme', in: N.J.H. Huls en H.D. Stout (red.), *Recht in een multiculturele samenleving*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1993, p. 159-172. In de door mij bepleite benadering dienen we, ook als rechtswetenschappers, voortdurend te wisselen van perspectief om elk van de door Bovens onderscheiden varianten van rechtspluralisme recht te doen.

In een bestudering van recht als praktijk is het onvermijdelijk om het rechtspluralisme als een gegeven te erkennen. In recht als product is het in zekere zin nog wel mogelijk om een specifieke, doorgaans rechtspositivistische definitie van recht te kiezen, die alleen het officiële recht vanuit een juridisch centralistisch perspectief als recht erkent. Een dergelijke keuze zou ik echter ook willen bestrijden omdat ze te weinig recht doet aan de juridische werkelijkheid en dus een te beperkte definitie is. Ook in recht als product kan m.i. het rechtspluralisme moeilijk ontkend worden, maar met een stipulatieve definitie kan men natuurlijk altijd ieder verschijnsel buitensluiten.

verschijnselen goed begrijpen, die in het andere model niet goed te verklaren zijn. We kunnen veel ideeën uit het golfmodel vertalen in het deeltjesmodel en omgekeerd, maar er is dan doorgaans toch een verlies aan betekenis en aan elegantie. Iedere poging om het elektron slechts in termen van een van beide modellen te vatten leidt tot beperkte en onvolledige theorieën. Om een volledig begrip te krijgen van een elektron moeten we dan ook beide modellen hanteren. Zo ook met het recht: om het goed te begrijpen, hebben we beide modellen nodig.

In het licht van deze twee modellen zijn er diverse redenen waarom ik de tegenstelling recht in de boeken tegenover recht in actie minder gelukkig acht. De enigszins dubbelzinnige frase 'recht in actie' kan gemakkelijk tot het misverstand leiden dat het gaat om een juridisch apparaat of een regelsysteem dat in actie komt. Het recht wordt verzelfstandigd, gereïficeerd, tot iets wat kan handelen.

Een belangrijker bezwaar is dat de gebruikelijke formulering bijna automatisch de blik richt op de vraag of er een correspondentie bestaat tussen de regels in de boeken en het handelen van de burgers.⁴⁶ Wanneer we naar de gevolgen van wetgeving kijken, ligt het voor de hand om rechtssociologisch onderzoek te gieten in de vorm van effectiviteitsstudies: in hoeverre lukt het om de burgers te laten handelen overeenkomstig de door de wet voorgeschreven normen? Maar om correspondentie zinvol te kunnen onderzoeken, moet het gaan om twee afzonderlijke verschijnselen die structureel min of meer vergelijkbaar zijn. Je hebt regels in boeken en dus ook regels waaraan burgers zich wel of niet houden in hun handelen. Daarmee wordt het recht als praktijk ten onrechte gereduceerd tot regelgeleid handelen en gedigitaliseerd tot het zich wel of niet houden aan regels. Evenzo wordt het recht als product ten onrechte gereduceerd tot een stelsel van regels.⁴⁷ Maar recht is veel meer dan regels of regelgeleid gedrag. Het is een heel netwerk van normen en waarden, van beelden en metaforen, van handelen, denken en discussiëren, van conflicterende perspectieven en op conflictbeslechting gerichte procedures, van officiële documenten en niet-geëxpliciteerde maatschappelijke overtuigingen. Recht is dat alles en nog veel meer. Omdat de pogingen om het recht te formuleren op papier, doorgaans in termen van heldere regels, slechts zeer beperkt erin slagen deze complexiteit te vatten en omdat vooral allerlei minder goed in termen van regels te vangen noties als waarden, metaforen, beelden of vage

46 C.J.M. Schuyt, *Tussen macht en moraal. Over de plaats van het recht in verzorgingsstaat en democratie*, Alphen aan den Rijn/Brussel: Samsom 1983, p. 272, noemt dit het correspondentie-probleem.

47 Over het digitale karakter van het recht, zie Schuyt, *Tussen macht en moraal*, p. 278 e.v. Ik zou het digitale karakter van het recht dus beperkter willen zien dan Schuyt. Het zijn vooral het officiële recht en de officiële juridische procedures en praktijken (en dan ook nog vooral wanneer ze zich richten op regels en eenduidige beslissingen) die een digitaliserend karakter hebben. Het niet-officiële recht daarentegen heeft veel meer een analoog karakter.

rechtsovertuigingen daar buiten vallen, is mijns inziens 'recht in de boeken' een te beperkte invulling van wat ik recht als product zou willen noemen.

De twee modellen moeten niet worden verward met de tegenstelling tussen officieel recht en niet-officieel recht.⁴⁸ Officieel recht is het recht afkomstig van staatsorganen als rechter, wetgever en politie. Maar dit recht kan zowel expliciet geformuleerd worden in woorden, in normatieve proposities, bijvoorbeeld een wet of een vonnis, als impliciet blijven als een dimensie van het handelen van die officiële organen. Het niet-officiële recht is het recht dat in de samenleving (de praktijken en semi-autonome velden, maar ook de overheidsinstellingen zelf) groeit, van onderop. Meestal is dit slechts impliciet in het handelingspatroon van een groep. Maar soms wordt het ook geëxpliciteerd, bijvoorbeeld wanneer mensen onderling in een discussie een beroep doen op de regels van het gewoonterecht of op professionele normen.

Er zijn dus verschillende manieren om het recht te begrijpen en te modelleren. Afhankelijk van de context zal men voor de ene of de andere kiezen. Voor een volledig begrip van het recht moet men voortdurend switchen tussen beide modellen. Ook binnen die modellen zijn er weer accentverschillen mogelijk, bijvoorbeeld naar gelang men de nadruk legt op het officiële recht of op het niet-officiële recht.⁴⁹

De aanknopingspunten voor verandering in recht als product

Na deze excursie over verschillende modellen van recht keer ik weer terug naar de hoofdvraag. Waar liggen in het recht de aanknopingspunten voor verandering? Het ligt voor de hand om hierbij vooral te kijken naar recht als praktijk. Die praktijk is immers een voortdurend proces van handelen, van discussiëren en van pogingen het recht opnieuw te construeren. Daarin ligt de nadruk op de dynamische aspecten van het recht. Het recht als product daarentegen richt zich op het formuleren en

daarmee het vastleggen van het recht in wetsteksten, vonnissen en handboeken, en benadrukt de statische aspecten van het recht. Toch zou het te gemakkelijk zijn om de tegenstelling zo zwart-wit te construeren. Als er in recht als product, in de juridische doctrine, niet ook aanknopingspunten voor rechtsontwikkeling aanwezig waren, was het in de praktijk moeilijk om daaraan vorm te geven.

Stel nu dat we een redelijk samenhangende en omvattende doctrine hebben waarin wetgeving, jurisprudentie en verkeersopvattingen tot een systeem van regels en beginselen zijn samengevat. Voor de meeste rechtsgebieden is een dergelijke doctrine te vinden in de eerder genoemde handboeken. Wat zou aanleiding kunnen geven tot (min of meer ingrijpende) veranderingen daarin?⁵⁰ Die vraag is in wezen voor alle juridische spelers hetzelfde, of het nu de wetgever is die een wetwijziging overweegt, de rechter die nieuwe jurisprudentie wil introduceren, of de praktijk die met nieuwe contractvormen komt of geleidelijk nieuw gewoonterecht ontwikkelt. Maar ik zal ik me hier beperken tot de wetenschap en de rechter.

De voornaamste aanleiding voor een wijziging in het recht, in dit altijd voorlopig evenwicht, is dat het wordt geconfronteerd met een concreet probleem waarvoor het geen of geen bevredigende oplossing biedt. Noch de wetgever van 1838 noch die van 1886 hebben zich ooit afgevraagd hoe we een menselijk embryo in een reageerbuisje moeten behandelen, omdat dat destijds geen voorstelbare situatie was. Nu is dat echter wel mogelijk, en moeten we constateren dat de regelgeving hier een leemte bevat. De rechtswetenschap heeft daarom, mijns inziens overigens niet geheel succesvol, geprobeerd hiervoor constructies te bedenken die aansloten op het geldende recht.⁵¹

In andere gevallen is er wel een oplossing, maar die is niet bevredigend. In het licht van de vroegere maatschappelijke opvattingen en gebruiken lag het voor de hand dat kinderen na een scheiding naar een van de ouders gingen – doorgaans de moeder. Maar in de afgelopen decennia is een verandering in de samenleving opgetreden waardoor veel ouders na een scheiding proberen samen voor de opvoeding te zorgen. Hoewel de wettelijke regels duidelijk waren – co-ouderschap

48 Deze verwarring is zeer frequent in de literatuur. Vgl. bijvoorbeeld Marc Galanter, 'Gerechtigheid in vele gedaanten. Rechtbanken, niet-officiële regulering en het volksrecht', in: Griffiths, *De sociale werking van het recht*, p. 343-362, p. 346, die het formele recht gelijkstelt met het recht in de boeken en tegenover het recht in de praktijk stelt. De verwarring is overigens begrijpelijk, omdat het officiële recht meestal ook expliciet wordt geformuleerd en op papier wordt gezet, terwijl dit bij het niet-officiële recht veel minder het geval is.

49 Evenmin als er één model van recht is, kan men overigens één enkele definitie van recht geven. Het begrip 'recht' heeft veel betekenissen, en één omvattende definitie is onmogelijk. Afhankelijk van de context zal men op bepaalde aspecten de nadruk leggen en een daarbij passende definitie kiezen. Aldus bijvoorbeeld ook R.J.S. Schwitters e.a., *Recht en samenleving in verandering*, Deventer: Kluwer/Open Universiteit Nederland 2000, p. 33-36.

50 Ik spreek hier van '(min of meer ingrijpende) veranderingen', om ze te onderscheiden van de onmerkbaar veranderingen die in iedere toepassing van het recht besloten kunnen zijn. Het systeem kan immers nooit af en nooit volledig statisch zijn omdat het een open systeem is, zoals Scholten al opmerkte (Paul Scholten, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. Algemeen deel*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1974, p. 60 en p. 76). Volgens Scholten is iedere toepassing van het recht, hoezeer deze ook naar de letter van de wet lijkt te geschieden, tegelijk een schepping.

51 Zie daarover uitgebreider hieronder p. 41-43.

was juridisch gezien onmogelijk – constateerde de rechter toch dat deze oplossing niet bevredigend was en kwam met een nieuwe regel.⁵²

De concrete casus, het concrete probleem is doorgaans de aanleiding. Maar waar vindt de rechter of de rechtswetenschapper binnen het geldende recht zijn bronnen, zijn aanknopingspunten om deze aanpassing van de regels of de nieuwvorming van regels mogelijk te maken? Die zijn doorgaans te vinden in het andere extreem van abstractie, in de beginselen⁵³ en de achterliggende idealen.⁵⁴ Daarbij gaat het om klassieke algemene idealen als vrijheid, rechtvaardigheid, rechtsstaat en democratie, maar ook om meer concrete en relatief nieuwe idealen als privacy of biodiversiteit.⁵⁵

Door hun open karakter, het feit dat we ze nooit helemaal kunnen realiseren en ook nooit helemaal hun inhoud uitputtend kunnen vastleggen, bieden idealen

52 HR 4 mei 1984, *NJ* 1985, 510. Een aantal voorbeelden uit het belastingrecht zijn te vinden bij Happé, *Schuivende machten*. In de door Happé genoemde gevallen was het aanknopingspunt voor de verandering het gelijkheidsbeginsel, zoals vastgelegd in artikel 26 van het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten. Dit sluit aan op de analyse die ik hieronder geef ten aanzien van de rol van idealen en beginselen.

