

E-participatie staat in Nederland nog in de kinderschoenen. Ik ben er echter van overtuigd dat de digitale vormgeving van participatie, e-participatie, kan bijdragen aan de legitimiteit van het overheidsoptreden op allerlei niveaus. De wijze waarop deze e-participatie wordt georganiseerd en de procedure waarlangs de participerende burgers, bedrijven en andere overheden in het besluitvormingsproces worden geleid, dienen voldoende waarborgen te bieden om de kennis die het bestuursorgaan daarmee vergaart voldoende representatief en betrouwbaar te laten zijn. Deze eisen worden wat mij betreft zwaarder naar de mate waarin het besluit dat zo wordt voorbereid hoger op de 'besluit-ladder' staat. Wet- en regelgeving staan op deze ladder het hoogst. Meebeslissen is niet toegelaten, en coproductie dient vergezeld te gaan van duidelijke waarborgen om te betrouwbaarheid en representativiteit van de informatiewisseling te garanderen.

LARCIER

DE PARADOX VAN DE ONDEMOCRATISCHE DEMOCRATIE THEORIE

Wibren van der Burg^{1,2}

*"Belangrijke voorwaarde [...] is dat een dergelijk grondslagenonderzoek zich niet afspeelt in de splendid isolation van theoretische abstracties of metafysische speculaties. Het zal – zo demonstreert Montesquieu in zijn indrukwekkende oeuvre – zijn vertrekpunt moeten vinden in de concrete ervaringen – historisch en eigentijds – met conflicten en crisissen en het zal van daaruit steeds gericht moeten zijn op werkbare en legitimeerbare oplossingen."*³

Hoofdstuk I

WELK SYSTEEM IS DEMOCRATISCHER?

Wat is democratisch: een minderheidsregering van de grootste partij gesteund door 40% van de parlementsleden en van de kiezers, of een coalitieregering van de tweede en derde partij met samen meer dan de helft van de parlementsleden en kiezers achter zich? Voor de meeste Belgen en Nederlanders is het antwoord simpel: de coalitieregering. Democratie is immers regering door de meerderheid.

In Canada ligt dit anders. Daar vinden veel burgers dat de grootste partij de winnaar is. Het zou ondemocratisch zijn van de nummers twee en drie om het na de verkiezingen op een akkoordje te gooien. Het is als bij een sportwedstrijd: de beste heeft gewonnen. De stelling dat de nummers twee of drie samen meer punten hebben, is absurd. Die visie hangt deels samen met de politiek-juridische context: in het Angelsaksische districtenstelsel wint ook op districtsniveau de kandidaat met de meeste stemmen, ongeacht of dat een meerderheid is. Maar zij lijkt ook diep geworteld in de cultuur van Canada en heeft brede steun onder de bevolking.

Wat is nu de beste, meest democratische oplossing? Het gaat hier om een van de kernvragen van de rechtsfilosofie: wat is de beste staatsvorm? Veel filosofen geven daarop abstracte antwoorden; ze ontwikkelen universele theorieën. Bekende voorbeelden zijn contractfilosofen als Hobbes, Locke en Rawls. Dergelijke benaderingen hebben echter een groot bezwaar. Bij de ontwikkeling van een theorie

¹ Hoogleraar Erasmus School of Law, Erasmus Universiteit Rotterdam.

² Het onderzoek voor dit artikel werd mede mogelijk gemaakt door een subsidie van NWO in het kader van het programma Conflict en Veiligheid.

³ R. FOQUÉ, "Gematigdheid en rechtsstatelijkheid. De actualiteit van Montesquieu's erfgoed", *Trema* 2006, 97-106, p. 97.

LARCIER

over democratie worden doorgaans de concrete samenleving en de opvattingen van de burgers buiten beschouwing gelaten. De filosoof in zijn studeerkamer bepaalt dus eigenlijk wat democratie is. Maar het is een vreemde veronderstelling dat in ieder land precies hetzelfde democratisch systeem zou moeten bestaan, ongeacht grootte, ontwikkelingsniveau, etnische en religieuze samenstelling en politieke cultuur. En het is nog vreemder om ervan uit te gaan dat een theorie over democratie geheel los van de opvattingen van de burgers zou kunnen worden ontwikkeld door filosofen. De paradox van een democratietheorie als die van Rawls is dus eigenlijk dat deze ondemocratisch is; door haar universalistische, abstracte karakter is de invloed van de bevolking op de vormgeving van concrete democratische instituties idealiter marginaal. In het boven genoemde voorbeeld: de opvattingen van de Canadese en Nederlandse burgers zijn eigenlijk irrelevant, omdat er één theoretisch juiste oplossing is.

Maar de opvattingen van de meerderheid van de burgers kunnen ook niet de enige basis zijn om te bepalen welk democratisch systeem het beste is. Democratie is immers meer dan de meerderheid van stemmen, het omvat ook de bescherming van minderheden. En bovendien hoeven we maar een paar eeuwen terug te gaan in de geschiedenis om te zien dat er vroeger opvattingen werden gehuldigd (bv. over het stemrecht van vrouwen of over slavernij), die tegenwoordig als abject worden gezien. Het probleem is dus dat we niet kunnen volstaan met een beroep op de opvattingen van de bevolking, maar deze ook niet volledig buiten beschouwing kunnen laten.

Het is deze paradox die het vertrekpunt is van deze bijdrage. Mijn algemene vraag is op welke wijze we kunnen bepalen wat de democratische rechtsstaat inhoudt. Is een verbod van de SGP in strijd met de democratie of juist een democratische eis? Past een verbod op minaretten en boerka's in een democratie of juist niet? En vooral: hoe is de verhouding tussen enerzijds de opvattingen van de burgers en de specifieke traditie van de eigen samenleving, en anderzijds algemene filosofische analyses?

Het gaat mij hierbij niet om de inhoudelijke beantwoording van deze vragen, maar om de methodologische kant. Ik begin met deze vraag te beantwoorden vanuit het perspectief van de rechter. Waar kan de rechter zijn normatieve uitgangspunten vandaan halen als het positieve recht geen uitsluitsel biedt? (hoofdstuk II) Een deel van het antwoord is door te verwijzen naar de kritische moraal; vervolgens onderscheid ik vier rechtsfilosofische methoden voor het ontwikkelen van een dergelijke kritische moraal. (hoofdstuk III) Het onderscheid tussen deze vier methoden is verhelderend voor de vraag op welke wijze precies de rechter een beroep kan doen op niet-positiefrechtelijke normatieve maatstaven. (hoofdstuk IV) Ten slotte laat ik aan de hand van het Nederlandse debat over de neutraliteit van de staat zien hoe dit onderscheid ook rechtsfilosofische debatten kan verhelderen (hoofdstuk V).

