

Schoordijk Instituut

Centrum voor wetgevingsvraagstukken

Bart van Klink en Willem Witteveen (red.)

De overtuigende wetgever



Burg, Wibren van der (2000)

Het primaat van de praktijk / Wibren van der Burg
In: Bart van Klink, Willem Witteveen (red.), De
overtuigende wetgever. - Deventer : W.E.J. Tjeenk
Willink, 2000. - ISBN 90-271-5235-7, p. 105-122



W.E.J. Tjeenk Willink
2000
Deventer

Omslagontwerp: Marit van Vliet

© 2000 Bart van Klink, Willem Witteveen, Schoordijk Instituut, Centrum voor wetgevingsvraagstukken

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 enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voor zover het maken van kopieën uit deze uitgave is toegestaan op grond van art. 16b Auteurswet 1912 jo. het Besluit van 20 juni 1974, *Stb.* 351, zoals gewijzigd bij Besluit van 23 aug. 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 written permission from the publisher.

ISBN 90-271-5235-7
NUGI 693/301

Het primaat van de praktijk'

1 Inleiding

De 'communicatieve wending' in de wetgevingstheorie is geen geïsoleerd verschijnsel. De afgelopen decennia zijn een aantal samenhangende veranderingen opgetreden in de verhouding tussen overheid, burgers en het recht. In reactie daarop zijn in de rechtswetenschappelijke literatuur tal van theoretische modellen en begrippen ontwikkeld, zoals onderhandelend bestuur, zelfregulering, horizontalisering van rechtsbetrekkingen, responsief en reflexief recht. Deze sluiten op hun beurt weer aan bij bredere sociologische en filosofische theorievorming rond thema's als individualisering.

Die veranderingen zijn van betekenis voor descriptieve theorieën, maar ook voor meer normatieve projecten. Wie de werkelijkheid goed wil beschrijven, kan blijkbaar niet meer (althans niet volledig) toe met de traditionele theorieën over de verhouding tussen overheid en burger. Maar minstens zo belangrijk is de discussie in meer normatieve en praktische zin. Wie het wenselijk vindt rond een bepaald thema, bijvoorbeeld de mestproblematiek, een verandering in het geldende recht en/of in de feitelijke praktijk te bewerkstelligen, moet rekening houden met die veranderende verhoudingen. Dit geldt nog sterker voor de problematiek waar ik mij in dit artikel op wil richten, namelijk de rol van wetgeving rond sterk moreel geladen thema's. Juist daarbij doet zich de individualiseringstendens van de afgelopen decennia voelen, die onder meer tot gevolg heeft dat mensen zich minder automatisch richten op traditionele morele autoriteiten als kerk en wet voor het bepalen van hun handelen, maar dit meer autonoom zelf bepalen.² Sociologen hebben altijd al erop gewezen dat het met behulp van het recht afdwingen van morele normen grote effectiviteitsproblemen met zich meebrengt wanneer het gaat om normen die door de betrokkenen zelf niet gedeeld worden.³ Nu de geconstateerde individualisering een sterker moreel pluralisme impliceert, zal dit probleem alleen maar meer op de voorgrond treden. De vraag rijst dan hoe we ook in onze normatieve theorievorming over de verhouding tussen recht en moraal, en meer

- 1 Het onderzoek voor dit artikel werd mede mogelijk gemaakt door een Pioneer-subsidie van de Nederlandse Organisatie voor Wetenschappelijk Onderzoek NWO.
- 2 Vgl. Peter Ester, Loek Halman en Ruud de Moor (red.), *The Individualizing Society. Value Change in Europe and North America*, Tilburg: Tilburg University Press 1994.
- 3 Vgl. bijv. J.H. Skolnick, 'Coercion to Virtue', *Southern California Law Review* (41) 1968, p. 588-641.

in het bijzonder over de rol van de wet inzake ethische kwesties, adequaat kunnen inspelen op deze feitelijke veranderingen.

Ik denk dat we zowel voor de descriptieve als voor de meer normatieve theorievorming nog ver zijn van werkelijk bevredigende constructies. Daarvoor zitten we nog te veel midden in het veranderingsproces. Maar een zekere trend is al wel zichtbaar. In verschillende disciplines, zoals de rechtstheorie, de ethiek en de bestuurskunde lijkt er sprake van een communicatieve wending, een wending naar een benadering waarin communicatie tussen burgers onderling en tussen burgers en overheid(organen) een sterkere rol krijgt. Een dergelijk perspectief is zeer vruchtbaar. Tegelijk moet erkend worden dat dit nog sterk in ontwikkeling is en nog niet als een samenhangende theorie kan worden gepresenteerd. Door een interdisciplinaire samenwerking waarin aanzetten vanuit verschillende disciplines en theorieën worden gecombineerd, kunnen we hopelijk verder komen.

Het artikel van Witteveen en Van Klink, waarmee deze bundel opent, laat de voordelen van een communicatieve benadering goed zien. Het sterk door de literatuurtheorie geïnspireerde perspectief dat zij in de eerste helft van hun artikel ontwikkelen, leidt tot tal van interessante observaties en verklaringen. Maar zoals bij ieder theoretisch perspectief geldt ook hier dat het bepaalde beperkingen met zich mee brengt, doordat bepaalde aspecten van de werkelijkheid onderbelicht en andere overbelicht worden. Naar mijn mening stellen zij de wet te centraal en wordt de zelfstandige betekenis van de praktijk nog onvoldoende erkend. De door hen geschetste benadering gaat weliswaar al veel verder dan meer traditionele visies op de betekenis van de wet voor de praktijk, maar deze verandering wordt mijns inziens niet consequent genoeg doorgevoerd. Wanneer we de communicatieve wending in de rechtstheorie als geheel – en dus niet alleen in de wetgevingstheorie – serieus nemen, moeten we ons afvragen of de wet nog wel de centrale rol toekomt die haar ook in de visie van Witteveen en Van Klink wordt toegekend.

In dit artikel wil ik dan ook die centrale rol van de wet ter discussie stellen en pleiten voor een meer consequent interactionistische visie op het recht – een suggestie die overigens ook steun vindt in de tweede helft van het genoemde artikel en in andere publicaties van beide auteurs. Daarbij zoek ik een aanvulling van hun perspectief langs twee wegen. Ten eerste richt ik de aandacht op een heel specifiek 'deelterrein' van het recht, namelijk die gebieden waar het recht zich bezighoudt met moreel controversiële thema's. Op die gebieden zijn de gevolgen van de individualisering het sterkst voelbaar. Ik zal hieronder laten zien dat rond deze thematiek een radicalisering van het communicatieve perspectief nodig is, leidend tot een consequent interactionistische visie op het recht waarbij de wet meer op de achtergrond komt. Hoewel de conclusies voor dit deelterrein zich niet zomaar laten veralgemeniseren voor het gehele recht, bijvoorbeeld naar terreinen als het milieurecht of het onderwijsrecht, levert het toch juist door zijn wat afwijkende karakter een aantal interessante inzichten op in de concrete praktijk.

