

Hans Franken: it ain't necessarily so

*Prof. mr. dr. A.M. Hol**

Het lezen van biografieën, een soort portretten, is vaak leerzaam. Door kennis te nemen van het leven van de geportretteerde leert men veelal ook het nodige over een bepaald tijdperk, een cultuur, een bepaalde samenleving en bijzondere ontwikkelingen daarin. We leren echter niet alleen *over* het leven van de geportretteerde, mogelijk leren we ook *van* hem. Het lezen van een biografie zet vaak aan tot reflectie. We spiegelen ons aan de persoon waarover we lezen en vragen ons af of er dingen zijn die navolging verdienen of juist niet. Misschien is dit wel de belangrijkste reden om zich in iemands biografie, of portret te verdiepen.

In het navolgende portretteren we Hans Franken, niet zozeer als persoon, maar vooral als jurist. De schrijver van dit juristenportret moest kiezen hoe Franken neer te zetten. Net zoals een schilder kun je heel precies, bijna fotografisch te werk gaan. Je kunt ook een meer grove schets maken, waarbij je bepaalde trekken probeert te laten uitkomen, die door te veel detaillering zouden kunnen wegvallen. Hier is gekozen voor de laatste, meer expressionistische aanpak.

Een portret van Franken is interessant, omdat hij een jurist is waarin wetenschap en praktijk op bijzondere manier samenkomen. Van meet af aan heeft hij zijn studie van het recht verbonden met kennis van andere disciplines, zoals die van de sociale wetenschappen, de informatica en informatiekunde. Daarbij heeft hij zich steeds laten leiden door de relevantie van zijn werk voor de praktijk. Die praktijk was ruim en omvatte onder meer wetgeving en rechtspraak. Opvallend hierbij is dat Franken in al zijn rollen steeds pal stond voor bepaalde waarden, in het bijzonder waarden die de moderne rechtsstaat moeten schragen. Geen waarde vrije wetenschap dus, geen louter instrumentele visie op politiek en bestuur. Deze bijzondere trekken zullen we in dit juristenportret van Franken verder uitwerken. Eerst maken we een houtskoolschets. Die schets werken we dan in kleur wat verder uit en op het eind brengen we nog een vernislaagje aan om de kleuren hier en daar bepaalde trekken net wat meer op te laten lichten.¹

1. Een houtskoolschets: ondernemer, magistraat, bestuurder, politicus of wetenschapper?

Alhoewel men voorzichtig moet zijn om een direct verband te leggen tussen iemands biografie en de inhoud van zijn werk, is het interessant hier toch iets te zeggen over

zijn jeugd. Franken (1936) groeide op in Heemstede en Haarlem binnen een christelijk ondernemersgezin waar sprake was van een duidelijke politieke en sociale betrokkenheid. Frankens vader had een broodfabriek. Dat was een behoorlijk grote onderneming met aandacht voor de positie van de werknemers. Zo was er in het bedrijf een overleg dat men kan zien als een voorloper van de ondernemingsraad. In de oorlog had men evacués in huis, las men *Trouw*, toen een illegale krant, en vader moest regelmatig onderduiken. Grootvader belandde in het gevang. Kennelijk durfde men positie in te nemen en die ook naar buiten te brengen. Ongetwijfeld heeft de geportretteerde van huis uit dingen meegekregen die de basis vormden voor zijn manier van denken en handelen gedurende heel zijn werkzame bestaan. We zien in ieder geval iets van het ondernemerschap bij hem terug en daarmee ook een gevoel voor een zeker pragmatisme. Mogelijk ook versterkten de ervaringen binnen het gezin ten tijde van de oorlog zijn moreel en politiek besef en ook het lef om daarnaar te handelen.

Franken bezocht het gymnasium. Hij koos voor bèta, maar had ook grote belangstelling voor de humaniora. Naar eigen zeggen was hij 'een fan' van geschiedenis. Door uitstekende docenten in de klassieke talen ontwikkelde hij zijn eerste vaardigheden in de taalanalyse en groeide ook zijn belangstelling voor cultuur. Zijn leraren zagen in hem een politicus en schatten in dat hij in Amsterdam politicologie zou gaan studeren.

Franken wilde echter zijn eigen weg volgen en koos voor Leiden. Voorbestemd voor het bedrijfsleven, had hij zijn zinnen gezet op economie, dat daar binnen rechten werd gedoceerd. Die economie beviel hem wel. Het ging daarin tenminste over de maatschappij, wat hij bij de sterk positivistisch georiënteerde rechtenstudie miste. De colleges van Langemeijer vormden daarop een uitzondering. Diens vragen over hoe er orde in de maatschappij ontstaat en hoe de rechter daaraan bijdraagt, zetten hem aan het denken. Het vak Parlementaire geschiedenis voedde zijn politieke en historische belangstelling. Ook al miste Franken soms reflectie binnen de hoofdvakken, hij leerde wel heel precies lezen, zoals bij Cleveringa: met het vingertje bij de wet. Ook Polak, die administratief recht doceerde, inspireerde hem en van hem leerde hij hoe belangrijk het is om naar de feiten te kijken.

Zoals Franken waarschijnlijk in zijn jonge jaren al had meegekregen, leerde hij in het studentenleven dat het

* Ton Hol is emeritus hoogleraar Encyclopedie van het recht en Rechtsfilosofie aan de Universiteit Utrecht.

1. Voor dit portret heeft de schrijver dezes verschillende gesprekken gevoerd met Hans Franken. Franken heeft mede naar aanleiding daarvan een aantal schetsen geschreven over verschillende aspecten van zijn loopbaan. Daarvan heb ik dankbaar gebruik kunnen maken. Ook had ik veel uitgegeven werk van Franken tot mijn beschikking. Een tijd lang werkte ik in Leiden binnen de door Franken geleide vakgroep en heb vanaf dat moment met hem collegiale en persoonlijke contacten opgebouwd.

belangrijk is om voor jezelf te staan, eigen keuzes te maken. Anderen weten dan wat ze aan je hebben en het wordt daardoor gemakkelijker om een erkende positie in de groep te verwerven. Eigen afwegingen maakte hij niet alleen in het studentenleven, maar ook in de studie. Alhoewel in Leiden ‘in de ban gedaan’ kocht hij de boeken van de Amsterdamse Pitlo, omdat die helder waren en een repetitor overbodig maakten. Op het eind van zijn studie wilde Franken weg uit Leiden, ook al werd hem door Polak een verleidelijk aanbod gedaan voor een assistentschap en een promotietraject.

We zien dus iemand die opvalt bij zijn docenten, niet alleen vanwege zijn ruime belangstelling en zijn studiepresentaties, maar waarschijnlijk ook omdat bij hem een zekere authenticiteit – Franken zelf heeft het in dit verband wel over ‘eigenzinnigheid’ – tot ontwikkeling lijkt te komen. Deze eigenschappen maken dat Franken binnen zijn militaire dienstplicht al gauw een positie krijgt waarin hij zich als jurist verdienstelijk mag maken. Hij werkt voor de Krijgsraad, waar hij zaken voorbereidt en vonnissen concipieert. Het proces van feiten vaststellen, wikken en wegen lag hem goed. Zo rees zijn belangstelling voor de rechterlijke macht. Hij wordt raio.

