

Weg met de hermeneutiek in het recht!

Beschouwingen over de beperkte rol van interpretatie in de rechtsgeleerdheid

Jaap Hage

1 Weg met de hermeneutiek

Zowel in de rechtspraktijk als in de rechtsgeleerde theorie is er veel aandacht voor het uitleggen van gezaghebbende teksten zoals verdragen, de wet, of de rechtspraak. Voor zover dit uitleggen wordt opgevat als het zoeken naar, of het vinden van, de *betekenis* van deze teksten, zal ik deze nadruk op uitlegging als *hermeneutisch* aanduiden.¹ We vinden deze aanpak onder meer in het in Nederland nog steeds populaire Algemeen Deel van Scholten² en -- in een meer internationale context -- in het werk van Dworkin.³ Zoals gezegd, dit sluit aan bij de praktijk van het recht, maar dat is eigenlijk maar van beperkt belang voor een normatieve theorie. De vraag is niet wat juristen doen, maar wat ze behoren te doen.⁴ Ik zal in deze bijdrage betogen dat juristen minder dan te doen gebruikelijk aandacht zouden moeten besteden aan het uitleggen van gezaghebbende teksten en veel meer aan het vinden van de beste regels, c.q. oplossingen voor concrete gevallen. Dat het een het ander niet per se uitsluit zal een deel van mijn betoog zijn.

De argumenten die ik voor mijn hoofdconclusie zal aanvoeren kunnen in een enkele alinea worden weergegeven. Het recht is in de eerste plaats een antwoord op de vraag hoe te handelen en wel in het bijzonder vraag welke regels collectief moeten worden afgedwongen. Het recht valt daarom niet samen met het positieve recht. Toch is het positieve recht is in belangrijke mate bepalend voor de inhoud van het recht. Enerzijds omdat positief recht bijdraagt aan de rechtszekerheid en omdat de rechtszekerheid van groot belang is voor de vraag welke normen collectief moeten worden afgedwongen. Anderzijds omdat respect voor het door democratische organen gemaakte positieve recht impliciet ook respect voor democratie inhoudt. Maar het positieve recht kan zijn bijdrage aan de rechtszekerheid slechts dan leveren als goed te voorspellen is hoe het toegepast zal worden. Waar het positieve recht voor meer dan één uitleg vatbaar is, is niet goed te voorspellen hoe het zal worden toegepast. Het is dan ook niet van belang voor de inhoud van het recht. Theorieën over hoe het positieve recht moet worden uitgelegd (hermeneutische theorieën) zijn vooral daar van belang waar het recht voor meer dan één uitleg vatbaar is, dat wil zeggen daar waar het positieve recht niet bepalend is voor de inhoud van het recht. Daarom zijn hermeneutische theorieën niet van belang voor de inhoud van het recht en zouden juristen zich er niet mee moeten bezig houden. Voor wat betreft de democratische legitimatie van het positieve recht kan een vergelijkbare redenering worden opgezet. Zo eenvoudig is het mijns inziens, maar toch zal ik in de volgende paragrafen bovenstaande redenering wat verder uitwerken.

2 Twee visies op recht

Het zou een misvatting zijn te denken dat het recht enkel bestaat uit normen die gedrag voorschrijven. Ten eerste is het recht net zo goed een complexe sociale praktijk als een verzameling normen; nadruk op enkel normen zou een eenzijdig beeld geven van het recht. En ten tweede schrijft

¹ Wat nu precies onder hermeneutiek dient te worden verstaan, in het algemeen en in het recht, is niet erg duidelijk. Vergelijk bijvoorbeeld Klink and Taekema 2011, p. 45 and Stellmach and Brozek 2006, p. 173-175. Vanwege deze onduidelijkheid dient de omschrijving van hermeneutiek in de tekst als een preciserende definitie te worden opgevat.

² Scholten 1974, p. 33.

³ Dworkin 1986, in het bijzonder de hoofdstukken 2 en 7.

⁴ Dit is het traditionele onderscheid tussen zijn en behoren. Men zou nog kunnen betogen dat de rechtsgeleerdheid naturalistisch moet worden benaderd, in de zin dat de methodologische normen ontleend moeten worden aan de sociale praktijk van rechtsvinding en rechtsvorming. Meer over een dergelijk naturalisme in Kornblith 1994. Maar ook dit naturalisme doet er niet aan af dat er een conceptueel verschil is tussen wat mensen doen en wat ze behoren te doen.

het overgrote deel van de rechtsnormen in het geheel geen gedrag voor. Er zijn ook normen zijn die gedrag toestaan (permissieve normen), evenals normen die gedrag mogelijk maken (normen die de bevoegdheid geven om bepaalde rechtshandelingen te verrichten) en normen waarmee instellingen en procedures in het leven worden geroepen. En er zijn nog veel meer soorten normen.⁵ En dan heb ik het nog niet eens gehad over de verschillende soorten subjectieve rechten en over rechtsbeginselen en rechtswaarden. Toch valt te verdedigen dat al die andere normen er zijn om de normen die gedrag voorschrijven te ondersteunen. Recht is gericht op het beïnvloeden van menselijk gedrag door dit verplicht te stellen en daarmee redenen voor gedrag te geven.⁶