Ten tweede wil ik nagaan hoe communicatieve of interactionistische benaderingen zich verhouden tot de idealen van de democratische rechtsstaat. Een van de bezwaren die tegen communicatieve vormen van wetgeving en beleid, zoals bijvoorbeeld ook onderhandelend bestuur, worden aangevoerd is dat deze ondemocratisch zouden zijn en het primaat van de politiek zouden aantasten. Vanuit bepaalde interpretaties van het democratie-ideaal is dat inderdaad juist, maar er zijn ook interpretaties mogelijk waarbij juist communicatieve benaderingen van het recht als democratischer gezien kunnen worden. Eenzelfde betoog kan worden gehouden ten aanzien van de rechtsstatelijke idealen van rechtszekerheid en rechtsgelijkheid.

2 De beperkingen van het literatuurtheoretische model

In hun artikel oriënteren Witteveen en Van Klink zich op literatuurtheoretische benaderingen als die van Stanley Fish en Kenneth Burke. Ze baseren daarop een eigen model dat veel aspecten bevat waarin ik mij volledig kan vinden, zoals de analyse van de cognitieve, retorische en expressieve functies.

Waar ik mij hier in het bijzonder op wil richten is de constitutionele functie, die zij uitwerken in temen van het constitutioneel moment. De communicatieve wet wordt beschouwd als een constitutie, die een interpretatiegemeenschap constitueert. In verschillende opzichten blijkt deze invalshoek heel vruchtbaar, bijvoorbeeld om te laten zien waarom de interpretatie van art. 1 Grondwet in de jaren sinds 1982 een onverwachte en niet beoogde ontwikkeling doormaakte. Maar er zijn ook bepaalde beperkingen mee verbonden. Het kan zijn dat in uitzonderingsgevallen (zoals de Grondwet) die constitutionele functie inderdaad wezenlijk is. Voor veel gevallen waarin een 'communicatief' perspectief op het recht vruchtbaar is, is die functie mijns inziens niet of nauwelijks aan te wijzen. In de paragrafen 2 en 3 van het artikel komt echter de constitutionele functie van communicatieve wetgeving voorop te staan als een van de twee hoofdmonumenten, hetgeen me niet in overeenstemming lijkt met de werkelijkheid. De betekenis van de wet wordt bovendien sterk overgewaardeerd door deze aldus te analyseren.⁴ Als gevolg hiervan wordt de communicatieve wending slechts voor een deel van het proces van rechtsontwikkeling belicht en komt bovendien de betekenis van de autonome

4 Deze analyse in termen van het 'constitutionele moment' komt in dit artikel explicieter naar voren dan in het eerdere werk van beide auteurs. Het is tegen dit sterk naar voren halen van het constitutionele moment en de constitutionele functie dat mijn bezwaren zich richten. Het is mij niet noodzakelijk voor een communicatieve benadering van het recht, en gezien de bezwaren die er tegen kunnen worden aangevoerd, kunnen we daarom deze gedachte beter een minder prominente rol geven in onze analyse.

normontwikkeling in de handelingspraktijk onvoldoende naar voren. Ik zal mijn bedenkingen onder twee noemers samenvatten.

Ten eerste leidt dit tot een te beperkt en eenzijdig beeld van de verhouding tussen de handelings- en argumentatiepraktijk en de wet. Herhaaldelijk wordt benadrukt dat de wet een interpretatiegemeenschap constitueert – iets wat bijna per definitie waar is, want je kunt iets pas interpreteren als het er is. De wet is dus primair en de gemeenschap daarvan het resultaat.⁵ Dat lijkt me echter een weinig adequate structurerende om de werkelijkheid te beschrijven. Interpretatie van een wet is slechts een heel beperkt aspect van de handelings- en argumentatiepraktijk. Het is slechts bij uitzondering het geval dat de wet een handelingspraktijk constitueert, en de argumentatiepraktijk in een bepaalde gemeenschap gaat doorgaans vooraf aan een wet en wordt mogelijk beïnvloed, maar slechts zeer ten dele geconstitueerd door de wet. Al lang voor er een wet is, zijn degenen die als de interpretatiegemeenschap van die wet worden beschouwd in tal van opzichten een gemeenschap en laten zij zich leiden door de normen die mogelijk in die wet zullen worden opgenomen en door andere overwegingen. Ook zonder een wet op experimenten met embryo's is er al een onderzoeksgemeenschap (naar gelang de eigen theoretische voorkeuren kan men dit ook een semi-autonoom sociaal veld, een subsysteem of een praktijk noemen) die bepaalde morele normen of zelfs normen met een juridisch karakter (*emergent law*) ontwikkelt en in het handelen als richtlijn hanteert. In de dialoog daarover wordt gerefereerd aan morele en juridische overtuigingen, maar ook aan bijvoorbeeld overwegingen van pragmatische, esthetische, politieke en wetenschappelijke aard. In die handelings- en argumentatiepraktijk zijn al deze overwegingen met elkaar verweven en zijn bijvoorbeeld juridische en morele argumenten vaak niet goed te onderscheiden.

Ook als vervolgens een wet tot stand gekomen is, is de sociologische werkelijkheid veel breder dan het interpreteren van de wetstekst. Deze speelt een rol in de praktijk (althans voorzover deze enig effect heeft) maar de morele en andere overwegingen blijven dat ook doen. Bovendien zullen in veel gevallen de deelnemers aan die praktijk helemaal niet weten (en vaak ook niet geïnteresseerd zijn in) wat er precies in de wetstekst staat. In sommige gevallen zal de invloed ook veel meer indirect zijn, te vergelijken met die van veel bediscussieerde publicaties over de cultuur van het narcisme of het einde van de geschiedenis waar op een bepaald moment veel discussiedeelnemers naar verwijzen, terwijl slechts weinigen ze ook echt hebben gelezen.

⁵ "[E]r is een *constitutioneel moment* waarbij de ideologische en institutionele grondslagen van een rechtsorde worden vastgelegd, waarop een *discursieve praktijk* volgt die gericht is op verandering van attitude, ontwikkeling van vocabulaires en handelingscoördinatie"; Witteveen en Van Klink, 'De overtuigende wetgever', in deze bundel, par. 2. Het constitutionele moment krijgt hier zelfs een definiërende en (indirect) funderende rol voor de hele rechtsorde.

