

1 Contextualisme en rechtsbegrip: een eerste verkenning

1 Wat is recht?

Wie een willekeurige inleiding in het recht openslaat, wordt direct geconfronteerd met de vraag ‘Wat is recht?’. Die vraag blijkt zonder uitzondering een retorische vraag; de schrijver stelt haar, maar verwacht geen antwoord. Sterker nog, hij put zich vervolgens uit in verontschuldiging dat het antwoord op die vraag niet te geven is. En terecht, want het adagium ‘de vraag stellen is haar beantwoorden’, gaat hier volstrekt niet op. Het recht als maatschappelijk verschijnsel, als wetenschappelijke discipline of als beroepspraktijk is niet eenvoudig te beschrijven en al helemaal niet afdoende.

Zelfs wie een lange juridische carrière achter de rug heeft, als advocaat, rechter, bedrijfsjurist of wetenschappelijk onderzoeker, om maar eens een paar juridische beroepen te noemen, kan geen eenduidig antwoord geven. Maar toch. De meeste mensen, niet-juristen net zo goed als juristen, stellen zich iets voor bij het recht. Voor veel niet-juristen gaat het in het recht voornamelijk om wetten. Daar valt zeker iets voor te zeggen, want de wet is nu eenmaal een belangrijke rechtsbron. Ook historisch is de focus op de wet goed te verklaren (dat doen wij in hoofdstuk 3), maar desondanks is het een tamelijk beperkte, of sterker nog: een onvolledige, opvatting van wat recht is.

Vraagt iemand naar het recht dat in een land op een bepaald moment geldt – wij noemen dat het positieve recht – omdat er een juridisch probleem opgelost moet worden, dan komt er uiteindelijk altijd een antwoord, hoe complex dat probleem in juridisch-technisch opzicht ook is. Maar het feit dat er altijd een antwoord komt, wil nog niet zeggen dat we daarmee ook dichterbij een begrip van de term ‘recht’ zijn.

In dit boek benaderen wij de vraag naar het rechtsbegrip allereerst als een vraag naar de *manier waarop* wij tot een begrip van recht kunnen komen. Ons eerste antwoord is dan dat het recht te kennen is uit de concrete gevallen. Hiermee bedoelen wij dat de oplossing van een concreet juridisch probleem – wij noemen

dat een casus – een aanknopingspunt biedt om vast te stellen wat het geldend recht is en hoe het zijn uitwerking heeft op het leven van mensen. Wij geven dat eerste antwoord vanuit een bepaalde invalshoek die hieronder verder uiteen wordt gezet, die van het contextualisme.

Tegenover een benadering van het recht via de concrete casus staat een benadering van het recht als systeem. Wie het recht en zijn werking wil bestuderen, kan vanzelfsprekend beginnen door te kijken naar hoe het recht als systeem van regels in elkaar steekt. Die systematische benadering, waarbij wordt gekeken naar het stelsel van rechtsregels, is kenmerkend voor de juridische dogmatiek. Met dogmatiek bedoelen wij de bestudering van het recht als een op zichzelf staand samenhangend geheel. Het is zeker zinvol om het recht op deze manier te bestuderen, maar het is wel beperkt. Door de aandacht alleen te richten op de rechtsregels zelf, verdwijnt de manier waarop recht samenhangt met de maatschappij en met de ideeën die in de loop van de geschiedenis zijn ontwikkeld, buiten beeld. Daarom bekijken wij het recht in een breder verband: als sociaal-cultureel en intellectueel fenomeen.