53 De gedachte dat beginselen een belangrijke rol spelen in de rechtsontwikkeling is niet ongebruikelijk in de literatuur. Voorbeelden zijn Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press 1978; Peters, *Recht als kritische discussie*, p. 26-27; Vranken, *Algemeen deel*, p. 86-92, Happé, *Schuivende machten*. Vgl. ook A.F.M. Brenninkmeijer, 'Derechtigver', *Nederlands Juristenblad* 2001, p. 1191-1201, p. 1196: "Algemene rechtsbeginselen vormden meer en meer het uitgangspunt bij de rechtsvinding, die als vanzelf zich daardoor ook ontwikkelde in de richting van rechtsvorming."

54 De gedachte dat naast (of achter) beginselen ook idealen een belangrijke rol spelen in de rechtsontwikkeling is in de literatuur minder gangbaar. Belangrijke inspiratiebronnen zijn Nonet and Selznick, *Law and Society in Transition*; Dworkin, *Law's Empire*; Fuller, *The Morality of Law*. Vgl. Nonet and Selznick, *Law and Society in Transition*, p. 81: "When Fuller underscores the centrality of purpose in the legal enterprise or when Dworkin and Hughes look to principle and policy as foundations of legal reasoning, they express the modern aspiration for a legal order that is effective in dealing with change."

De betekenis van idealen heeft de afgelopen jaren centraal gestaan in het NWO-Pionierprogramma 'The Importance of Ideals in Law, Morality and Politics'. Hieruit is een groot aantal publicaties voortgevloeid; ik beperk me hier tot een drietal, waar ook verdere literatuurverwijzingen te vinden zijn. Een eerste verkenning van allerlei dimensies van idealen is te vinden in Van der Burg en Brom, *Over idealen*. Voor een conceptuele analyse van het begrip 'ideal(en)' en van de rol die idealen spelen, zie Sanne Taekema, *The Concept of Ideals in Legal Theory* (diss. Tilburg), 2000. Over de verhouding tussen idealen, beginselen, doelen en regels, zie mijn 'The Morality of Aspiration'.

55 Twee voorbeelden: Sanne Taekema, 'De rol van idealen bij de rechtsvinding', in: Erik-Jan Broers en Bart van Klink (red.), *De rechter als rechtsvormer*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers, p. 255-269, demonstreert de rol van het klassieke vrijheidsideaal in het privaatrecht aan de hand van de ontwikkeling in de jurisprudentie inzake misbruik van recht. Timon Oudenaarden en Jonathan Verschuuren, 'Het biodiversiteitsideaal en de juridische bescherming van Antarctica', in: Van der Burg en Brom, *Over idealen*, p. 169-188, betogen dat de introductie van het biodiversiteitsideaal de discussie rond natuurbescherming in een nieuw licht gezet heeft en de juridische ontwikkeling versneld heeft.

altijd een bron van nieuwe interpretaties die aanleiding kunnen geven tot nieuwe regels. Omdat de werkelijkheid altijd tekortschiet bij onze idealen, kunnen ze ons helpen om scherp te krijgen wat er onrechtvaardig of anderszins verkeerd is aan het bestaande recht. Bovendien wijzen ze ons de richting om die werkelijkheid te verbeteren. Nieuwe ideeën, nieuwe begrippen, nieuwe formuleringen van onze regels en beginselen kunnen het resultaat zijn van een diepgaande reflectie op de betekenis van onze idealen.

Wanneer rechters het recht moeten herinterpreteren teneinde antwoorden te construeren voor nieuwe gevallen, bieden idealen en beginselen dus op tal van manieren aanknopingspunten. Het zijn normatieve bronnen binnen de juridische doctrine; ze maken deel uit van het geldende recht. Maar tegelijk vormen ze een brug naar maatschappelijke opvattingen en naar de ethiek. Daarmee openen ze het recht voor de ontwikkelingen in maatschappelijke opvattingen.⁵⁶

Het is dus de dialectiek tussen concrete casuïstiek en de achterliggende idealen en beginselen die een belangrijke rol kan spelen in de rechtsontwikkeling.⁵⁷ Een voorbeeld hiervan is de ontwikkeling van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur in de tweede helft van de vorige eeuw, aanvankelijk door rechter en wetenschap, later deels gecodificeerd door de wetgever. Concrete gevallen waarin het bestuur overduidelijk onbehoorlijk was opgetreden, gaven aanleiding om onze idealen van behoorlijk bestuur te doordenken en beginselen te ontwikkelen voor de juridische toetsing van het optreden van bestuursorganen.

Een regelgever die zich realiseert dat een belangrijke bron voor rechtsontwikkeling te vinden is in deze dialectiek tussen casuïstiek en idealen, kan daarop ook bewust inspelen. Scherpe regels bieden het voordeel van duidelijkheid, maar hebben het nadeel van een beperkte flexibiliteit en responsiviteit voor veranderende

56 Witteveen, *De geordende wereld van het recht*, p. 6, ziet "de strijd om hooggestemde idealen (rechtvaardigheid) in een onvolmaakte wereld althans enigszins waar te maken" als een derde betekenis van het begrip recht, naast de twee betekenissen die ongeveer overeenkomen met wat ik recht als product en recht als interactie heb genoemd. Hiermee wijst hij eveneens op het grote belang van idealen in het recht en op het feit dat ze niet tot een van de beide andere modellen te reduceren zijn (en dat ze ook niet buiten de juridische orde geplaatst kunnen worden). In mijn optiek kunnen ze beter worden beschouwd als elementen van *beide* modellen, die de begrenzingen van beide modellen doorbreken en een voortdurende beweging tussen die modellen teweegbrengen. Juist door de openheid van idealen zijn we steeds weer gedwongen om over te stappen van het statische model van recht als product naar het dynamische model van recht als interactie. Ideal(en) nopen ons tot herinterpretatie. Ze stellen steeds weer de voorlopige formuleringen van juridische regels en beginselen onder kritiek en breken daarmee iedere systematisering van het geldende recht open.

57 Vgl. Peters, *Recht als kritische discussie*, p. 32.

omstandigheden.⁵⁸ Wanneer de nadruk ligt op scherpe regels, zal een dynamisch recht genoodzaakt zijn om zeer regelmatig de regels te veranderen, en dat vereist op zeker moment een te groot tempo van verandering.⁵⁹ In de recente wetgeving zien we dan ook dat er steeds meer open normen worden geformuleerd, die ruimte bieden voor verdere rechtsontwikkeling.⁶⁰ Redelijkheid en billijkheid in het privaatrecht, of zorgbepalingen zoals de zorg van een goed hulpverlener in het gezondheidsrecht zijn daarvan voorbeelden.⁶¹

Een mooi voorbeeld van een juridisch instrument dat veel ruimte laat voor rechtsontwikkeling is het Europees Verdrag voor de rechten van de mens. Dit dynamisch karakter is door het Europees Hof expliciet erkend: het verdrag is een "living instrument" dat moet worden uitgelegd in het licht van "present-day conditions".⁶² Die evolutieve interpretatie is mede mogelijk gemaakt door de formuleringen van het verdrag. De rechten zijn in zeer algemene, open termen gesteld en ook de uitzonderingsbepalingen zijn uitermate ruim.

Het Europees Verdrag biedt echter niet slechts een aantal vage open normen. Dat zou niet veel houvast en richting bieden. Het Verdrag bepaalt zowel de fundamentele idealen (of waarden) die de kern vormen van de rechten als de idealen die de kern van de uitzonderingsclausules vormen. Elk van de mensenrechtenartikelen verwijst naar een fundamenteel ideaal, terwijl de uitzonderingsclausules moeten worden geïnterpreteerd in het licht van het ideaal van de democratische samen-

58 Vgl. de opmerking van Roger Cotterrell, *The Politics of Jurisprudence. A Critical Introduction to Legal Philosophy*, London [etc.]: Butterworths 1989, p. 23, dat de common law niet moet worden gezien als een stelsel van regels, omdat regels te weinig recht doen aan het dynamisch karakter ervan: "The idea of common law as *principles* of law seems more appropriate for capturing this shifting, dynamic character, if only because principles suggest flexible guidelines for legal decision-making rather than rules which control."

59 Vgl. Brenninkmeijer, 'De rechtgever', p. 1197: "Zou gestreefd worden naar het alles en volledig reguleren, dan zou een volstrekt onoverzienbare berg regels ontstaan die noch te hanteren noch te onderhouden zou zijn. Vaak is het beter om uit te gaan van enkele meer abstracte beginselen en uitgangspunten die op een andere wijze in rechtszekerheid kunnen voorzien."

60 Wezenlijk daarbij is dat die open normen toch richting bieden; het zijn niet volledige blanco bepalingen. Vgl. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, p. 79, over termen als 'reasonable': "I meant rather that it was their function to open rules to the effect of certain principles, but only certain principles."

61 Overigens is de keuze voor dergelijke open normen ook niet zonder risico's. Van groot belang is dat ze open worden gehouden en niet worden ingevuld met een rigide dogmatiek, verbonden met een onveranderlijk beeld van de sociale orde. Als dat gebeurt, worden ze eerder een belemmering voor rechtsontwikkeling. Vgl. Nonet and Selznick, *Law and Society in Transition*, p. 48; W. van der Burg e. a., 'De zorg van een goed hulpverlener', in: F.W.A. Brom, B.J. van den Bergh en A.K. Huibers (red.), *Ethiek en Beleid*, Assen: Van Gorcum 1993, p. 88-99.

62 EHRM 25 april 1978, Series A, nr. 26, par. 31 (*Tyrer v. UK*). Vgl. over de rechtsontwikkeling door het EVRM: S.K. Martens, '50 jaar EVRM', *Nederlands Juristenblad* 2000, p. 1905-1913, i.h.b. p. 1907.

leving. Deze open – maar niet ongebonden – formuleringen maken het Verdrag tot een flexibel verdrag dat voldoende ruimte biedt voor verdere rechtsontwikkeling. Wie verlangt naar scherpe normen zal het Verdrag een gruwel vinden; maar wie erkent dat het beschermen van mensenrechten een proces is van toenemende verheldering en implementatie zal dit een gelukkige strategie achten.

Het is niet alleen de formulering van open inhoudelijke normen die rechtsontwikkeling mogelijk maakt. Een rol spelen ook de discursieve structuur van de procedures in Straatsburg en de wijze waarop de verschillende organen hun oordelen voorzien van uitgebreide motiveringen. Een voorbeeld daarvan is de vroegere twee-fasenprocedure, waar de Commissie eerst, soms meer gedurfd dan het Hof, de normatieve kwesties identificeerde en tot eigen inhoudelijke oordelen kwam. Een ander aspect is de mogelijkheid van dissenting en concurring opinions, die de ruimte biedt om de verschillende argumenten helderder naar voren te brengen en de noodzaak wegneemt om vage compromissen te bereiken.

De formulering van idealen en beginselen in verdragen, wetten of andere juridische instrumenten is daarom slechts een van de factoren die rechtsontwikkeling kunnen bevorderen. Het vereist ook sterk discursieve juridische procedures en responsieve attitudes. Ik kom daar nog op terug.

