

Tilburg University

Het verdwijnpunt van de wet

van Roermund, G.C.G.J.

Publication date:
1997

[Link to publication in Tilburg University Research Portal](#)

Citation for published version (APA):

van Roermund, G. C. G. J. (1997). *Het verdwijnpunt van de wet: Een essay over de symbolwerking van wetgeving*. W.E.J. Tjeenk Willink.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.



W.E.J. Tjeenk Willink

Bert van Roermund

Het verdwijnpunt van de wet



*Een opstel over symboolwerking
van wetgeving*

Schoordijk Instituut
Centrum voor wetgevingsvraagstukken



Het verdwijnpunt van de wet

Schoordijk Instituut

Centrum voor wetgevingsvraagstukken

Bert van Roermund

Het verdwijnpunt van de wet

Een opstel over symboolwerking van
wetgeving



W.E.J. Tjeenk Willink
1997
Deventer

Omslagontwerp: Marit van Vliet

© 1997 Bert van Roermund, 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 4825 2
NUGI 693/301

La culture juridique contemporaine, étouffée d'expertises et prise en étau par les discours fundamentalistes tenus au nom de la science promue en Référence divine, doit reprendre le chemin de l'interrogation sur les fondements de la Raison, qui sont en tous temps et partout dans l'humanité des fondements symboliques.

Pierre Legendre
in: *Law, Life and the Images of Man. Festschrift for Jan M. Broekman*. Berlin, 1996, p. 558.

Voorwoord

Met dit boek worden enkele filosofische grondslagen verantwoord van het onderzoekprogramma 'Symboolwerking van wetgeving', dat door de faculteiten Rechtsgeleerdheid en Wijsbegeerte van de Katholieke Universiteit Brabant binnen het kader van het Schoordijk Instituut werd gefinancierd in de periode 1992-1996. Bestuurders, beoordelaars en subsidiegevers hebben gedurende de afgelopen jaren herhaaldelijk gefronsd bij dat programma: zowel het sleutelbegrip 'symbool' als de diversiteit van onderzoekers was hen te bont. Inderdaad valt het niet mee, de zinvolheid van een programma aan te tonen voordat het is uitgevoerd. Bij de afloop ligt dat anders. Na ommekomst van de termijn moet beoordeeld kunnen worden of het geld goed besteed is geweest. Deze tekst is echter maar één van de grondslagen waarop dat zou kunnen gebeuren. Want hij hangt onverbrekkelijk samen met artikelen en boeken die in de loop van de afgelopen jaren geschreven zijn, door anderen zowel als mijzelf, onder titels waarin de woorden 'wet' en 'symbool' soms voorkomen, soms niet.

Het spreekt vanzelf dat deze studie niet geschreven had kunnen worden zonder de periodieke discussie met de leden van de onderzoekgroep. De veelheid van gezichtspunten en de eigenzinnigheid van eenieder zijn voor mij steeds een uitdaging geweest en ik heb reden om aan te nemen dat die waardering wederzijds was. Degenen die in de loop van het programma op bijzondere wijze mijn gesprekspartners zijn geweest kennen mijn dankbaarheid uit anderen hoofde dan het noemen van hun namen in een voorwoord.

BvR

Inhoudsopgave

Inleiding	1
1 Enkele opmerkingen vooraf	1
2 De wet als regel	5
3 De structuur van het betoog	9
HOOFDSTUK 1	
De nietszeggendheid van wetten	13
HOOFDSTUK 2	
Het symbolische van regels	21
1 Wittgenstein en regels	21
2 Voorbeelden	26
3 Regels als 'uitvinding van noodzaak'	29
HOOFDSTUK 3	
Het perspectief van regels	33
1 Perspectief als symbolische vorm	33
2 Het symbolische van de wet als regel	38
HOOFDSTUK 4	
Voor de wet staan	43
1 Beslissen, berekenen en bepalen	45
2 Voor de beslissing staan	46
3 Situatie en beslissing	49
HOOFDSTUK 5	
Rechter en regel	55
1 De rechter van de wet	56
<i>a De machteloosheid van de rechterlijke macht</i>	57
<i>b De fascinatie van de rechter</i>	59
<i>c De wet van de rechter</i>	61
2 Recht als moreel instrumentalisme	63

Inhoudsopgave

HOOFDSTUK 6	
Procedure en perspectief	69
1 Het procedurele karakter van het recht	69
2 De uitvinding van juridische noodzaak	71
3 Het verdwijnpunt van de wet	73
4 De prijs van de wet	78
HOOFDSTUK 7	
Wetsperspectief en casus	81
1 De casus	81
<i>a Het geschil</i>	83
<i>b De discussie</i>	85
2 De constructie van de wet	88
<i>a Bedenkingen</i>	88
<i>b Het alternatief</i>	92
3 Schadevergoeding in perspectief	96
4 De prijs van het schadevergoedingsperspectief	97
Slot	101
Aangehaalde literatuur	103

Inleiding

Dit essay handelt over de wet als symbool. De opzet is niet om eerst te bepalen wat een symbool 'eigenlijk' is en die bepaling vervolgens toe te passen op het recht. Liever volg ik een andere weg. Ik zal de aandacht vestigen op enkele eigenaardigheden in onze omgang met 'de wet' die om wijsgerige verheldering vragen. Die eigenaardigheden zullen cruciaal blijken voor wat we in de rechtsstaat onder een wet verstaan. In dat kader zal het woord 'symbool' vallen, met geen andere aanspraak dan te verwijzen naar de crux van ons wetsbegrip.

1 Enkele opmerkingen vooraf

Vooraf zijn een paar opmerkingen te maken, om de eenvoudige reden dat denken altijd eerder begint dan men voor mogelijk houdt.

Zo sprak ik van 'onze' omgang met de wet. De gemeenzaamheid tussen schrijver en lezer die het woord 'onze' suggereert, is opzettelijk ingevoerd. Ongetwijfeld komt ze te vroeg. 'Wij' zijn niet allemaal rechtsgeleerden. Maar ook als politicologen, sociologen, taalkundigen en filosofen kan de wet ons treffen als boeiend object van wetenschappelijk onderzoek. Bovendien, en dat is waarschijnlijk belangrijker, hoeft men zelfs helemaal niet wetenschappelijk bezig te zijn op juridisch terrein om gefascineerd te worden door de wet. Als burgers zijn wij onder de wet gesteld, of ons dat nu welkom is of niet. Zelfs om ons eraan te onttrekken moeten we ons ermee inlaten. We moeten beseffen wat het *zou* betekenen eraan gebonden te zijn. Elk goed georganiseerd misdaad-syndicaat weet dat en huurt daarom goede juristen in. Welnu, wat mij interesseert is nu juist wat dit betekent: zich met de wet inlaten.

Zoals gezegd meen ik daarvan enige eigenaardigheden op het spoor te zijn gekomen, die in de literatuur geen overmatige aandacht hebben gekregen. Ik zal proberen deze in een verklarend verband te plaatsen vanuit de invalshoek van de wijsbegeerte, althans de stijl daarvan die ik tracht te beoefenen. Als ik meen enige goede redenen te kunnen aandragen om daarbij het woord 'symbool' in de mond te nemen, dan is daarmee niet méér gebeurd dan wat ook in andere wetenschappen heeft plaatsgevonden: het woord is gemunt om een aantal verschijnselen aan een mogelijk begrip van zaken te binden en dat verband in herinnering te houden. Ik wil dus vertrekken vanuit de werking van de wet in plaats van een vooropgesteld theoretisch begrip dat zijn kameleontische eigenschappen inmiddels ruimschoots heeft bewezen.

Maar die toegeeflijkheid op het stuk van woorden gaat gepaard met enige onbuigzaamheid ten aanzien van het begrip waar het om gaat. Ik zal namelijk proberen aan te tonen dat de eigenaardigheden van onze omgang met de wet niet een reeks randverschijnselen vormen, maar er de kern van uitmaken. Het symbolische van de wet is in mijn visie niet gelegen in een of andere sociologische bijwerking, een retorisch surplus of een morele beginselverklaring, waar andere wetenschappen dan de rechtsgeleerdheid aandacht aan besteden, maar in datgene waar de jurist dagelijks mee te maken heeft. Spreken we dus straks, op het einde de beschouwingen overziende, van 'symboolwerking' van wetten, dan zit daar de pretentie aan vast dat het niet gaat om één van de vele aspecten die de wet óók heeft, maar om datgene wat in onze rechtsstaat de wet tot wet maakt.

Dat is ook de reden waarom ik – met al even hardnekkige opzet – van meet af aan spreek over 'de wet': een enkelvoud dat de jurist slechts zelden in de mond neemt. Op het eerste gezicht heeft het dagelijkse rechtsbedrijf immers slechts van doen met het meervoud: wetten (in formele en materiële zin) als algemeen geldende bepalingen van de overheid die 'naar buiten' werken. Toch zit achter dit dagelijkse juridische spraakgebruik kennelijk een diepere laag, die ook de jurist soms doet spreken in het enkelvoud: de wet. Zo spreekt men over verbintenissen die voortvloeien uit 'de wet' (art 6:1 BW), over cassatie in het belang 'der wet' (art. 95 lid 1 RO), over het verbod aan het adres van de rechter om over de innerlijke waarde van 'de wet' te oordelen (art. 11 AB) of recht te weigeren onder voorwendsel van de onvolledigheid of het stilzwijgen van 'de wet' (art. 13 AB), over de gebondenheid van de rechter aan 'de wet' (art. 12 AB).¹

Wat bedoelen juristen met dit enkelvoud 'de wet'? Het is niet zomaar het enkelvoud van het meervoud 'wetten'. Dat laatste enkelvoud zou eerder aangeduid worden met een onbepaald lidwoord: een wet, bijvoorbeeld de Wet op de Ondernemingsraden, die op zichzelf dan weer bestaat uit allerlei wetsbepalingen. Gaat dit essay over dergelijke afzonderlijke wetten en wetsbepalingen? Ja, herhaaldelijk. Maar niet voorzover ze afzonderlijk zijn. Wel voorzover en omdat ze deel uitmaken van een groter geheel. Soms is ook

1 Vgl. ook het arrest Quint/te Poel (HR 30 jan. 1959, NJ 1959, 548) over de juridische noodzaak om verbintenissen in bijzondere gevallen niet zomaar te construeren, maar te laten aansluiten bij de 'wel in *de wet* geregelde gevallen'. Of bijvoorbeeld de uitspraak in Polak-Zwolsman (HR 14 juni 1968, NJ 1968, 331), waar de Hoge Raad dat '(...) in een geval waarin de tussen partijen bereikte overeenstemming ten aanzien van de regeling van haar verhouding leemten laat bestaan, te kunnen aannemen dat een overeenkomst is tot stand gekomen, in ieder geval nodig is dat aan de hand van de bedoeling van partijen en zo nodig van *de wet*, in het bijzonder de artt. 1374 en 1375 B.W., kan worden vastgesteld, waarin ten aanzien van hetgeen zij niet geregeld hebben haar verbintenissen bestaan; (...).' (mijn cursiveringen, BvR)

dat grotere geheel juridisch aangeduid: men spreekt van een 'wetboek'. Dikwijls bestaat zo'n wetboek uit afzonderlijke 'boeken', die evengoed afzonderlijke wetten hadden kunnen zijn en die in werkelijkheid soms ook op een gegeven moment door nieuwe wetten vervangen worden.² Zo werd het Derde Boek van het Wetboek van Koophandel (de artikelen 764-923) indertijd vervangen door de Faillissementswet van 20 januari 1896. De Faillissementswet wordt sindsdien geacht in het Wetboek van Koophandel te zijn ingelast. Op dezelfde voet zijn er wetten bij dat Wetboek aangehaakt, om de enkele reden dat zij daarmee samenhang vertonen. Die samenhang wordt bepaald door de min of meer onderscheiden aard van de maatschappelijke betrekkingen waarop deze wetten betrekking hebben. Spreekt men bijvoorbeeld op het gebied van de handel van 'de wet', dan is daarmee een vanuit de eigenaardigheden van de handel bepaald geheel van verschillende wetten in zijn samenhang bedoeld. Precies om die reden kan men het bepaald lidwoord gebruiken, omdat de samenhang vanuit het betreffende rechtsgebied geïsoleerd, eventueel geconstrueerd wordt. Die samenhang (en dus het gebruik van de term 'de wet' in deze context) beperkt zich dan ook niet tot de precieze tekstuele grenzen van het Wetboek van Koophandel, maar zet zich door in alle teksten van bepalingen die inhoudelijk met datzelfde gebied van het sociaal-economisch leven, de handel, te maken hebben. Allerlei Europese regelgeving bijvoorbeeld hoort dus tegenwoordig ook tot datgene wat de jurist bedoelt als hij op handelsrechtelijk terrein van 'de wet' spreekt.

Stel nu dat we – toegegeven: voor niet-alledaagse, maar daarmee nog niet irrelevante doeleinden – ook nog abstractie maken van toevoegingen als 'op handelsrechtelijk terrein' of 'op arbeidsrechtelijk terrein'. Dan zouden we de afzonderlijke wetten of zelfs wetboeken kunnen beschouwen als een samenhangend geheel van algemene voorschriften van overheidswege op alle gebieden van samenleven die het recht maar bestrijkt. De samenhang op dit niveau van algemeenheid wordt concreet bepaald door de tijd- en plaatsgebonden concepties in een samenleving omtrent hetgeen vanuit het standpunt van de overheid prospectief voorwerp van rechtsbemoeienis is. Let wel: niet een eigengereid standpunt van de overheid is bepalend, maar de sociaal-politieke conceptie van de rol van de overheid, zoals die mede gevormd wordt door actoren die niet tot de overheid behoren. Dat geheel vormt, om zo te zeggen, het wetboek der wetboeken, of 'de wet'.

Welnu, bij betrekkelijk zeldzame, principiële aangelegenheden, zoals bijvoorbeeld wanneer het gaat over de eenheid van de rechtsorde die in cassatie

2 Het omgekeerde komt natuurlijk ook voor: afzonderlijke wetten die bij een herziening een onderdeel van een wetboek gaan vormen. Het nieuwe Burgerlijk Wetboek biedt daarvan tal van voorbeelden.

bewaakt moet worden, komt dit enkelvoud in de juridische taal voor. Minder zeldzaam is het in de rechtstheoretische taal, omdat die praktisch per definitie geacht wordt te gaan over principiële aangelegenheden. Vandaar dat dit opstel het enkelvoud van de jurist overneemt. Maar even goed als de rechtsgeleerdheid weet de rechtstheorie dat op dit abstractieniveau inhouden worden gearticuleerd die alleen maar af te lezen zijn aan de meer concrete verschijningsvormen van 'de wet', dat wil zeggen aan wetten in hun meer-voudigheid. Door af en toe over concrete wetten of zelfs wettelijke bepalingen te spreken, maar uiteindelijk steeds weer over 'de wet', maken we dus geen ongeoorloofde sprongen tussen begrippelijk gescheiden zaken, maar schakelen we slechts tussen abstractieniveau's waartussen continuïteit bestaat.³

Men zou kunnen betogen dat met de verwijzing naar dit juridische enkelvoud slechts de overblijfselen van een archaisch taalgebruik worden blootgelegd en dat we eigenlijk beter zouden kunnen spreken van 'het recht'. Maar dat staat te bezien, waar toch 1) de wetgever er bepaald niet voor blijkt terug te schrikken bij herredactie van wetgeving zeer gevestigde begrippen naar het verleden te verwijzen (zodat wij nu van 'goederen' in plaats van 'zaken' spreken) en 2) op bepaalde plaatsen, zoals bij de cassatiegronden van de wet RO, de term 'wet' wel degelijk geschrapt is ten gunste van de term 'recht'. Of dan 'de wet' hetzelfde is gaan betekenen als 'het recht' is daarmee niet uitgemaakt, al was het alleen maar omdat 'recht spreken volgens de wet' toch een slag minder tautologisch lijkt dan 'recht spreken volgens het recht'.⁴ Evenmin is het aanlokkelijk te zeggen dat 'de wet' identiek is met wat men wel 'het objectieve recht' noemt, in tegenstelling tot subjectieve rechten. Want een contract is evengoed 'objectief recht', bijvoorbeeld en met name in zoverre niet alleen partijen, maar ook de rechter bij zijn uitleg gebonden is aan de termen ervan. De juridische slagzin dat een contract 'partijen tot wet strekt' doet dan ook vermoeden dat de verwijzing naar de wet een specifieke kleur geeft aan het objectieve recht dat het contract toch al vormt. Dit opstel stelt de vraag wat die kleur nu precies zou kunnen zijn in de tegenwoordige rechtsstaat en gaat ervan uit dat deze inkleuring in ieder geval valt binnen de

3 Het redeneren over begripsinhouden die pas op een bepaald niveau van abstractie kunnen worden blootgelegd, is dan ook geen 'essentialisme'. Essentialisme is de misvatting dat de pertinente kernen van begripsinhouden (of men van 'kern', 'oorsprong' of 'wezen' spreekt maakt niet veel uit) een onmiddellijke verschijningsvorm hebben en dus op een of andere wijze ervaarbaar zijn. De vooronderstelling is, kortom, dat ze 'bestaan' op dezelfde manier als de verschijningsvormen vanwaaruit het denken ze heeft geprepareerd en dat ze dan ook zelf een telkens weer te herkennen verschijningsvorm hebben. Tegen die misvatting richt zich Wittgensteins verwijzing naar 'familiegelijkenissen' als voorbeeld van de heterogene verschijningsvormen van 'hetzelfde'. Daaruit een filosofisch verbod op de term 'wezen' afleiden is misschien een post-moderne vorm van wat Hegel 'Seichtigkeit' noemde.

4 Zie hierover hfst. 5.

inhoudelijke bepaling van het wetsbegrip op het abstractie-niveau dat in de vorige alinea werd aangeduid.

Het gaat bij dit alles om openheid voor de verschillende registers waarin juristen en filosofen hun begrippen vormen. Ik kom de rechtsgeleerden niet aan boord met iets wat zij nog niet weten. Integendeel, wat ik aan de orde stel meen ik van rechtsgeleerden te hebben geleerd. Maar ik hoop er woorden voor te vinden die hen in hun wetenschap stijven, zodat ze het ook willen weten wanneer het – in naam van de alles-rechtvaardigende ‘praktijk’ – gemakkelijker is om het te vergeten.

2 De wet als regel

Het lijkt geen twijfel dat het begrip van de wet in de moderne rechtsstaat ten nauwste verbonden wordt met een ander begrip, namelijk het begrip *regel*. De wet is primair⁵ niet beschrijving, belofte, bevel of beding, maar regel.⁶ Deze stelling behoeft, behalve nadere argumentatie, ook een kleine toelichting. Want eerder werd aangekondigd dat ik het symbolisch karakter van de wet zal situeren in de harde kern van het wetsbegrip. Dus bevat deze stelling de aankondiging van een andere, namelijk dat de regelstructuur van de wet (en daarmee het uitvaardigen, volgen, toepassen en handhaven van regels) een specifieke symbolische orde met zich meebrengt (en daarmee een specifieke omgang met de orde die ‘de wet’ is). Maar laat ons eerst stilstaan bij de stelling dat de wet in onze rechtsstaat primair regel is.

De klassieke studie van Böhlingk en Logemann [1966] over het wetsbegrip in Nederland omschrijft de wet als een van overheidswege (‘door gezagsdragers’) vastgestelde *algemene rechtsregel die naar buiten werkt*.⁷ Logemann merkt in dat verband op: ‘Het is aan de regel, dat de attributen ‘naar buiten werken’ en ‘algemeenheid’ moeten worden toegevoegd om te komen tot het materiële wetsbegrip van de rechtsstaat.’⁸ Een dieper inzicht in het wetsbegrip zou dus inderdaad allereerst gewonnen kunnen worden door ons te buigen over de gedachte dat de wet hoe dan ook *regel* is. Want hoewel met die gedachte nog slechts een algemene afbakening is bereikt, sluit zij een aantal andere denkmogelijkheden uit. Dat de wet hoe dan ook regel is, betekent dat hij niet – in ieder geval niet in eerste instantie – beschrijving, bevel, belofte of beding is.

5 Zie verderop in deze paragraaf voor een uitleg van het woord ‘primair’.

6 Vgl. Scholten [1931: 12vv.].

7 [1966: 80 en *passim*].

8 [1966: 111].

Aan de stelling dat de wet niet beschrijft maar voorschrijft, zal ik niet veel woorden hoeven te besteden. Ze berust op 'het algemeen aanvaarde onderscheid tussen twee soorten 'wetten': die welke bestaande oorzakelijke ordeningen verklaren (zoals in de natuurwetenschappen gebeurt) en die welke het bestaan van normatieve instituties (ver-)ordenen (zoals in het maatschappelijk-politiek leven gebeurt). In het eerste geval is er sprake van een (natuur-) noodzakelijk 'moeten', in het tweede geval van een (institutioneel-) verplichtend 'moeten'.⁹ Maar zelfs als duidelijk is dat het in verband met het recht om de laatste categorie wetten moet gaan, kan men zich de vraag stellen op welke leest dit verordenende moeten eigenlijk geschoeid is.

Een niet onbegrijpelijke, maar daarom nog niet verdedigbare gedachte is dat de wet in deze laatste zin uiteindelijk neerkomt op een bevel (van hogehand). In zijn – ook al weer klassieke – dissertatie *Norm en handeling* [1956] zoekt Glastra van Loon het kenmerkende onderscheid tussen regel en bevel in het gegeven dat een regel¹⁰ bepaalt '(...) wat, gegeven bepaalde omstandigheden, legitieme [sc. onderlinge, BvR] verwachtingen omtrent het gedrag van een of meer anderen zijn. De norm bepaalt tussenmenselijke verhoudingen op een vergeleken met het bevel *indirecte* wijze: de norm zegt niet wat een geadresseerde moet doen of laten, maar wat hij van anderen en anderen van hem mogen verwachten.'¹¹ Het is verleidelijk te denken dat het hier om feitelijke verwachtingen gaat. Maar zijn de onderlinge verwachtingen dat men zich op een bepaalde manier zal gedragen niet eerder een sociaal-feitelijke correlaat van het *gelden* van bepaalde regels dan dat zij onze kennis-verhouding tot regels in het algemeen en het zich-gebonden-weten aan regels in het bijzonder zouden uitputten? Neen, feitelijke verwachtingen spelen een ondergeschikte rol. Maar als het niet om feitelijke verwachtingen gaat, dan gaat het dus om redelijke, gerechtvaardigde, legitieme verwachtingen. Dan verschuift de vraag naar het statuut van het 'mogen' in de frase 'mogen verwachten'. Ook dat mogen is een vorm van voorschrijven of verordenen, en onze vraag had betrekking op de basisstructuur van deze vorm. Maar komen wij door de analyse in termen van onderlinge, nota bene *legitieme*, verwachtingen dan wel dichter bij een inzicht in wat het betekent een regel te volgen? Kan men niet met evenveel recht zeggen dat de redelijkheid van zulke

9 Zoals bekend zijn er in vele talen specifieke woorden die dit onderscheid markeren (moeten-behoren, müssen-sollen, must-should).

10 Of norm. Vanaf de eerste zin van het boek is duidelijk dat de auteur deze begrippen gelijkstelt. Dit lijkt mij geen aanbeveling te verdienen. In mijn opvatting biedt het begrip 'regel' een bepaalde articulatie van normativiteit of – als men dat liever hoort – van normatieve structuren. Een andere articulatie is bijvoorbeeld het bevel. Bevelen zijn wel degelijk normatief, al is ons idee van een rechtsnorm in de moderne tijd niet meer op die articulatie gebaseerd.

11 [1956: 213].

verwachtingen juist gebaseerd is op het onderlinge vertrouwen dat men in een zeker geval 'de regel zal volgen' omdat de regel gevolgd *behoort* te worden? Het is een in de theorie van het contractenrecht niet onbekende strijd: de functionele analyse dat er contractuele gebondenheid moet worden aangenomen daar waar sprake is van gerechtvaardigd vertrouwen, stoot steeds weer op het bezwaar dat het vertrouwen nu juist in de eerste plaats gerechtvaardigd is omdat er sprake is van contractuele gebondenheid.¹² De functionele benadering lost dan ook niet veel op. Wat zij voornamelijk doet is óf de vraag verschuiven, óf een stukje sociologie inlassen waar haar filosofische analyse het laat afweten. Daarmee wordt echter niet werkelijk *begrepen* wat 'wij' (juristen, burgers, of gezagsdragers) doen als we een regel volgen, over de gelding van een regel discussiëren, of veroordelingen uitspreken wegens overtredingen van zo'n regel. De eigenlijke inzet van Glastra van Loon lijkt mij dan ook te zijn dat bevelen reeds een normatieve context in zich bergen. Daar kan men het van harte mee eens zijn. Maar dat betekent nu juist dat we normen niet in termen van bevelen moeten analyseren, maar andersom.¹³

Dit wil natuurlijk niet zeggen dat het wetsbegrip in de moderne rechtsstaat geen elementen van een bevel kent. Dat is wel degelijk het geval. Immers, de bepaling van de wet als een regel (eerder dan een bevel) van hogerhand, stuit altijd nog op het probleem dat uiteindelijk niet bij regel bepaald kan worden wie voor 'hogerhand' kan doorgaan. Het Ancien Régime, alsook de empirisch ingestelde Angelsaksische filosofie na 1789, trok uit deze uiteindelijke problematiek de conclusie, dat dan ook maar van meet af aan het recht vereenzelvigd moet worden met het bevel van de feitelijk-machtigste. In de loop van deze studie zal blijken, dat de moderne rechtsstaat met de gedachte van de wet als regel eerder een uitstel dan een ontkenning van deze uiteindelijke problematiek beoogt. Het wetsbegrip is dan ook te vergelijken met een palimpsest: een hergebruikt perkament waarop duidelijk het parool van de wet als regel staat geschreven, maar waar de uitgewiste, vroegere tekst van de wet als bevel nog doorheen schemert. En het is waarschijnlijk niet de enige tekst die er doorheen schemert.¹⁴ Voorzover onze cultuur de resultante is van een nooit opgeloste spanning tussen het Griekse en het Joodse denken, zijn er wellicht ook elementen van het klassiek-Joodse wetsbegrip te ontdekken,

12 Zie de discussie Atiyah – Fried, en de analyse daarvan in Van Roermund [1990a].

13 Elders (Van Roermund [1990d: hfst. 3]) heb ik in dezelfde geest aangetoond dat met name de sanctie in een bevel ('je geld *of je leven!*') een open plaats voor een norm opvult, met anderen woorden dat een bevel eigenlijk een norm of regel veronderstelt, en dus een regel principieel niet tot een bevel kan worden gereduceerd.

14 Voor een diepgravende analyse van het wetsbegrip in de Griekse Oudheid, op basis van een zowel tekstuele als theater-wetenschappelijke analyse, zie de werken van Tindemans [1994], [1996a], [1996b].

waarin het gebod ('Gij zult ...') eerder een belofte en een aansporing dan een bevel is.¹⁵ Overigens: zoals de gedachte van de wet als regel niet de eerste tekst op het perkament was, zo zal het misschien ook niet de laatste zijn. Wie de hedendaagse politiek analyseert kan tot de bevinding komen dat aanzienlijke hoeveelheden wetgeving beginnen te functioneren in een soort van onderhandelingsproces tussen maatschappelijke groeperingen, een proces waarbij de overheid een der partijen is. Misschien zijn wij op weg naar een opvatting van de wet als 'beding'. Door de afkondiging van een wet verordent de overheid dan niet hoe rechtsonderhorigen zich hebben te gedragen, maar neemt zij een onderhandelingspositie in vanwaaruit zij bereid is compromissen te sluiten. Voorbeelden van deze tendens zijn de vele vormen van 'gedoogbeleid' die de overheid zich permitteert. De uitspraken van ex-minister Gruijters in de parlementaire enquête inzake de bouwsubsidies lieten er geen misverstand over bestaan dat de overheid zich van deze begripwijziging ook min of meer bewust is.¹⁶ In een breed theoretisch verband is zij overigens aan de orde gesteld door François Ewald: de wet wordt in de verzorgingsstaat in toenemende mate een afkoop-formule voor maatschappelijk-politieke discussies. Elke poging om via de wet maatschappelijke verantwoordelijkheid om te zetten in juridische aansprakelijkheid wordt in feite onderschept doordat via verzekeringstechnieken de betaling van onverantwoord handelen wordt verdund over de hele maatschappij.¹⁷ Dit alles neemt echter niet weg dat de gedachte van de wet als regel nog altijd een duidelijk dominante positie inneemt, zowel in de 'ideologie' als in de 'praktijk' van de moderne rechtsstaat.

Men zou kunnen bedenken dat de verhouding tussen recht en regel eens en vooral is geformuleerd in de beroemde Digesten-passage D. 50. 17.1 ('non ex regula'): het recht komt niet uit de regel voort, maar omgekeerd: de regel ontstaat uit het bestaande recht, als een soort van uittreksel.¹⁸ Hoewel deze formulering verrassend modern klinkt, vooral voor degenen die het Amerikaanse rechtsrealisme een warm hart toedragen, moet men zich hier hoeden voor anachronismen. De gedachte dat de wet regel is betekent geen terugval naar een vóór-Romeinse rechtsopvatting, maar is een nadere bepaling van de met de Verlichting geïntroduceerde zienswijze dat het recht gebonden is

15 Vgl. J. Steinbeck, *East of Eden* (London, Heinemann, 1976 (1952)), p. 263f., waar het gaat over de vertaling van het Hebreeuwse woord *timshel*: niet 'gij moet' of 'gij zult', maar zoiets als 'gij kunt als het u belieft' – opening van een toekomst op basis van een keuze.

16 Vgl. Van Seters [1988: 29-30].

17 Vgl. Ewald [1986a] en [1986b].

18 Of zoals het er staat: een verkorte *opsomming*: 'Regula est, quae rem quae est breviter enarrat.' Zie ook onder 3: 'Per regulam igitur brevis rerum narratio traditur.' Vgl. voor een verdere uitleg Herberger [1981: 69vv.]. Over 'verkorting' als perspectivische techniek zie hoofdstuk 4.

aan (niets dan) de wet.¹⁹ Waar er volgens deze zienswijze geen recht *bestaat* zonder wettelijke regel, daar kan men niet de zaken omkeren en beweren dat de wettelijke regel het bestaande recht samenvat.

3 De structuur van het betoog

Zoals gezegd: het betoog van dit essay behelst dat de 'symboolwerking van wetgeving' is gelegen in de regelstructuur die het wetsbegrip aankleeft. Om die aanspraak te ondersteunen zal eerst een beschrijving worden gegeven van de meest typische wijze waarop de wet zich in onze rechtsorde aan de rechtsonderhorigen presenteert. Het eerste hoofdstuk stelt op basis van een aantal voorbeelden, dat grote complexen van wettelijke regelgeving steevast een sluitsteen kennen, die de rechtsonderhorige niet zegt wat er gedaan behoort te worden, maar die het uiterlijk heeft van een tautologie: er moet gedaan worden wat er gedaan moet worden. De wet spiegelt als het ware de positie die de rechtsonderhorige inneemt. In het tweede hoofdstuk wordt een verklarend kader geboden voor dit verschijnsel, en wel vanuit de beschouwingen die Wittgenstein heeft gewijd aan het begrip 'regel'. Uit die beschouwingen spreekt een grondig wantrouwen tegen de overtuiging dat we regels volgen, toepassen of terzijde laten door ze te 'interpreteren', dat wil zeggen er betekenissen uit te halen die er eerst op een of andere manier ingestopt zijn. Wittgenstein laat zien dat we met regels kunnen omgaan, eerst en vooral omdat ze ons in een bepaalde lijfelijke houding dwingen. We kunnen ze vanuit die houding volgen doordat we onszelf met huid en haar in zo'n regel projecteren.

De vergelijking met het perspectief dringt zich op: een welkome vergelijking, want het perspectief wordt door één van de grootste kunstbeschouwers van onze eeuw, Erwin Panofsky, een 'symbolische vorm' in de geest van Cassirer genoemd. De wet zien als een regel betekent dus het toegeven aan een soortgelijke verleiding als een voorstelling in perspectief biedt: meegaan met de specifieke techniek waarmee een sociaal-politiek probleem wordt omgevormd tot een oplosbare juridische casus, en vooral met de suggestie van noodzaak die erin ligt besloten. In hoofdstuk 3 wordt uitgewerkt hoe in het zien van perspectief het subjectief innemen van een standpunt en het objectief weergeven van de werkelijkheid elkaars gevangenen worden. Niet voor niets werd het perspectief door zijn uitvinders 'costruzione legitima' genoemd. Wie er over nadenkt zal onmiddellijk de uitdagendheid van die benaming onderkennen: moet iets dat 'legitiem' geacht kan worden

¹⁹ Nader over de gebondenheid in hoofdstuk 5.

niet altijd een re-constructie zijn, zodat de juistheid ervan beproefd kan worden? Precies die suggestie, dat meegaan met een perspectief en zich gebonden weten aan de regel van de wet, alleen maar mogelijk zijn op basis van een reeds beschikbare werkelijkheid die opnieuw wordt afgebeeld, die suggestie wordt afgewezen. Het volgen van een regel blijkt neer te komen op 'uitvinding van noodzaak'.

Maar wat is dan dat standpunt, die houding waartoe een wet ons enerzijds dwingt, en die ons anderzijds pas in staat stelt te vatten waar diezelfde wet over gaat? Het antwoord in hoofdstuk 4 is dat de wet ons alleen aanspreekt als we ons engageren om een beslissing te nemen. Dat klinkt vanzelfsprekend, maar 'voor een beslissing staan' houdt een heleboel in waar we meestal aan voorbijgaan, omdat we beslissen opvatten ofwel als het kiezen van de meest efficiënte middelen bij reeds vaststaande doeleinden ofwel als het willekeurig doorhakken van knopen bij onverenigbare alternatieven. Maar juist het lijfelijk engagement dat in een beslissing gelegen is, wordt dan over het hoofd gezien. De wet zegt alleen iets voor degene die in een bepaalde situatie een beslissing – en daarmee verantwoordelijkheid – moet nemen op basis van ongewisse beperkingen en globale doelstellingen. Daarom kon Scholten zeggen dat de beslissing in de rechtsvinding zelfstandige betekenis heeft ten opzichte van de regel. Volgen we hem in die uitspraak? Dat is verre van zeker, want Scholtens *Algemeen Deel* blijkt slachtoffer geworden te zijn van filosofische vertogen die overal 'interpretatie' ontwaren en die het recht uitsluitend beschouwen als een bijzonder toepassingsgebied van de moraal dat met behulp van wat extra interpretatietactieken beheerst kan worden. Hoofdstuk 5 bestrijdt deze zogenaamde *Sonderfallthese* en het instrumentalisme dat eruit spreekt.

Zoals de symbolische vorm van het perspectief geconstrueerd wordt op basis van een klein aantal fundamentele wetmatigheden, zo wordt ook de symbolische vorm van de wet als regel geconstrueerd: op grond van enkele basisprincipes die in elke situatie hun werk doen. Ze hangen samen met het procedurele karakter van het recht, zoals hoofdstuk 6 beargumenteert. Daaronder wordt niet louter het procesrecht in de gewone zin des woords begrepen, maar alles wat het recht tot een perspectief-techniek maakt waarmee geschillen kunnen worden beëindigd, inclusief de dwang tot beslissen en de dogmatiek. Bovendien, zoals het zogenoemde lineaire perspectief slechts één van de symbolische vormen is om de visuele ruimte legitiem te construeren, voorafgegaan en gevolgd door andere 'uitvindingen van noodzaak', zo is ook de voorstelling van juridische noodzaak die wij met dat procedureel gestructureerde recht tot uitdrukking brengen, een uitvinding. Zoals het lineaire perspectief de werkelijkheid reduceert tot een samenstel van lijnen die omtrekken aangeven, en alle overige visuele aspecten negeert, zo brengt het juridische perspectief dat wij in onze rechtsstaat hanteren een reductie aan:

we reduceren verantwoordelijkheid tot aansprakelijkheid en aansprakelijkheid vervolgens tot verzekeraarbaarheid. Het zou echter een vergissing zijn te menen dat dit inzicht ons in staat stelt om juridische noodzaak naar believen anders te construeren.

Een casus waarin dit alles, bij wijze van proef op de som, scherp naar voren komt is de eerste zaak van 'wrongful birth' waarover de Hoge Raad in 1997 een beslissing had te nemen en die een levendige en fundamentele discussie veroorzaakte in de Nederlandse juridische wereld. In hoofdstuk 7 laat ik aan de hand van deze casus en de discussie daarover zien, hoe de hoofdelementen in het procedurele karakter van het recht, met name de proces-techniek en de juridische dogmatiek, ertoe bijdragen om in zulk een geval maatschappelijke verantwoordelijkheden vast te leggen, te verdelen en om te zetten op een wijze die moreel bevredigend, maar tegelijk buitengewoon reductief is.

Dit alles levert natuurlijk geen complete theorie over het wetsbegrip op. Ik wil slechts enkele aspecten van dat begrip nader onderzoeken. Bovendien, hoe die aspecten hun uitwerking vinden in de veelvormigheid van de wetgeving in de hedendaagse rechtsstaat, is daarmee nog niet vastgelegd. Ik ben dan ook niet ongevoelig voor de onvermijdelijke opmerking, dat men wetgeving in formele en materiële zin, beleidsregels en quasi-wetgeving, 'soft law' en 'co-producties', benevens de mij onbekende, maar evengoed pronte benamingen die er tussen het drukken en het verschijnen van dit boek nog zullen worden uitgevonden, toch niet zomaar allemaal over één rechtstheoretische kam kan scheren. Mijn antwoord daarop is echter dat ik in dit stadium heb willen bijdragen aan een kader waarbinnen de verschillen tussen al die verschijningsvormen tot uiting kunnen komen. Want ik ben ervan overtuigd dat zij nu eens veel te gemakkelijk 'regels' genoemd worden, dan weer terloops 'voorschriften' heten, om bij andere gelegenheden als 'richtlijnen', 'verordeningen', 'verdragen' of 'accorden' door het juridische leven te gaan, zonder dat iemand de vraag in herinnering houdt die in dit opstel gesteld wordt: hoe wij er ons aan gebonden kunnen weten? Psychologische, sociologische, economische, ja zelfs theologische en ethische verklaringen daarvoor zijn er te over. Maar wat hebben we daaraan zolang zij niet méér doen dan verwijzen naar beschikbare globale theorieën en niet naar de manier waarop iemand die de wet probeert na te leven of te ontlopen, te stellen of toe te passen, zich verantwoordt? Zij hebben een schijn-concreetheid die bij nader inzien verdampt in een wolk van abstracties. Liever sluit ik mij met de nodige bescheidenheid aan bij het project dat Kelsen begon: proberen te begrijpen wat de eigen aard is van de juridische norm.