Kortom, het zet ons mijns inziens op het verkeerde been wanneer we stellen dat de communicatieve wet een interpretatiegemeenschap in het leven roept. In zuiver analytische zin is dit waar, maar het leidt tot een te beperkt perspectief op de sociale werkelijkheid. Wanneer we geïnteresseerd zijn in de communicatieve wending in de door het recht gereuleerde praktijk, dan moeten we ons ook niet te eenzijdig richten op de wet als het aanknopingspunt of zelfs vertrekpunt van de communicatie in de praktijk. Analyses in termen van het constitutionele moment benadrukken juist heel sterk deze betekenis van de wet. Daarmee lopen we het risico dat we belangrijke aspecten van de communicatieprocessen in de werkelijkheid uit het oog verliezen.

Ten tweede dreigt het proces dat leidt tot de wet buiten beeld te blijven. Wanneer men pas begint bij het constitutionele moment van wetgeving, wordt die wetgeving het startpunt en blijft het voorafgaande proces buiten beschouwing.⁶ Een roman is er op een bepaald moment en komt als het ware uit het niets. Zelfs als er voorpublicaties of aankondigingen en interviews met de auteur zijn geweest, is het wordingsproces iets wat buiten de interpretatiegemeenschap om gaat, of slechts heel secundair bij de interpretatie van de tekst wordt betrokken. Maar bij de totstandkoming van de wet ligt dit anders. In veel gevallen zullen degenen die de wet moeten uitvoeren ook geprobeerd hebben invloed uit te oefenen op de inhoud van de wet en bijdragen geleverd hebben aan de discussie over de wenselijke inhoud. De normen die in de wet worden vastgelegd, zijn veelal – op zijn minst ten dele – codificaties van normen die al in de praktijk worden gehanteerd. Ook in deze wordingsfase kan sprake zijn van een meer of minder communicatief gestructureerd proces.

Het voordeel van een communicatieve benadering is dat duidelijk wordt dat de uitvoering van de wet niet slechts een kwestie is van mechanische naleving door de rechtssubjecten. Ook de ontwikkeling van de rechtsnormen vindt al vaak deels plaats in de handelingspraktijk die de wet beoogt te reguleren. Een belangrijk deel van de rechtsontwikkeling en de rol van communicatie in dat ontwikkelingsproces blijft daardoor bij analyses in termen van het constitutionele moment buiten beeld. Wanneer we het hebben over een communicatieve wending in het recht of in de rechtstheorie, moeten we ons dan ook afvragen in hoeverre die wending ook zichtbaar is in het proces van rechtsontwikkeling dat mogelijk – maar niet noodzakelijk – tot wetgeving leidt.

Het lijkt me dat hier een verband ligt met de keuze door Witteveen en Van Klink voor literatuurtheoretische metaforen, die dus naast inspirerende nictuwe

⁶ Witteveen en Van Klink stellen (in par. 4) weliswaar enkele eisen aan het publieke debat leidend tot de wet, maar de argumenten voor deze eisen lijken ontleend aan het democratie-ideaal en niet aan de idee van communicatieve wetgeving. Dit geeft aan dat er naast het door hen gekozen literatuurtheoretische perspectief op zijn minst aanvullende perspectieven nodig zijn om tot een volledige analyse van de communicatieve wending te komen.

inzichten ook beperkingen niet zich mee brengen. Bij boeken of toneelstukken geldt inderdaad dat de tekst of het stuk de interpretatiepraktijk constitueert. Het publiek kiest er bewust voor om zich op de tekst of het toneelstuk te richten en wordt ook eerst een publiek, een interpretatiegemeenschap, door deze gemeenschapelijke oriëntatie. En het wordingsproces van de tekst of het toneelstuk kan grotendeels buiten beschouwing worden gelaten bij de bestudering ervan; het gaat vooral om wat ermee gebeurt wanneer de tekst er eenmaal is. Maar voor een analyse van de rechtsontwikkeling zullen we het daarbij niet kunnen laten, en houdt een te sterke oriëntatie op metaforen en theorieën ontleend aan literatuur en theater het risico in zich dat we wezenlijke aspecten van de rechtswerkelijkheid uit het oog verliezen. Om die reden zal ik hieronder voor een ruimere benadering kiezen.

3 Wetgeving inzake morele problemen

De genoemde beperkingen van het literatuurtheoretische model komen sterk naar voren wanneer we de ontwikkeling van het recht inzake morele problemen bestuderen. Onder morele problemen versta ik simpelweg kwesties waarvan in een publieke discussie de morele dimensie expliciet geïmpliciteerd wordt.⁷ Ik zal me hierbij concentreren op drie voorbeelden: euthanasie en andere medische beslissingen rond het levenseinde, discriminatie op grond van seksuele voorkeuren en dierproeven. Overigens is er niet zo iets als een specifiek domein van morele problemen – in principe kan ieder thema onderwerp van moreel debat worden. Van een moreel probleem spreken we pas als er volgens (althans een deel van) de betrokkenen niet slechts een morele kant aan zit, maar deze ook als problematisch wordt ervaren en als zodanig wordt benoemd, bijvoorbeeld omdat er wezenlijke verschillen van mening over bestaan.⁸ Ook de doodstraf heeft een onmiskenbare morele kant, maar in Nederland wordt deze thans niet als problematisch ervaren en is er geen serieuze discussie over herinvoering.

Ik zal niet in detail op elk van de drie voorbeelden ingaan, maar enkele algemene kenmerken beschrijven van de manier waarop ze zich in de afgelopen veertig jaar hebben ontwikkeld en van de rol van het recht daarin.⁹ De praktijk

7 Uitgebreider over morele problemen zie Frans W.A. Brom, *Onherstelbaar verbeterd. Biotechnologie bij dieren als een moreel probleem* (diss. Utrecht), Assen: Van Gorcum 1997, p. 57-74.

8 Vgl. Brom 1997, p. 68.

9 Voor uitgebreidere analyses zie bijv.: voor het thema euthanasie John Griffiths, Alex Bood en Heleen Weyers, *Euthanasia and Law in the Netherlands*, Amsterdam: Amsterdam University Press 1998; voor het thema discriminatie Wibren van der Burg, *Het democratisch perspectief. Een verkenning van de normatieve grondslagen der democratie* (diss. Utrecht), Arnhem: Gouda Quint 1991. Ildst. 8, en Bart van Klunk, *De wet als symbool. Over wettelijke communicatie en de Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen bij de arbeid* (diss. Tilburg), Deventer: W.E.J. Tjebck Willink 1998; en voor het thema dierproeven Brom 1997.

