Dit artikel uit Netherlands Journal of Legal Philosophy is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

Wibren van der Burg, Dynamisch recht. De interactie tussen recht, ethiek en samenleving (oratie Tilburg), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2001, 46 p.

Vorig najaar was ik per trein onderweg vanuit Brussel. De oratie van Wibren van der Burg had ik als leesvoer in mijn tas. Maar aan lezen kwam ik niet toe: mijn tas werd gestolen. Een week later was zij weer terug: de dief had haar op het station achter gelaten. Wat schetst vervolgens mijn verbazing dat zelfs de oratie van Van der Burg door de dief niet de moeite van het stelen waard was gevonden.

De dief had ongelijk: de oratie is zeer leesbaar, ook voor leken. Oratoren zoeken een vaak moeizame weg tussen 'lees- en hoorbaar voor een algemeen publiek' enerzijds en 'interessant voor vakgenoten en wetenschappelijk visitekaartje' anderzijds. Van der Burg heeft aan dit eerste criterium volop voldaan.

Maar voor dit tijdschrift is het andere belangrijker. Wat heeft Van der Burg te zeggen voor vakgenoten? Zijn doelstelling formuleert hij als volgt: 'Ik wil proberen greep te krijgen op het verschijnsel rechtsontwikkeling, vanuit een intern-jurididich perspectief.' (p. 2) Na een paragraaf over de onvermijdelijkheid van voortdurende verandering, met als verrassende conclusie dat de dynamiek van het recht vooral samenhangt met veranderingen in de samenleving (p. 6-7), volgt een analyse van de beperkte veranderlijkheid van het recht: er moet ook enige stabiliteit zijn. Van der Burg analyseert hier vijf idealen, die deze stabiliteit bevorderen: rechtszekerheid (waaronder hij niet de voorspelbaarheid van rechterlijke beslissingen, maar de voorspelbaarheid van menselijk gedrag verstaat: de zekerheid dat anderen mij voorrang geven wanneer ik van rechts kom), doelmatigheid, rechtvaardigheid, rechtsstaat en democratie. Diezelfde idealen worden vervolgens ook gebruikt als argumenten voor verandering. Dus staat recht in een spanning tussen dynamiek en stabiliteit: soms is dynamiek te prefereren, soms stabiliteit (p. 13).

Van der Burg meent vervolgens dat in de Nederlandse rechtscultuur de stabiliteit overheerst en te weinig aandacht is voor de dynamiek. Dat hangt vol-

gens hem samen met de 'handboekenstijl' waarin het recht 'als een stevig verankerde verzameling van rechtsregels' wordt gepresenteerd (p. 13); '[e]en groot deel van de productie van de rechtswetenschap is gericht op het systematisch presenteren van een momentopname van het geldende recht' (p. 14). Verderop in zijn oratie stelt Van der Burg dat het recht te vaak achter de veranderingen in de samenleving aanholt (het doet dat zelfs 'hijgend') en dat het dus wenselijk is dat het potentieel voor dynamiek in het recht versterkt wordt (p. 32).

Dit artikel uit Netherlands Journal of Legal Philosophy is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

In de volgende paragraaf onderscheidt Van der Burg twee modellen van recht om te verhelderen wat hij eigenlijk met 'recht' bedoelt, namelijk *recht als product* en *recht als interactie of als dimensie van interactie* (p. 17). Bij het eerste concentreren we ons op het stelsel van in proposities gevatte normen. Het tweede 'is het model dat zich richt op de juridische dimensie van handelingspraktijken' (p. 18), zowel juridische (procedures) als andere praktijken die een juridische dimensie hebben. Beide modellen bieden aanknopingspunten voor verandering. Het recht als product kan bij concrete problemen wel eens tekortschieten in het geven van een oplossing of leiden tot een niet bevredigende oplossing. Dat is dan aanleiding om te zoeken in achterliggende beginselen en idealen om tot een (betere) oplossing te komen (p. 22). Het recht als interactie staat in direct contact met de samenleving; hier worden regels bovendien steeds ter discussie gesteld, impliciet of, bijvoorbeeld in procedures, expliciet.

Zo pleit Van der Burg voor een dynamischer recht. Hij geeft daar, tegen het eind van zijn rede, ook wat handvatten voor: een sterkere motiveringsplicht voor rechters, een meer discursieve rechtspraktijk, het toestaan van adviezen en meningen van *amici curiae*, dissenting opinions. En hij pleit voor een 'rechtswetenschap der voorlopigheid' (p. 35 e.v.), die een balans zoekt tussen haar reactieve en haar proactieve taak.