De nietszeggendheid van wetten

Het is eigenlijk verbazingwekkend dat er van ‘de wet’ (c.q. van die complexen van bepalingen die wij ‘wetten’ noemen) ook maar enige zeggingskracht uitgaat en dat wij dientengevolge in staat zijn, verschil te maken tussen een gang van zaken waarbij iemand zich aan de wet houdt en één waarbij dat niet het geval is. Daarvoor zijn verschillende redenen te noemen. Ten eerste kan handhaving met behulp van dwang alleen maar werken als die slechts in betrekkelijk incidentele gevallen hoeft te worden ingezet. Tegen massale wetsovertreding is geen kruid gewassen, zeker niet als de handhavers van het openbaar gezag zich zelf nog iets aan de wet gelegen willen laten liggen. De moderne wetgevingstechniek beklemtoont dan ook dat regelgeving niet zinvol is als men tevoren geen goede inschatting maakt van de handhavingsproblemen. Ten tweede biedt elke wet een zee van interpretatiemogelijkheden: open normen en vage begrippen zijn nu eenmaal inherent aan regelgeving die een bepaalde graad van algemeenheid moet hebben. Zo kan men – om een in de rechtstheorie tot op de draad versleten voorbeeld te noemen – twisten over de vraag of kinderwagens en steppen, ambulances en fietsende agenten uitzonderingen vormen op de regel ‘voertuigen verboden’ aan de ingang van het park, of juist toepassingen van die regel. Mij dunkt: het laatste. Degenen die met de wet te maken krijgen – bestuurders, rechters, maar vooral ook burgers – worden geacht er een ‘redelijke’ zin aan te geven. Juist daardoor krijgt de regel zijn algemeenheid.¹ Maar dat lijkt nog steeds te veronderstellen dat de wet in ieder geval een aanzet geeft in de richting waarin die interpretatie moet gaan.

Welnu, daar ligt een derde en diepere reden voor enige verbazing: doen wetten dat eigenlijk wel? In de alledaagse zin opgevat kan die vraag alleen maar op ferm tegengas rekenen: ‘Natuurlijk doen ze dat! Hoe zouden het anders wetten zijn?’² Maar stel dat we weerstaan aan de verleiding om ons te laten imponeren door wat er zoal in naam van de alledaagsheid over het recht wordt verkondigd (daarbij inbegrepen de ophef over wat ‘de praktijk’ ons allemaal leert), dan moeten ons toch enkele merkwaardige dingen opvallen. Wanneer de wetgever in art. 6:162 lid 2 BW zegt dat het onrechtmatig is zich te gedragen

1 Vgl. Nieuwenhuis [1995].

2 Vrij naar de Dogmatiker in Goethes *Walpurgisnachtstraum*, als hij zich tot de Skeptiker wendt: ‘Ich lasse mich nicht irren schrei’n, nicht durch Kritik und Zweifel. Der Teufel muß doch etwas sein; wie wär’ denn sonst noch Teufel?’

Hoofdstuk 1

in strijd met 'hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt', dan staat daar toch eigenlijk dat je niet mag doen ... wat je niet mag doen. Er lijkt sprake van een cirkel. We verwachten van de wet een antwoord op de vraag: wat moeten we doen? En de wet - na enige omslachtige bepalingen - weerkaatst onze vraag: uiteindelijk moet je doen wat je moet doen. Is dat dan niet een zwakgebod van de wet, daar zij toch in de eerste plaats nodig geacht wordt omdat anders het maatschappelijk verkeer in het honderd loopt? Misschien luidt het weerwoord dat ik met opzet het 'vangnet' onder het privaatrechtelijk verbintenissenrecht heb uitgekozen en dat er toch wel voorbeelden van gedetailleerde wetgeving in datzelfde privaatrecht zijn te vinden. Dat moge zo zijn, maar alleen al het feit dat het privaatrecht een 'vangnet' nodig heeft om het een zekere afronding te geven, brengt een verre van onschuldige vraag met zich mee; namelijk, of dit vangnet dan niet precies datgene is waar het privaatrecht uiteindelijk om draait in plaats van slechts een noodoplossing bij randverschijnselen? Is de rand hier niet (tegelijk) de kern? Als die vraag bevestigend beantwoord moet worden, dan is de term vangnet zelfs misleidend. Het zou dan immers eerder gaan om een cruciale rol in de normgeving zelf, een soort sluitsteen van het gewelf, en in die zin een dragende constructie: een 'grond'.³ Laten we daarom de proef op de som nemen door ons wat verder van het privaatrecht te verwijderen.

De stelling is dus dat elke wet uiteindelijk neerkomt op een sluitsteenbepaling die alleen maar zegt dat we moeten doen wat we moeten doen. Ik zal voorbijgaan aan voorbeelden die nog tamelijk dicht tegen de privaatrechtelijke sfeer aanliggen, zoals art. 1638z BW, waar tot slot en besluit van het arbeidsrecht bepaald wordt dat een werkgever moet doen en nalaten wat een goed werkgever moet doen en nalaten. Om dezelfde reden ga ik voorbij aan de nieuwe Wet Geneeskundige Behandelingsovereenkomst, die op soortgelijke wijze naar de plichten van 'een goed hulpverlener' verwijst. Sterker is het om voorbeelden te zoeken in rechtsgebieden die wat meer onder de druk van het legaliteitsbeginsel staan.

Het verkeersrecht bijvoorbeeld - toch een terrein van gedetailleerde instructies, en bovendien in vele opzichten een metafoor voor de werking van het recht als zodanig. Ook hier vinden we zo'n sluitsteen, die zorgt dat het hele gewelf niet instort. Hij is zelfs onlangs nog vernieuwd bij gelegenheid van de Wegenverkeerswetgeving 1994.⁴ De sluitsteen wordt met name gevormd door art. 5 WVV '94, dat het omstreden art. 25 WVV '35 is komen vervangen. Dit oude artikel bepaalde, dat het verboden was zich zo te gedragen dat

3 Derrida's betoog over het 'gevaarlijke supplement' in *De la Grammatologie* staat op de achtergrond bij deze vraag. Voor de noties 'grond' en 'gronden' in recht en politiek, verwijst ik naar het dissertatieproject van S. Espigares Tallon.

4 Zie Simmelink [1995].

(redelijkerwijs is aan te nemen dat) daardoor de veiligheid van het verkeer op de weg in gevaar wordt gebracht.⁵ Het kwam er dus inderdaad op neer dat men niet mocht doen wat men niet mocht doen. Dit leverde dan ook de nodige spanning, volgens sommigen zelfs duidelijke strijdigheid⁶, op met het *Bestimmtheitsgebot*, dat deel uitmaakt van het (strafrechtelijk) legaliteitsbeginsel.

Bezien we nu wat na de renovatie art. 5 WWV '94 brengt, dan zijn de verschillen slechts met een loep waarneembaar. De sluitsteen is onwrikbaar op zijn plaats gebleven tijdens de verbouwing. De nieuwe tekst luidt immers: 'Het is een ieder verboden zich zodanig te gedragen dat gevaar op de weg wordt veroorzaakt of kan worden veroorzaakt of dat het verkeer op de weg wordt gehinderd of kan worden verhinderd.' Met andere woorden: niemand (ook niet de niet-weggebruiker) mag gevaar of hinder voor het verkeer veroorzaken. In de parlementaire en wetenschappelijke discussie over de invoering van deze bepaling wordt zonder meer erkend dat het hier gaat om een 'complement', of 'supplement' van de specifieke bepalingen van de wet; maar ook dat dit complement of supplement tegelijk juist de 'grondnorm'⁷, dat wil zeggen de kern van de hele WWV vormt. Als dat echter waar is, dan zegt ook art. 5 WWV '94 – zij het op nog algemenere wijze dan het oude artikel – dat men in, ja zelfs jegens, het verkeer op de weg dient te doen wat dat verkeer vereist, met andere woorden: wat men dient te doen in (jegens) het verkeer. De wet bekrachtigt dat, maar voegt er niets uit zichzelf aan toe. Opnieuw blijkt dus dat de sluitsteen van al die regels van een onthutsende nietszeggendheid is.

Wordt dat beeld gecorrigeerd wanneer we een meer klassiek aan het legaliteitsbeginsel gebonden rechtsgebied in de beschouwing betrekken, zoals bijvoorbeeld het strafrecht?⁸ Onmiskenbaar omvat het strafrecht tal van regels die gedetailleerd omschrijven welke handelingen strafbaar zijn en welke procedures gevolgd moeten worden bij opsporing, vervolging en bestraffing. Aan al die regels gaat echter een regel vooraf, die als het ware van een andere orde is. Spraken we tot nu toe van 'vangnet' of 'sluitsteen', in het geval van art. 1 lid 1 WvSr ontkomen we er niet aan te spreken van een fundament:

- [1] Geen feit is strafbaar zonder een daaraan voorafgaande wettelijke strafbepaling.

5 'Het is verboden zich op een weg zodanig te gedragen, dat de vrijheid van het verkeer zonder noodzaak wordt belemmerd of de veiligheid op de weg in gevaar wordt gevraagd of redelijkerwijs is aan te nemen, dat de veiligheid op de weg in gevaar kan worden gebracht.'

6 Vgl. Groenhuijsen [1987: 18].

7 Simmelink [1995], hfdst. 4 en passim.

8 Ik beperk mij tot het materiële gedeelte.

Uiteraard moet erkend worden dat met dit artikel meer dan alleen het strafrecht op het spel staat; het hele recht is in deze bepaling betrokken voorzover ook op andere rechtsgebieden 'de wet' bron van recht is.⁹ In art. 1 lid 1 WvSr. wordt dan ook niet zozeer een strafrechtelijk verbod, alswel een verbod van hogere orde voor de gehele strafrechtspleging geformuleerd. Ik zal het artikel echter vooral in zijn strafrechtelijke uitwerking nemen.

Voor de jurist is het vanzelfsprekend dat art. 1 lid 1 WvSr uiteindelijk doelt op de strafbaarheid van degenen die de daar bedoelde feiten pleegden. Immers, feiten kun je niet straffen. Deze strafbaarheid moet worden gepositieerd in een soms moeizaam proces van opsporing, vervolging, berechting. Centraal daarin staat het Openbaar Ministerie. 't Hart heeft erop gewezen dat de taak van deze magistratuur¹⁰, nl. de handhaving der wetten (art. 4 RO), '... in overeenstemming met de gewijzigde cassatiegronden geïnterpreteerd dient te worden als 'handhaving van het recht'.¹¹ Deze interpretatie levert volgens 't Hart niet alleen een betere aansluiting op bij de wettelijke omschrijving van de politietaken, maar verschaft ook inzicht in het opportuniteitsbeginsel dat het (Nederlandse) strafrecht kenmerkt. Dit beginsel moet immers evengoed – zij het niet met dezelfde pertinentie – als een fundament van strafrechtspleging worden gezien als het legaliteitsbeginsel. Nu moet het opportuniteitsbeginsel uiteraard niet worden uitgelegd als een vrijbrief om nieuwe delicten te verzinnen buiten de wet om. Maar het is ook geen vrijbrief voor het OM om af en toe de touwtjes eens te laten vieren. Wat het OM doet in de toepassing van het opportuniteitsbeginsel maakt onderdeel uit van zijn taak in het algemeen: handhaving van het recht. De beginselen en samenhangen van het objectieve strafrecht zijn uiteindelijk beslissend in de afweging of een bepaalde overtreding van een strafrechtsregel vervolgd moet worden. Anders gezegd: om te bepalen of een 'feit' strafbaar is moet 'de wet' eigenlijk verstaan worden als 'het recht', zij het dat ik daar onmiddellijk aan moet toevoegen: bedoeld wordt het gestelde recht in strafrechtelijke zin. Maar die toevoeging kan niet verhelen, dat nu ook hier, in het centrum van het strafrecht, zich een werveling begint voor te doen: als strafrechtelijk verboden is, niet wat de strafwet

9 Dit beginsel vindt dan ook een parallele verankering in art. 16 Gw.

10 Wat men onder de 'magistratelijheid' van het Openbaar Ministerie precies zou moeten verstaan, is (recent) voorwerp van felle discussie geworden naar aanleiding van de zeggenschap over het OM waarop de Minister van Justitie aanspraak maakt. Hoewel ik mij aanpas aan het traditionele woordgebruik van het OM als 'staande magistratuur' ben ik het zeer eens met de principiële stelling van Cliteur dat het in feite deel is van de uitvoerende macht en dat er binnen dat principe nog alle ruimte is om af te wegen hoe verstandig het is dat de minister aanwijzingen zou geven op het niveau van concrete gevallen die onder de rechter zijn.

11 't Hart [1983: 29]. N.B. in 1963 werd art. 99 RO gewijzigd in 'schending van het recht'.

verbiedt, maar wat het strafrecht verbiedt, dan lijken wij weer eens bij een perfecte tautologie aangeland.

Met een andere lezing van art. 1, lid 1 WvSr komen we bij dezelfde conclusie uit. Er is weinig op tegen om uit formulering [1] de implicatie [2] valt af te leiden:

- [2] Als een feit niet door een wettelijke strafbepaling wordt voorafgegaan, dan is het niet strafbaar.

Logisch klopt het: men kan de operator 'geoorloofd' definiëren als de negatie van een verbodsoperator. Juridisch moet echter een behoorlijke nuance worden aangebracht. Men kan [2] bijvoorbeeld niet zonder meer lezen als: wat (strafrechtelijk) niet verboden is, is (strafrechtelijk) geoorloofd. Het mag immers juist zijn dat het strafrecht afkerig is van ad-hoc-bepalingen en analoge wetstoepassing, laat staan zich wil inlaten met de gedachte dat rechtssubjecten altijd bedacht moeten zijn op de Staatsrason willen zij buiten het bereik van de strafautoriteiten blijven.¹² Maar er is ongetwijfeld ook een 'grijze zone' rond strafbepalingen. Die zone wordt benut voor zeer uiteenlopende zaken, die allemaal dit gemeen hebben: ze tonen aan dat er in naam van het strafrecht ook daar op te treden valt waar nog geen wettelijke formuleringen voorliggen. Dat geldt bijvoorbeeld voor de regelgeving in het Besluit Buitengewone Strafrechtspleging (1943), waarbij vanwege de uitzonderlijkheid der delicten, in oorlogstijd gepleegd, achteraf straffen werden gesteld op bepaalde gedragingen. Het geldt ook voor de bekende veroordelingen wegens diefstal van electriciteit en voor computercriminaliteit, die zich weliswaar niet konden beroepen op de precieze definitie van stelen als het wegnemen van 'een goed' in de taalkundige zin van het woord, maar evengoed standhielden omdat men die definitie met juridische en niet met taalkundige ogen moest lezen. Het geldt tenslotte ook voor het toelaten van bepaalde opsporingsmethoden waarvan men als opsporende instantie zelf moet bedenken dat ze niet door de beugel kunnen, ook al zijn ze niet met zoveel woorden wettelijk verboden.¹³ Deze praktijken geven de letter van de wet een belangrijke en aanwijsbare slagschaduw, waarin de 'geest' van die letter – het strafrecht 'whatever it may be' – tot heersen geroepen lijkt. Bovendien begint het bestuursrechtelijk georiënteerde strafrecht dermate grote vormen aan te nemen dat hier eenvoudig niet te werken valt als men de burger toelaat de grenzen van de omschrijving der feiten op te zoeken. Dat de burger calculeert mag hem dan niet kwalijk

12 Vgl. Groenhuijsen [1987: 15vv].

13 Na de parlementaire enquête opsporingsmethoden zal dit niet gedaan zijn. Ter volledigheid zij overigens toegevoegd, dat de opsporing uiteraard valt onder de procesrechtelijke pendant van art. 1 Sr, namelijk art. 1 Sv.

Hoofdstuk 1

worden genomen, maar dat hij bij voorbaat naar zichzelf toe calculeert, stuit op juridische bezwaren die veelal strafrechtelijk worden afgedekt. Ook hier dus: de wettelijke bepaling ontslaat niet van een plicht om de wet te bepalen op het moment dat hij eigenlijk toegepast moet worden.

Een laatste voorbeeld. In zijn *Algemeen Deel*** spreekt Vranken betreffende het burgerlijk recht zeer openhartig van 'een tautologie' als het gaat om de staatsrechtelijke vraag naar de maatstaven (sc. in wet en grondwet) waaraan de burgerlijke rechter zich gebonden weet bij de rechtstoepassing: 'De rechtsprekende macht spreekt recht volgens het recht.' Uiteraard is in deze context de burgerlijke rechter paradigmatisch voor de rechter en de rechtssubjecten als zodanig. Des te meer valt op hoe moeilijk het is om te ontsnappen aan het circulaire karakter van de bewoordingen die de gebondenheid aan de wet aanduiden. Het is een uitspraak van het type 'de dader heeft het gedaan': een analytische uitspraak, die een predikaat expliciteert dat al lang in het subject van de uitspraak zat opgesloten. Vranken voegt eraan toe, dat op andere wijze dezelfde 'onmacht' van de wetgever te vinden is in rechtssystemen die de begrippen 'recht' en 'wet' uit elkaar wensen te houden (zoals dat van de Bondsrepubliek) en dat het ook niet anders *kan*: 'Een wetgever is niet bij machte de omgang van de rechter met het positieve recht door middel van metaregels te structureren.'¹⁴ De aanduiding 'metaregels' moet hier goed verstaan worden. Voorzover elke wettelijke bepaling een 'metaregel' is voor de regel (de *ratio*) die in een rechtsbeslissing besloten ligt (voorzover namelijk die beslissing veralgemeenbaar moet zijn) biedt de wet dus nooit een maatstaf voor zijn toepassing.

Het lijkt mij dat voldoende grond is gegeven aan de paradoxale conclusie die werd aangekondigd betreffende de 'nietszeggendheid' van de wet. De term is niet voor niets van aanhalingstekens voorzien. Want hij bedoelt natuurlijk niet te zeggen dat de rechter geen enkel houvast vindt in de wettelijke bepalingen. De vraag is alleen hoe dat houvast gevonden kan worden, wanneer telkens blijkt dat de wet uiteindelijk niets zegt over zijn wijze van toepassing? Die vraag graaft dieper dan de gebruikelijke rechtsvindingstheorie ons wil voorhouden. Die theorie bestrijdt vooral dat de beslissing niet uit de wet afgeleid kan worden door subsumptie van het bijzondere geval onder de algemene regel. Zij sluit zich in allerlei toonaarden aan bij de vaststelling van de codificator Portalis dat de wetten noodzakelijk algemeen en dus soms vaag moeten zijn, omdat de wetgever nu eenmaal niet alles kan voorzien.¹⁵ Op die grond wordt dan geconcludeerd dat de wet altijd geïnterpreteerd moet worden

14 Vranken [1995: 47; vgl. 49; 78].

15 Zie Portalis, *Inleidingsrede*, p. 13. Fenet-editie p. 467.

in het licht van de feitelijke omstandigheden. Die kwestie is hier echter niet aan de orde. Wat hier wordt betoogd strekt tot een andere conclusie, namelijk dat ook in het licht van de feitelijke omstandigheden de wet – als hij houvast biedt – dat niet doet bij de gratie van een boodschap over hoe hij in *die* omstandigheden dient te worden toegepast. Misschien is het zelfs zo dat het begrip ‘interpretatie’ ons hier al enkele decennia op het verkeerde been zet, in zover het suggereert dat er dan toch minstens een globaal plaatje van de werkelijkheid in de wet ingebouwd moet zijn dat aan iedere interpretatie voorafgaat en waarop deze aangrijpt. Onze conclusie echter was radicaal: de wet zegt niets over zijn toepassing. Hij lijkt ons uiteindelijk na veel typische onderscheidingen van gevallen en hun respectieve rechtsgevolgen naar ons gezond verstand te verwijzen: je moet doen wat je moet doen.

En eigenlijk is dat nog niet het meest verwonderlijke van de wet. Het werkelijk verbazingwekkende is dat we daar kennelijk geen moeite mee hebben en vrij goed blijken te kunnen omgaan met noties als ‘gebondenheid aan’ of ‘strijd met’ de wet. De eigenlijk te stellen vraag is dan ook niet hoe we de nietszeggendheid van de wet ‘opheffen’ of ‘verbeteren’, maar hoe we die verstaan? In dat opzicht is duidelijker wat uitgesloten dan wat onderzocht moet worden. Uitgesloten lijkt, op basis van het voorafgaande, dat we de wet volgen door er een soort tekening in te ontwaren van de omstandigheden die we straks in de volle werkelijkheid zouden moeten herkennen om er dan vervolgens de door de wet vereiste rechtsgevolgen metterdaad aan te verbinden. En ook lijkt uitgesloten dat de wet zichzelf als een voldoende grond voor een bepaald handelen houdt. Immers, wanneer de wet zegt dat je moet doen wat je ‘toch al’ moet doen, dan wordt daarmee sterk gesuggereerd dat de grond voor dat handelen niet pas door de wet tot stand komt, maar daar aan voorafgaat.

Het symbolische van regels

Wetten, zo zagen we, vertonen een hardnekkige vorm van nietszeggendheid. Ze werpen ons terug op onszelf. Als art. 13 A.B. ons niet kopschuw had gemaakt zouden we zelfs kunnen zeggen dat de wet uiteindelijk zwijgt. Zou dat zwijgen te maken kunnen hebben met hetgeen in de Inleiding karakteristiek genoemd werd voor het wetsbegrip van de moderne rechtsstaat, namelijk dat de wet *regel* is? Hebben regels een soort mechanisme in zich waardoor ze er in slagen mensen bepaalde dingen te laten doen in zekere omstandigheden zonder dat ze voortdurend vertellen welke omstandigheden te voorzien zijn?

Op het punt van wat 'een regel volge' betekent concentreert zich de filosofie van Wittgenstein in zijn latere oeuvre. Dit convergentiepunt bestaat echter niet uit een systematische uiteenzetting, maar uit een groot aantal 'verspreide' aantekeningen die op tal van contexten betrekking hebben. De bestudering ervan in de secundaire literatuur heeft dan ook uiteenlopende interpretaties opgeleverd, terwijl de rechtsfilosofische receptie nog in de kinderschoenen staat.¹ Toegegeven: Wittgensteins analyses beogen een pertinentie die de juridische context verre overstijgt. Zij richten zich zelfs eerder op de filosofie van de wiskunde, de taal en de psychologie. Dat wil echter niet zeggen dat zij voor het recht niet evengoed van belang zijn, wat alleen al blijkt uit het feit dat Wittgenstein soms ook uit dit domein zijn voorbeelden kiest.² Ik zal een poging doen de kern van de zaak in het vizier te krijgen.

1 Wittgenstein en regels

Wat Wittgenstein fascineert in verband met regels is precies de vraag die in het voorafgaande hoofdstuk met betrekking tot de wet werd gesteld, nl. hoe wij ons daaraan gebonden kunnen weten, waar regels in laatste instantie niet (1) als vooraf bestaand betekeniskader of (2) als voldoende grond voor ons handelen kunnen worden beschouwd. Met deze vraag, die de zaak alleen nog

1 Vgl. mijn preadvies [1984], hernomen in [1990b] en [1993]. Het is jammer dat Van Zaltbommel [1993] kennelijk geen aanleiding ziet tot nadere studie. In het kader van het programma *Symbolwerking van wetgeving* is een dissertatie in bewerking over rechtsvinding in het administratieve recht in Nederland en de VS, die wel inspiratie zoekt bij het regelbegrip van Wittgenstein. Onderzoeker is mevr. mr. J. Klein Kranenberg.

2 Vgl. WLFM, p. 196. BGM, p. 82. Voor de Sigla van Wittgensteins werken zie de bibliografie.

Hoofdstuk 2

maar *ex negativo* benadert, wordt al een aantal belangrijke dingen naar voren gebracht. Het gemakkelijkst valt het eerste deel van de negatieve stelling in te zien. Het volgen van een regel is niet het toepassen van vooraf gevestigde betekenissen, zoals het geven of opleggen van een regel niet het verschaffen van een definitie van bepaalde tekens voor toekomstig gebruik is.³ In het laatste geval zou er alleen maar een regel bij een regel geplaatst worden, die zelf weer door een volgende regel toegelicht zou moeten worden, en zo tot in het oneindige. In het eerste geval is het altijd mogelijk vol te houden dat zowel het toepassen als het terzijde laten van de regel in een nieuw geval 'volgens de regel' is. De bestaande regel zegt immers niets over zulke nieuwe gevallen.⁴ Maar er komt ook niet een telkens opnieuw gegenereerde intuïtie aan te pas. Want dat is een verlegenheidsoplossing om uiteindelijk in het volgen van een regel een vorm van afbeeldend denken te kunnen blijven zien. Wittgenstein schetst de verleiding van deze oplossing, maar is er onverbiddelijk over:

'Is mij een algemene (variabele) regel gegeven, dan moet ik steeds weer opnieuw in de gaten hebben, dat deze regel ook *hier* toegepast kan worden (dat hij ook voor *dit* geval geldt). Geen vooruitzien kan mij dit *inzien* besparen. Want in feite is de vorm waarop de regel toegepast wordt, bij elke nieuwe stap een nieuwe. – Het gaat echter niet om een akt van inzicht, maar om een akt van beslissing.'⁵

Intuïtie wordt dus volgens Wittgenstein dikwijls alleen maar opgevoerd om de modus van het 'inzicht' en de 'vooruitziendheid' te redden: kunnen we geen beroep doen op 'gewoon' inzicht, dan doen we maar een beroep op 'buitengewoon' inzicht, maar in ieder geval gaat het om inzicht, dat wil zeggen om een vorm van redelijkheid die gebaseerd is op de metafoor van het 'zien' en die daarmee *het nemen van afstand* in die vorm van redelijkheid introduceert. Om te kunnen zien moeten we – anders dan bij het voelen, ruiken, proeven of horen – afstand nemen, om vervolgens een gewaarwording te kunnen koppelen aan een waarneming. Het zien is blijkbaar een aantrekkelijke metafoor voor 'de rede' vanwege het feit dat het de wereld op een afstand zet, een afstand tussen subject en object die in tweede instantie door afbeeldingsrelaties kan worden overbrugd. Ongetwijfeld heeft de metafoor

3 Vgl. RPP II, 271.

4 PI, par. 201: 'This was our paradox: no course of action could be determined by a rule, because every course of action can be made to accord with the rule. The answer was: if everything can be made out to accord with the rule, then it can also be made out to conflict with it. And so there would be neither accord nor conflict here.' Over deze 'paradox van de regel', alsmede de door Kripke opnieuw begonnen discussie daarover, zie Holtzman/Leich (eds.) [1981].

5 PG, p. 301. Vgl. BB, 143.

van het zien een fascinerende kracht: beelden zijn blijkbaar zeer geschikt om de aard van andere gewaarwordingen, zoals bijvoorbeeld bij horen of proeven, vast te houden. Dat blijkt onder andere in het proza dat wijnkenners of muziekpedagogen soms ten beste geven. Wat Wittgenstein echter fascineert is de mogelijkheid van andere metaforen voor redelijkheid, met name die welke een meer onmiddellijk verband met de materialiteit van de wereld leggen dan het zien. Anders gezegd: Wittgenstein is geïnteresseerd in die vormen van 'zien' die juist geen afstand scheppen en in die vormen van redelijkheid die zich weinig blijken aan te trekken van de afstand die door de visuele metafoor gesuggereerd worden. Dat is ook de achtergrond van de veel geciteerde uitspraken over de 'keten van redenen die nu eenmaal zijn einde heeft', waarop er een moment komt waarop men zegt 'ik doe gewoon dit'.⁶ Daarmee wordt niet bedoeld dat op dat moment mijn redelijkheid zich verliest in onredelijkheid, maar dat redelijkheid dan niet meer met het geven van redenen te maken heeft: zij wordt voortgezet met andere middelen, zoals het 'instappen in' een regel die een oneindig 'en-zo-voorts' behelst, inclusief het gebaar dat in het 'zo' zit opgesloten. Aan het volgen van regels lijkt eerder zoiets als een beslissing of een sprong – een meegaan met het 'gebaar' van de regel – dan een conclusie op basis van premissen ten grondslag te liggen.⁷ Wittgenstein wijst dan ook de gebruikelijk terminologie af dat wij bij het volgen of toepassen van een regel, die regel 'interpreteren', tenminste zolang wij onder 'interpreteren' verstaan: het toepassen van klaarliggende en reeds 'geschouwde' *Bedeutungskörper*. Het beroep op die typische theoretische ken-akt is immers de grote vooronderstelling van de theorie die Wittgenstein afwijst: het representationalisme.⁸

In dit verband is het verrassend, en voor ons onderwerp meer dan relevant, dat Wittgenstein in *Philosophische Untersuchungen*, par. 193-194 het woord 'symbool' gebruikt voor wat in een bepaalde context als 'regel' dient. Hij vraagt zich daar af hoe een ontwerptekening van een machine (de regel) zich verhoudt tot werkelijk bestaande exemplaren (de toepassingen)

6 PI, par. 217: 'If I have exhausted the justifications I have reached bedrock, and my spade is turned. Then I am inclined to say: "This is simply what I do."' Over het verwarrende van de suggestie van een oneindige keten van redenen, zie BB, p. 15. Vgl. BB, 143: 'We need have no reason to follow the rule as we do. The chain of reasons has an end.' Zie ook Z, 301. Vgl. PI, par. 326: 'We expect *this*, and are surprised at *that*. But the chain of reasons has an end.'

7 Vgl. PI, par. 219: 'When I obey a rule, I do not choose. I obey the rule *blindly*.' Merk op dat Wittgenstein spreekt van een beslissing in verband met het volgen van een regel, maar weigert in datzelfde verband de term 'keuze' te gebruiken.

8 Vgl. PI, par. 198: '(...) any interpretation still hangs in the air, along with what it interprets, and cannot give it any support. Interpretations by themselves do not determine meaning.' En par. 201: '(...) there is a way of grasping a rule which is *not* an *interpretation*, but which is exhibited in what we call, 'obeying the rule' and 'going against it' in actual cases.'

van diezelfde machine. Op een of andere manier lijken al die exemplaren reeds in de regel (de tekening) vervat te liggen en eruit afgeleid te kunnen worden: men maakt ze ‘volgens de tekening’. Toch weten we dat die ‘echte’ machines onderhevig zijn aan allerlei invloeden (slijtage, fouten), die de uiteindelijke werking mee-bepalen en die in het ‘model’ niet aanwezig zijn. Maar

‘(...) de beweging van de machine-als-symbool ligt op een andere manier vast dan die waarin de beweging van een willekeurige werkelijke machine vastligt.’⁹

De machine als ‘symbool’ van een bepaalde beweging of werking heeft een logische rigiditeit die wij niet moeten verwarren (en dat doen we ook niet) met causale rigiditeit. De causale rigiditeit waaraan de echte machines gehoorzamen is geen afgeleide van de logische rigiditeit die in het model ligt samengevat.¹⁰ Het is dan ook onjuist te doen alsof de manier waarop regels werken als een empirisch mechanisme zou moeten worden geanalyseerd. Er is eerder sprake van een ‘vertalen’, zoals wanneer we een kaart lezen in het landschap of een stuk muziek lezen aan de piano. In het geval van het bouwen van een machine op basis van een tekening is dat vertalen ten nauwste verbonden met een projectie van beweging, die uiterst lijfelijk geconnoteerd is: men ziet op de tekening de machine ‘iets doen’ vanuit de gezichtshoek die men als handelend persoon op zijn handelen heeft. Met andere woorden: men herkent zichzelf in de machine als handelend, kruipt als het ware onbewust in de ‘huid’ van de machine. Er vindt dus een soort van projectie plaats, en pas mét die projectie ontstaat inzicht in het eigen, dus ook het eigenstandig karakter van de machine.

Waarschijnlijk¹¹ heeft Wittgenstein zozeer tegen een ‘Platoonse’ uitleg van deze verhouding tussen regel en toepassing willen ageren, dat zijn verwijzingen naar de ‘praxis’ te haastig zijn geformuleerd (en dus geïnterpreteerd) als een conventionalisme of pragmatisme. Daaraan is zeker debet het sloganachtige ‘meaning is use’, waartoe een aantal van zijn uitspraken is afgekort. Ook spreekt hij – bijvoorbeeld in de bekende par. 199 van de *Philosophische Untersuchungen* – van ‘Gepflogenheiten’, vertaald als ‘customs’. Het lijkt dan alsof hij pragmatiek voor semantiek in de plaats stelde. Maar wat hij in feite wilde doen, was laten zien dat de syntaxis (of ‘grammar’) die de semantiek inbedt, een *praxis* is waarop wij nooit bewust vat kunnen hebben: we zijn er

9 ‘(...) the movement of the machine-as-symbol is predetermined in a different sense from that in which the movement of any given actual machine is predetermined.’

10 Vgl. de soortgelijke overweging in PG, p. 55 over de dobbelsteen als notatie voor een bepaalde geometrie.

11 Aldus ook Bouveresse [1987].

al lijfelijk in betrokken nog voor we er weet van hebben.¹² Als we dit een ‘vooroordeel’ zouden willen noemen, dat toch in ieder geval in een veel strengere zin dan de filosofische hermeneutiek gewoonlijk doet. Een dergelijke praxis is niet van de vorm van het oordeel, maar van het ‘lijfelijk weten’ dat zich gespiegeld ziet in een ‘ding’: een door-kijk-ding dat geen uiteindelijk ‘signifié transcendentaal’ nodig heeft om teken te zijn: een symbool. Hier is sprake van een ‘beslissing’ (eerder dan ‘intuïtie’ (PG, p. 301)), in de zin van een ‘nu eenmaal zó doen’, waarbij ‘zo’ verwijst naar, en meestal vergezeld gaat van, wijzen en voordoen.

De meest diepe laag van zulk een praxis, die Wittgenstein op enkele plaatsen in zijn werk ‘levensvorm’ noemt¹³, wordt door hem zelfs aangeduid met ‘animaal’, teneinde wat ik zou willen noemen het vóórbewuste karakter ervan te benadrukken. Dit wil echter niet zeggen dat het gaat om biologische programma’s die mechanisch verlopen. Die gedachtengang zou immers alleen maar weer een laatste werkelijkheid invoeren, waarnaar verwezen kan worden als een ‘absoluut betekende’. Daarmee zou de representationalistische voorstelling van zaken weer terugkeren. Wittgenstein – die sterk ageert tegen het afbeeldingsdenken¹⁴ – wil echter zeggen dat in de regel de gedachte van een laatste referent wordt ondervangen en teruggekaatst:

‘(...) we zouden bij een regel aan spoorstaven kunnen denken. En oneindig lange spoorstaven corresponderen dan met de onbegrensde toepassing van een regel.’¹⁵

De regel volgen is nabootsen (verder gaan met ‘hetzelfde’ in nieuwe gevallen) en de regel stellen is voordoen (met al het wijzen, aanmoedigen en bijsturen dat daarmee gepaard gaat). En uit *Philosophische Untersuchungen*, par. 208 blijkt dat Wittgenstein zich bewust is van het verschil tussen voordoen met het oog op slaafse herhaling en ‘pointing beyond’ met het oog op zelfstandig verder gaan. Dus is de regel in de kern zelf te beschouwen als symbool – een verkorte notatie – van hoe in bepaalde gevallen verder te gaan. Daarmee is hij evenzeer *interpretandum* als *interpretans*, *ordinans* en *ordinata*.

12 Merleau-Ponty’s karakterisering van het corps-sujet als een ‘j’en suis’.

13 Voor een overzicht zie bijvoorbeeld Hunter [1971] en Zabeeh [1971].

14 Dat hij bij uitstek vanuit Augustinus’ taaltheorie gevoed acht.

15 ‘(...) we might imagine rails instead of a rule. And infinitely long rails correspond to the unlimited application of a rule.’

2 Voorbeelden

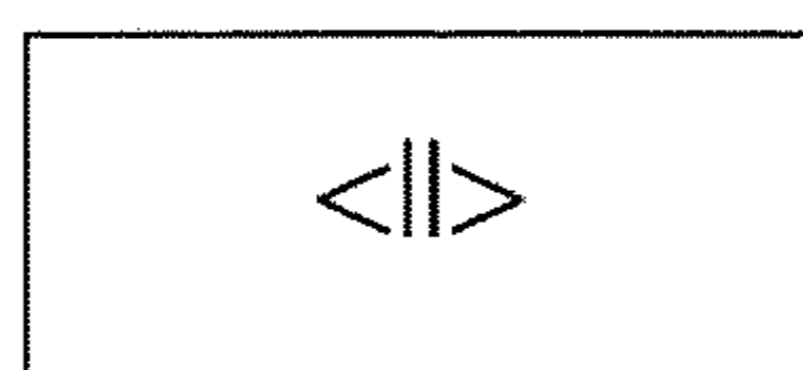
Wat Wittgenstein naar mijn mening bedoelt, is aan de hand van een paar voorbeelden uit te werken. Stel, ik wil een cake bakken 'volgens een regel', dat wil zeggen: het recept in het kookboek. Elke aanwijzing of regel in het recept is terug te voeren op andere regels voor gevallen waarin we spreken van 'cake bakken'. Bijvoorbeeld 'Roer het beslag tot een gladde massa' is een regel die gerelateerd is aan 1) preferenties t.a.v. verschillende manieren om een cake te bakken; 2) wetmatigheden om die preferenties te realiseren. De preferenties zijn weer te koppelen aan meer algemene wenselijkheden en de wetmatigheden aan meer algemene theorieën van bijvoorbeeld chemische en fysische aard. Mijn verhouding tot de regel van het recept is echter niet in die termen te vatten: als ik het recept volg, sla ik dat allemaal over. Ik ga ervan uit dat het in het recept is neergeslagen en ik neem het mee in mijn vooronderstelling dat als ik het recept volg, ik zal uitkomen bij wat 'wij' 'een goede cake' noemen. De 'noodzaak' die verbonden lijkt aan het volgen van het recept is dus uiteindelijk uitgeleverd aan onze – overigens bepaald gedeelde, maar ook weer niet universele – *smaak*.

