

# Rechtsvormen

## Autonomie van recht en rechtswetenschap

Rede uitgesproken door

**Prof. dr. B.M.J. van Klink**

bij de aanvaarding van het ambt van hoogleraar  
in de methoden en technieken van recht en rechtswetenschap  
aan de Vrije Universiteit Amsterdam op 23 april 2010\*

*En wie verwijzingen zoekt, diepzeekijken wil of juiste hogere  
waarden wil koesteren, moet dat vooral doen, maar dit is genoeg.  
Dit volstaat voor mij, als een heidens geloof in het tastbare.*

Uit: Ramsey Nasr, 'Wat ons rest'<sup>\*\*</sup>

---

\* De volledige versie van deze oratie verschijnt binnenkort bij Boom Juridische uitgevers.

\*\* Gepubliceerd in *NRC Handelsblad*, 10 maart 2009, ook beschikbaar op: [www.kb.nl/dichters/nasr/nasr-watonsrest.html](http://www.kb.nl/dichters/nasr/nasr-watonsrest.html).

*Ik heb gezegd.* Met deze drie korte woorden, mevrouw de rector, dames en heren, wordt traditiegetrouw een oratie afgesloten. Het is in meerdere opzichten een merkwaardig zinnetje. Het is om te beginnen een nogal abrupt einde van wat juist bedoeld is als een vreugdevolle aanvang: de aanvaarding van de ambt van hoogleraar. In zijn oratie zet de beginnende hoogleraar een onderzoekslijn uit die hij de komende jaren wil volgen. *Ik heb gezegd* breekt op brute wijze de nog maar net gestarte gedachtestroom af die naar zijn aard geen einde kent. De wetenschap is een almaar voortgaande discussie, waarin geen enkele deelnemer de pretentie kan hebben het ‘laatste woord’ te spreken. Wetenschappers werken met elkaar, zo zou men kunnen zeggen onder verwijzing naar het bekende boek van Michael Ende, aan een “oneindig verhaal”. Tegelijkertijd is eindigheid eigen aan elke wetenschappelijke tekst. Niet alleen omdat de kennishorizon van een wetenschapper noodzakelijk ergens begint en ook ergens ophoudt (hij kan nu eenmaal niet alles weten), maar ook omdat hij in een tekst niet alles kan zeggen. Hij kan niet blijven schrijven, op een bepaald moment moet de tekst, in al haar voorlopigheid en onvolkomenheid, de deur uit en de wereld in. Dat geldt ook voor een oratie. *Ik heb gezegd* wordt voorafgegaan door een witregel, een korte typografische stilte, alsof het een dichtregel betreft. Er volgt nog een punt – de laatste punt – en dan resteert slechts het lege wit van het papier. En gelukkig maar, zult u denken, anders zouden we nooit aan de afsluitende borrel toekomen.

Maar goed, laat ik niet teveel op de zaken vooruitlopen; ik ben nog niet eens werkelijk begonnen. Het is waarschijnlijk het beste om, zoals gebruikelijk, bij het begin te beginnen: een vraag. Elk wetenschappelijk onderzoek begint met een vraag. In de vraag die ik zou willen opwerpen, draait het om twee vraagwoorden: *hoe* en *wat* en hun onderlinge relatie of, liever gezegd, de manier waarop het *hoe* het *wat* bepaalt en, omgekeerd, wat het *wat* betekent voor het *hoe*. Het gaat mij, kort gezegd, om de noodzakelijke verbondenheid van vorm en inhoud.

Ik vrees dat een deel van mijn toehoorders al wat onrustig begint te worden. Juristen behoren nu eenmaal tot een ongeduldig slag mensen. Ze willen meestal, en met enig recht, snel concreet resultaat zien. “Wat hebben we eraan en wat moeten we ermee? Een literair getoonzet begin is mooi, maar kom nu eindelijk eens ter zake,” hoor ik u denken. Tegelijkertijd zijn het diezelfde juristen die door buitenstaanders ervan worden beschuldigd, wederom niet zonder recht, de zaak nodeloos op de spits te drijven, te

vertragen en te traineren met hun regeltjes en procedures. Wanneer de regering met spoed een wetsvoorstel door het parlement probeert te loodsen, staat er altijd wel weer een jurist op die met juridische bedenkingen komt. In dat licht mag het geen verbazing wekken dat het aantal juristen onder de Kamerleden de laatste jaren almaar afneemt. Waarde collega, ik vraag u dus nog even om geduld – u die het geduld van de samenleving zelf zo vaak op de proef stelt.

