

Postmodernisme en het gezag van de wet

DE WET?

Onder de noemer van het postmodernisme bedoelt men de bepalende kenmerken van het spreken, denken en handelen in de eigentijdse maatschappij aan de orde te stellen. Omdat het recht een kader biedt voor spreken, denken en handelen zou eigenlijk overal in het recht een aanknopingspunt liggen voor het postmodernisme. Men kan bijvoorbeeld denken aan de manier waarop het rechtssysteem omgaat met de rechtsopvattingen van verschillende culturen die in een rechtsorde samen moeten leven (het probleem van het rechtspluralisme). Men kan denken aan de manieren waarop in de loop van eeuwen tot een bepaalde dogmatische omschrijving verstarde rechtsbegrippen in de praktijk van het recht geïnterpreteerd worden en vooral aan de tegenstrijdigheden die hierdoor ontstaan in het als een systeem gedachte veld van die dogmatische begrippen. Men kan de oude vraag opvatten over de beperkte mogelijkheden die de rechter heeft bij het interpreteren van gezaghebbende teksten en er als postmodernist het perspectief van onbeperkte vrijheid tegenover plaatsen. In deze bijdrage wil ik mij echter richten op een vraag die met al deze kwesties te maken heeft. Te weten: wat zijn de consequenties van de 'overgang' naar het postmodernisme voor het gezag van de wet? De postmoderne kritiek op het recht laat namelijk de mogelijkheid om vanuit een centraal punt (de wetgever) ordenend en sturend op te treden en de maatschappij de wet voor te schrijven, niet onaangestaan, zoals mag blijken uit de volgende denkbeeldige tirade.

'Hoe kan men de wet nog serieus nemen?

Als rechtsbron bijvoorbeeld: regering en parlement maken gezaghebbende teksten. Maar de wetgevingsproductie is op hol geslagen; er zijn niet alleen teveel wetten, ze veranderen ook voortdurend. De wet in formele zin wordt aangevuld met regels van talloze andere regelgevers, van de gemeente tot de Europese Commissie; door deze diffuse normstelling is de betekenis van de wetten uitgehold. Men moet telkens bedacht zijn op beperkte geldigheid, korte duur, tegenspraak met andere regelingen, onduidelijke taal. De wet ondermijnt zichzelf.

Zijn het dan de bijzondere waarborgen van het wetgevingsproces, waarbij immers de volksvertegenwoordiging is ingeschakeld, die het mogelijk maken de wet serieus te nemen? Vaak is het betrekkelijk toevallig welke regels in de wet terecht komen en welke in ministeriële regelingen; over belangrijke wetten vindt nauwelijks discussie plaats in het parlement. Om de betrokkenheid van de volksvertegenwoordigers te zien, hebben we ficties nodig: elk kamerlid wordt geacht alle wetsvoorstellen te begrijpen waar hij mee instemt; wie weet

dat er afgelopen jaar ruim 300 wetsvoorstellen in de Tweede Kamer aan de orde waren en vertrouwd is met het verschijnsel van de specialisatie binnen parlementaire fracties, ziet op hoe zwakke fundamenteën die fictie berust.

Kunnen we dan steun zoeken bij de democratische theorie? We kunnen in een representatieve democratie immers niet zonder wetten en als de volksvertegenwoordigers het te bont maken, worden ze niet herkozen? Redeneringen die het gezag van de wet op het niveau brengen van wetten in het algemeen bieden echter geen rechtvaardiging voor elke individuele wet. Terwijl het legitimerende verhaal van het staatsrecht steeds grandioser proporties aanneemt, moet de wetgever steeds meer gebruik maken van sancties, subsidies, planningsprocedures om de wet te laten functioneren; de wet raakt ondergesneeuwd in een landschap vol beleidsinstrumenten.

Maar de wet maakt toch op zijn minst aanspraak op gezag in de uitvoeringspraktijk? Daar ziet men echter tal van fricties: tegenstribbelende uitvoeringsdiensten, calculerende burgers, overbezette strafrechtspleging, creatieve interpretatie, fraude, openlijk negeren van de bedoelingen van de wetgever.

En naast dit verzet is er ook de openlijke voortzetting van het maatschappelijk debat; over de uitvoering van wetten wordt na de totstandkoming van de wet vrolijk verder onderhandeld; er worden compromissen gesloten; de uitvoering wordt gefaseerd, binnen financiële kaders gebracht, gedelegeerd en gedecentraliseerd. De gezaghebbende tekst van de wet als voer voor discussie.

