

## Besprekingen en aankondigingen

**De redactie verwelkomt initiatieven tot het schrijven van evaluatieve recensies en korte boekaankondigingen. Neemt u daartoe vooraf contact op met de recensieredacteur.**

*Olav Antonie Haazen, Algemeen deel van het rechterlijk overgangsrecht. Een verhandeling over de terugwerkende kracht van rechtspraak, de rechtsdwaling en de democratische rechtsvindingsleer (diss. Tilburg), Deventer: Kluwer 2001, xxvi + 699 p.*

Wanneer de wetgever een nieuwe wet maakt, wordt de datum van ingang meestal keurig vastgesteld op een tijdstip in de toekomst. Uitgangspunt van onze rechtsstatelijke ideologie is dat wetten slechts bij hoge uitzondering een terugwerkende kracht krijgen, omdat dit in strijd zou zijn met waarden als rechtszekerheid en het legaliteitsbeginsel.

Maar wat wanneer de rechter nieuw recht maakt, of zelfs expliciet omgaat? Hij doet dit meestal naar aanleiding van een gebeurtenis in het verleden. Bij aansprakelijkheidszaken (bijvoorbeeld rond asbest) kan de rechtszaak zelfs decennia na het schade veroorzakend handelen plaatsvinden. In feite wordt dan het nieuwe door de rechter gevormde recht met terugwerkende kracht van toepassing verklaard. Maar hoever gaat die terugwerkende kracht dan eigenlijk terug? Is er wel een grens te trekken? Want als een bepaalde aansprakelijkheidsregel in 1991 tot geldend recht werd verklaard, waarom zou die dan ook niet gelden voor 1976, of voor 1960? Heeft de uitspraak ook invloed op nog lopende zaken?

Geen jurist zal nog ontkennen dat de rechter aan rechtsvorming doet. Maar deze erkenning brengt veel nog onopgeloste praktische en vooral rechtstheoretische problemen met zich mee. Wat moeten we verstaan onder geldend recht? Of moeten we de illusie dat er zoiets is als geldend recht maar helemaal laten varen?

Dit soort vragen komen aan de orde in het proefschrift met de zeer pretentieuze titel. Je moet maar durven! Maar die pretentie wordt meer dan waargemaakt; het is een prachtig proefschrift en terecht bekroond met een cum laude. Het is uitermate breed opgezet en combineert rechtstheoretische beschouwingen met een zorgvuldige analyse van de privaatrechtelijke jurisprudentie, niet alleen van Nederland, maar ook van andere landen zoals de Verenigde Staten. Ik ken in Nederland weinig proefschriften met zo'n vruchtbare combinatie van positiefrechtelijke analyses met rechtstheoretische beschouwingen.

Het accent ligt in dit proefschrift op de rechtstheoretische vragen. De temporele werking van rechtspraak is natuurlijk een moeilijk probleem voor veel theorieën, en leidt vaak tot weinig consistente oplossingen en tussenposities. Om in die chaos (die ook weerspiegeld wordt door het ontbreken van een heldere lijn in de jurisprudentie) helderheid te scheppen onderscheidt Haazen twee ideaaltypische posities. In het idealisme (Fuller, Hart, Dworkin, veel rechtseconomen) wordt recht als gedragsnorm met een gedragsbeïnvloedend potentieel gezien. Om regels te kunnen volgen, moet het recht autonoom en eenvoudig kenbaar zijn en moeten juridische toepassingen een kwestie van eenvoudige deductie zijn. Rechtszekerheid en rechtsgelijkheid zijn hierbij belangrijke waarden; retroactief recht is daarom een perversie van de rechtsidee. Het realisme (hermeneutiek, topiek, rechtsrealisme en CLS) stelt daartegenover dat het recht bestaat uit beoordelingsnormen achteraf, dat het recht niet losstaat van beleid en ideologie en niet vatbaar is voor deductief redeneren. De radicale implicatie daarvan is volgens Haazen (maar hier maakt hij te grote sprongen) dat het recht volledig onbepaald is, en dat de rechter dus niet gebonden is aan het recht. Rechtszekerheid en rechtsgelijkheid zijn illusies. Beide extreme posities vertonen wezenlijke gebreken en die worden door Haazen met grote retorische kracht (hoewel soms met onnodige overkill) geanalyseerd.

Daarnaast onderscheidt hij twee posities over de betekenis van rechterlijke uitspraken: de declaratoire en de constitutieve theorie. Volgens de declaratoire theorie verklaart de rechter slechts wat ook zonder zijn uitspraak al recht is; volgens de constitutieve constitueert de rechter met zijn uitspraak het recht.