In mijn vraagstelling zou ik willen aanknopen bij de aandacht voor of, zo u wilt, obsessie met ‘regeltjes en procedures’ waarvan juristen blijk geven. Ik verschuif daarmee het perspectief van de inhoud van het recht naar *de wijze waarop* de inhoud van het recht tot gelding wordt gebracht. Het is niet voor de vorm dat ik voor de vorm kies. Met mijn focus op de formele aspecten van het recht hoop ik iets bestendigs te weten te komen over de eigenheid en eigenaardigheid van het recht, meer dan wanneer ik me alleen zou richten op de toevallige en veranderlijke inhoud van de rechtsnormen. Ik beschouw het als de bijzondere verdienste van het recht dat het in staat is, *mits op passende wijze gehanteerd*, om orde in de chaos te scheppen, potentieel eindeloze discussies tot een einde te brengen en aldus rechtsvrede te bewerkstelligen. Mijn vraag is eerst en vooral, heel algemeen gesteld, hoe in het recht vorm en inhoud met elkaar zijn verbonden. En aan welke bedreigingen staan de vormen van het recht bloot? In de huidige tijd wordt van allerlei kanten aan het recht getrokken: vanuit de politiek, de maatschappij en de wetenschap. De slogans zijn bekend: het recht moet slagvaardiger en flexibeler worden, beter aansluiten bij wat er in ‘de samenleving’ leeft en zich meer openstellen voor wetenschappelijke inzichten. Door deze ontwikkelingen komen gevestigde rechtsvormen onder druk te staan.

Vanwege de beperkte tijd richt ik mij hier vooral op één, evenwel voor de rechtsstaat cruciale vorm van het recht, te weten de wetsvorm. Vervolgens zal ik, weliswaar kort, nog iets zeggen over de rechterlijke motivering en de rol van de rechtswetenschap. Hieraan voorafgaand geef ik eerst een uiteenzetting over de rechtsstaat en de hierbinnen gehanteerde rechtsvormen. In welke zin maakt de heerschappij van de wet het mogelijk om orde en vrijheid samen te denken? Aan de hand hiervan ben ik, hopelijk, beter in staat uit te leggen wat ik bedoel als ik spreek over het belang van de vorm in recht en rechtswetenschap en over de uitdagingen waarvoor de hierbinnen

overgeleverde vormen momenteel staan. Ik zie mij dus gedwongen, uw geduld nog wat langer op de proef te stellen.

۹

In de loop van de tijd zijn er steeds hogere eisen aan de rechtsstaat gesteld. Waar in het verleden kon worden volstaan met een scheiding van machten en een binding van het overheidshandelen aan de wet, wordt de rechtsstaat tegenwoordig voor de opgave gesteld individuele vrijheden te beschermen, participatie van burgers in het politieke proces mogelijk te maken en zelfs een ‘menswaardig’ bestaan te garanderen. Waar ik naar op zoek ben, is een meer bescheiden begripsbepaling die de rechtsstaat niet opblaast tot een almaar uitdijende catalogus van wensvoorstellingen, maar die toch recht doet aan de normatieve kern ervan. Daartoe zoek ik aansluiting bij Oakeshotts opvatting van de *rule of law*. Michael Oakeshott, een Britse politieke filosoof van de vorige eeuw, vat de *rule of law* op als een moreel verbond dat is gebaseerd op het gezag van vooraf bekend gemaakte, niet-instrumentele wetten. Deze wetten leggen aan de bondgenoten verplichtingen op om zich bij het uitvoeren van zelfgekozen handelingen aan de voorgeschreven voorwaarden te houden. Zo zijn we vrij te fietsen of auto te rijden, zolang we maar geen gevaar op de weg veroorzaken of andere weggebruikers hinderen.

Volgens Oakeshott is de *rule of law* gebaseerd op drie voorwaarden. De eerste voorwaarde is dat de bondgenoten weten wat de wetten zijn. Daartoe dient er een wetgevende instantie te worden ingesteld. In de wetten worden, na uitvoerige politieke beraadslaging, de voorwaarden vastgelegd die aan het handelen van de bondgenoten worden gesteld. In deze beraadslaging spelen individuele noch collectieve belangen een rol; het gaat er alleen om, op morele of niet-instrumentele gronden te bepalen *op welke wijze* burgers hun eigen belangen mogen nastreven. Ten tweede is er een rechterlijke instantie nodig die bevoegd is om vast te stellen of het handelen in een concreet geval voldoet aan de in de wet gestelde algemene voorwaarden. De rechter oordeelt niet over de wenselijkheid van deze voorwaarden (daarover gaat de wetgever), maar enkel over de juiste toepassing hiervan op het concrete geval. Rechterlijke oordelen hebben het karakter van een bevel, waaraan de bondgenoten gehoorzaamheid verschuldigd zijn. Dat geldt ook voor Peter R. de Vries! Ten slotte moeten er uitvoerende instanties zijn die ervoor zorgen dat de bevelen van de rechter daadwerkelijk worden opgevolgd. Hiertoe behoren ook de

zogenoemde ‘bewakers van de vrede’, die zich bezighouden met het opsporen, vervolgen en voorkomen van wetsovertredingen.

Een verbond dat aan deze drie voorwaarden voldoet, is niet gericht op het bereiken van een gemeenschappelijk doel. De rechtsstaat dient er enkel toe een beschaafde samenlevingsvorm in stand te houden, waarbinnen iedere burger zijn eigen doelen kan nastreven. Het verbond zelf is geen gedeeld belang, behalve wanneer het voortbestaan ervan door een externe bedreiging op het spel staat (zoals bij oorlog). Het enige dat de bondgenoten verbindt, is de collectieve aanvaarding van het gezag van de wet. Het gezag van de wet bestaat uit de erkenning van de geldigheid van de in de wet vastgelegde voorwaarden, *ongeacht of deze rechtvaardig zijn of niet*.