LARCIER

Hoofdstuk II

DE NORMATIEVE STANDAARDEN VAN DE RECHTER

Hoe moet de rechter tot zijn oordeel komen als er in het positieve recht te weinig of tegenstrijdige aanknopingspunten te vinden zijn? Dat is de problematiek van de zogenaamde moeilijke gevallen ('hard cases'). Soms is het recht onvolledig of dienen zich nieuwe problemen aan die niet voorzien zijn door de wetgever en waarover nog niet eerder door rechters is beslist. Soms ook veranderen de maatschappelijke opvattingen en vinden die slechts met grote vertraging hun weerslag in het recht. En een belangrijke bron van spanningen en onduidelijkheden in het recht, juist op het gebied van de democratische rechtsstaat, wordt gevormd door internationale verdragen en de interpretaties daarvan door instellingen zoals het Europese Hof in Straatsburg.

De Amerikaanse rechtsfilosoof Ronald Dworkin heeft hiervoor een theorie ontwikkeld, die inhoudt dat de rechter in deze gevallen moet proberen een samenhangende doctrine te construeren op basis van twee dimensies: 'fit' en 'political morality'.⁴ De dimensie van passendheid verwijst naar het regulatieve ideaal dat de doctrine zo goed mogelijk past bij de juridische bronnen zoals rechtspraak en wetgeving. De dimensie van politieke moraal verwijst naar het regulatieve ideaal dat de doctrine zo goed mogelijk inhoudelijk gerechtvaardigd is in het licht van fundamentele morele uitgangspunten.

Helaas is Dworkin niet erg duidelijk over wat precies die politieke moraal inhoudt. Er lijken mij minstens drie mogelijke betekenissen te zijn. De minimale interpretatie is die van de institutionele moraal: de normatieve uitgangspunten die ten grondslag liggen aan het geldende recht en daarin deels ook erkenning hebben gevonden. Een voorbeeld is het staatsrechtelijke ideaal van de neutrale staat. Dit ideaal is maar beperkt expliciet uitgewerkt in de Nederlandse wetgeving (in het bijzonder in het onderwijsrecht) en in de jurisprudentie van het Europese Hof in Straatsburg. Niettemin wordt het in de staatsrechtelijke literatuur algemeen erkend als een uitgangspunt van het Nederlandse staatsrecht. Er is dus 'institutionele steun' voor dit ideaal in het geldende recht en in de staatsrechtelijke praktijk, maar het gaat tevens uit boven die aanknopingspunten omdat het een bredere strekking heeft.

De meeste rechtspositivisten (de zogenaamde inclusieve positivisten) accepteren tegenwoordig dat beginselen of idealen met institutionele steun in het geldende recht ook deel uitmaken van het recht.⁵ Ze hebben er geen principieel bezwaar tegen dat de rechter in zijn oordeel zich baseert op beginselen of idealen. Dworkin heeft echter meermalen benadrukt dat inclusief positivisme een veel te beperkte interpretatie is van zijn theorie.

Een tweede betekenis van politieke moraal verwijst naar de sociale moraal: de moraal van de bevolking. Daarbij gaat het niet zozeer om de opvattingen zoals

⁴ R. DWORKIN, *Law's Empire*, London, Fontana, 1986.
⁵ Vgl. W. WALUCHOW, *Inclusive Legal Positivism*, Oxford, Clarendon, 1994.

LARCIER

die in opiniepeilingen naar voren komen, omdat dat in de huidige dynamische en gefragmenteerde samenleving een weinig stabiele en vaste bron is. Het gaat vooral om de meer bestendige morele overtuigingen en praktijken en om rechtsopvattingen zoals die zich buiten het verband van de staat ontwikkelen. In de Common Law past een dergelijke verwijzing naar de wijsheid van de morele traditie van een gemeenschap in de gangbare visie op de taak van de rechter⁶. Maar ook in de Civil Law traditie is hiervoor ruimte, getuige de verwijzingen in wet en jurisprudentie naar verkeersopvattingen, medische ethiek of vage normen als redelijkheid en billijkheid. Voor een contextueel en democratisch element in de rechterlijke rechtsvorming is dus in beide tradities plaats.

De derde betekenis van politieke moraal is die van een ideale, kritische of reflectieve moraal⁷. We kunnen deze omschrijven als die normatieve opvattingen over het recht die de toets van een redelijke kritiek kunnen doorstaan, c.q. redelijkerwijs als gerechtvaardigd kunnen worden beschouwd. Ik laat de omschrijving hier bewust vaag, omdat van deze kritische moraal, zoals ik in de volgende paragraaf zal laten zien, weer verschillende invullingen mogelijk zijn.

Hoe verhouden zich deze drie betekenissen van politieke moraal? In het perspectief van de rechter dienen m.i. alle drie betrokken te worden. Een eenzijdige keuze voor een van de drie is niet te verdedigen. Dat de rechter rekening moet houden met de aan de rechtsorde ten grondslag liggende idealen en beginselen, is weinig controversieel, maar niet genoeg. Bij rekening houden met verkeersopvattingen en overtuigingen onder de bevolking past enerzijds een zekere terughoudendheid, maar het kan ook niet categorisch worden uitgesloten. De onafhankelijke rechter dient weliswaar afstand te houden tegenover de politiek en tegenover de waan van de dag, maar niettemin is voor de legitimiteit en de effectiviteit van het recht ook vereist dat het recht niet te zeer op gespannen voet raakt met de opvattingen van burgers en hun feitelijke gedrag. Bij de derde variant, de verwijzing door rechters naar een kritische moraal, rijst al snel de verdenking dat persoonlijke visies in het rechterlijk oordeel meespelen. Niettemin is een kritisch perspectief los van het positieve recht en los van de heersende opvattingen soms onvermijdelijk. De vraag is daarbij vooral hoe we dat kritische, reflectieve perspectief verantwoord kunnen invullen.