Na de extremen zo geschetst en volledig (overigens vaak niet geheel overtuigend) neergesabeld te hebben, ontwikkelt Haazen zijn eigen middenpositie: de democratische rechtsvindingstheorie. Hij stelt dat het recht een dubbele grondslag heeft: de gelding van recht kan zowel gebaseerd zijn op formele criteria zoals het uitgevaardigd zijn door een autoriteit (wetgever, rechter) als op inhoudelijke criteria, namelijk dat het overeenkomt met maatschappelijke opvattingen. Het ongeschreven recht is voor zijn gelding slechts ten dele van die erkenning door de rechter of wetgever afhankelijk. Wanneer de rechter in zijn nieuwe uitspraak zich baseert op gewijzigde maatschappelijke opvattingen, is hij dus in zekere zin zowel declaratoir als constitutief. Hij verklaart slechts wat volgens de maatschappelijke opvattingen al recht was, maar voegt er iets aan toe door dit nu ook formeel te erkennen. Voorzover hij zich in zo'n oordeel baseert op duidelijk breed gedragen overtuigingen, vervallen een aantal bezwaren tegen terugwerkende kracht. In zo'n situatie is dit namelijk noch in strijd met de rechtszekerheid noch met het vereiste van democratische legitimatie.

Deze tussenpositie levert voor sommige situaties een grondslag voor een ver terug reikende terugwerkende kracht. In andere gevallen, bijvoorbeeld wanneer de breed gedragen maatschappelijke opvattingen ontbreken, ligt het moeilijker. Dat kan de reden zijn voor de rechter om de temporele werking van zijn uitspraak te beperken. Op basis hiervan ontwikkelt Haazen een genuanceerd kader voor verschillende vormen van temporele werking van rechtspraak.

Hij laat zien dat ook deze tussenpositie steun kan vinden in jurisprudentie en literatuur. Het laatste deel van het boek gaat over de verschillende juridische uitwerkingen van dit centrale idee tot een algemene leerstuk van overgangsrecht. Aldus blijkt dat zijn rechtstheoretische doctrine niet alleen inhoudelijk-theoretisch de beste constructie is, maar ook redelijk past bij de jurisprudentie en doctrine.

Ik ben diep onder de indruk van dit proefschrift; bij mijn oratie moest ik me bedwingen om niet nog veel meer voetnoten naar dit boek te maken, met instemming of kritiek. Het is goed geschreven en biedt veel citeerbare uitspraken en mooie casus. En in grote lijnen ben ik het eens met de ingenomen positie – hoewel vaak niet met de interpretaties van en kritiek op de bestreden auteurs.

Natuurlijk zijn er ook minpunten. Het is onnodig lang en bevat te veel herhalingen en vooral: de kritiek van de auteur wordt er soms te nadrukkelijk bij de lezer ingepeperd. De schetsen van idealisme en realisme zijn zo extreem dat ze karikaturen zijn. Veel van de genoemde auteurs passen niet in deze simpele schema's. De meeste auteurs die als voorbeelden van deze extreme posities worden aangehaald, hebben ook volgens Haazen ideeën die bij de tussenpositie passen. Om een bepaald denkpatroon helder te krijgen, is deze benadering verdedigbaar; alleen wordt daardoor de kritiek vaak te gemakkelijk en doet deze onvoldoende recht aan de nuances in de posities van de bestreden auteurs.

Het kritisch deel vind ik dus minder overtuigend dan het constructieve deel. Het gaat mij bijvoorbeeld veel te ver om Dworkin als extreem idealist neer te zetten – waar hij zelf uitdrukkelijk stelling neemt tegen de gedachte dat het recht 'bestaat' als gedragsnorm, dat het een 'brooding omnipresence in the sky' is, of dat rechtsregels deductief kunnen worden afgeleid. In mijn interpretatie past zijn denken veel meer bij de hermeneutiek en bij Haazens democratische rechtsvindings-theorie. En Haazen maakt te gemakkelijk gehakt van het onderscheid tussen legitimatie en heuristiek van rechterlijke oordelen; hij acht een oordeel eigenlijk alleen gerechtvaardigd als het tot stand is gekomen volgens de patronen van legitimatie die achteraf worden gegeven. Dit lijkt me een rationalistische overschatting van het menselijk denken; soms kom je, ook in de wetenschap, via heel kronkelige wegen tot een vondst, waarvan je pas daarna kunt aantonen dat hij correct is.

Maar dit zijn allemaal kleinere punten van kritiek. De kracht van Haazens proefschrift is dat hij zo scherp formuleert dat je precies kunt zien waar je het niet mee eens bent, en waarom niet. Het zet de lezer aan het denken over de eigen positie, juist ook wanneer men het oneens is met de argumentatie. Eindelijk een proefschrift dat het debat niet schuwt en alle autoriteiten durft aan te vallen. Wat een verademing! Waren er maar meer van dit soort proefschriften.

Wibren van der Burg (Tilburg)