Rechtsnormen zijn niet de enige normen die redenen voor gedrag opleveren door dit gedrag verplicht te stellen; morele normen doen dat ook. Bovendien zijn er morele en andere waarden die ook redenen voor gedrag opleveren, zonder dit per se verplicht te stellen en verder levert ook het eigenbelang redenen voor gedrag op. Dit roept de vraag op hoe rechtsnormen zich verhouden tot andere redenen voor gedrag. Een antwoord geven op deze vraag is een riskante aangelegenheid, omdat er twee radicaal verschillende soorten antwoorden mogelijk zijn en er geen neutrale manier bestaat om uit te maken welke van deze twee antwoordcategorieën de beste is.⁷

Het ene soort antwoord gaat er van uit dat het recht een soort sociaal verschijnsel is. De vervolgvraag is dan wat voor een soort sociaal verschijnsel het recht is en een daaraan verwante vraag is hoe dit moet worden vastgesteld. Volgens Hart is de te volgen methode die van de descriptieve sociologie en is het antwoord dat het recht bestaat uit een samenstel van primaire en secundaire regels.⁸ Volgens Dworkin, die Harts uitgangspunt dat het recht een sociaal verschijnsel is deelt, bestaat de methode uit het interpreteren van het verschijnsel 'recht' en is het antwoord dat het recht overeenstemt met de best mogelijke theorie over de inhoud van het recht, waarbij het best mogelijke bestaat uit een mix van aansluiting bij de bestaande juridische materialen (rechtspraak en regelgeving) en inhoudelijke juistheid.⁹ Het voordeel van deze benadering is dat hij aansluit bij de ervaring van velen dat het recht er feitelijk is, in de vorm van een sociale praktijk. Het nadeel is dat het op het eerste gezicht niet duidelijk is waarom het recht een reden oplevert om te handelen.

Het andere soort antwoord is dat recht het antwoord is op een soort vraag van het type 'Wat zal ik doen?'. Deze benadering vinden we terug bij uiteenlopende rechtsfilosofen als Thomas van Aquino, Thomas Hobbes en Robert Alexy.¹⁰ Al deze filosofen zetten het recht in de sleutel van de praktische rede en in hun ogen is het redengevende karakter van het recht dan ook direct duidelijk. Maar dan is het niet vanzelfsprekend dat het recht als sociaal verschijnsel inderdaad recht is.

3. Vorm en inhoud

Een bekend onderscheid ten aanzien van juridisch redeneren is dat tussen formele en materiële argumenten.¹¹ Bij materiële argumentatie wordt ingegaan op de inhoud van de kwestie, terwijl bij formele argumentatie wordt afgegaan op eerdere beslissingen. Neem bijvoorbeeld de kwestie betreffende de vergoeding van schade die het gevolg is van onvoorzichtig handelen. In geval van materiële argumentatie zou het dan kunnen gaan over de wenselijkheid om dergelijke schade te

⁵ Men zou kunnen betogen dat alle normen per definitie 'normatief' zijn en dat normatief hetzelfde betekent als prescriptief of deontisch. Als men van deze conventie uit gaat, moet men het bovenstaande lezen met het woord 'regels' in plaats van normen. Meer in het algemeen geldt dat het woord 'norm' voor zoveel verschillende dingen wordt gebruikt, dat het beter zou kunnen worden geschrapt. Meer hierover In Hage 2005, hoofdstuk 6: 'What is a norm?'

⁶ Vergelijk in dit verband de omschrijving door Fuller (1963, p. 46 en 96) van recht als 'the enterprise of subjecting human conduct to the governance of rules'. Dezelfde suggestie gaat uit van het feit dat Hart (1994, p. 94) de regels die gedrag voorschrijven (rules of obligation) aanduidde als 'primary rules'.

⁷ Dit thema komt uitvoeriger aan de orde in Hage 2009.

⁸ Zie Hart 1994, p. vi en hoofdstuk V.

⁹ Zie Dworkin 1986, de hoofdstukken 3 en 7.

¹⁰ Alexy 1978, p. 263.

¹¹ Vgl. Atiyah en Summers 1987, p. 5 e.v. en Hage 2006.

laten vergoeden door de persoon die de schade heeft veroorzaakt en over de vraag wat een wenselijke omvang van de te vergoeden schade zou zijn. In geval van formele argumentatie zou de centrale vraag kunnen zijn wat de wetgever over de kwestie heeft beslist, of welke jurisprudentie er over dit onderwerp beschikbaar is.

De opvatting dat het recht een sociaal verschijnsel is valt niet samen met de opvatting dat juridisch redeneren formeel is, want de vraag naar de aard van het recht dwingt niet tot een antwoord op de vraag hoe juridisch redeneren gaat. Maar de koppelingen tussen aan de ene kant de opvatting dat het recht een sociaal verschijnsel is en de theorie dat juridisch redeneren formeel is en aan de andere kant de opvatting dat het recht een antwoord is op de vraag wat te doen en de theorie dat juridisch redeneren materieel is, zijn verleidelijk.