Hoofdstuk III

OP ZOEK NAAR AANVAARDBARE UITGANGSPUNTEN VOOR EEN KRITISCHE MORAAL

Over de vraag waarop we onze normatieve oordelen en kritiek ten aanzien van het geldende recht kunnen baseren is door filosofen veel geschreven; ik zal daar slechts summier op ingaan. Voor het doel van dit artikel lijkt het zinvol vier

⁶ Vgl. R. COTTERELL, *Law's Community. Legal Theory in Sociological Perspective*, Oxford, Clarendon, 1995, p. 225.

⁷ Het onderscheid tussen sociale en kritische moraal is afkomstig van H.L.A. HART, *Law, Liberty and Morality*, Oxford, Oxford University Press, 1963.

LARCIER

varianten te onderscheiden. De eerste mogelijkheid is dat men inspiratie zoekt bij ideeën die in andere landen zijn ontwikkeld en daar ook deels in de juridische en politieke praktijk zijn terug te vinden. De tweede mogelijkheid is dat men houvast zoekt bij door filosofen ontwikkelde theorieën voor een fictieve samenleving, zoals een natuuroestand of een bijna ideale samenleving. Een derde variant zoekt naar uitgangspunten die met behulp van redelijke analyse kunnen worden afgeleid. De vierde variant vertrekt bij de concrete samenleving waarbinnen het recht functioneert, reconstrueert de in die samenleving aanvaarde en ingebedde idealen, en probeert door systematische reflectie op die idealen tot normatieve stellingen te komen.

Afdeling 1

IDEËNVERGELIJKING

Rechtsvergelijking op het niveau van concrete rechtsordes en rechtsculturen is tegenwoordig voor de meeste juristen een standaardinstrument in de gereedschapskist. Wat ik hier bedoel, gaat echter een niveau dieper, omdat men kijkt naar de rechtsfilosofische ideeën die, vaak maar niet noodzakelijk in de geschriftten van gezaghebbende auteurs, met die juridische praktijken worden verbonden. Dan gaat het om ideeën zoals checks and balances (Madison), de trias politica (Montesquieu) en consociationalisme (Lijphart). Elk van deze ideeën is nadrukkelijk contextueel, zij zijn ontwikkeld voor de specifieke context waarmee de auteur vertrouwd was. Tegelijk is er een meer algemene pretentie, omdat de ideeën zo geformuleerd zijn dat ze ook in andere landen zouden kunnen gelden. Het idee van de Franse laïcité is bijvoorbeeld overgenomen door Atatürk in Turkije, het idee van de trias politica (in allerlei varianten) in veel Westerse landen.

De contextuele inbedding is wezenlijk om de ideeën goed te kunnen begrijpen. Bij ideeënvergelijking accepteert men dat veel praktisch-filosofische ideeën, zelfs bij ogenschijnlijk universele pretenties, nooit geheel los van de context waarin ze zijn ontstaan zijn te begrijpen, en dat de aanvaardbaarheid van die ideeën mede in het licht van de context moet worden beoordeeld. De gedachte van dissenting en concurring opinions is bijvoorbeeld van oorsprong wezenlijk verweten met een specifieke visie op de rol van de rechter in de Common Law traditie. Transplantatie van deze praktijk in de context van een land met grote codificaties en een positivistische rechtscultuur is daarom niet zonder meer mogelijk. Men kan het idee misschien wel gebruiken, maar om het tot een bruikbaar uitgangspunt te maken voor normatieve kritiek en voor normatieve oriëntatie voor hervorming is een aantal stappen nodig.

Voor gewone rechtsvergelijking zijn dergelijke voorbehouden ten aanzien van directe overname van elementen uit een ander rechtssysteem inmiddels gemeengoed. Maar in rechtsfilosofische debatten wordt m.i. nog te vaak gedaan of er één algemene context is, en één universeel forum waarin over de geldigheid van ideeën kan worden besloten. Een voorbeeld zijn de verschillende theorieën over multiculturalisme. Deze zijn vooral ontwikkeld door auteurs uit Canada (Taylor,

LARCIER

Kymlicka en Carens), een samenleving die grotendeels bestaat uit migranten en afstammelingen van mensen die vrij recent emigreerden, met twee grote taalgroepen plus een aantal herkenbare groepen van oorspronkelijke bewoners. De Canadese federale partijen onderschrijven allemaal expliciet de filosofie van het multiculturalisme, en het daarop gebaseerde beleid lijkt redelijk te werken. De vraag is echter of ideeën die in een dergelijke context zijn ontwikkeld, ook bruikbaar zijn voor een land als Nederland waarin slechts een kleine minderheid van de bewoners migrant is en waarin sprake is van een relatief homogene meerderheidscultuur. Misschien zijn bepaalde elementen van het multiculturalisme bruikbaar in de Nederlandse context, maar bij een dergelijke overname moet altijd zorgvuldig worden nagegaan welke elementen en onder welke voorwaarden.

Bij ideeënvergelijking als bron voor normatieve uitgangspunten voor een andere samenleving dienen in ieder geval drie stappen te worden gezet. Ten eerste dient men na te gaan of de ideeën in die andere samenleving feitelijk geïmplementeerd zijn en of ze daar goed werken, en wat de specifieke factoren zijn die het succes en de aanvaarding ervan onder de bevolking bepalen. Vervolgens dient men te analyseren wat de verschillen zijn tussen de beide samenlevingen en in hoeverre die invloed kunnen hebben op de aanvaardbaarheid en het succes van een idee in Nederland. En daarna dient men nog na te gaan of de ideeën ook inhoudelijk gerechtvaardigd zijn – waarvoor men een beroep dient te doen op een van de drie methoden die hieronder worden besproken. Uit het feit dat een bepaald idee in een bepaald land werkt en breed aanvaard wordt, kan men immers niet afleiden dat het ook inhoudelijk gerechtvaardigd is. Om terug te keren naar het voorbeeld waarmee ik begon: ook als zou blijken dat een minderheidsregering doorgaans goed werkt in Canada en het idee ervan op brede steun onder de bevolking kan rekenen, is daarmee nog niet gegeven dat het ook inhoudelijk gerechtvaardigd kan worden. Het feit dat een dergelijke regering veel minder kiezers vertegenwoordigt dan bij een meerderheidscoalitie is bijvoorbeeld een sterk argument dat het dat niet is.