en de morele opvattingen over dit handelen zijn sterk in ontwikkeling en zijn nog steeds niet uitgekristalliseerd. Voor elk van de drie thema's geldt dat vooral vanaf de jaren zestig er een voortdurende discussie is en dat er bovendien sinds die tijd ingrijpende veranderingen in opvattingen en praktijk zijn geweest. Veertig jaar geleden was euthanasie nog een volstrekt taboe, werd het COC op morele gronden koninklijke erkenning onthouden (en was homoseksueel contact met personen beneden de 21 verboden) en waren de opvattingen over de toelaatbaarheid van dierproeven veel ruimer dan thans. Sindsdien is er veel veranderd in de samenleving en ook in het recht. Euthanasie werd, in eerste instantie dankzij de rechtspraak maar sinds 1993 ook (indirect) wettelijk, onder bepaalde voorwaarden juridisch toelaatbaar. Er kwam anti-discriminatiewetgeving waaronder de Algemene wet gelijke behandeling in 1994. En in 1977 werd de indien nog meermalen gewijzigde Wet op de dierproeven ingevoerd. Rond elk van de drie thema's is de discussie nog steeds gaande en mogen we verdere ontwikkelingen ook in het recht verwachten, zoals nieuwe rechtspraak en wetsvoorstellen rond levensbeëindiging bij kinderen, demente ouderen en ernstig gehandicapte pasgeborenen, de openstelling van het burgerlijk huwelijk voor homoseksuelen en lesbische paren, en de ontwikkeling van normen rond genetische modificatie van dieren.

Door de sterke morele lading van de thema's heeft de wet weinig vanzelfsprekend gezegd. Iemand die overtuigd is van de morele juistheid van zijn of haar handelen (of zelfs meent een morele plicht te hebben) trekt zich vaak niet veel aan van een daarmee strijdige wet. Of het nu gaat om een arts die overtuigd is van de aanvaardbaarheid van euthanasie, om een orthodox-protestants schoolbestuurder die homoseksualiteit zonde vindt, of een wetenschappelijk onderzoeker die zijn onderzoek naar kanker belangrijker vindt dan het beperkte lijden van enkele dieren – in alle gevallen zal het enkele feit van de wet hen er vaak niet van weerhouden om te doen wat zij juist vinden.

Tegelijk heeft de wet een zware symbolische betekenis, in die zin dat het voor veel burgers belangrijk is dat hun eigen overtuigingen en hun handelen ook door de wet als legitiem erkend worden. Voor kinderartsen is het vaak moeilijk te verteren dat wanneer hun levensbeëindigend handelen voor de rechter wordt getoetst, hen formeel moord ten laste wordt gelegd. Anderzijds heeft het een belangrijke symbolische betekenis dat euthanasie en andere vormen van levensbeëindigend handelen in principe wettelijk strafbaar blijven, omdat dit uitdrukt dat levensbeëindiging nooit een routinekwestie mag worden in een samenleving die de waarde van het menselijk leven respecteert. Zoals de christelijke rechterzijde in de jaren tachtig een symbolische kruistocht voerde tegen het toenmalige voorontwerp van een Wet gelijke behandeling, omdat zij deze wet zag als symbool van de teloorgang van Nederland als christelijke natie, zo zien vele homoseksuelen en lesbiennes tegenwoordig de openstelling van het burgerlijk huwelijk als een belangrijke symbolische erkenning van hun gelijkwaardigheid. Alleen bij de Wet

op de dierproeven lijkt een dergelijke symbolische lading afwezig, maar dit heeft vermoedelijk te maken met het onder onderzoekers relatief weinig omstreden karakter van de huidige wet.

Ten slotte is effectieve controle zonder medewerking van de betrokkenen zelf vaak erg moeilijk. Euthanasie is nauwelijks effectief te controleren omdat zij gedekt wordt door het medisch beroepsgeheim en meestal in een besloten omgeving plaatsvindt. Openlijke discriminatie is in veel gevallen niet te bewijzen – er kan altijd wel een andere reden gegeven worden voor de afwijzing van een sollicitant. En zonder rapportage door de onderzoekers zelf (of een zeer uitgebreid controleapparaat) is het nauwelijks te achterhalen of er ontoelaatbare dierproeven worden gedaan, en bovendien is uitwijken naar een ander land tegenwoordig relatief eenvoudig.

4 Implicaties voor communicatieve benaderingen van het recht

Het bovenstaande is natuurlijk slechts een summiere karakterisering van deze drie voorbeelden. Niettemin kunnen we een aantal observaties doen ten aanzien van het thema van deze bundel, die mijns inziens houdbaar zijn voor een veel breder terrein van situaties waarin het recht zich bezighoudt met morele problemen.

1. De discussie- en handelingspraktijk gaat vooraf aan de wet en is ook veel breder dan de wet. Er vindt een voortdurende discussie plaats over hoe te handelen in concrete gevallen, maar de wet bepaalt daarin slechts heel beperkt de discussie, laat staan dat deze in de praktijk de discussie zou constitueren. In sommige gevallen kan er sprake zijn van het gedeeltelijk conceptueel voorstructureren van de discussie door de wet,¹⁰ bijvoorbeeld wanneer het probleem rond euthanasie wordt gestructureerd als een conflict van plichten (de juridische overmachtsconstructie). Maar dit is meer uitzondering dan regel, en bovendien impliceert zo'n juridische conceptualisering nog niet dat er ook een inhoudelijke bepaling plaatsvindt. Daarbij bestrijkt de wet doorgaans maar een heel beperkt deel van het probleemveld. Naast euthanasie zijn er verwante (en meer problematische) medische handelingen rond het levensin-

¹⁰ Vgl. M.J. Trappenburg, *Soorten van gelijk. Medisch-ethische discussies in Nederland* (diss. Leiden), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1993. In de vier door haar bestudeerde debatten zijn er tweedeels 'voorgejuridiseerd' of juridisch voorgestructureerd. (Debat rond patiëntselectie en genetica zijn niet juridisch voorgestructureerd, die rond orgaantransplantatie wel en die rond medische experimenten slechts gedeeltelijk.) Maar daarbij moet bedacht worden dat die juridische voorstructurering vooral heeft plaatsgevonden op basis van de juridische doctrine, die daarbij slechts vrij beperkte aanknopingspunten in de wetgeving kon vinden. Alleen ten aanzien van medische experimenten met competente patiënten kan m.i. worden volgehouden dat de (Grond)wet het debat althans gedeeltelijk geconstitueerd heeft.

de; discriminatie van homoseksuelen en lesbiennes vindt plaats in tal van andere contexten dan door de Algemene wet gelijke behandeling bestreken worden (denk aan het huwelijksrecht en aan discriminerend gedrag in de privé-sfeer). De wet heeft ongetwijfeld invloed in de zin van door de wet ingestelde procedures en formele categorieën. Maar dat is nog niet hetzelfde als een sterke inhoudelijke invloed op de praktijk.