4. Recht als praktische rede

Het is niet eenvoudig om uit te maken welke opvatting over de aard van het recht de beste is, want welke maatstaf men bij het maken van deze keuze ook aanlegt, hij is altijd in het voordeel van één van beide antwoorden. Zo zou men kunnen kijken naar hoe het recht in praktijk fungeert. Maar als men dat doet, zoekt men het antwoord op de vraag naar de aard van het recht in de sociale werkelijkheid en dat is enkel gerechtvaardigd als men aanneemt dat het recht een sociaal verschijnsel is. Men zou ook kunnen vast te stellen wat recht is door na te denken over hoe menselijk gedrag gestuurd moet worden. Maar als men dat doet zoekt men het antwoord op de vraag naar de aard van het recht in de sfeer van de praktische rede en dat is enkel gerechtvaardigd als men aanneemt dat het recht een antwoord is op de vraag wat te doen.

Ondanks deze principiële moeilijkheid lijkt de opvatting dat het recht behoort tot de sfeer van de praktische rede me beter. De reden hiervoor is dat deze opvatting, in combinatie met de bijbehorende methode om de aard van het recht vast te stellen, samenhangender is dan de opvatting dat het recht een sociaal verschijnsel is, in combinatie met de daarbij behorende methode. De cruciale kwestie in dit verband is hoe het redeneren aan de hand van het positieve recht, het recht dat bestaat als sociaal verschijnsel, wordt gecombineerd met het niet per definitie aan een sociale praktijk gekoppelde redeneren over hoe moet worden gehandeld.

Als men uitgaat van recht als praktische rede, valt eenvoudig te verklaren dat het positieve recht een belangrijke rol speelt bij de beantwoording van de vraag welke normen collectief moeten worden afgedwongen. Die verklaring is dat het vaak belangrijker is *dat* een bepaald soort probleemsituatie een duidelijke en kenbare oplossing heeft, dan *wat* die oplossing precies inhoudt. Dit is vooral het geval als er meer oplossingen zijn die inhoudelijk bezien niet onredelijk zijn.¹² Waar het positieve recht geen duidelijk antwoord biedt op een rechtsvraag, of waar het duidelijke antwoord inhoudelijk gezien zo slecht is dat dit overwegingen van rechtszekerheid (en democratie, maar daarover zo meer) opzij zet, is het vanzelfsprekend dat de redenering verder gaat in termen van wat een wenselijke regeling zou zijn. Dat is dan niet een overstappen van de vraag wat het recht is naar wat het recht zou moeten zijn, maar het aanboren van andere redenen om dezelfde vraag te beantwoorden, namelijk de vraag welke normen collectief moeten worden afgedwongen.¹³

Een andere mogelijke reden waarom het positieve recht belangrijk is voor de vraag welke normen collectief moeten worden afgedwongen is dat het positieve recht vaak democratisch is

¹² Rechtseconomisch bezien zou men dit kunnen formuleren in termen van transactiekosten van de conflictoplossing die voor de partijen bij een conflict soms hoger zijn dan het verschil tussen de gunstigste en een minder gunstige inhoudelijke uitkomst van het conflict.

¹³ Hoewel de normatieve vragen die het recht wil beantwoorden op meer dan één manier verschillen van die welke de moraal en het eigenbelang willen beantwoorden, denk ik dat het handig is om de vraag 'Welke normen moeten collectief worden afgedwongen?' te zien als de kenmerkende vraag *voor het recht*. Dit sluit aan bij de opvatting die Dworkin verwoordt in *Law's Empire* (Dworkin 1986, p. 97: 'Law is a matter of which supposed rights supply a justification for using or withholding the collective force of the state because they are included in or implied by actual political decisions of the past'). Overigens is de rest van mijn betoog niet van deze stellingname afhankelijk.

gelegitimeerd en dat het daarom wenselijk is dat het ook collectief wordt afgedwongen. Als niet zonder meer wordt aangenomen dat democratie goed is, zijn er verschillende manieren om te beredeneren dat democratische legitimatie een reden is om regels collectief af te dwingen.

Eén manier is om er op te wijzen dat het feit dat de regeling democratisch tot stand is gekomen een aanwijzing is dat die regeling inhoudelijk juist is.¹⁴

Een andere manier maakt gebruik van de redenering dat de democratische herkomst laat zien dat de regeling de wil van het volk weerspiegelt en dat het goed is dat de wil van het volk collectief wordt afgedwongen. Maar dit roept de vragen op of volken wel een wil hebben, en of bepaalde democratische procedures garanderen dat de uitkomst van die procedures de vermeende wil van het volk weerspiegelt.

Een derde manier is meer indirect: men kan het wenselijk vinden dat een samenleving democratisch wordt bestuurd en van mening zijn dat dit mede inhoudt dat regelgeving via democratische procedures tot stand komt. Dan is het ook wenselijk de aldus tot stand gekomen regelgeving collectief af te dwingen, want als men dat niet zou doen, zou men de democratie ondergraven.

We zien dat er tenminste twee redenen zijn waarom het positieve recht een belangrijke rol zou spelen in het bepalen van welke regels collectief moeten worden afgedwongen, te weten de rechtszekerheid en de democratische legitimatie van het positieve recht dat via democratische procedures tot stand is gekomen. In de visie dat het recht een speciale variant is van de praktische rede is het dus mogelijk om op een natuurlijke manier de eenheid te verklaren van enerzijds het juridisch redeneren aan de hand van het positieve recht en anderzijds het zuiver evaluatieve redeneren.

