

# RECHTSONTWIKKELING

*Wibren van der Burg*

## *Recht en ethiek*

De rode draad in mijn onderzoek is – niet verrassend voor een jurist en ethicus – de verhouding tussen recht en ethiek. Daarbij probeer ik zo veel mogelijk om theoretische analyses rond dit thema te verbinden met concrete casestudy's. Ik beperk me daarin niet tot één specifiek rechtsgebied, maar verricht studies op uiteenlopende terreinen als gezondheidsrecht, familierecht, antidiscriminatierecht en recentelijk zelfs het WTO-recht. In de afgelopen jaren ben ik steeds sterker geïntrigeerd geraakt door het verschijnsel dynamiek – een verschijnsel dat zich op al deze rechtsgebieden aan je opdringt.

De ontwikkelingen op het gebied van de biomedische wetenschappen gaan snel. Als bio-ethicus of gezondheidsjurist hol je daar vaak hijgend achteraan. Het geldende recht en de bestaande ethische theorieën bieden weinig houvast bij nieuwe vragen rond reageerbuisbevruchting of genetische modificatie van landbouwhuisdieren. Het gaat hierbij meestal niet om kleine leemtes in de gangbare doctrines die met wat creatieve interpretaties wel in te vullen zijn. Bij de omgang met het embryo in vitro bijvoorbeeld schieten onze morele en juridische concepten als zodanig tekort. Heeft een embryo rechten en belangen, een status? Is het vatbaar voor eigendom, en zo nee, hoe construeren we dan een beschikkingsbevoegdheid? Recht en ethiek zijn hierbij vaak nauw verbonden, maar het zijn de lamme en de blinde die elkaar helpen: geen van beiden heeft duidelijke antwoorden. Die moeten nog ontwikkeld worden.

De meeste rechtsgebieden waar ethische vragen op de voorgrond treden, blijken dan ook heel dynamisch van karakter. Die dynamiek kan verband houden met technologische ontwikkelingen (UCT, biotechnologie), met economische en maatschappelijke ontwikkelingen (globalisering, individualisering) of met veranderingen in morele opvattingen (euthanasie, huwelijk). Maar in elk van die gebieden dringt zich de vraag op: hoe krijg ik greep op de rechtsontwikkeling en hoe is die, desgewenst, te beïnvloeden?

*Twee modellen van recht*

Als je worstelt met de snelle veranderingen in het positieve recht, verandert geleidelijk je beeld van recht. In de rechtenstudie ligt het accent meestal op de inhoud van het recht als een samenhangend systeem van regels, beginselen, begrippen en concrete oordelen. Het recht is vooral een relatief statische doctrine, een verzameling normen die je kunt toepassen op concrete problemen om aldus een oplossing te vinden; het biedt een aantal instrumenten waarmee je bijvoorbeeld een geldig contract kunt opstellen.

Maar wie zich richt op de meest dynamische delen van het recht, ziet een ander beeld van recht. Het is helemaal niet zo coherent, het is meer een lappendeken vol gaten en rafels, vol inconsistenties en spanningen en achterhaalde en onwerkbare normen. Voor veel vragen blijken helemaal geen eenduidige antwoorden te bestaan, maar zijn juist meerdere antwoorden verdedigbaar. Als vanzelf groeit dan het beeld van recht als – in de bekende formule van Asser-Vranken – een ‘discussieve grootheid, dat wil zeggen het altijd voorlopige resultaat van een proces van meningsvorming en overtuiging’.

Van daaruit volgt al gauw de overstap naar een heel ander, wezenlijk dynamisch model van recht. Je hebt niet zoveel aan recht in de boeken (dat schiet immers tekort); het gaat om het recht in actie, het recht als handelings- en discussiepraktijk. Dat recht is een ‘enterprise of subjecting human conduct to human rules’ (Fuller), een argumentatieve praktijk (Dworkin), of zelfs een dimensie van dagelijkse praktijken als het kopen van een halfje bruin.

