

Historisch besef

Wibren van der Burg¹

Het besef dat het recht ooit anders was en dat het ook weer kan veranderen, lijkt tegenwoordig welhaast verdwenen. Met terugwerkende kracht worden feitelijke omstandigheden in het licht van nieuw vastgestelde normen geïnterpreteerd. Het debat over de weigerambtenaar krijgt zo onnodig een zware symbolische en ideologische lading, terwijl juist tijd in deze kwestie zo'n goed werk zou kunnen doen.

An de EUR wordt momenteel hard gewerkt aan 'de campus van morgen' en dus vonden oraties deze herfst tijdelijk plaats in de Rotterdamse Arminiuskerk, tegenover Boijmans Van Beuningen. Een prachtige Jugendstilkerk, zo'n omgeving geeft toch meer sfeer aan een academische plichtigheid dan de moderne zalen waar we normaal zitten.

Een kerk ook met een historische betekenis. Toen ik begin december een oratie bijwoonde, gingen mijn gedachten uit naar een vergadering, op enkele dagen na precies 25 jaar eerder, in hetzelfde gebouw. Toen besloten de Remonstranten, als eerste kerk ter wereld, om in hun kerkorde heteroseksuele en homoseksuele relaties als volstrekt gelijkwaardig te behandelen. Destijds een revolutionair besluit. We haalden daarmee niet alleen het achtuur-journaal, maar zelfs de voorpagina van de *New York Times*. Een 'huwelijk' kon de relatie tussen twee mannen of vrouwen toen overigens niet heten, want de wetgever was nog lang niet zover. Dominees die een huwelijk tussen homoseksuelen zouden voltrekken, liepen het risico om strafrechtelijk te worden vervolgd, mede daarom kozen de Remonstranten noodgedwongen voor de nieuwe koepeltema levensverbintenissen. Het duurde daarna nog vijftien jaar voor ook de Nederlandse wetgever, als eerste in de wereld, een vergelijkbaar besluit nam. (Soms loopt de straat toch behoorlijk achter bij de kerken.)

Zodra er ergens een meerderheid voor bestaat wordt deze omgezet in wetgeving die zo snel mogelijk geëffectueerd dient te worden

Dat dit alles zo kort geleden is, lijkt nu nauwelijks voorstelbaar. Gelijke behandeling van homo's en lesbo's lijkt tegenwoordig (in ieder geval op papier) vanzelfsprekend: 86% van de bevolking is voor openstelling van het huwelijk voor homoseksuelen.² Aanvaarding hiervan wordt zelfs vaak gezien als een kernwaarde van de Westerse beschaving – en gebruikt als toetssteen voor de mate van

integratie van allochtonen. Enig internationaal besef zou dit kunnen relativeren: ook nu nog hebben de meeste Westerse landen het huwelijk niet opengesteld voor homoseksuelen. Maar ook enig historisch besef – en kritische zelfreflectie – zouden niet misstaan: tot voor kort waren ook in Nederland gelijke rechten voor homoseksuelen en lesbiennes echt niet vanzelfsprekend. Integendeel, als we afgaan op de peilingen van zo'n twintig jaar geleden, heeft de overgrote meerderheid van de nu levende Nederlanders boven de veertig zelf vroeger ook de gedachte van een huwelijk tussen twee mannen of twee vrouwen verworpen – en heeft dat vermoedelijk intussen verdrongen.

In actuele discussies en in juridische analyses mis ik vaak het besef van de historicität van het recht. Het besef dat het recht ooit anders was en dat het ook weer kan veranderen. En vooral het besef dat de samenleving tijd nodig heeft om zich aan die veranderingen aan te passen. Kees Schuyt betoogde in zijn latste oratie dat het recht *digitaliseert*. Iemand wordt schuldig of onschuldig verklaard, iemand is gehuwd of gescheiden en niet allebei een beetje. Na het rechterlijke oordeel is er in principe één geldende norm. In samenhang daarmee geldt vooral voor rechtspraak ook dat zij *dehistoriseert*. De uitspraak waarbij de Hoge Raad het recht vaststelt of zelfs omgaat, heeft een tijdloos karakter: de norm wordt eigenlijk geacht altijd al te hebben gegolden – ook voordat de Hoge Raad het bepaalde. Met terugwerkende kracht worden feitelijke omstandigheden in het licht van de nieuw vastgestelde norm geïnterpreteerd.³

De wetgever heeft meer dan de rechter instrumenten ter beschikking om zowel de digitalisering als de dehistorisering van het recht te mitigeren. Overgangsbepalingen, een ruime tijd tot de invoering van nieuwe wetgeving, open bepalingen, uitzonderingsbepalingen en horizonbepalingen – ze behoren allemaal tot het instrumentarium. Door de stroperigheid van het politieke proces zijn bovendien in ons polderland doorgaans veranderingen enigszins voorzienbaar.