Binnen zijn opleiding als raio blijkt Franken gecharmeerd van wat men in navolging van het Amerikaanse rechtsrealisme een meer pragmatische benadering van de rechtspraak zou kunnen noemen. Pragmatisch, wel te verstaan in de zin van aanvaardbaar en werkzaam. Niet alleen wat juridisch deugt is van belang, maar ook wat in de concrete zaak recht doet aan partijen en het beste helpt de samenleving te ordenen. Precies datgene waarover Langemeijer sprak en wat tegenwoordig doorklinkt in bijvoorbeeld het streven naar maatschappelijk effectieve rechtspraak. Die gerichtheid op de werking van het recht werd verder versterkt tijdens zijn raio-tijd bij het parket. In de contacten met onder meer de politie leerde hij hoe het recht zonder handhavingsmogelijkheden, dus zonder werkzaamheid, een lege huls blijft. Tegelijkertijd ontdekte hij het belang van goede wetgeving. ‘De lakmoesproef voor een goede wet is dat je er een tenlastelegging op kunt schrijven.’

Franken lijkt te hebben gekozen voor de rechtspraktijk, maar zijn wetenschappelijke insteek daarbij komt al snel bovendien. Waarom seponereert het OM in het ene geval wel en in het andere geval niet? De uiteindelijke keuze werd niet of veelal niet gemotiveerd. Was het zoiets als fingerspitzengefühl dat de doorslag gaf, of waren de afwegingen gebaseerd op niet-geëxpliciteerde redenen? Na contact met professor Enschedé kreeg Franken de kans onderzoek te doen naar straftoemeting. Het was een empirisch onderzoek naar de criteria die ten grondslag lagen aan besluitvorming. In dit onderzoek, dat werd verricht in Amsterdam, verdiepte Franken zijn kennis en vaardigheden op het gebied van de sociale wetenschappen. Er moesten een onderzoeksmodel worden ontwikkeld, data verzameld en gecodeerd, hypothesen getoetst en statistische analyses worden gemaakt. De bèta-achtergrond van Franken kwam hier zeker van pas. Het onderzoek, dat toentertijd als jurimetrisch werd gekwalificeerd, kan men zien als een voorloper van Frankens onderzoek

op het gebied van artificiële intelligentie. Alhoewel Franken de kans kreeg dit onderzoek te verrichten in het kader van zijn raio-opleiding, koos hij in plaats daarvan voor een buitenstage als advocaat-stagiaire. Opnieuw treft ons de eigenzinnigheid. Het onderzoek zette hij naast zijn buitenstage voort. Nu is het niet uitzonderlijk dat juristen een promotieonderzoek doen naast hun praktijk. Wel uitzonderlijk is het – zeker voor die tijd – dat het daarbij gaat om een empirisch onderzoek.

Franken had het naar zijn zin in de advocatuur, maar koos uiteindelijk voor een andere praktijk. Hij vreesde dat anders zijn onderzoek, dat moest uitmonden in een proefschrift, niet zou afkomen. Hij werd rechter in Rotterdam. Ten minste twee wapenfeiten moeten hierbij worden genoemd. Franken deed veel comparities en zorgde voor een schikking in de meerderheid van de zaken. We zien hier weer de Franken van de werking of effectiviteit van het recht. Liever een akkoord tussen partijen, dan een vonnis waarbij de een verliest en het nog maar de vraag is of de winnende partij er wat mee opschiet. Het andere wapenfeit was zijn werk als specialist in zeevervoer en grote aanvaringen van schepen. Zo’n belangstelling voor een specialisatie past bij een wetenschappelijke attitude waarbij men de verdieping zoekt.

In 1974 is er de promotie aan de Universiteit van Amsterdam. Het was een cum laude. Vlak erna komen er van verschillende universiteiten aanbiedingen voor een hoogleraarspositie. Franken kiest voor de Erasmus Universiteit Rotterdam. Daar werkt hij samen met Jack ter Heide, die zijn verdere verbreding in de studie van het recht stimuleerde. Filosofie, psychologie, sociologie, wetenschapsleer: dit alles had Ter Heide in huis. Dat wil echter niet zeggen dat hij de rechtswetenschap reduceerde tot wat men het meta-recht zou kunnen noemen. Integendeel: de rechtstheorie mag niet los komen te staan van de problemen binnen het recht en de rechtspraktijk zelf. Hij bepleitte dan ook het bestaansrecht van de klassieke juridische vakgebieden binnen de academie. Ter Heide had inmiddels naam gemaakt met wat men, net als de benadering van Glastra van Loon, de functionele rechtsleer noemde. Van Haersolte sprak in een preadvies voor de Nederlandse Vereniging voor de Wijsbegeerte van het Recht daarbij van ‘een nieuw rechtstheoretisch klimaat’. Wellicht is het wat overtrokken om toen al van een nieuw klimaat te spreken. De benadering van het recht die de functionele rechtsleer voorstond was beslist nog niet algemeen gedeeld. Een ding is echter zeker: voor zover datgene waar de functionele rechtsleer van destijds voor stond zich verder heeft verbreid, heeft Franken hierbij een belangrijke rol gespeeld.

In 1977 wordt Franken gevraagd om een overstap naar de Leidse universiteit te maken. Daar krijgt hij de kans om een afdeling te gaan leiden en daarbij zijn functionele rechtsleer in het onderwijs uit te dragen. Er wordt gewerkt aan het boek *Inleiden tot de rechtswetenschap*, dat meer was dan een eerste kennismaking met het positieve recht. Het moest de student vooral laten zien dat het recht ‘over het leven’ gaat. Voor Franken stond ‘Bildung’ voorop. Hij liet zien hoe mensbeeld, maatschappijvorm

en rechtsopvatting met elkaar zijn verknoot. Zijn collegen waren ongeëvenaard.

Franken heeft in zijn eerdere onderzoek kennisgemaakt met de mogelijkheden die de computer daarbij biedt. Waar anderen, zeker juristen, nog een zekere schroom of zelfs afkeer hadden van de opkomende informatietechnologie, zag Franken niet alleen nieuwe mogelijkheden voor onderzoek. Hij zag de ingrijpende veranderingen die deze technologie voor de maatschappij zou impliceren en wat dit zou gaan betekenen voor recht en rechtsvorming. 'Rechtsvorming is een vorm van informatieverwerking', zo gaf hij aan in zijn Rotterdamse oratie.² Zeker als het om grote hoeveelheden te verwerken informatie gaat, kan de computer behulpzaam zijn. Maar te voorzien was ook dat de ontwikkeling van nieuwe systemen van informatieverwerking nieuwe juridische vragen zouden oproepen. Hierbij moet men niet alleen denken aan kwesties van aansprakelijkheid als er dingen misgaan bij aangeschafte software, vragen rond licenties, maar ook rond kernnoties van het recht zoals eigendom, diefstal, levering. Langzaam maar zeker blijken ook vraagstukken van identiteit en privacy van belang. Een heel nieuw domein van juridische vraagstukken en onderzoek komt op. Franken zal hierbij een leidende rol spelen. In Leiden zet hij zijn in Rotterdam begonnen studie van de rechts-economie en systeemtheorie voort. Deze disciplines boden namelijk een goede basis voor de ontwikkeling van informatietechnologie en recht, een nieuw specialisme. In 1983 wordt de afdeling 'recht en informatica' opgericht, waarbij medewerkers van de afdeling van Franken met medewerkers van het facultaire rekenbureau³ gaan samenwerken.