Alleen bij de Wet op de dierproeven is er op het eerste gezicht een uitzondering, omdat de daarin vastgelegde toetsingscriteria wel degelijk in de praktijk gehanteerd worden. Maar hierbij moet bedacht worden dat die criteria eerst in de discussie in de onderzoekspraktijk en in de ethiek ontwikkeld waren voor ze min of meer gecodificeerd werden in de wet. Bovendien voorziet de in deze wet gecreëerde procedure erin dat voor elke dierproef om toestemming moet worden gevraagd, zodat de onderzoeker direct met de neus op de wet wordt gedrukt. Bij euthanasie, laat staan bij discriminatie, ontbreekt een dergelijk sterk procedureel stempel en een aldus hierna afdwingen van de dialoog. We kunnen dus voor elk van de drie velden constateren dat er een primaat van de praktijk is, en dat de wet slechts een beperkte inhoudelijke invloed heeft.

2. Er is een sterke nadruk op meer communicatieve of reflexieve vormen van controle.¹¹ Zo wordt voor elk van deze drie thema's een groot beroep gedaan op vrijwillige medewerking van de betrokkenen en ligt daarbij de nadruk op meer informele procedures waarbij commissies een grote rol spelen. Bij de Algemene wet gelijke behandeling wordt alleen actie ondernomen na klachten of vragen. Onderzoekers die dierproeven willen verrichten dienen zelf daarvoor toestemming te verkrijgen via indiening van een protocol, dat wordt voorgelegd aan een dierexperimentencommissie. Alleen inzake euthanasie was tot voor kort sprake van een meer repressieve controlestijl. Maar een interessante constatering is dat deze dan ook niet voldeed en niet leidde tot een effectieve controle. Ook hier is nu noodgedwongen gekozen voor de instelling van regionale toetsingscommissies en meer afstand tot het Openbaar Ministerie. De praktijk dwingt blijkbaar tot reflexieve vormen van controle.

3. De wet kan een belangrijke symbolische betekenis hebben in de zin dat ze gezien wordt als een uitdrukking van bepaalde normen en waarden of zelfs van een bepaalde collectieve identiteit. Dat kan een positief te waarderen expressieve functie zijn indien de wet erin slaagt om door velen als gemeen-

¹¹ Vgl. de dissertaties van Van Klink 1998 en M.L.M. Hertogh, *Consequenties van controle. De bestuurlijke doorwerking van het oordeel van de administratieve rechter en de Nationale ombudsman* (diss. Leiden), Amsterdam: VU/GA 1997.

schappelijk ervaren waarden uit te drukken.¹² Maar het kan ook een negatief te waarderen expressieve functie hebben wanneer de wet daar niet in slaagt en voor een deel van de betrokkenen juist een uitdrukking is van waarden en normen die zij niet delen, of zelfs direct in tegenspraak is met de eigen normen en waarden. Zowel bij de euthanasiewetgeving als bij het huwelijksrecht is deze expressieve functie sterk gemengd. Wat voor de ene groep uitdrukking is van iets wat positief gewaardeerd wordt – de heiligheid van het leven, het heteroseksuele huwelijk als hoeksteen van de samenleving – is voor een andere groep juist uitdrukking van het niet legitiem achten van hun handelen of hun leefwijze.

4. De wet kan discussieprocessen stimuleren via het instellen van bepaalde procedures en commissies, door een gemeenschappelijk (formeel) begrippenkader of vocabulaire te introduceren waarmee de discussie gestructureerd wordt, en dergelijke. Bij de Wet op de dierproeven is dit het sterkst het geval. Bij de euthanasiewetgeving daarentegen kunnen we nauwelijks van een communicatieve functie van de wet spreken, maar is er een minstens zo intensieve discussie. Blijkbaar is het niet noodzakelijk voor een goede discussie in een door het recht gereguleerd gebied dat die discussie door het recht geconstitueerd of gestructureerd wordt, maar kan de wet wel een bijdrage leveren.

5. Het wetgevingsproces en het implementatieproces raken met elkaar verweven tot een voortdurend rechtsontwikkelingsproces. Tijdens het – doorgaans langdurige – proces dat tot wetgeving leidt, anticipeert de praktijk al op wetsvoorstellen, 'experimenteert' met de daarin voorgestelde normen, onderwerpt ze aan kritiek, maar implementeert ze ook al geleidelijk. Vanuit de praktijk wordt aldus intensief feedback gegeven in het wetgevingsproces; in sommige gevallen (euthanasie) ligt het initiatief voor het ontwikkelen van nieuwe normen zelfs heel duidelijk bij de praktijk. Wanneer eenmaal de wetgeving tot stand gekomen is, interpreteert en reconstrueert de praktijk de open normen en – in een voortgaand proces van reflectie, discussie en implementatie – werkt deze verder uit en verandert ze. Wanneer deze aldus uitgewerkte en aangepaste normen algemeen geaccepteerd worden, kunnen ze uiteindelijk worden gecodificeerd en in nieuwe wetgeving worden vastgelegd. Dit wordt goed geïllustreerd door de Wet op de dierproeven, die in de afgelopen decennia substantieel gewijzigd is, in reactie op ontwikkelingen zowel in de onderzoekspraktijk als in de samenleving.

12 Bij de regulering inzake (pre-)embryo's zou dit een goede invalshoek kunnen zijn om tot wetgeving te komen. Vgl. hierover mijn 'Symbolwerking van embryo-wetgeving', *NJB* 1995, p. 1236-1241.

6. De rechtsontwikkeling en de moraalontwikkeling versterken elkaar en worden moeilijk van elkaar te scheiden. Het wordt dan ook moeilijker (zo niet onmogelijk) om een scheiding tussen recht en moraal overcind te houden, zoals die in traditionele positivistische theorieën wordt verdedigd. Wanneer het immers erom gaat om in de interpretatie van de wet de eigen betekenis mee te laten wegen die de burgers aan de wet geven, dan zal die interpretatie veelal ook mede bepaald zijn door hun morele overtuigingen over wat moreel juist is en hoe die wet vanuit een moreel perspectief moet worden geïnterpreteerd. En wanneer het erom gaat om in de processen van rechtsontwikkeling aandacht te schenken aan *emergent* en *implicit law*, dan is het al helemaal moeilijk om dit strikt te scheiden van de moraalopvattingen en de ontwikkelingen daarin.¹³

5 De betekenis van de wet

Het bovenstaande wijst in de richting van een consequent interactionistische visie op het recht, waarin communicatieprocessen tussen burgers onderling en tussen wetgever en burgers bijdragen tot een voortdurend proces van rechtsontwikkeling. De betekenis van de wet wordt sterk gerelativeerd; er komt een sterkere nadruk op *implicit law* en *emergent law*.