De stelling dat recht dynamischer moet, wordt vooral gebaseerd op de stelling dat het recht nu te veel nadruk legt op stabiliteit. Dit laatste wordt echter nauwelijks feitelijk onderbouwd. Ik weet ook niet of het waar is. Mijn indruk is dat we continu horen dat het recht een open systeem is, dat het zich moet aanpassen aan nieuwe ontwikkelingen en nieuwe opvattingen. Zeker het civiele recht dreigt zelfs zo open te worden dat men soms nauwelijks weet waar men rechtens aan toe is. Maar Van der Burg heeft kennelijk een andere indruk en schrijft met bevlogenheid over een radicale beslissing die we moeten nemen: we moeten de 'encyclopedische droom van de rechtswetenschap' opgeven (dat wil zeggen de droom dat we alle kennis op een bepaald gebied volledig in één boek of een verzameling boeken zouden kun-

nen weergeven) (p. 16). En ik maar denken dat we die droom al zo'n honderd jaar geleden opgegeven hadden.[1]

Dit artikel uit Netherlands Journal of Legal Philosophy is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

In het kader van zijn pleidooi voor dynamisering maakt Van der Burg bezwaar tegen scherpe regels: die hebben weliswaar het voordeel van duidelijkheid, maar ook het nadeel van een beperkte flexibiliteit en responsiviteit voor veranderende omstandigheden (p. 23-24). In recente wetgeving zien we dan ook dat er steeds meer open normen worden geformuleerd, constateert de orator tevreden, klaarblijkelijk zonder zich te realiseren dat deze constatering toch enigszins op gespannen voet staat met zijn vaststelling, slechts enkele pagina's eerder, dat we nog zo bevangen zijn door de 'encyclopedische droom'.

Ik heb enige moeite met dit pleidooi voor open normen. Natuurlijk ben ik het eens met de gedachte dat recht continu onderhevig is aan verandering en daar ook onderhevig aan moet zijn. De vraag is vervolgens hoe we dat het beste kunnen realiseren. Wanneer we het recht vol stoppen met open normen die de rechter makkelijk soepel en naar behoefte kan interpreteren, heeft dat mijns inziens twee bezwaren.

Het eerste bezwaar is dat recht, dat toch ook bedoeld is om enige ordening te geven, op dit ordenend punt tekortschiet als het al te open is. Ik vind wel degelijk dat morele overwegingen meespelen in de interpretatie van het recht. Maar als we normen zo open formuleren dat die morele overwegingen in overwegende mate bepalen wat recht is, dan gaan de idealen met het recht op de loop. Bij minder open geformuleerde normen kan overigens eenzelfde verschijnsel zich voordoen. Ook die normen ontnemen we iedere ordenende zeggingskracht wanneer we ze continu herijken aan de hand van onze actuele moraal.

Het tweede bezwaar is dat we op deze manier een te zware rechtsvormende taak bij de rechter leggen. Ook hier geldt: ik ontken niet dat rechters aan rechtsvorming doen en moeten doen. Maar door open normen vergroten we het rechtsvormend karakter van rechtspraak. Dat heeft bezwaren uit het oogpunt van democratische legitimatie van het recht. Het zij met alle respect gezegd, maar waarom zou ik aan het oordeel over redelijkheid en billijkheid van een aantal raadsheren gebonden moeten zijn?

Mijn stelling is niet dat deze bezwaren tot gevolg hebben dat open normen verboden dienen te worden. Maar het lijkt mij wel dat je in een bespreking

1 Als docent Encyclopedie moet mij van het hart dat ik Van der Burgs gebruik van de term 'encyclopedisch' niet erg gelukkig vind. Aan vele juridische faculteiten bestaat een vak Encyclopedie, maar dat wordt nergens opgevat in de zin die Van der Burg hier bedoelt. De term is juist bedoeld om aan te geven dat louter beschrijvende benaderingen van het recht niet zinvol zijn. Die laatste opvatting werd (bijvoorbeeld door H. Dooyeweerd en enkele decennia later door A. Komen) geassocieerd met het vak Inleiding. Zie bijvoorbeeld de oratie van A. Komen, Denken over encyclopedie ..., Deventer: Kluwer 1975.

Dit artikel uit Netherlands Journal of Legal Philosophy is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

over de wenselijkheid van open normen ook de bezwaren daartegen mee dient te nemen. Van der Burg is echter zo gebiologeerd door de wenselijkheid van verandering en dus van openheid dat dergelijke bezwaren (afgezien van het punt van de nauwkeurigheid) zelfs niet genoemd worden, laat staan in het oordeel betrokken.