Een belangrijk voordeel van ideeënvergelijking is dat men kan nagaan in hoeverre bepaalde ideeën in de praktijk werken en aanvaardbaar zijn voor de bevolking van een ander land. Maar uiteindelijk blijven die ideeën contextueel bepaald. De primaire betekenis van filosofische ideeënvergelijking is dan ook die van een heuristiek: het bieden van inspiratie voor het ontwikkelen van ideeën binnen de context van een ander land.

Afdeling 2

IDEAALTHEORETISCHE ANALYSE

Een tweede methode om normatieve theorieën te rechtvaardigen is een analyse op basis van een fictieve natuurstoestand of een ideale samenleving. De klassieke contractsfilosoof kiezen voor de eerste variant, de moderne contractsfilosoof John Rawls richt zich op een bijna ideale samenleving. Men analyseert welke staatsordening in die samenleving rechtvaardig zou zijn. Het voordeel hiervan is dat

LARCIER

men de betekenis van bepaalde ideeën kan bestuderen los van historische toevaligheden, vertekeningen en vooroordelen. Hoe zou het ideaal van democratie of van vrijheid van godsdienst in een ideale samenleving worden uitgewerkt en gerechtvaardigd? Een dergelijke gedachtenexercitie kan voor begripsanalyse en argumentenanalyse bijzonder vruchtbaar en inspirerend zijn. Overigens moet daarbij wel bedacht worden dat deze schijnbaar neutrale, abstracte analyse natuurlijk evenzeer de preoccupaties van de auteur weerspiegelt als iedere andere theorie, omdat de postulaten die men er in stopt doorgaans aansluiten bij de intuïties van de auteur. Rawls' theorie is bijvoorbeeld een typisch Amerikaanse theorie, die goed aansluit op liberale opvattingen en praktijken in de Verenigde Staten.

Deze benadering is een spiegelbeeld van de vorige. Ideeënvergelijking heeft als voordeel dat men kan nagaan of een idee feitelijk werkt en of het op draagvlak van burgers in dat andere land berust. Maar het zegt niets over de vraag of bepaalde ideeën ook inhoudelijk gerechtvaardigd zijn. Ideaaltheoretische analyse zegt niets over het draagvlak onder de bevolking (het is immers een puur fictieve samenleving met fictieve burgers) of over de vraag of iets in de praktijk ook werkt, maar het claimt wel een methode te bieden om althans voor de ideale samenleving tot gerechtvaardigde theorieën te komen. Door te abstraheren van onze eigen persoonlijkheden met onze specifieke vooroordelen en eigenbelangen, worden in ieder geval enkele bronnen van partijdigheid uit de rechtvaardigingsmethode verwijderd.

Maar uiteindelijk heeft ook deze methode dezelfde bezwaren als de vorige. Een bepaalde rechtsfilosofische theorie is ontwikkeld voor een ideale samenleving, een context die wezenlijk anders is dan onze eigen samenleving. Er dient dus nog een wezenlijke transformatie plaats te vinden op basis van een analyse van de verschillen tussen beide samenlevingen, de vermeend ideale en de feitelijke waarin we leven. Is het plausibel dat wat werkt in de ideale samenleving en draagvlak heeft bij fictieve burgers, ook werkt in onze samenleving en door echte burgers wordt gesteund? Is het terecht dat dezelfde blauwdruk van toepassing wordt verklaard op bijvoorbeeld de Verenigde Staten, Nederland en Mali? Het risico bestaat van een utopisch blauwdrukdenken, waarbij de werkelijkheid wordt gedwongen in een frame dat gebaseerd is op een op abstract-theoretische gronden ontwikkeld idee. Doet zo'n abstract idee wel voldoende recht aan de concrete context van een historisch gegroeide samenleving en kan zo'n idee wel op voldoende steun rekenen bij de bevolking?

Mijn conclusie is dat een ideaaltheoretische analyse ondersteunend kan zijn om bepaalde ideeën systematisch te doordenken en uit te werken. Dat kan als heuristiek een grote betekenis hebben. Maar net als bij de ideeënvergelijking is een dergelijke analyse niet direct bruikbaar in onze concrete samenleving. Daarvoor verschildt onze samenleving te zeer van die van de natuurstoestand of van de bijna ideale samenleving.

LARCIER

Afdeling 3

UNIVERSEEL NATUURRECHT EN CONTINGENT REDELIJK NATUURRECHT

De derde methode is traditioneel verbonden met het idee van een redelijk natuurrecht, de gedachte dat er bepaalde uitgangspunten zijn die ieder redelijk denkend mens kan accepteren. Hoewel natuurrechtsfilosofieën tegenwoordig weinig aanhang hebben, lijkt mij dat we in recht en rechtsfilosofie niet zonder een dergelijk regulatief idee kunnen. We dienen te onderscheiden tussen twee varianten. In de eerste variant worden op basis van vrij abstracte analyses van de menselijke natuur of van algemene kenmerken van recht en samenleving universele normatieve uitgangspunten geconstrueerd. Hoewel bijna alle natuurrechtstheorieën zich hierop richten, is naar mijn idee de betekenis hiervan vrij beperkt. Doorgaans zijn de geclaimde universele uitgangspunten toch niet algemeen, zijn er tegenvoorbeelden te vinden en is de analyse niet echt overtuigend. In de enkele gevallen waarin de analyse wel redelijk overtuigend is (een voorbeeld is m.i. de analyse van Hart over een minimale inhoud van het natuurrecht), is de inhoud zo minimaal dat ze voor echte inhoudelijke controverses weinig relevant is.⁸ Vrijwel geen enkele auteur zal immers ontkennen dat mensen elkaar niet zomaar mogen vermoorden of bestelen en dat het recht dat moet tegengaan.