Er volgt een tussenstap. Franken wordt binnen de Leidse faculteit gevraagd voor de vrijgekomen post van Staatsrecht. Hij aarzelt. Zijn hart ligt meer bij het civiele recht. Hij deed nogal wat arbitrages waarbij civielrechtelijke problemen een rol speelden. Tegelijkertijd werd hem gevraagd een vrijgekomen CDA-plaats binnen de Raad van State te gaan bezetten. Franken was al geruime tijd actief binnen deze politieke partij. Hij was eerder lid van het bestuur van de afdeling Rotterdam, fractievoorzitter binnen de Provinciale Staten, lid van het partijbestuur en voorzitter van de redactie van *Christen Democratische Verkenningen* (1981-1987). Het werd de Raad van State, in 1983. Bij de wetgevingsadvisering deed Franken vooral justitie, binnenlandse zaken en defensie. Zo kreeg hij o.a. de Tabakswet, de onderwijsfinanciering en de herstructurering van de KMA/KIM op zijn bureau. Binnen de Afdeling Rechtspraak maakte hij nog het *Bentham*-arrest mee, dat leidde tot de nieuwe Afdeling Bestuursrechtspraak. De wetenschap bleef echter trekken. Omdat een combinatie van de praktijk van staatsraad met de wetenschap niet mogelijk bleek, koos Franken in 1987 opnieuw voor de wetenschap. Zijn Leidse leerstoel bleek nog vacant. De leeropdracht werd nu uitgebreid met In-

formatietechnologie en recht, het rechtsgebied dat al snel met zijn naam werd geassocieerd. Een commissie die een verkenning uitvoerde over computercriminaliteit en door Franken werd voorgezeten, maakte indruk bij zowel wetenschap, bedrijfsleven als politiek. Het was duidelijk, hier was werk aan de winkel. Gangbare begrippen van recht en procedurele aanpakken werkten niet meer. In 1993 volgde een wet, 'de wet Franken', waarover later meer.

Het werk van de commissie had de aandacht getrokken, wat uiteindelijk leidde tot een grote subsidie van ruim 8 miljoen gulden voor zowel fundamenteel als beleidsrelevant onderzoek op het terrein van informatica en recht. De ondernemer Franken had dus succes. Verschillende universiteiten werkten vervolgens samen en de commissies die het onderzoeksprogramma IT en recht voorbereiden en ontwikkelden werden steeds door Franken voorgezeten. In 1995 ging het programma van start. Een stroom van publicaties en activiteiten volgde.⁴ Met de vestiging van leerstoelen aan zeven universiteiten werd het vakgebied universitair verankerd.

In 1995 wordt ook een verkenningcommissie rechtsgeleerdheid ingesteld onder voorzitterschap van Franken. Hij had duidelijk wetenschappelijk gezag verworven, wat onder meer blijkt uit zijn eerdere benoeming als lid van de KNAW (1988). De verkenning had als uiteindelijk doel aandachtsvelden van onderzoek te selecteren op hun maatschappelijke relevantie. De commissie was van oordeel dat extra aandacht moest worden geschonken aan onder meer kwesties rondom legaliteit en integriteit van openbaar bestuur als gevolg van overdracht van soevereine bevoegdheden naar supranationaal niveau. Daarnaast gaf de commissie aan dat economische ontwikkelingen als globalisering van handels- en kapitaalstromen en ook technologische vernieuwingen vragen oproepen. Ook vraagstukken op het gebied van criminaliteit en veiligheid verdienen een plaats op de onderzoeksagenda, terwijl verschuivingen in sociaal-culturele kaders leiden tot een herbezinning op gevestigde normen en waarden. Zo te zien een nog altijd actuele onderzoeksagenda.

Ook na zijn pensioen bleef Franken actief als hoogleraar. Zijn leeropdracht krijgt wel een wat ander accent. Vanaf 2001 vervult hij de leerstoel Informatierecht. Deze leeropdracht dekt de lading beter, mede omdat hierin tot uitdrukking komt dat de behandelde vraagstukken raken aan fundamentele waarden binnen de moderne samenleving. Toegang tot informatie voor eenieder en tegelijkertijd bescherming tegen misbruik daarvan is van cruciaal belang in een democratie. Franken heeft zich meer en meer met deze waardenproblematiek rondom informatisering en digitalisering beziggehouden. We noemen hier in het bijzonder het voorzitterschap van de Commissie

2. H. Franken, *Maat en regel* (oratie Rotterdam), Arnhem: Gouda Quint 1975, p. 23.

3. Dit bureau verrichtte zowel beleidsondersteunende taken, zoals bij de analyse van personele en financiële kwesties, als ondersteuning bij onderzoek, zoals de verwerking en analyse van data bij het economisch onderzoek.

4. Het programma leverde meer dan tachtig wetenschappelijke publicaties op, waaronder twintig proefschriften en bovendien vijftientig boeken in het Engels.

‘Grondrechten in het digitale tijdperk’.⁵ Deze commissie kwam in 2000 met adviezen om de grondwettelijke bepalingen over vrijheid van meningsuiting, privacy en geheim informatieverkeer aan te passen aan de digitale wereld. De commissie bepleitte ook een nieuwe bepaling die de toegankelijkheid van overheidsinformatie voor de burger moest garanderen. Om voortdurende aanpassing van de Grondwet te voorkomen, werden de voorstellen zo geformuleerd dat ze in zekere zin neutraal bleven ten opzichte van snelle technologische ontwikkelingen. Zo stelde de commissie voor om in artikel 13, waarin het gaat om vertrouwelijke communicatie, de bescherming daarvan los te koppelen van het middel dat wordt gebruikt: brief, telegrafie of telefoon. Het nieuwe artikel zou als volgt moeten luiden: ‘Ieder heeft het recht vertrouwelijk te communiceren’. Het voorstel is niet overgenomen. Inmiddels is er een alternatief voorstel aanhangig dat eveneens een techniek-onafhankelijke bescherming moet waarborgen.⁶

