

PAULINE WESTERMAN

Eerst recht, dan rede

Het belang van explicitering

Introductie

Im Anfang war die Tat. Onder dit motto onderzocht de historicus Eelco Runia in dit tijdschrift in hoeverre het mogelijk is dat plotselinge revoluties plaatsvinden die letterlijk niemand had verwacht. Die abrupte scheuren en breuklijnen in de geschiedenis, zo stelt Runia, lijken te ontstaan voordat iemand er ook maar op verdacht is. De daad gaat kennelijk vooraf aan de bezinning. Of, om met Jacobi te spreken, die door Runia instemmend wordt aangehaald: *‘Die Handlungen bilden die Meinungen, nicht umgekehrt.’*

Runia’s argumenten overziende lijkt inderdaad veel te pleiten voor zijn opvatting dat ‘bloedbaden voorafgaan aan ideologieën, propaganda volgt op enthousiasme en haat een gevolg is van wreedheden’. De vraag is echter of dit nu alleen voor het politieke handelen opgaat en alleen voor revolutionaire gebeurtenissen, of dat de omkering van daad en bezinning verder strekt dan dat. Is de omkering bijvoorbeeld ook waarneembaar in de ogenschijnlijk zo oppassende wereld van het recht?

Op het eerste gezicht is het recht nu typisch een terrein waarop men niet zou willen dat het handelen voorafgaat aan het nadenken. Van rechters verwachten we toch een bezonnen oordeel, een oordeel dat na rijp beraad tot stand gekomen is en zeker niet een beslissing zoals die door Runia in zijn stukken wordt geschilderd als één waar men zich roekeloos in stort. Want wat hangt er allemaal niet af van een rechterlijke beslissing? Bedrijven worden tot boetes veroordeeld waardoor ze failliet kunnen gaan, ouders worden uit de ouderlijke macht ontzet en mensen in de kracht van hun leven worden tot lange, zelfs levenslange gevangenisstraf veroordeeld.

Nog erger wordt het als we onze blik richten op degenen die het recht maken: de wetgevers in Den Haag of Brussel, en ons proberen voor te stellen dat ook die mensen zich allereerst in het ongewisse storten en dan pas gaan bedenken waarom ze al die regels hebben gemaakt. Kunnen we serieus volhouden dat ook hier de daad voorafgaat aan het nadenken? En als dat zo is: is dat dan niet reden voor grote bezorgdheid? We kunnen toch niet willen dat het recht zo tot stand komt?

Dit is echter precies wat ik wil beweren. Ik denk dat zowel in de totstandkoming als in de toepassing van het recht de gedachte later komt dan de daad. En ik denk niet alleen dat dit zo is, maar ook dat dit een goede zaak is. Sterker, ik ben bang dat we dat zeker niet moeten willen verbeteren. Iedere poging om de daad uit te stellen tot een moment waarop voldoende is gedelibereerd zou mijns inziens iedere creativiteit in de kiem smoren.

In een cirkel gevangen

Laat ik beginnen met de rechter, de meest zichtbare figuur van al diegenen die zich beroepshalve bezighouden met het recht. Hoe komt rechterlijke oordeelsvorming tot stand? Lange tijd heeft men gedacht en vooral gehoopt dat het rechterlijk oordeel voortvloeit uit een deductieve redenering waarbij de feiten van het geval – de minor – worden geschaard onder een relevante rechtsregel – de major. Het eenvoudigste voorbeeld is hier de algemene regel dat men op de ringweg niet harder mag rijden dan zeventig kilometer per uur. Wordt de juridische beslisser nu geconfronteerd met een automobilist die honderd kilometer per uur rijdt, dan kan dat feit zinvol geschaard worden onder de regel die dat verbiedt en kan het oordeel worden geveld dat de automobilist een overtreding heeft begaan.

Dat het zo simpel niet is, is al vrij lang bekend. Er zijn kort gezegd drie problemen. Het eerste probleem heeft te maken met het vaststellen van de feiten, het tweede probleem heeft betrekking op het vaststellen van de relevante rechtsregel en het derde probleem heeft te maken met de verhouding tussen regel en feit.