De tweede variant zou ik willen betitelen als contingent natuurrecht. Ook hier is het streven om met behulp van redelijke argumentatie bepaalde normatieve uitgangspunten te construeren, maar men claimt niet dat deze normatief zijn. Ze gelden alleen voor de specifieke context waarbinnen de argumentatie vertrekt. Een voorbeeld is het procedureel natuurrecht van Fuller: als een wetgever het gedrag van zijn burgers wil reguleren door middel van recht, waarbij hij burgers serieus neemt als autonome en redelijke personen, dan dient hij gebruik te maken van een stelsel van regels die onder meer algemeen, relatief stabiel, helder en niet-teenstrijdig zijn.⁹ Ook de manier waarop Dworkin grondrechten rechtvaardigt, valt als contingent natuurrecht te karakteriseren. Hij analyseert waarom een liberaal-democratische samenleving grondrechten nodig heeft, en stelt dat van sommige van die argumenten gezegd kan worden dat ze eigenlijk in iedere denkbare context geldig zouden zijn, en dat de grondrechten die ze rechtvaardigen dus als universeel betiteld kunnen worden.¹⁰ Hij vertrekt dus vanuit een contingente karakterisering van de samenleving, en ontwikkelt op basis daarvan algemenere en soms in zijn ogen zelfs universeel te noemen argumenten voor rechten. Die fundering van rechten is principieel vatbaar voor tegenargumenten: ze zijn immers gebaseerd op argumenten die door betere argumenten weerlegd kunnen worden.

Het lijkt er soms op dat door het onhoudbaar raken van universeel natuurrecht (ik laat hier de religieuze varianten maar helemaal buiten beschouwing) iedere objectiviteitsclaim van redelijke argumenten in diskrediet is geraakt. Dat is m.i.

⁸ H.L.A. HART, *The Concept of Law*, Oxford, Clarendon, 1961/1994.

⁹ L.L. FULLER, *The Morality of Law*, New Haven, Yale University, 1969.

¹⁰ DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Ma, Harvard University Press 1978, p. 365.

LARCIER

niet terecht. Als we het essentialisme en het alles-of-niets-karakter van het gericht zijn op universele uitspraken over recht laten varen, blijft er nog steeds een groot aantal thema's waar het betere argument binnen bepaalde contexten doorslaggevende argumenten oplevert.

Afdeling 4

KRITISCHE HERMENEUTIEK OF PRAGMATISCHE IDEEAL-REFLECTIE

De vierde methode neemt de onvermijdelijke contextbepaaldheid van onze normatieve oordelen serieus en vertrekt daarom bij de samenleving waarin we leven. Ze reconstrueert daaruit de idealen en beginselen die aan onze rechtsorde en samenleving ten grondslag liggen zoals democratie, rechtsstaat en gelijkheid en neemt deze als vertrekpunt voor een kritische reflectie.¹¹ Die kritische reflectie heeft verschillende aspecten; men kan zich bijvoorbeeld richten op de vraag of er in de gangbare opommingen bepaalde idealen onvoldoende erkenning krijgen, maar die wel verdienen, zoals duurzaamheid of zorg en respect voor dieren. Men kan ook nagaan of die idealen en beginselen alleen die van een dominante groep zijn en of de idealen en beginselen van nieuwe minderheden wel voldoende zijn erkend. Maar de belangrijkste vorm van kritische reflectie is nagaan of de betekenis van die idealen en beginselen in de rechtsorde wel voldoende erkend en geïmplementeerd is. Idealen en de daarmee samenhangende beginselen hebben namelijk altijd een surplus van betekenis, hun inhoud kan nooit volledig worden geformuleerd, laat staan gerealiseerd. Daardoor hebben ze altijd een kritisch potentieel, en kunnen ze een aanknopingspunt bieden om het geldende recht aan te passen aan veranderende omstandigheden. Door dit potentieel om de feitelijke interpretatie en implementatie te transcenderen, zijn idealen een onuitputtelijke bron van kritiek en van dynamiek. Doordat ze aansluiten op de bestaande overtuigingen en praktijken in een samenleving hebben ze een relatief grote overtuigingskracht en bovendien sluiten ze aan op dat wat er feitelijk al gebeurt in een samenleving en wel of niet goed werkt en aanvaard wordt.

Deze methode kan men kritische hermeneutiek of pragmatische reflectie op idealen noemen. Het leidt niet tot een universele claim of een absolute grondslag voor normatieve oordelen. Het sluit aan bij dat wat we gemeenschappelijk hebben, maar is open voor filosofische kritiek en voor empirische kritiek dat iets niet goed werkt en er dus een herijking nodig is. Hierdoor is deze methode doorgaans in staat om een gedegen kritiek te geven die tegelijk redelijk effectief kan zijn. Bovendien is er door het aansluiten op de in onze samenleving belichaamde idealen een grotere kans op aanvaarding onder de bevolking en wordt er een democratisch element geïncorporeerd. Maar tegelijk is het risico dat men te dicht bij de praktijk blijft en niet in staat is voldoende afstand te nemen tot de eigen vooroordelen en als vanzelfsprekend aangenomen vooronderstellingen.

¹¹ Hierover uitgebreider W. VAN DER BURG and S. TAKEMA (eds.), *The Importance of Ideals, Debating Their Relevance in Law, Morality, and Politics*, Buskell, etc., Peter Lang, 2004.

LARCIER

Hoofdstuk IV

DE LEGITIMITEIT VAN HET RECHTERLIJK BEROEP OP KRITISCHE

MORAAL

Welke van deze vier methoden verdient nu de voorkeur? Daarop is geen algemeen antwoord mogelijk; het hangt af van de context en het forum. Een rechterlijk oordeel moet aan andere eisen voldoen dan een rechtsfilosofische bijdrage voor een opiniëpagina van een krant. Laten we eerst kijken naar de rechter.

Hierboven onderscheidde ik tussen een institutionele moraal, een sociale moraal en een kritische moraal. Bij het invullen van de dimensie van politieke moraal door de rechter hebben we alle drie nodig, zo betoogde ik. De vraag is hoe ze zich precies dienen te verhouden. Mijn specifieke insteek hierbij is die van de legitimiteit van het rechterlijk oordeel. De rechter dient een oordeel te geven dat in bredere kring als inhoudelijk gerechtvaardigd kan worden gezien, dat dus redelijkerwijze aanvaard kan worden door de burgers. Dat zal niet altijd feitelijk het geval zijn, maar dat komt ook mede omdat de burgers de feiten en de overwegingen in complexe gevallen onvoldoende kennen of kunnen beoordelen. Maar het streven dient te zijn dat een burger die de informatie en dat inzicht wel heeft, het oordeel als redelijk zou kunnen aanvaarden, zelfs als hij het er niet mee eens is.