Maar er is iets veel belangrijkers aan de hand met de regel van het kookboek. Stel, er staat zoiets als: 'Roer het beslag tot een gladde massa'. Dat is een verre van duidelijke formulering. Beginnelingen in het keukenmetier worstelen nog al eens met die ervaring. Het blijkt dat je al eens in de keuken gestaan moet hebben om zulke recepten te kunnen volgen, of dat je eigenlijk al moet kunnen koken om een kookboek te kunnen lezen. Als je niet weet wat 'roeren' is, of denkt dat het roeren van beslag op dezelfde manier gebeurt als het roeren in een pan kokende soep, dan gebeuren er ongelukken. Dit is niet op te lossen door een uitgebreider kookboek te kopen, waar alle begrippen ook nog eens staan toegelicht. Zou het uitgebreide kookboek je vertellen dat het roeren eerder 'kloppen' dan 'roeren' moet zijn, dan wordt het alleen nog maar erger. Ook dien je te begrijpen dat 'het beslag' hetzelfde is als de verzameling bloem en eieren waar het recept een regel eerder over sprak en die nu plots 'beslag' heet – een woord waar timmerlieden en juristen andere gedachten bij hebben dan koks. Wat deze laatste beroepsgroep trouwens verstaat onder een 'massa' is ook al niet eenvoudig uit te leggen (in ieder geval iets anders dan electro-technici of sociologen). Maar het wordt pas echt moeilijk als het doel van het roeren een 'gladde' massa blijkt te zijn. Je moet al echt verstand van keukenhulpen hebben om te snappen dat bij 'glad' de wrijvingsloze passage van een zeef hier de parameter is, en niet de valgevaarlijke passage van een rotsplaat of een sneeuwveld. Niettemin zou men kunnen zeggen, dat het wrijvingsloze en het valgevaarlijke wel degelijk gekoppeld zijn: je snapt in welke zin een beslag 'glad' kan zijn omdat het even wrijvings-

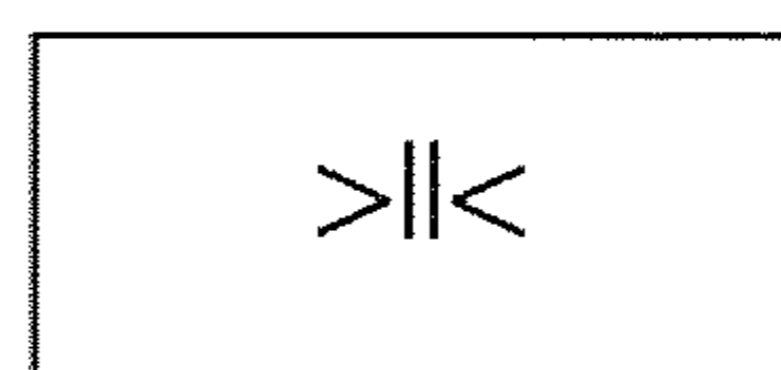
loos door de zeef valt als jij zelf wrijvingsloos van een rotsplaat zou vallen. Anders gezegd: je stelt jezelf in je verbeelding even in de plaats van dat vallende beslag en weet dan wat het is om wrijvingsloos te vallen. Maar dit soort van ingewikkelde verzinsels is natuurlijk niet iets waar het recept de juiste plaats voor is. Als het kookboek alpinistische uitweidingen moet inlassen om het bereiden van een cake mogelijk te maken, dan zullen de misverstanden zich alleen maar vermeerderen. De remedie is gelukkig veel simpeler: het moet je eens voorgedaan zijn en je moet het eens nagedaan hebben, zodat je weet hoe het eruit ziet en – vooral – *hoe het voelt*. Je moet er ‘slag’ van krijgen. Een regel kun je uiteindelijk alleen lijfelijk volgen. Dit voorbeeld toont aan dat het volgen van regels en het stellen van regels, met andere woorden, het afbakenen van het noodzakelijkheidskader, uiteindelijk een proces is dat begint bij een ‘lijfelijk’ in te nemen standpunt. Het ietwat geforceerde voorbeeld van de cake zegt dus twee dingen die belangrijk zijn in verband met het volgen van een regel: (1) de ‘noodzaak’ of ‘objectiviteit’ die door de regel wordt gesuggereerd bestaat bij de gratie van een niet-noodzakelijke omkadering, en (2) die omkadering wordt tot stand gebracht in een uiteindelijk lijfelijk verankerd handelingspatroon.

Een ander voorbeeld voor het volgen van regels is het begrijpen van ‘symbolen’, ook wel ‘iconen’ genaamd, die we tegenkomen op allerlei plaatsen om ons te zeggen waar we ons moeten vervoegen voor toegangskaartjes, gevonden voorwerpen, de uitgang van het gebouw, enz. Met verontschuldiging voor de ietwat persoonlijke toonzetting neem ik de puzzel van de liftknoppen.

In plaats van het verbale ‘deur open’ en ‘deur dicht’ tref ik in de lift twee symbolen aan, die ik noodzakelijkerwijs in willekeurige volgorde noem: >||< en <||>. De lezer behoort misschien tot de groep die meteen ziet dat het ene ‘deur open’ en het andere ‘deur dicht’ is. Ik zie dat niet, sterker nog, ik heb een neiging tegenovergesteld aan die van het merendeel der gebruikers. Voor hen liggen de zaken zo: <||> is ‘deur open’ en >||< is ‘deur dicht’. De liftknoppen zijn dan ook aldus vorm gegeven:



DEUR OPEN



DEUR DICHT

Voor mij is dit uiterst verwarrend. Mijn hand schiet uit vóór ik heb kunnen lezen wat er onder de knoppen staat; het is trouwens ook de bedoeling van die symbooltjes om het lezen overbodig te maken. Probeer ik mij te beheersen en bewust het tegenovergestelde te doen van wat ik geneigd ben te doen, dan

gaat het overigens zeker fout. Blijkbaar schrijf ik anderen mijn eigen afwijkende interpretatie toe. Dus blijven voor mij de deuren dicht als ze open moeten en open als ze dicht moeten.

Behalve een praktisch probleem ligt hier een aanleiding tot verwondering: waarom 'begrijpen' allerlei mensen die knoppen op de kennelijk bedoelde manier? En waarom is het voor mij precies andersom? Wil ik mijzelf noch de meerderheid voor gek verslijten, dan lijkt me maar één verklaring mogelijk. De meerderheid ziet die '>' en '<' als pijlpunten. De kracht die de deuren moet openen en sluiten komt dan uit een richting tegenovergesteld aan die welke de pijlpunt aanwijst. Voor de gelukkigen staat er dus <-||-> en ->||<- . Daarom duwt <||> de deuren van elkaar en gaat het geheel open, terwijl >||< de deuren dicht duwt. Mijn handicap ontstaat doordat ik de bekken anders lees: niet als pijlpunten, maar als haken. In de logica gebruik je haakjes om dingen te omsluiten of uit elkaar te doen. En wie niet van logica houdt, moet mij toch minstens toestaan om ze te zien als een soort handjes, in ieder geval als een patroon waarbij de kracht komt uit de richting van de punt. Met andere woorden: ik herken <||> als een 'tegen elkaar drukken van de deurhelften'. Geen wonder dat dat voor mij betekent 'deur dicht'. En bij >||< is het natuurlijk precies andersom: dat zijn voor mij twee van elkaar wijkende deurhelften, dus 'deur open'.

Nu is het eigenlijk niet zo interessant wie hier gelijk heeft of normaal is. Aardiger is dit: als mijn verklaring hout snijdt, dan brengt dat iets aan het licht over de manier waarop we met dergelijk symbolen omgaan. Juist het verschil in interpretatie openbaart het gemeenschappelijke bij het interpreteren. Beide, normale mensen en ik, werken met een categorie 'kracht': een kracht die liftdeuren laat open en dicht gaan; en beide *localiseren* we de bron en de richting van die kracht, zij het op een tegengestelde manier. Als de meerderheid in de lift staat, dan lokaliseert ze in <||> de bron van kracht daar waar ik in het onderstaande figuurtje [1] het teken * zet:

[1] <|*|>

Ikzelf doe het kennelijk zo:

[2] *<||>*

Maar er is nog iets anders. De woordverklaring van beide symbolen 'deur open' en 'deur dicht' is wel een *heel* beknopte en een buitengewoon meerzinnige. Het is een soort krantenkoppen-stijl voor veel ingewikkelder betekenissen. We begrijpen vrij vanzelfsprekend dat 'deur open' niet [3], [4] of [5] betekent:

- [3] De deur is open
- [4] Als de deur open is, druk dan op deze knop
- [5] Doe de deur open

maar eerder iets in de trant van [6]

- [6] Als de deur dicht is en je wilt de deur open, druk dan op deze knop.

Het gaat dus om een handelen (de deur openen), dat wil zeggen een gebeuren waarbij we veronderstellen dat de kracht uit onszelf komt. Die kracht-uit-onzelf projecteren we in de symbolen. We zetten onszelf op een bepaalde plaats in het tekeningetje. Op een of andere manier moeten we dus die symbolen $\langle \parallel \rangle$ en $\rangle \parallel \langle$ zien als spiegels: we moeten er onszelf in lokaliseren. Of nog anders: als we die symbolen interpreteren door er een krachtbron in te lokaliseren, dan doen we alsof we onszelf op de plaats van die krachtbron zetten: we stappen ‘door de spiegel’.

3 Regels als ‘uitvinding van noodzaak’

Keren we nu weer terug naar Wittgenstein. Het belang van het voorbeeld van het cake-recept en het voorbeeld van de liftknoppen is natuurlijk, dat regels een bijzonder soort spiegels zijn, waarin we uitgenodigd worden onszelf als handelend subject te lokaliseren. Het zijn spiegels van het soort dat de kleine Alice¹⁶ aantrok. Regels zijn pas te begrijpen door een stap, een sprong ‘through the looking-glass’. Beter gezegd: het begrijpen van regels *bestaat* in zo’n stap of sprong. Die metafoer verheldert hoe noodzaak, eigenstandigheid en objectiviteit pas mogelijk worden door de positiekeuze of ‘blik’ van het subject. Maar die blik is geen theoretische, schouwende of toeschouwende blik, althans niet een blik die op afstand blijft. Het is een blik die als het ware door het toekijken heen kijkt en zich engageert met wat gezien wordt. De spiegel toont mij wat ‘achter’ mij ligt, wat ik niet kan zien, in laatste instantie zelfs mijn blik. Dat wil zeggen, ik zie wat ik anders nooit kan zien: ik zie mij kijken. Datgene wat bij uitstek mijn subjectiviteit uitmaakt, nl. mijn blik op de wereld, wordt op dat moment geobjectiveerd: ik kijk naar hoe anderen mij zien. Als ik zou zeggen dat het toch weer mijn blik is die deze objectivering teweeg brengt, zou ik mijzelf onmiddellijk moeten tegenwerpen dat ook deze blik behoort tot ‘wat anderen zien’. Op dit kruispunt van objectiviteit en subjectiviteit is geen ontsnappen mogelijk: subjectiviteit en objectiviteit onderscheppen elkaars aanspraken. Wanneer we de regel vergelijken met een spiegel, waarin

16 Die van Lewis Carroll, niet die van Edward Albee. Of die toch ook?

Hoofdstuk 2

we ons eigen zien zien, zoals anderen het zien, dan is daarmee – minstens ten dele – verklaard waarom ‘handelen volgens een regel’ opgevat kan worden als een objectivering van dat handelen, terwijl tegelijkertijd de regel ons eigen standpunt weerspiegelt. Het verrassende is, dat deze objectivering pas mogelijk wordt doordat de handelende persoon ‘door de spiegel stapt’, dat wil zeggen: zichzelf in de wereld van ‘de anderen’ plaatst. Maar omdat hij zelf die stap zet verwijst de wereld die hij dan ziet, hem uiteindelijk toch weer naar zichzelf.

Het controversiële van Wittgenstein is gelegen in zijn poging om duidelijk te maken dat zo’n stap of sprong uiteindelijk ook de bodem is waarop de wetten van de logica en de wiskunde rusten – in weerwil van de schijnbaar onophefbare noodzaak en zuivere denkorde die zij uitstralen. ‘De’ logica formuleert hoe wij ‘moeten’ denken, maar bij nader inzien is dit ‘moeten’ betrekkelijk.¹⁷ De wiskunde formuleert operaties die zich louter in ons hoofd lijken af te spelen, maar die bij nader inzien aan voordoen en nadoen met papier en potlood gebonden blijken, aan handelingen zoals schrijven en praten.¹⁸ In navolging van Crispin Wright spreekt Bouveresse [1987: 14] van de ‘uitvinding van noodzaak’. Niet dat de logica of de wiskunde ‘willekeurig’ geconstrueerd en dus veranderd kan worden. Evenmin als wij onze smaak kunnen veranderen, terwijl ze nochtans verandert, kunnen we de wetten van ons denken veranderen, ondanks hun contingentie. Contingent betekent weliswaar ‘veranderlijk’, maar daarom nog niet ‘veranderbaar’ – een inzicht dat in de moderne tijd van de techniek nauwelijks duldbaar is.¹⁹

Noodzaak vooronderstelt dus een niet-noodzakelijk kader: een afbakening die er niet ‘vanzelf’ is en die dus aangebracht moet zijn, zonder aangebracht te kunnen worden. Opnieuw met Bouveresse [1987: 14-15]:

‘(...) de gedachte dat noodzaak ons niet is opgelegd als een natuur der dingen waaraan onze afbeeldingssystemen zich hebben aangepast of zouden moeten

17 Moderne logica is dan ook niet ‘modern’ omdat zij symbolen gebruikt of ‘formeel’ is. Ook Aristoteles gebruikte symbolen en abstraheerde van de inhoud van oordelen. Modern is die logica die begint met een reeks van willekeurige tekens en een reeks van regels die bepaalt welke operaties met die tekens toegelaten zijn. Het gaat dus in eerste instantie om een ‘spel’. Vervolgens kan men proberen interessante ‘constraints’ te vinden waaronder bepaalde vormen van redeneren een interpretatie zijn van zulk een ‘spel’.

18 BB, p. 143. Vgl. PU, p. 208: ‘How does one teach a child (say in arithmetic) “Now take *these* things together!” or “Now *these* go together”? Clearly “taking together” and “going together” must originally have had another meaning for him than that of *seeing* in this way or that. – And this is a remark about concepts, not about teaching methods.

19 Vgl. de hoofdstelling (en natuurlijk de klemmende argumentatie) van Lindahl [1995].

aanpassen, maar enkel door de manier waarop wij de systemen in kwestie gekozen hebben.’²⁰

Het volgen van een regel is het binnenstappen in zulk een kader, maar niet alsof dat kader vooraf kan bestaan zonder het binnenstappen: het bestaat juist in ons voortdurende binnenstappen-alsof-het-er-al-was.²¹ Het zich-inlaten met een dergelijke afbakening kan dan ook nooit volledig als re-presentatie gemodelleerd worden. Het is altijd ook presentatie en imitatie: presentatie van noodzaak, ontleend aan analogieën met wat wij zien voorgedaan. Carl Schmitt heeft bijvoorbeeld erop gewezen dat Vergilius’ beeld van de ‘iustissima tellus’ (‘de bij uitstek rechtvaardige aarde’) wellicht onze oervorm van gerechtigheid is. Of wij die noodzaak nu ‘gevolgelijkheid’, ‘oorzakelijkheid’ of ‘gerechtigheid’ noemen, is kennelijk van secundair belang. Maar de akt waarbij noodzaak wordt afgebakend is zelf niet noodzakelijk; die presentatie kan zichzelf niet in laatste instantie als noodzaak presenteren. Het is een vertrekpunt vanwaaruit spreken in termen van noodzaak mogelijk wordt, en juist daarom nooit rechtvaardigingsgrond van dat spreken. Vandaar dat Wittgenstein van een ‘beslissing’ kan spreken.²²

Deze terminologie houdt echter geen decisionisme in. Decisionisme verwacht de beslissing als vertrekpunt met de beslissing als grond, zoals representationalisme noodzaak als grond met noodzaak als vertrekpunt verwacht. Dat wij genoodzaakt zijn op een bepaald punt te beginnen, rechtvaardigt nog niet dat wij op dat punt beginnen. Bijvoorbeeld: dat politiek alleen maar mogelijk is bij de gratie van een begrenzing (insluitend en uitsluitend) van een maatschappij, betekent nog niet dat die begrenzing gerechtvaardigd is. Waar het om gaat is dat elk systeem zichzelf slechts kan sluiten via een akt die doet wat ze zelf zegt in het zeggen wat ze doet. Ze poneert ten behoeve van het systeem een werkelijkheid buiten het systeem, dus in zekere zin een functie binnen het systeem.

20 ‘(...) l’idée que la nécessité ne nous est pas imposée par une nature des choses à laquelle nos systèmes de représentation ont ou auraient dû se conformer, mais uniquement par la manière dont nous avons choisi les systèmes en question.’

21 Het is natuurlijk zeer verleidelijk om hier de parallel met Derrida te trekken: ‘Il y a du cadre, mais le cadre n’existe pas.’ (La vérité, p. 93). Maar Bouveresse waarschuwt terecht voor al te modieuze identificaties, zoals bijvoorbeeld Henry Staten doet met Wittgenstein en Derrida. Vgl. Bouveresse [1987: 53vv.].

22 Zie BB, p. 143. Er is ten aanzien van de gebondenheid aan de feitelijkheid m.i. een sterke parallel met Merleau-Ponty [1945: 451]: ‘Mes vérités ont été construites avec [ses] erreurs et les entraînent dans leur éternité. Réciproquement, il n’est pas une vérité de raison qui ne garde un coefficient de facticité (...)’

Hoofdstuk 2

'Het is een akt die zowel naar subject als naar predicaat steeds óók op zichzelf wijst. Het is een akt die [sc. in een bepaalde, niet-Luhmanniaanse zin] bij uitstek *autoreferentieel* is.'²³

23 Van Roermund [1988: 270]. Ik verwijs daar instemmend naar het boek van Staten [1984] over Wittgenstein en Derrida, dat mij later echter minder is gaan overtuigen.

Het perspectief van regels

Zo-even werd de metafoor van de spiegel gebruikt, of beter van ‘het zich gespiegeld zien’ en het ‘door de spiegel stappen’. Nog duidelijker is echter de vergelijking met wat in zekere zin de tegenhanger is van de spiegel, maar in een andere zin de radicalisering ervan: de mogelijkheid van een ‘doorkijk’ van een voorstelling waarnaar wij kijken, ofwel het perspectief.¹ Ons verstaan van regels is te vergelijken met ons ‘vatten’ van een voorstelling in perspectief. Dat is hun specifieke ‘symboolwerking’.

1 Perspectief als symbolische vorm

In een nog altijd intrigerend essay uit 1924² heeft Erwin Panofsky (1892-1968) het perspectief beschreven als een ‘symbolische vorm’, daarbij verwijzend naar Cassirer.³ Of Panofsky en Cassirer, verbonden in de kring van Aby Warburg, inderdaad hetzelfde bedoelden, mag hier buiten beschouwing blijven. We richten onze aandacht op de manier waarop het perspectief werkt.⁴

Zoals bekend is het lineair perspectief een ontdekking van de Renaissance-schilderkunst, welke het mogelijk maakte om met twee-dimensionale middelen de suggestie van een drie-dimensionale visuele ruimte in een voorstelling te produceren. Het schilderij krijgt de vorm van een raam, waardoor we

1 Voor een ander gebruik van het begrip ‘perspectief’ in rechtstheoretisch verband, zie Witteveen [1996: 422vv.]. Mijn eigen analyse bouwt voort op wat ik in mijn oratie [1990a] presenteerde als ‘alterniteit’.

2 ‘Die Perspektive als “symbolische Form”’, oorspronkelijk verschenen in de *Vorträge der Bibliothek Warburg 1924-1925* (Leipzig & Berlin, 1927, p. 258-330). Ik citeer het essay in recente vertaling van Christopher S. Wood (*Perspective as Symbolic Form*. New York, Zone Books, 1991).

3 ‘But if perspective is not a factor of value, it is surely a factor of style. Indeed, it may even be characterized as (to extend Ernst Cassirer’s felicitous term to the history of art) one of those “symbolic forms” in which “spiritual meaning is attached to a concrete, material sign and intrinsically given to this sign.” This is why it is essential to ask of artistic periods and regions not only whether they have perspective, but also which perspective they have.’ Panofsky, p. 40-41.

4 Voor een analyse van Cassirer’s werk in relatie tot problemen van soevereiniteit en representatie, zie Lindahl [1998 (ter perse)].

Hoofdstuk 3

als toeschouwer een ruimte in kijken.⁵ Het wezenlijke van deze techniek berust op een drietal wetten, die ruwweg als volgt kunnen worden geformuleerd: 1) alle loodlijnen komen samen in het centrale verdwijnpunt, dat wordt bepaald door de loodlijn van het oog van de toeschouwer op het vlak van het schilderij; 2) alle parallelle lijnen, in welke richting ze ook lopen, hebben eenzelfde verdwijnpunt; 3) gelijke afstanden worden progressief verkleind naarmate zij wijken in de ruimte, zodat elk lijnstuk in het schilderij berekenbaar is vanuit het voorafgaande of het volgende (gesteld dat de positie van het oog bekend is).⁶

Het verdwijnpunt hoeft niet in de voorstelling te zijn gelegen. Integendeel: het ligt meestal 'buiten' of 'achter' de voorstelling. Omdat het een punt is waarin de voorstelling samenkomt, is er op dat punt geen voorstelling, hoezeer ook vanuit dit punt de ruimtelijkheid van de voorstelling zoals we die zien, gegenereerd wordt. Het voorstellende van de voorstelling is hier radicaal opgeheven. Bovendien, het is een snijpunt: een punt waarin de samenkomende lijnen onmiddellijk ook weer uiteengaan en zich verliezen in het oneindige.

Relevant voor ons betoog is dat Panofsky omtrent deze techniek van het lineair perspectief of de 'costruzione legitima' met name twee dingen aantoont.

1) Ten eerste – en hierop duidt de term 'symbolische vorm' voornamelijk – presenteert deze techniek een als noodzakelijk voorgestelde objectiviteit die geen noodzakelijke voorstelling van objectiviteit is. In dit opzicht staat het betoog van Panofsky zeer dicht bij de inzichten van Wittgenstein, zoals we die in het vorige hoofdstuk hebben leren kennen. Dat het bij het lineaire perspectief gaat om één van de mogelijke vormen van noodzakelijkheid in de reconstructie van onze visuele ervaring, wordt duidelijk wanneer hij met tal van voorbeelden aantoont dat er in de periode vóór het lineaire perspectief andere ideeën over perspectief bestonden. Panofsky documenteert zeer overtuigend, dat vanaf de Griekse Oudheid tot ver in de Middeleeuwen een perspectief-techniek bestond die aan andere wetten gehoorzaamde dan de onze. Wat men toen probeerde af te beelden of te construeren was de natuurlijke ervaring van het gekromde gezichtsvlak gegeven een bepaalde gezichtshoek (ongeveer wat wij een vissenkom-perspectief zouden noemen). Kunstenaars gebruikten daarvoor de techniek van de verdwijnas in plaats van het latere verdwijnpunt.⁷ Men had vóór de Renaissance dus niet zozeer geen idee van perspectief, alswel een ander idee.

5 Panofsky, p. 27.

6 Panofsky, p. 28.

7 Panofsky, p. 34vv.

Dit verschil is niet louter een verschil in technische middelen, al is het dat óók. Het moderne lineaire perspectief wordt bereikt door een systematische en mathematisch construeerbare vervorming van alle verhoudingen op een manier die met de 'vissenkom-techniek' niet mogelijk is; men kan immers geen bol op een plat vlak uitklappen. Maar het gaat om meer. Het lineaire perspectief is ten diepste verbonden met een geheel verschillend idee van 'ruimte' en 'plaats'. Het heeft een bepaalde (zij het niet zuiver esthetisch te waarden) voorsprong op het antieke. Het vat namelijk 'ruimte' niet op als een soort 'rest' die overblijft uit de omvang van allerlei lichamen, maar het schept of bevestigt 'ruimte' als een continuum van een hogere orde⁸, dat lichamen én 'gaten tussen lichamen' omvat. In plaats van een 'geaggregeerde ruimte' – die we op exemplarische wijze filosofisch uiteengezet vinden in het vierde boek van Aristoteles' *Physica* – treedt een 'systematische ruimte'. 2) Ten tweede benadrukt Panofsky dat een dergelijke objectivering weliswaar tot stand gebracht wordt doordat het toeschouwend subject een bepaald standpunt inneemt, maar dat daarmee deze objectivering nog niet tot een vorm van subjectivisme gereduceerd kan worden.⁹ De voorstelling in perspectief is steeds onderworpen aan twee typen van vragen, die elkaar ondervangen. Met even veel recht kan gevraagd worden: vanuit welk standpunt is dit bezien? en 'vanuit welke standpunt moet dit bezien worden?' Met andere woorden: de voorstelling noopt tot een gezichtspunt, vanwaaruit het perspectief zich laat verklaren, precies zoals het innemen van dat gezichtspunt het aanbrenge van het perspectief pas mogelijk maakte.¹⁰ In feite worden subjectivering en objectivering in de symbolische vorm van het perspectief dus elkaars gevangenen.

'(...) de 'aanspraak' van het object (om een moderne term te gebruiken) stelt zich tegenover de ambitie van het subject. (...) Ongetwijfeld kan een beslissing pas worden bereikt als we er die grote antithesen bij halen die we gewoonlijk namen geven als vrije wil tegenover norm, individualisme versus collectivisme, het irrationele versus het rationele; en het waren juist deze moderne

8 Panofsky, 41.

9 'Perspective subjects the artistic phenomenon to stable and even mathematically exact rules, but on the other hand, makes that phenomenon contingent upon human beings, indeed upon the individual: for these rules refer to the psychological and physical conditions of the visual impression, and the way they take effect is determined by the freely chosen position of a subjective "point of view".' Panofsky, p. 67.

10 'It had to be asked (and indeed it was asked) whether the perspectival configuration of a painting was to be oriented toward the factual standpoint of the beholder (...); or whether conversely the beholder ought ideally to adapt himself to the perspectival configuration of the painting.' Panofsky, p. 68.

Hoofdstuk 3

perspectivische problemen die tijdperken, naties en individuen opriepen om nadrukkelijk en zichtbaar positie te kiezen in deze zaken.¹¹

Als men deze alternerende verhouding van het subjectieve en het objectieve niet aanvaardt, liggen de misverstanden om de hoek. Daarom kon de perspectief-techniek gemakkelijk gekritiseerd worden door twee correlate beschuldigingen: die van een puur subjectivisme en relativisme, maar ook die van een puur objectivisme en rationalisme.¹² Maar als men de onderlinge interceptie¹³ van 'subjectivering' en 'objectivering', van 'gezichtspunt' (standpunt, vertrekpunt) en 'norm' (ruimte, systeem) scherper analyseert, blijken deze kritieken niet diep genoeg te boren. Het gaat immers bij het lineaire perspectief weliswaar om een *mathematisering* van de visuele ruimte¹⁴, maar evenzeer gaat het om een *mathematisering* van de *visuele* ruimte.¹⁵ Sterker nog: deze beide bewegingen staan niet eenvoudig naast elkaar, maar ondervangen elkaar, zodanig dat pas door de *mathematisering* het werkelijkheidsgerichte van de visuele ervaring inzichtelijk wordt en (omgekeerd) door de analyse van de blik de *mathematisering*. Of, om het anders te zeggen: zoals we pas kunnen lopen omdat we twee benen gebruiken (die afwisselend steunpunt zijn voor elkaars beweging), zo kunnen we ook pas kijken omdat we twee wijzen van zien gebruiken.

Subject en object staan dus niet tegenover elkaar, in zover datgene wat het object tot object maakt, een proces is dat neerkomt op objectivering van het subjectieve.¹⁶ En omgekeerd voltrekt zich dat proces als een radicale *mathematisering* vanuit een subjectieve akt waarbij een bepaald standpunt ingenomen wordt – een 'beslissing' zou Wittgenstein zeggen. In zekere zin is door het moderne perspectief de visie op het heelal als een oneindigheid ont-theologiseerd: men heeft het begrip 'God' niet meer nodig om de 'gaten' tussen de dingen op te vullen, omdat het begrip 'ruimte' een continuum is

11 '(...) the "claim" of the object (to use a modern term) confronts the ambition of the subject. (...) Clearly, a decision can only be arrived at by involving those great antitheses that we usually call something like free will versus norm, individualism versus collectivism, the irrational versus the rational; and it was just these modern perspectival problems that evoked epochs, nations and individuals to take up especially emphatic and visible positions in such matters.' Panofsky, p. 68.

12 Panofsky, p. 71.

13 Panofsky spreekt van 'polariteit', p. 71.

14 Die dan weer verschillende, b.v. 'noordelijke' en 'zuidelijke' ervaringen kan uitdrukken; vgl. de Italiaanse en de Hollandse meesters van het perspectief.

15 'Perspective mathematizes this visual space, and yet it is very much *visual* space that it mathematizes; (...)' Panofsky, p. 71. Juist in die zin is het voor hem dan ook meer dan een 'stijl' en behoedt hij de term 'perspectivisme' voor een directe associatie met relativisme.

16 'The result was a translation of psychophysiological space into mathematical space; in other words, an objectification of the subjective.' Panofsky, p. 66.

geworden van een hogere orde. Maar, zo besluit Panofsky, dat betekent tegelijkertijd dat afscheid genomen kan worden van een God die zich naar mensenmaat voegt, en dat een bezinning mogelijk wordt op de eigenheid, dus de goddelijkheid, van het goddelijke.¹⁷

Wat bij Panofsky echter minder benadrukt wordt, is dat de techniek van het lineaire perspectief daarmee gebonden blijft aan een welbepaalde vorm van lijfelijkheid, namelijk het zien. Kennelijk is voor hem, evenals voor Wittgenstein, het zien een afstandelijke, om niet te zeggen verstandelijke, verhouding tot de werkelijkheid. Hij noemt daarentegen de kunst van de klassieke oudheid, veeleer dan de Renaissancistische, een 'purely corporeal art'.¹⁸ Deze vatte slechts datgene als kunstzinnige werkelijkheid 'what was tangible as well as visible'. Haar voorwerpen werden in zekere mate in hun afzonderlijkheid vermensenlijkt ('anthropomorphized'). Ze werden niet tot een ruimtelijke eenheid gebracht, maar naast elkaar gezet 'in a kind of tectonic or plastic cluster' binnen het gezichtshoek-perspectief dat aan deze kunstvorm eigen was. Welnu, Panofsky toont aan dat de kunst van de Renaissance erin slaagt die hogere ruimtelijke eenheid tot stand te brengen. Maar omdat hij vervolgens ook aantoont dat dit niet zomaar een verandering van stijl was maar een diepere articulatie *van het visuele*, blijft minstens in die zin ook in de Renaissance sprake van een 'corporeal art'. Men zou zelfs kunnen beweren dat het 'tangibele' of 'tectonische' daarin op een nieuwe manier bewaard blijft. Wanneer de 'systematische ruimte' de 'geaggregeerde ruimte' vervangt, wordt het immers mogelijk – zoals het latere impressionisme zal doen – de visuele ervaring van het licht zo te intensiveren dat dit licht als het ware tastbaar wordt.¹⁹ Precies dit aspect zal Merleau-Ponty boeien in de schilderijen van Cézanne.²⁰

Samenvattend kunnen we dus een drievoudig inzicht ontleenen aan Panofsky's uiteenzetting over het perspectief als symbolische vorm.

1) Het gaat om een als noodzakelijk voorgestelde objectiviteit ('ruimte') die juist daarom geen noodzakelijke voorstelling van objectiviteit is.

17 Panofsky, p. 72.

18 Panofsky, p. 41.

19 Op p. 42 lijkt Panofsky zoiets echter te bedoelen, waar hij immers uitlegt dat de kunst van de oudheid elk ruimtelijk gewin moest bekopen met verlies aan lichamelijkeheid. Het omgekeerde, nl. dat de Renaissance kunst door mathematisering van het visuele winst kon boeken op het vlak van de lichamelijkeheid, zegt hij echter niet.

20 'Le doute de Cézanne' in *Sens et non-sens* [1948]. Vgl. ook Kwant [1966: 59]. Voor een nuancering van de kritiek van Merleau-Ponty op het 'monoculaire' van het Renaissancistische perspectief, zie Visker [1993: 115]. Zijn artikel heeft mij op het spoor gezet van Panofsky's opstel. Bij deze betuig ik hem (nogmaals) mijn dank.

2) Deze noodzaak is correlaat met een lijfelijk verankerd standpunt van het subject, dat wil zeggen gebonden aan een zich verhouden van het lichaam tot de ruimte.

3) Het gaat om een objectiviteit die zowel opgeroepen als onderschept wordt door de subjectieve inname van dit vertrekpunt, dat wil zeggen een beslissing; een vertrekpunt dat nooit als grond, maar steeds als voorwaarde genomen moet worden.

We mogen echter niet vergeten dat heel deze techniek uiteindelijk berust op een reductie. De suggestie van een overkoepelende ruimte waarin het standpunt van de toeschouwer en de plaatsen in de voorstelling op elkaar betrokken worden, zodanig dat het effect van dieptewerking ontstaat, heeft een prijs: de exclusieve aandacht voor de omtrek van het voorgestelde. De visuele impressie van alles wat geen omtrek heeft of de visuele expressie van omtrekken die de ruimte uiteen scheuren – dat zijn ‘ontdekkingen van noodzaak’ in de schilderkunst die buiten de techniek van het perspectivisme vallen. Men zou ook kunnen zeggen dat ze weer een andere symbolische vorm van het perspectief suggereren dan de lineaire. In ieder geval: het verdoezelen van alles wat de systematiek van de ruimte zou kunnen verstoren is de prijs die voor de homogeniteit van de ruimte moet worden betaald. Bij nader inzien blijkt de gesuggereerde noodzaak toch betrekkelijk.

2 Het symbolische van de wet als regel

Als we het perspectief een symbolische vorm kunnen noemen in precies dat opzicht waarin we het verstaan van een regel ‘perspectivisch’ kunnen noemen, namelijk in de zo-even beschreven drievoudige zin, dan is het niet te ver gezocht om in deze lijn door te vragen naar het symbolisch karakter van de regel en daarmee van de wet. Laten we dan ook terugkeren naar de kern van het betoog, beseffend dat het perspectief waar we over spreken niet het perspectief van een esthetisch-visuele ervaring zal zijn, maar het perspectief van wat we eerder een ensemble van ‘handelingslijnen’ noemden, ofwel – en nu opnieuw in Wittgensteiniaanse zin – een praxis.

We zouden een rechtsregel kunnen vergelijken met een voorstelling ‘in perspectief’, die ons dwingt onze eigen positie te bepalen in functie van de manier waarop we de handelingslijnen die in de regel zijn ‘afgebeeld’ zelf kunnen doortrekken naar een bepaald verdwijnpunt. In het hoofdstuk over de nietszeggendheid van de wet hebben we eigenlijk niets anders gedaan dan aantonen dat elke wet een dergelijk ‘verdwijnpunt’ kent. We hebben gezien dat op dit punt geen ‘betekenis’ in de zin van een voorstelling aanwezig is:

het is niet voor niets een punt. Het bevat geen enkele concrete handelingsaanwijzing: we moeten – bijvoorbeeld wanneer we goede medische zorg willen verlenen – doen wat we moeten doen als we goede medische zorg willen verlenen. De wet ‘verliest zich’ niet zomaar in een ‘enzovoorts’, maar spiegelt de plaats waar de rechtsonderhorige zich bevindt. Het verdwijnpunt dicteert het standpunt. Maar tegelijk is dat punt de voorwaarde waaronder allerlei wel voorgestelde zaken worden bijeengebracht op zodanige wijze dat zij voor ons de praktische ervaring articuleren van een hogere, overkoepelende ‘ruimte’. De ruimte waar het hier dan om gaat is de politieke ruimte – een begrip waarover nog gesproken dient te worden. In die zin is het moderne wetsbegrip voor het recht wat het lineaire perspectief is voor de kunst. Dit wetsbegrip vormt – om in Panofsky’s terminologie te blijven – de geaggregeerde ruimte van de politiek om tot een systematische ruimte. Omdat recht een politiek maaksel is (al kan het niet tot politiek gereduceerd worden), verandert daarmee ook ons zicht op rechtsvorming. Maar deze blijft schatplichtig aan de politiek in zoverre het element van de beslissing cruciaal is.

De noodzaak waarmee deze ruimte zich aandient, wordt immers zowel opgeroepen als onderschept door het standpunt dat wordt ingenomen, de positie die wordt gekozen, dat wil zeggen de positiviteit van het recht. Daarmee wordt bedoeld dat recht alleen maar recht is wanneer het metterdaad gesteld en gehandhaafd recht is. Het is belangrijk te beseffen wat hiermee wel en vooral ook wat niet op het spel staat. Wat niet op het spel staat is de eis van een morele kwaliteit van het recht, die vooraf zou gaan aan het stellig karakter van het recht. Zulk een kwaliteit is een abstractie, aangezien recht zonder metterdaad gesteld en gehandhaafd te worden, een innerlijk tegenstrijdig begrip is. Wat dan ook wèl op het spel staat is de relatie van positiviteit en legitimiteit. Want hoewel er geen recht is wanneer het niet metterdaad gesteld en gehandhaafd wordt, is er om diezelfde reden ook geen recht op de enkele grond van het feit dat het metterdaad gesteld en gehandhaafd wordt. Op wat voor ‘noodzaak’ kunnen we ons beroepen in het recht, zelfs als we hartstochtelijk positivist zouden willen zijn en dus willen beweren dat het recht geen noodzakelijke morele inhoud heeft, maar samenvalt met de wil van een wetgever? Is het mogelijk dat positiviteit en legitimiteit op elkaar zijn aangewezen zonder dat ze tot elkaar herleid kunnen worden?

Het is deze duizelingwekkende en in wezen anti-positivistische gedachte die op de meest indringende wijze is verwoord door Kelsen. Bij Kelsen gaat het inderdaad om het recht als ‘uitvinding van noodzaak’, en daarom dan ook

als systeem van regels.²¹ Dat is de essentie van zijn befaamde ‘grondnormtheorie’. De gedachte van de grondnorm verwoordt tegelijkertijd de gegrondheid en de ongegrondheid van een systeem van regels, ook en met name rechtsregels. Zij houdt immers in dat objectivering van wilsakten slechts mogelijk is onder de vooronderstelling dat er een hoogste norm is (de constitutie). Maar op grond van de definitie van een norm is het begrip ‘hoogste norm’ innerlijk tegenstrijdig. De reden daarvoor is binnen Kelsens geachtengang zonneklaar: een normaanspraak kan volgens Kelsen slechts worden geobjectiveerd door een hogere norm (dat wil zeggen: een reeds geobjectiveerde normaanspraak). Dit leidt tot een oneindige reeks, tenzij er – zonder de eis van een grond – een hoogste norm *gesteld* wordt. De grondnorm is niets anders dan de vooronderstelling – telkens bekrachtigd in elk juridisch spreken – dat er zo’n hoogste norm of constitutie is (d.w.z. geldt).²² Pas binnen dat kader kunnen bepaalde juridische aanspraken als ‘subjectief’ worden afgewezen, terwijl andere gegrond kunnen worden bevonden. Objectivering in het recht is dan ook ‘afhankelijk’ van een subjectieve akt: het doen alsof er een hoogste norm is.²³ Daarin ligt de zin van het principieel ‘stellig’ (positief) karakter van het recht. Omwille van die zin wilde Kelsen ‘positivist’ zijn. Ter verdediging van die breekbare zin heeft hij zich gekeerd tegen elke vorm van totalitarisme. Men kan zich afvragen of deze vorm van rechtspositivisme niet de enige zinvolle opvatting van het natuurrecht is.²⁴

21 Vgl. Van Roermund [1988: 270]: ‘Er kan hoogstens sprake zijn van een norm die zichzelf *op een gegeven moment* tot hoogste norm uitroept en erin slaagt met deze daad een afgrenzing te bewerkstelligen waarbinnen men van legitimiteit kan spreken.’