Allereerst is het niet gemakkelijk om de feiten vast te stellen. In het strafrecht heeft men te maken met getuigen die iets selectief hebben waargenomen, hetgeen ze zich vervolgens maar gedeeltelijk herinneren en wellicht ook nog gebrekkig voor het voetlicht weten te brengen in de hen vreemde omgeving van een rechtszaal. In het privaatrecht heeft men te maken met geschillen tussen partijen en daarbij worden de feiten nu juist vaak betwist, anders zouden de partijen helemaal niet voor de rechter staan. De koper van het oude pand meent dat de aanwezigheid van boktor tijdens de koop werd verzwegen terwijl de verkoper beweert dat hij het zelf ook niet wist. Alleen in de tv-serie *De Rijdende Rechter* wordt dan het wonderlijke beeld geschetst van een rechter die werkelijk ter plekke gaat kijken naar hoe het zit. Echte rechters komen de raadskamer natuurlijk niet uit. Voor hen geldt: ze moeten een keuze maken tussen alle informatie die hen wordt verschaft en die keus is voor een belangrijk deel een blinde gok.

Maar ook is het moeilijk voor een rechter om de toepasselijke regel te vinden. Het klinkt ongelofelijk voor al diegenen die zich beklagen over de overvloed aan regels die over ons land worden afgekondigd, maar er zijn nog steeds gevallen die niet geregeld zijn. Dat is geen feilen van een nalatige overheid, en ook geen succes van een deregulerende overheid, maar vloeit eenvoudigweg voort uit het feit dat regels nooit ten volle kunnen anticiperen op alle mogelijke gebeurtenissen die kunnen plaatsvinden. Denk bijvoorbeeld aan internetproviders. Daar is wel het een en ander over geregeld, maar het is onduidelijk in hoeverre ze aansprakelijk gesteld kunnen worden voor porno of laster. Wat doet men dan? Kijken naar waar de provider het meest op lijkt. In Engeland meent de rechter dat de provider het meest lijkt op een uitgever, die wel aansprakelijk gesteld kan worden voor alle rommel die via haar publicaties wordt verspreid, terwijl de Amerikaanse rechter meent dat providers het meest lijken op een postkantoor, dus zonder enige aansprakelijkheid. De afwezigheid van een duidelijke

regel noopt dus tot een keuze uit meerdere regelcomplexen die allemaal gedeeltelijk, maar geen van alle helemaal van toepassing zijn op het geval dat men moet oplossen.

Nu kan men tegen dit alles inbrengen dat deze moeilijkheden nog niet impliceren dat rechters eerst beslissen en dan nadenken. De bewijsvoering mag wat ingewikkelder verlopen dan men ooit dacht en hoopte, maar dat betekent niet dat juridische beslissers een sprong in het duister doen. Toch is er wel enige reden om aan te nemen dat dit het geval is, en wel door te wijzen op het derde probleem dat zich voordoet bij juridische oordeelsvorming. Het is niet alleen zo dat men een keuze moet maken uit de feiten, en ook niet alleen dat men een keuze moet maken uit meerdere rechtsregels die alle gelijkkelijk van toepassing lijken te zijn, maar het is ook nog eens zo dat de keuze van de relevante rechtsregel afhangt van de keuze van het relevante feit en dat tegelijkertijd de keuze van het relevante feit weer afhangt van de keuze van de relevante rechtsregel.

Het voorbeeld van de provider kan dit weer verduidelijken. Want het hangt voor een groot deel af van de geselecteerde feiten en met name van de kwalificatie daarvan of men kiest voor de Amerikaanse dan wel Britse oplossing. In Engeland ziet men de betreffende bijdragen aan discussiegroepen en bulletinboards als laster, in Amerika als een vorm van vrije meningsuiting. Maar omgekeerd heeft de geselecteerde regel weer gevolgen voor de manier waarop een keuze gemaakt wordt uit de feiten. Als men ervoor kiest om de aansprakelijkheid van de provider te laten regelen door de regels die van toepassing zijn op een postkantoor, dan zijn daarmee in één klap heel wat feiten irrelevant geworden. De vraag of de betreffende provider de verspreider van de laster bijvoorbeeld gewaarschuwd heeft, is niet meer aan de orde. Postkantoren hoeven dat helemaal niet te doen. De gekozen regel bepaalt dus welke feiten als juridisch relevant worden gezien.