Niet alleen in de rechtspraak is oriëntatie op beginselen en idealen een belangrijke steun voor de rechtsontwikkeling. Ook in de rechtswetenschap is dit van groot belang. Een mooi voorbeeld hiervan is de ontwikkeling van het gezondheidsrecht.⁶³ Begin jaren zeventig bestond dit nog nauwelijks, en was er weinig wetgeving of rechtspraak. Mede door de sterk rechtstheoretische en ethische belangstelling van de grondlegger van het vakgebied, Leenen, is dit van het begin af aan gekenmerkt door een sterke gerichtheid op fundamentele beginselen als het zelfbeschikkingsrecht en het recht op gezondheidszorg. Mede daardoor, en door de grote openheid naar de ontwikkelingen in de ethiek, was de rechtswetenschap in staat om oplossingen aan te dragen voor de talrijke nieuwe problemen waarmee het recht werd geconfronteerd. Bovendien was ook de rechtspraktijk in staat om de oplossingen over te nemen, omdat men immers aansloot bij de grondslagen van het geldende recht.⁶⁴ Soms leidde dit overigens tot minder gelukkige constructies,

63 Zie hierover H.J.J. Leenen, 'Vijfentwintig jaar gezondheidsrecht', in: J.H. Hubben en H.D.C. Roscam Abbing (red.), *Gezondheidsrecht in perspectief*, Utrecht: De Tijdstroom 1993, p. 16-27; en mijn 'Gezondheidsrecht en bio-ethiek. Op naar een nieuwe verhouding', *Rechtsfilosofie en Rechtstheorie* (25)1996, p. 192-206.

64 Bovendien combineerden Leenen en anderen een sterke theoretische gerichtheid met een nauwe aansluiting bij de medische praktijk. De spanning tussen de juridische doctrine en de te reguleren praktijk bleef hierdoor beperkt, maar zeker niet geheel zonder problemen. Vgl. J. Legemaate, *Recht en realiteit. Juridische normering en het therapeutisch proces* (oratie Rotterdam), Houten/

vooral wanneer het open karakter van de achterliggende idealen en beginselen onvoldoende werd erkend en men deze gebruikte om een te rigide dogmatiek op te zetten.⁶⁵ Maar voor de grote lijnen kan men constateren dat het mede dankzij de sterke oriëntatie op de achterliggende beginselen en idealen is geweest dat het gezondheidsrecht in staat is geweest zich zo voorspoedig te ontwikkelen.

De wetgever is pas in een laat stadium bij deze rechtsontwikkeling een rol gaan spelen, nadat wetenschap en rechtspraktijk reeds een indrukwekkend systeem hadden ontwikkeld. Nu de codificatie voor een belangrijk deel voltooid is, lijkt overigens in de nieuwste druk van Leenens gezaghebbende *Handboek gezondheidsrecht* de rol van beginselen en idealen geringer te worden.⁶⁶ Naarmate er minder behoefte is aan rechtsontwikkeling, kan men zich dit ook veroorloven. De rol van idealen en beginselen is zeker niet constant. Juist in tijden van verandering is die groot, in tijden van relatieve stabiliteit wordt de behoefte aan en vooral de mogelijkheid van duidelijkheid weer groter en komen scherpe normen meer op de voorgrond.

Recht als interactie

In de juridische doctrine zijn dus, ondanks de sterke gerichtheid op stabiliteit, voldoende aanknopingspunten te vinden voor veranderingen. Maar of dit potentieel benut wordt, hangt niet af van de doctrine, maar van recht als handelings- en discussiepraktijk.

Kenmerkend voor het recht is dat het officiële procedures kent waarin het recht zelf ter discussie kan worden gesteld. Het recht is een handelingspraktijk met een sterk potentieel voor kritische discussie. Vranken noemt het recht een discursieve grootheid.⁶⁷ Eerder al kwam Peters met zijn idee van recht als kritische

Zaventem: Bohn Stafleu Van Loghum 1994. Opmerkelijk is de mate waarin op dit terrein ook de rechter "zijn oordeel (mede) baseert op richtlijnen, standaarden en protocollen die binnen de beroepsgroep zijn opgesteld" (J.H. Hubben, 'Professionele autonomie. Grenzen en dynamiek', in: Hubben en Roscam Abbing, *Gezondheidsrecht in perspectief*, p. 68).

65 In kritische zin hierover bijvoorbeeld verschillende bijdragen in W. van der Burg en P. Ippel (red.), *De Siamese tweeling. Recht en moraal in de biomedische praktijk*, Assen: Van Gorcum 1994.

66 H.J.J. Leenen, *Handboek gezondheidsrecht. Deel I. Rechten van mensen in de gezondheidszorg*, Houten/Diegem: Bohn Stafleu Van Loghum 2000. In de vierde druk uit 2000 is bijv. de paragraaf 'Recht op gezondheidszorg en recht op behandeling' vervallen.

67 Vranken, *Algemeen deel*, p. 69: "Recht is een discursieve grootheid, dat wil zeggen het altijd voorlopige resultaat van een proces van meningsvorming en overtuiging, zowel in abstracto als bij de beslissing in concreto."

discussie.⁶⁸ Het recht kent allerlei procedures waarin tegenspraak, kritische toetsing van geldigheidsclaims en van heersende interpretaties van het recht geïnstitutionaliseerd zijn.⁶⁹

In de rechtszaal kunnen partijen met elkaar in debat over de feiten, maar ook over wat als het geldende recht moet worden gezien. Ze brengen aldus rivaliserende claims naar voren over wat het best mogelijke antwoord is voor het concrete rechtsprobleem.⁷⁰ In die ruimte voor kritische discussie ligt de mogelijkheid tot verandering besloten.⁷¹ Een advocaat kan een nieuwe interpretatie van het geldende recht voorstellen, bijvoorbeeld door te verwijzen naar de beginselen van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens of de EU-regelgeving. Soms zal de rechter daarin meegaan, soms ook niet, of nog niet. Aldus kan het potentieel voor verandering dat al in de juridische doctrine besloten lag in de vorm van idealen en beginselen in de rechtszaal worden geactiveerd.⁷²

Voor procedures waarin tegenspraak en kritische discussie zijn geïnstitutionaliseerd, hoeven we niet alleen aan rechtspraak te denken. Ze zijn ook te vinden bij instanties als de Commissie gelijke behandeling of bij vergunnings- en beroepsprocedures. Ze zijn in nog sterkere mate te vinden in het wetgevingsproces,⁷³ in

68 Peters, *Recht als kritische discussie* (het artikel waaraan de titel voor de bundel is ontleend, dateert uit 1985). Volgens Peters (met een verwijzing naar Selznick) impliceert het 'typisch juridische' de mogelijkheid van tegenspraak en discussie – een gedachte die hij ook al in zijn oratie had uitgewerkt. Vgl. p. 216: "Het typische rechtskarakter van regels bestaat dus in de bijzondere deliberatieve, kritische, reflexieve dimensie die aan regels is toegevoegd."

69 Vgl. Witteveen, *De geordende wereld van het recht*, p. 14: "Het recht is (...) een argumentatiecultuur, een praktijk waarin bepaalde manieren van argumenteren voorkomen."

70 Aldus ook Dworkin, *Taking Rights Seriously*, die stelt dat partijen en ook de rechter erop gericht zijn om het best mogelijke antwoord te construeren en daarvoor argumenten aan te dragen. Bertjan Wolthuis, 'Rechtsvorming als debat. De overtuiging het juiste antwoord te geven als voorwaarde voor goede rechtsvorming', in: Broers en Van Klink, *De rechter als rechtsvormer*, p. 105-113, geeft een interessante retorische lezing van Dworkin, die m.i. meer recht doet aan Dworkins idee van recht als argumentatieve praktijk dan de meer gebruikelijke objectivistische interpretatie. Ook Haazen, *Algemeen deel van het overgangsrecht*, kiest helaas voor een dergelijke objectivistische lezing en mist daardoor de kans om aan Dworkins theorie inspiratie te ontleenen voor de problematiek van het rechterlijk overgangsrecht.

71 Soms is die kritische discussie zelfs op bijzondere wijze geïnstitutionaliseerd. Bij de Hoge Raad is dit bijvoorbeeld gebeurd in de functies van procureur-generaal en advocaat-generaal, die immers geacht worden een goed beargumenteerd advies te geven over de rechtsvraag en over welke oplossingen het best bij het geldende recht passen. Misschien is het daarom niet toevallig dat juist Vranken, ten tijde van het schrijven van zijn boek advocaat-generaal bij de Hoge Raad, de discursiviteit van het recht zo sterk benadrukt.

72 Vgl. Witteveen, *De geordende wereld van het recht*, p. 123: "De taal van het recht verwijst naar idealen die in regels zijn neergeslagen of daar juist achterliggen of er zelfs boven uitstijgen. Bij elke discussie waarin grondrechten in stelling worden gebracht of een beroep gedaan wordt op rechtsbeginselen, zoekt men bijvoorbeeld in het recht de verwezenlijking van een of ander ideaal."

73 Vgl. Jeremy Waldron, *The Dignity of Legislation*, Cambridge: Cambridge University Press 1999.

parlementaire debatten en in inhoudelijke adviezen door de Raad van State en andere adviesorganen.

Dergelijke juridische discussiepraktijken bieden aldus een geïnstitutionaliseerd potentieel om tot kritische discussie en daarmee tot verandering te komen.⁷⁴ In de rechtspraak doordat een van de partijen, gevolgd door de rechter, tot een andere reconstructie van het geldende recht komt voor een concreet geval, daarbij soms expliciet, maar meestal impliciet een beroep doend op achterliggende idealen en beginselen.⁷⁵ In het parlement doordat verschillende partijen vanuit verschillende maatschappijvisies wetsvoorstellen bekritiseren, amenderen en uiteindelijk goedkeuren.

Recht als kritische discussie is niet beperkt tot dergelijke officiële procedures die verbonden zijn met de staat. Het is een typische beroepsdeformatie van veel juristen om het recht en de juridische discussie daartoe te beperken.⁷⁶ Het juridisch debat is ook aanwezig in de juridische wetenschappelijke fora, op de forumpagina's en de ingezonden brievenrubrieken van kranten, op het Internet. Ook daar wordt kritiek op het geldende recht geleverd en worden alternatieven voorgesteld.