22 De grondnorm moet dus niet verward worden met de hoogste norm of constitutie. De verwarring ontstaat, omdat Kelsen de term ‘Grondnorm’ ook gebruikt voor de hypothese die de rechtswetenschap formuleert aangaande de inhoud van de hoogste norm of constitutie. De Grondnorm moet uiteraard ook niet opgevat worden als een bovenpositieve morele of natuurrechtelijke norm. Behalve dat Kelsen geen onmiddellijke begrippelijke doorverbinding aanvaardt van moraal en recht, zou dit het probleem ook alleen maar verplaatsen: ook bovenpositieve normen kunnen slechts onder verwijzing naar een ‘hoogste norm’ geobjectiveerd worden.

23 Kelsens grondnorm moet, zoals bekend, verstaan worden als een fictie in de zin van Vaihingers *Philosophie des Als-Ob*.

24 Er is echter nog een andere, nl. kennistheoretische, vorm van positivisme bij Kelsen te vinden, namelijk zijn opvatting dat het objectiveren van een normaanspraak niet zozeer betrekking heeft op de band tussen subject en predicaat van de normaanspraak, maar op de taaldaad waarbij de aanspraak gesteld wordt. Het komt er dan op aan of er een norm is die bepaalde sprekers de competentie geeft om die aanspraak te stellen. Dit is in feite een vorm van psychologisme. De vraag is echter of men het Kelsen erg zwaar mag aanrekenen. Hij heeft er immers voldoende oog voor dat rechtvaardiging van normen via verwijzingen naar competentieverdelingen slechts een contingent patroon van de moderne rechtsstaat is en niet tot de algemene en noodzakelijke ‘Struktur’ van het recht behoort.

Ik zou geneigd zijn die vraag bevestigend te beantwoorden, als ik één voorbehoud mocht maken. Zoals de techniek van het lineaire perspectief zijn prijs had – een reductie van het visuele tot de omtrek der dingen – , zo heeft de symbolische vorm van de regel dat ook. Door de wet primair te beschouwen als regel, zijn we gedwongen het plastische karakter van maatschappelijke verhoudingen te reduceren tot belijningen die daarvan meestal gebrekkige aanduidingen zijn. De juridische dogmatiek levert vele voorbeelden van deze reductieve arbeid. Schuyt heeft in dat verband gesproken van het ‘digitale’ karakter van het recht als een transformatie van onze ‘analoge’ werkelijkheidservaring. Wij zouden recht willen doen aan in allerlei opzichten te differentiëren onderscheidingen zoals die tussen man en vrouw, volwassene en kind, werknemer en werkgever. We zouden schakeringen willen aanbrengen in predikaten als aansprakelijkheid, gebondenheid, oorzakelijkheid, zekerheid. Maar omgaan met de wet als regel kunnen we slechts als we kiezen voor de omtrek, de lijn, de scheidslijn: het is het een óf het ander. Daarmee is niet gezegd dat het natuurrecht een betere theorie is dan het (beter: Kelsens) rechtspositivisme. Mijn stelling is bescheidener: dat de wetsgebondenheid van het recht reductie met zich meebrengt is een inzicht dat slechts verwoord kan worden als we over een meer integrale ervaring van het recht beschikken. Kelsen heeft herhaaldelijk blijk gegeven van dat besef: zijn rechtspositivisme was in de eerste plaats politiek, niet kennistheoretisch gemotiveerd.

Voor de wet staan

In de voorgaande hoofdstukken is gebleken dat het verstaan van de wet als regel gebonden is aan het innemen van een standpunt. Dat kwam naar voren zowel bij de bespreking van Wittgensteins aantekeningen over regels als bij de vergelijking van regelstructuur en perspectief. Het innemen van dat standpunt is een aantal keren aangeduid als een 'lijfelijk' gebeuren. Wij kunnen ons alleen 'lijfelijk' tot de symbolische structuur van de regel verhouden. Als de wet regel is, dan volgt tevens dat wij ons uiteindelijk ook primair 'lijfelijk' tot de wet zullen verhouden. Deze terminologie dient verder te worden onderzocht, want ze is in de rechtstheoretische literatuur verdacht ongebruikelijk. Het is bepaald onorthodox de categorie 'lijfelijkheid' in te voeren in een betoog dat eigenlijk vraagt naar de mogelijkheid om ons in redelijkheid aan de wet gebonden te weten. Want redelijkheid wordt in onze denkcultuur vooral opgespoord door de analyse van proposities die kunnen doorgaan voor 'een mening'.¹ In dit hoofdstuk zal duidelijk worden dat het symbolisch verstaan van de regel ook met die denkgewoonte breekt.

De stelling is prozaïscher dan ze op het eerste gezicht lijkt. Ik ga het niet hebben over de 'lijfelijkheid' in de zin van een soort verknochtheid aan bloed en bodem. Het gaat mij om de plaatsbepaaldheid van ons denken. Want houden proposities geen plaatsbepalingen in die alleen maar verklaarbaar zijn doordat iemand zich lijfelijk verward weet in een zekere ruimte? Zijn de voorzetsels in zulke woorden als 'voor-stellen', 'onder-stellen', 'na-denken', 'over-stijgen', enz. niet evenzovele aanwijzingen voor een ruimtelijke ordening die aan alle propositionele verbanden vooraf gaat? Welnu, waar komen de dimensies dan vandaan waarbinnen wij in verband met propositionele acten kunnen spreken van 'onder', 'boven', 'achter', 'voor', en 'na'? Het heeft er alle schijn van dat die al gevestigd zijn zodra het reflexieve denken begint en dus ook voor er zoiets als 'recht' bereflecteerd kan worden. Pro-posities vertrekken kennelijk

1 Spontaan wordt daarom, althans op theoretisch niveau, de wet 'ratio scripta' genoemd in een specifieke zin, nl. opgevat als een vorm van redelijkheid die primair haar bestaan vindt buiten het schrift, om pas vervolgens daarin neer te slaan. Dat er redelijkheid zou kunnen zitten in het geschreven-zijn zelf van de wet en dat wij ons juist daarom kunnen wenden tot een wet die in een geheel andere tijd is opgeschreven en dikwijls voor heel andere doeleinden is ontworpen, daarvan zijn de praktijkjuristen zich dikwijls meer bewust dan de theoretici. De verdenking moet dus misschien ook in een andere richting gaan: hebben wij niet een te eenzijdig beeld van de redelijkheid van het recht?

vanuit pre-posities. Met de term 'lijfelijk' doel ik op niets anders dan deze 'gesitueerdheid' van het denken op voorbewust niveau. Ik kies die enigszins opzettelijke term om afstand te kunnen nemen van een opvatting die in hermeneutisch geïnspireerde benaderingen al te gemakkelijk omhelsd wordt, namelijk dat 'vooroordelen' gewoon oordelen zijn, maar dan alleen wat categorischer. Echte vooroordelen zijn geen oordelen, maar wijzen van zich-verhouden tot de werkelijkheid die aan het niveau van de reflectie voorafgaan en die dus niet anders dan in onze pre-reflexieve relatie tot de werkelijkheid verankerd kunnen liggen. De preposities in onze propositionele acten bewaren de vage herinnering aan die oorspronkelijke verhouding.

Het innemen van het standpunt dat de wet ons wijst, zou wel eens door een dergelijke prereflexieve relatie beheerst kunnen worden. Zulk vermoeden zou een begin van steun kunnen vinden in een zeer terloopse passage in het *Algemeen Deel* van Scholten², vlak voor hij aan de centrale paragraaf over de beslissing begint. Hij heeft het daar over het problematische van de term 'rechtsbewustzijn' en merkt op:

'Veralgemening van de reactie van het individuele rechtsbewustzijn in een bepaald geval tot een algemene regel van *het* rechtsbewustzijn is reeds hierom uitgesloten, omdat het rechtsbewustzijn alleen dan spreekt, indien een mens met bewustzijn van verantwoordelijkheid een oordeel velt.'

En dan maakt hij melding van de volgende observatie:

'Merkwaardig is in dit verband de mededeling van B. TER HAAR BZN., dat de Europese rechter in Indië, op zoek naar het in de rechtsovertuiging levend ongeschreven recht, zo dikwijls op het bezwaar stuit, dat de volkshoofden niet in staat zijn de inhoud van het adatrecht mee te delen, *zolang zij niet een concreet geval meebelevan en voor de beslissing staan.*'

De 'Indische' volkshoofden konden dus geen informatie geven over hoe zij zouden beslissen in een hypothetisch geval dat hen werd voorgelegd. Zij konden zich niet verplaatsen in een denkbeeldige rol, maar wisten pas wat rechtens was als zij werkelijk, met huid en haar, die rol op zich namen.³ Zij konden slechts een rechtsoordeel vellen wanneer zij zich lijfelijk, en niet slechts geestelijk, in die positie plaatsten. Scholten verduidelijkt dat de rechtsbeslissing kennelijk alleen kan worden genomen 'indien verantwoordelijkheid wordt gevoeld' en hij stipuleert dat dit niet louter een kwestie van psychologie is. Evenmin vat hij het op als een antropologisch curiosum dat slechts bij

2 Scholten [1931: 127]. Cursivering in het origineel.

3 Het lijkt wel enigszins op de situatie waarin je je PIN-code weet als je voor de automaat staat en er zeer onzeker over kunt zijn als je hem los van die situatie zou moeten opschrijven.

‘primitieve’ volken valt aan te treffen. Veeleer wil hij dat deze observatie ons dwingt om na te denken over de vraag wat het betekent dat het rechtsoordeel wezenlijk *beslissing* is ten overstaan van de wet. Kennelijk is die verhouding tot de wet die we kunnen aanduiden als ‘voor een beslissing staan’ van wezenlijk belang om zich aan de wet gebonden te weten.

1 Beslissen, berekenen en bepalen

Rond het begrip ‘beslissing’ bestaan globaal twee typen van misverstanden. Enerzijds wordt door de bloei van disciplines als ‘besliskunde’, ‘keuzetheorie’, ‘speltheorie’ de indruk gewekt dat beslissen zoiets is als het *berekenen* van de voordeligste keuze voor zekere middelen of wegen, gegeven bepaalde doelen en beperkingen. Naarmate deze laatste gegevens gedetailleerder en gevarieerder zijn ingevuld, kunnen de berekeningen subtieler en gecompliceerder gemaakt worden. Het toepassen van de aldus ontworpen modellen in reële beslis-situaties is afhankelijk van de mogelijkheid, de kenmerken van die situaties af te beelden op de doelen en beperkingen die in het model zijn ingebouwd. Die mogelijkheid is relatief. Wie voordelige routes kan berekenen voor reizende vertegenwoordigers of samenwerkingsmogelijkheden voor gevangenen met radicaal tegengestelde belangen, heeft daarmee nog niet de sleutel in handen voor redelijke besluiten in het verband van – bijvoorbeeld – de economische politiek van de Europese Unie. Algemeen wordt dan ook erkend dat in de modellen altijd slechts een *benadering* van de werkelijkheid wordt gegeven, dat men die benadering steeds met het nodige verstand moet gebruiken en dat men er niet het uiteindelijke heil van moet verwachten. Met een dergelijke waarschuwing wordt niet slechts gezegd dat het model nog voor verbetering vatbaar is, maar vooral dat het *altijd weer* voor verbetering vatbaar zal blijven. Met andere woorden: het zal altijd een hulpstuk blijven bij het eigenlijke beslissen, een hulpstuk dat juist op grond van de eisen die het beslissen *in laatste instantie* stelt, soms terzijde gelegd moet worden. Maar als we het model op zijn waarde voor onze beslissingen moeten beoordelen om het verantwoord te kunnen hanteren, dan kan dat alleen wanneer we op andere gronden dan het model weten waarop het in het beslissen aankomt. Daaruit blijkt dat beslissen in laatste instantie iets anders is dan het berekenen van het voordeligste alternatief gegeven zekere doelen en beperkingen. Beslissen kenmerkt zich nu juist doordat er richting gekozen moet worden bij globale doelen en onduidelijke beperkingen.

Anderzijds wordt beslissen ook gemakkelijk verward met het tot gelding brengen van een willekeurige bepaling of keuze. Deze associatie is met name terug te voeren op voorbeelden waarbij het belangrijker is dat er besloten wordt

dan wat er besloten wordt. Er moet een knoop worden doorgehakt. En aangezien de betrokkenen dat niet kunnen (anders was er geen knoop) moet het gebeuren door een instantie van buiten of van boven: die van het lot of die van de overheid. De politieke filosofie die zich (niet in alle opzichten terecht) beroept op Hobbes, is gebouwd op de gedachte dat de overheid uiteindelijk niets anders is dan een bepalende beslissingsmacht tegenover een ten diepste conflictueuze samenleving. Hoe juist het echter ook moge zijn dat aan de institutie 'overheid' een uiteindelijk soevereine beslissingsmacht toegekend wordt waartegen geen beroep meer open staat, daarmee is in het geheel niet gezegd dat beslissingen vanwege de overheid identiek zijn met het uitoefenen van willekeur. Natuurlijk is het de overheid die dan beslist en haar wil doorzet eventueel tegen de wil van onderdanen. Maar uit dat verschijnsel kunnen we nog niet concluderen wat beslissen is. Ook rechtsonderhorigen beslissen wanneer zij zich met de wet inlaten, gehoorzaamend dan wel overtredend. De vraag van dit opstel is nu juist wat er in zulk een beslissing gebeurt, met name hoe daarin de wet als regel betrokken wordt. Scholtens voorbeeld herinnert ons eraan dat de wet wel eens alleen zeggingskracht zou kunnen hebben 'als we voor een beslissing staan'. Misschien moeten we dan ook niet zozeer vragen naar wat 'beslissen' in laatste instantie precies is, als wel naar wat het betekent 'voor een beslissing te staan'.

2 Voor de beslissing staan

De analytische filosofie biedt ons een vrij toegankelijk begrip van wat beslissen is door het te definiëren in termen van intenties. Beslissen is niet alleen het vormen van een intentie, maar ook van de intentie om die eerste intentie niet te herzien. Deze eenvoudige waarheid volstaat om een begin te maken met de veel ingewikkelder analyse van wat het betekent 'voor een beslissing te staan'. Vooraf zij opgemerkt dat deze analyse het standpunt van de handelende persoon tot referentiepunt zal moeten nemen, en wel voorzover die handelende persoon de intenties vormt waarom het bij het beslissen kennelijk gaat. Het kan niet gaan om een standpunt buiten het handelingsperspectief om.⁴ In de tweede plaats dient bedacht te worden dat deze analyse geen rechtstreekse

4 Vgl. Climacus in *Afsluitend Onwetenschappelijk Naschrift (Concluding Unscientific Postscript)*, p. 262: 'It is a fundamental confusion in recent philosophy to mistake the abstract consideration of a standpoint with existence, so that when a man has knowledge of this or that standpoint he supposes himself to exist in it; every existing individuality must precisely as existing be more or less one-sided. From the abstract point of view there is no decisive conflict between the standpoints, because abstraction precisely removes that in which the decision inheres: *the existing subject*.'

toegang heeft tot het voorbewuste niveau waarop de betreffende intenties gevormd worden. Slechts via een reflexieve 'vertaling' ervan kunnen we enigszins greep krijgen op de manier waarop we voorbewust in de wereld staan wanneer we voor een beslissing staan. Met andere woorden, wat we analyseren is het *beseft* voor een beslissing te staan.

Wat speelt mee in dit besef? We kunnen onder meer de volgende elementen onderscheiden:

- (1) het besef dat het niet zinvol (want onmenselijk, onwenselijk, onredelijk, onleefbaar) is te blijven reflecteren of delibereren; bijvoorbeeld omdat het conflict moet ophouden, of omdat er overweldigend veel redenen zijn voor een bepaalde gedragslijn en tegen een andere, of omdat er juist geen informatie beschikbaar is die de alternatieven minder evenwaardig aan elkaar maakt, of omdat we gewoon slaap of honger krijgen;
- (2) het besef dat wie kiest verliest; zelfs als er geen evenwaardige alternatieven zijn, betekent de beslissing een afsnijden van handelingsmogelijkheden die in het beginsel altijd te exploreren zijn;
- (3) het besef in beginsel bij de keuze te moeten blijven, zelfs als er zich nog niet overwogen alternatieven zouden aandienen;
- (4) het besef deze keuze metterdaad te moeten uitvoeren en dus vanaf het beslissingsmoment te moeten gaan speuren naar omstandigheden waarin die uitvoering geboden dan wel gewenst is;
- (5) het besef dat intussen de wereld niet zal stilstaan, met andere woorden dat zowel handelingsmogelijkheden als handelingsvoorwaarden zich zullen wijzigen;
- (6) het besef achteraf verantwoording te zullen moeten afleggen van de genomen beslissing in het licht van feiten en wensen die op het moment van besluiten nog niet bekend zijn.

Het is evident dat tussen deze factoren onderscheiden moet worden: in (1) wordt het besef verwoord dat als enige dringt in de richting van het nemen van een beslissing, terwijl (2) - (6) evenzovele redenen verschaffen om (nog) geen beslissing te nemen. Het besef voor een beslissing te staan is 'kritisch', omdat er altijd en in het algemeen redenen zijn voor verder onderzoek en overleg, voor preciesere afweging van voors en tegens, voor continuering van het uitstel en afwachten van een gunstiger moment om te handelen. Ook kan men er bij voorbaat vanuit gaan dat zich na de beslissing feiten zullen aandienen waarmee geen rekening is gehouden, dat bij de uitvoering neven-effecten zullen optreden die onwenselijk zijn, dat er uitzonderingen gemeld zullen worden die alsnog om verdiscontering vragen. Er is dus bij voorbaat reden om de beslissing niet te nemen, zoals er steeds ook reden is om een uiteindelijk toch genomen beslissing niet ten volle uit te voeren. Al deze factoren vormen niet zozeer redenen om niet te handelen, alswel om niet de

intentie te vormen zich tot een zeker handelen te bepalen en zichzelf op die manier *vast te zetten*. Tegenover de massiviteit van die redenen, die – zoals we zagen – bij voorbaat, steeds en in algemene zin aanwezig zijn, staat dan ‘de situatie’ die juist in haar geledheid en haar singulariteit om een beslissing vraagt.

Deze eerste analyse van wat het betekent ‘voor een beslissing te staan’ hoeft niet opgeklopt te worden tot het bewijs voor een ‘existentieel’ ervaren spanning die ‘doorleefd’ wordt in het beslissen. De alledaagse betekenis van de analyse ligt op een heel ander vlak. Zo maakt zij inzichtelijk waarom sommige beslissingen gemakkelijker te nemen zijn dan andere. Wat bij voorbeeld opvalt in de problematiek van de regelgeving inzake euthanasie is dat ‘op het niveau van de casus’ het dikwijls voor alle betrokkenen evident is dat het zinvol is om in te gaan op het verzoek tot levensbeëindiging, terwijl ‘op het niveau van de regelgeving’ nagenoeg elke formulering zijn bezwaren heeft. Dat komt omdat op dit laatste niveau de a priori redenen tot het openhouden van alle handelingsmogelijkheden een veel grotere rol spelen dan in de concrete situatie waarin een veelheid van aspecten kan worden gearticuleerd.⁵ Maar het komt uiteraard ook voor dat juist de beslissing in algemene zin vrij gemakkelijk te nemen is (bijvoorbeeld de beslissing in geen enkele situatie bij het verhoor van verdachten martelingen toe te staan), terwijl het zeer moeilijk is dat in de concrete situatie (bijvoorbeeld om informatie te krijgen waar mensenlevens van afhangen) niet te doen. Dat komt dan omdat de onmenselijkheid van het martelen veel duidelijker spreekt wanneer ze los staat van terroristisch geweld jegens onschuldige potentiële slachtoffers.⁶ Zoals gezegd is hiermee slechts een betekenis van de analyse in ‘alledaagse’ zin aangeduid. Een meer pertinente betekenislaag kan worden aangeboord wanneer we ons realiseren wat de spanning tussen (1) en (2) - (6) begrippelijk betekent en hoe deze dus een rol speelt in de structuur waarin gemakkelijke zowel als moeilijke beslissingen zijn opgenomen.

De eerste vraag die in dat verband gesteld moet worden is hoe het mogelijk (bedoeld is: begrippelijk mogelijk, dus redelijk) is dat het staan voor een beslissing iets anders zou kunnen zijn dan een radicale aporie? Waarom weegt de veelheid van algemene redenen om zich niet vast te leggen op een

5 Om soortgelijke redenen heeft een Commissie Ethiek die op een zeker niveau van algemeenheid tracht te opereren op gebieden waar het recht zich niet onmiddellijk een taak heeft toegedacht (bijvoorbeeld de keuze voor Electro Aversie Techniek bij de aanpak van zelfverwondend gedrag van verstandelijk gehandicapten), een veel moeilijker gesprek dan een Commissie die zich moet uitspreken over een bepaald geval waarin haar advies over zo'n keuze wordt gevraagd.

6 Wie de druk wel ervaart komt dan ook in de verleiding om de keuze voor martelen te verhullen achter eufemismen als ‘mild physical pressure’, zoals het Israëliësch Hooggerechtshof deed.

bepaalde intentie, niet op tegen de bijzondere redenen om in de gegeven situatie zich wel vast te leggen? Het is toch immers redelijk, aan doen of nalaten algemene redenen ten grondslag te leggen? Het antwoord is niet (louter) dat in de concrete situatie zich altijd weer facetten aandienen die in een algemene conceptie van 'de feitelijkheid' geen rol spelen. Dat moge op zichzelf zo zijn, maar eigenlijk vormt dat een reden om de aporie te ontkennen en te zeggen dat men niet anders kan dan 'naar bevind van zaken' handelen in de radicale zin van het woord: opportunistisch. Natuurlijk zal men 'naar bevind van zaken' handelen, maar de vraag is nu juist waarom dat geen stuurloos meedrijven betekent op de golven van de feitelijkheid? Het antwoord op die vraag veronderstelt een andere opvatting van 'situatie'. Want als het op sturen aankomt, zijn golven niet alleen maar hindernissen die overwonnen moeten worden, maar eerst en vooral feitelijkheden die het sturen pas mogelijk maken.

3 Situatie en beslissing

In *Sein und Zeit* geeft Heidegger⁷ ons de sleutel tot die andere opvatting, en wel in termen die nauw aansluiten bij de argumentatielijn die we in de loop van de hoofdstukken gevolgd hebben. Ik citeer de passage in een eigen vertaling, die ongetwijfeld afschampt op Heideggers taaleigen.

'In de term 'situatie' (Lage – "in der Lage sein") klinkt een ruimtelijke betekenis mee. We zullen niet proberen om ze kwijt te spelen bij het existentiële begrip. Want ze ligt ook in het 'er' van het 'er-zijn'. Tot het in-de-wereld-zijn behoort een eigen ruimtelijkheid, die door de fenomenen van verwijderd-zijn-van en gericht-zijn-op gekenmerkt wordt. Het 'er-zijn' maakt plaats, in zover het feitelijk existeert. Maar die op het 'er-zijn' betrokken ruimtelijkheid, op grond waarvan de existentie telkens haar plaats bepaalt, is gegrond in de constitutie van het in-de-wereld-zijn. De eerste en voornaamste bouwsteen van die constitutie is de ontslotenheid. In gelijke mate als de ruimtelijkheid van het 'er' in de ontslotenheid gegrond is, heeft de situatie haar fundamenteën in de vastbeslotenheid. De situatie is het telkens in de vastbeslotenheid ontslotene 'er' als hetwelk het existerende zijnde er is. De situatie is geen voorhanden kader waarin het 'er-zijn' voorkomt of waarin het zichzelf zou kunnen brengen. Verre van een voorhanden mengsel van zich voordoende omstandigheden en toevalligheden te zijn, is de situatie slechts door en in de vastbeslotenheid. Vastbesloten voor het 'er', als de modus waarin het zelf existerend heeft te zijn, ontsluit zich daarin pas het telkens feitelijke gesteldheids-karakter van de omstandigheden. Slechts aan de

7 Zie ook het dissertatieproject van Espigares Tallon over de notie 'funderen' in de politiek en diens Heidegger-analyse.

Hoofdstuk 4

ontslotenheid kan datgene uit de gezamenlijke en de omgevende wereld *toevallen* wat wij toevalligheden noemen.⁸

In de eerste plaats benadrukt Heidegger hier hetgeen we herhaaldelijk in de analyse van de regel zijn tegengekomen, namelijk dat het verstaan van de regel gebonden is aan de lijfelijk-ruimtelijke bezetting van een plaats. Hij herinnert eraan dat in de Latijnse etymologie van het woord 'situatie' (van *situs*, plaats) deze band bewaard gebleven is. In een tweede filologische opmerking suggereert hij bovendien dat in de Duitse taal de band bewaard blijft tussen 'situatie' of 'Lage' en 'in staat zijn tot ...'. Vervolgens erkent hij dat deze plaats ruimtelijk geconnoteerd is en dat die connotatie niet terzijde gelaten kan worden in de analyse van wat het besef 'er te zijn' betekent. Zij is namelijk correlaat met dat kleine woordje 'er': het besef 'er' te zijn staat gelijk aan het besef betrokken te zijn op of open te staan naar iets-anders-dan-bewustzijn (de wereld). Hiervoor gebruikt Heidegger de term *Erschlossenheit*, dat wil zeggen: openheid of ontslotenheid. Op grond van deze oorspronkelijke betrokkenheid kan het besef 'er te zijn' gearticuleerd worden in het nemen van afstand tot en het uitzetten van een koers in de wereld, bijvoorbeeld en met name in datgene wat we handelen noemen. Maar dat veronderstelt een articulatie van die wereld in termen van het *feitelijke en het feitelijk mogelijke*, dat wil zeggen een *toetreden op* of een *aangrijpen van* de wereld zoals zij is. Deze dispositie⁹ noemt Heidegger *Entschlossenheit* of vastbeslotenheid. Pas vanuit die dispositie wordt het mogelijk te spreken van een *situatie*. Deze moet dan ook niet primair gezien worden als een voorgegeven kader van

8 'In dem Terminus Situation (Lage – "in der Lage sein") schwingt eine räumliche Bedeutung mit. Wir werden nicht versuchen wollen, sie aus dem existenzialen Begriff auszumerzen. Denn sie liegt auch im "Da" des Daseins. Zum In-der-Welt-sein gehört eine eigene Räumlichkeit, die durch die Phänomene der Ent-fernung und Ausrichtung charakterisiert ist. Das Dasein "räumt ein", sofern es faktisch existiert. Die daseinsmäßige Räumlichkeit aber, auf Grund deren sich die Existenz je ihren "Ort" bestimmt, gründet in der Verfassung des In-der-Welt-seins. Das primäre Konstitutivum dieser Verfassung ist die Erschlossenheit. So weit die Räumlichkeit des Da in der Erschlossenheit gründet, so hat die Situation ihre Fundamente in der Entschlossenheit. Die Situation ist das je in der Entschlossenheit erschlossene Da, als welches das existierende Seiende da ist. Die Situation ist nicht ein vorhandener Rahmen, in dem das Dasein vorkommt, oder in den es sich auch nur selbst brächte. Weit entfernt von einem vorhandenen Gemisch der begegnenden Umstände und Zufälle, *ist* die Situation nur durch und in der Entschlossenheit. Entschlossen für das Da, als welches das Selbst existierend zu sein hat, erschließt sich ihm erst der jeweilige faktische Bewandnischarakter der Umstände. Nur der Entschlossenheit kann das aus der Mit- und Umwelt *zu-fallen*, was wir Zufälle nennen.' Pp. 299-300.

9 Dit psychologisch klinkende woord wordt met opzet gebruikt. Ik ben mij ervan bewust dat Heidegger hier spreekt op het niveau van de existentiaal-analyse. De term dispositie moet in dat verband verstaan worden. Hij duidt op een fundamenteel 'afgaan op (de werkelijkheid)'.

feitelijke omstandigheden en toevalligheden waarbinnen men zich nu eenmaal bevindt. Eerder is het zo dat pas met het vastberaden toetreden op de wereld de plaats in de wereld bepaald wordt. Pas wie zich verhoudt tot de wereld kan zich de vraag stellen waar hij is. Pas wie weet waar hij is kan zeggen waar hij naar toe wil. Pas dan ook ontstaat 'toeval' in een diepere zin dan louter feitelijkheid, namelijk datgene wat ons toe-valt, waar we het niet alleen mee zullen moeten stellen, maar waar we ook onze toekomst van moeten verhoppen.

Hiermee is in principe de vraag beantwoord waarom het staan voor de beslissing ons niet verlamt en waarom het ons niet gevangen houdt in een aporie tussen de noodzaak tot beslissen in de situatie en de redenen tot uitstel van handelen in elke situatie. Deze aporie doet zich bij nader inzien niet voor. Want spreken van 'de situatie' veronderstelt al een toetreden op de wereld dat geen algemeen-beschouwelijke redenen tot uitstel meer aanvaardt. Het is eenvoudigweg een andere dispositie dan de beschouwelijke. Vanuit die dispositie is beschouwelijkheid onder een ander voorteken komen te staan, namelijk dat van de *prudentie*. Alleen binnen de prudentie komt het besef van veranderende omstandigheden of ruimere handelingsmogelijkheden nog aan de orde. De dispositie van 'vastberadenheid' wil dan ook niet zeggen dat er in een concrete situatie geen redenen kunnen zijn om een besluit op te schorten en er nog eens goed over na te denken. Dat is een heel andere kwestie, die begint met de *beslissing* een eerdere beslissing te herzien. Het ging ons juist om de betekenis van 'beslissen' als een akt die zijn schaduw vooruit werpt. Paradoxaal gezegd blijkt de schaduw die vooruit geworpen wordt zich spiegelbeeldig te verhouden tot het licht dat op de wereld geworpen wordt.¹⁰

Het verwondert dan ook niet dat Heidegger spreekt van de *Entschlossenheit* als een dispositie die het 'er-zijn' zijn 'eigentliche Durchsichtigkeit' geeft.¹¹ Pas door die dispositie ontstaat een transparantie die op haar beurt prudentie mogelijk maakt. Het zorgvuldig wikken en wegen van belangen, kansen en belemmeringen is immers pas mogelijk binnen het kader van een zekere koersvastheid. Vandaar wellicht dat sinds de dagen van Plato en Aristoteles de metafoor van de stuurman en de stuurmanskunst zo veelvuldig opduikt in klassieke beschouwingen over het juiste handelen, met name in recht en politiek. Koersvastheid immers heeft weinig te maken met een nietsontziende drift om rechtlijnig het doel te bereiken.¹² De gepassioneerde

10 Ontsluiten en besluiten roepen elkaar op. Heidegger anticiperend omschrijft Kierkegaard het menselijk handelen als gelijkkoerspronkelijk met een 'inward decisiveness'. Zie vooral Johannes Climacus in het *Afsluitend Onwetenschappelijk Naschrift* (passim). Vgl. de m.i. juiste interpretatie van Bernstein [1971: 116] dat het hier om een *passionele* be sluitvaardigheid gaat.

11 *Sein und Zeit*, p. 299.

12 Zie de beschouwing van Verhoeven [1996].

Hoofdstuk 4

die erin besloten ligt is een zeer geduldige, een die bereid is telkens bij te sturen vanuit veranderende omstandigheden. Zij is bereid te erkennen dat elke situatie tegelijk zicht op de koers, maar ook afwijking van de koers biedt. In scherpe tegenstelling tot Schmitts definitie van de soeverein zou men kunnen zeggen dat de stuurman bereid is elke toestand als uitzonderingstoestand te beschouwen.¹³ Precies die gedachte – of beter misschien de hoop op een dergelijk bestuur – verwoordt Walter Benjamin kernachtig in een volwaardig politiek perspectief dat frontaal tegen Schmitt ingaat:

‘Die Tradition der Unterdrückten belehrt uns darüber, daß der Ausnahmezustand in dem wir leben, die Regel ist. Wir müssen zu einem Begriff der Geschichte kommen, der dem entspricht. Dann wird uns als unsere Aufgabe die Herbeiführung des wirklichen Ausnahmezustandes vor Augen stehen; und dadurch wird unsere Position im Kampf gegen den Faschismus sich verbessern.’¹⁴

Laten we intussen ook bedenken dat pas de mogelijkheid prudentie te betrachten de voorwaarde vormt om zinvol te kunnen spreken van objectiveringsgronden voor handelingskeuzes, dat wil zeggen voor zoiets als een normering van het handelen zoals we dat in het recht kennen. Deze mogelijkheid van objectivering is blijkbaar radicaal aangewezen op – zij het geen functie van – de *Entschlossenheit* of *decisiveness* die aan elke concrete beslissing begripelijk voorafgaat, maar die ook in elke situatie waarin we concreet voor een beslissing staan, opnieuw gestalte krijgt. Dat betekent dat we opnieuw stoten op de symbolische vorm die ons via de analyse van het perspectief duidelijk is geworden, namelijk dat de mogelijkheid van objectivering zich spiegelbeeldig verhoudt tot de subject-gebonden inname van een standpunt, terwijl omgekeerd deze objectivering de mogelijkheid van dat standpunt opdringt. Inzoverre Heidegger met de term *Entschlossenheit* het dispositionele engagement met een bepaalde ‘blik’ of houding ten aanzien van de werkelijkheid bedoelt, vindt dit engagement zijn spiegelbeeld in de normen ten opzichte waarvan het zich moet verantwoorden. Of, om het anders te zeggen: de wet schept weliswaar gebondenheid, maar het omgekeerde is evengoed waar. Pas in het engagement ontwaren we de wet.

In het voorgaande was herhaaldelijk sprake van het verstaan van de regel vanuit een lijfelijk bepaalde plaats. De correlatie van *Erschlossenheit* en *Entschlossenheit* verantwoordt precies datgene wat met de aanduiding ‘lijfelijk’ bedoeld kan zijn: dat het ‘zelf’ zich verweekeld-in-de-wereld weet, en wel

13 Vgl. Schmitt [1934: 11].

14 Benjamin, *Briefe*, I/2, 697. Zie de analyse van de relatie tussen Schmitt en Benjamin in Heil [1996].

nog vóórdat het omtrent de wereld wat dan ook reflexief weet.¹⁵ Dat is dan ook de laag die Wittgenstein als ‘animaal’ aanduidde, als ‘Lebensform’ of ‘Gepflogenheit’, dikwijls voor het gemak vertaald met ‘custom’. Zijn aanduidingen zijn suggestief, maar misleidend voor wie niet vertrouwd is met het register waarin ze klinken. Heidegger waarschuwt daartegen wanneer hij zegt dat *Entschlossenheit* niet verward moet worden ‘mit einem leeren “Habitus” und einer unbestimmten “Velleität”’.¹⁶ Het gaat niet om een abstracte ‘wilsbereidheid’ waarop via regels een appèl kan worden gedaan. De regel zegt juist niet louter ‘hoe verder te gaan’, maar bindt dit ‘hoe’ aan de plaats (de ‘situs’) waar de adressaat zich lijfelijk bevindt. Dat is dan ook de reden waarom – zoals we in hoofdstuk 2 zagen – Wittgenstein de continuering van een ‘denkmaaksel’ (een wiskundige reeks bijvoorbeeld) kan zien als een lijfelijke akt: een akt van lezen en schrijven.

Om het allereenvoudigste voorbeeld nog maar eens te nemen: de reden waarom het ‘verstandig’ is om ‘8’ te antwoorden als je gevraagd wordt de reeks ‘2, 4, 6, ...’ voort te zetten, is dat die reeks je situeert als een teller die op nul staat en die met de regelmaat van een klok de intervallen wegtikt, of desnoods als een wandelaar die vanaf een bepaald vertrekpunt in een gelijkmatige stap op weg gaat. Natuurlijk is het vanuit een zuiver beschouwelijk standpunt mogelijk het antwoord ‘11’ te geven en te zeggen dat dat antwoord ook verenigbaar is met de regel. De regel zegt immers niet met zoveel woorden wat er na de eerste drie getallen moet gebeuren. Het kan best zijn dat je na drie getallen telkens een sprong van ‘het derde getal min 1’ moet maken. Maar dat is juist niet de manier waarop je met regels omgaat. Als zo'n sprong de bedoeling was geweest, dan had dat in de gegeven reeks moeten worden voorgedaan. Dan had de reeks ‘2, 4, 6, 11, ...’ gegeven moeten zijn en zou de opdracht zijn geweest om *die* reeks te vervolgen. Het ‘hoe-verder-te-gaan’ is eerst en vooral een ‘vanwaaruit-verder-te-gaan’ – een doorkijk –, om de eenvoudige reden dat anders de regel in abstracties zou vervallen. Dan zou er pas echt sprake zijn van ‘nietszeggendheid’.

De situatie die we omschreven hebben als ‘voor een beslissing staan’ is bij uitstek de plaats die vanuit de regel wordt geviseerd. Regels situeren ons als ‘degenen die voor een beslissing staan.’ Dat is de reden waarom een concrete regel eigenlijk pas iets zegt ‘als we voor een beslissing staan’. Daarmee zeggen regels niet welke beslissingen wij moeten nemen. Zij stellen ons in staat scherper te zien ‘waar we ons bevinden’, voor welke beslissingen we eigenlijk staan en wat er met onze beslissingen op het spel staat. Daarom

15 Vgl. Merleau-Ponty's notie van het corps-sujet in zijn *Phénoménologie de la Perception* [1945].

16 *Sein und Zeit*, p. 300.

Hoofdstuk 4

kunnen we achteraf ook wijzen op regels wanneer we onze keuzes moeten verantwoorden: we refereren daarmee aan een noodzakelijke, maar bepaald geen voldoende grond voor de beslissingen die we genomen hebben. De beslissing heeft, zoals Scholten in de context van de rechtsvinding opmerkt, 'zelfstandige betekenis' ten opzichte van de regel.¹⁷ Maar dan geldt ook dat we bij het verantwoorden van beslissingen niet kunnen volstaan met het citeren van een regel. Als de rechter dat niet kan, dan kunnen de rechtsgenoten dat ook niet. Wij zijn allen rechters, zij het niet in eigen zaak.

17 Scholten [1931: 9].

Rechter en regel

Kan het perspectivisch karakter van regels en de manier waarop het ons situeert wanneer we voor een beslissing staan, meer zijn dan een interessante beeldspraak? Kan het met name iets verhelderen omtrent onze gebondenheid aan die specifieke regels die we wetten noemen? Scheppen wetten gebondenheid voor de beslisser via zoiets als een ‘construzione legitima’ van de werkelijkheid? Hoe vindt die constructie dan plaats? Welke ruimte wordt op deze manier gevormd of hervormd? Is er ten aanzien van deze rechtstheoretische vragen een werkelijke parallel te trekken met de grondslagen waarop de toepassing van het lineaire perspectief berust en met de effecten die het heeft?