Deze houtkoolschets van Frankens portret mist nog twee zaken die moeten worden aangestipt om het beeld enigszins lijkend te krijgen. We noemden al zijn werk als magistraat. Hij ging hiermee zijn hele loopbaan door als rechter- en raadsheer-plaatsvervanger. Bijzonder is ook zijn werk als arbiter en mediator op het terrein van de ICT. Zoals gezegd zag hij al vroeg⁷ een speciale taak voor zich weggelegd om, in gevallen waarin dat opportuun was, partijen tot een schikking te brengen. Deze dispositie, die erop neerkomt dat het voorkeur verdient ‘te praten in plaats van te vechten’, is ook herkenbaar in andere rollen die hij binnen het domein van geschiloplossing heeft vervuld. Hij deed de nodige arbitrages. Meer opvallend en ook innovatief is zijn bemoeienis met de mediation als nieuwe praktijk in de ‘geschillenbeslechtingdelta’. Franken spande zich in de jaren negentig van de vorige eeuw in om de kwaliteit van deze praktijk te bevorderen. Onder andere vanwege de daarbij gehanteerde geheimhoudingsovereenkomst was het van belang ‘beunhazen’ te weren. Zo werd het Nederlands Mediation Instituut opgericht dat onder andere werkte met een register waar men alleen in kon worden opgenomen als men voldoende ‘vlieguren’ maakte. Ook werd sterk ingezet op scholing en training. Lange tijd was hij bestuurslid van het genoemde instituut.⁸ Hij werd echter ook een erkend mediator in de sfeer van ICT-zaken. Hij was nauw betrokken bij de oprichting van de Stichting Geschillen Oplossing Automatisering (SGOA) in 2009. Franken was lange tijd voorzitter van het bestuur van deze stichting en tevens *associate*. De geschillen die werden behandeld gingen veelal om mislukte automatiseringen. Juridisch ging het daarbij om vragen van wanprestatie, ontbinding en schadevergoeding. In de SGOA werkte men met een gedragslijn waarbij elke partij op de zitting werd vertegenwoordigd door een bevoegd bestuurder, maar ook door een

medewerker van de ‘werkvloer’, die bij de uitvoering betrokken was. De werknemers van beide partijen kenden elkaar doorgaans al langere tijd en hadden intensief samengewerkt. Zij deden op zitting hun verhaal waardoor al snel de feiten boven water kwamen. Als het zover was zette de mediator de discussie voort met de bestuurders en kon de onderhandeling beginnen. Na een of meerdere cauci kwam het dan in meer dan 80% van de zaken tot een schikking.

Deze houtkoolschets zou onvolledig zijn als we niet iets zouden zeggen over Frankens politieke carrière. Hij was lid van de CDA-fractie in de Eerste Kamer van 2004 tot 2015, de laatste jaren ook als vice-fractievoorzitter en ondervoorzitter van de Eerste Kamer. Het zal niet verrassen dat hij in dit wetgevend orgaan regelmatig het woord voerde over kwesties die te maken hadden met de moderne digitale samenleving. Hij vroeg aandacht voor de problemen rondom privacy, die in het geding zijn vanwege de grote hoeveelheid data die, al dan niet door koppeling van systemen, mogelijk voor tal van instanties, organisaties en ook burgers toegankelijk zijn en de privépersoon volledig doorzichtig en daarmee de privacy non-existent kunnen maken. Ook de risico’s van misbruik van digitale systemen, de kwetsbaarheid ervan voor aanvallen door hackers, de moeilijkheden die deze opleveren bij opsporing van criminele activiteiten hadden zijn aandacht. De leidraad bij Frankens politieke inspanningen was steeds de bescherming van rechtsstaat en democratie. Steeds stonden de waarden van de moderne rechtsstaat voorop. Een mooi voorbeeld daarvoor zijn ook zijn betogen naar aanleiding van de begrotingen voor de rechtspraak. Franken had duidelijk oog voor het kostenaspect van de rechtspraak en een efficiënte inrichting daarvan. Maar deze efficiëntie mocht nooit de doorslag geven wat hem – en dus ook het CDA – betrof. De waarde van een eerlijke en goede rechtsbedeling voor eenieder was essentieel. Recht is een *common good*. Dat betekende onder meer ook dat aan het beginsel van toegang tot de rechter voor iedere burger niet kon worden gemorreld. Hoge griffierechten en bezuinigingen op de rechtsbijstand voor minvermogenden was daarom voor hem niet aan de orde. In het kader van zijn EK-lidmaatschap was Franken ook actief in de Parlementaire Assemblée van de Raad van Europa en de PA en de OVSE. Hij heeft vooral actie gevoerd om de door Rutte I (minister Rosenthal) voorgestelde inperking van de bevoegdheden van het Hof in Straatsburg te blokkeren en ... niet zonder succes.

We ronden deze eerste schets af. We openden met een opsomming van verschillende rollen die men kan herkennen in Frankens portret. De vraag is nu welke hem het beste paste: ondernemer, magistraat, bestuurder, politicus of wetenschapper? Het voegwoord ‘of’ suggereert dat het een van de genoemde rollen is die vooral naar voren zou kunnen komen. Echter, voorgaande schets overziend

5. Het rapport van de commissie verscheen in 2000.

6. ‘Ieder heeft recht op eerbiediging van zijn brief- en telecommunicatiegeheim’. Hierbij wordt telecommunicatie zeer ruim opgevat in de zin van overbrengen van informatie over grote afstand. Zie onder meer *Kamerstukken II 2013/14*, 33989.

7. In de jaren zeventig van de vorige eeuw was binnen de civielrechtelijke praktijk het niet vanzelfsprekend dat een rechter bij comparitie een schikking beproefde.

8. Tegenwoordig zijn er verschillende specialisaties binnen de praktijk van mediation met een eigen organisatie en heeft het NMI een meer dienstverlenende taak gekregen, vergelijkbaar met wat de NOvA is voor de advocatuur.

zou men kunnen zeggen dat in Franken als jurist alle rollen op een bepaalde manier samenkomen en elkaar in zekere zin versterken. Op welke wijze dit het geval is, wordt hopelijk duidelijk in het tweede deel van deze schets. Hierin zullen we met wat kleuren meer diepte proberen te geven aan het portret.

2. Inkleuring: een 'gewoon' jurist?

In Frankens werkzame bestaan zien we een nauwe verbinding tussen de verschillende rollen die hij vervulde. Met name is bijzonder hoe bij hem zijn wetenschappelijk en theoretisch werk en zijn praktische activiteiten steeds op elkaar aansloten. Er zijn practici die niet werken vanuit een uitgesproken theorie. Er zijn theoretici die weinig of niets in de praktijk doen. Franken heeft steeds gewerkt vanuit een door hem geëxpliciteerde rechtstheorie. Die was niet van meet af aan in beton gegoten. Zijn rechtstheorie groeide als het ware mee met zijn praktijk. In zijn vroege publicaties, zoals in zijn Rotterdamse oratie, zien we nog een sterk accent op de theorievorming zelf liggen. Franken sloot zich bijvoorbeeld aan bij vertegenwoordigers van de systeemtheorie en de economische besliskunde. In latere publicaties zien we dat hij erin slaagt, zonder al te ingewikkelde begrippen, zijn wetenschappelijke inzichten toe te passen bij studies van praktische vraagstukken. De praktijkervaring hielp hem om zijn theorie toegankelijker, eenvoudiger te maken. Franken zelf verwees regelmatig naar het 'scheermes van Ockham'. Een theorie wordt sterker naarmate men minder theorie nodig heeft. Een belangrijk essay van de filosoof Immanuel Kant draagt als titel 'Over het gezegde: dat mag juist zijn in de theorie, maar deugt niet voor de praktijk'. Frankens theorie deugde echter wel voor de praktijk, omdat die de praktijk wist te verwerken. Datgene wat de kern uitmaakt van zijn theorie werkte door in zijn praktisch werk van magistraat, politicus, mediator en bestuurder. Men zou kunnen zeggen dat Franken hierdoor een uiterst integere attitude ontwikkelde in zijn werk. Integer, omdat zijn wetenschappelijke inzichten en zijn praktische activiteiten samen opgingen, een geheel vormden. In die zin ook zou men kunnen zeggen dat Franken de dingen deed op eigenwijze. Wil men de jurist Franken kunnen karakteriseren is het dus zaak om wat meer zicht te krijgen op hoe zijn 'theorie' in elkaar stak en hoe die verweven was met zijn praktijken.