Het officiële recht wordt bovendien vaak impliciet ter discussie gesteld en veranderd. Wanneer fietsers veelvuldig rechtsaf door rood licht rijden, groeien er geleidelijk nieuwe verkeersopvattingen. Boeren die weigeren mee te werken aan steeds ingewikkelder mestboekhoudingen, Greenpeace dat een vervuילend bedrijf blokkeert, bekritiseren impliciet het officiële recht. Doorgaans zonder direct resultaat, maar niet altijd. Als het gebrek aan medewerking of het al dan niet

stilzwijgend verzet te massaal wordt, is soms het officiële recht niet meer te handhaven en moet het zich aanpassen. Met de fietsers die rechtsaf slaan bij rood licht is dat inmiddels gedeeltelijk gebeurd.⁷⁷

Belangrijker nog is dat zowel de kritische discussie over het recht als de feitelijke rechtsontwikkeling zich niet beperken tot het officiële recht en de geïnstitutionaliseerde procedures. Wie het gegeven van rechtspluralisme serieus neemt, moet ook aandacht besteden aan de discussie en veranderingen binnen maatschappelijke praktijken (of binnen semi-autonome sociale velden⁷⁸) – praktijken die overigens, net als het officiële recht, in toenemende mate de grenzen van staten overstijgen.⁷⁹ De rechtssocioloog Eugen Ehrlich merkte het in 1913 al op: "Het zwaartepunt van rechtsontwikkeling ligt niet bij wetgeving, noch bij juridische doctrine, noch bij rechtspraak, maar in de samenleving zelf."⁸⁰

Ehrlichs bekendste uitspraak wordt weliswaar veelvuldig aangehaald, maar doorgaans door juristen weer snel terzijde gelegd. Ten onrechte, want juist in maatschappelijke praktijken ontwikkelen zich doorgaans het eerst de nieuwe rechtsnormen in respons op veranderende maatschappelijke verhoudingen en opvattingen. Die zich in de maatschappij ontwikkelende rechtsnormen worden op veel manieren aangeduid: als "implicit law",⁸¹ "emergent law",⁸² "verkeersopvattingen",⁸³ of als "de medisch-professionele standaard"⁸⁴. Maar hoe men het ook

74 Vgl. Peters, *Recht als kritische discussie*, p. 214: "Aan de reeds bestaande werkelijkheid is een nieuwe, kritisch-reflexieve, normatieve, dimensie toegevoegd. Ik noem deze dimensie een procedurele, omdat zij een typisch procedurele ruimte van communicatieve interactie constitueert, waarin over de gejuridiseerde activiteit in wetgevende stijl kan worden gedelibereerd, waarin zij voorwerp kan zijn van litigatie en contestatie, waarin alternatieve interpretaties aan de orde kunnen komen, alsook kwesties van uitvoering en praktische gevolgen."

75 Daarom is het ook onjuist om bij beginselen en idealen de nadruk te leggen op de gedachte dat zij de grondslagen vormen van het recht en dat zij bij uitstek de eenheid en de integriteit van het systeem bevorderen. Mijns inziens doet Klaas Rozemond, *Strafvorderlijke rechtsvinding* (diss. VU), Deventer: Gouda Quint 1998, p. 50-54, in navolging van Scholten en Dworkin, dit te sterk. Een dergelijke sterke nadruk op coherentie kan ertoe leiden dat er een te geringe ruimte wordt gelaten voor rechtsontwikkeling. Daarmee miskent men de radicaliteit van de kritiek, de tegenspraak en de incoherentie die beginselen en idealen ook kunnen oproepen. Vranken, *Algemeen deel*, p. 92, stelt terecht dat beginselen vaak al de kiem van het tegenbeginsel in zich dragen en het recht tonen "in al zijn weerbarstigheid, beperktheid en innerlijke tegenstrijdigheid".

76 John Griffiths, 'What Is Legal Pluralism', *Journal of Legal Pluralism*, (24) 1986, p. 38-55, introduceerde hiervoor de uitdrukking 'juridisch centralisme'. Galanter, 'Gerechtigheid in vele gedaanten', p. 343, constateert dat deze houding onder juristen veel voorkomt. In de rechtssociologische literatuur is deze kritiek inmiddels redelijk bekend. Vanuit een heel andere invalshoek komt Ernst M.H. Hirsch Ballin, *Netwerken van rechtsontwikkeling* (preadvies Christen Juristenvereniging), Utrecht: Lemma 1999, p. 12 en p. 23, met een vergelijkbare kritiek.

77 Vgl. art. 68 lid 5 Reglement verkeersregels en verkeerstekens 1990.

78 Vgl. Sally Falk Moore, 'Law and Social Change: The Semi-Autonomous Social Field as an Appropriate Subject of Study', *Law and Society Review* (7) 1973, p. 719-746 (reprinted in: Sally Falk Moore, *Law as Process. An Anthropological Approach*, London: Routledge 1978). De vraag hoe conceptualisering van het 'recht van onderop' in termen van praktijken en semi-autonome sociale velden zich tot elkaar verhouden, valt buiten het bestek van deze oratie; eenvoudigheidshalve zal ik het vooral over praktijken hebben.

79 Waarmee de discussies over rechtspluralisme een interessante nieuwe dimensie krijgen. Vgl. K. von Benda-Beckmann, *Transnationale dimensies van rechtspluralisme* (oratie Rotterdam), Deventer: Gouda Quint 1999.

80 Ehrlich, *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, hier in de vertaling van Paul van Seters (*Ander Recht* (oratie Tilburg), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1981, p. 12).

81 Lon L. Fuller, *Anatomy of the Law*, Westport, Conn.: Greenwood Press 1976 (orig: New York: Praeger 1968).

82 Philip Selznick, *The Moral Commonwealth. Social Theory and the Promise of Community*, Berkeley: University of California Press 1992, p. 452.

83 Over deze in het privaatrecht gebruikelijke term, zie Haazen, *Algemeen deel van het rechterlijk overgangsrecht*, i.h.b. p. 250-255.

84 De in het gezondheidsrecht meest gangbare uitdrukking om te verwijzen naar de normen zoals ze in de medische praktijk ontwikkeld zijn.

noemt, een feit is dat de motor van de rechtsontwikkeling in veel gevallen de samenleving zelf is en niet het officiële apparaat dat met rechtsvorming belast is.⁸⁵

Waar ligt nu het potentieel voor verandering in de rechtspraktijk? Het antwoord is: overal. Het ligt in de officiële procedures, waar het geldende recht kan worden bekritiseerd, gereconstrueerd en veranderd – soms impliciet, soms expliciet. Het ligt in de maatschappelijke discussies waar opvattingen over euthanasie of over wat redelijk en billijk is in het handelsverkeer geleidelijk evolueren en zich uitkristalliseren. En het ligt ook in de maatschappelijke praktijken waar handelingspatronen zich geleidelijk en vaak ongemerkt aanpassen aan veranderende omstandigheden of veranderende opvattingen. Hirsch Ballin verwoordt het als volgt:

Een adequate theorie van de rechtsontwikkeling zal heden ten dage ermee rekening moeten houden dat een veelheid van actoren, die niet in een effectieve hiërarchische structuur zijn samengevat, bijdraagt aan de rechtsontwikkeling.⁸⁶

Dit antwoord 'overal' verdient nadere doordenking. Want recht als praktijk is inderdaad overal. Daardoor wordt het recht minder eenvoudig af te bakenen van de samenleving of van de ethiek.

Wanneer we een productvisie kiezen, zouden we in de juridische doctrine nog een scheiding kunnen construeren ten opzichte van de moraal. Dat kan door als 'recht' te definiëren dat wat door officiële juridische instellingen als recht is erkend.⁸⁷ De rechtspositivistische stelling van de scheiding van recht en moraal kan in die zin letterlijk waargemaakt worden, gewoon door een bepaalde definitie

85 Bovendien is er door sociologen en antropologen veelvuldig op gewezen dat in de praktijk de inhoud van het officiële recht vaak nauwelijks bekend is en maar zeer beperkt van invloed is op de rechtsnormen die zich in de praktijk ontwikkelen. Zo stelt Schuyt met een verwijzing naar het onderzoek rond euthanasie "dat de meeste artsen zich bij hun medisch handelen nauwelijks op de wetbepalingen oriënteren en ook bijna geen weet hebben van de wet". C.J.M. Schuyt, 'Twee dimensies in het bereik van de wet', in W.J. Witteveen, H.D. Stout en M.J. Trappenburg (red.), *Het bereik van de wet*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1992, p. 107-114, en komt F. von Benda-Beckmann ('Rechtskennis en macht. Een antropologische beschouwing', in dezelfde bundel, p. 43-61) zelfs tot de conclusie dat de wetkennis van gewone burgers, maar ook van officiële wetgevers zoals Kamerleden erg beperkt is, maar dat die er in de praktijk ook niet zoveel toe doet.

86 Hirsch Ballin, *Netwerken van rechtsontwikkeling*, p. 26. Overigens besteedt hij in zijn interessante pleidooi voor multipolaire rechtsontwikkeling weinig aandacht aan de rechtsontwikkeling buiten instituties. Daarmee miskent hij m.i. de betekenis van rechtsvorming binnen praktijken of semi-autonome velden, en wordt dus de gedachte van multipolaire rechtsontwikkeling onvoldoende ver doorgevoerd.

87 Vgl. mijn opmerkingen over de ontkenning van rechtspluralisme in noot 45.

van recht te stipuleren.⁸⁸ Maar daarbij zal men toch moeten erkennen dat die scheiding niets meer is dan een constructie, een scheiding die men eerst zelf heeft aangebracht.⁸⁹

Evenzo zouden we nog een scheiding ten opzichte van de samenleving kunnen aanbrengen door te stipuleren dat maatschappelijke opvattingen en normen of feitelijke praktijken alleen een rol spelen in het recht voorzover ze door die officiële organen zijn erkend en daarmee in het recht zijn geïncorporeerd. Ook al zou een dergelijke definitie van recht mogelijk zijn, het zou een extreme vorm zijn van juridisch centralisme, die te weinig aansluit bij de juridische realiteit.⁹⁰

In recht als een voortgaande discussie- en handelingspraktijk zijn dergelijke strikte scheidingen zeker niet mogelijk. Ieder moreel argument kan immers potentieel juridisch relevant zijn; iedere maatschappelijke gewoonte kan zich ontwikkelen tot een rechtsnorm. Ook als het argument of de gewoonte thans niet erkend wordt door de rechter of de wetgever, dan is daarmee nog niet gezegd dat ze niet juridisch relevant zijn, en zelfs niet dat ze geen recht zijn.⁹¹ Het wordt alleen door de heersende opvatting van het officiële recht niet of nog niet als zodanig erkend. Erkennen we de voorlopigheid van iedere juridische beslissing vanuit het perspectief van recht als praktijk, dan kunnen we geen strikte scheiding meer verdedigen tussen recht en moraal of tussen recht en samenleving.⁹² Er is slechts een voortdurende interactie tussen juridische en morele argumenten en praktijken en tussen juridische en maatschappelijke praktijken.

Wie zich richt op recht als praktijk, kan zich niet tot het recht beperken. Zelfs als men het graag anders zou willen,⁹³ kan men er niet aan ontkomen de juridische

88 Vgl. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, p. 47.

89 Overigens is vervolgens nog de vraag of dit een stipulatie is die voldoende aansluit bij de realiteit om zinvol en bruikbaar te zijn. Het antwoord hierop is – althans voor de huidige rechtscultuur – ontkennend. Omdat beginselen en idealen belangrijk zijn in het recht en zij verwijzen naar politieke en morele beginselen en idealen, en dus indirect naar maatschappelijke opvattingen en ethische oordelen, is een dergelijke scheiding niet goed verdedigbaar. (Aldus ook Taekema, *The Concept of Ideals in Legal Theory*.) Dit zie ik ook als de kern van Dworkin's beginselen-these: het recht kan niet als een autonoom systeem worden gezien dat losstaat van politieke en morele opvattingen. Vgl. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, p. 68 en 343-344. Haazens karakterisering van Dworkin als iemand die slechts een interne dynamiek van het recht zou erkennen is dan ook onjuist (vgl. Haazen, *Algemeen deel van het rechterlijk overgangsrecht*, p. 103).

90 Hiervoor zouden mutatis mutandis dezelfde bezwaren gelden als in de vorige noot genoemd.

91 Vgl. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, p. 210-215.

92 Hiermee verbonden is een fundamentele tekortkoming van positivistische theorieën, namelijk dat ze niet in staat zijn om te gaan met cruciale vragen over hoe het recht verandert. Aldus Cotterrell, *The Politics of Jurisprudence*, p. 127-128.