Aldus kom je uit bij twee modellen van recht, die elkaar veronderstellen, naar elkaar verwijzen, maar nooit helemaal tot elkaar te reduceren zijn: recht als doctrine en recht als praktijk. Recht wordt daarmee een ambigu begrip. Het is als praktijk of als doctrine op te vatten, is beide tegelijk, maar valt nooit als beide tegelijk consistent te begrijpen. Deze ambiguïteit van het recht levert allemaal ingewikkelde filosofische problemen op, maar ook heel nieuwe inzichten. Het debat tussen natuurrecht en rechtspositivisme komt in een heel ander licht te staan en een derde, interactionistische benadering komt naar voren. Op deze vragen wil ik me de komende jaren vooral richten. Wat betekent dit bijvoorbeeld voor traditionele methodologische eisen als non-contradictie en coherentie: zijn die nog wel onverkort houdbaar? Kunnen we de rechtsontwikkeling alleen binnen het praktijkmodel begrijpen, of biedt ook het doctrinemodel aanknopingspunten?

*Omkering van de rechtsbronnenleer*

Een juridische doctrine is gebaseerd op verschillende rechtsbronnen. Kunnen we aanwijzen waar de rechtsontwikkeling vandaan komt? Veel inleidende boeken noe-

men wetten (en verdragen) en jurisprudentie als voornaamste rechtsbronnen; doctrine en gewoonte zijn van ondergeschikt belang. In het systeem van het recht ligt deze volgorde voor de hand, maar vanuit de dynamiek van het recht gezien is het precies omgekeerd. De praktijk en de wetenschappelijke literatuur lopen vaak voorop in de rechtsontwikkeling; rechtspraak en wetgeving hobbelen daarachteraan – in deze volgorde.

1. De motor van de rechtsontwikkeling is de praktijk, het levende recht, zoals Eugen Ehrlich het noemde. Bij gebrek aan bruikbare regelgeving moet men met samenwoningscontracten, draagmoederschapscontracten, ethische codes en toetsingscommissies, en allerlei vormen van zelfregulering de leemtes proberen te vullen. In de praktijk blijkt vervolgens welke constructies en methoden werken en worden aanvaard door de directbetrokkenen. In de discussies in het maatschappelijk veld of in de samenleving als geheel wordt ons denken over de nieuw opkomende vragen gevormd en gescherpt. Rond bijvoorbeeld dierproeven en medische experimenten is de ontwikkeling van nieuwe normen vooral het resultaat van de medische praktijk en de bredere maatschappelijke discussie.

2. Doorgaans in nauwe interactie met die maatschappelijke of professionele praktijk levert ook de wetenschappelijke literatuur een belangrijke bijdrage aan het doordenken van de problemen en het aandragen van oplossingen. Daarbij vormen de algemene uitgangspunten, de idealen en beginselen, dankzij hun openheid en surplus aan betekenis, een bruikbaar vertrekpunt voor theorieontwikkeling. Idealen als zelfbeschikking, biodiversiteit en privacy hebben altijd dimensies die in de heersende doctrine onvoldoende worden onderkend en die in nieuwe situaties inspiratie voor vernieuwing blijken te bieden.

Wil de wetenschap een bijdrage leveren aan de rechtsontwikkeling, dan stelt dit bepaalde eisen. Naast een oriëntatie op grondslagen (en op rechtsvergelijking) is het belangrijk om de doctrinaire reflectie niet te snel af te sluiten met voortijdige conclusies en inconsistenties of meningsverschillen weg te werken. Juist inconsistenties, meningsverschillen en spanningen kunnen een aanknopingspunt zijn voor het recht in ontwikkeling.