2.1. De functionele rechtsleer

We noemden al de functionele rechtsleer. Franken voelde zich hier goed bij thuis. Functioneel kun je die leer noemen, omdat daarin de werking van het recht vooropstaat. Anders dan bijvoorbeeld een wiskundig model, staat het recht niet op zichzelf. Recht komt voort uit en sluit aan op menselijke verwachtingen. In de samenleving verwachten mensen een en ander van elkaar. Dat men het leven respecteert, dat men bepaalde beloften nakomt, dat men voor bepaalde inspanningen wordt beloond. Vanwege schaarste echter zullen verwachtingen moeten worden bijgesteld. Men kan niet verwachten dat men alles wat men verlangt ook krijgt. Het gaat er dan om volgens bepaalde regels te komen tot een rechtvaardige verdeling.

Daarbij gaat het niet om verwachtingen zonder meer, maar om wat legitieme verwachtingen zijn. Omdat het voor mensen veel te ingewikkeld is om steeds op ad-hocbasis hun verwachtingen aan anderen kenbaar te maken en deze op een eerlijke manier op die van anderen af te stemmen hebben we het recht nodig. Het recht biedt de spelregels voor de wijze waarop we op een legitieme manier onze verwachtingen op elkaar kunnen en deels ook moeten afstemmen. Wil het recht in die opdracht slagen, dan moet het aan een aantal vereisten voldoen. Het dient voldoende zekerheid te scheppen, in die zin dat deelnemers aan het maatschappelijk verkeer kunnen anticiperen op wat rechtsregels van ze verwachten en ook weten waar ze aan toe zijn als ze zich aan die regels houden. Het recht moet ook doelmatig zijn. Het moet helpen dat wat burgers drijft zo goed mogelijk te realiseren. Zekerheid en doelmatigheid dus, maar beide steeds binnen het kader van de rechtvaardigheid. Een derde vereiste. Het gaat immers om de afstemming van *legitieme* verwachtingen.

Wanneer men het recht vanuit de hier geschetste optiek bestudeert, kan men niet volstaan met enkel en alleen een studie van het wettelijk stelsel. Recht en rechtstoepassing is niet simpel een kwestie van wetkennis en toepassing van wetten in individuele gevallen. Elke eerstejaars rechtenstudent krijgt dit te horen van zijn of haar docent. Wil men het recht begrijpen, ook zijn praktijk, dan is het van belang te zien dat het zich steeds verhoudt of moet verhouden tot hoe mensen tegenover elkaar staan en wat ze van elkaar verwachten en mogen verwachten. In die zin gaat het er steeds om, in theorie en praktijk, te onderzoeken of het recht functioneel is, werkt, dat wil zeggen, voldoet aan gerechtvaardigde verwachtingen. In Frankens eigen woorden: 'Wij hebben (...) het oog op *recht als manier van doen*, d.w.z. op handelingen die mensen, burgers en functionarissen zoals rechters, *samen* verrichten in bepaalde situaties. Daarbij betrekken we *ook* geestelijke factoren die het gedrag van de mensen bepalen, zoals waarden, motieven, houdingen en verwachtingen. (...) Recht betreft dan de concretisering van een aantal beginselen of idealen, die gestalte krijgen in een bepaald gedrag, d.w.z. in menselijke handelingen van een bepaalde samenhang of structuur. Aan die werking ontleent het recht zijn betekenis. Daarom spreken we ook wel van een *functionele rechtsleer*.⁹ Een jurist die zo naar het recht kijkt, heeft oog voor maatschappelijke veranderingen en zal daarbij steeds kritisch naar het recht kijken en onderzoeken of dat nog voldoende werkzaam is.

2.2. Feit en Norm

In zijn denken maakt Franken een belangrijk punt van de verhouding tussen feit en norm binnen het recht. Na het voorgaande zal duidelijk zijn waarom hij dat doet en ook hoe hij die verhouding ziet. Tussen feit en norm ziet hij geen dichotomie in die zin dat beide los van elkaar zijn gegeven en waarbij het er bijvoorbeeld in de rechtspraak om gaat de norm vast te stellen en die vervolgens op de los van die norm vastgestelde feiten toe te passen. Feit en norm zijn voor Franken op elkaar betrokken. Om te kunnen bepalen wat een rechtsnorm inhoudt, moeten

9. H. Franken e.a., *InLeiden tot de rechtswetenschap*, Deventer: Gouda Quint 1999 (achtste druk), p. 45.

we om te beginnen kijken naar de feiten in de zin van verwachtingen die partijen over en weer ten opzichte van elkaar hebben. Hierbij gaat het niet louter om de feitelijke verwachtingen. Binnen het recht is het de vraag of die verwachtingen kunnen rekenen op een erkenning binnen een of andere rechtsnorm. Het gaat dus uiteindelijk om gerechtvaardigde verwachtingen. Binnen de functionele rechtsleer begrijpt men dus de rechtsnorm in het licht van verwachtingen van burgers en omgekeerd worden die verwachtingen begrepen in het licht van de rechtsnorm. Dit betekent dat recht geen statisch geheel is. Door veranderende omstandigheden kunnen zowel feiten (verwachtingen) als normen een andere betekenis krijgen. Recht kan alleen worden begrepen als 'law in action'.¹⁰ Wellicht dat dit ook de belangstelling van Franken voor de rechtspraak verklaart, waarbij het steeds gaat om recht in actie: *ius in causa positum*. Tegelijkertijd zou het ook zomaar kunnen dat zijn ervaring met de rechtspraak hem heeft gesterkt in de ontwikkeling van zijn functionele rechtsleer. Daar valt nog wel meer over te zeggen. Drie punten zijn relevant.

2.3. *Dynamisch recht*

In de eerste plaats is er Frankens aandacht voor de dynamiek in het recht. Recht is nooit af, zo zegt hij. Die belangstelling voor het dynamisch karakter van het recht vloeit voort uit zijn begrip van het recht. Wie het recht begrijpt binnen een context van verwachtingen die mensen over en weer hebben ten opzichte van elkaar, waarbij steeds nieuwe verhoudingen kunnen ontstaan (door economische, culturele, politieke, technologische ontwikkelingen bijvoorbeeld), zal ook het dynamisch karakter van het recht de noodzaak daarvan benadrukken. Als recht zich loszingt van de verwachtingen van burgers, dan vervult het zijn ordenende functie niet langer en verliest het aan betekenis, zo gaven we al aan.