5. Recht als sociaal verschijnsel

Er zijn ten minste twee manieren om het recht als een sociaal verschijnsel te zien. De ene manier houdt in dat de normen van het recht zelf bestaan als sociaal verschijnsel. Zo schrijft Brouwer in een artikel over rechtspositivisme: 'Mijn *uitgangspunt* is dat een theorie over de aard van het recht een beeld geeft van de *sociale* praktijk die we recht noemen'.¹⁵ De andere manier houdt in dat het recht wordt beschouwd als een argumentatieve praktijk waarbij de regels die aangeven wat goede argumenten zijn bestaan als sociaal verschijnsel.

Rechtsnormen kunnen op twee manieren bestaan als sociaal verschijnsel, namelijk -- om het in Hartiaanse terminologie te zeggen -- als sociale normen en als institutionele normen. Rechtsnormen bestaan als sociale normen binnen een bepaalde groep als voldoende leden van die groep het bestaan van deze normen erkennen, onder meer door zich er aan te houden en door de regels ook op anderen toe te passen, en als ze van de andere groepsleden denken dat ze hetzelfde doen.¹⁶ Wat juristen plegen aan te duiden als gewoonterecht valt onder deze categorie en jurisprudentierecht in rechtssystemen waar *stare decisis* niet verplicht is valt daar ook onder. Rechtsnormen bestaan als institutionele normen binnen een groep als andere normen die binnen de groep bestaan, aangeven dat ze als rechtsnormen gelden.¹⁷ Dit geldt voor recht dat is gemaakt in de vorm van regelgeving en verdragen en het valt goed te verdedigen dat alle rechtsnormen die zijn gemaakt door middel van rechtshandelingen (contracten, testamenten, voorwaarden bij vergunningen) daar ook onder vallen, evenals jurisprudentie in systemen waarin *stare decisis* verplicht is.

¹⁴ Vgl. Raz 1986, p. 70/1.

¹⁵ Brouwer 2008, p. 131. Cursiveringen toegevoegd.

¹⁶ Subtielere, maar daardoor ook ingewikkelder analyses van groepsgedrag zijn te vinden in Tuomela 2007.

¹⁷ Vgl. Harts theorie over 'rules of recognition' (Hart 1994, hoofdstuk V en VI) en Searles opvattingen over 'counts as rules' en de bestaanswijze van de sociale werkelijkheid (Searle 1995, hoofdstuk 4 en 5 en Searle 2010, hoofdstuk 3 en 5).

Voor zover recht een sociaal verschijnsel is, is het wezenlijk dat er een bestaande sociale praktijk is. En daarvoor is het weer essentieel dat de deelnemers aan die praktijk ervan op de hoogte zijn. Het is niet mogelijk dat er binnen een groep een sociale praktijk bestaat, terwijl een groot deel van de groep niet op de hoogte is van het bestaan ervan. Dit betekent, om vooruit te lopen op een cruciale stap in mijn betoog, dat normen die berusten op omstreden interpretaties van het recht niet bestaan als sociaal verschijnsel.

Als men aanneemt dat rechtsnormen zelf dienen te bestaan als sociaal verschijnsel, zal men moeten toegeven dat een aantal gevallen niet door het recht van een oplossing wordt voorzien en dat een juridische beslisser die met deze gevallen wordt geconfronteerd en geen recht mag weigeren nieuw recht moet maken.¹⁸ Dit zou dan impliceren dat de argumentatieve praktijk van juridische beslissers, die op het eerste gezicht één geheel is, bij nader inzien uit twee verschillende delen bestaat. Eerst moet worden vastgesteld of er in casu recht bestaat en zo ja, wat dit inhoudt. Als blijkt dat er geen recht is, moet nieuw recht worden gemaakt en de argumentatie is dan niet gericht op het vinden van bestaand recht, maar op het aangeven wat wenselijk is als nieuw recht. Deze tweedeling is in de rechtspraktijk zelden te herkennen en dat pleit tegen deze visie op het recht.

6. Recht als argumentatiepraktijk

Het valt te verdedigen dat het recht weliswaar bestaat als sociaal verschijnsel, maar dat het niet de concrete rechtsnormen zelf zijn die op deze wijze bestaan, maar veeleer argumentatieregels. Het zou dan bijvoorbeeld gaan om de regel dat een norm die in de wet staat kan worden aangevoerd in juridische argumentatie, of dat rechtshistorische interpretatie bij bepalingen van recente datum voorrang heeft boven teleologische interpretatie. De sociale praktijk kan dan ook inhouden dat als er geen aansluiting kan worden gevonden bij geschreven rechtsbronnen een beroep op de redelijkheid mogelijk is, of dat de toepassing van regels achterwege kan worden gelaten als die toepassing in strijd is met de strekking van de regel of tot bijzonder onbillijke resultaten zou leiden. Men zou Dworkin kunnen zien als een aanhanger van deze visie op het recht, omdat hij betoogde dat recht datgene is dat de uitkomst is van de best mogelijke argumentatie en dat bij juridische argumentatie zowel moet worden gestreefd naar een 'fit' met de bestaande juridische bronnen als naar substantiële rechtvaardigheid.¹⁹

Als men het recht ziet als een sociale praktijk, maar dan wel als een argumentatieve praktijk, vervalt het probleem dat omstreden interpretaties geen deel uit kunnen maken van het recht, omdat de interpretaties zelf niet als sociaal verschijnsel hoeven te bestaan, maar enkel de regels die dergelijke interpretaties rechtvaardigen. Dan zijn er twee mogelijkheden.