De juridische beslisser zit dus in een duivelse cirkel gevangen. De keuze van de regel bepaalt welke feiten hij selecteert en de geselecteerde feiten hebben weer invloed op de regel die wordt gekozen. Er rest hem dan maar één optie: het zwaard te pakken en de cirkel met geweld te doorklieven. Meer nog dan de sanctiemacht van de overheid denk ik dat hierin de betekenis ligt van het zwaard waarmee vrouwe Justitia gewoonlijk wordt afgebeeld. Het representeert het oordeel, de beslissing zelf; niet het rechtsgevolg. Die beslissing, de bekende privatist Paul Scholten zei het al bijna een eeuw geleden, is een soort sprong: een irrationeel moment dat niet kan worden begrepen als het onvermijdelijke resultaat van voorafgaande overwegingen omdat zij nu eenmaal die vicieuze *Werdegang* van overwegingen moet doorbreken. En zo kan het gebeuren dat Amerikaanse rechters anders beslissen dan Britse en, voor ons wellicht verontrustender, maar niet minder mogelijk: Zwolse rechters anders dan rechters uit Maastricht.

70

Tussen vooroordeel en eindoordeel

Betekent dit nu dat die bedrijven die failliet worden verklaard, de vaders die hun kinderen niet meer mogen zien en de burgers die voor langere tijd worden opgesloten, allemaal de dupe zijn geworden van de hoogstpersoonlijke slagkracht van een rechter-

lijke sprong in het duister? Betekent dit alles dat men niet langer kan zeggen dat het recht heeft gesproken maar alleen dat de rechter heeft gesproken?

Men heeft dit wel geconcludeerd. De theoretici van de Amerikaanse stroming Legal Realism die in de jaren twintig van de vorige eeuw populariteit verwierf, benadrukten dat de motiveringen van het rechterlijke vonnis vooral begrepen moeten worden als rationalisaties *post hoc*, die de beslissing weliswaar achteraf een schijn van legitimiteit kunnen geven, maar die geen enkele invloed hebben op de manier waarop het oordeel zelf tot stand was gekomen.

Ik denk dat zij ongelijk hadden en wil er hier op wijzen dat het niet bij die ene rechterlijke beslissing blijft. Het oordeel dat tot stand komt door de hermeneutische cirkel doormidden te klieven is niet het eindoordeel, zoals deze denkers dachten, maar lijkt mij hooguit te staan aan het *begin* van iedere vruchtbare overweging. Het is letterlijk een voor-oordeel, en dan hecht ik daar niet de pejoratieve betekenis aan die dat woord gewoonlijk aankleeft.

Een collega van mij vertelde me van het pijnlijke geval dat hem als rechter-plaatsvervanger ooit was voorgelegd. Een vrouw, boerin, had bij legaat bepaald dat de boerderij moest worden toegewezen aan haar zoon met uitsluiting van haar nog levende man, de boer die dertig jaar lang de boerderij had opgebouwd. Deze zoon had echter een zodanig slechte relatie met zijn vader, dat deze dan niet meer op de boerderij kon blijven leven. Mocht de zoon de boerderij erven, dan moest de boer het bejaardenhuis in, zoveel was duidelijk. Mijn collega, die overigens bekend staat als een zeer bedachtzame en rustige jurist, trok vrijwel onmiddellijk het zwaard. 'Dat mocht niet gebeuren!' Hij besloot te proberen de feiten zodanig te herinterpreteren dat zij niet meer pasten onder de regel, ofwel om te proberen andere overwegingen in het leven te roepen die mogelijkwijs zouden kunnen leiden tot een keuze van andere regels dan de regel die zich als de meest voor de hand liggende regel aandiende.