Dat mag zo zijn, maar is het dan niet toch de wet die onmisbaar is voor de beslechting van conflicten in de maatschappij door de rechter? Het moet echter meteen worden toegegeven dat de complexiteit van de wetgeving die toepassing door de rechter bemoeilijkt. Ook goed geredigeerde wetten laten onvermijdelijk de rechter veel interpretatievrijheid. En interpretatievrijheid is een ander woord voor macht. Als het zo is dat de rechter bepaalt wat de wet betekent, wat betekent de wet dan zelf?

In deze tirade klinkt een licht cynische ondertoon door. Dat is passend, want over het gezag van de wet hoort men vaak cynische geluiden, alsof men een geheel extern perspectief op het recht inneemt. De problemen die men dan aan de orde stelt zijn echter ook van groot belang voor degenen die het recht met meer sympathie – vanuit een intern perspectief – benaderen. Bovendien is het externe perspectief theoretisch te onderbouwen vanuit een postmoderne invalshoek.

POSTMODERNISME?

‘Het’ postmodernisme bestaat niet – in overeenstemming met haar eigen uitgangspunten kan het geen kern of essentie hebben. Er zijn wel gemeenschappelijke thema’s en attitudes en ze vertonen een opmerkelijke parallelie met het zojuist geschetste scepticisme over het gezag van de wet. In het postmodernisme vindt men een verzet tegen stabiele betekenissen (‘texts do

not receive objective readings') en tegen elke vorm van 'grand récit'; aandacht voor narrativiteit, gekoppeld aan het streven taaluitingen als retoriek te ontmaskeren; voorkeur voor (sofistische) retorica boven logica en argumentatieleer; analyses van begrippenstelsels als uitingen van maatschappelijk verankerde macht in plaats van als resultaten van de verlichte rede; benadrukken van de contingentie van waardeoordelen en de onvermijdelijke tegenstellingen binnen 'belief systems'; grotere affiniteit met het theoretische discours dan met praktische resultaten. Deze tendensen samenvattend kan men, in het voetspoor van Jameson,¹ een 'cultural logic' bespeuren, van een periode die zich in tegenstelling tot het modernisme prononceert.

In hoeverre is wetgeving een modernistisch project, waar de postmoderne kritiek zich op kan richten? Een aanknopingspunt is het belang dat sinds de Verlichting wordt gehecht aan een vooral op interpretatie van Rousseau gebaseerde versie van het legaliteitsbeginsel. De wet moet in deze optiek, mits op basis van algemene gezichtspunten tot stand gekomen (en dus niet als uiting van particuliere belangen of van een machtsstreven), het kader bieden voor het maatschappelijk handelen. Deze ordeningsgedachte is in onze tijd gecombineerd met een instrumentale benadering van wetgeving. Wetgeving is, met behoud van het klassieke legaliteitsbeginsel, in sterke mate onderdeel geworden van het beleid van de overheid; via het recht worden sturingspretenties in regels vastgelegd en wordt de samenleving een bestuurlijk ideaalbeeld voorgehouden. Ook dit is een aanknopingspunt voor postmoderne kritiek.² Er zijn dan nogal wat mogelijkheden, van een radicale verwerping van de mogelijkheid om algemene gezichtspunten in te nemen (er is alleen contingentie) tot een deconstructie van tegenstrijdige uitgangspunten in de wetgeving. Uit de hoek van de Amerikaanse critical legal studies movement en vanuit de Engelse tegenhanger daarvan, komen interessante analyses.³

Deze benaderingen van wetgeving tonen een grote variatie maar hebben vaak dezelfde consequenties voor de onderzoekers van het recht. Als gevolg van de, vaak indringende en overtuigende, kritiek wordt men gedrongen in een sterk afstandelijke positie tegenover het recht als normatief project. Men staat er letterlijk buiten. Het recht is niet meer dan een spel met teksten, als gevolg waarvan op onvoorspelbare manieren wordt ingegrepen in het leven van degenen die ermee te maken krijgen. De kritiek op het modernistische project heeft in het algemeen vaak het karakter van een spel. De auteur heeft

¹ Fredric Jameson, *Postmodernism, or the cultural logic of late capitalism*, London 1991.

² Voor een indringende kritiek op het instrumentalistische gebruik van het strafrecht die overigens het erfgoed van de Verlichting niet verwerpt, maar het juist herinterpreteert, zie A.C. 't Hart en R. Foqué, *Instrumentaliteit en rechtsbescherming*, Arnhem 1990.