De eerste mogelijkheid is dat de argumentatieve praktijk onsamenhangend is in die zin dat er geen garantie is dat de regels van die praktijk steeds of zelfs maar meestal tot een eenduidige oplossing leiden. Wat in het bijzonder ontbreekt zijn regels die aangeven welke interpretatie onder welke omstandigheden gehanteerd dient te worden. Dit werd betoogd door de aanhangers van de Critical Legal Studies beweging, die van mening waren dat juridische argumentatie vooral instrumenteel is, gericht op het bereiken van bepaalde doeleinden.²⁰

Vooruitlopend op de rest van mijn betoog valt te stellen dat in deze visie hermeneutische methoden belangrijk kunnen zijn voor zover ze leiden tot argumenten die kunnen bijdragen aan de doeleinden die men wil bereiken. Zo zal bij voorbeeld de advocaat van de ene partij in het belang van zijn cliënte aankomen met de wethistorische interpretatie van een wettelijke bepaling, terwijl de advocaat van de andere partij meer gediend is van een systematische interpretatie omdat die de belangen van haar cliënt het best dient. Een rechter zou dan nog de voorkeur kunnen geven aan een teleologische interpretatie, omdat die naar haar mening de meest rechtvaardige oplossing zou bieden.

¹⁸ Vgl. Kelsen 1960, p. 249, Dworkin 1978, p. 34, Raz 1978, p. 52 en Brouwer 2008, p. 162.

¹⁹ Vgl. Dworkin 1986, p. 254-258 en in het bijzonder p. 257.

²⁰ Vgl. Boyle 1994 and Waldron 2006.

De verhouding tussen formalistische argumentatie, die een beroep doet op het positieve recht en substantiële argumentatie die het streven naar inhoudelijk juist recht centraal stelt is in deze visie een kwestie van opportuniteit. Substantiële argumenten worden net als formalistische argumenten mogelijk gemaakt door de feitelijk bestaande argumentatieve praktijk, maar er is geen principieel vastgelegde verhouding tussen de twee soorten argumentatie.

Het is nog maar de vraag of de aanhangers van de hermeneutische methoden erg blij zijn met deze steun voor hun visie.

De tweede mogelijkheid is dat de argumentatieve praktijk samenhangend is in de zin dat er juridisch relevante (en niet enkel pragmatische) redenen zijn waarom bepaalde argumenten in de ene context gebruikt moeten worden en andere argumenten in een andere context. De keuze voor een bepaalde redeneerwijze of interpretatie is dan niet willekeurig of afhankelijk van opportunistische redenen, maar wordt gedicteerd door het recht zelf. De kans is dan groot, in ieder geval veel groter dan bij de eerste mogelijkheid, dat veel casus een eenduidige juridische oplossing hebben.

In deze visie zal het recht moeten aangeven onder welke omstandigheden formalistische argumentatie de overhand zou moeten hebben en onder welke omstandigheden substantiële argumentatie bepalend zou moeten zijn. Dit veronderstelt een theorie over de relatie tussen formalistische en substantiële argumentatie. Hoewel de conclusie niet dwingend volgt, lijkt het me dat de sociale praktijk dan sterk zal lijken op de benadering van recht als praktische rede. Omdat in de ene context de ene soort argumenten het meest geschikt is om te betogen wat moet worden gedaan en in een andere context een andere soort, houdt de sociale praktijk (in de beste interpretatie daarvan) in dat steeds de beste argumenten gebruikt moeten worden om vast te stellen van wat moet worden gedaan. In deze interpretatie van recht als argumentatieve praktijk is het verschil met de 'recht als praktische rede'-visie voor mijn doeleinden (een betoog tegen hermeneutische methoden) irrelevant.

7. Rechtszekerheid

Laten we er verder van uit gaan dat het recht het antwoord is op een vraag van het type 'Wat moeten we doen?' en meer in het bijzonder de vraag 'Welke normen moeten we collectief afdwingen?'. Gegeven deze praktische vraagstelling is het niet vanzelfsprekend dat het positieve 'recht' medebepalend is voor het antwoord. Maar we hebben ook al gezien dat er ten minste twee soorten redenen zijn waarom het positieve recht van belang is voor de inhoud van het recht *tout court*.

De ene reden heeft te maken met rechtszekerheid. Het is voor mensen belangrijk om de gevolgen van hun gedrag te kunnen voorspellen en -- omdat die gevolgen deels bestaan uit het gedrag van andere mensen -- ook om het gedrag van andere mensen te kunnen voorspellen. Daarom moeten mensen kunnen weten welk gedrag afgedwongen zal worden. Aangezien positief recht gemakkelijker kenbaar is -- of tenminste zou moeten zijn -- dan de inhoudelijk juiste regels, pleit dit ervoor dat het positieve recht *prima facie* deel uit maakt van het recht.