De belangrijkste tegenhanger van de rechtsstaat is de staat als een collectieve onderneming in dienst van een hoger doel. Aan het hoofd staat de regering die als een manager instructies geeft aan haar ondergeschikten om dat gemeenschappelijke doel – bijvoorbeeld het vergroten van de welvaart – dichterbij te brengen. Terwijl de regering in de rechtsstaat vooral een ‘ceremoniemeester’ is die iedereen zijn eigen feestje laat vieren, kan de manager van de staat als onderneming worden vergeleken met een agent van de modepolitie die mensen dwingend voorschrijft hoe ze zich moeten kleden.

In hedendaagse Europese staten zijn elementen van beide staatsopvattingen terug te vinden. Maar volgens Oakeshott zijn deze niet met elkaar verenigbaar. Het leidt geen twijfel, waar zijn voorkeur ligt. De staat als onderneming beschouwt hij als een relikwie van slaafsheid uit een ver verleden, die niet past bij de moderne mens die gericht is op zelfontplooiing. De staat moet van burgers geen pelgrims willen maken die met elkaar optrekken naar een en dezelfde eindbestemming, maar moet juist ruimte geven aan enkelgangers die hun eigen weg gaan. Daarom stelt Oakeshott dat de rechtsstaat van de bestaande staatsopvattingen de meest beschaafde is, hoewel deze geen concreet gewin oplevert: “The rule of law bakes no bread, it is unable to distribute loaves or fishes (it has none), and it cannot protect itself against external assault, but it remains the most civilized and least burdensome conception of a state yet to be devised.”

In deze opvatting van de rechtsstaat staat de vorm centraal. Alles draait om de wijze waarop wetten tot stand komen en worden uitgevoerd. Wetgeving is niet gericht op een gemeenschappelijk belang, maar geeft uitdrukking aan de gedeelde zorg om *de*

*manier waarop* burgers hun eigen belangen nastreven. Deze voor de rechtsstaat wezenlijke verbinding tussen recht en vorm wordt gelegd in wat ik de ‘rechtsvormen’ noem. Wat zijn nu deze rechtsvormen?



Een rechtsnorm ontstaat niet uit het niets, maar is op een bepaald moment, door de daartoe bevoegde instantie en volgens een voorgeschreven procedure, in het leven geroepen. Bij de vaststelling van de norm wordt voor een specifieke vormgeving van de norm gekozen; de norm krijgt bijvoorbeeld de vorm van een gebod of verbod, dat meer of minder ruim geformuleerd kan worden, dat voor bepaalde of onbepaalde tijd geldt voor alle burgers of voor een specifieke groep enzovoorts. Omdat een rechtsnorm zichzelf niet kan voltrekken, worden er bij de toepassing, uitvoering en handhaving ervan ook weer bepaalde vormen in acht genomen. Het bestuur neemt binnen een gestelde termijn een besluit, maakt dat bekend en geeft belanghebbenden de mogelijkheid hiertegen bezwaar aan te tekenen. Komt de zaak voor de rechter, dan zal hij eerst beide partijen horen alvorens een oordeel te vellen dat met redenen is omkleed.

Met ‘rechtsvormen’ doel ik op dit geheel aan vormen dat aangeeft *op welke wijze* rechtsnormen allereerst in het leven geroepen en vervolgens toegepast, uitgevoerd en gehandhaafd worden of behoren te worden. Deze vormen kunnen expliciet door de wet zijn voorgeschreven of door de gewoonte, in de praktijk van het recht, zijn ontwikkeld. Ze maken de schepping en de voltrekking van rechtsnormen mogelijk, maar verbinden hieraan tegelijkertijd al dan niet dwingende voorwaarden. Op alle niveaus van het rechtssysteem – van de schepping van een algemene rechtsnorm tot en met de toepassing ervan in het concrete geval – is een veelheid aan rechtsvormen te vinden. Deze rechtsvormen hebben betrekking op zeer uiteenlopende aspecten van de rechtsschepping en -voltrekking, zoals de beschikbare tijd, het toepasselijk rechtsgebied en de rolverdeling tussen de verschillende juridische actoren.

De rechtsstaat onderscheidt zich in mijn opvatting van andere staatsvormen niet zozeer door de inhoud van de rechtsnormen, maar vooral door de wijze waarop de rechtsnormen tot stand komen en worden voltrokken. In een rechtsstaat worden er andere, meestal zwaardere, eisen gesteld aan:

- Ten eerste, *de totstandkoming van wetten*: een wet wordt pas na een langdurige en zorgvuldige procedure vastgesteld, waarvan uitvoerige politieke beraadslaging deel uitmaakt.
- Ten tweede, *de formulering van wetten*: de wet is in algemene termen gesteld en is zo duidelijk en ondubbelzinnig mogelijk geformuleerd.
- Ten derde, *de handhaving van wetten*: de rechter past in het concrete geval de wet toe en kan hierbij een sanctie opleggen. Voor de door hem gekozen toepassing geeft hij een motivering. Vervolgens zorgen uitvoerende instanties ervoor dat de bevelen van de rechter daadwerkelijk worden opgevolgd, desnoods met harde hand.