93 Een wens waarvoor ook goede gronden kunnen bestaan: een interactionistische visie op het recht mist de simpelheid en eenduidigheid die het rechtspositivisme pretendeert te bieden en is daardoor – althans op het eerste gezicht – minder aantrekkelijk voor een jurist die houvast zoekt.

interactie ruimer te nemen en de interactie met de moraal en met de samenleving erbij te betrekken. In een interactionistische visie op het recht is de principiële openheid van het recht voor ethiek en samenleving niet te negeren.

Hiermee wordt ook duidelijker waardoor recht als praktijk vaak ingrijpende rechtsontwikkeling mogelijk maakt. Rechtsvorming hoeft niet beperkt te blijven tot een interne dynamiek in de juridische doctrine, die in de bronnen van het recht uit het verleden moet zoeken naar het recht van de toekomst. Door die openheid voor ethiek en samenleving kan het een groot potentieel aan bronnen mobiliseren wanneer het recht wordt geconfronteerd met technologische vernieuwingen. Het is diezelfde openheid die het responsief maakt voor ontwikkelingen in de maatschappij en in morele opvattingen. Rechtsontwikkeling wordt aldus een voortdurende interactie tussen recht, ethiek en samenleving.⁹⁴

Naar een dynamischer recht

Het recht bevat dus zeker een potentieel voor verandering – of we nu ons richten op recht als product of op recht als praktijk. Maar zowel de juridische doctrine als de juridische praktijk kunnen meer of minder openstaan voor veranderingen. Aan de ene kant is het recht, in het bijzonder de officiële juridische procedures, gericht op het bieden van zekerheid, op scherpe en stabiele regels, op het reduceren van meerduidigheid tot een eenduidige keuze. Aan de andere kant is het recht ook gericht op discussie, op tegenspraak, op verandering in het licht van veranderende omstandigheden, daarbij ondersteund door meerduidige idealen en beginselen. Beide tendensen zijn in het recht aanwezig.

Eerder constateerde ik dat onze samenleving snel verandert en dat het recht daar te vaak hijgend achteraan holt. Het lijkt dus wenselijk dat het potentieel voor dynamiek in het recht versterkt wordt. Maar hoe? Ik kan hier slechts enkele voorzichtige suggesties presenteren over de richtingen waarin we zouden kunnen denken.

Voor de rechtspraak kunnen we bijvoorbeeld denken aan institutionele hervormingen als een sterkere motiveringsplicht⁹⁵ en meer discursieve procespraktijk-

94 Vgl. Nonet en Selznick, *Law and Society in Transition*, p. 89; Dworkin, *Taking Rights Seriously*, p. 68.

95 Dit is in de literatuur een regelmatig terugkerende gedachte. Maar slechts zelden wordt deze ook expliciet gekoppeld aan de rechterlijke taak op het gebied van rechtsvorming; een uitzondering is Vranken, *Algemeen deel*, p. 156-166.

ken.⁹⁶ Zoals in de juridische doctrine een sterkere nadruk op open normen en algemene beginselen een grotere openheid voor verandering met zich meebrengt, zo kan ook een grotere openheid voor normatieve argumentatie en ruimte voor maatschappelijke organisaties in de juridische procespraktijk een bijdrage vormen aan de rechtsontwikkeling. De procureur-generaal bij de Hoge Raad is een voorbeeld van een instantie die sterk bijdraagt aan een inhoudelijke discussie en daarmee mogelijkheden voor verandering kan identificeren.⁹⁷ Ook het toestaan van adviezen van belangenorganisaties of ideële organisaties, via het Amerikaanse model van *amici curiae*, kan een versterking van de discursiviteit betekenen. Men kan ook denken aan een verschuiving naar procespraktijken met een meer informele en communicatieve stijl, zoals de Commissie gelijke behandeling, de Ombudsman of ethische commissies.⁹⁸ In deze procespraktijken kunnen maatschappelijke opvattingen gemakkelijker aan bod komen en bestaan er door de open communicatie meer mogelijkheden om recht te doen aan de steeds veranderende behoeften van de praktijk. Ook de introductie van dissenting opinions kan een bijdrage leveren. Deze brengen allereerst de argumenten voor bepaalde oplossingen scherper naar voren, maar ook de mogelijke meningsverschillen daarover, en bevorderen aldus de maatschappelijke en juridische discussie. Maar ze bieden ook meer mogelijkheden om de thans nog verliezende minderheidsopvatting, die mogelijk in de toekomst juist een bevredigender opvatting zal blijken, naar voren te brengen en in het juridisch forum te laten bediscussiëren.

Ten aanzien van wetgeving liggen er mogelijkheden in een verdere doordenking en toepassing van interactieve of communicatieve vormen van

96 Vgl. het pleidooi voor een interactieve rechtsvorming van Marc Hertogh, 'Hoezo, Edelachtbare? Rechtsvorming en de groeiende externe oriëntatie van de rechterlijke organisatie', in: Broers en Van Klink, *De rechter als rechtsvormer*, p. 255-269. Hij pleit bijvoorbeeld voor een rechter die de dialoog zoekt, als actief luisteraar, maar ook door voor en na de procedure meer informatie te verschaffen. Daarnaast bepleit hij dat een extern-georiënteerde rechter zich niet laat leiden door een 'jurisprudence of precedents', maar door een 'jurisprudence of consequences', en meer oog heeft voor de gevolgen van zijn uitspraak.

97 Vgl. Vranken, *Algemeen deel*, p. 118, die er overigens op wijst dat het Openbaar Ministerie bij de Hoge Raad weliswaar in dialoog treedt met de literatuur, maar dat daardoor de Hoge Raad zelf daar misschien minder de noodzaak toe voelt.

98 Vgl. over de communicatieve stijl van dergelijke instanties de dissertaties van B. van Klink, *De wet als symbool. Over wettelijke communicatie en de Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen bij de arbeid* (diss. Tilburg), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1998 (over de Commissie gelijke behandeling), en M.L.M. Hertogh, *Consequenties van controle* (diss. Leiden), 's-Gravenhage: VUGA 1997 (over de Ombudsman), en het preadvies voor de Nederlandse Vereniging voor Bio-ethiek van Marcel F. Verweij, Frans W.A. Brom en Alex K. Huibers, *Ethiek in commissie*, Utrecht: NVBe 1999 (over ethische commissies).

wetgeving.⁹⁹ Daarin kan de interactie tussen recht en samenleving goed naar voren komen als een tweezijdig proces waarin samenleving en wetgever elkaar wederzijds beïnvloeden. Vooral in situaties waar ook de morele opvattingen sterk in ontwikkeling zijn, bieden communicatieve wetgevingsprocessen mogelijkheden voor een verantwoorde rechtsontwikkeling.¹⁰⁰

Structurele, institutionele hervormingen zijn overigens niet het belangrijkste; we zullen ook naar de juridische cultuur moeten kijken. In de Nederlandse rechtscultuur worden scherpe tegenstellingen en principiële debatten uit de weg gegaan.¹⁰¹ De door Witteveen bepleite veelstemmigheid en de door Vranken voorgestelde discursiviteit zijn in de praktijk vaak ver te zoeken.¹⁰² Een expliciete verwijzing naar maatschappelijke opvattingen of ethische argumentaties is in de rechtspraak een uitzondering.¹⁰³

Willen we een dynamischer rechtscultuur die beter in staat is het recht bij de tijd te houden, dan zullen we moeten streven naar andere attitudes bij de participanten aan de rechtspraak. Een grotere responsiviteit ten opzichte van de samenleving is vereist, en vooral een sterkere bereidheid om in discussie te gaan over normatieve argumenten – of ze nu als juridisch, politiek of moreel worden betiteld.¹⁰⁴

99 Hierover is de afgelopen jaren in Tilburg, vooral binnen de vakgroep Encyclopedie en de Pionier-onderzoeksgroep, veel onderzoek verricht. Vgl. onder meer de bundel van Van Klink en Witteveen, *De overtuigende wetgever*, en de daar vermelde literatuur.

100 Vgl. mijn 'The Expressive and Communicative Functions of the Law', *Law and Philosophy* (20) 2001, p. 31-59.

101 Ik richt mij hier op de rechtspraak, maar in de wetgevende praktijk van het poldermodel ligt het niet veel anders.

102 Witteveen, *De geordende wereld van het recht*; Vranken, *Algemeen deel*.

103 Aldus ook Haazen, *Algemeen deel van het rechterlijk overgangsrecht*, p. 150. In helder contrast hiermee staat de opvatting die volgens Cotterrell, *The Politics of Jurisprudence*, p. 30, de dragende idee is achter de common law: de rechter als woordvoerder van de gemeenschap, als vertegenwoordiger van een zich ontwikkelend collectief rechtsbewustzijn. In zo'n visie staat de rechter veel directer in contact met veranderende maatschappelijke behoeften en opvattingen.

104 Vgl. H.Ph. Visser 't Hooft, *Filosofie der rechtswetenschappen*, Leiden: Nijhoff 1988, p. 19: "Het is dus de vraag of wij er niet beter aan doen het element van twijfel, controverse, argumentatie voor en tegen, geheel in het centrum te plaatsen. Het recht wordt in dit perspectief een georganiseerde controverse omtrent hetgeen maatschappelijk behoort, waarbij de zekerheden die wij menen te hebben als slechts voorlopig vaststaande gemeenschappelijke voorkeuren worden beschouwd."

Naar een rechtswetenschap der voorlopigheid

Wat betekent dit alles voor de rechtswetenschap? Eerder heb ik gesteld dat juist de rechtswetenschap een belangrijke bijdrage kan leveren aan de rechtsontwikkeling. We moeten dus op zoek naar een dynamische rechtswetenschap. In navolging van het boekje *Ethiek der voorlopigheid* van de ethicus Heering zou ik dit een 'rechtswetenschap der voorlopigheid' willen noemen.¹⁰⁵ Een dynamische rechtswetenschap benadrukt voorlopigheid in tweeërlei opzicht. Zij legt de nadruk op de voorlopigheid, de principiële betwistbaarheid en vatbaarheid voor herziening van iedere constructie, van alle uitspraken over het recht. En zij loopt voor op het geldende recht en verwijst naar de toekomst, doet voorstellen voor nieuw recht en wijst in het huidige recht de kiemen aan voor het recht der toekomst.¹⁰⁶

De rechtswetenschap kan op twee manieren zinvol reageren op rechtsontwikkeling: ze kan deze volgen en ze kan erop vooruitlopen. We kunnen daarom twee taken van de rechtswetenschap in dit verband onderscheiden.

Allereerst heeft de rechtswetenschap een volgende, een *reactieve* taak: ze reageert op veranderingen in het recht. Ze levert commentaar op nieuwe rechtspraak en wetgeving, geeft aan hoe deze al dan niet in het systeem past, en herschrijft de handboeken door het nieuwe recht te incorporeren in het systeem.¹⁰⁷ Daarbij kan de nadruk liggen op een 'neutrale' beschrijving, maar ook op evaluatie en kritiek. Die kritiek kan soms technisch van aard zijn en soms meer principiële. Het kan detailkritiek zijn, maar ook fundamentele kritiek, bijvoorbeeld wanneer men wijst op de onrechtvaardigheid en ondoelmatigheid van de recente belastinghervormingen. In een dynamische invulling van deze reactieve taak zal de kritiek en de bijdrage aan de discussie en daarmee aan de rechtsontwikkeling sterker de nadruk krijgen. Maar ook de systematisering zal van karakter veranderen, doordat de voorlopigheid van iedere constructie sterker benadrukt wordt en er meer aandacht is voor de achterliggende beginselen en idealen en het potentieel voor verandering dat daarin besloten ligt.