De andere reden heeft te maken met de wenselijkheid van democratie. Als we democratie willen, moeten we ook bereid zijn om democratisch tot stand gekomen regels te aanvaarden en die aanvaarding kan met zich brengen dat deze regels met collectieve middelen moeten worden afgedwongen. Aangezien zowel regelgeving in haar verschillende vormen als rechtspraak hun grondslag vinden in een democratisch systeem -- althans in democratische samenlevingen -- pleit ook dit ervoor dat het positieve recht *prima facie* als recht wordt beschouwd.

Wat betekenen deze twee redenen om positief recht als recht te beschouwen voor een hermeneutische benadering van het recht? Laten we om te beginnen vast stellen dat interpretatie onvermijdelijk is zodra het recht ook maar voor een deel uit teksten of andersoortige symbolen bestaat. Symbolen zijn enkel symbolen als ze een conventionele betekenis hebben en het vaststellen in concreto van deze betekenis is een vorm van interpretatie. Maar voor zover het gaat om het bepalen van de betekenis van symbolen, dragers van een betekenis die daaraan door een conventie

is toegekend, zal het vaststellen van de betekenis weinig anders zijn dan het, al dan niet bewust, toepassen van de conventie. De betekenis van symbolen is gewoonlijk oncontroversieel, want anders zouden de symbolen geen dragers meer zijn van conventionele betekenis. Dit is gunstig in het licht van de rechtszekerheid en daarom is positief recht in de vorm van symbolen (regelgeving, jurisprudentie) aantrekkelijk vanuit het perspectief van de rechtszekerheid.

Zodra het vaststellen van de betekenis van het positieve recht echter meer vereist dan het toepassen van conventies die tot eenduidige uitkomsten leiden, is er vanuit het perspectief van de rechtszekerheid weinig reden meer om het positieve 'recht' te beschouwen als (deel van het) recht *tout court*. Dit betekent dat de toepassing van speciale juridische redeneervormen, zoals de redeneringen a fortiori, naar analogie en a contrario, niet leidt tot recht in de zin van recht als praktische rede.²¹

Hetzelfde geldt in beginsel voor andere vormen van interpretatie dan het vaststellen van de letterlijke betekenis van teksten. In het bijzonder als de uitkomsten van deze interpretatiewijzen niet voorspelbaar zijn, hetzij individueel bezien, hetzij doordat onduidelijk is welke interpretatiewijze de 'juiste' is, kan aan de rechtszekerheid geen argument worden ontleend waarom het aldus geïnterpreteerde positieve 'recht' ook echt recht zou zijn. Dat zou bij wijze van uitzondering anders kunnen zijn als een bepaalde niet-letterlijke interpretatie zo voor de hand ligt, dat er bij haast niemand twijfel over bestaat dat dit de juiste interpretatie is. Maar zodra er ook maar enige serieuze twijfel mogelijk is, kunnen er aan de rechtszekerheid geen argumenten worden ontleend om dit positieve 'recht' als recht te beschouwen.

8. Democratie

De redenering ten aanzien van de democratie verschilt eigenlijk niet zo veel van die ten aanzien van de rechtszekerheid. Uit respect voor de democratie, zowel voor de regels die (indirect) door het volk gemaakt zouden zijn als voor de instellingen zoals de rechterlijke macht, die in een democratische setting functioneren, valt er wat voor te zeggen om het recht dat -- direct of indirect -- door democratisch gelegitimeerde instellingen is gemaakt zo nodig met collectieve middelen af te dwingen. Maar dit veronderstelt dat er een direct verband bestaat, of tenminste lijkt te bestaan, tussen dit positieve recht en de instellingen die democratisch gelegitimeerd zijn. Als dit verband er niet herkenbaar is, valt het collectief afdwingen van het positieve recht niet te zien als steun voor de democratie.

Zo zou men kunnen verdedigen dat de letterlijke uitleg van een regeling, of een wetshistorische interpretatie leidt tot een toepassingsbereik van een regeling waarvoor democratische steun bestaat. Maar dit geldt niet voor bijvoorbeeld teleologische of systematische interpretatie, of voor redeneringen naar analogie of a contrario. Bovendien wordt de democratische steun al dubieus als de letterlijke uitleg en de wetshistorische in concreto tot onverenigbare resultaten leiden.

Kortom, het democratieargument biedt geen steun voor het hanteren van een omvangrijk palet van hermeneutische technieken, hooguit voor het hanteren van letterlijke en wetshistorische interpretatie en dan nog enkel als deze tot eenduidige resultaten leiden en elkaar niet tegenspreken. Dit verschilt niet wezenlijk van wat we ook al zeggen bij het rechtszekerheidsargument.