Mijn moeilijkheden worden geïllustreerd wanneer Van der Burg vervolgens de rechtspraak van het EHRM als mooi voorbeeld presenteert. Het Europese Verdrag formuleert, zegt hij, rechten als open termen, met ook zeer ruim geformuleerde uitzonderingsbepalingen (p. 24). Al die verdragsbepalingen verwijzen naar fundamentele idealen, die in het kader van het even fundamentele democratische ideaal beperkt moeten worden. Zo wordt het verdrag een flexibel instrument voor de rechtsontwikkeling. 'Wie verlangt naar scherpe normen zal het Verdrag een gruwel vinden; maar wie erkent dat het beschermen van mensenrechten een proces is van toenemende verheldering en implementatie zal dit een gelukkige strategie achten'. (p. 25)

Ik ken dat soort lofzangen op EVRM en EHRM. Maar de praktijk is wel eens minder florissant. Hoe de dynamische interpretatie van het Hof ertoe geleid heeft dat de vrijheid van meningsuiting ondergeschikt is gemaakt aan ergernissen van plaatselijk dominante gelovigen heeft Theo Rosier een paar jaar geleden in een prachtig artikel overtuigend laten zien.[2] In de Dudgeonzaak heeft het Hof bepaald dat homoseksueel gedrag weliswaar in principe beschermd wordt door het recht op privacy (art. 8 EVRM), maar dat een strafrechtelijk verbod op dit gedrag kan vallen onder de uitzondering van de bescherming van de goede zeden (zoals die in het betreffende land, Noord-Ierland, heersten). Homoseksuelen werden alleen gered doordat de betreffende strafbepaling praktisch nooit werd toegepast, waaruit het Hof afleidde dat zij kennelijk niet *noodzakelijk* was voor de bescherming van die goede zeden.[3] Ik kan me moeilijk voorstellen dat Van der Burg erg vrolijk wordt van dergelijke dynamische interpretaties.

We zien, zoals ik zei, in deze rechtspraak de bezwaren, die ik eerder noemde tegen open normen, geïllustreerd: voorzover het EVRM met elkaar concurre-

2 T.E. Rosier, Tolerantie en religie. Over de zaak Van Dijke en de visie van het EHRM inzake godslastering, RM Themis 2000, p. 3 e.v.

3 Case of Dudgeon v. The United Kingdom, Europese Hof voor de Rechten van de Mens, 22 oktober 1981, nummer 00007525/76. Na het schrijven van bovenstaande tekst zag ik dat Van der Burg in een nog te publiceren artikel (W. van der Burg, The Role of Ideals in Legal Dynamics, in: A. Soeteman (ed.), Pluralism and Law, Vol. 4: Legal reasoning, ARSP, Beiheft 91, 2004, p. 31) precies deze zelfde uitspraak gebruikt. Hij leest er echter, anders dan ik, niet uit welke risico's zijn opvatting heeft, maar ziet haar omgekeerd als ondersteuning van zijn visie. Hij citeert een passage die direct voorafgaat aan de passage waar ik op doel, waarin het Hof zegt dat het de veranderde opvattingen over homoseksualiteit in de grote meerderheid van de lidstaten niet over het hoofd kan zien. Van der Burg is lyrisch over '[t]his bold dynamic ambition' van het Hof, maar ik denk dat hij zich te makkelijk rijk rekent. Het Hof accepteert bijvoorbeeld dat het in principe legitiem was van de wetgever ter bescherming van de locale conservatieve moraal de

Dit artikel uit Netherlands Journal of Legal Philosophy is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

rende idealen formuleert en niet of nauwelijks aangeeft tot welke concrete afweging die idealen zouden moeten leiden, wordt het betreffende recht onbepaald en vullen rechters het in. Dat laatste is hier nog erger dan bij nationale rechters, omdat, waar op nationaal niveau een wetgever althans in theorie doorschietende rechters kan corrigeren door nieuwe wetgeving, ten aanzien van het Verdrag een dergelijke correctie onmogelijk is.
Ik begrijp dat Van der Burg wat benauwd is voor een te grote nadruk op coherentie in het recht (zie zijn mijns inziens onterechte kritiek op Klaas Rozemond in noot 75, p. 28). Coherentie kan verstarrend werken. Maar coherentie heeft ook alles te maken met gelijkheid en gelijkwaardigheid. Veranderingen in het recht kunnen daarmee in conflict komen.[4] Men zou wensen dat Van der Burg in een volgende publicatie ook de tegenkanten van zijn pleidooi voor dynamisering laat zien. Deze oratie kan de opstap zijn voor een genuanceerd en belangwekkend betoog.

A. Soeteman (Amsterdam)