³ Roberto M. Unger, *The critical legal studies movement*, Cambridge Mass. 1986, Mark Kelman, *A guide to critical legal studies*, Cambridge Mass. 1987, Peter Goodrich, *Reading the law*, Oxford 1986. Belangrijke kritische analyses zijn afkomstig uit de hoek van juridische vrouwenstudies: Clare Dalton, *Deconstructing contract doctrine*, *Yale law journal*, 94: 997-1114, Carol Smart, *Feminism and the power of law*, London 1989.

zich in de veilige wereld van de theorie teruggetrokken om vanuit een externe optiek het recht te bekritisieren. Een postmoderne benadering van het recht kan te ver doorschieten en dan in te grote afzijdigheid, relativisme en cynisme blijven steken.

EEN CONTROVERSE

Dat wil ik laten zien aan de hand van de controverse tussen Dworkin en Fish.⁴ Hun debat betreft in eerste instantie de betekenis van de Amerikaanse grondwet en van de op die Grondwet gebaseerde jurisprudentie voor de interpretatievrijheid van de rechter. We hebben al geconstateerd dat een van de belangrijkste problemen voor het gezag van de wet, juist hierin gelegen is dat de rechter als bona fide lezer van de wet er houvast in moet kunnen vinden. Een grote vrijheid van de rechter bij de uitleg van de grondwet roept het principiële probleem op van de macht van de rechter: als de rechter niet of nauwelijks gebonden is aan de tekst die hij geacht wordt toe te passen, wordt niet de wet tot gelding gebracht maar de persoonlijke visie van de rechter op het voorliggende geval.

Deze vrees heeft er vaak toe geleid dat de interpretatievrijheid van de rechter, waarvan niet te ontkennen is dat zij zeer groot is, toch zo beperkt mogelijk wordt voorgesteld. Dworkin komt de postmodernist in zoverre tegemoet dat hij de rechterlijke vrijheid niet probeert te verhullen. Hij vergelijkt elkaar opvolgende rechterlijke uitspraken over de betekenis van een grondwetsbepaling met een denkbeeldig gezelschapsspel waarin een serie auteurs gezamenlijk een roman schrijft. In deze kettingroman moet elke nieuwe auteur het werk van de voorgaande auteurs interpreteren (dat zijn de grondwet en de eerdere uitspraken) om er een nieuw hoofdstuk aan toe te voegen. Binding aan het recht komt dan tot stand door de spelregel dat het vervolg erop gericht moet zijn de roman als geheel (lees: het recht als geheel) tot de best mogelijke te maken. In de aard van de rechterlijke arbeid, maar ook in regels die voor rechters gelden, liggen zo waarborgen besloten dat de interpretatievrijheid die openlijk erkend wordt, niet wordt misbruikt. Doordat rechters in deze benadering hun interpretatie in vrijheid en verantwoordelijkheid uitoefenen, verkrijgen de anders lege woorden van de grondwet voor de gemeenschap van gebruikers gezag. Dworkin neemt zo een hermeneutisch standpunt in, theoretisch op een lijn te stellen met continentale auteurs als Gadamer en Esser. Hij betoogt dat interpretaties – objectief controleerbaar – in overeenstemming moeten zijn met eerdere gezaghebbende uitspraken over de stand van zaken van het recht als systeem en dat binnen die marge de rechter die interpretatie moet zoeken die het systeem als geheel het best

⁴ Dit debat loopt reeds bijna tien jaar. Zie Ronald M. Dworkin, *A matter of principle*, Harvard University Press, Cambridge Mass. 1985: 146 – 166, Stanley Fish, *Doing what comes naturally*, Clarendon Press, Oxford 1989: 87 – 102, 103 – 119, 356 – 371, 372 – 396. De nieuwste ronde is te vinden in M. Brint en M. Weaver (eds.), *Pragmatism in law and society*, Westview Press, Boulder 1991.

verder tot ontwikkeling brengt. Dat laatste is overigens een duidelijk rechts-politiek element in deze redenering.