Deze bredere kijk op het recht noemen wij het *contextualisme*. De centrale stelling van het contextualisme is dat het recht uitsluitend kan worden gekend in de context van de omstandigheden waarin het functioneert. Deze stelling heeft een historische betekenis en een actuele betekenis. De historische kant is van belang, omdat het nodig is aandacht te besteden aan de omstandigheden waaronder het recht, bijvoorbeeld een juridisch-technisch leerstuk zoals de onrechtmatige daad, tot stand is gekomen. Een leerstuk is ook een typisch juridisch-dogmatisch product: juristen verdelen de kennis van het recht in leerstukken, samenhangende onderdelen van juridische kennis die in de loop van de tijd tot ontwikkeling zijn gebracht. Via een begrip van de oorspronkelijke context van wat wij nu als het leerstuk kennen, wordt de betekenis ervan verhelderd. Met de actuele betekenis bedoelen wij dat het recht in concreto, in een actuele zaak, een geval of casus, slechts goed begrepen kan worden als ten volle aandacht wordt besteed aan alle omstandigheden van dat geval. Die gedachte ontleen wij aan de Griekse filosoof Aristoteles (384-322 voor onze jaartelling) die in zijn *Nicomachische Ethiek* zei: 'Waar het gaat om handelingen en belangen bestaat geen vast patroon, (...) de handelende persoon moet steeds zelf bekijken wat bij de situatie past, zoals dat ook bij de disciplines van een dokter of van een stuurman het geval is.' Kortom: de mens moet handelen naar de eisen van de omstandigheden.

Deze gedachte van het contextualisme wordt door velen beschouwd als het intrappen van een open deur. Tegelijkertijd moet worden geconstateerd dat die gedachte door weinigen werkelijk serieus wordt genomen. Wij willen voor het vak *Inleiding tot de rechtswetenschap* de stelling van het contextualisme gebruiken om het recht vanuit verschillende invalshoeken te kunnen beschouwen en daarmee te laten zien op welke manieren het recht als idee en in de praktijk is verbonden met zijn omgeving.

Deze discussie, tussen een begrip van recht als intern samenhangend systeem en een begrip van recht als contextgebonden praktijk, brengt ons direct bij de *rechtswetenschap*, dat wil zeggen de bestudering van het recht vanuit een wetenschappelijke houding. Deze twee manieren om het recht te karakteriseren zijn namelijk verbonden met een onderscheid binnen de rechtswetenschap. Traditioneel wordt in de rechtswetenschap een onderscheid gemaakt tussen *enerzijds* de rechtsdogmatiek en *anderzijds* benaderingen van het recht waarbij ook de bevindingen van andere wetenschappen worden gebruikt, bijvoorbeeld de maatschappijwetenschappen waarin empirisch onderzoek wordt gedaan.

De *rechtsdogmatiek* heeft dus de volgende kenmerken: het betreft de studie van het geldende recht, waarbij de casuïstiek, dat wil zeggen het geheel van juridische gevallen, in verband wordt gebracht met de uitgangspunten van het rechtssysteem om het beter te ordenen. Die ordening wordt aangebracht door toepassing van tekstanalytische methoden, oftewel manieren om juridische teksten, zoals een wettekst, te interpreteren en systematisch te analyseren.

Tegenover de rechtsdogmatiek staat een *interdisciplinaire benadering* van het recht. Een wetenschappelijke discipline als de rechtswetenschap wordt dan met andere wetenschappen verbonden. Soms dienen die andere wetenschappen als hulpwetenschappen, waarvan de resultaten in en door het recht worden gebruikt: kennis uit bijvoorbeeld de politieke wetenschappen wordt dan gebruikt voor een beter begrip van het recht. Als de relatie tussen de rechtswetenschap en een andere wetenschap nauwer is doordat er tussen de rechtswetenschap en die andere wetenschap fundamentele punten van overeenkomst zijn, kan de samenwerking tussen de disciplines ook verder gaan. Dat wil zeggen dat zij op zoek gaan naar wetenschappelijke verbondenheid en samenwerking op het niveau van de uitgangspunten van beide gebieden. Er zijn dus verschillende gradaties van samenwerking tussen wetenschappen of vormen van *interdisciplinariteit*.