Rechtsvormen zijn geen statisch gegeven: in de loop van de tijd raken rechtsvormen in onbruik, ontwikkelen zich nieuwe, of krijgen bestaande rechtsvormen een andere invulling. Desondanks gaat van een gegeven verzameling rechtsvormen onvermijdelijk een zekere conserverende werking uit: de rechtsvormen zelf zorgen ervoor dat bestaande vormen niet opeens worden afgeschaft of dat er zomaar vanuit het niets nieuwe worden ingevoerd. Dit is wat de autonomie van het recht uitmaakt: het bepaalt zelf, aan de hand van interne maatstaven, wat het wel en niet tot het recht rekent. Autonomie betekent in dit verband, zoals de Duitse socioloog Luhmann aangeeft, “Selbstlimitierung” ofwel ‘zelfbegrenzing’. Dat betekent niet dat het recht zich niets aantrekt van eventuele veranderingen in zijn omgeving, bijvoorbeeld onder invloed van de publieke opinie. Autonomie is geen autisme. Maar het recht kiest zelf *de vorm waarin* het op die veranderingen reageert.

Genoemde eisen, die betrekking hebben op de totstandkoming en voltrekking van rechtsnormen, behoren al eeuwenlang tot de harde kern van de rechtsstaatgedachte. Maar op gezette tijden, vaak op momenten van crisis en grote onzekerheid, wordt de maatschappelijke druk op het recht opgevoerd om de gevestigde rechtsvormen te verzwakken of juist te versterken, tijdelijk buiten werking te stellen of zelfs helemaal op te geven. Niet elke verandering betekent vanzelfsprekend een verslechtering. Maar als de verandering een voor de rechtsstaat wezenlijke rechtsvorm betreft, dan spreek ik van een bedreiging. In de huidige tijd zie ik met name drie tendensen die de gevestigde

rechtsvormen bedreigen. Ik vat deze samen onder de noemers van politisering, vermaatschappelijking en verwetenschappelijking van het recht. Onder *politisering* versta ik de neiging om het recht te hanteren als een middel ter verwezenlijking van een bepaald politiek doel. De rechtsstaat wordt omgevormd tot een onderneming, waarbij de burgers niet langer hun eigen projecten mogen verwezenlijken, maar worden gedwongen zich collectief voor dat ene doel in te zetten. Tot de *vermaatschappelijking* van het recht reken ik alle pogingen die erop gericht zijn, hoe vergeefs wellicht ook, het tussenschot tussen recht en samenleving weg te nemen. Wanneer ‘de maatschappij’ bijvoorbeeld om hardere straffen vraagt, dan moet het recht daarin voorzien. De *verwetenschappelijking* van het recht verwijst, tot slot, naar de invloed die de wetenschap uitoefent op de totstandkoming en voltrekking van rechtsnormen. In toenemende mate bemoeien deskundigen zich met de inhoud en werkwijzen van het recht. De verleiding is groot: wie wil zich niet, gevangen in een notendop, koning wanen van een oneindige ruimte?

In het navolgende wil ik kort laten zien hoe deze tendensen zich voordoen bij twee fundamentele vormen van het recht: om te beginnen de wetsvorm en vervolgens, minder uitgebreid, de rechterlijke motivering.



Van oudsher speelt de wet een centrale rol in de beteugeling van macht in de rechtsstaat. In de rechtsstaat in klassieke zin staat de vrijheid van de burger voorop. Als meest bedreigend voor de individuele vrijheid van de burger wordt het eigenmachtig optreden van het bestuur en de rechter beschouwd. Ter beperking van hun macht dient het handelen van beide instanties zoveel mogelijk onder de heerschappij van de wet te worden gebracht. Met de opkomst van de verzorgingsstaat in de twintigste eeuw komen de wet en de wetsvorm onder grote druk te staan. De staat wordt, in termen van Oakeshott, omgevormd tot een collectieve onderneming die sociale rechtvaardigheid tot doel heeft. De verzorgingsstaat tracht de bestaande maatschappelijke ongelijkheid met behulp van het recht te lijf te gaan. De juridische prijs die voor een dergelijke ingrijpende interventie in maatschappelijke verhoudingen moet worden betaald, is dat de heerschappij van de wet gaandeweg verloren gaat. In zijn oratie uit 1958 luidt de staatsrechtgeleerde Böhtlingk op indringende wijze de noodklok over de staat van het recht. Hij stelt: “De groei van de welvaartsstaat gaat ten dele tegen de oude



rechtsstaatsgedachte in en ten dele er langs heen, maar gaat in beide gevallen ten koste ervan.” In de verzorgingsstaat komen nieuwe rechtsfiguren op, die op gespannen voet staan met de rechtsstaat, zoals delegatie en beleidsvrijheid. Vaak wordt volstaan met een ‘lege’ wet – een ‘raam-’ of ‘kaderwet’ – waarvan de inhoud geheel of grotendeels door lagere regelgevers wordt bepaald. Bestuursorganen krijgen de vrijheid, zonder wettelijke grondslag, eigen beleid te ontwikkelen.