Een beroep op de institutionele politieke moraal is vanuit dit gezichtspunt niet problematisch. In feite betekent het dat de rechter niet alleen naar de letter van de wet kijkt, maar ook naar de geest ervan. Hij beroept zich dus geheel op het geldende recht. Ten aanzien van de sociale moraal wordt de legitimiteit al lastiger. Maar wanneer een beroep op normatieve overwegingen buiten het geldende recht onvermijdelijk lijkt, is ook dit aanvaardbaar te achten, onder bepaalde voorwaarden. Zo dient er een duidelijke meerderheidsopvatting te zijn, die in een bestendige praktijk tot uitdrukking komt en enigszins coherent en stabiel is. Waar het positieve recht tekort schiet, kan men aan een dergelijk beroep op de sociale moraal een zekere democratische legitimiteit ontleen. Haazen noemt dit in zijn proefschrift dan ook een democratische rechtsvindingstheorie¹².

De meest problematische versie is wanneer een rechter zich expliciet beroept op een kritische moraal. Deze heeft immers geen positiefrechtelijke basis en ook geen indirecte democratische legitimatie. De verdenking ontstaat dan snel dat de rechter zijn oordeel baseert op persoonlijke morele opvattingen. Toch ontkomt de rechter er soms niet aan om (doorgaans impliciet, maar soms ook expliciet) een beroep te doen op de kritische moraal. Soms is er geen duidelijke institutionele moraal en ontbreekt een duidelijke stabiele meerderheidsopvatting. Vooral rond thema's waar de samenleving sterk in ontwikkeling is, is dat vaak het geval. Bovendien staat de rechter in dienst van de rechtsstaat en moet hij daarom soms rechtsbescherming bieden aan minderheden tegen een meerderheid of een overmachtinge overheid. Grondrechten zijn vaak ergelijk in de ogen van de meerderheid zowel in de politiek als onder de bevolking; toch dient de rechter hiervoor

¹² O.A. HAAZEN, *Algemeen deel van het rechterlijk overgangsrecht*, Deventer, Kluwer, 2001.

LARCIER

op te komen. Als hij in moeilijke gevallen de grondrechten alleen zou interpreteren in lijn met de opvattingen van de meerderheid, zouden ze te gemakkelijk uitgekleeft worden. De taak van de rechter is nu juist soms om tegen de meerderheid en de machthebbers in te gaan.

Om deze redenen is een beroep op kritische moraal soms onvermijdelijk. Maar niet alle genoemde varianten om die in te vullen zijn daarbij aanvaardbaar. Ideeënvergelijking kan een beperkte ondersteunende rol spelen, maar kan nooit een dragend argument leveren. Ze kan ondersteunend zijn, omdat het nationale recht niet volstrekt soeverein is, maar is ingebed in een bredere rechtsfamilie en in een zich ontwikkelende internationale rechtsorde. Een verwijzing naar het Franse recht kan terecht zijn, omdat de Franse wetboeken ooit de inspiratie waren voor Nederlandse wetboeken, maar ook omdat binnen het kader van de Europese eenwording het ideaal van harmonisering en convergentie van nationale rechtsstelsels ook voor de Nederlandse rechter betekenis heeft. Wat geldt voor de positiefrechtelijke bepalingen, geldt evenzeer voor de hiermee verbonden theoretische ideeën.

Een beroep op ideaaltheoretische analyses is echter m.i. niet legitiem. Geen van de redenen die een beperkte rol voor ideeënvergelijking rechtvaardigen, is hier aanwezig. Het feit dat men in een ideale samenleving of een fictieve natuurstaat een bepaald normatief uitgangspunt zou aanvaarden, is geen reden om dat uitgangspunt ook binnen het recht te hanteren. (Nog daargelaten dat geen van de door filosofen voorgestelde theorieën op voldoende instemming kan rekenen.) De context van de feitelijke Nederlandse samenleving is zo anders dat aan een theorie voor een ideale fictieve samenleving geen argument kan worden ontleend om het ook zo te doen in Nederland.

Daarentegen kan op de andere twee methoden om een kritische moraal te construeren wel een beroep worden gedaan door de rechter. De aanvaardbaarheid van een beroep op contingente of universele natuurrechtelijke argumenten is gelegen in het gegeven dat een leidend ideaal van de rechtsstaat inhoudt dat het recht redelijk is, en met redelijke argumenten kan worden gerechtvaardigd. Uiteindelijk berust het gezag van het recht zowel op het spreken van een gezaghebbende autoriteit (zoals de wetgever en de rechter) als op de redelijkheid van dat spreken. Voor zover dus natuurrechtelijke theorieën ons redelijke argumenten aanleveren, kan in het rechterlijk oordeel een beroep daarop legitiem zijn. Deze argumenten zijn voor weerlegging vatbaar; uiteindelijk gaat het om het betere argument, en dat zal door het juridisch forum moeten worden beoordeeld.

Evenzo kan de rechter legitiem verwijzen naar de aan een samenleving ten grondslag liggende idealen en daaraan argumenten ontleen om op punten het recht aan te passen. Die idealen zijn immers deel van de samenleving en van het daarop gebaseerde recht en bouwen dus voort op wat al aanvaard wordt door die samenleving en het recht. Een beroep op een dergelijke kritische moraal is dus niet een beroep op de persoonlijke moraal van de rechter, maar op de normatieve uitgangspunten die in de samenleving aanvaard zijn maar niet volledig in de praktijk uitgewerkt. Ook deze argumenten geven geen absolute rechtvaardiging, maar zijn

LARCIER

altijd vatbaar voor weerlegging. Ze passen dus in rechtspraak als een discursieve praktijk.

De conclusie is dat de rechter in moeilijke gevallen een beroep mag doen op een kritische moraal mits hij verwijst naar contingente redelijkheidsargumenten of naar de immanente idealen van de samenleving waarvan hij deel uitmaakt. Verwijzing naar rechtstheorieën uit andere landen kan op zijn best een ondersteunend argument zijn; verwijzing naar ideaaltheoretische reflectie is echter nooit legitiem.