9. Tussenconclusie

Er valt veel voor te zeggen om het recht te beschouwen als het antwoord op een bepaald soort vraag van het type 'Wat moet ik / wat moeten we doen?'. Dan is het niet meer vanzelfsprekend dat het positieve 'recht', zowel hetgeen is neergelegd, zoals regelgeving en jurisprudentierecht, als dat wat niet is neergelegd maar wel bestaat door aanvaarding binnen een sociale groep, inderdaad recht is.

²¹ Het is vanzelfsprekend niet uitgesloten dat dergelijke redeneerwijzen tot inhoudelijk juist recht leiden, maar dat is dan 'toeval'.

Er zijn dan speciale argumenten nodig waarom het wenselijk is om dit recht na te volgen, of af te dwingen. Het is goed mogelijk om dergelijke argumenten te vinden; een beroep op rechtszekerheid en op de democratische legitimatie van (veel van) het positieve recht levert prima redenen op waarom het positieve recht inderdaad recht is.

De status van het positieve recht als recht wordt echter dubieus waar argumenten als rechtszekerheid en democratische legitimatie niet meer op gaan. Dat is het geval waar de inhoud van het positieve 'recht' omstreden is of -- en dat komt in grote lijnen op hetzelfde neer -- waar de democratische legitimatie niet meer, of slechts met veel goede wil, herkenbaar is. Dan is het niet meer duidelijk waarom we het positieve recht zouden moeten gehoorzamen of afdwingen en dan steekt de fundamentele twijfel over het rechtskarakter van het positieve recht de kop op.

Het is geen toeval dat dit twijfelgebied daar ligt waar de hermeneutiek als leer van de interpretatie een belangrijke rol wil spelen. Interpretatie is onvermijdelijk als recht wordt gemaakt met behulp van symbolen, zoals natuurlijke taal. Maar dan betreft het een vorm van interpretatie die vaak niet als zodanig wordt ervaren: lees maar, er staat gewoon wat er staat.²² Maar juridische interpretatie komt vaak neer op het bepalen van het wenselijke toepassingsbereik van een regel. De interpretator is dan bezig met redeneren over hoe moet worden gehandeld. Maar als het positieve recht geen eenduidige aanwijzingen biedt, lijkt er weinig reden te zijn om überhaupt nog bij het positieve recht aan te haken. Dan kan 'vrij' normatief worden geredeneerd, voor zover normatief redeneren vrij kan zijn. Al de prachtige technieken die in de hermeneutiek zijn ontwikkeld kunnen dan gerust worden opgeborgen in het museum van de ideeëngeschiedenis. Misschien hoeft de hermeneutiek dan toch niet helemaal weg, maar de redenen om die te bewaren zijn in essentie dezelfde als waarom we industrieel erfgoed willen bewaren: zo deden we het vroeger en het is goed om dat te onthouden, maar nu kunnen we beter.

10. Nog wat meer conclusies

Als we de schijnvanzelfsprekendheid dat het recht positief recht is opgeven, heeft dat meer consequenties dan enkel dat de hermeneutiek tot ideeëngeschiedenis gaat behoren. Het is hier niet de plaats om daar uitvoerig op in te gaan, maar toch wil ik hier drie van die gevolgen kort aanduiden.

Het eerste gevolg is dat de juridische discipline een wezenlijk normatieve is. Niet omdat het, zoals Smits²³ schrijft, de kerntaak van de rechtswetenschap is om vast te stellen hoe het recht zou moeten luiden, maar omdat het de kerntaak is om vast te stellen wat het recht inhoudt. De rechtswetenschap -- want het kan inderdaad een wetenschap zijn²⁴ -- moet zich niet primair bezig houden met het interpreteren van teksten en het systematiseren van de inhoud daarvan, maar met redeneren over welke regels we collectief zouden moeten afdwingen. In dit verband, maar anders niet, kan de interpretatie van teksten eventueel een rol spelen.

Het tweede gevolg is dat het recht niet in de eerste plaats nationaal recht is. Velen hebben er al op gewezen dat er tegenwoordig veel ontwikkelingen zijn die maken dat het recht steeds minder een nationale, statelijke aangelegenheid wordt.²⁵ Dat klopt, maar dat is in nog veel fundamenteelere zin het geval dan soms wordt gedacht. *Recht is wezenlijk geen positief recht en daarom wezenlijk geen statelijk recht.* Statelijk recht is wel van belang, maar om dezelfde redenen waarom positief recht van belang is. Omwille van de rechtszekerheid en de democratie is het vaak zinvol om lokale, statelijke, maar ook substatelijke, superstatelijke en non-statelijke positieve regels te gehoorzamen en collectief af te dwingen. Op het moment dat de eisen van de rechtszekerheid anders, of minder dwingend worden en dat veranderende maatschappelijke verhoudingen democratie minder cruciaal maken voor het recht of andersom, verandert ook de basis onder het rechtskarakter van het positieve statelijke recht.

²² Met excuses aan Martinus Nijhoff.

²³ Smits 2009, p. 74.

²⁴ Zie Hage 2011.

²⁵ Zie bijvoorbeeld Twining 2009, p. 5-8 en Callies en Zumbansen 2010.