De term rechtswetenschap kan dus twee betekenissen hebben. In een smalle betekenis is de rechtswetenschap te beschouwen als de rechtsdogmatiek. In brede zin, en dat is de manier waarop wij in dit boek tegen de rechtswetenschap aankijken, omvat de rechtswetenschap zowel de studie van de rechtsdogmatiek als die van interdisciplinaire benaderingen van het recht. Voor wie het recht in zijn context bestudeert, omvat de rechtswetenschap dus niet alleen de rechtsdogmatiek, maar tevens de rechtssociologie, de rechtsgeschiedenis, de rechtsantropologie, de rechtsfilosofie alsmede de argumentatieleer en de retorica, en andere maatschappij- en geesteswetenschappen. Serieuze aandacht voor de context van het recht voert ons dus in de richting van een interdisciplinaire bestudering van het recht.

In zijn studie *Law in context* (1997) schetst de Britse rechtstheoreticus William Twining een beeld van de aard, het belang en de consequenties van een dergelijke verruiming van de gangbare benadering van het recht. Het belang illustreert hij met een anekdote uit de tijd waarin hij rechten doceerde aan de universiteit van Khartoum in Soedan. Hij was bezig een casus te bespreken waarin de rechtsvraag centraal stond of een dierenpark aansprakelijk is voor de schade die is ontstaan

doordat een van de kamelen een beet had toegebracht aan een bezoeker. Op dat moment stak een van de studenten zijn vinger op en vroeg aan hem: ‘Please sir, why was the camel in the zoo?’ Zo’n vraag plaatst alles weer in de juiste verhoudingen. Waarom was de kameel überhaupt in de dierentuin, nu kamelen meestal vrijelijk in de natuur rondlopen? En wat voor zin heeft het om *common law* te doceren aan studenten voor wie de feiten van de casus al ongerijmd zijn? Het recht kan niet los worden gezien van de context waarin het zijn oorsprong en toepassing vindt. Twining beschrijft dan ook een alternatief programma dat erop is gericht ‘to broaden the study of law from within’, waarbij het recht als het ware wordt opengebrouwen en andere invalshoeken worden toegelaten. Dat programma duidt hij aan als contextualistisch, als een pleidooi voor een pluralistische, open benadering van het recht waarin niet alleen de regels en beginselen van het recht ertoe doen, maar ook de praktijken en verwachtingen van diegenen die leven in en volgens het recht.

In het vervolg van dit hoofdstuk werken wij de benadering van het contextualisme op drie manieren verder uit. Wij beginnen in paragraaf 2 bij de basis: de taal van het recht. Taal is de kern waaruit het recht is opgebouwd, het instrument waarmee het recht zijn vorm krijgt. ‘De taal is het middel bij uitnemendheid, waardoor de mensen met elkaar in betrekking treden; een ordening als die van het recht is zonder de taal niet denkbaar’, zei de Nederlandse jurist Paul Scholten al in 1931 in zijn *Algemeen Deel*, en hij verwees daarbij naar het woord ‘rechtspraak’, en definieerde dat als ‘een in woorden uitgedrukt oordeel over het recht’. Zonder taal dus geen recht. Vandaar dat wij de studie van het recht mede als die van een taal opvatten, en dan bedoelen wij taal niet als een afzonderlijk gegeven, een wereld op zichzelf, maar als een medium dat moet worden gebruikt en hervormd, door de toepassing in uiteenlopende omstandigheden.

Na een verkenning van de betekenis van taal voor het recht gaan wij in paragraaf 3 nader in op de meest opvallende vindplaats van concrete gevallen: de praktijk van de rechtspraak. Wij analyseren daar de rechtsvinding, de manier waarop de rechter in concrete gevallen omgaat met het recht. Dat doen wij door drie voorbeelden uit te diepen. In paragraaf 4 leggen wij verder uit waarin twee vormen van rechtsvinding, casuïstische en regelgeleide rechtsvinding, van elkaar verschillen. Tot slot verbinden wij in paragraaf 5 de rechtsvinding met de wetenschappelijke benadering van het contextualisme, door aan te geven hoe deze vormen van rechtsvinding samenhangen met de algemene stelling dat het recht contextueel bepaald is.