Het stof dat inmiddels op deze discussie is neergedaald, verdwijnt met één klap, als op een zonnige dinsdagochtend in New York, op 11 september 2001, twee Boeings de *Twin Towers* van het *World Trade Center* doorboren. Een daverende klap, die niet alleen de Verenigde Staten op zijn grondvesten doet schudden, maar ook nog lang nadreunt in de rechtsordes die nauw met de Amerikaanse zijn verbonden. In reactie op deze en latere aanslagen worden in heel West-Europa drastische maatregelen genomen die bedreigend zijn voor de rechtsstaat en de hierbinnen overgeleverde rechtsvormen. Ook de Nederlandse regering laat zich niet onbetuigd. Er wordt een heel pakket aan maatregelen doorgevoerd, waarvan de verantwoordelijke ministers Donner en Remkes later zeggen dat het een toepassing van het strafrecht mogelijk maakt “die eerder lijkt op een oorlogssituatie of een andere uitzonderingstoestand.”

Onder de noemer van terrorismebestrijding wordt er – van het centrum van het strafrecht tot aan de randen van het staats- en bestuursrecht – een bijzonder type van wetgeving ingezet, die ik als ‘noodwetgeving’ zou willen karakteriseren. Onder ‘noodwetgeving’ versta ik wetgeving die in reactie op een dreigende of daadwerkelijke noodtoestand wordt uitgevaardigd en die de juridische grondslag biedt voor het nemen van buitengewone maatregelen die een einde moeten maken aan deze noodtoestand. In reactie op deze uitzonderlijke situatie vaardigt de wetgever wetgeving uit die in haar normstelling, zowel qua inhoud als qua vorm, uitzonderlijk te noemen is. Inhoudelijk gezien, is de normstelling uitzonderlijk, omdat ze inbreuken mogelijk maakt op fundamenteel geachte rechten: de vrijheid om te zeggen en te denken wat men wil, de vrijheid om de eigen godsdienst op eigen wijze te belijden, het recht om met rust gelaten te worden. Formeel gezien, wijkt de normstelling af van wat in de rechtsstaat gangbaar is, doordat ze breekt met de klassieke wetsvorm, in het bijzonder met de vereisten van algemeenheid, een scherpe normstelling en een adequate sanctionering.

Om te beginnen richten de normen die in noodwetgeving zijn vervat, zich vaak op concrete groepen of specifieke situaties. Een voorbeeld hiervan is de Sanctieregeling Iran, die Ashley Terlouw in haar oratie vorig jaar stevig heeft bekritiseerd en die door de rechter later ook onverbindend is verklaard. Op grond van deze regeling wordt Iraniërs – zowel vreemdelingen als ‘medelanders’ – de toegang ontzegd tot vijf locaties op het gebied van de kernfysica en negen onderdelen van studierichtingen in de techniek en natuurkunde. Zoals Terlouw betoogt, is er geen goede grond om het verbod specifiek op deze groep burgers toe te spitsen en is het derhalve discriminatoir. Vervolgens wordt noodwetgeving gekenmerkt door een vage normstelling, die veel vrijheid geeft bij de uitvoering en toepassing. Zo wordt in de Wet terroristische misdrijven gesproken over een “terroristisch oogmerk”, dat zo breed wordt omschreven dat ‘gewone’ vormen van burgerlijk verzet er mede onder vallen. Ook een staking kan immers de maatschappij ernstig ontwrichten. Tot slot valt op dat de wetgever zijn toevlucht neemt tot harde sancties. Voor misdrijven zoals doodslag, zware mishandeling, kaping of ontvoering die met een “terroristisch oogmerk” zijn gepleegd, is de maximumstraf aanzienlijk verhoogd, in veel gevallen met de helft. De vraag is alleen of terroristen zich door welke sanctie hoe hard ook laten afschrikken en of een andere, op preventie gerichte aanpak niet meer voor de hand ligt.

Het meest vergaande instrument in de strijd tegen het terrorisme is de zogeheten doorzettingsmacht. Op grond hiervan mag de minister van Justitie bij een acute terreurdreiging alle maatregelen nemen die hij noodzakelijk acht, waaronder ontruimingen en wegversperringen. In een brief aan het parlement uit 2004 eigende de toenmalige minister van Justitie Donner zichzelf deze bevoegdheid toe. De regering ging ruim een jaar later, via een voorlopige voorziening, met deze auto-autorisatie akkoord. Inmiddels heeft zij, meer dan 5 jaar na dato, een wetsvoorstel hieromtrent ter advisering naar de Raad van State gestuurd. Rechtsstatelijk gezien, is dit precies de omgekeerde weg. De doorzettingsmacht geeft de minister van Justitie de mogelijkheid om op eigen initiatief besluiten te nemen die de gehele rechtsorde voor een niet-nader bepaalde tijdsperiode, buiten werking stellen. Daarmee komt hij in de positie van de soeverein, zoals Carl Schmitt die heeft omschreven: “Souverän ist, wer über den Ausnahmezustand entscheidet.” Maar, in tegenstelling tot Schmitt, ben ik van mening dat de besluiten die

in deze uitzonderingstoestand worden genomen, geen ‘recht’ mogen heten, omdat er geen sprake kan zijn van een rechtstoepassing. De brief waarmee de minister zichzelf autoriseerde, is niets anders dan een *vrijbrief* om alles te doen wat hij noodzakelijk acht. In haar meest extreme vorm kan noodwetgeving er dus toe leiden dat het rechtssysteem voor onbepaalde tijd wordt opgeheven en geheel wordt overgenomen door het sturingssysteem van de politiek.