Ik zal in dit hoofdstuk betogen dat wetten, juist omdat ze de eigenaardige ‘symbolische vorm’ van regels hebben, ons op een soortgelijke wijze als het lineaire perspectief betrekken in datgene wat rechtens te doen staat. In het bijzonder is daarbij de rol in het geding van degene die op voorbeeldige wijze de zeggingskracht van de wet belichaamt: de rechter. Diens gebondenheid aan de wet wordt meestal uitgelegd als de verplichting om naar enig wetsartikel, overigens in verband met andere, te verwijzen in de legitimatie van zijn oordeel. Dat moge een belangrijke betekenis zijn van de gebondenheid aan de wet, maar zij heeft betrekking op de verantwoording van de beslissing achteraf. Het retrospectieve aspect van de gebondenheid aan de wet is echter niet het meest wezenlijke. Integendeel, het vooronderstelt een prospectieve gebondenheid, dat wil zeggen een gebondenheid die ervoor zorgt dat de rechter bij de juiste beslissing uitkomt als hij de regel van de wet volgt. Met andere woorden: het ‘aftasten van de wet’ is een activiteit die in de eerste plaats behoort tot de heuristiek van het rechterlijk oordeel, en pas op die grond vervolgens tot de legitimatie ervan.¹ Mijn uitleg van de symbolische vorm van de wet als regel biedt de mogelijkheid om deze gebondenheid in prospectieve zin te begrijpen zonder dat daarin allerlei misplaatste vermoedens van ‘legisme’ een rol hoeven te spelen. In dit hoofdstuk zal in dat verband met name worden besproken hoe de wet de rechter situeert als degene die bij uitstek ‘voor de beslissing staat’.

1 Vgl. voor het onderscheid tussen legitimatie en heuristiek van het rechterlijk oordeel Nieuwenhuis [1976].

In het daarop volgende hoofdstuk zal de parallel nog verder uitgewerkt worden. Ik wil dan aantonen dat een aantal procesrechterlijke beginselen aan de basis liggen van de constructie waarop deze werking berust. De processuele ‘techniek’ vervult, met andere woorden, in het moderne recht eenzelfde functie ten opzichte van de politieke ruimte als het lineaire perspectief ten opzichte van de visuele ruimte: het vormt deze politieke ruimte om van een geaggregeerde tot een systematische ruimte – met alle aantrekkelijkheden en mogelijkheden, maar ook met alle beperkingen van dien. Voor we echter daaraan toekomen is het noodzakelijk eerst zicht te krijgen op het feit dat de wet als regel de rechter eerder situeert dan informeert. Pas dan kunnen we ook begrijpen dat de nadruk op het belang van de eerder genoemde beginselen geen reductie van het recht tot een formalistisch instrumentarium inhoudt, maar er de eigenlijke normatieve kracht van ontvouwt. In tegenstelling daarmee staat de visie volgens welke de wet in de kern een soort van minimale moraal bevat die door de rechter met de inzet van een aantal aparte middelen, waaronder een afzonderlijke vaktaal en een afzonderlijk stelsel van procedures, uitgerepareerd en afgedwongen moet worden. Deze zogenaamde *Sonderfallthese* zal als een vorm van moreel instrumentalisme worden bekritiseerd. Mijn op het eerste oog meer ‘technische’ opvatting van het recht zou ik van dat instrumentalisme willen vrijpleiten.

1 De rechter van de wet

In het moderne recht is de plaats van degene die bij het staan voor een beslissing zich aan de wet gebonden weet, eerst en vooral de plaats van de rechter. Het afscheid van het feodale recht – en dus ook van het recht onder het absolutisme – bestond voor een belangrijk deel precies hierin, dat de rechter niet langer meer de mond des konings (*le bouche du roi*) maar de mond der wet (*le bouche de la loi*) zou worden geacht.² De rechter zou niet meer de rol vervullen van een afgezant door wie een hogere autoriteit zich openbaart, maar veeleer die van de voorbeeldige rechtsgenoot, aan wie de andere rechtsgenoten zich kunnen spiegelen voorzover hij zich één van hen betoont. Sinds Montesquieu is rechtspreken: de wet laten spreken zoals hij voor de rechtsonderhorige spreekt, zelfs op straffe van rechtsweigeren. Het beeld dat Montesquieu van de rechter geeft, maakt dan ook deel uit van de eerste beweging die we hebben onderscheiden: die waarin de plaats van de paradigmatisch handelende persoon – de rechter – wordt gesitueerd. Vanuit dat besef is het lonend ons nog eens

2 Vgl. de dissertatie van Schönfeld [1979].

te buigen over de beroemde formules die door Montesquieu aan de figuur van de rechter zijn gewijd.

a De machteloosheid van de rechterlijke macht

Wij zijn gelukkig verlost van de welhaast rituele verzekering dat Montesquieu ons een rechterbeeld voorspiegelt als van een automaat die beslissingen genereert zodra men er feiten in stopt. In navolging van (vooral) Simone Goyard-Fabre heeft men gewezen³ op wat wel genoemd wordt het relationele wetsbegrip bij Montesquieu: de rechter als spreekbuis van de betrekkingen die de wetten onderhouden met de maatschappelijk problemen die zij zoeken te regelen en de actoren die daarbij betrokken zijn. Die rechter is dan uiteraard allesbehalve een automaat, althans niet in de zin van een machine die geprefabriceerde, en daarom grove, standaardantwoorden geeft op complexe maatschappelijke problemen.⁴ Toch wordt daarbij misschien het meest radicale aspect van de tekst van *L'Esprit des Lois*, alsmede een belangrijke observatie van Goyard-Fabre, buiten beschouwing gelaten. Immers, Montesquieu zegt niet alleen dat de rechter moet oordelen naar een wet die veel gecompliceerder is dan een eenvoudig staatsdictaat. Wat hij toch vooral zegt is dat rechters *niet moeten oordelen*. Voor Montesquieu ligt hier het grote probleem van de staatsinrichting: de macht om te oordelen – ‘si terrible parmi les hommes’ – moet ‘[...] pour ainsi dire, invisible et nulle’ gemaakt worden.

Hoe dit te verstaan? Waarom wil hij een rechter die acteert als een ‘onbezield wezen’, wiens macht ‘op een of andere wijze niets’ mag voorstellen? Goyard-Fabre benadrukt terecht de passage waarin Montesquieu zegt dat er eigenlijk geen sprake moet zijn van een rechterlijke *macht*:

‘Van de drie machten die wij hebben besproken, is de macht om te oordelen op een bepaalde manier onbestaand. Er blijven er slechts twee over (...)’⁵

Op ‘een bepaalde manier’ zou Montesquieu de rechterlijke macht niet als ‘macht’ willen beschouwen, hem van zijn machtsaanspraken willen ontdoen, hem dus ook buiten de leer van de machtenscheiding willen laten. Er is een heel krachtig bewijs voor die uitleg te vinden in de tekst. Want wanneer hij even later zegt:

3 Zie ten onzent vooral Foqué [1987], Foqué - 't Hart [1990: 79vv.] en 't Hart [1991: 68vv.] en verwijzingen aldaar.

4 Men moet hierbij overigens wel beseffen dat de metafoor van de machine in het computertijdperk een andere kracht heeft gekregen.

5 ‘Des trois puissances dont nous avons parlé, celle de juger est, en quelque façon, nulle. Il n'en reste que deux [...]’.

‘Deze drie machten zouden een toestand van rust of evenwicht moeten vormen’(...) ⁶

dan gaat het niet meer over een evenwicht tussen wat wij gewoonlijk de drie machten noemen (en Montequieu aanvankelijk ook), *maar om de drie die hij in de onmiddellijk voorgaande alinea besproken heeft*: de twee delen van de legislatieve plus de uitvoerende macht. ⁷

Twee stellingen dus omtrent de plaats van de rechter: de rechterlijke macht treedt niet zelf in het politieke spel van machten en de rechter mag niet oordelen. De ene stelling heeft met de andere te maken, sterker nog: de ene stelling verwoordt de andere. Het gaat er niet om dat de rechter geen recht mag spreken. Natuurlijk moet hij dat, en natuurlijk kan hij geen recht spreken zonder te oordelen. Maar er staan niet voor niets zulke voorbeholden in de citaten als ‘en quelque façon’ en ‘pour ainsi dire’. Ze waarschuwen de lezer dat de auteur iets in de zin heeft dat niet voor de hand ligt als we het hebben over ‘wet’, ‘rechterlijke macht’ en ‘oordelen’. Het zou bijvoorbeeld kunnen zijn dat hij voor een ogenblik de gebruikelijke juridische betekenis van deze termen achter zich laat en er een veel diepere, constituerende zin van beproeft. Wat zou die zin kunnen zijn? Ik waag de volgende veronderstelling.

Oordelen, of het nu rechterlijk oordelen is of oordelen in het algemeen, heeft een machtsaspect. Oordelen in de eenvoudige, onder filosofen wel gebruikelijke zin van ‘zeggen dat iets zus of zo is’ – en dus iets zeggen dat waar of onwaar bevonden kan worden –, zulk oordelen is ‘en quelque façon’ het willekeurig hanteren van een valbijl. We zeggen niet voor niets, zo brengt Heidegger ons in herinnering, dat we oordelen ‘vellen’, dat is: laten vallen. Bijvoorbeeld, als ik zeg: ‘Ons tafelservies is wit’, of ‘Frankrijk is zeshoekig’, dan heb ik grenzen van kleurschakeringen, respectievelijk vormen getrokken. Want er zijn vele ‘kleuren’ wit en de vorm van Frankrijk vertoont meer rafels dan rechte lijnen. Deze grenzen hangen samen met geplogenheden die we nu een keer en tot nader order aanvaard hebben, maar die ten eerste niet noodzakelijk gegeven zijn en waarbinnen we bovendien onze eigen keuzes maken. Voor allerlei conversatie-doeleinden volstaan aanduidingen als ‘wit’ of ‘zeshoekig’ zonder nadere precisering, niet alleen omdat we toch wel weten wat er bedoeld wordt, maar ook omdat preciseringen soms juist verhinderen dat we weten wat er bedoeld wordt en misverstanden in de wereld brengen. Oordelen is uitsluiten door in te sluiten: zeggen waar iets bij hoort... en dan dus ook waar het niet bij hoort. We krijgen daar soms de rekening van gepresenteerd, bijvoorbeeld wanneer we een stuk tafelservies bijkopen dat op een heel andere manier ‘wit’ blijkt te zijn dan het oude, of wanneer bij een

6 ‘Ces trois puissances devraient former un repos ou une inaction. (...)’

7 Zie ook Goyard-Fabre [1979: 334vv].

examen geografie onze beschrijving van Frankrijk minder bijval oogst dan op een verjaardagsfeest. Maar precies uit dit soort voorbeelden blijkt dat we pas oog krijgen voor 'de rekening' als we er zelf schade van ondervinden. Treedt dergelijke schade niet op, dan laten we het zo als het is. Met andere woorden: oordelen is niet zomaar het uitoefenen van een zekere willekeur, maar vooral het uitoefenen van een vorm van willekeur die het eigen belang vooropstelt en de wereld ordent vanuit dat eigenbelang. Met nog andere woorden: in het loutere oordelen zit al het bij uitstek politieke onderscheid tussen 'het eigene' (het eendere) en 'het vreemde' (het andere) opgesloten. Daarmee is overigens geen enkele morele kwalificatie uitgesproken.

Maar als dit waar is, zitten we natuurlijk in het recht met een groot probleem. Want wat recht verder ook is, het wil in ieder geval iets anders zijn dan het uitoefenen van willekeur onder vooropstelling van het eigen belang. Wie deze vrees zou willen bezweren met de geruststelling dat de rechter toch *criteria* heeft voor zijn oordelen, die maakt het alleen nog maar erger, want ook die criteria zijn natuurlijk weer ... oordelen. Montesquieu doorziet het gevaar: als rechtspreken gelijk wordt aan uitoefening van oordeelsmacht, dan treedt het automatisch binnen in een politieke machtsconstellatie en wordt het gedwongen tot een spel dat het zal verliezen: het spel van de macht. Toch valt voor wie recht spreekt aan oordelen niet te ontkomen. De rechterlijke macht kan slechts 'en quelque façon' tot niets teruggebracht worden. Waar het dan ook om gaat is of de rechter in zijn oordelen de macht die hij uitoefent tegelijkertijd weet te relativiseren of niet, dat wil zeggen of hij zich wel of niet voluit inschrijft in de politieke machtsconstellatie en het spel van de macht mee gaat spelen. En let wel: die machtsuitoefening hangt in de ogen van Montesquieu enkel samen met het oordelen, dus met de onmiskenbare taak van de rechter, niet met de vrees dat de rechter op de stoel van de legislatieve of de executieve zal gaan zitten.

b De fascinatie van de rechter

In dit verband zij gewezen op de weergave van een fascinerend gesprek tussen Jean-François Lyotard en Jean-Loup Thébaud [1979]), dat door de rechtsfilosofie nagenoeg geheel is genegeerd. In dit gesprek benadrukt Lyotard het verschil tussen een platoonse opvatting van het recht en een aristotelische, ja eerder bijbels-joodse opvatting. In de platoonse visie is recht doen het herschrijven van een ware opvatting van de werkelijkheid in termen van sociale ordening via een aantal tussenschakels, zoals bv. de menselijke ziel. Recht doen betekent: de werkelijkheid maken tot wat zij 'eigenlijk' is volgens een beeld dat daar – vooraf aan elk handelen – van bestaat.

Hoewel Lyotard daar in dit verband niet zo veel over zegt, is het duidelijk wat hierbij op het spel staat. Met dit grondmodel worden immers allerlei vooronderstellingen ingevoerd. Als recht doen betekent: de werkelijkheid maken tot wat ze eigenlijk is, dan hebben we al aangenomen dat er een onderscheid te maken is tussen hoe de werkelijkheid eigenlijk is en hoe ze feitelijk is. Dan hebben we reeds de stap gezet naar de volgende vraag, namelijk *hoe* dat onderscheid dan gemaakt zou moeten worden. Maar aangezien die vraag alleen maar beantwoord kan worden als we al een onderscheid tussen eigenlijke en oneigenlijke criteria kunnen maken, is er geen andere uitweg dan er een autoriteitsvraag van te maken: *wie* dat onderscheid zal moeten maken. Die vraag wordt opgelost doordat sommigen stellen dat zij een bevoorrechte toegang hebben tot die eigenlijke werkelijkheid, terwijl anderen er geen benul van hebben. Daarmee valt de samenleving uiteen in twee groepen: zij die het voor het zeggen mogen hebben en zij die moeten gehoorzamen, een basisschema van politieke ordening. Als wij ons eenmaal, onverschillig tot welke groep we ons rekenen, tot dat onderscheid bekend hebben, dan hebben wij onszelf meteen ook een maatstaf verschaft om de geschiedenis aan af te meten: omdat we de afloop kennen, dat wil zeggen: omdat we de eigenlijke werkelijkheid kennen waar het allemaal naar toe moet, kan alles wat er gebeurt, beoordeeld worden op zijn zinvolheid of zinloosheid. In feite kan er dus niets meer *gebeuren*, althans niet in de diepe zin van iets dat ons overrompelt en ons van onze zekerheid berooft. De geschiedenis is ten einde. We hebben het basisschema van politieke ordening in de tijd zeker gesteld, definitief en absoluut gemaakt. Tenslotte hebben we onszelf een hiërarchie verschaft met een prioriteit van zijn op behoren, van feit op norm, zodat we het recht steeds kunnen zien als antwoord op een vraag, als oplossing van een probleem, als gevolg van een oorzaak, en nooit als zelf vraag, probleem of oorzaak. De wet is op die manier een vertaling van onze waarden, van datgene wat wij waar willen hebben; en allicht, dan kunnen we dus met een beroep op die waarden de wet opzij zetten.⁸

Daartegenover staat een opvatting die Lyotard vooral met verwijzing naar het bijbels jodendom verduidelijkt. Het is een opvatting van recht die begint met de wet: hoort Israel! – een profetenaanhef in retrospect uit Deuteronomium 4, 1-2. Nog vóór *iets* bij wet geboden wordt, wordt de wet geboden,

8 Er valt over te twisten of deze opvatting niet uiteindelijk ook die is van het Verlichtingsideaal – recent nog eens verwoord door Habermas: de politieke actoren stellen zichzelf de wet en zijn daardoor vrij in hun binding aan de wet: volstrekte autonomie. Weliswaar verzet Habermas [1992] zich hevig tegen de onmiddellijke binding van het recht aan waarden (en tegen de *Wertungsjurisprudenz* van het Bundesverfassungsgericht), en wel precies om de dezelfde redenen als hier genoemd: de inwisselbaarheid van waarden als preferenties, maar de vraag is of zijn norm-georiënteerde benadering uiteindelijk hiervan verschilt.

d.w.z. is er reden tot gehoorzamen. Ja zelfs, de wet vraagt gehoorzaamheid als haar inhoud volkomen tegen onze waarden in lijkt te gaan, zoals bij het gebod van Abraham om zijn zoon te offeren. Volkomen heteronomie dus. Hoe kan dat? Heeft de gedachte dat de wet er is om gehoorzaamd te worden enige betekenis voorafgaand aan concrete wettelijke voorschriften om dit te doen of dat te doen? Ja, misschien toch: dat er bij al wat er verder, later, ook te doen zal staan, gehoorzaamd, gehoor gegeven, of (wat prozaischer gezegd) niet zozeer gewild als wel geluisterd moet worden. De wet is in deze opvatting niet een waarheid die verplicht, maar een oproep die een belofte inhoudt. Dat luisterend oordelen is geen uitoefening van oordeelsmacht, maar van oordeelsschroom of eerbied. Schroom is misschien de beste vertaling voor dat wat merkwaardige woord dat wij altijd met 'omzichtigheid' of 'voorzichtigheid' vertalen: prudentie, juris-prudentie. De eerste betekenis van de wet is het gebod van een houding: de eerbied voor wat in onze oordelen aan onze oordelen ontsnapt, een eerbied die het machtsaspect van het oordelen – dat onvermijdelijk blijft – enigszins ondervangt. Zijn primaire symbolische betekenis als gebieder is die van een punt van waaruit hij gehoord wil worden. Men ziet: het is nu al bijna onmogelijk de termen te vermijden die in het vorige hoofdstuk gebruikt zijn: de eerste werking van de wet is als die van een beeld of schilderij, dat je als kijker in een bepaalde houding kan 'dwingen' vanwaar het bekeken wil worden. De wet situeert de rechter, en daarmee de rechtsgenoten.

c De wet van de rechter

Het zou een vergissing zijn te menen dat deze opvatting van de wet geheel en al buiten het westerse rechtsbesef is gebleven. Ik wees al op het feit dat Aristoteles reeds positie koos tegen de platoonse opvatting dat de wet primair een waarde, een idee of een ideaal vertegenwoordigt. Ik herinner voorts aan Rousseau's uitspraak in de *Économie politique*: 'La première des lois est de respecter les lois [...].' En misschien moeten we toch ook Montesquieu's verhandeling over de *esprit* der wetten zien als een verhoog over het luisteren naar de wet van de wetten, zeker omdat hij de wet in het algemeen omschrijft als 'de menselijke rede voorzover zij alle volken op aarde regeert'. Dat is, zo weten we, in Montesquieu's opvatting allereerst een receptieve rede, een gefascineerde en zich voegende rede, niet een agressieve, ordenende rede.

De rechter als ‘bouche de la loi’ is dus wellicht in eerste instantie de vertolker van die receptieve redelijkheid.⁹

Het zou overigens evenzeer een vergissing zijn te menen dat deze binding aan de wet geheel en al vreemd is aan de juridische praktijk. Dat de rechter zich moet terugtrekken uit de politieke machtsconstellatie en dat het machtsmoment uit zijn oordelen moeten worden gebannen, dat is, dunkt mij, toch precies de achtergrond van het al weer wat oudere Benthem-arrest en de meer recente Procola-uitspraak van het Straatsburgse Hof.¹⁰ Daar dreigde immers het gevaar dat de overheid rechter zou worden in eigen zaak. Dat is ook precies wat het *Algemeen Deel* van Scholten, zo goed als de tweede helft van Vrankens *Algemeen Deel*** zichtbaar maakt. Wanneer de rechter gebonden is aan de wet, dan betekent dit niets anders dan dat hij met alle beschikbare middelen moet afstemmen op het principiële karakter van de feiten¹¹ (en *dus* de rechtsgronden) die voor hem gebracht worden. Vanuit het standpunt van de wet wordt hij immers uitgenodigd de feitelijkheid van het geschil ten volle te laten gelden, vanuit het standpunt van de partijen bij het geschil echter wordt hij geacht de wet en niets dan de wet te laten spreken, *opdat* de feitelijkheid waarin de partijen zich bevinden of bevonden ten volle zal gelden.¹²

De rechter moet zich dus in het oordelen zoveel mogelijk onttrekken aan de macht van het oordelen. Dat is –in negatieve zin –luisteren naar ‘de wet’, of liever ‘de wet van de wetten’. Maar wat is het in positieve zin? En vooral: wat betekent het in onze huidige politieke constellatie, die toch wel overduidelijk verschilt van die van het bijbelse volk van Israël? Met andere woorden: wat valt er in die constellatie te beluisteren in de wet, nog vóór er iets specifiek bij wet geboden of toegestaan wordt? Hier zijn we, langs de omweg van Montesquieu, weer terug bij de vraag die ik eerder stelde: welke specifieke modus van objectivering verschaft de wet, dat de rechter daaraan primair gebonden is? Of, voor wie het nog even op Montesquieu wil houden, waarom bindt hij de rechter zo stevig op de wet, dat wij alle ‘pour ainsi dire’ hebben overgeslagen en een mechanisch determinisme zijn gaan lezen in plaats

9 Verder moet worden gezegd dat deze gedachte van de wet der wetten vooral voedsel heeft gegeven aan restauratieve politieke stromingen rond het wetsbegrip (bijvoorbeeld aanhakend bij Portalis en Von Savigny), die op zichzelf een wezenlijk punt aan de orde stelden, maar die vervolgens een vanzelfsprekende verbinding aangingen met de dominante, platoonse wetsopvatting. Wat hier verder ook van zij, het is in ieder geval opmerkelijk dat de hernieuwde lezing van Kant's derde kritiek vooral geïnspireerd is door filosofen die zich (onder inspiratie van Levinas) de pertinentie van het klassiek-joodse wetsbegrip bewust waren en die over het algemeen niet verdacht konden worden van restauratieve reflexen.

10 Resp. EHRM 28 mei 1985, Serie A, 93 en EHRM 28 sept. 1995, Serie A, nr. 326.

11 De uitdrukking is van mijn voorganger, J. Wieland. Vgl. diens [1982] Zie in dit verband ook mijn kritiek op Habermas' opvatting van feitelijkheid (Van Roermund [1994]).

12 Voor een uitwerking van deze benadering in verband met het overeenkomstenrecht, zie Van Roermund [1990a].

van een vorm van schroom? Het antwoord is: omdat de wet (in zijn ogen) de neerslag is en blijft van een politiek proces waarin een concrete samenleving er aanspraak op maakt de overgang van politiek naar recht te voltrekken. De gebondenheid van de rechter aan de wet is een vorm van 'situering' die neerkomt op het meegaan met een beweging. De rechter moet de beweging van de politiek naar het recht volgen. Dat dit proces tegenwoordig anders verloopt dan in de dagen van Montesquieu is maar al te waar, maar dat verschaft ons alleen maar meer redenen om dezelfde logica te blijven volgen: juist omdat en in de mate dat het politieke proces een samenlevingsproces is, is de rechter aan de wet gebonden. Het democratisch wetgevingsproces beoogt immers precies dat: een politiek proces van normbepaling, dat wil zeggen van een vastleggen van richtlijnen voor maatschappelijk handelen waarbij de betrokkenen niet alleen het voornemen opgeven om in toekomstige situaties naar bevind van zaken te handelen, maar ook het voornemen om in contacten met derden enkel de eigen identiteit maximaal te profileren. Wetgeving in deze opvatting wil dus het resultaat zijn van een vrijwillige zelfbeperking van de politiek, waarop zij niet meer naar believen kan terugkomen zonder een andere zelfbeperking daarvoor in de plaats te stellen.¹³ Het is een poging van de politiek zich van haar machtsmoment te ontdoen. En juist daarom is de rechter gebonden aan de wet: de wet is de neerslag van een proces dat hij zelf ook te voltrekken heeft, maar waarin hij nooit het voortouw kan nemen zonder machtsaanspraken te vestigen. Want recht is en blijft nu eenmaal een politiek maaksel. Rechtspreken is nadoen, in zoverre in de wet dat aspect van het recht tot gelding wordt gebracht, waarin de politieke macht het recht vóórdoet.

2 Recht als moreel instrumentalisme

Ik heb de gebondenheid van de rechter aan de wet uitgelegd als een poging (die overigens nooit zal slagen) om zich in zijn oordeel aan de politieke machtsconstellatie te onttrekken. Zich onttrekken aan de politiek is zijn bijdrage aan de politiek. Ik heb ook gezegd dat de rechter daarbij aangewezen is op de manier waarop het politieke proces zelf probeert boven de strijd om de macht uit te stijgen. Immers, het resultaat van die poging tot zelfrelativering is precies de wet. De rechter doet dan ook niet zomaar wat de politiek doet, de rechter doet wat de politiek doet als zij tot rechtsvorming tracht te komen. In beide gevallen, het wetgevingsproces en het rechtsvindingsproces, is sprake

13 In die zin is de notie van een 'acquis communautaire' inherent aan elk politiek bestel dat zichzelf als een rechtsorde begrijpt en niet slechts aan dat van de Europese Gemeenschap.

van een zelfbeperking van de politieke orde. Daarmee is weliswaar de rechter tegenover de wet gesitueerd. Maar er is nog niets mee gezegd over de manier waarop de ontvankelijkheid die de wet vereist de vorm krijgt van concrete eisen die gesteld worden wanneer men in een zeker geval ‘de wet wil volgen’. Hoe gaat dat in zijn werk?

Eén weg is in ieder geval afgesloten: in de wet staat niet met zoveel woorden hoe we de wet moeten volgen. De wetgever zegt, zoals Vranken in hoofdstuk III van zijn *Algemeen Deel*** laat zien, niet *hoe* de rechter zich moet binden aan de wet.¹⁴ Als dat wel het geval was, zou rechtsvinding ‘(...) kunnen bestaan in een exegese van en een commentaar op (...) deze metaregels’.¹⁵ Dan was er – zo mogen we Vranken begrijpen vanuit de eerste grote stelling van zijn boek – geen behoefte aan procesrecht. Strikt genomen zou er dan zelfs geen behoefte meer zijn aan een proces. De wetgever zou bepalen wat de rechter moet doen. De onafhankelijkheid van de rechterlijke macht ten opzichte van het politieke spel zou een holle frase worden. Binding aan de wet werkt dus niet volgens het model van een verzameling legislatieve metaregels voor de rechtsvinding in die uitputtende zin. Maar wat dan wel?

In antwoord hierop is het verleidelijk de weg te volgen waarvan gewoonlijk wordt aangenomen dat Scholten die ons heeft gewezen.¹⁶ Scholten heeft ons eigenlijk vooral voorgehouden dat het recht een soort verbijzondering is van wat Kant de praktische rede noemde, d.w.z. ons vermogen verantwoording af te leggen van ons handelen. Bij Kant leidde het doordenken van dit vermogen tot een innerlijke samenhang van praktische redelijkheid en zedelijkheid. Eenvoudig gezegd is die samenhang deze: als je eenmaal hebt vastgesteld dat een mens zich kan afvragen of zijn handelen deugt of niet deugt, al is het maar ten opzichte van het meest particuliere doel dat hij zich gesteld heeft, dan heb je een begin te pakken van inzicht in het verschil tussen goed en kwaad, en dan kun je vervolgens proberen dit begin aan te grijpen om steeds verder te vragen naar de voorwaarden waaronder het verschil tussen goed en kwaad ‘objectiveerbaar’ is, d.w.z. steeds minder afhankelijk van luimen en

14 De reden is m.i. niet die welke Vranken aangeeft, nl. dat een object van wetenschap zichzelf niet kan bepalen (o.a. 51), want dat kan het (minstens ten dele) natuurlijk wel, zoals de hermeneutiek (Apel) ons leert. Bijvoorbeeld: de moderne taalwetenschap die de grammatica van een taal van *native speakers* onderzoekt, is gebonden aan empirische toetsing via de linguïstische competentie (!) – en dus in feite de autoriteit – van diezelfde *native speakers*, hetgeen overigens bij b.v. sommige Creolen-talen tot notoire methodologische moeilijkheden leidt.

15 Vranken, *ibid.*, p. 45.

16 Herlezing van het *Algemeen Deel* doet mij een behoorlijke reserve inbouwen. Ik aarzel op dit moment of Scholten de onderstaande opvatting zelf in alle opzichten huldigt. Het is moeilijk filosofisch greep op zijn positie te krijgen, omdat hij zeer diepgravende inzichten verwoordt in voornamelijk juridische begrippen die daar niet altijd even geschikt voor zijn. Ik hoop elders op de kwestie terug te komen.

grillen. Iets dergelijks was, zo zou men kunnen verdedigen, ook de hoofdlijn van Scholtens project. We zien er talrijke aanwijzingen voor, eerst in zijn *Algemeen Deel* en naderhand in het onvoltooide 'Kenmerken van recht'. Die bevinding is te baseren op 1) zijn verwijzing naar de rechtsidee (zo mogelijk gesteund door de christelijke openbaring) als samenvattend moreel ideaal van het recht, maar ook 2) op het feit dat hij op het vlak van de rechtsvinding de canon van Von Savigny openbrak (de teleologische interpretatie dominant maakte ten opzichte van grammatikale, historische en systematische uitleg) en 3) zich beriep op de billijkheid om het methodologische met het morele aspect van het recht in verbinding te brengen.

In deze opvatting is rechtspreken niets anders dan een bijzonder geval van een algemeen vermogen tot, alsook een algemene praktijk van, verantwoording ten opzichte van zedelijke idealen.¹⁷ Het recht heeft, aldus deze visie, een aantal eigen verbijzonderingen, bijvoorbeeld inzake procedures, taal, redeneerpatronen, enz. waardoor het een aparte species is van het genus 'praktische redelijkheid', om niet te zeggen: 'zedelijkheid'. Maar verder blijven allerlei algemene kenmerken van het genus ook voor het recht gelden. In het Duitse jargon spreekt men wel van de *Sonderfallthese* (Alexy).¹⁸ We zouden dan ook kunnen zeggen dat volgens deze these de rechter, nog steeds in zijn rol van de voorbeeldige rechtsgenoot, bij het volgen van de wet gestuurd wordt door een hoger moreel weten. Dat weten stelt hem in staat zinvolle en zinloze toepassingen van de wet van elkaar te onderscheiden.

Als men deze these strikt doordenkt, volgen opmerkelijke consequenties. Het volgen van de wet is in deze opvatting primair het beoordelen van de wet, om te zien of deze kan worden ingezet ter realisatie van morele overtuigingen, waarden of idealen. In feite komt het er dan op neer dat morele inzichten aan de wet derogeren. Dan heet het bijvoorbeeld dat 'redelijkheid en billijkheid' finale criteria zijn bij de uitleg van rechtshandelingen en dat met deze criteria voor ogen de wet wel degelijk op zijn innerlijke waarde beoordeeld wordt, wat de officiële leer daarvan ook mag vinden. Men vergeet dat men daarmee voor zichzelf een bevoorrechte toegang tot 'hoger recht' opeist met voorbijgaan aan het politiek proces rond de betekenis van dergelijke waarden dat in de wetgeving geacht wordt te zijn neergeslagen. De *Sonderfallthese* komt dan ook neer op een vorm van moreel instrumentalisme. Menig aanhanger van een dergelijke visie zal dit predikaat met kracht afwijzen en beweren dat een instrumentele opvatting van de wet hier niet aan de orde is. Men wil immers een dam opwerpen tegen degenen die wetgeving louter beschouwen als een

17 Zie voor een eigen visie op het belang van idealen in recht, politiek en ethische theorie vorming: Van der Burg [1997].

18 Kritisch hierover Habermas [1992: 283vv].

middel om beleid te implementeren via het uitvaardigen van algemeen werkende directieven van overheidswege. De samenleving, zo wordt betoogd, laat zich tegenwoordig niet op een dergelijke manier 'de wet voorschrijven'. Dat is ongetwijfeld juist. Zoals het ook zeer wel verdedigbaar is dat wetgeving, om implementatie van beleid te kunnen zijn, de basiswaarden van een bepaalde samenleving zal moeten bevestigen of althans niet tegenspreken. Maar daarmee is nog niet gezegd dat wij de wet alleen maar kunnen volgen doordat we die basiswaarden mobiliseren en vandaaruit de wet verstaan als was deze een verschijningsvorm van die waarden. Wie zo denkt, betoogt vooral dat de wet geen implementatie is van beleid, maar van moraal. Van een instrumentalistische wetsopvatting heeft men zich niet vrijgepleit.

De *Sonderfallthese* voert niet alleen een aantal bedenkelijke vooronderstellingen in haar kielzog mee¹⁹. Zij is op zichzelf ook onhoudbaar, precies omdat zij het processuele karakter van het recht als specifiek fenomeen buiten beschouwing laat. Op een aantal punten lijken het rechtsproces en het debat over morele kwesties niet op elkaar. Hoewel het eigenlijk niet verantwoord is om abstractie te maken van de eigen aard van de verschillende procesrechtelijke gebieden (het privaatrechtelijke, het strafrechtelijke, het bestuursrechtelijke, het fiscaalrechtelijke, enz.) kan een aantal algemene kenmerken van het rechtsproces worden genoemd die het onderscheiden van elk ander debat en die overigens op de verschillende rechtsgebieden een eigen inkleuring krijgen. Een korte karakterisering van het rechtsproces levert het volgende op.

1) Het procesgebeuren legt zoveel beperkingen aan het geding op, dat het niet om rationale discussie kan gaan waaruit alle macht is weggebannen. Anders – en met Esser – gezegd: de Socratische dialoog is niet het paradigma van het rechtsproces en kan dat ook niet zijn, omdat daarmee de wezenlijk politieke achtergrond van het geschil (elk geschil) zou worden ontkend. Met name staan partijen niet onder de wederkerige vooronderstelling van medewerking aan een gezamenlijke zoektocht naar de juiste oplossing of norm. Perelman [1979: 196vv] heeft er in dit verband op gewezen dat ons recht van proces en bewijs in vele gevallen alleen al het achterhalen van de waarheid minder belangrijk vindt dan het inacht nemen van de juiste weg om de waarheid te achterhalen ('de methode'). Omtrent de juistheid van die weg gelden ook overwegingen als de onaantastbaarheid van bepaalde intimiteits- en vertrouwensrelaties (verschoning als getuige op grond van familie-relatie of beroepsgeheim), de persoonsrechten van verdachten (onaantastbaarheid van het lichaam), het rechtskarakter van opsporingsmethoden (legaliteit) en de distantie van de persoon van de rechter ten opzichte van de zaak (wraking).

19 Hierover nader in Van Roermund [1996: 54-55].

2) Ook mag men niet zonder meer aannemen dat de canon van de rechtsvinding slechts specificering is van de (ongedetermineerde) algemene procedureregels van de morele discussie. Juist dat die canon er is betekent een principieel verschil (hoezeer men hem vervolgens ook afzwakt). Dit is met name het geval inzake de rechtsbronnenleer: niet elk argument wordt op de merites van de zaak gewogen, zoals in de morele discussie. Er is bijvoorbeeld, zoals ook Vranken memoreert, geen of weinig ruimte om inventieve oplossingen of begrippen uit een ander rechtsstelsel in het proces in te brengen, hetgeen in een vrije morele discussie op geen enkel bezwaar zou stuiten. Habermasiaans gezegd: er is geen 'herrschaftsfreie Dialog', maar 'herrschaftsbezogene Dialog'.
3) Juridisch gefundeerde beslissingen zijn niet in dezelfde zin 'juist' als moreel-praktische, met name omdat ze de (eventueel onredelijkere) wet niet zomaar opzij kunnen zetten. Reconstructie, dat wil zeggen herschrijving van het systeem van de wet is dan nodig. Dat gebeurt ook wel eens: rechtsvinding *contra legem*. Maar het is een zeer zeldzaam verschijnsel. Eerder erkent de rechter machteloos te staan bij het bereiken van een betere oplossing, omdat de wetgever niet optreedt.

4) Het gaat bij de redelijkheid van de rechtsvinding om het aanhaken bij een democratische procedure, welke redelijkheid door meer geschraagd wordt dan morele argumenten. Dus bestaan er veel complexere geldingsdimensies van recht dan van moraal.²⁰ Daarom kan men zeggen dat het in het recht nog om heel wat meer gaat dan 'rechtvaardigheid', nl. ook om rechtszekerheid, doelmatigheid, relevantie, etc. Hoe meer invalshoeken daarop in het politiek proces tot hun recht komen (democratie), hoe zinvoller het is om de rechter te binden aan de wet. Maar dit is niet per se een morele zin. Democratie is immers niet louter moreel gemotiveerd, maar bijvoorbeeld ook economisch: democratieën zijn op de lange termijn en op de grote schaal gezien vitaler, zegt Amartya Sen, in het bestrijden van sociaal-economische problemen als bijvoorbeeld hongersnood. Betekent dit dan niet opnieuw een uiteindelijk morele overweging? Nee, dit kan puur economisch zijn en zuiver gericht op de reproductie van de soort: een praktijk waar nog weinig morele redenen voor gevonden zijn. Het kan dus ook nieuwe problemen veroorzaken: hoe meer mensen blijven leven, hoe groter de afzetmarkt, hoe groter de productieproblemen en milieu-problemen.

20 'Jene praktisch bewährten juristischen Verfahrensprinzipien und Auslegungsmaximen, die in der Methodenlehre kanonisiert sind, werden sich erst befriedigend in eine Diskurstheorie einholen lassen, wenn man das Netzwerk von Argumentationen, Verhandlungen und politischer Kommunikation, in dem sich der Gesetzgebungsprozess vollzieht, durchanalysiert.' Habermas [1992: 286].