Het derde gevolg betreft de aard van de rechtenstudie. Die bestaat nu in Nederland voor het overgrote deel uit het bestuderen van het positieve recht. Aangezien het positieve recht de inhoud van het recht voor een belangrijk deel bepaalt, is het goed dat het grondig bestudeerd wordt. Maar het is niet de kern van de zaak. Die kern is een normatieve vraag: welke regels moeten we collectief afdwingen? De beantwoording daarvan vergt een normatieve component en een feitelijke component.

De normatieve component is in essentie een normatief-ethische vraag: aan de hand van welke maatstaf moeten we bepalen welke normen we collectief moeten afdwingen. Daarom zou normatieve ethiek een wezenlijk en verplicht onderdeel moeten uitmaken van de rechtenstudie. Afhankelijk van de gekozen maatstaf is bepaalde feitelijke informatie van belang. Van de benodigde kennis zal hoogstwaarschijnlijk informatie deel uit maken betreffende de gevolgen van het collectief afdwingen van bepaalde regels. Dit soort informatie wordt, zo goed en zo kwaad als het gaat, geleverd door wat nu nog worden beschouwd als juridische hulpwetenschappen: de (rechts)sociologie, de (rechts)psychologie en de (rechts)economie. Maar anders dan veel juristen nu denken zijn het geen hulpwetenschappen, maar vormen ze, samen met de normatieve ethiek, de kern van de rechtswetenschap. Ook hieraan zou de rechtenstudie dus substantieel aandacht moeten besteden.

De studie van het positieve recht is ook van belang en wel binnen het kader van de sociologie: het positieve recht is een sociaal verschijnsel dat een rol speelt bij de verwachtingen die mensen tegenover elkaar hebben. Het is vaak wenselijk om deze verwachtingen te honoreren en daarom moet dit sociale verschijnsel bestudeerd worden ten behoeve van het recht. De rol van de hermeneutiek hierbij is, zoals hierboven uitvoeriger betoogd, zeer beperkt.

Bibliografie

R. Alexy (1978). *Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*. Frankfurt a.M.: Suhrkamp.

P.S. Atiyah en R.S. Summers (1987), *Form and Substance in Anglo-American Law*, Oxford: Clarendon Press.

James Boyle (1994). 'Introduction', in James Boyle (ed.), *Critical Legal Studies*, New York: New York University Press 1994, p. xiii-liv.

P.W. Brouwer (2008). *Coherentie, rechtszekerheid en rechtspositivisme. Verspreide opstellen van prof. mr. P.W. Brouwer (1952-2006)*, onder redactie van A.M. Hol en J.C. Hage. Den Haag: BJu.

Graff-Peter Callies en Peer Zumbansen (2010). *Rough Consensus and Running Code. A Theory of Transnational Private Law*. Oxford: Hart Publishing.

Ronald Dworkin (1978). *Taking Rights Seriously*. 2nd. ed. London: Duckworth.

Ronald Dworkin (1986). *Law's Empire*, London: Fontana.

Lon L. Fuller (1963). *The morality of law*, revised edition, New Haven: Yale University Press.

Jaap C. Hage (2005). *Studies in Legal Logic*. Dordrecht: Springer.

Jaap C. Hage (2006). 'Legal Reasoning', in Jan M. Smits (ed.), *Elgar Encyclopedia of Comparative Law*, Cheltenham: Edward Elgar, p. 407-422.

Jaap C. Hage (2009), 'Two Conceptions of Law and Their Implications for Legal Truth'.
http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1443278.

Jaap C. Hage (2011). 'The Method of a Truly Normative Legal Science', in Mark van Hoecke (ed.), *Methodologies of Legal Research*, Oxford: Hart, p. 19-44.

Herbert L.A. Hart (1994). *The Concept of Law*, 2nd. ed. Oxford: Clarendon Press.

Hans Kelsen (1960). *Reine Rechtslehre*, 2e Aufl., Wien: Franz Deuticke.

H. Kornblith (ed.) (1994), *Naturalizing Epistemology*. 2nd. ed. , Cambridge: MIT Press.

Bart van Klink en Sanne Taekema (eds.) (2011). *Law and Method. Interdisciplinary Research into Law*. Tübingen: Mohr Siebeck.

Joseph Raz (1986). *The Morality of Freedom*. Oxford: Clarendon Press.

P. Scholten (1974). *Algemeen Deel van Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht*, 3e druk, bewerkt door mr. G.J. Scholten. Zwolle: Tjeenk Willink.

John R. Searle (1995), *The construction of social reality*, New York: The Free Press.

John R. Searle (2010). *Making the social world*, Oxford: Oxford University Press.

Jan Smits (2009). *Omstreden rechtswetenschap. Over de aard, methode en organisatie van de juridische discipline*. Den Haag: BJu.

Jerzy Stellmach en Bartosz Brozek (2006). *Methods of Legal Reasoning*. Dordrecht: Springer.

Raimo Tuomela (2007). *The Philosophy of Sociality*. Oxford: Oxford University Press.

William Twining (2009). *General Jurisprudence. Understanding Law from a Global Perspective*. Cambridge: Cambridge University Press.

Jeremy Waldron (2006), 'Did Dworkin ever Answer the Critics?' in Scott Hershovitz (ed.), *Exploring Law's Empire. The Jurisprudence of Ronald Dworkin*, Oxford: Oxford University Press, p. 155-182.