2.4. *Gesystemiseerd probleemdenken*

Franken belicht het dynamisch karakter niet alleen met het oog op regelgeving. Ook in de rechtstoepassing vindt hij het van wezenlijk belang oog te hebben voor de dynamiek in verhoudingen. In navolging van Ter Heide spreekt hij hierbij over gesystemiseerd probleemdenken. De rechter gaat heen en weer tussen feit en norm. Hij onderzoekt welke beslissing in de ogen van de burger aanvaardbaar zou zijn. Op inductieve wijze komt hij dan generaliserend tot een eerste oordeel. De rechter is echter gebonden aan het recht, een rechtsregel. Die regel kan men zien als een 'programma', een 'actielijn' aan de hand waarvan de rechter de oplossingen in het conflict onderzoekt die passen binnen de regel. Zijn de oplossingen die de rechter voor ogen heeft wel 'in de regel ingecalculleerd'? 'Hij moet zoeken naar de actieradius van de regel.'¹¹ De rechter dient dus steeds heen en weer te gaan tussen probleem en systeem en daarbij steeds oog te hebben voor hoe binnen de huidige context de doelstelling van de regel het beste kan worden gerealiseerd.

2.5. *Rechtsgeleerde of rechtswetenschapper*

Tot slot is er nog een derde belangrijke kwestie in Frankens rechtsleer. We spreken hier weliswaar over een rechtsleer, maar is het niet beter om te spreken van een theorie van het recht, zoals we hiervoor al deden? Is Franken een rechtsgeleerde of is hij meer een rechtswetenschapper? Nog steeds is het gangbaar te spreken van 'rechtsgeleerdheid' als het gaat om juridisch onderzoek en onderwijs. Juridische faculteiten heten meestal faculteit der rechtsgeleerdheid en daar werken 'rechtsgeleerden'. Voor deze terminologie zijn vanuit het perspectief van de empirische wetenschappen wel redenen te geven. Alhoewel dit een veel te grove karakterisering is, gaat het in natuurwetenschappen en ook sociale wetenschappen om onderzoek aan de hand van theorieën, waarbij hypothesen worden geformuleerd die door middel van empirisch onderzoek worden getoetst. Daarbij wil men bepaalde verschijnselen verklaren en hoopt men door goede theorievorming en goed empirisch onderzoek de werkelijkheid beter te begrijpen. Wetenschappelijke uitspraken hebben de pretentie waardeneutraal te zijn en waar. Juridisch onderzoek is zeker voor een deel anders ingericht. Hier geen wetenschappelijke theorieën en hypothesen die in een laboratoriumsituatie worden getoetst. Men zegt ook niet dat bepaalde doordachte visies op het recht waar zijn. Waardeneutraal zijn ze evenmin. Vaak wordt ingebracht dat juridisch onderzoek normatief van aard is, iets waar empirische onderzoekers in de natuur- en sociale wetenschappen ver van willen blijven. Wetenschap gaat over Sein en niet over Sollen. Over wat behoort of moet kan geen ware uitspraak worden gedaan. We kunnen hier niet uitvoerig ingaan op de reeds langlopende discussies, waarbij het overigens de vraag is of men niet een al te karikaturale voorstelling heeft van juridisch onderzoek. Hoe dan ook zien we dat Franken van meet af aan een benadering van het recht kiest die hij als wetenschappelijk kwalificeert. Zijn inleidend boek voor studenten draagt niet voor niets als titel 'Inleiden tot de rechtswetenschap'. Nu Franken in zijn rechtsleer duidelijk plaats inruimt voor wat burgers over en weer en daarmee ook van het recht verwachten, ligt het voor de hand dat hij gerichte aandacht heeft voor de empirie en daarmee voor empirisch onderzoek. We zien echter ook nog een andere drijfveer die maakt dat we bij Franken kunnen spreken van een rechtswetenschapper, eerder dan van een rechtsgeleerde. We zagen hiervoor dat Frankens begrip van recht een heen en weer gaan tussen feiten (empirie) en normen veronderstelt. Echter, noch de feiten, noch de normen zijn 'hard'. Wanneer ze op elkaar worden betrokken wordt geïnterpreteerd, worden inschattingen gemaakt. En we weten het: bij inschattingen kunnen we de nodige fouten maken. Men kan te veel ruimte geven aan intuïtie, te veel subjectieve elementen de ruimte geven en fouten maken in de redenering, zeker wanneer die van meer complexe aard is. Ook hier zien we in het werk van Franken gerichte aandacht voor, waarbij hij pleit voor een meer rationele, en daarmee ook meer wetenschappelijke benadering van redeneringen en daarop gebaseerde beslissingen.

10. Idem, p. 51.

11. Idem, p. 53-54.

2.6. *Maat en regel*

Een duidelijk voorbeeld van Frankens wetenschappelijke insteek zien we in zijn inaugurele rede *Maat en regel*, zijn wetenschappelijk visitekaartje als hoogleraar in de Inleiding tot de rechtswetenschap aan de Erasmus Universiteit Rotterdam.

Kort gezegd gaat hij hierin op zoek naar een beslissingsmodel dat inzichtelijk kan maken hoe professionals beslissingen nemen. Frankens stelling is daarbij, dat een dergelijk model niet alleen inzicht geeft in hoe professionals beslissen. Het kan diezelfde professionals ook ondersteuning bieden bij de inrichting van hun organisatie en hun besluitvormingsprocessen. Daarbij gaat het niet in de eerste plaats om ‘huis-tuin-en-keuken’-zaken. Franken denkt eerder aan zaken met een complexe en pluriforme problematiek. Hierbij zal de computer onmisbaar zijn. De hoeveelheid te verwerken en te analyseren data maakt elektronische dataverwerking (EDV), zoals dat toen werd genoemd, noodzakelijk. Dat Franken op het gebruik van de computer bij onderzoek is gestuit, is niet vreemd gelet op zijn empirische belangstelling. Zijn proefschrift getuigt daarvan. Dat hij hier ook mogelijkheden ziet voor de rechtspraak is opmerkelijker, zij het tegen de achtergrond van zijn rechtsleer ook weer niet verwonderlijk. We spraken hiervoor al over het dynamisch karakter van de juridische besluitvorming. Immers, noch de precieze reikwijdte van een toe te passen wet is vooraf precies vastgelegd, noch de gerechtvaardigde verwachtingen van partijen en andere belanghebbenden zijn eenvoudig gegeven en vast te stellen. Dit maakt dat men in de rechtstoepassing te maken heeft met de nodige onzekerheden, die toenemen wanneer de zaak complexer wordt. Gegeven die onzekerheden en daarmee ook de complexiteit in de besluitvorming is het niet verrassend dat de rechtswetenschapper Franken zoekt naar manieren om ondanks die complexiteit tot verantwoorde en te verantwoorden beslissingen te komen. Dat kan volgens hem op twee manieren. De computer kan behulpzaam zijn om dat wat impliciet is in de besluitvorming expliciet te maken en daarmee transparant. Alles immers dat bepalend is voor selectie en waardering van de feiten zal op een of andere wijze moeten worden ingevoerd. Zoals Franken aangeeft, kijken we naar norm en feit vanuit een bepaald ‘Vorverständnis’. Dit voorbegrip moet zoveel mogelijk worden geëxpliciteerd door onder andere het toepassingsbereik, de actieradius van de regel in kaart te brengen.¹² Op deze manier kunnen irrationele, subjectieve elementen, zoals wanneer men intuïtief redeneert, worden uitgefilterd, dan wel zichtbaar gemaakt. Het besluitvormingsproces wordt hiermee rationeler. Ook is het zo dat naarmate een zaak waarin beslist moet worden complexer wordt, de kans op fouten in de redeneringen groter wordt. Rechters kunnen naar een doel toe redeneren en daarbij bepaalde elementen in hun gedachtevorming over het hoofd zien of een vooringenomen weging geven. Tot slot kan het aantal relevante data aansluitend bij het normdoel zo groot en complex zijn, dat ook daar fouten in kunnen worden gemaakt. Het werken met een computermodel

zou dus het aantal fouten kunnen reduceren en daarmee meer rationele, dat wil zeggen meer juiste beslissingen helpen voortbrengen.