Fish verwerpt niet alleen de door Dworkin gestelde grenzen aan de interpretatievrijheid door de rechter (de gerichtheid op kwaliteitsverbetering van het recht), maar stelt ook dat het uit de aard van interpretatieve activiteit voortvloeit dat het niet mogelijk is grenzen te stellen aan de interpretatievrijheid. Interpretatie is zelf een 'structure of constraints', omdat degene die een overtuigende interpretatie geeft van een tekst zich altijd moet houden aan de conventies van de in feite bestaande interpretatiegemeenschap van gebruikers van de grondwet. Als interpretatie altijd binnen beperkingen plaatsvindt is het zinloos te proberen daar extra beperkingen aan toe te voegen en volgens Fish is dat ook strikt genomen niet mogelijk. Het gevolg van deze opstelling is dat er geen verschil meer bestaat tussen uitspraken van rechters die als interpretatie van de grondwet gelden en uitspraken die men als geheel nieuwe teksten moet beschouwen. De angst voor rechterlijke macht is dus misplaatst; rechters hebben altijd macht die echter past binnen door de interpretatiegemeenschap als geheel aanvaarde kaders. Door een juiste visie op interpretatie te ontwikkelen kan men op theoretisch niveau zijn inzicht in het recht vergroten, meent Fish, maar daaruit kan men geen adviezen voor de praktijk afleiden; de normatieve lading van Dworkin's project is een onmogelijkheid.

MÉÉR CONTROVERSE

Maken we op dit moment van het debat de balans op, dan blijkt de vergelijking van recht en literatuur weliswaar vruchtbaar te zijn, maar wordt ook duidelijk dat een postmoderne versie van die vergelijking geen antwoord kan geven op vragen waar rechtstheoretici traditioneel mee worstelen, anders dan het antwoord dat de vragen zelf zinloos zijn. De idee van de 'rule of law' als normatief ideaal voor interpreterende rechters heeft in deze optiek geen verbindende kracht; het is een voorbeeld te meer van een 'grand récit' dat in de 18e en 19e eeuw wellicht overtuigend was maar in deze tijd zijn betekenis verliest. Fish plaatst zich in de lijn van de sofisten die ook de betrekkelijkheid van waarden propageerden en de activiteit van het interpreteren in zuiver retorische termen zagen. Elke interpretatie is dan een bepaald soort machtsargument, er is geen interpretatie die op objectieve gronden de enig juiste is; er zijn zoveel 'right answers' als er deelnemers zijn aan de conversatie.

Onlangs vond een nieuwe ronde van het Fish-Dworkin debat plaats. Het zal u niet verbazen dat de protagonisten het weer niet eens zijn geworden. De stelling van Fish heeft nu een reikwijdte die het recht ver te buiten gaat. Hij meent dat het voor deelnemers aan een praktische activiteit niet mogelijk is tot kritische reflectie te komen over de aard van die praktijk en de mogelijkheden die deze de deelnemers biedt. Zodra men tot reflectie overgaat is men niet meer met de praktijk bezig maar met theoretische discussie, ook als dat gebeurt in het kader van de praktijk zelf. Een rechter die in zijn uitspraken

blijk geeft van bezinning op interpretatieve strategieën, doet dit om zijn betoog overtuigender te maken en niet om eerlijk deel te nemen aan een theoretisch debat over de rechtsvinding. Reflectie is zowel overbodig als onmogelijk binnen de praktijk zelf; er is een scherpe afbakening tussen interne en externe posities, tussen handelen met taal en theoretische discussie.

Deze gedachtengang wordt door Dworkin krachtig bestreden. Rechters moeten wel reflectief functioneren. '(Judges) recognize the argumentative character of even the views they hold unreflectively and they understand that even these are, in principle, vulnerable to a theoretical challenge they have a responsibility to meet, if and when it arises, the best they reasonably can'.⁵ Het sleutelwoord is deze passage is 'responsibility': voor Dworkin is de rechter niet bezig zijn publiek te bespelen teneinde het langs een voor hemzelf alleen toegankelijke weg bereikte oordeel acceptabel te maken, maar maakt hij welbewust en reflectief deel uit van een 'community of principle', van een rechtsgemeenschap die argumentatie verwacht van de hoogst denkbare kwaliteit, vooral in moeilijke gevallen. Die bereidheid te argumenteren moet verankerd zijn in normatieve verbondenheid aan een in de praktijk moeilijk te verwezenlijken maar daarom niet zinloos ideaal als de 'rule of law'. 'At some point a commitment is needed not just to usefulness, but to a particular conception of what true usefulness consists in'.⁶ De scheiding tussen een intern en een extern standpunt, tussen praktisch en theoretisch discours is niet houdbaar. 'Fish doesn't grasp, or rather is trying to forget, what the distinction (between mere belief and something more substantial) really does come to as a matter of 'how to go on'.⁷