Hoofdstuk 5

Alles bijeen genomen zijn er dus voldoende argumenten voor de stelling dat de *Sonderfallthese* ons geen verdedigbaar inzicht verschaft in de gebondenheid van de rechter aan de wet. Zij bepleit een te onmiddellijk koppeling van recht en moraal. Ik zou niet willen ontkennen dat de enige grond van het recht een morele is: recht als zelfbeperking van de politiek is begripsmatig aangewezen op de moraal om de eenvoudige reden dat er een antwoord zal moeten worden gegeven op de vraag omwille waarvan die zelfbeperking zou moeten plaatsvinden. Maar daaruit volgt niet dat er een rechtstreekse aansluiting is van de categorieën van de moraal op het recht: het is zeer goed denkbaar (en in feite de achtergrond van dit essay²¹) dat juist de morele grond van het recht een zeer indirecte koppeling vereist.²² We zullen in het volgende hoofdstuk zien dat ons wetsbegrip op een bepaalde, dus ook beperkte, manier aan die eis tegemoet komt.

21 Ik heb deze achtergrond in *Themis' terzijde*, hoofdstuk 2 en 3, verdedigd.

22 Zie voor argumentatie vanuit een enge verbinding tussen kennistheorie en politieke theorie de bijdragen aan het onderzoekprogramma van W. Staat, met name diens [1996].

Procedure en perspectief

De ontdekking van het perspectief in de representatie bestond eigenlijk uit twee bewegingen die op elkaar betrokken werden: er was evenzeer sprake van een mathematisering van een zeker aspect van het visuele (namelijk de dieptewerking) als van een zekere visualisering (namelijk in lineaire termen) van de wettelijkheid. In wettelijke termen wordt de plaats van de kijker gedetermineerd, terwijl nochtans het kijken van die kijker datgene is en blijft wat de juistheid van de mathematisering bepaalt. Eenzelfde dubbele beweging zouden we ook kunnen onderscheiden wanneer het gaat om de gebondenheid aan de wet. We moeten onze aandacht dan richten op het procedurele karakter van het recht, dat wil zeggen op de techniek van het recht als proces. Als een soort *pars pro toto* zal ik in het vervolg ook wel spreken van ‘het procesrecht’. Dit omvat echter in de context van dit wijsgerige betoog méér dan wat er in positief-rechtelijke zin gewoonlijk onder wordt verstaan, zoals in de eerste paragraaf zal blijken. Daarna betoog ik dat het procesrecht in deze bredere of diepere zin de genoemde dubbele beweging vertoont: door een aantal beginselen van procesrecht bepaalt de wet de plaats van degene die zich aan de wet gebonden weet, terwijl deze plaats juist bepaalt hoe het procesrecht zó kan werken dat het onze gebondenheid aan de wet gestalte geeft. Om tot dat inzicht te komen kunnen we op dit moment het best de picturale beeldspraak loslaten en ons rechtstreeks bezinnen op de manier waarop de wet de rechtsonderhorige situeert. Later zal vanzelf blijken hoe dicht we naderen tot de terminologie die in de vorige hoofdstukken gebruikt werd om de symbolische vorm van het perspectief aan te duiden.

1 Het procedurele karakter van het recht

Een nadere overdenking van het procedurele karakter van het recht is eerst en vooral een poging om, niet het probleem van de gebondenheid aan de wet op te lossen, maar het in ieder geval ter hand te nemen. Ten dele gaat het dan om wat het proces- en bewijsrecht heet. Het procesrecht legt vast wie als juridisch spreker kan optreden en met welke beperkingen. Het bepaalt in beginsel wat er gesteld kan worden en welke bewijzen daarvoor aangevoerd moeten worden. Het zorgt voor een verdeling van rechtsvormende competenties en voor een finale beslissing. Het bewijsrecht omschrijft de middelen die voor

de bewijsvoering van telastleggingen, eisen en verweren mogen of moeten worden gebruikt. Maar het procedurele karakter van het recht omvat meer. Het belangrijkste is misschien wel dat het *recht als proces* dit alles alleen maar kan doen door zich te binden aan een eigen begrippenkader. Het moet dat wel doen, want anders zou er met bepalingen omtrent wie er mag spreken, over welke zaken, met welke bewijzen en binnen welke termijnen, in feite nog niets vastgelegd zijn. Men zou bij het betreden van de juridische kring alsnog terecht komen in een eindeloos palaver dat door elke prozaische of poëtische wending die de omgangstaal toestaat, kan worden voortgezet. Om een voorbeeld te noemen: erfrechtelijke kwesties zouden nagenoeg eeuwig kunnen aanslepen, wanneer godsdienstige opvattingen omtrent een individueel leven na de dood vrijelijk zouden kunnen worden ingebracht in het geschil over de verdeling van de boedel. Een ander voorbeeld: willen pleidooien voor de rechten van 'de levende natuur' juridische relevantie krijgen, dan zal niet elke dichterlijke suggestie over het langzame leven van stenen er vat op moeten kunnen hebben. Het gaat, kortom, om twee dingen: zonder het beginsel van gezag van gewijsde kan er van een procedure geen sprake zijn. *Men zou blijven discussiëren*. Maar wie dat eenmaal toegeeft, zal zich ook genoodzaakt zien toe te geven dat zonder vaste termen (in de dubbele zin van termijnen en begrippen) het beginsel van gezag van gewijsde geen betekenis heeft. *Men zou blijven procederen*.

De noodzaak van een juridische dogmatiek ligt dus in het verlengde van het procedurele karakter van het recht. De dogmatiek moet dan ook allereerst in dit procedurele licht worden gezien.¹ Wie dat uit het oog verliest en dogmatiek primair beschouwt als een materiële herschrijving van de sociale werkelijkheid, kan gemakkelijk vergissingen begaan. Men zou dan kunnen denken met het dogmatisch karakter van het recht een handig ordeningsinstrument ter beschikking te hebben, of een gemakkelijk doelwit van kritiek op het kunstmatige van die ordening. Geen van die twee vergissingen is lang vol te houden. De eerste vereist een rigiditeit die meestal snel in botsing komt met de dynamiek van het maatschappelijk leven en de tweede ziet zich snel genoeg genoodzaakt een alternatieve dogmatiek in de plaats te stellen van de gekritiseerde.² Als erkend wordt dat het recht als proces niet zonder dogmatiek gestalte kan krijgen, dan is daarmee nog geenszins gezegd dat het gaat om een *star* begrippenkader. Ook is er niet mee gezegd dat het gaat om een anachronistische mandarijntaal die slechts voor vakgenoten in plaats van rechtsgenoten toegankelijk is. Begrippen zijn immers ten dele onafhankelijk

1 Ik zag dat onvoldoende in in mijn dissertatie [1983] Vanaf het preadvies omtrent rechtsdogmatiek [1985] ben ik een andere richting in geslagen.

2 Voor voorbeelden zie mijn [1990c].

van woorden. Wezenlijk is dat een juridische procedure, ja het recht als procedure, alleen maar kan bestaan bij de gratie van een pose: de pose dat alles wat zich zou kunnen voordoen reeds in de bestaande juridische begrippen is verdisconteerd. Paradoxaal genoeg zijn er, zoals we nog zullen zien, alleen vanuit deze pose creatieve (en dat impliceert ook: gefundeerde) juridische beslissingen mogelijk.

Er kan weinig twijfel over bestaan dat het hier gaat om een constructieve techniek, die absoluut niet voortvloeit uit de sociale problemen zoals die zich aan ons voordoen. Wie bijvoorbeeld onenigheid krijgt met de burens over de eventuele schadelijke gevolgen van hun gedurfd verbouwinkje, is er spontaan van overtuigd dat het het beste is om de burens rechtstreeks aan te spreken in de taal die zij verstaan en met de argumenten die men zelf dienstig acht. Niet ten onrechte wordt de juridische techniek niet beschouwd als het eerste middel om de problemen op te lossen. Juridische interventie levert zelden herstel van sociale verhoudingen op, zoals de beschrijvingen van Bruinsma en Welbergen in het fameuze *De Hoge Raad van onderen* (1988) overtuigend aantonen. Soms levert het een aanzet op tot herstel van de geschonden verhoudingen, maar gewoonlijk is het al heel wat als de geschonden verhoudingen 'niet door blijven zieken'. De interventie brengt in de meeste gevallen een aantal afscheidingen en 'vereveningen' aan, die de rechtsonderhorigen in staat stellen hun sociale leven voort te zetten, zij het niet in betrekking tot elkaar. Hoe dan ook, de procesrechtelijke benadering in brede zin is een specifieke strategie of techniek, die als het ware het raster van een formele objectiviteit over het hele conflict legt. De gedachte is niet alleen dat, welk conflict men ook heeft, er een consensus mogelijk is over de procedure om het op te lossen. Men is er ook van overtuigd dat die consensus naar haar kern onmogelijk anders zou kunnen uitvallen dan met die procedure gebeurt. Bijvoorbeeld, het is uit een oogpunt van recht niet onverschillig of men ter oplossing van mogelijke conflicten kiest voor de weg van de weloverwogen beslissing door een onpartijdige toeschouwer, dan wel voor de weg van voorrangsregels. Het is niet onverschillig of zo'n onpartijdige derde alle partijen in het conflict moet horen dan wel, bijvoorbeeld, alleen de eisende partij.

2 De uitvinding van juridische noodzaak

Daar ligt dan ook een parallel met de mathematisering die in de toepassing van het lineaire perspectief plaats vindt. In de picturale kunst is er een met wiskundige noodzakelijkheid formuleerbaar model mogelijk van wat wij beschouwen als ruimtelijke dieptewerking, gegeven een bepaald standpunt ten opzichte van de voorstelling. Zo is het ook in het recht: er is een met

Hoofdstuk 6

juridische noodzakelijkheid formuleerbaar model mogelijk van conflictbeslechting, gegeven een bepaald standpunt ten opzichte van de samenleving. Natuurlijk zijn er andere vormen van conflictbeslechting dan de juridische, zoals er ook andere vormen van perspectief zijn dan het lineaire. Maar niettemin berust de juridische vorm uiteindelijk op de inzet van een techniek die bestaat uit de toepassing van een aantal processuele wetmatigheden. Pas door deze techniek wordt een sociaal conflict een *casus*, dat wil zeggen een geschil met een 'gesteld' begin en een 'gesteld' einde, een strijd die zich afspeelt binnen de suggestie van een omvattende ruimte van samenleven en die niet kan uitgroeien tot een strijd *om* deze ruimte tussen elkaar verdringende 'lichamen'. De politieke ruimte is immers vanuit het politieke handelen gezien een 'geaggregeerde ruimte'. Het is niets anders dan de leegte, zeg maar de manoeuvreer-ruimte, tussen botsende lichamen (politieke actoren), die eventueel deze hele ruimte in beslag kunnen nemen.³ Het procesrecht is de techniek waarmee het juridische geschil van zijn plaats in de geaggregeerde ruimte van de politiek wordt losgemaakt en wordt opgenomen in het lineaire perspectief van 'de wet'. Dat perspectief suggereert een systematische, overkoepelende ruimte voor het samenleven, een ruimte die zo oneindig lijkt dat men daarbinnen zelfs de oorlog kan plaatsen. De procedure is de techniek waarmee 'diepte' wordt aangebracht in de tekst van de wet, doordat het de politieke ruimte waarop de wet als het ware uitziet, omvormt tot een systematisch, continu, de actoren en hun handelingsmogelijkheden omvattend geheel.

Het procesrecht is om zo te zeggen 'de wet' van de rechtspleging. Het bepaalt hoe recht gegeneerd wordt. Het wordt wel eens het 'kader' van de rechtspleging genoemd, maar dat is eigenlijk al een miskennis van de aard ervan. Door het woord kader (lijst) te gebruiken suggereren we dat zich daarbinnen iets anders bevindt, iets waar het eigenlijk om gaat. Ook suggereren we dat het gaat om iets dat 'vooraf' gaat in de zin dat het procesrecht als vorm er eerst is en dat er vervolgens daarbinnen pas over het recht als inhoud gesproken kan worden. Dat zou een verkeerde voorstelling van zaken zijn. Als hier sprake is van een 'kader', dan toch in de zin waarin we dit begrip in de voorgaande hoofdstukken ontmoet hebben, een kader dat niet vooraf gegeven is maar telkens opnieuw gerealiseerd moet worden en dat dan ook niet zozeer de omlijsting als welk de kern van het recht vormt. Eigenlijk gaat het hier om de grondstructuur, de grammatica van de rechtspleging, die dan ook zelf

3 Cf. Hobbes, *Human Nature*, VIII, 4. *English Works*, ed. W. Molesworth. vol. IV, p. 38: '(...) because the power of one man resisteth and hindereth the effects of the power of another: power simply is no more, but the excess of the power of one above that of another: for equal powers opposed, destroy one another; and such their opposition is called contention.'

eigenlijk materieel recht vormt. Corstens [1993: 5] beschrijft dit treffend in verband met het strafproces:

'Het strafproces is (...) de noodzakelijke schakel tussen het strafbaar feit en de door de rechter op te leggen strafrechtelijke sanctie. Het strafrecht regelt die schakel. (...) Daarbij gaat het erom de strafwet toe te passen op schuldigen en toepassing ervan op onschuldigen te verhinderen. [Dit] (...) prent de strafrechtspleging voorzichtigheid in. Het strafprocesrecht moet de structuur aanreiken op basis waarvan die voorzichtigheid wordt betracht.'

Deze omschrijving vertoont een opvallende gelijkenis met wat ik heb betoogd: procesrecht als grondstructuur van juridische schroom of voorzichtigheid, en voorzichtigheid als de wet der wetten, dat wil zeggen als een omvattende norm van het maatschappelijk verkeer. Het zal duidelijk zijn dat deze visie het onderscheid tussen 'formeel' en 'materieel' recht sterk relativeert. Niet dat dit onderscheid niet te maken of niet van waarde zou zijn. *Maar het formele recht is niets anders dan het recht dat materieel de rechtsvorming regelt.* De vloeiende overgang (uit theoretisch standpunt) tussen formeel en materieel recht is trouwens de reden waarom Cleiren in haar proefschrift [1989] overeenkomsten ontdekt tussen wat op het ene rechtsgebied procesrecht heet en op een ander materieel recht (vgl. misbruik van bevoegdheid vs. misbruik van (subjectief) recht. Het is dan ook niet moeilijk om datgene wat Corstens zegt over het strafproces uit te breiden naar het civiele en het administratieve proces. Ook daar gaat het om het aanreiken van een structuur waarbinnen prudentie kan worden betracht in het toeschrijven van rechtsgevolgen aan de feiten die ter beoordeling staan.

3 Het verdwijnpunt van de wet

Hoe ziet die grondstructuur er dan in zijn algemeenheid uit?

A. Er is in de eerste plaats – wonderlijk genoeg – een drieledig patroon dat vrij analoog is aan de drie wetten van het lineaire perspectief. Zonder de metafoor te forceren kunnen we de analogie als volgt uitwerken.

1) Het 'centrale verdwijnpunt' van het hele rechtssysteem uit procesrechtelijk oogpunt is de toegankelijkheid van het rechtsproces voor ieder: 'Niemand kan tegen zijn wil worden afgehouden van de rechter die de wet hem toekent.' (art. 17 Gw.). Er is, met andere woorden, een grondwettelijke waarborg dat een geschil, zo betrokkenen dat willen, in een rechtsvorm kan worden gebracht. Ieder kan zich tot 'de wet' wenden en op gehoor rekenen. Correlaat daarmee is het standpunt van de rechtszoekende vastgelegd: deze wordt rechtsonderhori-

ge. Het spiegelbeeld van art. 17 Gw. is dat niemand zich op de enkele grond van zijn wil kan afwenden van de wet die de rechter hem oplegt.

2) Er is ook een parallel met het virtuele verdwijnpunt van het geconstrueerde perspectief. De betreffende bepaling vinden we in art. 13 AB: het verbod van rechtweigering 'onder voorwendsel van het stilzwijgen, de duisterheid of de onvolledigheid der wet'. Er is, op grond van de gedachte die in deze bepaling wordt uitgedrukt, altijd een 'costruzione legitima' mogelijk van welke rechtsvraag dan ook. Er is altijd een virtueel punt te construeren waarin alle lijnen van de feiten samenkomen in één door het hele systeem gedragen rechtsgevolg. Als rechtsonderhorige kijkt men naar het recht 'more geometrico'. Deze blik is op zichzelf niet noodzakelijk 'cartesiaans', in tegenstelling tot wat Broekman bij herhaling heeft betoogd.⁴ Zoals we immers gezien hebben is het zich voegen in een ruimte 'more geometrico' eerder gebaseerd op de interpellatie dan op de scheiding van subject en object. Die interpellatie is ook in het recht mogelijk, al is het zeker waar dat daarmee nog geen 'recht' gedaan is in de zin van herstel van evenwaardige sociale verhoudingen. Waar de rechter niet mag weigeren te beslissen 'onder het voorwendsel' dat de wet zwijgt, onbegrijpelijk is of onvolledig, daar zal hij moeten beslissen in een houding tot de wet die evengoed een 'voorwendsel' is, nl. dat de wet volledig, begrijpelijk en ter zake relevant is. De rechter zal de belijning van de casus zo moeten construeren dat deze in een virtueel beslissingspunt convergeert. Zoals reeds gezegd speelt de juridische dogmatiek daarin een belangrijke rol.

3) Tenslotte is er de parallel met de proportionele verkorting in wat men het axioma van het procesrecht zou kunnen noemen, nl. het postulaat van de gelijkheid van allen voor de wet, een gedachte die zijn uitdrukking vindt enerzijds in het verbod van voorrechten en anderzijds in het gebod van gelijke behandeling in gelijke gevallen (art. 1 Gw). De preciezen onder de rechtsdogmatici voegen aan het beginsel dat gelijke gevallen gelijk (en ongelijke gevallen ongelijk) behandeld moeten worden, toe: '... in de mate van hun (on-)gelijkheid'. Daarmee wordt onderstreept dat het hier niet om gaat om de vaststelling van maten en gewichten maar om een 'min of meer lijken op', dat wil zeggen om 'gradaties van wijken' ten opzichte van de rechtsvraag waarop men scherpstelt. De suggestie dat elk probleem dat het samenleven stelt zou kunnen worden begrepen onder een oneindig uitbreidbare *analogia proportionalitatis* ligt aan de basis van de transformatie van de geaggregeerde ruimte van de politiek naar de systematische ruimte van het recht.

B. In de tweede plaats valt op dat de techniek waarmee deze grondstructuur van het procesrecht toepassing vindt in hoofdzaak wordt bepaald door een

4 Vgl. vooral Broekman [1978] in zijn verschillende herdrukken.

competentie-verdeling. Elke mogelijkheid van toegang tot het recht wordt door bevoegdheidsvraagstukken bepaald. Ook ontvankelijkheidsvraagstukken zijn immers bevoegdheidsvraagstukken, namelijk ten aanzien van het eisende rechtssubject. Hier vinden we dan ook een eerste herkenning in procesrechtelijke vorm van dat specifieke wetsbegrip dat ik in het vorige hoofdstuk heb uiteengezet: de macht tot oordelen is omgezet in een bevoegdheid tot oordelen. En het valt op dat deze bevoegdheid tot oordelen, die uit de *Sonderfallthese* niet te begrijpen is omdat zij een vorm van *Herrschaft* impliceert die daar geen erkenning kan krijgen, evenmin ten gronde kan worden begrepen uit het wetboek. Nochtans, waar het wetboek wel bepalingen, maar geen uiteindelijke bepaling geeft van de rechtsbedeling, daar heerst niettemin de wet van het procesrecht, en hij is niet eens ongeschreven. Het beginsel dat competentie moet worden gebruikt in overeenstemming met het doel waarvoor zij gegeven is, is op zijn beurt zozeer het perspectivisch verdwijnpunt van het wettelijk procesrecht, dat zonder deze 'wet' de procesrechtelijke wetten niet te begrijpen zijn. Het is de wet der wetten in het procesrecht. Het is niet verwonderlijk dat hij niet valt neer te schrijven want de formulering is zo tautologisch als maar kan. Toch is het een zinvolle tautologie, omdat ze precies datgene uitdrukt waar men bij de uitoefening (en toetsing) van oordeelsbevoegdheid op moet letten en waar geen voorafgaande instructies over te geven zijn.

C. Diezelfde tendens, de intentie om de rechtsgang langs de wet van de rechtspleging (en de wet in casu) te laten gaan, spreekt ook uit een ander fundamenteel kenmerk van het procesrecht. Opnieuw neem ik het strafproces tot uitgangspunt in de overtuiging dat het op dit stuk paradigmatisch is voor het procesrecht op andere rechtsgebieden. Terecht wordt het door Corstens [1993: 6] als de keerzijde van het eerste kenmerk beschouwd, nl. de beperking of afbakening.⁵ Competenties zijn per definitie afgebakend, en dus zijn termijnen en instanties ook beperkt, dus hebben rechtsbegrippen en rechtsgronden ook hun grenzen. Alleen op die manier kan de gehele rechtsgang toewerken naar een beslissing die gezag van gewijsde heeft, een moment dat zijn schaduw ver vooruit werpt. Er is gezag van gewijsde omdat men anders aan competentieverdeling (als beperking van oordeelsmacht) niet hoeft te beginnen. Het heeft weliswaar zijn nut te pleiten voor soepelheid in het procesrecht⁶, maar die soepelheid kan nooit zover gaan dat bijvoorbeeld door hoor en wederhoor er geen eind komt aan het debat of dat er vrijelijk nieuwe rechtsbegrippen worden geïntroduceerd, bijvoorbeeld ontleend aan andere

5 Zie ook Cleiren [1992: 15] over art. 1 Sv.: 'Het legaliteitsbeginsel verlangt bovendien dat strafvorderingsbepalingen niet slechts als bevoegdheidstoekenningen – en dus als constitutief – moeten worden beschouwd, maar tevens als bevoegdheidsgrenzen en daarmee ook als *limitatief*.'

6 Zoals Vranken op vele plaatsen doet.

rechtsstelsels of aan zuiver morele overwegingen. Anders gezegd: als het recht een discursief karakter⁷ heeft, dan toch een ander dan dat van bijvoorbeeld de wijsbegeerte, waar elk oordeel weer kan worden opengebrouwen door een nieuwe ronde van een eindeloos debat. Het procesrecht zorgt er dus voor dat het rechtsgeding niet naar een oplossing zoekt via een brede maatschappelijke of diepe wetenschappelijke discussie, maar in dat ene waar 'de wet' voor staat: de neerslag van een politiek die iets tegen zich laat gelden, ook en juist daar waar het niet wordt afgedwongen.⁸

Het procesrecht tematiseert het standpunt van partijen dus op een welbepaalde manier, namelijk als een standpunt vanwaaruit partijen zich tot het recht kunnen wenden en hun rechtsaanspraken tot gelding kunnen brengen *sub specie legis*. Zij dienen te doen 'alsof zij rechters waren'. Of in de bewoordingen van Kants maxime: *alsof* aan hun handelen een algemene wet ten grondslag lag. Maar dit dictaat is niet anders dan een bepaalde reflectie van een standpunt dat reeds in de wet ligt neergeslagen. Zoals een schilder door een bepaald perspectief aan te brengen de toeschouwers kan 'dwingen' zich op een bepaalde plaats te weten, en hen dus zijn 'subjectieve' standpunt opdringt door gebruik te maken van een 'objectiverende' strategie, zo kan de wetgever (dat wil zeggen de overheid die op rechtsvorming aanspraak maakt) de rechtsonderhorigen via procesrechtelijke technieken dwingen om met een bepaald oog naar de wet te kijken. Datzelfde procesrecht werkt echter ook de andere kant op: zoals de schilder te rekenen heeft met de plaats die de toeschouwer kan innemen, zo is voor de wetgevende overheid de verwijzing naar de plaats, dat wil zeggen het belang, van de rechtssubjecten de enige manier waarop hij zijn aanspraken kan objectiveren. In het administratieve procesrecht, dat bijna uitsluitend betrekking heeft op de aantasting van overheidsbesluiten⁹, is dit op bijzondere wijze het geval. Maar het geldt niet alleen voor de wetgevende overheid. Want als de burgers moeten beslissen 'alsof zij rechter waren', dan kan de rechter alleen maar beslissen 'alsof hij burger was'. De rechter dient in dat opzicht als het ware aan de kant van partijen mee te doen en zijn onpartijdigheid te bewijzen door vanuit het standpunt van de rechtsonderhorigen naar de wet te kijken.¹⁰ Er is dus sprake van alternerende posities tussen onderdaan en overheid: het subjectieve standpunt van de één is objectiveringsgrond voor de ander. Dat wil zeggen dat we niet vanuit een 'hoger' standpunt subjectiviteit en objectiviteit over deze posities

7 Vgl. Vranken, *Algemeen Deel***, p. 69.

8 Het is om die reden dat wij kunnen vinden dat er in een geval als dat van het Varkenspest-arrest (HR 24 febr. 1984, NJ 1984, 415 (Bardoel/Swinkels) recht gedaan is, ook al lagen de feiten anders dan die waar de rechter van uit 'moest' gaan.

9 Vgl. De Waard [1996].

10 Dat lijkt mij dan ook de enige grond voor conversie in het privaatrecht.

kunnen verdelen. We kunnen bijvoorbeeld niet zeggen dat in het rechtsproces de positie van de rechtsgenoten steeds moet worden aangemerkt als subjectief, particulier, en daarom relatief, ten opzichte van de positie van de wetgever die zou moeten worden gekenmerkt als objectief, algemeen en absoluut. Nog anders gezegd: facticiteit en gelding zijn niet bij voorbaat over de posities verdeeld.¹¹ Integendeel, gelding wordt ontleend aan de feitelijkheid van het andere standpunt en facticiteit is gebonden aan de onmogelijkheid om bij voorbaat gelding te ontlenen aan het eigen standpunt.¹²

Het zou een misverstand zijn te denken dat het bovenstaande neerkomt op een pleidooi voor een soort van ‘wisselwerking’ tussen overheid en onderdanen in de zin van een gezamenlijke en complementaire inzet voor dezelfde zaak van het algemeen belang. Die interpretatie veronderstelt immers precies dat er een standpunt is van hogere orde, ten opzichte waarvan de positie van wetgever en rechtsonderhorige, overheid en onderdaan, kunnen worden geharmoniseerd. Er is geen twijfel aan dat overheid en onderdaan aanduidingen zijn voor *tegenover elkaar staande posities*. De preposities ‘boven’ en ‘onder’ die erin opgenomen zijn, hebben eerder een adverbiale dan een adjectieve zin; dat wil zeggen dat zij eerder kenmerkend zijn voor de handeling van de betreffende rechtspolitieke actoren tegenover elkaar dan dat zij hun los van die handeling gegeven ‘natuur’ zouden aanduiden. Zoals er een alternerende relatie is tussen ‘hier’ en ‘daar’, zo is er ook een tussen ‘boven’ en ‘onder’.

Deze alternerende relatie tussen overheid en onderdaan is de eigenlijke reden waarom wetten in de moderne rechtsstaat uiteindelijk die merkwaardige ‘nietszeggende’ structuur hebben die we in hoofdstuk 1 hebben geanalyseerd. Wanneer we ontdekken dat de wet onze vraag naar wat we moeten doen terugverwijst naar wat we moeten doen, dan bevat hij goed beschouwd geen tautologie. Immers, de wet vereist niet dat we doen wat ons goeddunkt (daar hadden we de wet niet voor nodig), maar dat we het standpunt *tegenover* het onze tot gelding brengen in wat we doen. Dit is ook de diepste betekenis van Rousseau’s theorie van de wet als ‘uitspraak van het volk over het volk’. Hij propageerde daarmee geen massa-democratie, maar een alternerende relatie van volk en wetgever.

De enige manier echter waarop de wet deze relatie tot de wet kan opleggen is door metterdaad een aantal handelingsdirectieven te geven (en deze dan ook te handhaven). De Kantiaanse imperatief: ‘doe wat gij zoudt doen als gij wetgever waart’ moge filosofisch aanvaardbaar zijn¹³, als wettekst

11 Nogmaals Merleau-Ponty [1945: 451].

12 Met Steiner (*After Babel*) en Ricoeur (*Soi-même comme un autre*) kan men zeggen dat alteriteit begripsmatig alleen maar als alterniteit geconstrueerd kan worden.

13 Of tenminste voor de helft; de vraag blijft hoe deze uitspraak verstaan moet worden door degene die zich in de positie van ‘de wetgever’ meent te bevinden.

schiet hij tekort. Zoals het verdwijnpunt van een schilderij in perspectief buiten de voorstelling ligt, zo ligt ook dit Kantiaanse verdwijnpunt buiten de inhoud van de wet. Het is een 'virtueel' punt. Maar het is precies virtueel 'in virtue of' de inhoudelijke lijnen die we ontwaren. De wet kan slechts zeggen: 'Doe wat ge moet doen' door een aantal dingen te zeggen die we moeten doen. Het is bijvoorbeeld niet zo dat de Wet op de Geneeskundige Behandelingsovereenkomst *alleen maar* zegt dat de zorgverlener moet doen wat een goed zorgverlener moet doen. Er worden wel degelijk concrete directieven gegeven inzake informatieplichten, toestemmingsvereisten, registratiewaarborgen, e.d.. In deze directieven worden de lijnen getekend die in artt. 7:453 en 7:465 lid 4 BW (WGBO) tezamen komen. Echter, pas via de techniek van het procesrecht in brede zin ontstaat de mogelijkheid te articuleren wat de wet zegt 'voorbij zijn verdwijnpunt'. Dat is de reden waarom ook de WGBO begint met de bevoegdheidskwestie (art. 7:447 BW).

4 De prijs van de wet

Het lineaire perspectief heeft zijn prijs. Het berust, behalve op mathematisering van het visuele, op een reductie. Het effect van de dieptewerking in een overkoepelende ruimte wordt alleen maar bereikt omdat men het visuele terugbrengt tot datgene wat betrekking heeft op omtrekken en belijningen. Ook de omvorming van de geaggregeerde ruimte van de politiek naar een gsystematiseerde, homogene ruimte heeft zijn prijs. Het feit dat de rechtsgenoten zijn opgenomen in een overkoepelende ruimte die in beginsel zowel hun posities als de 'leegte' tussen hun posities omvat, houdt ook een reductie in. Heel algemeen gesproken betekent die reductie voor de rechtsgenoten dat er tussen hen geen ruimte meer is in de zin van een oningevulde leegte van een andere orde dan de positie waarop zij zich bevinden. Die leegte is immers opgenomen in de alles-verkoepelende ruimte van het recht. Zij is niet wezenlijk van een andere orde. Daar was de hele omvorming zagezegd ook om begonnen, want anders zou het conflictueuze karakter van de politiek zich rechtstreeks in het juridische domein voortzetten. Niet altijd wordt onderkend dat het bereiken van deze 'rechtsvrede' een effect is van een reducerende techniek waarvoor inderdaad een prijs betaald moet worden.¹⁴ Toch zijn de bewijzen daarvoor niet ver te zoeken.

Een goed deel van het procesrecht is erop gericht dat er hoe dan ook een antwoord komt van rechtswege. Hoewel het best eens zo zou kunnen zijn

14 Met niet aflatende aandrang heeft Broekman daar in nagenoeg al zijn rechtsfilosofische publicaties op gewezen.

dat dit antwoord volstrekt onzeker is, bijvoorbeeld omdat belangen die tegen elkaar afgewogen moeten worden niet af te wegen zijn, toch komt de rechter met een antwoord en wordt heel het proces ingericht ten behoeve van die beslisdwang: vandaar de standaardisering van instanties, termijnen, posities, gronden en figuren. Dit kan vervreemdend werken, en wel naarmate men hoger komt in de rechterlijke macht. Het is dan ook, zoals gezegd, lang niet altijd zeker dat wanneer de wet neerslaat in een rechtsbeslissing op de zaak, dit ook maar de geringste oplossing betekent van de maatschappelijke problemen waar die zaak mee begon. Slechts een paar voorbeelden. Ik wijs op de kwestie waarin een medisch specialist moord op een kind ten laste gelegd moest worden om hem te kunnen ontslaan van rechtsvervolging voor een moreel alleszins verantwoorde actieve levensbeëindiging. Ik herinner eraan dat de beslissing die garagehouder Benthem beroemd maakte, het resultaat was van een rechtsgang die zijn leven ondertussen nagenoeg ruïneerde. Ik kan mij voorstellen dat het geen feest is om het strafrecht over zich heen te krijgen vanwege een lidmaatschap van een misdadige vereniging, enkel omdat in ons rechtspersonenrecht verenigingen soms ontstaan voordat ze er zelf erg in hebben. Ik besef dat partijen soms met lege handen naar huis gestuurd worden, omdat zij geacht worden geen belang te hebben bij de (dikwijls ons allen rakende) belangen die zij menen te kunnen vertegenwoordigen (bv. inzake milieu). Daarop is het procesrecht niet in de eerste plaats gericht. Het zorgt ervoor dat de wet van het proces aan bod komt, en de partijen slechts via de band van de wet.

Er is nog een effect van reductie dat ik in het bijzonder wil beklemtonen. Wanneer er tussen politieke actoren geen ruimte meer is die zij in hun eigen termen kunnen benoemen, dan is er tussen hen eigenlijk ook geen afstand. Anders gezegd: wat zij als 'afstand tot elkaar' zouden willen betitelen, is eigenlijk al overbrugd doordat deze afstand is uit te drukken in termen van de absolute, overkoepelende ruimte waartoe het recht de politiek omvormt. De afstand is dus nooit een radicale scheiding. Maar wat niet gescheiden is van elkaar, kan elkaar ook niet naderen. Wederzijdse toenadering veronderstelt scheiding, afstand, ruimte, bepalingen aan weerszijden die voor de andere kant (nog) niet gelden. Zulk een wederkerigheid wordt in het rechtssysteem dat wij kennen voortdurend gefrustreerd. Daar beginnen we dan ook liever niet meer aan. Wij definiëren, juist vanwege de symbolische vorm van de wet als regel, onze maatschappelijke relaties niet in termen van wederkerigheid, maar in termen van verzekerdheid. Zowel de wettelijke als de contractuele aansprakelijkheid worden afhankelijk van een financieel-economisch instrumentarium waarmee de gevolgen van maatschappelijke onzorgvuldigheid kunnen worden afgedempt door ze te verdunnen en te verspreiden over het hele sociale lichaam. Die gevolgen komen op één lijn te staan met allerlei

Hoofdstuk 6

vormen van 'pech', zoals het uitblijven van sneeuw tijdens een toch zo duchtig geregisseerde wintersportvakantie. Ondertussen blijven wij aan de oppervlakte van de juridische taal spreken over maatschappelijke relaties in termen van schuld en risico, want dat is het *format* waarmee de wet ons situeert als beslissers. Wie daaruit concludeert dat wij dus onszelf voor de gek houden, heeft maar ten dele gelijk. Dat blijkt bijvoorbeeld wanneer ook de grenzen van de verzekeraarbaarheid in zicht komen, omdat verzekeringsmaatschappijen zowel de volstrekt onvoorspelbare schade (plotselinge of sluipende rampen) als de volstrekt voorspelbare schade (tragisch ziekteverloop) plegen uit te sluiten.

Wetsperspectief en casus

Niet ten onrechte zou na al deze beschouwingen de vraag gesteld kunnen worden wat er is gewonnen om datgene beter te doen wat vertegenwoordigers van het recht moeten doen: maatschappelijke conflicten bezweren met de inzet van aanvaardbare middelen. Ik heb er geen behoefte aan deze vraag te ontlopen, bijvoorbeeld door te wijzen op de verborgen neiging tot 'instrumentalisering' die erachter zou zitten, of op de belangeloosheid van de wijsbegeerte die vóór alles gaat. Rechtsfilosofie dient op het niveau van de casus te kunnen spreken, ook als ze zich niet bij de juridische afhandeling van een casus wil laten inlijven. Dat klemt te meer waar reeds enkele malen in de voorafgaande hoofdstukken gesteld werd dat de toetssteen van de hier ontwikkelde visie onmiskenbaar de rechtsvinding is.

De casus die ik, bij wijze van concreet voorbeeld eerder dan van empirische ondersteuning, heb uitgekozen, betreft een geval van schadevergoeding voor een medische beroepsfout die een ongewenste zwangerschap ten gevolge had. Het geval leidde tot heftige discussies, niet alleen onder commentatoren, maar ook tussen de diverse lagen van de rechterlijke hiërarchie, ja zelfs in de boezem van de Hoge Raad. Ik zal eerst het probleem en de discussie uiteenzetten, om daarna te laten zien hoe het symbolische – dat wil zeggen het perspectivische – karakter van de wet licht werpt op de weg naar een aanvaardbare beslissing.

1 De casus

Onder verwijzing naar het Hof Arnhem heeft de Hoge Raad op 12 februari 1997 een (tussen-)arrest gecasseerd van het Hof Leeuwarden in de zaak van mevrouw O. tegen de gynaecoloog B.¹ Aan O. werd het recht op schadevergoeding toegekend voor de kosten van onderhoud en opvoeding van een kind, alsmede (in beginsel) voor loonderving, nu zij zwanger was geworden door een fout waarvoor B. aansprakelijkheid erkende: hij had naar alle waarschijnlijkheid tijdens een operatie bij de vrouw een spiraaltje verwijderd, dit niet teruggeplaatst en haar daarover niet geïnformeerd, hoewel hij diende te

1 HR 21 febr. 1997, RvdW 1997, nr. 54.

weten dat vrouwen in het algemeen en deze vrouw in het bijzonder een spiraaltje gebruiken om zwangerschap te voorkomen.

Dit arrest inzake zgn. 'wrongful birth' – het eerste in Nederland – zou misschien nauwelijks de aandacht hebben getrokken als het hierbij gebleven was. Maar de HR gaat een uitgebreid debat aan over een aantal denkmogelijkheden van principiële aard die door de A.G. Vranken in zijn rijk gedocumenteerde conclusie naar voren zijn gebracht.² Deze betoogt met name dat het niet aangaat deze casus louter vanuit dogmatisch, in het bijzonder schadevergoedingsrechtelijk oogpunt te bekijken, als vormde het bestaan van het kind een soort schade. De tegenstelling tussen HR en A.G. is waarschijnlijk ook de reden waarom de redactie van het NJB onmiddellijk een handvol reacties over het arrest heeft uitgelokt en gepubliceerd.³ In de meeste ervan overweegt het oordeel dat de A.G. er met zijn 'overdreven' (Legemaate) en 'tobberige' (Verdonk) conclusie flink naast zat. Alleen Nieuwenhuis is genuanceerder. Wat hem betreft ligt de grond voor de toekenning van schadevergoeding niet zonder meer bij de geringere financiële speelruimte die het echtpaar heeft gekregen door de ongeplande geboorte van een derde kind. Met Stolker⁴ is hij van mening dat in dit geval, zoals bij mislukte sterilisatie, de aansluiting bij het systeem van de wet een meer specifieke grondslag impliceert dan het algemene aansprakelijkheidsrecht: een onderhoudsuitkering met alimentatie- (dus: draagkracht-) trekken. Hij had dan ook van de HR willen vernemen '(...) of het gezin voor het geval schadevergoeding achterwege zou blijven, genoeg zou moeten nemen met een aanmerkelijke verlaging van zijn levensstandaard' en hij had het in principe niet onredelijk gevonden als de aansprakelijkheid van de arts was beperkt tot de periode waarin door zijn fout drie, in plaats van de geplande twee, kinderen moesten worden onderhouden. Dat de ouders dan voor een langere periode voor twee kinderen moeten zorgen acht hij een mogelijke teleurstelling waarvoor de aansprakelijkheidsassuradeur van de arts niet hoeft op te draaien.