Ten tweede heeft de rechtswetenschap een *proactieve* taak. Ze kan proberen de ontwikkelingen op langere termijn te voorspellen en daarop te anticiperen.

105 H.J. Heering, *Ethiek der voorlopigheid*, Nijkerk: Callenbach 1969.

106 Deze tweede betekenis wordt door de theoloog Heering mede (maar zeker niet alleen) in eschatologische zin begrepen. Maar we kunnen deze notie in deze context ook uitsluitend op een niet-theologische wijze interpreteren als een vooruitwijzing naar de toekomst.

107 Vgl. J.M. Barendrecht, 'De geest van de hoogleraar van toen. Van de klassieke opleiding naar een professionele basishouding', *Nederlands Juristenblad* (75) 2000, p. 79-87, p. 79: "De meeste privatisten ordenen de gegevens die het geldende recht bepalen en dat zijn vooral zaken uit het verleden: jurisprudentie, materiaal uit de wetsgeschiedenis en argumenten die 'de schrijvers' hebben gehanteerd. In zekere zin loopt de civilist achterwaarts richting de toekomst."

Ontwikkelingen in de rechtspraak of de wetgeving waar we thans middenin staan, kunnen soms doorgetrokken worden naar de toekomst. Ontwikkelingen in de maatschappij, maar ook bijvoorbeeld in het internationale en Europese recht, kunnen de basis vormen voor verwachtingen over hoe het recht zich de komende jaren zal ontwikkelen. Daarnaast kan de rechtswetenschap eigen voorstellen doen voor het recht van de toekomst, in het licht van de kritiek op het geldende recht. Zo kan ze voorstellen doen voor een nieuw Wetboek van Strafvordering, of voor een andere taakopvatting van de Hoge Raad.¹⁰⁸ Ze kan ook aangeven hoe het recht kan inspelen op nieuwe ontwikkelingen in de informatietechnologie of op veranderende opvattingen rond huwelijk en seksualiteit. Aldus kan de rechtswetenschap voorlopen op de rechtsontwikkeling.

Beide taken zijn nodig. Het proactieve werk kan zeker niet zonder het reactieve. Immers, voor men voorstellen doet voor een ander recht, zal men een goed begrip moeten hebben van het geldende recht en een gedegen analyse moeten maken van de tekortkomingen en goede kanten ervan. Omgekeerd kan ook het reactieve werk niet zonder de proactieve werkzaamheden. Hoe sneller het recht zich ontwikkelt, hoe moeilijker het wordt om de handboeken bij de tijd te houden. Wie het recht tegenwoordig wil volgen, kan niet zonder een bredere blik op de te verwachten toekomstige ontwikkelingen, anders is het boek al verouderd bij verschijnen.

Er dient een balans te bestaan tussen beide taken. Die balans is altijd precair, omdat door het nauwe contact met de praktijk de rechtswetenschap een natuurlijke neiging heeft zich in eerste instantie te richten op het volgen van het geldende recht en het inpassen van wijzigingen in het geldende rechtssysteem. Juist bij een snel veranderend recht komt de nadruk gemakkelijk te liggen op het reactieve werk van de rechtswetenschap. Het is immers al een zware taak om de wetswijzigingen en jurisprudentie bij te houden en te verwerken. Vanuit de praktijk is bovendien de vraag groot naar herziene handboeken en compendia, naar het toegankelijk maken van de juridische actualiteit. Als het al moeite kost het tempo van de veranderingen bij te houden, is er zeker weinig energie over om er nog een sprintje bovenop te doen en voor de ontwikkelingen uit te lopen.

Maar een rechtswetenschap die een te groot accent legt op de reactieve taak, verzaakt haar opdracht.¹⁰⁹ We hebben ook de verantwoordelijkheid om mee vorm

108 J.M. Barendrecht, *De Hoge Raad op de hei. Kwaliteitsbewaking en leiding over de rechtspraak door de civiele cassatie: een analyse en denkrichtingen voor de toekomst*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1998.

109 Vgl. de oproep van mijn Tilburgse collega Corien Prins aan het eind van haar oratie (*Overtollig recht inzake informatietechnologie*, p. 47): "Als wetenschappelijk onderzoeker zeg ik daarom vandaag tegen mijn collega's: laten we er zorg voor dragen niet hijgend achter de ontwikkelingen

te geven aan de rechtsontwikkeling. In het verlengde daarvan hebben wij bovendien de verantwoordelijkheid om onze studenten zo op te leiden dat zij later zelf mee vorm kunnen geven aan de rechtsontwikkeling, of ze nu rechter, advocaat, wetgevingsjurist of wetenschapper worden.

Wat is ervoor vereist om de balans tussen beide taken te bewaren en om bovendien beide taken zo vorm te geven dat de rechtswetenschap tegemoet komt aan de behoeften van een dynamische samenleving? Met andere woorden, hoe kunnen we het dynamisch karakter van de rechtswetenschap versterken?¹¹⁰ Op basis van de voorgaande analyse kunnen we daarvoor een aantal suggesties doen.

1. Een sterkere oriëntatie op de beginselen en idealen van het recht, op wat doorgaans de grondslagen van het recht wordt genoemd – overigens een wat ongelukkige, statische metafoor. Doordat die idealen en beginselen open en meerduidig zijn en relatief algemeen, bieden ze een potentieel voor kritiek en voor verandering in het recht. Daarmee bieden ze ook een aanknopingspunt voor een rechtswetenschap die – in aansluiting bij het geldende recht – voorbij het geldende recht wil denken.¹¹¹ Aandacht voor die beginselen en idealen richt ons bovendien op dat waar het in het recht om dient te gaan, om waarden als rechtvaardigheid, democratie en rechtsstaat.

2. Versterking van de discursiviteit in de rechtswetenschap. De rechtspraktijk is sterk gericht op een heersende leer, op eenduidige uitkomsten. Maar elke heersende leer kent zijn beperkingen. Wat een goede rechtsopvatting was in het verleden en misschien nu nog, kan in de toekomst disfunctioneel worden. Juist in de minderheidsopvattingen van nu schuilt vaak het potentieel voor de betere oplossingen van de toekomst. Daarom zouden we in de rechtswetenschap een grotere waardering moeten hebben voor pluralisme, voor discussie en dissensus.¹¹² Om oog te krijgen voor het recht van de toekomst, moeten we nu meer ruimte bieden voor een open wetenschappelijk debat.

3. Versterking van het argumentatief karakter van de rechtswetenschap. Wetenschappelijke discussie vereist dat standpunten met goede argumenten worden ondersteund. En dat er niet slechts wordt gereageerd op een stellingname met de dooddoener dat men er 'genuanceerd' over kan denken. Het verbaast mij regelmatig hoe terughoudend juristen en ook rechtswetenschappers in dit opzicht zijn. "Mijn

aan te lopen. Laten we ten aanzien van de ontwikkelingen die ons staan te wachten de rol vervullen waartoe Schoordijk ons enkele jaren geleden aanspoorde, die van smaakmaker, leader of opinion."

110 Ik zal hierbij niet steeds expliciet naar de implicaties voor het wetenschappelijk onderwijs verwijzen, omdat die doorgaans vrij direct in het verlengde liggen van de opmerkingen over de wetenschap.

111 Vgl. Vranken, *Algemeen deel*, p. 92.

112 Vgl. Nicholas Rescher, *Pluralism. Against the Demand for Consensus*, Oxford: Clarendon 1993.

kritiek op het geldende recht is slechts mijn persoonlijke voorkeur – het is aan de Hoge Raad of aan het parlement om hier de knopen door te hakken.” Zo is vaak het ontwijkende antwoord wanneer men studenten of collega-onderzoekers vraagt wat zij er nu eigenlijk zelf van vinden. Maar daarmee miskennen zij dat ook de Hoge Raad en het parlement op basis van inhoudelijke argumenten moeten beslissen en dat zij daarbij ondersteund kunnen worden door een rechtswetenschappelijk debat waarin die argumenten al zijn besproken, bekritiseerd en gewogen. Argumenten en daarop gebaseerde stellingnamen kunnen bovendien op redelijkheid en houdbaarheid getoetst worden.

4. Grotere openheid voor inhoudelijk ethische en rechtspolitieke overwegingen. Argumentatie over het wenselijk recht is geen neutrale bezigheid – overigens evenmin als argumentatie over het geldende recht. Daarom moet de rechtswetenschapper ook bereid zijn tot controversiële normatieve stellingnamen, van rechtspolitieke of ethische aard. Niet als iemand die de waarheid in pacht heeft en met het gezag van de autoriteit spreekt – dus zeker niet in de handboekenstijl. Maar als iemand die weet dat het debat niet verder komt als niemand bereid is zijn nek uit te steken en inhoudelijke opvattingen voor zijn rekening te nemen en met verve te verdedigen.

Daarvoor is vereist dat rechtswetenschappers expliciet reflecteren op hun eigen normatieve standpunten en die kritisch evalueren en verdedigen. Net als in de praktijken van wetgeving en rechtspraak zijn ook in de rechtswetenschappelijke discussiepraktijk juridische, ethische en politieke argumenten onlosmakelijk verbonden. Wie in het recht claimt een moreel neutrale argumentatie te geven, is zelfs blind voor zijn eigen oogkleppen. Daarom dient de normatieve dimensie van de rechtswetenschap niet zo veel mogelijk buiten haakjes gezet te worden, maar juist expliciet naar voren gebracht, zodat ze vatbaar wordt voor kritische discussie.

5. Grotere openheid ten opzichte van de samenleving. Vaak zijn het ontwikkelingen in de samenleving die veranderingen in het recht noodzakelijk maken. Willen rechtswetenschappers dus nagaan hoe het recht kan inspelen op deze veranderingen, dan moeten zij zich openstellen voor die samenleving. Dan zullen ze zich ook moeten realiseren hoe dat recht in die samenleving functioneert, wat de gevolgen zijn, en vooral de onbedoelde nevengevolgen. Wat zijn de kosten van het recht? Maar vooral ook: hoe beïnvloedt de samenleving zelf het recht en de rechtsontwikkeling, via het informele recht van onderop?

6. Meer inzicht in de historiciteit van het recht. Het recht heeft wortels in het verleden en een perspectief op de toekomst. Om de dynamiek van het recht in de toekomst te kunnen begrijpen en mee vorm te geven, is begrip van de historische ontwikkeling van het recht onontbeerlijk. Wie bijvoorbeeld de

Romeinsrechtelijke wortels van het recht in een groot deel van Europa negeert, kan de problemen en mogelijkheden van de Europese eenwording niet begrijpen. Inzicht in de manier waarop het recht zich heeft ontwikkeld in relatie tot maatschappelijke veranderingsprocessen biedt vaak verrassende perspectieven op de problemen waar we nu mee worstelen.¹¹³

7. Last but not least: meer fantasie. Niet voor niets geeft Vranken zijn *Algemeen deel* als motto mee: “Science is only fertile when it is fancy.”¹¹⁴ Verbeeldingskracht is vereist om tot creatieve oplossingen te komen voor nieuwe problemen en om tegendraadse ideeën te ontwikkelen.¹¹⁵ En het is ook nodig om zich te kunnen voorstellen wat een juridisch probleem betekent voor alle betrokkenen, om zich te kunnen verplaatsen in de mensen om wie het uiteindelijk draait.