De kritiek van Dworkin snijdt hout. Passages in rechterlijke uitspraken die blijk geven van reflectie op de praktijk zelf hoeven niet uitsluitend in het teken van een verhoogde overtuigingskracht te staan, maar zijn vaak wel degelijk bedoeld als bijdrage aan het binnen (en soms buiten) de kring van juristen spelende debat over de kwaliteit van het rechterlijke interpretatiebeleid. Rechters die niet in moeilijke gevallen tot reflectie in staat zijn, tot afstand nemen van de zaak zelf en tot onderzoek van de vanzelfsprekendheden die door het geval ter discussie gesteld lijken te worden, schieten in hun praktische taak als rechters tekort (en niet zozeer als gemankeerde theoretici). In de continentale hermeneutisch geïnspireerde rechtsfilosofie (bijvoorbeeld die van de Nederlander Paul Scholten) is dit een al lang aanvaard standpunt. Alleen reflectieve rechters kunnen er mijns inziens ook in slagen om wetten die niet louter instrumenteel zijn maar ook een collectief gedachtengoed in regels omzetten, voor een kritische en tot twijfelen geneigde achterban aanvaardbaar te maken. De stand van zaken in de juridische interpretatiegemeenschap is in onze postmoderne tijd in zoverre veranderd dat

⁵ Ronald Dworkin, Pragmatism, right answers, and true banality, in: Brint en Weaver, a.w.: 381.

⁶ Dworkin, a.w.: 370.

⁷ Dworkin, a.w.: 378.

duidelijker is dan vroeger dat er geen gezaghebbende instanties zijn die een – voor allen acceptabel – laatste woord kunnen spreken, de wetgever niet en de rechter niet.

HET GEZAG VAN DE WET EN DE RECHTERLIJKE INTERPRETATIE

Alleen door op reflectieve wijze recht te spreken en de door Dworkin aangeduide verantwoordelijkheid op zich te nemen voor interpretaties die inderdaad tot kwaliteitsverbetering van het ‘vervolgverhaal van het recht’ bijdragen, kunnen rechterlijke interpretaties en de daardoor tot gelding gebrachte wetten in de gemeenschap een zekere mate van gezag verwerven. De rechter moet kortom laten zien dat hij de normatieve uitgangspunten van het imperfecte systeem waar hij mee werkt erkent en dat hij er gestalte aan geeft bij de belangenafweging en bij de beoordeling van de rechten en vrijheden van de burgers. Ik kan dit idee hier niet verder uitwerken, maar merk slechts op dat wie in deze richting werkt niet bij de sofistieke maar bij de Aristotelische retorica terecht komt; een richting in de ethiek die o.a. door Nussbaum op zeer interessante wijze wordt uitgewerkt.⁸

Met dit standpunt is niet gezegd dat het binnendringen van postmoderne manieren van redeneren binnen de traditioneel nogal gesloten wereld van de rechtstheorie geen goede zaak is. Anders dan Dworkin meent, is een postmoderne benadering van het recht niet banaal of zinloos. Als kritiek op die verschijnselen in het recht die men als een modernistisch ‘project’ kan ontmaskeren (te denken valt aan een sterk geloof in de instrumentele betekenis van wetgeving), is het postmodernisme ook van belang voor degenen die een intern perspectief op het recht en de rechtspraktijk innemen. Tot nu toe is men er echter nog niet in geslaagd vanaf de ijle hoogten van de theorie de problemen die in de praktijk van het recht spelen adequaat onder ogen te zien. Postmoderne auteurs zijn goed in het destabiliseren van verwachtingen en in het opsporen van tegenstrijdigheden in abstracte systemen. Maar er liggen op deze manier geen antwoorden die bruikbaar zijn voor degenen die binnen het recht willen werken aan verbetering van het recht. Wie de wet serieus wil blijven nemen heeft meer aan hermeneutisch georiënteerde theorieën.⁹

⁸ ‘Good legal judgment is increasingly being seen as Aristotle sees it – as the wise supplementing of generalities of written law by a judge who imagines what a person of practical wisdom would say in the situation, bringing to the business of judging the resources of a rich and responsive personality.’ Martha C. Nussbaum, *Love’s knowledge*, New York 1990: 100. Voor haar kritiek op het ‘sofistieke’ standpunt van Fish, zie ditzelfde boek: 220 – 229.

⁹ Aldus ook Fred Dallmayr, *Hermeneutics and the rule of law*, in Gregory Leyh (ed.), *Legal hermeneutics*, University of California Press, Berkeley: 3 – 22, 1992.