Noodwetgeving is een mimicry van wetgeving: ze hult zich weliswaar in de kleren van de wet, maar op wezenlijke punten komt zij in strijd met de eisen die in de rechtsstaat zowel aan de inhoud als aan de vorm van de wet worden gesteld. Juist omdat ze zich als ‘gewone’ wetgeving voordoet, valt het uitzonderlijke karakter ervan minder op. Noodwetgeving is op zich geen nieuw verschijnsel. Zo is er de Oorlogswet voor Nederland, die ten tijde van oorlog buitengewone bevoegdheden toekent aan het militaire en het burgerlijke gezag. Terwijl noodwetgeving in het verleden een terugkeer naar de ‘gewone’ toestand mogelijk moest maken (waarna ze werd ingetrokken), is ze tegenwoordig gericht op de normalisering van het buitengewone (en blijft ze ‘tot nader order’ van kracht). De noodtoestand wordt als het ware in het recht verankerd, waardoor het recht in een permanente staat van strijdbaarheid en agitatie verkeert. De oorlog wordt het recht, dat naar zijn aard op behoud van vrede is gericht, binnengehaald.

Onder invloed van de *war on terror* ontwikkelt de rechtsstaat zich gaandeweg tot een ‘veiligheidsstaat’. Als gevolg hiervan staan niet alleen de vrijheidsrechten op het spel maar ook, zoals ik heb betoogd, de wetsvorm die vrijheid en gelijkheid moet waarborgen. De wet, of wat daarvoor moet doorgaan, stelt niet enkel meer voorwaarden aan zelfgekozen handelingen, maar gaat zich indringend met zowel het handelen als het denken van de burger bemoeien. De wet wordt een instrument tot vergaande disciplineren van de burger. Dat laat onverlet dat in zeer uitzonderlijke omstandigheden, wanneer het voortbestaan van de staat en zijn burgers wordt bedreigd, voor een bepaalde periode uitzonderlijke maatregelen vereist zijn, die *in extremo* tot een tijdelijke opschorting van de rechtsorde kunnen leiden. Hier stuit de zelfbegrenzing van het recht op een harde grens: het recht kan zijn autonomie alleen bewaren, wanneer de politiek de grens ervan blijft bewaken. Elke staat, ook de rechtsstaat, heeft een dergelijk ‘veiligheidsventiel’ nodig om zich te wapenen tegen aanvallen op de staatsveiligheid. Dat

geeft een minister evenwel nog geen vrijbrief om zichzelf per brief een algemene doorzettingsmacht toe te kennen. Wat me vooral ernstige zorgen baart, is dat op basis van een onbepaald vijandbeeld en een onbekende dreiging, voor een onbeperkte tijd, in verschillende rechtsgebieden fundamentele veranderingen van de wetsvorm worden doorgevoerd, die met elkaar een einde maken aan de heerschappij van de wet.

۞

Mij ontbreekt helaas de tijd om op deze plaats de volgende twee onderwerpen – de rechterlijke motivering en de rol van de rechtswetenschap – uitvoerig te behandelen. Maar wat ik nog wel kan doen, is u een *sneak preview* geven, een ‘geheim inkijkje’ in wat ik nog voor u in petto heb. Als u geïnteresseerd bent, kunt u het later in de gedrukte versie van mijn oratie uitgebreid nalezen. Wat kunt u binnenkort in dit theater verwachten? Om te beginnen een pleidooi voor een ‘motivering van het genoeg’ en vervolgens een visie op de rechtswetenschap als hoeder van de rechtsvormen.

۞

In de rechtsstaat is het gebruikelijk dat gezagsdragers verantwoording afleggen van het door hen uitgeoefende gezag. De rechter doet dat in de vorm van een motivering bij zijn oordeel. Vanuit de rechtswetenschap worden er de laatste jaren steeds zwaardere eisen gesteld aan de rechterlijke motivering. Volgens Jan Vranken dient de rechter zijn beslissing af te stemmen “op de in het juridische forum en in de maatschappij levende opvattingen.” Mijn gewaardeerde voorganger Arend Soeteman heeft onlangs in zijn afscheidsrede gepleit voor invoering van een systeem van *concurring* en *dissenting opinions*, in ieder geval op het niveau van de Hoge Raad.