Hoofdstuk V

FILOSOFISCHE DEBATTEN OVER NEUTRALITEIT

De indeling in vier mogelijke methoden om tot een kritische moraal te komen, is ook verhelderend voor het begrip van filosofische debatten. Een analyse van het recente Nederlandse debat over de neutraliteit van de staat laat dit zien. Zoals hierboven gesteld, gaat het hierbij om een ideaal waarvan de betekenis maar beperkt is vastgelegd in het Nederlandse recht, en waarbij dus voor de interpretatie van het ideaal een beroep op een kritische moraal onvermijdelijk is. In de hieronder volgende schets gaat het mij niet om de inhoud van het debat, maar om de methodologische benadering van de verschillende auteurs¹³.

De Leidse rechtsfilosoof Paul Cliteur bepleit in zijn oratie dat neutraliteit moet worden geïnterpreteerd als laïcité, en dan wel in de specifieke betekenis zoals die in het recente Franse debat overheerst, bijvoorbeeld in het rapport van de Stasi-Commissie¹⁴. (Er is ook een onderstroom die laïcité meer inclusief interpreteert, namelijk als laïcité ouverte, en ook in de praktijk volgt men in Frankrijk deze lijn niet bepaald consequent¹⁵). Cliteur richt zich alleen op een bepaalde theorie zoals die in Frankrijk ontwikkeld is. Zijn methode is dus die van ideeënvergelijking. De kanttekeningen die ik eerder heb gemaakt bij deze methode moeten ook worden gemaakt bij Cliteurs oriëntatie op de Franse theorie. Hij miskent dat de Franse opvatting wezenlijk verschilt van de Nederlandse staatsrechtelijke praktijk. Als gevolg daarvan gaat hij ook niet in op de verschillen, en geeft geen argumenten waarom de Franse benadering ook in de heel andere Nederlandse context zou kunnen werken en aanvaardbaar zou kunnen zijn.

De Amsterdamse rechtsfilosofen Cees Maris en Tim Wolff baseren zich op het werk van Rawls en kiezen daarmee voornamelijk voor een ideaaltheoretische benadering, met overigens ook sterke claims van een universeel natuurrecht¹⁶. Zij claimen dat Rawls' theorie universeel geldig is, en dus voor iedere samenleving de

¹³ Voor een meer inhoudelijke plaatsbepaling zie W. VAN DER BURG, *Het ideaal van de neutrale staat. Inclusive, exclusive en compenserende visies op godsdienst en cultuur* (oratie Rotterdam), Den Haag, BIJ, 2009.

¹⁴ P.B. CLITEUR, *De neutrale staat, het bijzonder onderwijs en de multiculturele samenleving* (oratie Leiden), 2004.

¹⁵ Hierover J. BAUBEROT, "The Two Thresholds of Laïcization" in R. BHARGAVA (ed.), *Secularism and Its Critics*, Oxford, Oxford University Press, 1998, p. 94-136.

¹⁶ Zie C.W. MARIS en T. WOLFF, "Poor Man's Rawls. De neutrale staat: filosofische neutraliteit versus contextualisme", *Filosofie en praktijk*, 32 (2011) 1, p. 69-86, en tal van andere publicaties (in de voetnoten bij dit artikel staan verwijzingen naar 14 publicaties van hun hand).

juiste interpretatie van neutraliteit biedt. Zij miskennen echter eveneens dat deze Rawlsiaanse theorie op gespannen voet staat met de Nederlandse staatsrechtelijke praktijk. Evenmin als Cliteur besteden zij aandacht aan de problematiek van de transformatie van een theorie vanuit de ene samenleving naar de andere. Ze nemen zonder nadere argumentatie aan dat de Rawlsiaanse theorie, ontwikkeld voor een bijna ideale samenleving, ook werkt in de Nederlandse samenleving en daar op draagvlak kan rekenen. Daardoor missen hun analyses m.i. overtuigingskracht waar het er om gaat voor concrete Nederlandse problemen een oplossing te zoeken¹⁷.

Het accent in mijn eigen benadering is in de loop der jaren verschoven van een contingent natuurrechtelijke naar een kritisch hermeneutische of pragmatische. In mijn dissertatie van 1991 leidde ik neutraliteit nog af uit het algemene democratie-ideaal in het voetspoor van Dworkin¹⁸. Als men in een democratie alle burgers als gelijken wil behandelen, mag de overheid niet bepaalde godsdiensten, culturen, of visies op het goede leven bevoordelen. In mijn Rotterdamse oratie (als hoogleraar rechtsfilosofie naast en nu ook als opvolger van René Foqué) lag de nadruk op een reflectie op de in de Nederlandse politieke en juridische praktijk ingebedde idealen en beginselen¹⁹.

In een curieuze reactie hebben Maris en Wolff mij beschuldigd van provincialisme en het bepleiten van een nationaal alternatief, omdat ik de universele theorie van Rawls niet aanvaard²⁰. Dit verwijt illustreert mooi het verschil van beide methoden: zij claimen dat de ideaaltheoretische benadering van Rawls universeel geldig is (ook al is er maar een zeer kleine minderheid van filosofen die deze aanvaardt), en zij kunnen daarom mijn contextualistische theorie slechts als provinciaal karakteriseren.

Kunnen we in het filosofische debat aangeven welke methode de voorkeur heeft? Anders dan bij de rechter is er geen institutionele inbedding die met zich mee brengt dat de juridische doctrine die het beste past bij het Nederlandse recht de voorkeur verdient en dat dit ook geldt voor de methoden om een kritische moraal te construeren die het beste aansluiting garanderen bij de Nederlandse samenleving. Niettemin kunnen we m.i. ook voor filosofische debatten bepalen welke methoden het beste zijn, op basis van de context van het debat en van het forum.

Allereerst de context. Rechtsfilosofische debatten vinden niet plaats in een vacuüm, maar in een specifieke context. In een discussie over hoe Locke of Rawls

¹⁷ Voor een uitgebreide kritiek in deze zin, zie W. VAN DER BURG, "De neutrale overheid: abstracte filosofie versus staatsrechtelijke praktijk", *Filosofie & Praktijk*, 31 (2010) 3, 6-20.

¹⁸ W. VAN DER BURG, *Het democratisch perspectief. Een verkenning van de normatieve grondslagen van de democratie*, Arnhem, Gouda Quint, 1991.