Een periode vol hoofdbrekens volgde, waarin de ene na de andere overweging de revue passeerde. Streed het testament niet met de redelijkheid en de billijkheid? Weldra bleek dat de vrouw haar echtgenoot met opzet had ontfermd, wel wetend dat hij anders de zoon zou buitensluiten. Kon er niets worden bedacht op grond waarvan de boer een recht kon laten gelden op de vrucht van zijn inspanningen? De zoon wees er echter op dat vader de zaak verwaarloosd had. Was voortzetting van de boerderij geen relevant argument? De zoon maakte duidelijk dat hij er iets belangrijkers wilde gaan doen: hij wilde er een kinderboerderij gaan realiseren. Ten slotte, op het punt aangeland dat mijn nuchtere juridische collega zich dreigde te moeten bezighouden met de vraag of de vader nu van goede wil was ofwel een onverbeterlijke rotzak, besloot hij dat dit soort vragen zijn competentie te buiten gingen. Juridisch gesproken kon hij hier helemaal niets mee. En op dat moment trekt hij het zwaard ten tweede male. Hij beslist alsnog de voorkeur te geven aan de zo voor de hand liggende regel van het geldige testament. De boerderij wordt toegewezen aan de zoon en de vader verhuist naar een bejaardenflat.

Ik denk dat dit een goed voorbeeld is van de functie van een irrationele sprong. De onmiddellijke intuïtieve inschatting dat de vader op die boerderij moet blijven, geeft

aanleiding tot een reeks overwegingen die zonder zo'n eerste inschatting buiten beeld gebleven waren. Natuurlijk, dit intuïtieve voor-oordeel vloeit voort uit een niet na te rekenen gevoel voor rechtvaardigheid en is hoogst subjectief. Maar juist daarom is het zo'n vruchtbare bron voor nadere reflectie. Want daarna moet nog getracht worden de rationele overwegingen allemaal zodanig op een rij te krijgen dat het intuïtieve oordeel daardoor wordt ondersteund. Als dat gelukt zou zijn, dan hadden de *legal realists* kunnen zeggen: zie je wel dat het recht er eigenlijk niet toe doet en dat je elke beslissing een schijn van legitimiteit kan geven door om het even welke regels erbij te slepen? Nu is het mijn collega niet gelukt om die argumenten op een rij te krijgen. Dan lijkt het alsof het recht heeft gezegevierd en niet de subjectieve inschatting van mijn collega. Maar ook dat is bedrog. Want mijn collega had immers wel degelijk de mogelijkheid een afwijkende uitspraak te doen en was er aanvankelijk zelfs zeker van dat hij dat ook zou doen.

Dus het is niet zo dat het recht allesbepalend is: het wordt daarvoor te zeer beïnvloed door de irrationele beginsprong. Maar evenmin is de persoonlijke voorkeur van de rechter allesbepalend. Het aanvankelijke voor-oordeel leidt immers tot een rijke afweging van gezichtspunten. In alle gevallen is echter duidelijk dat de beginsprong van het grootste belang is voor de oordeelsvorming. Het is de daad, de rechtsbeslissing die ingrijpt in het leven van de justitiabelen, die het denken stuurt.

Tussen wetsvoorstel en wet

De rechter beschikt dus vooraleer hij wikt en daarna beschikt hij nog eens. Bij de wetgever is iets soortgelijks aan de hand. Net als bij de rechter zien we dat een drieslag gemaakt wordt. Bij de rechter zien we het primaat van de daad weerspiegeld in zijn eerste voor-oordeel, waarop deliberatie volgt, dat afgesloten wordt met het eindoordeel. Dit schema van daad, deliberatie en dan weer een daad treffen we evenzo bij de wetgever aan. De eerste daad bestaat dan niet uit een beslissing, zoals bij de rechter, maar uit een wetsontwerp.

Een wetsontwerp is, als het goed is (ik kom daar straks op terug) niet het eindpunt van alle deliberaties en overwegingen maar slechts een eerste aanzet. Het is goed om er hier op te wijzen dat een wetsontwerp niet zomaar een ideeje is. Ideejes zijn er genoeg, en vooral rond verkiezingstijd zien we dat het ene na het andere ideeje wordt geventileerd. Het wetsontwerp is meer dan dat, omdat het zo'n ideeje in de meest expliciete en uitgewerkte vorm giet die maar mogelijk is en dus eigenlijk *net doet* alsof het al een wet is. Ook in dit opzicht lijkt het wetsontwerp op dat voor-oordeel van de rechter. Want ook daar zien we dat het een soort voorafschaduwning is, een uitprobeersel zo men wil, van het uiteindelijke oordeel dat nog komen gaat.

Het is pas op basis van zo'n expliciet wetsvoorstel dat het kamerdebat richting en structuur krijgt. Zonder zo'n tekstueel en veruitwendigd document zou men nog veel erger langs elkaar heen praten dan men nu al doet. Een wetsvoorstel biedt houvast. Het geeft aanleiding tot overwegingen en discussies, tot amendementen en moties die zonder zo'n document niet mogelijk zouden zijn.