2 De taal van het recht

Samenleven en menselijke betrekkingen onderhouden is slechts mogelijk als wij minimaal een gemeenschappelijke taal kunnen spreken. Spitsen wij dit toe op het recht, dan kunnen wij de vergelijking maken met het leren van een nieuwe taal. Maar wij moeten tegelijkertijd beseffen dat het een bijzondere taal is. Een wetenschappelijke taal, ja zelfs een kunstmatige taal. Een voorbeeld kan ons helpen

dit te onthouden. Het bekende schilderij van Magritte met als titel *Ceci n'est pas une pipe* beeldt een pijp af. Ondanks de ontkenning – dit is geen pijp – denkt de toeschouwer toch echt dat hij een pijp ziet. Zo moeten wij ook de taal van het recht argwanend beschouwen. De verwondering van die toeschouwer moet daarbij ook onze grondhouding zijn. De taal van het recht bevat namelijk begrippen die wij menen te kennen, bijvoorbeeld uit ons dagelijks taalgebruik. Maar in juridische zin kunnen die wel eens een heel andere betekenis hebben – de context is immers een andere dan die van het gewone taalgebruik – en daarom is voorzichtigheid geboden.

Twee voorbeelden kunnen dit illustreren. Ga op een mooie zomerdag naar een strand en vraag aan een willekeurige surfer of hij binnenschipper is en hij zal u vermoedelijk vreemd aankijken. Een schipper bestuurt een schip, en een surfplank is toch helemaal geen schip? Toch definieert artikel 1.01 van het Binnenvaartpolitiereglement een surf- ofwel zeilplank als een 'klein zeilschip voorzien van een vrij bewegende zeiltuigage, die is gemonteerd op een in alle richtingen draaibare mastvoet en die tijdens het zeilen niet in een vaste positie wordt ondersteund'. Degene die surft is 'degene die een schip voert', kortom een binnenschipper (art. 1.02 Binnenvaartpolitiereglement). Het juridische gevolg van deze constatering is dat een surfer-binnenschipper zich net als alle andere schippers moet houden aan de regels van de binnenvaart, en dat bij overtreding van de regels sancties kunnen volgen. Een tweede voorbeeld: wie een medemens ervan beticht een vervelend persoon te zijn, doet dat zelden vanuit het besef dat het recht mensen van vlees en bloed tot 'persoon', in het bijzonder 'natuurlijk persoon', benoemt en daar vergaande consequenties aan verbindt (wij bespreken de natuurlijke persoon later in hoofdstuk 7). De woorden van de dichter Nijhoff dringen zich op: 'Kijk maar, er staat niet wat er staat'.

Het bijzondere van de taal van het recht is dat die een bepaalde ordening in de wereld teweebrengt. Dat is voor een samenleving niet zonder consequenties. De taal van het recht begrenst zo de werkelijkheid in het algemeen, en de samenleving meer in het bijzonder. Dat houdt ook in dat niet alles meer 'zomaar' kan. Iets moet (gaan) passen binnen de structuur van die taal en ordening. De onbegrensde vrijheid wordt omgezet in een beperkter aantal variatiemogelijkheden. Die moeten op hun beurt weer passen in de aangebrachte structuur, want anders is letterlijk en figuurlijk sprake van onzin. In het geval dat iets niet past binnen de rechtstaal hebben wij te maken met iets wat niet gezegd kan worden en dus juridisch niet relevant is. Het opnemen van het begrip 'surfplank' ofwel 'zeilplank' in het Binnenvaartpolitiereglement maakt het mogelijk de brokkenmakende surfer juridisch via de regels van juist dit reglement aan te spreken. Of die surfer man of vrouw is, rood haar heeft of kalend is, doet verder juridisch niet ter zake. Een argument gebaseerd op dit soort gegevens is in het recht irrelevant.

Gevolg hiervan is dat het recht en de taal van het recht op een bepaalde manier in een dominante positie worden gebracht. Recht is er omdat mensen recht maken, en