3. Rechtspraak is de derde bron van rechtsontwikkeling. Rond euthanasie bijvoorbeeld heeft de casuïstische benadering van de rechter, in nauw contact met de discussies in de samenleving, gezorgd voor een stapsgewijze ontwikkeling en toetsing van juridische normeringen. In situaties waar men de wenselijke ontwikkelingen op lange termijn nog niet kan overzien, kan ‘piecemeal engineering’ door rechtspraak een zinvolle bijdrage aan de rechtsontwikkeling vormen. Maar dat werkt slechts onder bepaalde voorwaarden; het vereist bijvoorbeeld een uitgebreide motivering die het innovatieve oordeel vatbaar maakt voor kritiek en discussie.

4. Helemaal achteraan komt de wetgeving. In dynamische rechtsgebieden is de rol vaak vrij beperkt. De wetgevingsprocessen duren lang, de inhoudelijke meningsverschillen en onzekerheid zijn vaak groot, en het is moeilijk om duurzame algemene regelgeving te ontwikkelen. In het gezondheidsrecht zijn veel wetsvoorstellen pas na tien, twintig jaar van discussie aangenomen; meestal codificeerden ze dan alleen nog maar de inmiddels gegroeide praktijk.

#### *Communicatieve wetgeving*

Wat betekent dit nu voor wetgeving? Het primaat van de rechtsontwikkeling ligt bij samenleving en wetenschap, maar daarmee is de rol van wetgeving nog niet helemaal uitgespeeld. Vaak is wetgeving het sluitstuk van een langdurig proces in de samenleving en in de rechtspraak; de wet codificeert dan wat in de praktijk al als recht aanvaard is. De wet biedt helderheid en systematisering en vervult daarmee een nuttige functie.

Maar hoe zit het met modifierend recht? Kan wetgeving de rechtsontwikkeling ook positief beïnvloeden? Een risico van wetgeving is dat men te vroeg door gedetailleerde regelgeving de verdere rechtsontwikkeling blokkeert en regels vastlegt die al snel in de praktijk onwerkbaar blijken of als achterhaald worden gezien. Het blijkt bijvoorbeeld dat het gesloten juridische stelsel van de Algemene wet gelijke behandeling te weinig ruimte laat voor een omvattende belangenafweging rond thema's als hoofddoeken in de klas of zwangere sollicitantes voor tijdelijke projecten.

Een antwoord hierop kan zijn gelegen in communicatieve vormen van wetgeving. Daarbij staan niet de codificerende en ook niet de instrumentele betekenis van de wet voorop, maar de expressieve en de communicatieve. In verschillende recente wetten ziet men dat de wetgever zich inhoudelijk beperkt tot het vastleggen van enkele fundamentele waarden en beginselen en de verdere uitwerking ervan overlaat aan de praktijk. Vaak wordt daarbij nog voorzien in een procedure of een commissie om die uitwerking gestalte te geven. Dit maakt het mogelijk om stapsgewijs de verdere rechtsontwikkeling vorm te geven in een kritische reflectie op de betekenis van de algemene uitgangspunten in het licht van de concrete casus. Voorbeelden hiervan zijn de regelingen inzake biotechnologie en dierproeven.

Natuurlijk is dit alles een veel te algemene schets van enkele dimensies van rechtsontwikkeling. Maar ik hoop dat duidelijk is geworden dat wie eenmaal door het thema rechtsontwikkeling gegrepen is, tal van interessante ontdekkingen doet, en ook in de toekomst nog voldoende te onderzoeken heeft.

#### OVER DE AUTEUR

Wibren van der Burg is hoogleraar metajuridica. Zijn onderzoek richt zich op theoretische thema's als de verhouding tussen recht en moraal, de dynamiek van recht en moraal en het politiek liberalisme. Daarnaast houdt hij zich bezig met meer specifieke onderwerpen op terreinen als antidiscriminatierecht, de multiculturele samenleving en biomedische ethiek. Begin 2004 verscheen bij Peter Lang (Brussel) de door hem en Sanne Taekema geredigeerde bundel *The Importance of Ideals. Debating Their Relevance in Law, Morality, and Politics*.