Deze gang van zaken kan worden geïllustreerd aan de hand van de totstandkoming van de wet op ondernemingsraden (WOR), nu alweer enkele decennia geleden. In haar proefschrift laat Jellienke Stamhuis zien hoe de expliciete, scherp geformuleerde wetsvoorstellen aangaande de precieze inrichting van die ondernemingsraden niet alleen meer structuur aan de debatten gaven, maar ook aanknopingspunten leverden voor mogelijke compromissen die konden worden gesloten. Zij genereerden, kortom, gezichtspunten die verborgen zouden zijn gebleven als men in vage termen was blijven spreken over de verhouding tussen kapitaal en arbeid.

Aan deze gewoonte uit de jaren zeventig om te debatteren aan de hand van scherpe, geëxpliciteerde wetsvoorstellen lijkt een einde te zijn gekomen. Het tegenwoordige wetsvoorstel is in veel opzichten helemaal geen ontwerp meer, maar een voldongen feit doordat het reeds het uitgekristalliseerde resultaat is van een lange periode van intensieve onderhandelingen met de groepen en instanties die op de een of andere manier betrokken zijn bij de materie die in dat ontwerp wordt geregeld. Talloze beleidsambtenaren zijn dagelijks bezig, in die glanzende torens daar bij het Centraal Station in Den Haag, om de brancheorganisaties en cliëntenraden, de betrokken toezichthouders, raden, commissarissen en wat men tegenwoordig noemt 'stakeholders' van allerlei pluimage op één lijn te krijgen. Het is daar dat de onderhandelingen gestalte krijgen.

Het wetsontwerp is dus niet langer een eerste daad waarna de zo noodzakelijke reflectie volgt. Nee, men heeft de volgorde omgedraaid. Men komt eerst in commissies bijeen, vergadert en wikt tot men een ons weegt en pas daarna komt men met een uitgewerkt wetsvoorstel, dat, omdat er al zoveel energie en tijd in geïnvesteerd is, beschouwd moet worden als het eindproduct en dat meestal slechts marginaal wordt bijgesteld na de beraadslagingen in de beide kamers.

Lange tijd heeft men deze werkwijze aangeprezen als passend bij een democratische overheid, een overheid die eerst in overleg treedt met de directe belanghebbenden en dan pas met een wetsvoorstel komt: een overheid die eerst wikt en dan beschikt. De laatste tijd begint er evenwel een kentering te komen in dat optimisme. Deze voorafgaande beraadslagingen zijn immers niet publiek. Het wetsontwerp is het uiteindelijke resultaat van de compromissen die worden bereikt op plekken die wij niet kunnen zien, door woordvoerders die wij niet of nauwelijks kennen en die voor die beraadslagingen worden uitgenodigd op een vaak volstrekt willekeurige wijze. De daadwerkelijke besluitvorming wordt zo aan het publieke oog onttrokken. Het is dan ook opmerkelijk dat het ministerie van Justitie onlangs het idee lanceerde om dit gebrek aan transparantie te verhelpen door een voorontwerp van het wetsvoorstel (dus datgene dat ter discussie staat in de voor ons zo ontoegankelijke onderhandelingsfase) op internet te publiceren en daar open te stellen voor commentaar.

Wat hier wordt voorgesteld, komt in feite neer op een verdubbeling. Erkend wordt nu dat het wetsvoorstel feitelijk zijn functie als eerste daad heeft verloren en eindvoorstel is geworden, maar dat noopt weer tot een hernieuwde eerste daad in de vorm van een uitgewerkt en publiceerbaar voor-voorstel. Een tweede drieslag is geboren: voorontwerp, internetconsultatie, wetsvoorstel.