De laatste jaren waait echter in de Tweede Kamer een nieuwe wind. In plaats van de poldercultuur kwam een winner-takes-all-mentaliteit – en echt niet alleen bij de huidige coalitiepartijen. 'We want it all and we want it now' is de slogan van de nieuwe politiek. Aanpassing en matiging van wetgeving om tegemoet te komen aan bezwaren van minderheden, maatschappelijke groepen of de Raad van State gebeurt steeds minder (tenzij natuurlijk



Sedimentaire lagen in de Sinal woestijn, door tijd ontzakt © Gary Braasch/CORBIS

die minderheden in de Eerste Kamer op de wip zitten). En de samenleving voldoende tijd geven om aan veranderingprocessen te wennen, zit er ook nauwelijks in. Zodra er ergens een meerderheid voor bestaat (radicale reductie of afschaffing van allerlei subsidies, verhoging van de btw op de kunsten, verbod op ritueel slachten), wordt deze omgezet in wetgeving die zo snel mogelijk geëffectueerd dient te worden. Soms kan de Eerste Kamer of een gedoogpartij nog wat repareren, maar dat blijft een uitzondering. Door deze houding versterkt de politiek het digitale karakter van het recht en verdwijnt het besef van de historiciteit van het recht. Dat is jammer, want meer begrip voor de tijdsdimensie in het recht biedt soms niet alleen een zekere relativering, maar ook oplossingsrichtingen.

Het huidige debat over de 'weigerambtenaar' is een voorbeeld van overmatige digitalisering en dehistorisering. Daardoor is het nu voor alle partijen alles of niets, en krijgt het debat onnodig een zware symbolische en ideologische lading. Bij de (destijds mijns inziens volstrekt terecht) aanvaarding van gewetensbezwaren tegen het verstrekte en huwelijkse tussen homoparen is helaas niet meteen besloten dat vanaf 2001 er geen nieuwe ambtenaren met derge-

lijke bezwaren zouden worden aangesteld. Evenzo is toeten onrechtte geen overgangstermijn vastgesteld waarin de overheid nog ruimte zou laten voor die gewetensbezwaren. Een dergelijke keuze had de huidige discussie aanzienlijk van zijn scherpe kantjes ontdaan, omdat dan van meet af aan helder was geweest dat de ambtenaren met gewetensbezwaren op termijn vanzelf zouden verdwijnen.

Ook nu nog zou mijns inziens een praktisch compromis in deze lijn te verkieszen zijn boven de huidige ideologische scherpelijperij (van alle partijen). Ambtenaren benoemd na 2001 wisten bij hun benoeming al dat een huwelijk ook voor homoparen openstaat: voor hen zou daarom binnen enkele jaren naar een vertrektregeling (al dan niet via een andere functie in de openbare dienst) moeten worden gezocht. Maar laat de gewetensbezwaard ambtenaren die in 2001 al benoemd waren, nog maximaal vijf of tien jaar de ruimte, en zoek pas daarna voor hen zo nodig een oplossing waarbij ze vertrekken of een andere functie krijgen. Soms is het verstandig om de tijd zijn werk te laten doen. Dan kan de politiek zich richten op de echte problemen, zoals het bevorderen van een homovriendelijk klimaat in het onderwjs.⁴ •

Auteur
1. Prof. mr. W. van der Burg is hoogleraar rechtsfilosofie en rechtstheorie aan de Erasmus School of Law (EUR) en medewerker van dit blad.

Nalen
2. Overigens, voor de lezer denkt dat wa inbussen een vijfening botweik zijn: de

acceptatie in de praktijk is nog vrij dun. 40% van de Nederlanders stort zich aan een zoentend mannepaar en 27% aan een zoentend vrouwepaar (tegen maar 13% als het om een gemengd paar gaat). Saskia Keuzenkamp (red.) *Steds gewoner, noot* gewoon, Den Haag SCP 2010, 41.

3. Een culturele illustratie hiervan is dat achteraf niet Nederland maar Canada het

eerste land blijkt te zijn geworden waarin een huwelijk tussen een mannepaar werd voltrokken. In 2003 erkende het Court of Appeal for Ontario een op 14 januari 2001 gesloten kerkelijk huwelijk als rechtsgeldig. In Nederland werden de eerste huwelijken tussen homoparen voltrokken door burgemeester Cohen op 1 april 2001.

4. Vgl. Keuzenkamp, *Steds gewoner*

noot gewoon, 166. Zolang 'homo' een veelgebruikt scheldwoord is onder jongeren, en een op de vier vijf homo'sessuele en lesbische leerlingen op de middelbare school een homo-ovriendelijk klimaat verwacht, laten we grote aantallen jongeren in de steek.