Maar de wet houdt wel degelijk een betekenis, alleen wordt dit een andere dan de traditionele. Het gaat dan niet slechts om codificatie of modificatie, maar om een interactie met de praktijk op verschillende manieren.¹⁴ Er zijn elementen van codificatie wanneer de wet, zoals bij euthanasie, de in de medische praktijk gegroeide normen vastlegt, althans gedeeltelijk. Soms zijn er ook elementen van modificatie, zoals zeker het geval is bij de Algemene wet gelijke behandeling, waar bepaalde vormen van tot dan toe door sommigen legitiem geachte discriminatie werden verboden. Maar het beste beeld is dat van interactie: de wet vloeit voort uit de interactie in de praktijk en de interactie tussen wetgever en praktijk, en na totstandkoming is de wet weer een factor in de interactie tussen wetgever en praktijk en binnen de praktijk. De interactie is als het ware een combinatie van codificatie en modificatie. Wetgeving wordt dan niet meer dan een moment in een voortdurend proces in plaats van een eindpunt van de rechtsontwikkeling of een beginpunt van de implementatie.

13 Uitgebreider hierover Wibren van der Burg en Frans W.A. Broom, 'Legislation on Ethical Issues. Towards an Interactive Paradigm', *Ethical Theory and Moral Practice* 2000, p. 57-75.

14 Vgl. Jan Vorstenbosch en Pieter Ippel, 'De weg naar de wet. Wetgeving over ethische kwesties: Een interactief proces', in: W. van der Burg en P. Ippel (red.), *De Siamse twerling. Recht en moraal in de biomedische praktijk*, Assen: Van Gorcum 1994, p. 49-71.

Ook al is het dan misschien slechts een moment in een voortgaand ontwikkelingsproces, de (voorlopige) codificatie van het gegroeide recht in een wet is niet overbodig. Het vastleggen van normen in de wet kan rechtszekerheid en meer helderheid bieden, en de rechtsgelijkheid bevorderen. Het kan ook een waarborgfunctie hebben in de zin dat burgers zich er gemakkelijker op kunnen beroepen, bijvoorbeeld doordat artsen weten waar ze aan toe zijn als ze euthanasie overwegen. Wanneer codificatie van minimumnormen mogelijk is, kan de wet – in de terminologie van Trappenburg – als winterdijk een waardevolle functie hebben.¹⁵ Daarin ligt, wat mij betreft, ook geen verschil met de opvattingen van Trappenburg. Als er voldoende helderheid en consensus is over de vast te leggen normen, verdient in veel gevallen codificatie zeker de voorkeur. Het probleem waar Trappenburg mijns inziens onvoldoende aandacht voor heeft, is echter dat rond ethische kwesties de vereiste consensus en helderheid over de normen vaak ontbreekt, en naar mijn overtuiging zal die als gevolg van de voortschrijdende individualisering in toenemende mate ontbreken. In die gevallen is er onvoldoende grondslag voor het vastleggen van normen die een winterdijkfunctie kunnen vervullen en zullen we naar andere visies op het recht moeten uitwijken.¹⁶

Daarnaast kan de wet ook een symbolische functie vervullen. Die functie valt eigenlijk uiteen in twee aspecten, die ook al door Witteveen en Van Klink in hun artikel en in andere publicaties wordt genoemd. Ten eerste kan de wet een uitdrukking zijn van (al dan niet gemeenschappelijke) waarden die vaak verbonden zijn met een (al dan niet gemeenschappelijke) identiteit. Dit is de expressieve functie. Daarnaast kan de wet een communicatieve functie vervullen in de zin dat zij een voortdurend communicatieproces over de te hanteren normen in het licht van de aldus tot uitdrukking gebrachte waarden bevordert. Dit is de communicatieve functie.¹⁷

Op basis van het voorgaande zijn ook normatieve aanbevelingen voor de wetgever mogelijk. Omdat ik daar in andere artikelen al uitgebreid op ingegaan ben, zal ik die analyse hier niet uitgebreid herhalen. Ik kan ze echter kort samenvatten in twee stellingen:

1. Het wetgevingsproces in moreel geladen kwesties moet gestructureerd worden als een interactief proces tussen de wetgever en de samenleving (of relevante sectoren van de samenleving) zodat de ontwikkeling van nieuwe morele normen en de ontwikkeling van nieuwe rechtsnormen elkaar kunnen versterken en deze nieuwe normen ook gemakkelijker ingang in de praktijk vinden.

¹⁵ Vgl. M. Trappenburg, 'De wet als winterdijk', *Ars Aequi* 1998, p. 802-808.

¹⁶ Vgl. mijn 'Wetgeving inzake morele kwesties. Een processgerichte benadering', *Ars Aequi* 1998, p. 79-87.

¹⁷ Over beide functies en verdere literatuurverwijzingen, zie Van der Burg 1998, i.h.b. p. 84-86.

2. Wetgeving inzake moreel geladen kwesties moet zo ontworpen worden dat het een effectieve manier van communicatie is en dat het bovendien een permanente morele discussie over deze kwesties bevordert, omdat de beste manier is om te zorgen dat de praktijk georiënteerd blijft op de idealen en waarden die de wet beoogt te realiseren.¹⁸

6 Het primaat van de wetgever?

Is een dergelijke interactionistische visie op het recht niet in strijd met het primaat van de wetgever, met het primaat van de politiek?¹⁹ De formele wet, die door de volksvertegenwoordiging wordt goedgekeurd, komt immers op de achtergrond te staan. In plaats daarvan komen vage, vaak ongereguleerde processen waarin veel wordt overgelaten aan de normontwikkeling en zelfregulering binnen de betrokken praktijken. Zowel de normontwikkeling als de implementatie wordt deels uit handen van de politiek gehaald en in handen van de betrokkenen gelegd.

Maar is dat eigenlijk erg? Het primaat van de wetgever wordt immers vooral verdedigd op grond van een bepaalde opvatting van democratie, waarin het volk moet regeren via zijn vertegenwoordigers, in het parlement. Op deze wijze wordt het volk geacht zichzelf te regeren. Maar onze parlementaire democratie met haar sterke nadruk op wetten in formele zin is niet de enig mogelijke invulling van het achterliggende democratie-ideaal. Gemeten aan het democratie-ideaal is het misschien zelfs wel een erg gebrekkige invulling, omdat de stem van de burgers niet alleen indirect doorklinkt in de besluitvorming, maar daarbij bovendien ook geen rekening wordt gehouden met verschillen in betrokkenheid. Waarom zou de stem van een bewoner van Groningen even zwaar moeten wegen bij de besluitvorming over Schiphol als die van een bewoner van Hoofddorp? De laatste is immers op een heel andere manier betrokken bij het besluit dan de eerste.