De waarde van explicitering

De herintroductie van een werkelijk voorontwerp laat goed zien waarom zo'n voorstadium van belang is. Het belang van de daad als motor van het nadenken schuilt naar mijn mening niet in het feit dat er iets gedaan wordt. Het belang van zo'n daad ligt erin dat iets veruitwendigd wordt, iets wordt geëxpliciteerd. Dat expliciteren kan bestaan uit een gewelddaad, zoals in de voorbeelden die Runia aanhaalt, maar het kan ook bestaan uit op het eerste gezicht weinig daadkrachtige activiteiten als spreken en schrijven. De tegenstelling tussen daad en woord lijkt mij hier dan ook niet de meest relevante tegenstelling. Veel belangrijker is de constatering dat de veruitwendiging – of dat nu in woord of in daad is – eerder komt dan de gedachte.

De meeste filosofen kennen het verschijnsel: wat men denkt wordt pas duidelijk tijdens het schrijven. Bij juristen is het niet anders. Bij de rechter, die meestal in zijn eentje opereert, heeft de beginbeslissing de functie om hemzelf bewust te laten worden van de overwegingen die in het spel zijn en waartussen hij heen en weer wordt geslingerd. Bij de wetgever, waarover we ten onrechte spreken in het enkelvoud omdat het een collectiviteit is, heeft de daad de functie de onderhandelingen en de strijdige belangen aan de oppervlakte te laten komen, en in het volle licht te zetten van de publieke arena. Teloorgang van zo'n eerste moment van explicitering, of dat nu in de voorbeslissing is of in het wetsontwerp, impliceert het risico dat de overwegingen, strijdige perspectieven en belangen onderhuids en onbewust hun rol blijven spelen of zelfs niet eens gehoord worden.

Zien we eenmaal de waarde van explicitering in, dan kunnen we ook zien waarin de waarde schuilt van het recht als geheel, als systeem. Het recht is immers niets anders dan één grote continue explicitering. Iedere rechterlijke beslissing expliciteert niet alleen de toepasselijke regel, maar ook de subjectieve inschattingen en overwegingen. En al die rechterlijke beslissingen bij elkaar kunnen dus worden gezien als een veruitwendiging van wat als redelijk en billijk wordt gezien. Rechtsregels doen hetzelfde: zij expliciteren de doeleinden die de overheid meent te moeten nastreven, expliciteren de diverse belangen die daarbij in het geding zijn, en expliciteren het compromis tussen die verschillende belanghebbenden dat in de regel is vastgelegd. Door aan al die waarden en belangen een expliciete vorm te geven, doet het recht twee dingen. Het brengt deze waarden en belangen aan de oppervlakte en maakt ze daardoor vatbaar voor weerlegging en kritiek.

Ik denk dat deze nuttige functies onvoldoende onderkend worden door degenen die het recht slechts zien als een zak vol met betuttelende regeltjes en hinderlijke voorschriften die verzonnen worden door ambtenaren die niets anders te doen hebben. Gedeeltelijk is die kritiek terecht. Niet alleen worden er te veel regels uitgevaardigd, ook de kwaliteit van veel regels laat te wensen over, zoals ik elders uiteengezet heb. Maar wat ik bestrijd is de gedachte die vaak ten grondslag ligt aan de kritiek op die regeltjes, namelijk dat recht slechts een omhulsel zou zijn van de zoveel belangrijker geachte waarden en idealen die zij tot uiting brengt. Ik meen daarente-

gen dat zonder dat recht er helemaal geen idealen en waarden zouden bestaan. Net zoals gedachten pas gaan leven als men ze opschrijft, zo krijgen waarden pas werkelijkheidswaarde als ze gepositieerd worden, omgezet worden in expliciete regels.

U zult nu misschien willen tegenwerpen dat veel recht het risico loopt te verworpen tot een lege dop. De voormalige Oostbloklanden kenden stuk voor stuk een prachtige constitutie waarin de ene vrijheid na het andere recht als geheiligd en onaantastbaar werd verklaard terwijl de praktijk zo geheel anders liet zien. Dan kan men ertoe neigen om te zeggen dat een dergelijk recht de werkelijkheid omhult en verhult. Maar als we goed kijken naar de praktijk van die landen dan zien we dat niet *een te veel* aan recht als gestolde vorm de rauwere werkelijkheid verhult, maar een *te weinig*. Het is goed beschouwd *alleen* de grondwet die in marmer staat gebeiteld. Al het andere, de rechtsbeslissingen, de wetsvoorstellen, de beschikkingen en de vergunningen, zijn in dergelijke landen aan het publieke oog onttrokken.