Betekent dit dat de computer het besluitvormingsproces van de rechter kan overnemen? Kunnen computers (ooit) rechtspreken? Franken is hier duidelijk in. Neen. Zoals we reeds zagen gaat de functionele rechtsleer ervan uit dat – anders dan sommige positivistische rechtsleren menen – de betekenis van normen en feiten nooit vooraf gegeven zijn en steeds berust op afwegingen die mensenwerk zijn. Dat geldt voor de vraag wat we aan informatie in de computer invoeren, alsook voor wat we met de uitkomst van de computer doen. Steeds gaat het hierbij om een verantwoordelijkheid van de mens zelf en die kan niet worden overgedragen op de computer.

2.7. *Recht in context en interdisciplinariteit*

Het voorgaande illustreert duidelijk dat Franken gerichte belangstelling heeft voor andere wetenschappelijke disciplines dan alleen de klassiek juridische discipline. Nog altijd verdiept hij zich in de sociale wetenschappen en hun methoden. Daarbij had hij in het verleden onder meer belangstelling voor de systeemtheorie, de econometrie, in het bijzonder de economische beslistheorie en de speltheorie. Het zijn echter niet alleen de sociale wetenschappen die relevante perspectieven op recht bieden. Ook bij de humaniora, met name bij de taalwetenschap, de filosofie en de geschiedwetenschap, valt veel te halen. Franken is ervan overtuigd dat hier voor de rechtswetenschap en de rechtspraak winst is te bereiken. Hij heeft dit in al zijn werk steeds uitgedragen. In een lezing voor de KNAW heeft hij zijn visie op het karakter van de rechtswetenschap nog eens uiteengezet. Wie het recht onderzoekt doet er volgens Franken goed aan het te begrijpen als een onderdeel van de context waarin het zijn oorsprong en toepassing vindt. In de rechtswetenschap gaat het niet alleen om het bestuderen van een systeem van regels of rechterlijke uitspraken, maar evengoed om ‘het bezig zijn met gedrag van anderen’. Daarbij is ‘recht dan te beschouwen als “een manier van doen”, die men evenzeer kan bestuderen als keuzegedrag van consumenten of monetaire maatregelen in de economie, als seksuele gewoonten van jongeren in de sociologie of krijgsverrichtingen in de Tweede Wereldoorlog in de geschiedenis’.¹³ Binnen deze benadering van recht als ‘een manier van doen’ moet men volgens Franken verschillende aspecten onderscheiden. Er is ‘het linguïstische aspect: het gebruik van taal als communicatiemiddel; het logische aspect: de argumentatieleer; het historische aspect: de ontwikkeling van het recht binnen de tijd; het economische aspect: de vraag naar de effectiviteit en efficiëntie; en het kritische aspect: een beoordeling aan de hand van morele of politieke uitgangspunten’.¹⁴ Dit alles betekent dat men zich bij de studie van het recht niet binnen een enkele van de traditioneel gegroeide disciplines kan begeven. De grenzen tussen de bestaande disciplines worden poreus en een interdisciplinaire beschouwing is noodzakelijk. ‘De rechtswetenschap is niet meer alleen de tekstwetenschap

12. *Maat en regel*, p. 23.

13. H. Franken, *Rechtsgeleerdheid in de rij der wetenschappen*, Amsterdam: KNAW Press 2008, p. 17, 18.

14. Idem.

die is gericht op de analyse en systematisering van gezaghebbende teksten' en daarmee sterk geesteswetenschappelijk van karakter. Zij 'is óók een (empirische) maatschappijwetenschap, waar bepaalde aspecten van menselijk gedrag in de samenleving centraal staan. Enerzijds hanteert de jurist de methoden van de tekstuitleg, zoals de hermeneutiek die aangeeft. (...) Anderzijds worden aan de hand van (wettelijke) gedragsregels hypothesen geformuleerd en getoetst met behulp van methoden van de gedragswetenschappen.'¹⁵ Franken distancieert zich van de natuurwetenschappen. Anders dan in de natuurwetenschappen gaat het er in de rechtswetenschap niet om te komen tot uitspraken over een onafhankelijk van de mens bestaande natuurlijke werkelijkheid die men zou kunnen verklaren met universele wetmatigheden. 'De uitspraken van de rechtswetenschap zijn gericht op praktisch handelen en niet zozeer op theoretische verschijnselen in de natuur. (...) Nieuwe omstandigheden, ook wanneer andere mensen "dezelfde" omstandigheden anders zien, kunnen tot een andere uitspraak (oordeel) nopen. We zijn steeds bezig met het voorlopige resultaat van een proces van meningsvorming en overtuiging (...)' Op deze wijze, aldus Franken, 'past de rechtswetenschap in de verzameling van geestes- en gedragswetenschappen'.¹⁶ Het belang en het eigen karakter van de rechtswetenschap hebben hem er in de jaren negentig toe gebracht als decaan van de Leidse faculteit Rechtsgeleerdheid te ijveren voor ruimere financiering van het juridisch onderzoek.

2.8. 'Gewoon jurist', maar ook pragmatist

Het voorgaande zou de indruk kunnen wekken dat Franken – na een start als jurist in de praktijk – opschuift naar een wetenschapper die zich thuis voelt in de sociologie en de economie. Het ligt echter veel genuanceerder. Franken ziet zichzelf in de eerste plaats als jurist, ook in zijn wetenschappelijk onderzoek. Een 'gewoon jurist' zelfs.¹⁷ Er valt inderdaad veel te zeggen hem te kwalificeren als een jurist, maar dan niet als 'gewoon' jurist. Jurist is en blijft hij, omdat binnen zijn werk juridische vragen steeds voorop staan. De vragen die hij oppakt betreffen juridische kwesties die aan de orde zijn bij rechtsvorming, of het daarbij nu gaat om wetgeving of rechtspraak maakt niet uit. En als het gaat om vraagstukken die rijzen naar aanleiding van maatschappelijke ontwikkelingen, gaat het hem uiteindelijk steeds om de vertaalslag daarvan naar mogelijke nieuwe normen, hoe die begripsmatig uit te werken en hoe die handhaafbaar te maken.¹⁸ Wordt de rechtswetenschap door sommige niet-juristen wel gezien als een soort hulpwetenschap, die het slotstuk van onderzoek over nieuwe maatschappelijke arrangementen moet leveren, Franken draait de zaak om. Zoals recht een onmisbaar kader biedt voor maatschappelijke ordening, zo heeft de rechtswetenschap een zelfstandige betekenis naast andere wetenschappen. Zijn aanpak in het onderzoek is juist zo bijzonder, omdat hij bij het zoeken naar de passende rechtsbegrippen en normen steeds oog heeft