De kerngedachte van democratie is dat mensen zichzelf regeren. Maar in feite is dat nu juist wat gebeurt in interactionistische benaderingen van het recht. De betrokkenen laten immers de normontwikkeling niet over aan hun volksvertegenwoordigers, maar doen zelf actief mee. En ook bij de keuze voor de manier van uitvoering spelen ze een actieve rol. Dit vertoont zelfs een grote affiniteit met het democratie-ideaal van zelfregering. Niet de buitenstaanders bepalen wat er moet gebeuren, maar de betrokkenen zelf. Iets soortgelijks geldt bovendien ten aanzien

¹⁸ Vgl. Van der Burg 1998, p. 82. vgl. ook Van der Burg en Brom 2000.

¹⁹ Wat precies onder het primaat van de politiek wordt, c.q. moet worden verstaan, is een omstreden kwestie. Zie daarover veel uitgebreider 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. Ik kies hier voor een van de zes invullingen die Witteveen onderscheidt, namelijk het primaat van de wetgever.

van de implementatie. Terwijl in veel democratie-theorieën de democratische invloed beperkt wordt tot het besluitvormingsproces, wordt in interactionistisch recht ook expliciet ruimte geschapen voor de betrokkenen om mee vorm te geven aan de invulling en uitvoering van de aan de wetgeving ten grondslag liggende waarden.²⁰

Een van de belangrijkste voordelen van de communicatieve wending in de rechtstheorie is dat duidelijk wordt dat ook in de implementatiefase, na het democratisch vaststellen van de wet, de discussie en democratische invloed niet afgelopen hoeft te zijn. Integendeel, een voortdurende discussie blijft nodig en er wordt een beroep gedaan op burgers om hun democratische verantwoordelijkheid op zich te nemen. Communicatie en interactie tussen burgers onderling en tussen verschillende staatsorganen en 'de politiek' spelen niet alleen in de wetgevingsfase, maar ook in de uitvoeringsfase. Het debat is niet afgelopen met het democratisch genomen besluit, maar begint dan pas. In de literatuurtheoretische benadering van Witteveen en Van Klink wordt dit goed uitgewerkt.

Vanuit een bezinning op het democratie-ideaal valt dus de kritiek dat door het interactionistisch recht het primaat van de politiek wordt aangetast, te relativiseren. Het tegendeel is zelfs mogelijk: dat het primaat van de politiek wordt vervangen door een betere manier om aan het democratie-ideaal gestalte te geven, zowel in de fase van de normontwikkeling als in de fase van de implementatie. Maar dat is zeker niet altijd het geval, maar alleen onder bepaalde voorwaarden. Immers, interactionistisch recht, met sterke betrokkenheid van de betrokken belangengroepen kan juist ook leiden tot zeer ondemocratische vormen van corporatisme. (Toen ik een pleidooi hiervoor hield op een internationaal congres, kwamen niet toevallig juist van een Oostenrijkse deelnemer nogal wat bezwaren.) Onderonsjes tussen direct betrokkenen met uitsluiting van het algemeen belang en oneerlijke uitkomsten als gevolg van ongelijke machtsverhoudingen tussen de verschillende partijen zijn zeer reële risico's van een ondemocratische vormgeving van interactionistisch recht.

Daarom is het goed om vanuit een doordenking van het democratie-ideaal na te gaan aan welke voorwaarden interactionistisch recht moet voldoen om democratisch legitiem te zijn. Een uitwerking hiervan zou buiten het bestek van dit artikel vallen, maar enkele kernthema's die daarbij aan de orde moeten komen, kunnen al wel worden aangeduid. Ten eerste het vereiste van inclusiviteit in het gehele politieke proces, waarop ook Witteveen en Van Klink wijzen. Hoe kan gezorgd worden dat enerzijds alle betrokkenen in alle fasen van het proces zinvol

20 In mijn dissertatie (Van der Burg 1991) heb ik betoogd dat democratie-opvattingen die democratie reduceren tot een bepaalde procedure tekortschieten en dat voor het democratisch gehalte van een besluitvormingsproces ook gekeken moet worden naar de kwaliteit van de uitkomsten en verdere implementatie. Interactionistisch recht is m.i. de opvatting van recht die het best past bij de door mij verdedigde democratie-opvatting.

invloed kunnen uitoefenen en anderzijds het proces hanteerbaar blijft? Ten tweede de vereiste structurerende van de procedure. Hoe kan gegarandeerd worden dat er enerzijds een voortgaande open discussie blijft, terwijl anderzijds ook tegenmoetkomen wordt aan de behoefte om concrete beslissingen te nemen? Ten derde het openhouden van de juridische doctrine. Is het mogelijk om de vereiste openheid en flexibiliteit van de algemene idealen en beginselen te bewaken zonder dat deze in jurisprudentie en wetenschap de grondslag worden van een nieuwe gesloten juridische doctrine die even weinig flexibiliteit biedt als gedetailleerde regulering? En ten vierde de coöperatieve opstelling: Welke eisen worden precies gesteld aan de coöperatieve opstelling, zowel van de overheden als van de burger (en van tal van private organisaties), om het proces te doen slagen?

7 Het primaat van de wet?

Het primaat van de wetgever kan niet alleen gerechtvaardigd worden vanuit het democratische ideaal maar ook vanuit rechtsstatelijke idealen van rechtsgelijkheid en rechtszekerheid. Daarbij gaat het dan eerder om het primaat van de wet dan om het primaat van de wetgever. Twee belangrijke voordelen van algemene wetten zijn dat ze rechtszekerheid bieden en dat ze op zijn minst een minimale vorm van rechtsgelijkheid en dus rechtvaardigheid belichamen. Interactionistisch recht lijkt hieraan afbreuk te doen. Immers, die algemene wetten krijgen een minder belangrijke rol en verwoorden bovendien veelal open normen of drukken algemene waarden uit, of ze constitueren bepaalde procedures en randvoorwaarden voor besluitvorming. Erg veel zekerheid en voorspelbaarheid is daaraan niet te ontfen. Als veel van de uitwerking aan de praktijk wordt overgelaten, op zijn best getoetst door allerlei commissies, ontstaat bovendien het risico van rechtsongelijkheid. De kans is immers groot dat een dierexperimentencommissie in Lelystad tot andere oordelen komt over vergelijkbare gevallen dan een dierexperimentencommissie in Utrecht. Dit lijken reële bezwaren tegen de met interactionistische benaderingen van het recht verbonden verminderde en veranderde betekenis van wetten in formele zin.