En eigenlijk is de grondwet, hoe vreemd het ook klinkt, het minst juridische onderdeel van het recht. Zij is te vaag en te algemeen, het minst expliciete onderdeel van het recht en alleen al daarom ongeschikt om discussie of kritiek uit te lokken. Dat de constitutie een dode letter is, wil dus niet zeggen dat dit komt omdat het een juridische vorm is zonder inhoud. Integendeel: de constitutie is alleen een dode letter als zij niet uitgewerkt wordt in allerlei concretere rechtsbeslissingen en regels.

Het verkeer tussen vreemden

De waarde van rechtsregels schuilt dan ook niet in al die prachtige abstracte beginselen die in de grondwet staan en al die nobele doeleinden die in de memories van toelichting worden genoemd. De waarde van het recht komt tevoorschijn juist in de meest onnozele en platvloerse regels. Mijn lievelingsvoorbeeld van zo'n onnozele regel is de bepaling dat de afstand tussen twee ziekenhuisbedden meer dan tachtig centimeter moet beslaan. Lange tijd is dit bij kracht van wet geregeld geweest. Pas een aantal jaren geleden werd deze regel terzijde geschoven. In de nieuwe wet op de kwaliteit van de zorginstellingen wordt niet meer gerept van ziekenhuisbedden maar slechts voorgescreven dat de zorg die wordt verleend verantwoord en betrouwbaar moet zijn.

Hoewel deze wijziging met de beste bedoelingen is doorgevoerd, vanuit het besef dat men vanuit Den Haag toch niet de ziekenhuisbedden van Roermond tot Heerenveen moet willen besturen, is deze teloorgang van explicitering niet zonder gevaren. Want in de afstand tussen twee ziekenhuisbedden komen heel wat belangen tot uiting: dat van de verpleegster die de ruimte moet hebben om zich te bewegen, van de familie die behoorlijk aan het bed wil zitten, van de patiënt die een beetje privacy wil houden en natuurlijk, als conflicterend met al deze ruimte-eisende verlangens, dat van de ziekenhuisdirectie en de zorgverzekeraar die vanuit financiële motieven de afstand tussen de bedden juist willen verkleinen.

Door nu niet van bovenaf iets te willen regelen en de zaak aan het impliciete oordeel van de betrokkenen te willen overlaten, krijgen de sterkere partijen, in dit geval

de directie en de zorgverzekeraar vrij spel en wel op twee manieren. Ten eerste natuurlijk op de triviale manier dat de afstand nu niet geregeld is en dat die afstand nu wel eens onder de tachtig centimeter zou kunnen komen. Maar ten tweede, en dat is in dit verband van groter belang, omdat nu niet langer geëxpliciteerd is dat zoiets als de afstand tussen twee ziekenhuisbedden een item is dat van belang is voor het welzijn van patiënt, verpleger en familie. Door er niets meer over te regelen is het hele onderwerp uit de min of meer publieke aandacht verdwenen. En alleen al daardoor krijgt de sterkere partij vrij spel.

Dat vrije spel wordt onvoldoende aan banden gelegd door een abstracte waarde als 'betrouwbare en verantwoorde zorg'. Zulke algemene en loffelijke doelstellingen voldoen alleen daar waar overeenstemming bestaat over de manieren waarop die doelstellingen moeten worden bereikt. Men kan met waarden en idealen volstaan als men onder gelijkgestemden verkeert. Maar het maatschappelijk verkeer tussen mensen die betrekkelijk vreemd zijn voor elkaar, vereist explicitering. Precies daar is recht nodig. Niet omdat er regels nodig zijn, maar omdat die regels de gezichtspunten leveren waarover we van mening verschillen en waarover compromissen nodig zijn. Regels zijn er dus niet om de discussie te smoren, maar om die richting te geven en overwegingen aan te reiken die zonder dat recht niet eens bij ons zouden zijn opgekomen.