Tegen deze tendens in zou ik willen pleiten voor een modus van motivering die meer in overeenstemming is met de plaats die de rechter inneemt in de rechtsstaat. De rechter is geen deelnemer aan het eeuwig voortgaande debat over de betekenis van het recht. Hij is een gezagsinstantie die, aan de hand van de wet, bindend vaststelt wat het recht in het hier en nu, voor het onderhavige geval, betekent. Daartoe is het niet nodig dat de rechter uitvoerig de pro’s en contra’s van elke denkbare oplossing afweegt. Ik zou willen pleiten – variërend op het door Bob Goudzwaard aan deze universiteit ontwikkelde begrip van de “economie van het genoeg” – voor een ‘motivering van het genoeg’. Het gaat er vooral om dat elke nieuwe rechtstoepassing zich zoveel mogelijk als een

*voortzetting* van eerdere toepassingen presenteert. Als de rechter op belangrijke punten van de bestaande lijn afwijkt, dient hij de door hem gemaakte keuze te verantwoorden. Is een rechtswetenschapper niet tevreden met de rechterlijke motivering, dan moet hij er zelf maar één opstellen, zoals mijn collega Klaas Rozemond mij onlangs zei, met een brede grijns om zijn mond.



Niet alleen in het recht, ten aanzien van de wetsvorm en de rechterlijke motivering, maar ook in de rechtswetenschap, die deze rechtsvormen bestudeert, staan de gevestigde werkwijzen onder druk. Enerzijds verrichten rechtswetenschappers in toenemende mate toegepast onderzoek in opdracht van de overheid of het bedrijfsleven. Anderzijds houden ze zich steeds meer bezig met multi- en interdisciplinair onderzoek. Tegen dergelijk onderzoek heb ik geen enkel bezwaar, mits het op een wetenschappelijk verantwoorde wijze wordt uitgevoerd. Maar tegelijk betreur ik het dat het dogmatische onderzoek dat zich bezighoudt met de systematische reflectie op het geldende recht, steeds meer in het gedrang komt. In mijn optiek moet er ook altijd plaats blijven voor rechtswetenschappelijk onderzoek dat niet direct toepasbaar is of niet – hoe spannend ook – verbindingen met andere disciplines legt. Met name hecht ik aan behoud van de juridische dogmatiek, omdat hierbinnen een weten van de rechtsvormen, van hun inhoud en betekenis, besloten ligt, dat zich van nutsoverwegingen weinig aantrekt. Het is een besef dat in eerdere generaties van staatsrechtgeleerden uit de vorige eeuw, onder wie Böhntlingk, die met de opkomst van de verzorgingsstaat werden geconfronteerd, nog het meest levendig aanwezig was, maar dat daarna nooit helemaal is verdwenen, ondanks verwoede pogingen om de rechtsstaat – op basis van natuurrechtelijke en sociologische noties van recht – om te vormen tot wat het niet is en niet kan zijn: een onderneming in dienst van sociale rechtvaardigheid of een doorgeefluik van ‘in de maatschappij levende opvattingen’. Dit weten, dat ik aan de hand van Oakeshott weer onder de aandacht heb proberen te brengen, dreigt in de huidige samenleving met al haar turbulenties steeds meer vergeten te raken. Voor politici en burgers die niet kunnen wachten om de wereld naar hun eigen beeld te herscheppen, zijn de rechtsvormen vooral hinderlijk. Op ons als rechtswetenschappers rust de moeilijke en niet altijd dankbare taak om uit te leggen waarom het desondanks de moeite waard is om hieraan vast te houden. Aan andere

disciplines kunnen we dit niet overlaten, want die hebben hun eigen belangen en besognes. Wie bekommert zich dan nog om de rechtsvormen?

– *Niet* de rechtssociologie, die wars is van vormen en alleen maar kan lachen om de onmacht van het recht;

– *Niet* de politicologie, die recht herleidt tot macht en in elke rechtsvorm een verfijnd instrument van controle ziet;

– *Niet* de ethiek, die het recht wil reconstrueren vanuit een absolute norm van rechtvaardigheid, als ware burgers engelen en de staat een liefdadigheidsinstelling.

Het is de rechtswetenschap die moet laten zien welk belangeloos belang is gediend met de bescherming van de rechtsvormen tegen al te drastische veranderingen, ingegeven door maatschappelijke onrust, politiek wensdenken of de ‘nieuwste’ wetenschappelijke inzichten. De rechtswetenschap is de hoeder van de *vormen* van het recht, van de wijze waarop rechtsnormen worden gemaakt, uitgevoerd en uitgelegd. De *inhoud* van het recht – het gedrag dat in de rechtsnormen wordt voorgeschreven – is object van een bredere, maatschappelijke en wetenschappelijke, discussie.



Wat schieten we op met deze aandacht voor de vorm in het recht? Wordt de wereld er beter van? Ik moet u helaas teleurstellen. Evenwel, door vast te houden aan gevestigde rechtsvormen kunnen wij ons weren tegen de zeloten van onze tijd die met alle geweld de rechtsstaat willen omvormen tot een onderneming in dienst van een hoger ideaal. In hun ijver en ongeduld dat ene ideaal te verwezenlijken – of het nu gaat om een veiligheidsstaat, een ‘Ecotopia’, een monoculturele of juist een multiculturele samenleving –, hebben ze vooral last van het recht en zijn vormelijkheden, zijn regeltjes en procedures. Aan het recht zoals het is kennen ze geen vanzelfsprekend gezag toe, want ze handelen in naam van ‘hoger’ recht. Aan hoor en wederhoor hebben ze geen behoefte, voor deliberatie hebben ze geen tijd, inspraak noch tegenspraak wordt geduld, en maar al te graag zijn ze bereid de vrijheid in te ruilen voor het grotere goed. De inzet van rechtsvormen voorkomt dat het recht zich zo eenvoudig voor het karretje laat spannen. Kelsen stelt dat het recht elke inhoud kan krijgen. Maar uiteindelijk zijn het de

rechtsvormen die bepalen *óf* en, zo ja, *op welke wijze* die inhoud wordt vastgelegd. We kunnen altijd nog zand in de machine strooien of een stok in het wiel steken. “Is dat alles?,” vraagt u zich wellicht af. Ik zeg u: het is genoeg.