Een dynamische rechtswetenschap kan dus niet zonder ondersteuning door hulpdisciplines als rechtsfilosofie, retorica, ethiek, politieke theorie, rechtssociologie en rechtsgeschiedenis, en, niet te vergeten, door de schone kunsten.¹¹⁶ In een relatief statische samenleving is het belang van deze metajuridische vakken misschien minder. Maar in zo’n samenleving is ook het belang van de rechtswetenschap gering. Daar kan men volstaan met praktijkjuristen met een beroepsopleiding. Juist het veranderlijke van het recht maakt de wetenschappelijke beoefening van het recht zinvol en spannend, en daarmee ook de inbreng van metajuridische vakken onmisbaar.

113 Vgl. R.C.H. Lesaffer, *Moet vrede rechtvaardig zijn?* (oratie Tilburg), Tilburg: Tilburg University Press 1999, p. 36: “Het recht is geen logisch op zich staand systeem. Het is een organisch gegroeid complex dat is ontstaan en permanent evolueert in dialoog met de maatschappelijke, culturele, economische en politieke realiteit. Wie de hele massa aan kennis en inzichten over de historische evolutie van het recht binnen zijn maatschappelijke en culturele context als irrelevant beschouwt, zal wellicht ook de band tussen actueel recht en samenleving negeren en is weinig anders dan de wereldvreemde kamergeleerde die hij de rechtshistorici verwijt te zijn.”

114 Vranken, *Algemeen deel*; over dit motto, p. 115.

115 Fantasie kan op tal van manieren ontwikkeld en gestimuleerd worden, bijvoorbeeld door het lezen van literatuur. Vgl. hierover Willem Witteveen en Sanne Taekema (red.), *Verbeeldingsmacht. Wat juristen moeten lezen*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2000. Maar ook schilderkunst, film, muziek of televisie kunnen de verbeelding stimuleren. Zo bevatten de verschillende Star-Trekseries een interessant reservoir aan casus. Juridische leerstukken van rechtspersoonlijkheid, verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid komen bijvoorbeeld in een heel ander licht te staan wanneer ze worden geconfronteerd met Cyborgs, Trills of intelligente robots en hologrammen.

116 Natuurlijk hebben deze vakken (en zeker de kunsten) ook een eigen betekenis als zelfstandige disciplines of kunstvormen, en is vanuit het perspectief van die disciplines de rechtswetenschap soms weer een hulpdiscipline. Uitsluitend vanuit het interne perspectief van recht en rechtswetenschap, het perspectief dat ik in deze rede heb gekozen, kunnen ze als hulpdisciplines worden gezien.

Dergelijke vakken moeten dus niet gezien worden als perifere vakken, als hobbyvakjes die leuk zijn voor de algemene ontwikkeling. Integendeel, het zijn vakken die het kloppend hart van de rechtswetenschap vormen. Dat geeft verplichtingen voor de beoefenaren van deze vakken voorzover ze deelnemen aan het onderzoek en het onderwijs in de juridische faculteiten. Hun onderzoek en onderwijs dient niet los te staan van het positieve recht, maar moet daarop betrokken zijn. Alleen dan is een vruchtbare wisselwerking met de meer positiefrechtelijke vakken mogelijk.

De juridische status van het embryo

Misschien lijkt het alsof ik overdreven veel aandacht besteed aan de bijdrage van metajuridische vakken aan de rechtswetenschap. Maar bij het richting geven aan de rechtsontwikkeling kan het recht niet zonder die vakken. Het is vooral schadelijk voor de rechtswetenschap zelf wanneer men de inbreng van hulpdisciplines negeert of er op een amateuristische wijze mee omgaat. De kwaliteit van de constructie of van de voorstellen voor nieuw recht is in belangrijke mate afhankelijk van de vaardigheid deze hulpdisciplines verantwoord te integreren in de rechtswetenschap en in de rechtspraktijk. Dat is zeker niet eenvoudig en het gaat ook vaak mis. Een voorbeeld kan dit illustreren, opnieuw ontleend aan het gezondheidsrecht.

In 1975 werd de eerste reageerbuisbaby geboren. Het werd toen voor het eerst in de geschiedenis mogelijk om menselijke embryo's in vitro te kweken. Dit riep allerlei juridische vragen op. De wetgever had natuurlijk nog nooit rekening gehouden met deze mogelijkheid en dus ging het jonge gezondheidsrecht op zoek naar aanknopingspunten in het geldende recht.

Een van die aanknopingspunten was de zogeheten nasciturus-fictie, tegenwoordig vastgelegd in artikel 2 van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek. Ik citeer:

Het kind waarvan een vrouw zwanger is wordt als reeds geboren aangemerkt, zo dikwijls zijn belang dit vordert.

Simpel gezegd komt het erop neer dat wanneer de verwekker overlijdt voor de geboorte, het kind toch kan erven en zijn naam kan krijgen. Deze fictie is praktisch van groot belang en stamt al uit het Romeinse recht. Zonder deze fictie was bijvoorbeeld het huidige Oranjehuis al lang uitgestorven. In 1717 overleed de Friese stadhouder Willem Friso bij de Moerdijk – Brabant was toen nog een gevaarlijke reisbestemming voor mensen uit het noorden. Zijn zoon, de latere stadhouder

Willem IV, werd pas enkele maanden later geboren, maar werd op grond van deze nasciturus-regel toch als Willem Friso's zoon erkend.¹¹⁷

Het gezondheidsrecht, op zoek naar wettelijke aanknopingspunten, gebruikte de fictie echter voor een heel ander doel dan waarvoor zij bedoeld was, namelijk om er een leer over de juridische status van het embryo aan op te hangen. Medisch gezien laat men de zwangerschap tegenwoordig meestal beginnen bij de innesteling van het embryo in de baarmoeder, dat is ongeveer twee weken na de conceptie. Hieruit leidden auteurs als Leenen en Ter Braake af dat artikel 2, dat immers over 'zwangerschap' spreekt, pas vanaf de innesteling zou gelden. Op basis hiervan ontwikkelden zij de idee dat het recht aan het embryo vanaf de innesteling een hogere status zou toekennen.¹¹⁸ Tussen conceptie en innesteling zou dus, met een beroep op artikel 2, een geringere status gelden.

Maar dit is mijns inziens een absurde interpretatie van de nasciturus-fictie. Zij houdt geen rekening met het achterliggende doel ervan noch met de wordingsgeschiedenis. Stel dat Willem Friso niet zes maanden na de conceptie, maar al een week daarna was overleden, zou dan Willem IV niet als zijn zoon erkend zijn? Of stel dat iemand na het gebruik van een Viagra-pil – niet geheel zonder risico – meteen na de gemeenschap aan een hartaanval bezwijkt, zou het aldus verwekte kind dan als vaderloos moeten worden gezien?¹¹⁹ Dat lijkt me in strijd met het doel van de fictie: zorgen dat een kind waarvan de verwekker bekend is maar al voor de geboorte overleden, niet ook juridisch vaderloos hoeft te zijn. En het lijkt me

117 Ook stadhouder-koning Willem III werd overigens een week na het overlijden van zijn vader geboren en erkend als wettig erfgenaam.

118 Voor deze thematiek zie mijn 'De juridische status van het embryo. Een op drift geraakte fictie', *Tijdschrift voor Gezondheidsrecht* (18) 1994, p. 386-401; daar zijn ook verwijzingen te vinden naar de oudere literatuur waar de statusleer werd ontwikkeld. Leenen reageerde in hetzelfde nummer (p. 402-406); Te Braake met het artikel 'De juridische status van het embryo. Een stevig aangemeerde leer', *Tijdschrift voor Gezondheidsrecht* (19) 1995, p. 80-85; gevolgd door een repliek van mij in *Tijdschrift voor Gezondheidsrecht* (19) 1995, p. 419-423. Beide auteurs hielden vast aan hun oorspronkelijke opvattingen. J. de Boer, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 1. Personen- en familierecht*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink: 1998, p. 21, besteedt in de vijftiende druk voor het eerst aandacht aan de kwestie en acht, met een verwijzing naar de kritiek, Leenens interpretatie van artikel 2 te strikt.

119 Dit voorbeeld illustreert goed waarom men artikel 2 niet dient te zien als grondslag voor een statusleer, ook niet als men een ruimere invulling daaraan zou geven dan in de heersende gezondheidsrechtelijke leer. De conceptie, de versmelting van eikel en zaadcel, is een proces dat eerst vele uren, soms zelfs dagen na de geslachtsgemeenschap voltooid is. Meteen na de gemeenschap is er dus zeker nog geen embryo, zelfs geen 'pre-embryo' (de term die vaak wordt gebruikt om de vrucht aan te duiden tussen nul en veertien dagen na de conceptie). Als het dus bewijsbaar zou zijn dat het kind inderdaad uit deze gemeenschap voortkomt, dan zouden andere kinderen van de verwekker zich met een beroep op een statusleer kunnen verzetten tegen het toekennen van de naam en een deel van de erfenis, zelfs als door DNA-onderzoek onomstotelijk vast kwam te staan dat het kind door de overledene verwekt was.

ook in strijd met de geschiedenis, omdat men vroeger natuurlijk helemaal geen benul had van de innesteling, laat staan van het feit dat die innesteling pas na twee weken voltooid zou zijn. We mogen ons zwangerschapsbegrip niet zomaar terugprojecteren naar de tijd van de stadhouders, laat staan naar het Romeinse rijk.

Dit voorbeeld van een ontspoorde rechtsdoctrine laat zien hoe een puur binnen de rechtsdogmatiek blijvende analyse tot vreemde resultaten kan leiden. Een betere oriëntatie op het achterliggende doel en de maatschappelijke betekenis van de bepaling en op de geschiedenis ervan, had dit kunnen voorkomen.¹²⁰

Pogingen om voorbij het geldende recht te gaan zijn uiterst riskant; ze kunnen mislopen. Maar we kunnen niet zonder, willen we als rechtswetenschappers een bijdrage leveren aan de rechtsontwikkeling. Als we dat verantwoord willen doen, dan kunnen de metajuridische disciplines daarbij een belangrijke steun bieden.

Dialectiek tussen doctrine en praktijk

Het wordt tijd om af te ronden. In deze rede heb ik de nadruk gelegd op de dynamische kant van het recht en van de rechtswetenschap. Ik heb daarom onder meer gepleit voor een grotere aandacht voor beginselen en idealen en voor discursieve en interactieve rechtspraktijken. Maar dat betekent niet dat ik de meer op stabiliteit gerichte kanten van het recht geheel daardoor zou willen vervangen. Naast idealen en beginselen blijven regels nodig. We moeten recht als praktijk veel serieuzer nemen, maar dat betekent natuurlijk niet dat we zonder wetgeving, jurisprudentie en handboeken kunnen.