¹⁹ VAN DER BURG, *Het ideaal van de neutrale staat*; een vergelijkbare positie verdedigde ik in VAN DER BURG, *De neutrale overheid: abstracte filosofie versus staatsrechtelijke praktijk*.

²⁰ MARIS en WOLFF, *Poor Man's Rawls*. Hun reactie is helaas gebaseerd op een onherkenbare karikatuur van mijn opvattingen, waardoor hun kritiek volledig langs mij heen schiet. Een treffende illustratie van dit schijn debat is hun eigen "principiële opvatting" die ze aan het slot van hun artikel presenteren als alternatief voor mijn visie. De vier stappen waaruit deze bestaat, zijn alle vier kernpunten in mijn proefschrift; slechts één zit nu hun toelichting zou niet de mijne zijn.

een bepaald probleem zou hebben geanalyseerd, is een ideaaltheoretische methode geboden. Maar wanneer de vraag is hoe we in Nederland moeten omgaan met subsidies voor religieuze organisaties of ambtenaren met hoofddoeken, dan is een dergelijke methode minder geschikt vanwege de eerder genoemde bezwaren. Een filosofische theorie mag natuurlijk zeer kritisch zijn over de bestaande maatschappelijke ordening, maar dat is wel de context waarin een bepaald probleem zich stelt. Om die reden is m.i. ook voor rechtsfilosofische debatten over maatschappelijke vragen de vierde methode, die van de kritische hermeneutiek of het pragmatisme, het meest aangewezen. Niet omdat de status quo intrinsiek goed is, maar omdat het concrete handelingsprobleem is ingebed in de huidige samenleving en daaruit voortkomt, en een oplossing dus ook rekening moet houden met die inbedding²¹. Als aanvulling daarop kan een beroep worden gedaan op contingente natuurrechtelijke argumentaties in die zin dat wordt nagegaan hoe men bijvoorbeeld neutraliteit zou moeten interpreteren in een pluralistische samenleving op basis van een achterliggend democratie-ideaal. De combinatie van beide methoden geeft de beste garantie dat een voorgestelde oplossing van het probleem aansluit bij de maatschappelijke werkelijkheid en daarin ook effectief kan worden geïmplementeerd, en dat er bovendien enig draagvlak is voor de gekozen oplossing.

Een tweede factor is het forum. Als het forum bestaat uit Rawlsiaanse filosofen, bijvoorbeeld in een internationaal filosofisch tijdschrift, dan kan een ideaaltheoretische methode de juiste zijn. Maar als het forum bestaat uit Nederlandse burgers en Nederlandse politieke en juridische deskundigen, dan is een dergelijke methode minder geschikt. Een filosofisch debat begint altijd bij wat de partijen gemeenschappelijk hebben. Dat is niet de bewondering voor Rawls of Frankrijk (behalve misschien als toeristenland), maar het feit dat men in Nederland leeft, deel uitmaakt van de Nederlandse samenleving en hopelijk bereid is om naar redelijke argumenten te luisteren. Een beroep op redelijke argumenten en op de waarden die de Nederlandse samenleving kenmerken, heeft dan de grootste kans om een substantieel deel van het publiek te overtuigen en daarmee draagvlak te creëren.

Kortom, niet alleen in de rechtszaal, maar ook in filosofische debatten verdient een contextualistische en democratische benadering de voorkeur. We dienen de maatschappelijke context, de maatschappelijke opvattingen en de variaties in beide series te nemen. Dat is ook een van de centrale gedachten van Montesquieu, een filosoof die door René Fouqué regelmatig wordt aangehaald. Daarom leek het mij passend dit artikel te beginnen en te eindigen met uitspraken van Fouqué over Montesquieu, uitspraken waarvan de strekking evenzeer van toepassing is op Fouqué zelf. "Montesquieu is een van de eerste grote politieke denkers die het pluralisme van opvattingen en culturen consequent tot empirisch uitgangspunt van zijn juridisch en staatkundig denken heeft genomen."²²

²¹ Vgl. S. TAKEMA, *Het probleem van pragmatisme. Een vertrekpunt voor rechtsstheorie en rechtsmethodologie* (Gronau Rotterdam), Den Haag, BJO 2010.

²² Vgl. R. Fouqué, "Gematigdheid en rechtsstaatkundigheid", p. 98.

LARCIER

BOUNDED RATIONALITY IN LEGISLATION

Can Laws be More Rational than the Legislator¹?

Luc J. Wintgens²

Chapter I

A MAGIC CIRCLE

Civil lawyers for a long time admired the systematic nature of codified law, more specifically the French *Code civil* and later on the German *Bürgerliches Gesetzbuch*. Although he was not a lawyer, Stendhal was a great enthusiast of the *Code civil*, as he wrote in a letter to Balzac on October 30 1840: "En composant La Chartreuse, pour prendre le ton, je lisais chaque matin deux ou trois pages du Code civil, afin d'être toujours naturel; je ne veux pas, par des moyens factices, fasciner l'âme du lecteur."

I wonder whether two centuries later, he would write in the same key. While he sought guidance in the style of the *Code*, today's lawyers may turn desperate when seeking support in it. The mosaic of built-on legislation and ad hoc legislative change has for a great deal imploded the original systematics of the once so admired Cartesian construction.

In a similar vein, the expansion of the juridification of society as one of the aspects of the Welfare state in response to the crisis of liberalism, resulted in the emergence of social security law, labor law, environmental law, and energy law, to mention but a few. Mass media and new technologies have strongly contributed to the growing complexity of society, enhancing the demand for new legislation. The regulatory state as the successor of the Welfare state exponentially increases the volume of norms and changes them at an ever higher speed. There may be some reason for the pessimistic view that legal systems degenerate into massive blocks of rules and norms, often contradictory and incoherent.

Upon the widespread criticism that modern legal systems are exponentially expanding and correspondingly show a growing lack of quality, I have started some years ago reflecting on the reasons of this evolution. It is not a characteristic of one legal system, but of most of them. This reflection has led me to investigate

¹ I am indebted to Mark Lambrechts and Adeline Desegher for their comments on earlier versions of this text, to which, however the principle of strict liability applies.

² Hoogleraar aan de Rechtsfaculteit Universiteit Brussel (HUB-KUB), Directeur van het Centrum voor Wetgeving, Regulering en Legsprudentie, gaschoolleerbaar Universiteit Paris II.

LARCIER