Net als met de aan de democratie verbonden bezwaren is het goed hier terug te gaan naar de achterliggende idealen. Waarom vinden we rechtszekerheid eigenlijk zo'n belangrijke waarde? En is die eigenlijk wel goed gerealiseerd in meer instrumentalistische vormen van wetgeving? Aan dit laatste kan in ieder geval getwijfeld worden, omdat juist veel orderingswetgeving gekenmerkt wordt door een onoverzichtelijkheid en ingewikkeldheid die voor de gewone burger weinig houvast en voorspelbaarheid biedt. Waar het in de waarde van rechtszekerheid mede om gaat is dat de burger in staat is gedrag van anderen, of het nu de overheid is of medeburgers, te voorspellen en daarop te vertrouwen. En juist in interactionis-

tisch recht – althans voorzover dat totstandkomt in een interactie tussen alle betrokkenen – is dat inzicht in de door gezamenlijke interactie totstandgekomen normen gegarandeerd, dankzij die directe betrokkenheid.

Reflectie op het achterliggende ideaal van rechtszekerheid leidt dus tot het inzicht dat in de huidige complexe werkelijkheid dat ideaal niet altijd het best gediend wordt met scherpe en gedetailleerde regelgeving. Ook meer interactionistisch recht kan aan burgers voldoende duidelijkheid en zekerheid bieden om hun gedrag op te kunnen baseren. Verdere doordenking van dit ideaal kan weer leiden tot een aantal, nog nader uit te werken desiderata en voorwaarden.

Ten eerste gaat het daarbij om het waarborgen van voldoende transparantie van het handelen – zowel van burgers als van overheden – en van de daarin belichaamde normen, en van de besluitvormings- en handelingsprocessen. Zonder een dergelijke transparantie is het immers niet mogelijk om zich hierop te richten en erop te vertrouwen. Zoals bij complexe en gedetailleerde instrumentele regelgeving de toegankelijkheid voor de burger van de regels een probleem is, zo is voor interactionistisch recht de toegankelijkheid van het handelen en van de rechtsontwikkelingsprocessen een probleem. Ten tweede gaat het om transparantie van de motiverende gronden voor dat handelen, zodat inzichtelijk is op welke achterliggende idealen, doelen en beginselen iedere speler (maar in het bijzonder de overheden) zich in zijn of haar handelen richt. Ten derde gaat het om reflexieve of communicatieve vormen van controle, die controle meer een voortgaand proces maken waar ook tijdens het proces gezamenlijk wordt gekeken naar de mogelijkheden om de achterliggende idealen te realiseren.

Een vergelijkbare analyse kan ook worden gemaakt ten aanzien van de rechtsgelijkheid. Waarom vinden we rechtsgelijkheid zo'n belangrijke waarde? Mijns inziens omdat het de formele rechtvaardigheid belichaamt, namelijk dat gelijke gevallen gelijk behandeld moeten worden. Maar het formele rechtvaardigheidsideaal omvat meer dan dat – ook al wordt het vaak daartoe beperkt. De volledige formulering is dat gelijke gevallen gelijk moeten worden behandeld en ongelijke gevallen ongelijk naar de mate van ongelijkheid. Een van de problemen van algemene wetten is nu juist dat ze vaak onvoldoende recht kunnen doen aan de onderlinge verschillen en dus aan het tweede deel van het formele rechtvaardigheidsideaal. In een sterk gefragmenteerde en geïndividualiseerde samenleving wordt dit bezwaar sterker gevoeld dan voorheen. Interactionistisch recht is in principe beter in staat dan algemene wetten om aan die onderlinge verscheidenheid tegemoet te komen, omdat die verscheidenheid door de betrokkenen zelf kan worden ingebracht in het normontwikkelings- en uitvoeringsproces. Waar dus de algemeenheid van de wet vooral een implementatie is van het eerste deel van het formele rechtvaardigheidsideaal, kan interactionistisch recht beter recht doen aan het tweede deel ervan.

Ook hier geldt dat het slechts een potentieel is en niet altijd op hoeft te gaan. Op basis van het formele rechtvaardigheidsideaal moeten dan ook desiderata voor interactionistisch recht nog nader worden uitgewerkt. Daarbij kan gedacht worden aan thema's als een vergrote gevoeligheid voor verschillen, ruimte voor rechtspluralisme (en politiek en moreel pluralisme) en het tegengaan van het voortdurend met een beroep op het gelijkheidsbeginsel gladstrijken van mogelijke verschillen. In plaats van een meer gelijkvormig worden onder invloed van het gelijkheidsdenken is dus juist een voortdurend streven noodzakelijk om verschillen en pluralisme te bevorderen en om daarmee vervolgens ook te leren omgaan.

8 Conclusie

In het bovenstaande heb ik geschetst hoe rond thema's met een sterke ethische lading traditionele visies op de wet steeds minder adequaat worden. Interactionistische perspectieven lijken hier veel beter aan te sluiten op de sociale werkelijkheid. Processen van rechtsontwikkeling en moraalontwikkeling zijn sterk met elkaar verweven, processen van normontwikkeling en normtoepassing versmelten met elkaar. Als een gevolg hiervan krijgt de wet een minder belangrijke én een andere betekenis. Zij wordt minder belangrijk, omdat de normontwikkeling primair in de praktijk plaatsvindt en de wet in die ontwikkeling slechts een van de factoren is. Zij wordt anders, doordat de expressieve en communicatieve functie van de wet meer op de voorgrond komen, ten koste van de instrumentele en de waarborg-functie.

Het primaat van de wet wordt aldus – althans in interactionistische visies op recht – gedeeltelijk vervangen door het primaat van de praktijk. Op het eerste gezicht is dit misschien in strijd met gangbare ideeën over de democratische rechtsstaat die uitgaan van het primaat van de wetgever. Maar bij nadere reflectie op de idealen van democratie en rechtsstaat blijkt dat interactionistisch recht andere accenten legt bij de invulling van die idealen, maar daarmee niet in strijd hoeft te zijn, integendeel. Het lijkt erop dat in sommige situaties interactionistisch recht nu juist meer adequate invullingen geeft van deze beide idealen.

Hiermee zijn twee richtingen voor verder onderzoek aangegeven. Ten eerste moet worden nagegaan onder welke voorwaarden deze interactionistische perspectieven de voorkeur verdienen boven traditionele perspectieven. Het antwoord op deze vraag kan mede worden gevonden in een reflectie op de idealen van democratie en rechtsstaat in het licht van de maatschappelijke realiteiten. Door zorgvuldig in kaart te brengen wat de condities zijn waaronder het recht werkzaam is, kan vervolgens worden aangegeven welke invulling van de idealen hierbij het best past en dus welk type recht. Ten tweede moet worden nagegaan aan welke voorwaarden interactionistisch recht moet voldoen om legitiem te zijn. Ook hier

biedt reflectie op de genoemde idealen een goed vertrekpunt. Op basis van die idealen kan, opnieuw in het licht van de realiteit, een aantal desiderata worden afgeleid voor interactionistisch recht.