Beide dimensies van recht hebben elkaar nodig, ook wanneer we de rechtsontwikkeling willen bevorderen.¹²¹ Recht als product moet in praktijk gebracht worden; als er geen corresponderende rechtspraktijk is, dan is het letterlijk niet meer dan recht in de boeken. Omgekeerd kan ook recht als praktijk niet zonder pogingen om een coherente juridische doctrine te formuleren. Pogingen om zo scherp mogelijke regels te formuleren zijn nodig om erover te kunnen discussiëren, om helder te krijgen waar het aan schort en ze vervolgens te veranderen.¹²² Een

120 Deze discussie laat ook het belang zien van een methodologisch verantwoorde interne rechtsvergelijking. Een van de belangrijkste methodologische uitgangspunten van interne en externe rechtsvergelijking is immers dat men aandacht heeft voor de maatschappelijke context en het doel van de bepalingen die men bestudeert, en dat men daarom begrippen uit het ene rechtsgebied niet zonder meer kan overnemen in een ander rechtsgebied.

121 Vgl. Fuller, *Anatomy of the Law*, p. 119.

122 Peters, *Recht als kritische discussie*, p. 213: "Juridisering vertoont de paradox dat door duidelijkheid en zekerheid te creëren, tegelijk de mogelijkheid van alternatieven en daardoor onzekerheid worden gecommuniceerd."

pleidooi voor meer interactieve wetgeving en rechterlijke rechtsvorming impliceert natuurlijk niet dat er alleen nog maar gediscussieerd wordt zonder dat er een wet of een rechterlijke uitspraak komt.

Het gaat erom beide modellen van recht naast elkaar te stellen en steeds weer op elkaar te betrekken. Er is een dialectische verhouding tussen de modellen van recht als praktijk en recht als product. Evenzo bestaan er dialectische verhoudingen tussen scherpe normen en brede idealen, en tussen de discursieve openheid van het recht en de voorlopige geslotenheid van het rechterlijk oordeel of de wet. Het is het een en het ander, ook al kunnen we niet beide tegelijk denken of doen.

Een metafoor kan hier misschien helpen. Water is zeer beweeglijk van aard. Maar voor een snelle beweging over het water, moet het zelf onbeweeglijk worden en stollen tot ijs. Alleen dan kun je immers schaatsen.

Daarom heb ik als afsluiting gekozen voor een haiku van de Friese dichter Lieuwe Hornstra:

WINTER

it reid is brutsen
reedridend sjongt my it iis
myn eagen trienje¹²³

Ik vind dit niet alleen een prachtig gedicht over schaatsen, maar ook een mooie metafoor voor het recht. Alleen dankzij een scherp geformuleerde juridische doctrine – door ons af te zetten tegen het gestolde ijs – kunnen wij door de gebroken wereld om ons heen bewegen. Dat vereist, net als bij schaatsen, een goede techniek en veel inspanning. Maar als we dat ervoor over hebben, dan begint het recht voor ons te leven, te zingen. Soms beleef je dan zelfs een moment van passie, van ontroering – vanwege de schoonheid van de constructie, de overtuigingskracht van het betoog of de eenvoud en rechtvaardigheid van het oordeel. Het is soms afzien, maar het loont de moeite.

Dat is wat de rechtswetenschap zo aantrekkelijk maakt. Het is een dynamische evenwichtskunst, waarbij je alleen je evenwicht kunt bewaren als je in beweging

123 In: Lieuwe Hornstra, *Fersen*, Ljouwert: De Tille 1975, p. 26, in Nederlandse vertaling: 't riet is gebroken
schaatsend zingt voor mij het ijs
mijn ogen tranen

blijft.¹²⁴ Beweging is noodzakelijk in het recht. Zonder dynamiek rest slechts een gestolde doctrine in een gebroken wereld.

Dankwoord

Ik sluit af met enkele woorden van dank.¹²⁵

Allereerst gaat mijn dank uit naar de leden van het College van Bestuur, van het Stichtingsbestuur, het Faculteitsbestuur en alle anderen die bij de instelling van deze leerstoel en mijn benoeming daarop betrokken zijn geweest. Een leukere baan kan ik mij nauwelijks voorstellen. De leeropdracht is de metajuridica, de interdisciplinaire bestudering van het recht. Normatieve disciplines als de ethiek en de politieke filosofie en sociaalwetenschappelijke disciplines als de rechtssociologie kunnen hierin worden gecombineerd en op elkaar en op het recht worden betrokken. Het werkterrein van de leerstoel is omschreven als 'de interactie tussen recht, ethiek en samenleving'. Sinds mijn afstuderen is dit brede thema de rode draad in mijn onderzoek en onderwijs, en ik ben er nog lang niet op uitgekeken. Ik hoop vandaag duidelijk te hebben gemaakt dat op dit onderzoeksterrein interdisciplinair metajuridisch onderzoek een zinvolle bijdrage kan leveren.

NWO benoemt geen hoogleraren – en gelukkig maar. Maar de Pionier-subsidie die mij in 1996 werd toegekend heeft me een prachtige kans gegeven om een eigen onderzoeksgroep op te zetten. De afgelopen jaren kregen mijn artikelen steeds een voetnoot met dankvermelding aan NWO. Bij deze gelegenheid, in de laatste maand van het Pionier-programma, betuig ik die dank graag op een meer in het oog springende plaats.

Niet alleen NWO, maar ook de KUB, de juridische faculteit en vooral het Schoordijk Instituut hebben het Pionier-programma enthousiast gesteund. In het bijzonder de toenmalige directeur van het Schoordijk Instituut, Paul van Seters, wil ik hiervoor hartelijk danken.

Beste Paul, jij hebt acht jaar geleden behoorlijk je nek uitgestoken door mij naar Tilburg te halen, waar helemaal niemand mij kende. Het was dan ook mede jouw succes dat ik de Pionier-subsidie kreeg. We delen de passie voor het schaatsen,

¹²⁴ Vgl. Peters, *Recht als kritische discussie*, p. 269: "In deze opvatting is recht iets dat moet worden verwezenlijkt en dat er nooit helemaal zal zijn; dat dus nooit als een rustig bezit kan worden gehandhaafd, maar dat steeds door politieke krachtsinspanning moet worden gerealiseerd."

¹²⁵ Voor de hulp geboden bij het werk aan deze oratie wil ik verder nog drie personen hartelijk danken: Luigi Corrias voor zijn ondersteuning bij het onderzoek, Durk Gorter voor zijn adviezen rond de beide Friestalige fragmenten en Hildegard Penn, als altijd, voor haar taalkundige adviezen en grote zorg bij het redigeren van dit manuscript.

maar daarnaast ook meer inhoudelijke wetenschappelijke interesses. Ik ben blij dat onze samenwerking ook via Globus gecontinueerd wordt.

Leden van de Pionier-groep. Het is voor mij de afgelopen jaren een groot voorrecht geweest om deel uit te maken van zo'n veelzijdige en inspirerende groep onderzoekers. Steeds weer blijkt in onze wekelijkse lunches hoe discussie op het scherpst van de snede niet alleen de kwaliteit van het onderzoek bevordert, maar ook voor alle deelnemers verrijkend en stimulerend is. De groep houdt binnenkort officieel op te bestaan, maar ik hoop dat we het ook daarna nog vaak oneens zullen zijn.

Leden van de vakgroep Encyclopedie en Rechtsgeschiedenis. Ik ben blij dat mijn leerstoel in deze vakgroep met haar brede disciplinaire samenstelling is ondergebracht. Binnenkort, na de verhuizing, hoop ik eindelijk ook een meer zichtbaar lid van de vakgroep te worden. Ik verheug me erop. Een lid van de vakgroep wil ik hier in het bijzonder bedanken: Willem Witteveen.

Beste Willem. Vanaf het begin hier in Tilburg ben je voor mij en later ook voor de Pionier-groep een steunpilaar geweest. Je had zelfs al vóór het Pionier-programma officieel van start ging, een boek af waarin de betekenis van idealen in het recht aan de orde kwam. Ik hoop nog vaak uitgedaagd te worden door jouw creativiteit en snelheid van geest.

Dames en heren aio's, oio's en andere promovendi. In intreeredites aan deze faculteit werden jullie nooit eerder apart genoemd. Ik wil daar een uitzondering op maken. Als aio-decaan heb ik van nabij mogen meemaken hoe promovendi een belangrijke bijdrage leveren aan de ontwikkeling van de rechtswetenschap. Promoveren vereist net als schaatsen veel techniek en inspanning; het is soms afzien, maar na een tijdje krijg je meestal wel de slag te pakken en komt hopelijk zelfs de passie voor recht en rechtswetenschap. Ik verwacht ook als hoogleraar nog veel van jullie te kunnen leren.

Dames en heren studenten. Hier in Tilburg heb ik slechts weinig onderwijs gegeven. Ik ben het steeds meer gaan missen en hoop dan ook van harte dat dit in de toekomst zal veranderen. Ik zal mijn best doen om u niet alleen inzicht bij te brengen in de interactie tussen recht, ethiek en samenleving, maar u ook enthousiast te maken voor het prachtige vakgebied van de metajuridica.

Ik heb zelf verschillende docenten gehad die mij hebben aangestoken met hun liefde voor hun vakgebied. Twee ervan wil ik met name noemen.

Robert Heeger, mijn leermeester in de ethiek. Jij hebt me geleerd hoe normatieve argumentatie meer kan zijn dan het naar voren brengen van subjectieve voorkeuren en hoe normatieve ethiek wetenschappelijk verantwoord kan zijn. Ook al richt ik mij tegenwoordig op vage idealen, ik hoop dat nog steeds te doen met de analytische scherpte die ik van jou heb geleerd.

Helaas is mijn tweede leermeester, de Utrechtse hoogleraar rechtssociologie Toon Peters, veel te vroeg overleden. Dat zijn ideeën mij nog steeds inspireren, is uit deze oratie wel gebleken. Maar bovenal zijn het zijn bevologenheid, zijn inzet voor andere mensen en zijn betrokkenheid op recht en samenleving die voor mij een voorbeeld zullen blijven.

Lieve Kees. Wij houden er allebei niet van om ergens als 'de partner van' te moeten opdraven, maar deze keer ontkwam je er niet aan. Ik zal hier dan ook niet uitgebreid vertellen hoeveel je voor me betekent, maar wel dat ik hoop dat we nog lang elkaars leven mogen delen en verrijken.

Tot slot. In deze tijd van globalisering wordt het ook in rechtswetenschap en ethiek steeds belangrijker om in het Engels te publiceren. Ik zal mij zeker ook voor verdere internationalisering van onderzoek en onderwijs inzetten. Maar laten we daarbij niet vervallen in een naïef kosmopolitisme dat doet alsof er slechts één globaal wetenschappelijk forum en één internationaal publiek debat is en dat de betekenis en waarde van de eigen taal en cultuur miskent. Wie de inbedding van recht en moraal in een specifieke cultuur en samenleving met een eigen historie negeert, is zowel maatschappelijk als wetenschappelijk onverantwoord bezig. Taal is voor juristen hun primaire instrument, maar het is tegelijk veel meer dan slechts een instrument. In het besef dat sommige dingen uiteindelijk het best gezegd kunnen worden in de eigen moedertaal sluit ik daarom deze rede af in het Fries.

Leave heit en mem. Jimme hawwe my de leafde foar it reedriden bybrocht. Troch jimme ha ik de rykdom fan de Fryske taal en kultuer kennen leard. Mar foaral hawwe jimme my stimulearre om in selsstannich tinkend en ferantwurdlik hanneljend minske te wurden. Troch dy fêste grûnslach is iepen stean foar feroaring earst rjocht mooglik. Dêrfoar, en foar noch safolle mear dat net mei wurden sein wurde kin, wol ik jimme fan herte betankje.

Ik ha it sein.