De discussie is onbevredigend: bij nader inzien gaat de HR nogal bruusk voorbij aan het standpunt van de A.G., dat genuanceerder is dan het lijkt. Maar ook de bijdrage van de A.G. aan het debat draagt weinig vrucht, omdat hij zich bij voorbaat verzoend lijkt te hebben met de rol van een roepende in de woestijn. De indruk ontstaat bovendien, dat de A.G., die een sterk moreel getint betoog opzet over de waardigheid van het kind, de schadevergoedingsrechten van de vrouw in zulk een geval drastisch beperkt wil zien, terwijl de HR, die

2 Conclusies RvdW, 1997, 54, p. 213 vv.

3 Zie *Nederlands Juristenblad*, 72, 1997, nr. 11, met reacties van Sutorius en Lijftogt, Leijten, Hirsch Ballin, Nieuwenhuis, Legemaate, Verdonk en Cobben.

4 Zie diens proefschrift *Aansprakelijkheid van de arts, in het bijzonder voor mislukte sterilisaties*. Deventer, Kluwer, 1988.

een langs lijnen van aansprakelijkheidsrecht opgezette redeneertrant kiest, de vrouw op wezenlijke punten in het gelijk stelt. De kans is groot dat de morele invalshoek in de publieke waarneming gediskwalificeerd zal worden als een mooi praatje waar je niet van kunt eten. En evenzeer is er de kans dat de grenzen van het schadevergoedingsrecht uit het oog worden verloren waar het de problemen van leven en dood betreft. Er is dan ook reden tot een dieper gravende beschouwing. Ik zal die centreren rond de stelling dat de morele invalshoek waarvan Vranken zich niet zegt te kunnen losmaken, in de juridische dogmatiek vertaald moet worden op een manier die a) het kind volledig buiten bereik van het predikaat 'schade' houdt, en b) toewijzing van onderhouds- en opvoedingskosten mogelijk maakt zoals de HR die voor ogen stond.

Andere aspecten van deze casus, zoals de analogie met de alimentatie, het recht op vergoeding van loonderving en immateriële schade, zal ik terzijde laten.⁵ Eerst echter is het nodig de gang van zaken in het geschil uiteen te zetten met enige accenten die niet uit de gepubliceerde teksten zijn op te maken, die niet onbelangrijk zijn en die berusten op nader dossieronderzoek.⁶

a *Het geschil*

De gynaecoloog B. heeft tijdens een operatie in maart 1986 bij O. een spiraaltje verwijderd en niet teruggeplaatst. Hij heeft haar daarover niet geïnformeerd, hoewel hij wist dat het spiraaltje destijds was geplaatst omdat het echtpaar geen kinderen meer wilde; hij had dat namelijk zelf twee jaar daarvoor bij deze mevrouw aangebracht en sindsdien regelmatig gecontroleerd. Uit het procesdossier blijkt, dat de operatie in 1986 zelfs een gevolg is van zulk een controle, in die zin dat een zgn. conisatie nodig was om het gebruik van een spiraaltje in de toekomst te kunnen voortzetten. Inzoverre rond de conisatie een afzonderlijke geneeskundige behandelingsovereenkomst moet worden aangenomen, staat deze dus duidelijk in het teken van een eerdere behandelingsovereenkomst tot het plaatsen en geplaatst houden van een spiraaltje. In augustus 1986 blijkt mevrouw O. (gehuwd, 2 kinderen, toentertijd 11 en 6 jaar) zwanger, juist toen zij weer aan het solliciteren was. Op 1 mei 1987

5 Ik heb er reeds in ander verband aandacht aan besteed. Zie mijn bijdrage 'De rekening van het kind' in *Rechtskundig Weekblad* van 30 mei 1997, 1996-97, nr. 39, p. 1313-1318.

6 Ik ben veel dank verschuldigd aan mevr. mr. F. Dietiker te Wolvega (advocaat in feitelijke instanties in de onderhavige zaak) en haar cliënte, die mij toestemming gaven voor inzage in het geanonimiseerde procesdossier van de eiseres. Bovendien dank ik de advocaat van de arts, mr. R. Overeem te 's-Gravenhage, die mij telefonisch enkele ophelderingen heeft gegeven. Ik dank tenslotte collega Vranken voor de wijze waarop hij mij inzage en inzicht in deze zaak heeft gegeven. Hetgeen overigens niet impliceert dat ik zijn inzichten deel en al helemaal niet dat hij de mijne deelt.

Hoofdstuk 7

wordt, gezond en wel, het kind geboren. Het echtpaar leeft dan van een RWW uitkering aan de man. Deze laatste is moeilijk bemiddelbaar op de arbeidsmarkt en lijdt bovendien aan een chronische darmziekte, waarvan overigens niet geheel duidelijk wordt welke effecten die heeft op zijn functioneren.

De gynaecoloog erkent aansprakelijkheid voor een beroepsfout en zijn verzekeraar keert als voorschot onder algemene titel een bedrag uit van f 10.000,-. O. echter vordert voor de rechtbank een vergoeding voor de kosten van verzorging en opvoeding van het kind tot zijn achttiende jaar, alsmede een vergoeding voor inkomensderving en immateriële schade. De rechtbank wijst de eerste post toe, de laatste twee af. O. gaat in beroep bij het Hof, alwaar zij op nog meer bedenkingen stuit. Het Hof onderschrijft in beroep niet alleen het oordeel van de Rb inzake immateriële schade, maar stelt ook dat inkomstenderving hier niet aan de orde is, omdat deze het gevolg is van een keuze van de vrouw om te stoppen met werken en voor haar kind te gaan zorgen. Bovendien meent het Hof, dat slechts in bijzondere omstandigheden (met name een ernstige verlaging van de levensstandaard van betrokkene(n) gedurende een bepaalde periode) plaats is voor vergoeding van de kosten voor opvoeding en verzorging. Het stelt pp. in de gelegenheid deze bijzondere omstandigheden te bewijzen dan wel te betwisten. Het Hof overweegt daarbij dat van de vrouw weliswaar niet gevegd kan worden het kind, omwille van schadebeperking, te laten aborteren of af te staan, maar dat kosten voor verzorging en opvoeding van kinderen niet zonder meer voor vergoeding in aanmerking komen, daar het nu eenmaal de natuurlijke en door de wet opgelegde plicht van ouders is om hun kinderen te verzorgen en op te voeden.

Deze laatste redenering van het Hof blijkt een voorzet die door het cassatiemiddel succesvol wordt ingekopt: als mevrouw door een beroepsfout binnen het kader van een overeenkomst is opgepadeld met een nogal dure wettelijke plicht waar ze uitdrukkelijk niet om gevraagd heeft, dan heeft ze evident recht op schadevergoeding tot een redelijk bedrag van wat het vervullen van die plicht met zich meebrengt. De HR volgt deze redeneerlijn voluit, zij het met de kleine waarschuwing dat dit niet betekent dat elke rekening ten behoeve van verzorging en opvoeding voortaan naar de dokter gestuurd kan worden.

Wat betreft de vergoeding van schade wegens inkomensderving verloopt de procedure op ongeveer dezelfde manier. Het Hof had de Rb ondersteund in zijn afwijzing door te stellen dat in het algemeen aan het opvoeden van een kind het hebben van een (volledige) werkring niet in de weg staat. Als de vrouw niet kan aantonen dat zij gedwongen is van werk af te zien en er voor kiest om gedurende de eerste levensjaren van het kind niet te werken, dan komt dat voor haar rekening. Ook dat geeft volgens de HR blijk van een onjuiste rechtsopvatting, gelijk het middel stelt. Beoordeeld moet worden of haar keuze

om tijdelijk niet te werken in de gegeven omstandigheden als redelijk kan worden beschouwd. Daarbij zal enerzijds gewicht moeten worden toegekend aan de vrijheid van de vrouw om haar leven met het oog op het belang van het kind zodanig in te richten als haar goeddunkt, onverlet haar plicht tot schadebeperking. Anderzijds spelen de specifieke gezinsomstandigheden een belangrijke rol: aantal en leeftijd van de kinderen, de positie van de echtgenoot op de arbeidsmarkt, de financiële middelen van het gezin in het algemeen.

Aan vergoeding van immateriële schade brandt de HR zijn vingers niet. Het Hof meende dat de gang van zaken misschien tot min of meer sterk psychisch onbehagen had geleid, maar in ieder geval niet tot geestelijk letsel van een aard die schadevergoeding indiceert. De HR laat dit oordeel voor wat het is, omdat het te zeer met feitelijke waarderings verweven is om in cassatie ten toets te komen en in ieder geval niet blijkt geeft van een onjuiste rechtsopvatting.

b De discussie

De HR is van mening dat het toekennen van schadevergoeding aan iemand die door een (erkende) beroepsfout van een arts zwanger wordt, in weerwil van het feit dat een eerder met deze persoon overeengekomen behandeling in het teken stond van het voorkomen van zwangerschap, niet impliceert dat het kind dat geboren wordt op wens van de ouders, als een schadepost wordt aangemerkt. Het vermogensrechtelijk perspectief staat dus volgens de HR voorop. Om de veroorzaakte schade in het door de HR geprefereerde licht te zien zouden we dan ook in de eerste plaats vergelijkingen moeten zoeken met vermogensrechtelijke contexten. Stel bijvoorbeeld dat ik een overeenkomst sluit met een makelaar die mijn situatie zeer goed kent. Ik draag hem op, tegen een bepaalde vergoeding, mijn huis aan de Tilburgse grachtengordel te verkopen en een eenvoudig appartement in dezelfde buurt aan te kopen, omdat ik de lasten van het huis niet meer kan of wil dragen. De makelaar verkoopt mijn huis, maar door onoplettendheid koopt hij vervolgens voor mij geen simpel appartement, doch een nog groter huis, dat mij nog meer zal gaan kosten. In dat geval en op dat moment veroorzaakt hij schade, hoezeer het ook waar is dat dat huis op zich piekfijn in orde is, een belangrijk onderdeel zou kunnen vormen van mijn vermogen en er van betaling noch overdracht sprake is. Het feit dat hij aanbiedt de overdrachtskosten voor zijn rekening te nemen, doet daar niet aan af, gegeven dat ik duidelijk kenbaar heb gemaakt het tegenovergestelde te willen van waar hij mee aan kwam. Terug naar de casus: de schade bestaat er in dat er op de begroting van het echtpaar een post uitgaven is geforceerd die er eerst niet op stond en die het echtpaar er tot nader order ook duidelijk niet op wilde hebben, door toedoen van iemand die uit

een eerdere overeenkomst met dezelfde partij diende te weten dat deze laatste er veel aan gelegen was om juist het ontstaan van die post te voorkomen.

Vranken ondersteunt de positie van het Hof en brengt wat hij noemt 'ethische' redenen naar voren om te stellen dat schadevergoeding niet geïndiceerd is tenzij er bijzondere omstandigheden zijn die de draagkracht van het gezin aanmerkelijk zwaarder belasten dan zonder het handelen van een derde het geval zou zijn geweest. Zulke bijzondere omstandigheden spelen volgens hem als er sprake is van verkrachting, van een gehandicapt kind, van bijkomende materiële kosten (de noodzaak van uitzet, een groter huis (!), extra hulp, inkomstenderving door de keuze het kind te verzorgen) en tenslotte van armlastigheid. Ik meen te moeten opmerken dat – zeker in de omstandigheden van het geval voorzover uit het arrest kenbaar – via deze lijnen hetzelfde resultaat had kunnen worden bereikt als via de lijnen die de HR uitzet. De gedachte dat de HR de lijn van de sociale bewogenheid vertegenwoordigt versus een A.G. die de 'ieder voor zich' benadering voor staat, moet m.i. worden afgewezen. Het gaat om een verschil in fundamentele optiek, die wellicht in andere gevallen, maar waarschijnlijk niet in dit geval, tot andere uitkomsten zou leiden.

De HR wijst Vrankens benadering echter af, voornamelijk door haar te overdrijven. Hij overdrijft haar door ze terug te voeren naar het punt waarvandaan Vranken *om retorische redenen* vertrokken is: de zienswijze van Picker in een AcP-artikel uit 1995. Deze laatste wijst met kracht van vele argumenten het onderscheid af dat de HR nu juist bezigt: dat tussen enerzijds het bestaan en de waarde van het kind als persoon en anderzijds de opvoedings- en verzorgingskosten als schadepost. Het 'hebben' van een kind brengt nu eenmaal onverbrekkelijk verzorging en opvoeding met zich mee, en verzorging en opvoeding brengen nu eenmaal kosten met zich mee. Wie opvoeding en verzorging als schade betitelt teneinde die vergoed te krijgen, betitelt ook het hebben van het kind, ja het bestaan van dat kind als 'schade'. Dat is in strijd met de waardigheid van de menselijke persoon (Art. 1 Gg) en kan ook nog eens psychisch belastend zijn voor het kind. De HR debatteert vooral met deze opvattingen, wijst ze af en trekt één lijn met zijn Duitse partner, het BGH. Daardoor gaat echter de nuance in het standpunt van Vranken verloren voor het oog van de haastige lezer. Vranken immers is van mening dat het standpunt van Picker in zijn radicaliteit *niet* deugt. Vanuit dat standpunt zou er immers geen ruimte zijn voor vergoeding van opvoedingskosten t.b.v. een kind dat geboren wordt na verkrachting, van extra verzorgingskosten t.b.v. een gehandicapt kind dat door een fout van een derde geboren wordt, van vergoeding van allerlei materiële kosten en eventuele immateriële schade. Zijn argument is

eigenlijk dat onze rechtsintuïties⁷ op deze punten niet gedekt worden door de principes die Picker verkondigt (nr. 26). Echter: *precies hetzelfde* is het geval met de principes van een louter schadevergoedingsrechtelijk standpunt (nr. 25). Deze kunnen geen verklaring geven voor rechtsintuïties als:

- dat de schade beperkt zou moeten blijven tot de gemiddelde opvoedingskosten;
- dat de vrouw geen plicht heeft tot schadebeperking via abortus of afstand;
- dat de schade voortduurt tot het kind meerderjarig is, onverschillig of het achteraf wel of niet als gewenst en geliefd behandeld wordt;
- dat eventuele immateriële schade niet kan bestaan in het loutere ongenoegen bij de vrouw dat zij een kind heeft op te voeden dat zij niet gewenst heeft en waarop zij niet had gerekend;
- dat het kind zelf geen *wrongful life*-vordering toekomt.

Vrankens vraag, liever gezegd: zijn uitdaging, is: als noch een zuivere *Wertungsjurisprudenz*, noch een loutere schadevergoedingsrechtelijke benadering onze rechtsintuïties verklaren, welke principes zitten er dan wel achter een beslissing tot schadevergoeding? En zijn suggestie is: heeft Picker toch niet een klein beetje gelijk, omdat bij al deze rechtsintuïties het morele besef een rol lijkt te spelen dat het bestaan van een kind nooit en te nimmer als een vermogensrechtelijke schadepost mag worden beschouwd?

Wie op die suggestie zou willen ingaan, dient zich van de mogelijke implicaties bewust te zijn. Op de achtergrond daarvan doemt namelijk precies de these op die we op het einde van het vorige hoofdstuk onder kritiek hebben gesteld: de *Sonderfallthese*. Het kleine beetje gelijk dat Vranken aan Picker zou willen geven, sleept wellicht een veel groter gelijk achter zich aan, namelijk dat als het erop aankomt, ethische overwegingen aan het positieve recht, meer in het bijzonder het 'zuivere' schadevergoedingsrecht, derogeren.⁸ Vrankens stelling is immers niet dat een vermogensrechtelijke benadering in het geheel niet te pas komt, maar dat deze niet tot het einde toe gevolgd kan worden: uiteindelijk blijken andere principes de redenering over te nemen. Dat echter kan niet anders betekenen dan dat dergelijke principes *van meet af* aan de koers van het juridisch denken bepaald hebben. Hoe zou er anders op het juiste moment bijgestuurd kunnen worden? Dat is een volkomen gerechtvaardigde vraag.

7 Met dit rechtswetenschappelijk ongebruikelijke woord leg ik met opzet verband met de taalkunde, waar 'linguïstische intuïties' van moedertaalsprekers nu juist een belangrijk empirisch domein vormen.

8 Vranken brengt mij als rechtstheoreticus daarmee in een lastig parket. Op de achtergrond daarvan doemt namelijk precies de these op waarvan ik heb beweerd dat hij die in zijn *Algemeen Deel*** afwijst: de *Sonderfallthese*. Zie het vorige hoofdstuk.

Een tweede, even belangrijke vraag is echter, van welke aard die principes dan precies zijn. Gaat het om differentiatie of modulatie van juridische grondslagen door de indirecte werking van bepaalde feitelijke ontwikkelingen, waaronder morele overtuigingen, maar ook technische en economische ontwikkelingen? Of gaat het, zoals het betoog van Vranken toch wel sterk suggereert, om een rechtstreekse en punctuele bewaking van het recht door de moraal, waarbij deze laatste telkens ingrijpt als het recht tekort blijkt te schieten? In het eerste geval komen we terecht bij de visie dat er eigenlijk geen sprake kan zijn van een ‘zuiver’ schadevergoedingsrecht, maar dat het schade-begrip voorzien wordt van allerlei restricties en parameters naargelang de juridische context waarin het functioneert. In het tweede geval zouden we moeten afleiden dat het recht uiteindelijk toch niets anders dan een speciaal toepassingsgebied van de moraal is. Mijn indruk is dat Vranken het eerste betoogt in termen die aan het tweede herinneren.

2 De constructie van de wet

Doordat Vranken een wijze van argumentatie kiest die wetenschappelijk dwingend is, komt scherp naar voren dat de rechtsstrijd gaat om de vraag hoe wij vanuit deze casus, om niet te zeggen vanuit de positie van partijen, naar ‘de wet’ moeten kijken, precies om vanuit de wet naar de casus te kunnen kijken. Welke bepalingen, in hun samenhang en binnen het stelsel van de wet bezien, regeren deze kwestie? Bij zorgvuldige lezing kan men constateren dat de HR de uitdrukking ‘de wet’ – in het specifieke enkelvoud dat wij in het inleidende hoofdstuk centraal hebben gesteld – ook werkelijk bezigt. Het gaat om de ‘*costruzione legitima*’ van de wet in het voorliggende geval. We kunnen ook zeggen dat het gaat om de juiste constructie van de rechtspositie van de betrokken rechtsonderhorigen, want dat is precies dezelfde vraag in andere bewoordingen gesteld. Vandaar dat we kunnen zeggen dat het procedurele karakter van het recht hier zowel in de procesrechtelijke als in de dogmatische facetten naar voren komt.

a Bedenkingen

Eerst moet enige ruimte gemaakt worden voor een alternatieve zienswijze. Zoals gezegd toont Vranken zijn stelling aan door erop te wijzen dat een aantal van onze rechtsoordelen of -intuïties onverklaard zou blijven wanneer we een ‘zuiver’ schadevergoedingsrechtelijke benadering zouden kiezen. Ik heb die oordelen eerder opgesomd. Ik wil ze nu één voor één bespreken en aantonen dat zij niet zo’n duidelijk statuut hebben als Vranken beweert. Het aansprake-

lijkheidsrecht dringt zich krachtiger op dan hij aanneemt, met uitzondering van één belangrijk punt.

A. In de eerste plaats wijst de A.G. erop dat naar algemeen oordeel de schadevergoeding beperkt zou moeten blijven tot de gemiddelde opvoedingskosten en wel tot het kind meerderjarig is. Zijn redenering is kennelijk dat daar geen reden toe zou zijn als het om pure schadevergoeding ging, want dan zou het bedrag veeleer moeten worden bepaald door de werkelijke schade en wel tot aan de leeftijd tot welke de ouders onderhoudsplichtig zijn (21 jaar; art. 1:395a BW). Ik betwijfel of dit oordeel zo algemeen gedeeld wordt als Vranken denkt. In de eerste plaats: de HR doet er eigenlijk geen uitspraak over of de leeftijdsgrens niet hoger zou kunnen liggen in een ander geval, en of niet andere normen dat de gemiddelde kosten, berekend volgens NIBUD-model, zouden mogen worden aangenomen. De belangrijkste reden daarvoor lijkt dat in feitelijke instantie deze grenzen voor dit geval zijn aangenomen door partijen.⁹ Vranken zelf wijst erop dat er ongetwijfeld andere normen hadden moeten gelden als het kind gehandicapt zou zijn geweest en bijzondere zorg nodig zou hebben gehad. En wat de beperking tot achttien jaar betreft – hierin verschil ik lichtelijk van mening met Sutorius en Lijftogt¹⁰ – het lijkt mij inconsistent dat de HR ter inperking van de schadevergoedingsplicht zich verschuilt achter de Rb die de meerderjarigheid (18 jaar) met instemming van partijen als grens heeft genomen, terwijl de ‘onderhoudsgerechtigde leeftijd’ bij 21 jaar ligt. Het gaat immers van meet af aan om een aanspraak op vergoeding voor kosten voortvloeiend uit de onderhoudsplicht zoals de wet die voorschrijft. Dat is althans wat de HR het Hof heeft ingepeperd.

Er zijn nog een paar bijkomende argumenten om te twijfelen aan de houdbaarheid van Vrankens stelling. In de eerste plaats citeert hij buitenlandse jurisprudentie waarin met andere normen wordt gewerkt.¹¹ In de tweede plaats is het niet ongebruikelijk dat ter vaststelling van een schade die uit haar aard alleen maar geschat kan worden, met gemiddelden wordt gewerkt. Iets dergelijks zal bijvoorbeeld ook gebeuren wanneer straks de inkomstenderving van de vrouw door het Hof Arnhem moet worden vastgesteld. Uit deze berekeningswijze zou eerder moeten worden afgeleid dat er nog steeds sprake is van een vermogensrechtelijke benadering dan dat deze verlaten wordt.

9 Sutorius en Lijftogt wijzen erop dat de HR dit openlaat.

10 NJB, 72, 1997, p. 476 r.

11 Vgl. de conclusie, nr. 22 met verwijzing naar drie gevallen in het Verenigd Koninkrijk waarin ‘alle in de omstandigheden van het geval redelijke kosten’. Dat is iets anders dan de gemiddelde kosten.

Hoofdstuk 7

B. Het tweede argument van Vranken is dat de vrouw geen plicht heeft tot schadebeperking via abortus of afstand. Dit is in mijn ogen het sterkste argument – een argument dat ook door het Hof is vooropgesteld en dat de HR met zoveel woorden bekrachtigt. Ik zal het zo dadelijk in een aparte paragraaf bespreken. Want het is beslissend voor de hele argumentatie. Hier wil ik slechts melding maken van het feit dat reeds in het proefschrift van Stolker en in het gedegen artikel van Kruithof in 1987 melding wordt gemaakt van Engelse en Amerikaanse rechtsspraak waarbij de plicht van de vrouw tot abortus in een geval van *wrongful birth* als vorm van schade-matiging wordt aangenomen. Er is een hoop te zeggen voor het principe dat dit niet zou moeten kunnen. Maar wat als het gaat om een vrouw die blijkens haar medische dossier al eens een abortus heeft gehad, dus daar geen principiële bezwaren tegen heeft, en die er duidelijk op uit is om een vervolgens door een beroepsfout opgedrongen zwangerschap te benutten teneinde voor de rest van haar leven ‘leuk binnen te lopen’? Op dat moment zou men misschien toch willen dat er wat minder principieel was gedacht.

C. De A.G. wijst er vervolgens op dat de schade voortduurt tot het kind meerderjarig is, onverschillig of het achteraf wel of niet als gewenst en geliefd behandeld wordt. Het argument is hier, neem ik aan, dat in een zuiver schadevergoedingsrechtelijke benadering de voordelen die het bestaan van het kind de ouders (naar redelijke verwachting) zou brengen, hadden moeten worden weggestreept tegen de nadelen (de zgn. *overriding benefit rule*). Ook dit gegeven lijkt mij niet zo hard als het in eerste instantie lijkt. Een analogie met een zaak van zuivere schadevergoeding ligt hier juist voor de hand. Als ik de auto van een ander ‘total loss’ rijdt, ben ik aansprakelijk voor de schade, onverschillig of mijn wederpartij erin slaagt het wrak piekfijn op te knappen en van de verzekeringsuitkering op vakantie te gaan. Ander voorbeeld: hoewel er zelfs volkswijsheden gewijd zijn aan de achteraf niet onvoordelige gevolgen van een brand (‘in de brand, uit de brand’), heeft dit bij mijn weten nog niet tot afwegingen van uiteindelijke voor- en nadelen geleid in het schadevergoedingsrecht. Het is dus niet verwonderlijk dat bij zoiets onzekers als de ontwikkeling van een kind niet alvast voordelen in rekening worden gebracht tegenover de kosten die er ongetwijfeld zullen zijn.

D. Vervolgens brengt Vranken naar voren dat eventuele immateriële schade niet kan bestaan in het loutere ongenoegen bij de vrouw dat zij een kind heeft op te voeden dat zij niet gewenst heeft en waarop zij niet had gerekend. Ook die insteek brengt ons niet tot het inzicht dat het perspectief van het vermogensrecht zou worden onderbroken. Het is natuurlijk juist dat louter ongenoegen sowieso geen reden is tot vergoeding van immateriële schade, om de eenvou-

dige reden dat ongenoegen nog geen letsel betekent. Ook valt toe te geven dat de criteria voor vergoeding van immateriële schade verre van duidelijk te meten zijn. Bovendien kunnen we vaststellen dat in het onderhavige geval de HR zich niet met deze vraag heeft hoeven bezig te houden, omdat hij het middel op dat punt kon afdoen als zodanig met feiten verweven dat het in cassatie niet ten toets kon komen. Deze snelle toverformule staat in duidelijk contrast met de vrij uitvoerige beschouwingen die de HR zich veroorlooft ten aanzien van andere aspecten van de zaak die niet minder met de feiten verweven zijn (zoals met name de inkomstenderving). De wijze waarop het Hof 'min of meer sterk psychisch onbehagen' omtrent een in beginsel niet gewenste zwangerschap (met alle consequenties van dien voor bijvoorbeeld het arbeidsperspectief van de vrouw) onderscheidt van 'psychisch letsel' door die ervaring opgelopen, terwijl het bovendien fijntjes opmerkt dat juist dit laatste niet is gesteld, maakt een nogal botte indruk. Zij lijkt mij in beginsel vatbaar voor een correctie analoog aan die n.a.v. het tweede onderdeel van het cassatiemiddel: het zou juist zijn geweest de vrouw in de gelegenheid te stellen aannemelijk te maken dat dit onbehagen zo sterk was dat van letsel van enige duur en ingrijpendheid kan worden gesproken. Psychisch incasseringsvermogen is immers geen voldoende grond om vergoeding van gederfde levensvreugde te onthouden, zoals financiële draagkracht geen reden is om vergoeding van schade aan eigendommen te ontzeggen. In dit verband is het relevant te weten – wat nauwelijks uit de weergave van de feiten valt op te maken – dat de vrouw pas na de geboorte van haar kind met de arts is gaan praten over wat er nu eigenlijk mis was gegaan bij de operatie met de plaatsing van een nieuw spiraaltje. Zij verkeerde in de veronderstelling dat zij ondanks de plaatsing van dat nieuwe spiraaltje zwanger was geworden. Medische expertise had sterker kunnen adstrueren dat een dergelijke veronderstelling bepaald onrustbarend is, omdat de ervaring uitwijst dat dergelijke zwangerschappen zich nogal eens buitenbaarmoederlijk ontwikkelen en in het algemeen tot verlies van het kind leiden. Het gaat hier bepaald niet om 'ongenoegen' over een niet gewenste zwangerschap, maar om een maanden durende ongerustheid over het welzijn van een ongebooren kind wiens komst intussen gewenst was in weerwil van de ongewenste zwangerschap. Ik concludeer dan ook dat de vraag naar de gerechtvaardigheid van vergoeding van immateriële schade in een geval als het onderhavige nadere overdenking zou verdienen, iets waar het door min of meer toevallige omstandigheden niet van gekomen is. Een sterk argument voor Vrankens stelling valt er niet aan te ontlenen.

E. Als laatste overweging van de A.G. wordt genoemd dat het kind zelf geen *wrongful life*-vordering toekomt. Een dergelijke vordering – te onderscheiden

van *wrongful birth* – wordt ingesteld door een kind jegens ouders of derden die het een moeilijk te dragen leven hebben ‘geschonken’ (bijvoorbeeld een AIDS-besmetting hebben overgedragen). De A.G. noteert in zijn conclusie dat deze vorderingen in het algemeen nergens worden toegewezen. Is dat verschijnsel een basis om te concluderen dat het schadevergoedingsrecht niet aan de orde is? Ik meen van niet. De redenen daarvoor zijn analoog aan die welke ten grondslag zullen blijken te liggen aan de afwijzing van abortus als modus van schadebeperking – het argument dat was blijven liggen en dat we nu moeten bespreken.

b Het alternatief

Het voornaamste punt dat niet verklaard lijkt te kunnen worden vanuit een schadevergoedingsrechtelijk standpunt is dat de vrouw niet geacht wordt de schade te beperken door de zwangerschap te laten afbreken.¹² Dit is een belangrijk punt, want als deze overweging niet uit een schadevergoedingsrechtelijk oogpunt verklaard kan worden, heeft Vranken in beginsel gelijk dat hier andere, rechtstreeks aan de ethiek ontleende elementen binnenkomen.

Keren we voor de duidelijkheid nog even terug naar de vergelijking met de makelaar die mij tegen mijn wil een groter huis koopt dan waarvoor ik wens op te draaien. In het geval van het huis kan het kwaad misschien gekeerd worden doordat de makelaar het ongewenste pand vliegensvlug weer van de hand doet. In ieder geval zal ik de makelaar niet kunnen laten opdraaien voor de kosten door achteraf toch maar te besluiten het grotere huis te houden. Stel echter dat ik voor langere tijd op reis ben gegaan en de makelaar het huis in mijn naam geleverd heeft gekregen, dan zal hij mij toch minstens de kosten moeten vergoeden die gedurende mijn afwezigheid zijn ontstaan. Een kind vliegensvlug van de hand doen zo gauw het zich aankondigt, is een vorm van schadebeperking die in onze maatschappij (gelukkig) niet als vanzelfsprekend wordt beschouwd, al zal de vrouw die in de gegeven situatie voor een abortus zou kiezen, misschien weinig moreel verwijt vanuit de maatschappij treffen. Als men deze maatschappelijke opvattingen het ethische aspect van de casus wil noemen, dan mag dat wat mij betreft, maar het gaat hier wel om ‘een ethiek van twee kwartjes’, om een staande uitdrukking van wijlen Nico Luijpen te gebruiken. In feite hoeft men aan deze lapidaire ‘ethiek’ helemaal niet toe te komen, omdat zij, voor zover van belang, betrouwbaar en context-gevoelig, al lang is opgenomen in de gevestigde juridische dogmatiek.

12 Dan wel afstand te doen van het kind. De suggestie van die tweede mogelijkheid wekt verwondering, omdat afstand-doen nauwelijks aangemerkt kan worden als schadebeperking. Immers, het kind is er, het zal verzorgd en opgevoed moeten worden en of die kosten nu door de vrouw of door een tehuis worden gemaakt, maakt in wezen niets uit.

Er is namelijk een cruciale zinssnede in het betoog van Vranken waar men moeilijk omheen kan en die inderdaad de redeneerwijze van de HR aanvankelijk blokkeert: '(...) tussen de fout van de derde, in casu de arts, en de schade (de opvoedingskosten) staat nu eenmaal de geboorte van een kind.' Vermogensrechtelijk is die geboorte niet een verandering in het vermogen van wie dan ook, niet negatief en niet positief.¹³ Integendeel: strikt vermogensrechtelijk gesproken betekent 'het ontstaan van nieuw leven' het ontstaan van *een nieuw vermogen* om de eenvoudige reden dat er een nieuw rechtssubject is ontstaan. Dat rechtssubject heeft, zo klein als het is, een 'vermogen' in de klassieke zin van een geheel van rechtens te beschermen belangen, waar later ook nog heel wat plichten bij zullen komen.¹⁴ Eén van die belangen is ongetwijfeld het recht op opvoeding en onderhoud, primair te waarborgen van de zijde van de ouders, maar desnoods van de kant van anderen. Voor bepaalde aspecten van dat recht (met name de materiële voorwaarden om het geldend te kunnen maken) heeft het zelfs een aanspraak jegens de gehele samenleving. Hoe dan ook, ik zou menen dat in sommige gevallen, waaronder het onderhavige, de ouders de kosten van de plicht tot opvoeding en onderhoud kunnen verhalen op derden. Anders dan Vranken¹⁵ ben ik dan ook van mening dat de dogmatiek van het schadebegrip ons hier wel degelijk verder helpt. Schade beperken kan niet betekenen: de positie van het rechtssubject aantasten (laat staan vernietigen) terwille waarvan de kosten gemaakt worden die tot vergoeding aanleiding geven.

Op dit punt is er een kenmerkend verschil tussen de twee gevallen die ik heb vergeleken. In het geval van de huis-aankoop is het huis het rechtsobject dat in mijn vermogen valt. Mijn belang bij dat rechtsgoed – mijn rechtsbelang – verdient bescherming, tenminste voorzover ik het niet onnodig opblaas. In het geval van het kind gaat het om een rechtssubject voor wie de ouders met hun vermogen hebben in te staan. Het rechtsbelang dat bescherming verdient is niet hun belang bij dat kind in de zin van een beschikkings- of genotsbevoegdheid over dat kind. Het is – althans voorzover het de invalshoek van het privaatrecht betreft –, hun belang bij de besteding van de hen ter beschikking staande middelen in het kader van hun gezinsvorming. En dit belang is de weerslag van een rechtsbelang dat al evenzeer bescherming verdient: het rechtsbelang van het kind bij behoorlijk onderhoud en opvoeding naar evenredigheid met de mogelijkheden van de sociale omgeving (niet altijd, maar veelal: het gezin) waarin het ter wereld komt. De juiste analogie op het stuk van schadebeperking is dan ook niet: je ongewenste kind van de hand doen zoals

13 In Duitse termen: het kind is 'Wert' noch 'Unwert' – daarin precies ligt zijn 'Würde'.

14 Met opzet maak ik gebruik van de klassiek juridische vermogensleer, welke m.i. ten onrechte in de vergetelheid is geraakt.

15 Conclusie, nr. 23.

je je ongewenste huis van de hand zou doen.¹⁶ De juiste analogie zou zijn: je kind van de hand doen zoals je jezelf te grabbel zou gooien. Mijn makelaar kan ook niet eisen dat ik – om zijn schade te beperken – mij met terugwerkende kracht krankzinnig laat verklaren, zodat mijn opdracht alsnog nietig zal blijken. Dit principe zou overigens ook gelden wanneer dat rechtssubject een rechtspersoon was; bijvoorbeeld, een patiënt die door een arts wordt aangesproken tot vergoeding van schade kan moeilijk van de arts eisen dat hij de schade aan zijn maatschap toegebracht beperkt door de maatschap op te heffen. Het is dus eerder de logica van de juridische begrippen dan ons moreel besef over de waarde van het menselijk leven die hier zijn werk doet. Overigens wil ik graag toegeven dat iets van dit moreel besef in die logica is neergeslagen, maar het is er al lang niet meer in zuivere vorm uit te distilleren. Daar hoeft men niet rouwig om te zijn. De vermogensrechtelijke positie van rechtssubjecten is waarschijnlijk in betere handen bij dit tamelijk stabiele begrippenkader dan bij de wispelturigheid van morele overtuigingen, al was het alleen maar omdat aantasting ervan flink wat geld kan kosten. Trouwens: er rust op de vrouw volgens de HR wel degelijk een plicht tot schade-beperking in vermogensrechtelijke zin. En vermogensrechtelijk is het kind niet de schade, zoals we al gezien hebben, maar de kosten die ten behoeve van het kind moeten worden gemaakt.

Picker vergelijkt deze stellingname enigszins badinerend met ‘niet de deuk is de schade, maar de rekening van de garage.’ Ongetwijfeld is dat krachtige retoriek, maar daarmee nog geen krachtig denkwerk. Vermogensrechtelijk is het juist zeer twijfelachtig om het ontstaan van een kind en het ontstaan van een deuk op één lijn te stellen, precies omdat het laatste een verandering in iemands vermogen is en het eerste in het geheel niet, ook al heeft het vermogensrechtelijke gevolgen voor een aantal rechtssubjecten. Er ontstaat een ander rechtssubject met een eigen vermogen (‘zo dikwijls zijn belang dit vordert’). Dat er rechtssubjecten met rechtsvermogens bestaan is de vooronderstelling van het schadevergoedingsrecht. Die vooronderstelling wordt niet aangetast wanneer iemand aansprakelijk gesteld wordt voor een deel van de gevolgen van het ontstaan van een nieuw rechtssubject met een eigen vermogen. Integendeel: zij wordt geactiveerd en herbevestigd. Wie haar bij zulk een gelegenheid in twijfel trekt, doet eigenlijk alsof het de eerste juridische schepingsdag is en het onderscheid tussen rechtssubjecten en rechtsobjecten nog moet worden uitgevonden. Maar wij kunnen pas over schade spreken – zijnde

16 Picker maakt in zijn artikel (p. 504) ook de vergelijking met iemand die zijn volmacht misbruikt en een ander met een goed opzadelt dat hem voor hoge kosten stelt. Hij gebruikt het slechts om te zijn stelling te illustreren dat reeds dit goed, en niet de rekening die betaald moet worden, schade betekent. Daarin heeft hij een zeker gelijk (zie verderop), maar de vergelijking gaat mank.

een inbreuk op een rechtsobject of vermogen – wanneer wij begripsmatig rechtsobjecten van rechtssubjecten kunnen onderscheiden. Juist daarom is het juridisch onbegrijpelijk dat beperking van schade zou kunnen bestaan in de vernietiging van het rechtssubject wiens belangen zijn aangetast. Wie die logische begripsorde niet respecteert kan tamelijk absurde consequenties trekken, want natuurlijk ontstaat schade alleen maar doordat er rechtssubjecten zijn (zoals er ook alleen maar problemen ontstaan doordat de mensen niet thuis blijven).