Conclusie

Inderdaad, *im Anfang war die Tat*. Rechtspraak en wetgeving laten echter zien dat die daad wel ruim moet worden opgevat. De intuïtieve beslissing die aan het begin staat van rechterlijke oordeelsvorming alsmede het uitgekristalliseerde wetsontwerp dat het startpunt vormt voor publiek debat laten zien dat expliciteringen van gedachten, meningen en idealen onmisbaar zijn voor zowel individuele als collectieve vormen van deliberatie en kritiek. Iedere veruitwendiging is een poging om zo'n gedachte, idee of ideaal in vaste vorm te gieten. En het is pas in de mal van zo'n vaste vorm dat de inhoud van die gedachten, ideeën en idealen aan de dag kan treden. De inhoud kan alleen in de vorm worden gekend en alleen in de vorm worden bekritiseerd.

Runia meent dat de voorrang van de daad alleen merkbaar is in revolutionaire perioden. Het voorbeeld van het recht laat echter zien dat veruitwendiging en explicitering ook van groot belang zijn in rustige, misschien zelfs gezapige perioden. Wel kan men stellen dat de behoefte aan articulatie zich scherper doet gevoelen waar minder makkelijk een beroep gedaan kan worden op een vanzelfsprekende consensus. Veruitwendiging in vaste vormen dient vooral het debat en de coördinatie tussen vreemdelingen. Dit verklaart misschien waarom de voorrang van de daad zich het eerst en het duidelijkst op de breuklijnen van de geschiedenis manifesteert, want daar is niet alleen de continuïteit, maar ook de consensus doorbroken.

Noten

- 1 Dit stuk is een bewerking van een lezing voor het Studium Generale in het kader van de lezingencyclus 'In den beginne was de daad', 11 december 2006.
- 2 Eelco Runia (2006) *Geschiedenis plegen*. *Krisis* 3, pp. 62-73.
- 3 Een van de eersten die gewezen heeft op dit probleem en daarom wel 'feitenscepticist' wordt genoemd is Jerome Frank in zijn beroemde *Courts on trial. Myth and reality in American justice*. Princeton University Press (1950).
- 4 Paul Scholten (1931) *Algemeen deel van Mr. C. Assers handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht*. Zwolle, Tjeenk Willink, 3e druk 1974.
- 5 Zie LJN: AU8165, Gerechtshof Leeuwarden, rolnummer 0500382.
- 6 Een vergelijkbare opvatting van rechtsvinding wordt verkondigd door Duncan Kennedy (2004) Een linkse fenomenologische kritiek op de rechtsvindingsstheorie van Hart en Kelsen. *Rechtsfilosofie & Rechtstheorie* 3, pp. 242-257, vertaald door Westerman en Janse.
- 7 Zie ook: Jeremy Waldron (1999) *Law and disagreement*. Oxford, Clarendon Press.
- 8 Jellienke N. Stamhuis (2006) *Conflicting interests in corporate regulation. An exploration of the limits of the interactionist approach to legislation in employee participation and corporate governance*. Groningen, dissertatie.
- 9 W.S.R. Stoter en N.J.J. Huls (2003) *Onderhandelend wetgeven. Een proces van geven en nemen*. Den Haag, SdU Uitgevers (in opdracht van het Kenniscentrum Wetgeving, ministerie van Justitie). Zie ook: H. Stout en A.J. Hoekema (1994) (red.) *Onderhandelend bestuur*. Zwolle, Tjeenk Willink.
- 10 Zie ministerie van Justitie (2006) *Voortgangsrapportage Bruikbare Rechtsorde*, 9 november, p. 13.
- 11 Zie Waldron (1999).
- 12 Zie bijvoorbeeld Pauline Westerman (2006a) De onmogelijkheid van deregulering. *Nederlands Juristenblad*, jrg. 81, nr. 3, pp. 132-137 en Pauline Westerman (2006b) Outputsturing in de rechtsstaat. *R.M. Themis*, jrg. 167, no 6, december, pp. 237-241.
- 13 Een genuanceerde en theoretisch beargumenteerde versie van deze gedachte is te vinden in W. van der Burg (1997) The importance of ideals. *The Journal of Value Inquiry* 31, pp. 23-37.
- 14 Dit voorbeeld dank ik aan D. Teding van Berkhout, de ontwerper van deze Wet betreffende de kwaliteit van zorginstellingen. Ik noemde het voorbeeld eerder in mijn artikel in *Themis*, zie noot 12.
- 15 Over de waarde van recht als coördinatiemechanisme tussen vreemden, zie het nog immer prachtige boek van Lon L. Fuller (1940) *The law in quest of itself*. New York, AMS Press (1978).