ﻉ

Dames en heren, er resten mij nog enkele woorden van dank. Allereerst dank ik het College van Bestuur en het Bestuur van de Faculteit der Rechtsgeleerdheid van de Vrije Universiteit Amsterdam voor het in mij gestelde vertrouwen. Het getuigt van moed en ondernemingszin om uit één leerstoel twee volwaardige nieuwe leerstoelen te creëren. Ik zal mijn uiterste best blijven doen om dit vertrouwen waar te maken. In het bijzonder dank ik de Decaan van de Rechtenfaculteit, Anja Oskamp. Beste Anja, als jij het rolmodel bent voor de vrouwelijke bestuurder (zoals vorig jaar op de website van de VU te lezen stond), dan kan ik de omkering van de sekseverhoudingen in topfuncties alleen maar toejuichen.

Ook wil ik graag op deze plaats twee voormalige collega's uit Tilburg bedanken. Om te beginnen mijn promotor Willem Witteveen. Beste Willem, je hebt me in 1991, toen ik nog maar kort als computerprogrammeur werkzaam was, een baan als onderzoeker in de rechtswetenschap aangeboden. Je hebt me altijd gestimuleerd en tegelijk de vrijheid gelaten om me op mijn eigenwijze eigen wijze te ontwikkelen. Als onze denkwegen op een bepaald moment uiteen zijn gegaan, dan hebben we in ieder geval een vertrekpunt gedeeld. Aan het einde van mijn promotietraject leerde ik Hans Lindahl kennen. Beste Hans, je bent er medeverantwoordelijk voor dat ik van het ‘rechte pad’ ben afgeweken. Je bent een geweldige wetenschapper en een geweldige vriend. Ik zie uit naar de voortzetting van ons goede contact, zowel op zakelijk als op persoonlijk vlak.

*Herr Doktor Lembcke, lieber Oliver, was ich gerade auf holländisch gesagt habe, war für Dich sehr wahrscheinlich fast alles Geheimsprache. Lass mich jetzt in unserer Geheimsprache mal sagen: obwohl wir in Character, Lebensart und Stil sehr verschieden sind, gibt es glücklich noch genügend Verweisungszusammenhänge oder – in der Geheimsprache Luhmanns – Kontaktfähigkeiten und Irritationsmöglichkeiten. Es ist wunderbar, dass Du dabei bist.*

Geachte leden van de afdeling Rechtstheorie en Rechtsgeschiedenis, het is mij een groot genoegen om in jullie inspirerende aanwezigheid te mogen werken. Elke wetenschapper heeft onvermijdelijk iets van een einzelgänger in zich, maar in deze gemeenschap van einzelgängers voel ik mij prima thuis. Tegen mijn waarde collega proximus, Wouter Veraart, zou ik willen zeggen: beste Wouter, jij weet als geen ander dat er na al het wikken en wegen beschikt moet worden. Ik weet niet wat ik meer waardeer: je ernst of je luim.

Een woord van geruststelling aan mijn studenten: ik heb me vanmiddag vooral in theoretische zin uitgelaten over methoden van recht en rechtswetenschap. Maar ik verheug me erop, gauw weer met jullie praktisch aan de slag te gaan met juridische vaardigheden.

Mijn goede vriend Wim van Egmond heeft de film gemaakt die tijdens het uitspreken van deze rede te zien was. Bedankt, Wim, voor deze prachtige beelden, die goed laten zien dat vormen veranderen, niet alleen in het recht maar ook in de natuur.

Dank zeg ik tot slot aan mijn ouders en mijn vrouw. Lieve Lies en Jan, de liefde voor het woord en de wetenschap hebben jullie mij van kinds af aan bijgebracht. Zoals jullie zien, het is niet voor niets geweest. Ik ben dankbaar dat we, ondanks alle medische sores, hier met elkaar aanwezig kunnen zijn.

Lieve Jonna, bij ons trouwen, alweer meer dan 20 jaar geleden, hebben we elkaar trouw beloofd, in voor- en tegenspoed, in ziekte en gezondheid. Die belofte is gelukkig niet loos gebleken. We zijn door dalen gegaan en hebben bergen bedwongen, maar we hebben ons er samen doorheen geslagen en zijn er samen sterker uit gekomen. Nu staan we op de top van de berg. Laten we van het uitzicht genieten.

☪



Het einde nadert, terwijl ik naar mijn idee nog maar nauwelijks ben begonnen. Maar ik heb lang genoeg gesproken; ik begin dorstig te worden. Het woord is weer aan u.

*Ik heb gezegd.*