Al even dubieus vind ik het andere argument van Picker om kind en kosten als twee kanten van dezelfde schade-medaille te beschouwen: namelijk dat geldelijke schadevergoeding alleen maar een tweederangs vervangingsmiddel is voor ‘natuurlijke’ restitutie. Die ‘eigenlijke’ schadevergoeding is gericht op het ongedaan maken van de ‘schade zelf’ en het zoveel mogelijk terugbrengen van de rechtsverhoudingen in hun oorspronkelijke toestand. Al kunnen er goede redenen zijn om voor dit vervangingsmiddel te kiezen, op de achtergrond speelt volgens Picker dan nog altijd de begripsmatige constructie mee dat de eigenlijke schade een andere is dan wat er met geld vergoed wordt. In het gegeven geval betekent dit: het kind zal dogmatisch toch impliciet als schade aangemerkt worden. Dit argument is in feite een *petitio principii*: wat moet worden bewezen wordt al aangenomen als premisse. Vermogensrechtelijk moet er juist vanuit gegaan worden dat de schade die ontstaan is primair een financiële is en dat compensatie daarvan in geld niet een vervangingsmiddel is, maar het eerst aangewezen middel. Wat de ouders aan de derde vragen is niet ‘de onwaarde kind’ weg te nemen of zelfs maar te compenseren. Zij vragen compensatie voor een uitgave die zij hebben te doen vanwege het vervullen van een plicht die correlaat is met een recht van een nieuw rechtssubject.

Kortom: Picker vraagt van het schadevergoedingsrecht wat het eigenlijk allang doet, wanneer het goed doordacht wordt, nl. een basaal onderscheid maken tussen rechtssubjecten en rechtsobjecten wanneer het gaat om vermogensrecht en schadevergoedingsrecht. En het is eigenlijk ook niet zo verwonderlijk dat het recht onderscheid maakt, omdat – in weerwil van alle moderne ontwikkelingen – onze tijd echt niet de eerste is die heeft nagedacht over de bescherming van rechtsbelangen, waaronder die van ouders en kinderen. Iets anders is of er aanleiding is te waarschuwen voor te achteloos gebruik van juridische begrippen, die daardoor niet meer kunnen functioneren om die lieden de pas af te snijden die vinden dat een kind krijgen zoets is als een erfenis krijgen. Maar als die aanleiding er is, lijkt het me belangrijker het juridisch begrippenapparaat goed te leren doordenken, niet om het opnieuw uit te vinden. Iets anders is ook – en daar zet het gelijk van Vranken zich voort – of het niet nodig is de specifieke parameters van het schadevergoedingsrecht in de medische of algemener: biotische omgeving dogmatisch scherper te articuleren.

Dat lijkt mij inderdaad nodig, wil men de rechter niet opzadelen met een onmogelijke beslissingsdwang die alleen maar zijn gezag kan uithollen. Die noodzaak echter betekent veeleer een differentiatie van het schadebegrip – iets dat juristen vertrouwd is – , dan een dissociatie.

3 Schadevergoeding in perspectief

Het blijkt dus dat een constructie van de casus in termen van schadevergoedingsrecht in het geheel geen afbreuk doet aan de rechtsbescherming die men beoogt. Wanneer het perspectief op de juiste wijze geconstrueerd wordt hoeft men niet halverwege op een ethisch niveau verder te redeneren en aldus een aan het positieve recht derogerende moraal binnen te halen. Juist wat men zou kunnen noemen de analoge of perspectivische verkortingen in de begrippen van het schadevergoedingsrecht zijn de garantie dat de positie van het kind niet wordt uitgeleverd aan een vrije discussie, waarin de vraag of abortus een middel mag zijn om schade te beperken alleen ontkennend wordt beantwoord omdat het tamelijk ongearticuleerde ‘aanvoelen’ van een meerderheid zich daar (nog) tegen verzet. In de hier geschetste optiek van schadevergoeding kan de vraag echter niet eens gesteld worden, omdat ze de hele logica van het schadevergoedingsrecht zou aantasten. Men zou nog een stap verder kunnen gaan en zeggen dat daarmee de persoon van het kind meer recht is gedaan dan wanneer men het tot speelbal zou maken van een moreel debat.

Een niet onbelangrijke proef op de som van deze stelling kan uitgevoerd worden door nog eens terug te kijken naar de andere moeilijkheden die Vranken had met een schadevergoedingsrechtelijke benadering. Zij vallen vanuit het standpunt dat in de vorige paragraaf werd beargumenteerd, keurig op hun plek en blijken goed integreerbaar met de lijn die de HR gekozen heeft.

- Allicht zou de schade beperkt moeten blijven tot de gemiddelde opvoedingskosten; dat is immers een van de weinige manieren om prospectief te objectiveren waar het kind aanspraak op kan maken.
- Natuurlijk duurt de schade voort tot het kind meerderjarig is, onverschillig of het achteraf wel of niet als gewenst of ongewenst behandeld wordt, een bron van vreugde of verdriet is, geld binnenbrengt of geld kost; het bestaansrecht van het kind als rechtssubject is immers onafhankelijk van de vraag hoe ‘voordelig’ het is.
- Uiteraard kan eventuele immateriële schade niet bestaan in het loutere ongenoegen bij de vrouw dat zij een kind heeft op te voeden dat zij niet gewenst heeft en waarop zij niet had gerekend. Dat zou immers pas werkelijk het kind tot schadepost verklaren. Dat betekent overigens niet dat er geen andere

gronden voor toewijzing van immateriële schade zouden kunnen zijn in een specifiek geval.

- Tenslotte: inderdaad komt het kind zelf geen *wrongful life*-vordering toe in deze zienswijze, omdat het tegenstrijdig zou zijn het kind onder één en hetzelfde opzicht van rechtssubjectiviteit een recht om te bestaan en een recht om niet te bestaan toe te schrijven. Dit wil overigens niet zeggen dat deze personen niet op andere gronden een vordering tegen hun verwekkers zouden kunnen hebben.

Het komt mij voor dat we op deze wijze het beste van twee juridische werelden hebben bijeengebracht. Er is recht gedaan aan Vrankens zorg dat een kind geen schadepost mag worden, ook niet door een gekunsteld onderscheid tussen het kind en de kosten van het kind. Er is ook recht gedaan aan de benadering van de HR: kinderen kosten geld omdat ze als rechtssubject een curieus creatuur, maar geen dubieus crediteur zijn. Om dat te bereiken zijn niet de grenzen, maar de grondslagen van het schadevergoedingsrecht relevant gebleken.

4 De prijs van het schadevergoedingsperspectief

Ondertussen berust deze constructie op een reductie, zoals op het einde van het vorige hoofdstuk werd benadrukt: wij definiëren, juist vanwege de symbolische vorm van de wet als regel, onze maatschappelijke relaties niet in termen van wederkerigheid, maar in termen van verzekeraarbaarheid. Via een doorgeconstrueerd schadevergoedingsperspectief stoten wij op wat ik de 'assurantie-ethiek' van onze samenleving zou willen noemen. De assurantie-ethiek is niets anders dan de keerzijde van de door sommigen zo genoemde 'risico-maatschappij'. Zij zorgt ervoor dat het dragen van risico gereduceerd wordt tot het toepassen van verzekeringstechnieken die, ten eerste, schade relateren aan geldelijke gevolgen (afkoopsommen) en ten tweede, de aldus ingeschatte bedragen bij voorbaat bedrijfsmatig verdelen over alle productieve punten van het maatschappelijk lichaam.¹⁷

Aan de ene kant zorgt die assurantie-ethiek ervoor dat rechtsaanspraken tot schadevergoeding zich ontwikkelen in een gevecht, niet tussen een gelaedeerde en een laedens, maar tussen enerzijds een particulier die zijn schade vergoed wil hebben en anderzijds een verzekeringsconcern dat primair bedrijfswinst wil maken en kijkt wat op termijn daartoe de beste tactiek is. Die laatste positie is een fundamenteel andere dan die van degene die de schade

17 Zie hiervoor Ewald [1986a] en [1986b].

veroorzaakt heeft. Zowel morele als economische handelingsmotieven liggen anders. De wens om als laedens in een gegeven geval zoveel mogelijk buiten schot te blijven is van een heel andere aard dan het streven naar een zo hoog mogelijk rendement op het product 'schadevergoedingspolis' door een verzekeringsconcern. De vrees voor precedent-werking, het moeten innemen van een (internationale) concurrentiepositie, het kunnen voeren van een goede beleggingsstrategie, het zich als machtsblok kunnen verhouden tot de overheid – het zijn allemaal overwegingen waar het concern mee te maken heeft en de particuliere laedens die wordt aangesproken, niet. Daarmee is volstrekt niet gezegd, dat een verzekeringsconcern een geringere bereidheid tot het vergoeden van schade of een grotere geneigdheid tot zuinige betalingen heeft dan een particulier. In concrete gevallen zou het omgekeerde wel eens kunnen blijken. Wel zal men kunnen verwachten dat, welke bereidheid of geneigdheid ook blijkt, zij gemotiveerd wordt door een alomvattend economisch lange termijn beleid, waarbij andere dan economische overwegingen een slechts instrumenteel, dus afgeleid, karakter hebben. Het gevolg is dat de rechter die uitspraak moet doen tussen twee partijen, evenwicht moet zien te vinden tussen in feite zeer onvergelykbare belangenposities, ook al verschuilt de ene zich achter de rug van een particuliere laedens, in het onderhavige geval de arts.

In de tweede plaats (en uiteraard samenhangend daarmee) heeft de assurantie-ethiek tot gevolg dat juridische aansprakelijkheid nagenoeg los komt te staan van maatschappelijke verantwoordelijkheid: het overeind houden (deftiger: het positiveren) van juridische aansprakelijkheid wordt eerder congruent met het instandhouden van de economische voorwaarden voor het continueren van bepaalde verzekeringstechnieken dan met het bevorderen van de zorgvuldigheid die in het maatschappelijk verkeer betaamt. De uitspraak van de HR lijkt mij namelijk niet in de eerste plaats, en misschien wel helemaal niet, op het conto te schrijven van een moreel gefundeerd zorgvuldigheidsbesef dat het bestaande recht levend houdt. Ons moreel besef in dezen is vooral afhankelijk van de mate waarin conflicten kunnen worden afgedempt en ingedamd doordat de schadegevolgen in termen van vermogen verzekerings-technisch oneindig kunnen worden verdund over de hele samenleving. Stel dat dit anders zou liggen en dat de arts met zijn persoonlijk inkomen had moeten instaan voor risico's als zich in het gegeven geval hebben verwerkelijk: het risico is onverzekerbaar, zijn maatschap betaalt niet en hij kan geen hogere rekeningen schrijven voor zijn behandelingen. In dat geval zou de vrouw het waarschijnlijk hebben moeten stellen met een bloemetje van de arts bij de geboorte van het derde kind. De HR zou geredeneerd hebben: als we artsen met dergelijke risico's opzadelen, dan zijn er binnenkort geen artsen meer (iets wat mevrouw, gelet op haar kennelijke behoefte aan medische hulp, zelf ook niet zou willen). Het zelfbeschikkingsrecht van de vrouw zou dan gediend

zijn met het niet-honoreren, ja zelfs het inslikken van de eis tot schadevergoeding. Alleen doordat onze samenleving een uitgebreid verzekeringsinstrumentarium heeft ontworpen waar nagenoeg alle leden van die samenleving aan meebetalen, kunnen wij ons een moreel besef permitteren dat de arts voluit aansprakelijk stelt, *voorzover* hij althans verzekerd is (zie rechtsoverweging 3.11). Echter: niet de waarde van een kind, maar de waarde van een arts komt daarin tot uitdrukking.

In die zin staat met dit arrest ons kijken te kijk: de manier waarop onze samenleving zijn normen stelt wordt betrokken op het contingente standpunt vanwaaruit die normstelling geschiedt en daarmee op de technieken waarmee dat standpunt veilig gesteld wordt. Deze analyse heeft niets van een ontmaskering in naam van een hoger ethisch bewustzijn; wij hoeven ons niet betrappt te weten op leugenachtigheid of andere perfiditeit. Er is nu eenmaal geen ethisch bewustzijn zonder een bijbehorende techniek, zelfs niet als men – met Musils ‘man zonder eigenschappen’ – de moraal eerder een soort verbeeldingskracht dan een soort politieverordening zou achten. De analyse is van een heel andere orde: zij biedt ons de mogelijkheid om ons af te vragen of de manier waarop wij in het aansprakelijkheidsrecht objectiviteit construeren – en daarmee gronden, grenzen, criteria en correcties – niet zelf aan contingenties onderhevig is; contingenties die wij zouden kunnen aangrijpen om vergelijkingen te trekken, alternatieven te overwegen, kritiek te oefenen. Dit hoeft natuurlijk niet te leiden tot het overboord zetten van verzekerings technieken. Eerder zou het kunnen leiden tot een creatievere, op de bevordering van maatschappelijke zorgvuldigheid gerichte, inzet ervan. ‘Eigen risico’-marges, ‘no-claim’-kortingen en ‘all-risk’-premies, om niet te spreken van verfijndere technieken, zijn niet enkel geschikt om een beter bedrijfsresultaat te krijgen voor verzekeringsconcerns, maar kunnen vanuit een juridisch oogpunt ook ingezet worden om een beter evenwicht te scheppen tussen enerzijds een samenleving waarin ieder zijn eigen risico moet dragen en anderzijds een samenleving waarin het verschil tussen maatschappelijke zorgvuldigheid en maatschappelijke achteloosheid is weg-verzekerd.

Het verdwijnpunt van de wet is correlaat met het standpunt dat we innemen. Dat betekent niet dat de wet onkritisch een eenmaal ingenomen standpunt bevestigt. Als de wet ons zegt dat we moeten doen wat we moeten doen, dan bevat ze impliciet twee uitdagende vragen die altijd tegen elkaar in gesteld kunnen worden: of we wel doen wat we moeten doen en of we wel moeten doen wat we doen. Het ‘moeten’ in die twee vragen heeft niet dezelfde betekenis: het eerste betekent ‘behoren’, het tweede eerder zoets als ‘genoopt zijn’. Het ‘moeten’ in deontische zin wordt uitgespeeld tegen het ‘moeten’ in modale zin. Maar is dat spel nu juist niet nodig om de ruimte te scheppen

Hoofdstuk 7

waarin het recht kan functioneren? Kan niet juist op deze manier kritiek geïfend worden op de opvatting die aan menige rechtsideologie – en daarmee aan menige opvatting van juridische normativiteit – ten grondslag ligt, namelijk dat wat moet in modale zin ook moet in deontische zin? Of, eenvoudiger gezegd, dat wat nu eenmaal niet anders kan, met recht gebeurt zoals het gebeurt? Is het bijvoorbeeld niet zo dat wij menen met recht een restrictief asielbeleid te kunnen voeren, omdat het ‘nu eenmaal’ onmogelijk is dat alle asielzoekers van de wereld in Nederland komen wonen? En is het niet zo dat wij een stevig beperkte aansprakelijkheid van artsen willen, omdat wij het ons ‘nu eenmaal’ niet kunnen permitteren met beperkte medische zorg genoeg te moeten nemen? Hebben wij niet in laatste instantie zelfs behoefte aan een ‘menselijke natuur’ – een ‘minimum content of natural law’, zoals Hart het omschrijft – die ‘nu eenmaal’ de waarborg kan vormen van welke juridische oriëntatie dan ook? Tegenover zoveel noodzaak doet de wet ons de vraag stellen welk recht er aan ontleend kan worden. En zij stelt ons het antwoord reeds in het vooruitzicht: geen dat we er niet zelf ingelegd hebben. Daarmee stelt zij ons ook meteen voor de uitdaging te bezien of het geponeerde recht om andere redenen legitiem geacht kan worden dan om het feit dat het geponeerd is. Ingaan op die uitdaging – anders gezegd: respect voor de wet – is ontsnappen aan wat Broekman [1985] genoemd heeft ‘the minimum content of positivism’ in het recht.

Slot

Wet en symbool hebben langs tal van invalshoeken met elkaar te maken. Er is wetgeving die voornamelijk 'symbolisch' is in de zin dat ze de rechts-onderhorigen wil sterken in het geloof dat het de wetgever ernst is met de bescherming van bepaalde waarden of de zorg voor bepaalde doelen van overheidshandelen. Wie ervan overtuigd is dat wetgeving in het algemeen handhavingsmogelijkheden en politieke overtuigingskracht op elkaar moet afstemmen, zal immers niet heen kunnen om de communicatieve aspecten die de wetgeving aankleven. Een andere betrekking tussen wet en symbool is die waarin getracht wordt de structuur van wetteksten de vorm te geven van een symbolisme dat opgenomen kan worden in patronen van kennisrepresentatie, zodanig dat er al dan niet met inzet van computermodellen, mee geopereerd kan worden in het redeneren over kennis, met name in zogenaamde expert-systemen. Op die manier zou men bijvoorbeeld computerprogramma's kunnen construeren die juristen op een intelligente manier helpen bij het nemen van de rechtens meest verantwoorde beslissing. Daarnaast hebben wet en symbool met elkaar te maken in zoverre de wet een politiek maaksel is. Welnu, politiek begint bij de akt waarin een samenleving zich omgrenst met een beroep op een als 'transcendent' voorgestelde instantie. Dit beroep behelst een verwijzing naar een symbolische orde, waarin transcendentie en immanentie bemiddeld worden. Ook dit symbolisch aspect is onherleidbaar aanwezig in iedere vorm van wetgeving.

In dit opstel heb ik een vierde relatie van symbool en wet verkend: analoog aan de symbolische vorm van het perspectief werd het regelkarakter van de wet geanalyseerd als een alternerende interpellatie van overheid en onderdaan in de rechtsvorming binnen het kader van een kunstmatig gesystematiseerde politieke ruimte. De wet komt daarmee te voorschijn als de 'costruzione legitima' van de politiek in processuele termen. Daarmee is het begrip symbool eerder met de prozaische dan met de poëtische kant van de wet in verband gebracht. Deze symbolische vorm raakt dan ook de kern van de dagelijkse arbeid die juristen verrichten. Tenminste dat zal mij door de *bourgeois-gentilhommes* onder hen in dank worden afgenomen: de verzekering dat zij al hun leven lang proza spreken.

Aangehaalde literatuur

- Benjamin, W., 1978
Briefe 1 und 2. Hrsg. und mit Anmerkungen versehen v. G. Scholem und Th. Adorno. Frankfurt a.M., Suhrkamp.
- Bernstein, R.J., 1971
Praxis and Action. London, Duckworth.
- Böhtlingk, F.R. / Logemann, 1966
Het wetsbegrip in Nederland. Alphen a/d Rijn, Samsom.
- Bouveresse, J., 1987
La force de la règle. Wittgenstein et l'invention de la nécessité. Paris. Ed. Minuit.
- Broekman, J.M., 1978
Recht en antropologie. Antwerpen-Amsterdam, Serie Rechtsstheorie I,1.
- Broekman, J.M., 1985
The minimum content of positivism. In: *Rechtsstheorie*, 16: 349-366.
- Burg, W, van der, 1997
The Importance of ideals. In: *The Journal of Value Inquiry*, 31 (1997): 23-27
- Cleiren, C.P.M., 1989
Beginselen van een goede procesorde. Een analyse van rechtspraak in strafzaken. Arnhem, Gouda Quint.
- Cleiren, C.P.M., 1992
De openheid van de wet, de geslotenheid van het recht. Arnhem, Gouda Quint.
- Corstens, G.J.M., 1993
Het Nederlandse strafprocesrecht. Arnhem, Gouda Quint.
- Ewald, F. 1986a
L'état providence. Paris, Grasset.
- Ewald, F. 1986b
A concept of social law. In: G. Teubner (ed.), *Dilemmas of law in the welfare state*, Berlin - New York, De Gruyter: pp. 40-75.
- Fleerackers, Fr. - E. van Leeuwen - B. van Roermund, 1996
Law, Life and the Images of Man. Festschrift for Jan M. Broekman. Berlin, Duncker & Humblot.
- Foqué, R., 1987
Het belang van het recht. Ontwikkelingen in de continentale rechtsstheorie. In: E. Brugmans - J. Elders (red.) *Recht en legitimiteit* (Serie Rechtsstheorie, 5). Zwolle, Tjeenk Willink: 35-95.

- Foqué, R. - A.C. 't Hart, 1990
Instrumentaliteit en rechtsbescherming. Grondslagen van een strafrechtelijke waardendiscussie.. Arnhem, Gouda Quint / Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen.
- Glastra van Loon, J.F., 1987 [1956]
Norm en handeling. Bijdrage tot een kennistheoretische fundering der sociale wetenschappen. Heruitgave, Groningen, Wolters-Noordhoff.
- Goyard-Fabre, S., 1979 [1973]
La philosophie du droit de Montesquieu. 2me éd, revue et corrigée, Paris, Klincksieck.
- Groenhuijsen, M.S., 1987
Strafen wet. Beschouwingen over de betekenis van het legaliteitsbeginsel in het hedendaagse strafrecht. Arnhem, Gouda Quint.
- Habermas, J., 1992 [1992]
Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats. 2. Aufl., Frankfurt a. M., Suhrkamp.
- Hart, A.C. 't, 1983 [1976]
Om het OM. In: *Strafrecht en beleid. Essays.* Leuven, Acco - Zwolle, Tjeenk Willink: 21-73.
- Hart, A.C. 't, 1983
Strafrecht en beleid. Essays. Leuven, Acco - Zwolle, Tjeenk Willink.
- Hart, A.C. 't, 1991
Recht als schild van Perseus. Arnhem, Gouda Quint - Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen.
- Heidegger, M., 1949 [1927]
Sein und Zeit. Tübingen.
- Heil, S., 1996
"Gefährliche Beziehungen". *Walter Benjamin und Carl Schmitt.* Stuttgart - Weimar, Metzler.
- Hobbes, Th., 1839
English Works of Thomas Hobbes of Malmesbury. Repr. of the 1839 ed. by Sir William Molesworth, 11. vols. Aalen, Scientia, 2nd repr. 1966.
- Holtzmann, St.H., Chr.M. Leich (eds.), 1981
Wittgenstein: to follow a rule (Intern. Library of Philosophy). London-Boston-Henley, Routledge and Kegan Paul.
- Herberger, M., 1981
Dogmatik, Zur Geschichte von Begriff und Methode in Medizin und Jurisprudenz. Frankfurt a.M., Klostermann (Ius Commune, 12).

- Hunter, J.F.M., 1971
"Forms of Life" in Wittgenstein's 'Philosophical Investigations'. In E.D. Klemke (ed.), *Essays on Wittgenstein*. Urbana-Chicago-London, University of Illinois Press: 273-297.
- Kruithof, J., 1987
Schadevergoeding wegens de geboorte van een ongewenst kind. In: *Rechtskundig Weekblad*, 50, 1987, k. 2737-2778.
- Kwant, R.C., 1966
De stemmen van de stilte. Merleau-Ponty's analyse van de schilderkunst. Hilversum-Antwerpen, P. Brand.
- Lebigre, A., 1988
La justice du roi. La vie judiciaire dans l'ancienne France. Paris, Albin Michel.
- Lindahl, H., 1995
Welfare and Enlightenment. An Enquiry into the Rational Foundations of the Welfare State. Leuven, Leuven University Press.
- Lindahl, H., 1997
Sovereignty and Symbolization. In: *Rechtstheorie*, 28 (1997): (ter perse).
- Lyotard, J.-Fr., J.-L. Thebaud, 1979
Au juste. Paris.
- Maanen, G. van, 1983
De mythe rond het arrest Lindenbaum-Cohen (31 jan. 1919). In: *Recht en kritiek* 9 (1983) pp. 51-86.
- Merleau-Ponty, M., 1945
Phénoménologie de la perception. Paris.
- Merleau-Ponty, M., 1948
Sens et non-sens. Paris, Nagel, 1963.
- Nieuwenhuis, J.H., 1995
Regel en uitzondering. In: *R.M. Themis*, 156 (1995): pp. 125-126
- Nieuwenhuis, J.H., 1976
Legitimatie en heuristiek van het rechterlijk oordeel. In: *R.M. Themis*, 137: 494-515.
- Panofsky, E., 1991 [1927]
Die Perspektive als 'symbolische Form' / Perspective as Symbolic Form. ed. and transl. by Chr. S. Wood. New York, Zone Books.
- Perelman, Ch., 1976
Logique juridique, nouvelle rhétorique. Paris (Methodes du droit).
- Picker, E., 1995
Schadensersatz für das unerwünschte Kind ("Wrongful Birth"). Medizinischer Fortschritt als zivilatorischer Rückschritt? In: *Archiv für civilistische Praxis*, 195 (1995): pp. 483-547.

Aangehaalde literatuur

- Portalis, J.E.M., 1994
Inleidingsrede. Uitgesproken bij de presentatie van het ontwerp van de regeringscommissie. Vertaald, toegelicht en besproken door B. van Roermund, F. Tanghe, H. Willekens. Zwolle, Tjeenk Willink.
- Portalis, J.E.M., 1827
Discours préliminaire, prononcé lors de la présentation du projet de la commission du gouvernement. In: P.A. Fenet, *Receuil complet des travaux préparatoires du Code Civil, I.* Paris: 463-523.
- Ricoeur, P., 1990
Soi-même comme un autre. Paris, Seuil.
- Roermund, B. van, 1984
Regel en waarheid - wijsgerige aantekeningen omtrent rechtsdogmatiek. In: *Nederlands Tijdschrift voor Rechtsfilosofie en Rechtstheorie*, 13, (1984), pp. 205-228.
- Roermund, B. van, 1988
De rechtsfilosofische sporen van het structuralisme. In O. Kamstra, F. Kunneman, C. Maris (red.), *Nederlandse rechtswetenschap*, Zwolle, Tjeenk Willink.
- Roermund, B. van, 1990a
Wet en belofte. Overdenkingen omtrent gebondenheid uit overeenkomst. Nijmegen, Ars Aequi Libri.
- Roermund, B. van, 1990b
Narrative coherence and the guises of legalism. In: P. Nerhot (ed.), *Law, Interpretation and Reality*, Dordrecht - Boston, Kluwer Academ. Publ., pp. 310-345.
- Roermund, B. van, 1990c
Parlementarisme en politiek, Kelsen over vertegenwoordiging. In: L. Heyde en H. Visser, *Filosofie en democratie*, Tilburg, TUP, 1990, pp. 41-69.
- Roermund, B. van, 1990d
Themis' terzijde. Omtrekken van rechtsfilosofie. Nijmegen, Ars Aequi Libri, IV - 257 pp..
- Roermund, B. van, 1993
Recht, verhaal en werkelijkheid. Bussum, Coutinho.
- Roermund, B. van, 1993a
Seeing Places. On Preposition in Law. In: *The International Journal for the Semiotics of Law / Revue internationale de sémiotique juridique*, 6: 249-270.
- Roermund, B. van, 1994
Solidariteit onder vreemden. De rechtstheorie van Jürgen Habermas. In: *Rechtsfilosofie en Rechtstheorie*, 23: 120-156.

- Roermund, B. van, 1996
Ten dele algemeen. In: E. van de Griend - B. de Waard (red.), *Rechtsvinding. Gedachtenwisseling over het nieuwe Algemeen Deel** van de Asser-serie* (Asser-Vranken). Zwolle, Tjeenk Willink: 43-60.
- Roermund, B. van, 1996
Ten dele algemeen. In: E. van de Griend en B. de Waard (red.), *Rechtsvinding. Gedachtenwisseling over het nieuwe Algemeen Deel** van de Asser-serie* (Asser-Vranken). Zwolle, Tjeenk Willink: pp. 43-60.
- Roermund, B. van, 1997
De rekening van het kind. In: *Rechtskundig Weekblad* (30 mei 1997), 1996-97, nr. 39, pp. 1313-1318.
- Rousseau, J.-J., 1990 [1755]
Discours sur l'économie politique. In: *Discours sur l'économie politique. Projet de constitution pour la Corse. Considérations sur le gouvernement de Pologne*, introd., notes, bibliographie et chronologie par B. de Negroni. Paris, G-Flammarion.
- Schmitt, C., 1934 (oorspr. 1922)
Politische Theologie. Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität. 2. Aufl., München - Leipzig, Duncker & Humblot.
- Schönfeld, K.M., 1979
Montesquieu en 'la bouche de la loi'. Leiden (diss.).
- Scholten, P., 1974 [1931]
Algemeen Deel. 3e druk, met feitelijke gegevens aangevuld door G.J. Scholten, Zwolle (Asser-serie).
- Seters, P. van, 1988
'Heilig Den Haag'. In: *Haagse Post*, 26 november 1988, pp. 26-30.
- Simmelink, J., 1995
Algemeenheden in het wegenverkeersrecht. De WWV '94, begripsbepalingen en uitgangspunten. Arnhem, Gouda Quint.
- Staat, W., 1996
Ockham, singularity and multiculturalism. An Ockhamist analysis of singularity and its politico-legal implications. In: *International Journal for the Semiotics of Law*, 9 (1996): pp. 139-172.
- Staten, H., 1984
Wittgenstein and Derrida. Lincoln-London, University of Nebraska Press.
- Stolker, C., 1988
Aansprakelijkheid van de arts, in het bijzonder voor mislukte sterilisaties. Deventer, Kluwer.
- Stolker, C., 1997
Who's afraid of wrongful birth? In *WPNR* 97/6262, pp. 191-196.

Aangehaalde literatuur

- Tindemans, K., 1994
And no one knows whence they appeared. Sophocles' Antigone and the setting of the law. In *Current Legal Theory*, 12: pp. 1-53
- Tindemans, K., 1996a
Recht en tragedie. De scène van de wet in de antieke polis. Diss. Leuven (ms.)
- Tindemans, K. 1996b
Une photo d'un bras déchiré. La représentation du droit et de la violence dans la tragédie antique et après. In: *Revue interdisc. d'études juridiques*, 36: pp. 99-123.
- Verhoeven, C., 1996
'Recht door zee'. In: *Wijsgerig Perspectief*, 37: 138-141.
- Visker, R., 1993?
Raw Being and Violent Discourse: Foucault, Merleau-Ponty and the (Dis)-Order of Things. In: P. Burke - J. van der Veken (eds.), *Merleau-Ponty in Contemporary Perspective*. Dordrecht, etc., Kluwer Academic Publishers: 109-129.
- Vranken, J.B.M., 1995
*Algemeen Deel***. Zwolle, Tjeenk Willink.
- Waard, B.W.N. de, 1996
'Asser-Vranken', door bestuursrechtelijke bril gezien. In: E. van de Griend - B. de Waard (red.), *Rechtswinding. Gedachtenwisseling over het nieuwe Algemeen Deel** van de Asser-serie (Asser-Vranken)*. Zwolle, Tjeenk Willink: 83-95.
- Wieland, J.H., 1982
Hermeneutiek - recht - wetenschap. Opstellen bezorgd en ingeleid door G. van Roermund, met een voorwoord van H.C.F. Schoordijk. Serie Rechtsfilosofie en Rechtstheorie, nr.2, Zwolle.
- Witteveen, W., 1996
De geordende wereld van het recht. Een inleiding. Amsterdam, Amsterdam University Press.
- Wittgenstein, L., 1953 (PI)
Philosophical Investigations/Philosophische Untersuchungen. Oxford, Blackwell.
- Wittgenstein, L., 1969 (PG)
Philosophical Grammar / Philosophische Grammatik. Ed. R. Rhees, transl. A. Kenny, Oxford, Blackwell.
- Wittgenstein, L., 1967 (Z)
Zettel. Ed. by G.E.M. Anscombe and G.H. van Wright, Oxford, Blackwell.

- Wittgenstein, L., 1969 (BB)
The Blue and Brown Books. Preliminary Studies for the 'Philosophical Investigations'. 2nd. ed. Oxford, Blackwell.
- Wittgenstein, L., 1980 (RPP)
Remarks on the Philosophy of Psychology / Bemerkungen über die Philosophie der Psychologie. vol. I ed. by G.E.M. Anscombe and G.H. von Wright, vol. II ed. by G.H. von Wright and H. Nyman, Oxford, Blackwell.
- Wittgenstein, L., 1978 (BGM)
Remarks on the Foundations of Mathematics / Bemerkungen über die Grundlagen der Mathematik. rev. 3rd ed., Oxford, Blackwell.
- Wittgenstein, L., 1976 (WLFM)
Wittgenstein's Lectures on the Foundations of Mathematics, Cambridge, 1939. From the notes of R.G. Bosanquet, Norman Malcolm, Rush Rhees and Yorick Smythies, ed. by Cora Diamond. Hassocks, Harvester Press.
- Zabeeh, F., 1971
On Languages Games and Forms of Life. In: E.D. Klemke (ed.), *Essays on Wittgenstein*. Urbana-Chicago-London, University of Illinois Press: 273-297.
- Zaltbommel, L. van, 1993
De betekenis van het recht als systeem. Zwolle, Tjeenk Willink.

Uitgaven van het Schoordijk Instituut in de reeks Centrum voor wetgevingsvraagstukken

Rechtsontwikkeling door wetgeving

M.S. Groenhuijsen en J.A.F. Peters (red.)

Beleid en regelgeving inzake medisch-ethische vraagstukken

S.M.S.M. van de Goor

Wat maakt de wet symbolisch?

W.J. Witteveen, P. van Seters en G. van Roermund (red.)

Milieu als wetgevingsvraagstuk

Ph. Eijlander, P.C. Gilhuis, M.G.W.M. Peeters, J.A.F. Peters en W.J.M. Voermans (red.)

Wetgeving in beweging

L.A. Geelhoed, E.M.H. Hirsch Ballin, J.M. Polak, U. Rosenthal, I.Th.M. Snellen en I.C. van der Vlies

Marktconform milieurecht? Een rechtsvergelijkende studie naar de verhandelbaarheid van vervuiliingsrechten

Marjan Peeters

Het grondrecht op bescherming van het leefmilieu

Jonathan Verschuuren

De wet stellen. Beschouwingen over onderwerpen van wetgeving

Ph. Eijlander

Brussel en Nederland: tegenliggers, spookrijders of reisgenoten? Implementatie van EG-regelingen in de Nederlandse rechtsorde

V.J.J.M. Bekkers, J.M. Bonnes, A.J.C. de Moor-van Vugt en W.J.M. Voermans

Vrijheid van wetenschap. Juridische beschouwingen over wetenschapsbeleid en hoger onderwijs

Paul Zoontjens

Uitgaven Centrum voor wetgevingsvraagstukken

Het budgetrecht. Rechtsvergelijkende studie naar de begrotingsbehandeling door het parlement in de Verenigde Staten, Engeland en Nederland

E.J. Janse de Jonge

Rechtsvergelijking in het wetgevingsproces

Nico Florijn

Overheid en zelfregulering. Alibi voor vrijblijvendheid of prikkel tot actie?

Ph. Eijlander, P.C. Gilhuis en J.A.F. Peters (red.)

Uitvoering van EG-verordeningen in Nederland

Jacqueline Bonnes

De Tijdelijke Wet Arbeidsbemiddeling Onderwijs (TWAO). Terugdringen Werkloosheid door Aantasting Onderwijsvrijheid?

B.P. Vermeulen

Het profiel van de sociale grondrechten

F. Vlemminx

Juridische bescherming van beeksystemen: de grenzen verlegd

Annelies Freriks

Het particulier onderwijs. Een onderzoek naar de rol en de taak van de wetgever inzake het niet door de overheid bekostigde onderwijs, in het bijzonder het erkend onderwijs

H.A.M. Backx

Wetgeven en de maat van de tijd

Ph. Eijlander, P.H.A. Frissen, P.C. Gilhuis, J.H. van Kreveld en B.W.N. de Waard (red.)

Maten en gewichten. Het evenredigheidsbeginsel in Europees perspectief

Adrienne de Moor-van Vugt

Subsidiariteit en Europese integratie. Een oude wijsheid in een nieuwe context

V.J.J.M. Bekkers, H.T.P.M. van den Hurk, G. Leenknecht (red.)

Sturen in de mist..., maar dan met radar. Een onderzoek naar praktisch haalbare vormen van computerondersteuning bij het ontwerpen van regelingen

Wim Voermans

Uitgaven Centrum voor wetgevingsvraagstukken

Markt en wet

R.A.J. van Gestel & Ph. Eijlander e.a. (red.)

Van Den Bosch naar Basel en terug. Enkele opmerkingen over het juridisch kader voor grensoverschrijdend afvalstoffenvervoer

Ch.W. Backes

Het voorzorgbeginsel in het natuurbeschermingsrecht

Ch.W. Backes, P.C. Gilhuis, J.M. Verschuuren (red.)

Meer zicht op wetgeving. Rechterlijke toetsing van wetgeving aan de Grondwet en fundamentele rechtsbeginselen

M.L.P. van Houten

WTO, ILO en EG: handelen in vrijheid

W.J.M. van Genugten

Grondrechten en zelfregulering

H.R.B.M. Kummeling en S.C. van Bijsterveld (red.)

Het verdwijnpunt van de wet. Een opstel over symboolwerking van wetgeving.

Bert van Roermund

Het Centrum voor wetgevingsvraagstukken maakt deel uit van het Schoordijk Instituut, waarin het onderzoekinstituut en de onderzoekschool van de faculteit der rechtsgeleerdheid van de Katholieke Universiteit Brabant zijn ondergebracht.



Wat maakt de wet symbolisch? Met die vraag begon in 1991 een onderzoekprogramma van een groep rechtstheoretici binnen het Schoordijk Instituut. Dit opstel zoekt het antwoord niet in een sociologische bijwerking, een retorische effect, een morele inspiratie of een politieke identiteit - die natuurlijk ook allemaal in de wet tot uiting komen - maar in het alledaagse gegeven dat de wet *regel* is. Regels hebben een symbolische structuur die hier vergeleken wordt met het perspectief in de schilderkunst. Zoals het verdwijnpunt van een voorstelling in perspectief de kijker dwingt om zich op een bepaalde plaats te weten, zo doet het verdwijnpunt van de wet dat ook. Het situeert degene die 'voor de beslissing staat': de rechter, maar ook de rechtsgenoten. Voor wie niet te beslissen heeft zegt de wet niets. Maar voor wie wel te beslissen heeft zegt de wet alles - reden waarom de rechter 'de mond van de wet' kan worden en zich moet wachten de wet eigenmachtig te interpreteren.

De wetmatigheden van het juridisch perspectief worden gepresenteerd door eisen en beginselen van procesrecht. Dat vormt de verbrokkelde ruimte van de politiek om tot de aaneengesloten en systematische ruimte van het recht. Die omvorming heeft echter een prijs. Zoals het lineaire perspectief alles reduceert tot omtrek, zo reduceert het juridische perspectief maatschappelijke verantwoordelijkheid tot schade die verzekeringstechnisch beheersbaar is. Een proef op de som wordt gepresenteerd in een analyse van de geruchtmakende 'wrongful birth' casus - de eerste waarover de Hoge Raad in 1997 een beslissing nam.

ISBN 90-271-4825-2
NUGI 693/301



9 789027 148254