voor de vraag of die beantwoorden aan wat maatschappelijk gewenst en geboden is. Zoals voor het filosofische pragmatisme de waarheid wordt verbonden met wat werkzaam is, zo benadert Franken het recht steeds mede vanuit de vraag wat efficiënt en effectief is. Dit zien we niet alleen terug in zijn wetenschappelijk werk. Ook in zijn bredere maatschappelijke rollen als adviseur binnen en buiten de Raad van State en als politicus legt hij bij de kritische analyse en beoordeling van rechtsvorming een zwaar accent op de handhaafbaarheid van rechtsregels. Een niet-handhaafbare rechtsnorm is hem een gruwel. Een mooi voorbeeld hiervan is de eerdergenoemde 'wet Franken'. Een door Franken geleide commissie ontwikkelde een wetsvoorstel voor de aanpak van computerfraude. Hoe het probleem van inbraak in computers aan te pakken waarbij gegevens worden 'gestolen' of gemanipuleerd. De commissie kwam met een voorstel waarbij een zekere verantwoordelijkheid bij de computereigenaar werd neergelegd om de betreffende bestanden tegen inbraak te beschermen. Handhaving werd dus gezien als een gedeelde verantwoordelijkheid van overheid en burger, waardoor deze beter haalbaar en dus effectiever werd. In plaats van computerinbraak werd het toen computervredebreuk. Net als in geval van huisvredebreuk moet aan de binnentreders voldoende duidelijk zijn of worden gemaakt dat hij ongewenst is. Hoe dit ook zij, men mag bij Franken nooit vergeten dat effectiviteit niet kan worden gedacht los van bepaalde waarden. Bij het zoeken naar efficiënte en effectieve regels moet volgens hem steeds worden uitgegaan van de waarden die ten grondslag liggen aan een rechtsstaat, die staat voor rechtvaardige verdeling. Om effectief te zijn, moeten rechtsnormen steeds ook kunnen worden gelegitimeerd. Franken is dus beslist geen pragmaticus, in die zin dat hij zoekt naar oplossingen tout court. Hij is pas tevreden als de oplossingen die hij voorstaat mede de uitdrukking zijn van wat van waarde is. Sterker: dat daarin wat van waarde is, effectief tot zijn recht komt. In die zin is hij – in de lijn van het filosofisch pragmatisme – een pragmatist. Waar en van waarde is wat werkt.

2.9. De digitale samenleving en informatierecht

Dit pragmatisme komt helder tot uitdrukking in Frankens werk rond de digitalisering van de samenleving. Hier stuit men op fundamentele kwesties. Naast de 'reële' wereld is in een snel tempo een 'virtuele' wereld ontstaan, met een geheel eigen ruimtelijke dimensie. 'Cyberspace', met internet als bekendste fenomeen, kent een eigen werkelijkheid en is niet gebonden aan nationale grenzen. De vraag is hoe deze virtuele wereld te ordenen. Hier is regulering en handhaving door een overheid niet zonder meer voor de hand liggend. Er zijn verschillende obstakels die hieraan in de weg staan. De identiteit van de actoren is veelal moeilijk, zo niet onmogelijk te achterhalen, wat handhaving bij crimineel gedrag bemoeilijkt. De vraag is ook hoever de competentie van autoriteiten reikt wanneer

15. Idem.

16. Idem, p. 19.

17. *Maat en regel*, p. 26.

18. Deze benadering van de rechtswetenschap is deels herkenbaar in het recent opgezette brede onderzoeksprogramma Empirical Legal Studies, waarin juristen in samenwerking met en ondersteund door empirische onderzoekers juridische vraagstukken onderzoeken. Extra financiële middelen zijn hiervoor beschikbaar gekomen binnen het Sectorplan Rechtsgeleerdheid dat in 2019 zijn beslag kreeg.

ze willen optreden. Er kan door de ‘grenzenloosheid’ van cyber geen unieke rechtsmacht worden toegekend. De inhoud van berichten is bovendien vluchtig en daarom veranderbaar, wat bewijsproblemen oplevert. Tot slot is ook nog sprake van turbulentie van techniek waardoor regelgeving snel achterhaald raakt. Het is dus niet verwonderlijk dat juristen en politici met het fenomeen worstelen. Zelfregulering is dan het toverwoord. Voor Franken is zo’n reactie echter te simpel. De virtuele wereld van internet is nu eenmaal niet geheel gescheiden van de reële wereld. Ze raken elkaar en er is sprake van osmose. Daarbij staan er soms fundamentele waarden op het spel die bij zelfregulering niet als vanzelfsprekend worden beschermd. Dat betekent echter niet dat regelgeving zonder meer de oplossing is. Franken denkt dat een pakket van zowel sociale regulering als technische regulering, door bijvoorbeeld een bepaalde inrichting van de ICT-architectuur, noodzakelijk is. Daarbij is het volgens hem van belang dat men het spreekwoordelijke kind niet met het badwater weggooit. Het internet biedt een ruimte waarbinnen belangrijke waarden die passen binnen een democratie en die de grondslag vormen van onze rechtsstaat gestalte kunnen krijgen. Om die reden pleit hij voor een vorm van controle die berust op het uitgangspunt van ‘checks and balances’. Eerder contre-rôle, tegenkoppeling, dan controle. Een aantal algemene beginselen van behoorlijk ICT-gebruik zou daarbij behulpzaam kunnen zijn. Een ander punt dat Franken opbrengt is dat wetgeving vaak berust op vooronderstellingen die uiteindelijk niet blijken uit te komen, waardoor de regulering aan zijn doel voorbij schiet. ‘Alleen ex-post optreden past bij een aanpak van tegenkoppeling.’¹⁹ Niet-effectieve regulering is, zoals we eerder aangaven, voor Franken een gruwel en leidt tot rechtsbederf. Uitgangspunt dient te zijn de vrijheid van de netburger, aldus Franken. Inperking van die vrijheid is slechts geoorloofd voor zover noodzakelijk om deze te kunnen blijven waarborgen. De vraag is welke instrumenten dan kunnen worden ingezet. Franken zelf maakt de vergelijking met de regulering waarmee het dragen van een autogordel kan worden verzekerd. Men kan daarbij denken aan de wet waarin een rechtstreeks gedragsvoorschrift wordt vastgelegd met een sanctie op overtreding daarvan. Men kan ook kiezen voor een publiekscampagne met voorlichting waaruit een sociale norm voortvloeit waarmee mensen die geen gordel dragen door anderen daarop worden aangesproken. Men kan ook werken met subsidies door reductie van verzekeringspremies. Een technische aanpak is ook denkbaar, waarbij men de motor blokkeert als de gordel niet wordt gedragen. ‘Een zelfde aanpak is mogelijk met betrekking tot hardware, sourcecode en telecommunicatie-apparatuur’, aldus Franken.²⁰ ‘De overheid kan producenten verplichten een chip in apparatuur aan te brengen waardoor de mogelijkheid tot kopiëren wordt beperkt. Zij kan ook een certificeringsplicht opleggen voor bepaalde architecturen en programma’s met als gevolg dat alleen software wordt gebruikt waarmee bepaalde identiteitsgegevens worden verstrekt om opsporingsmogelijkheden zeker te stellen. Ook kan zij het gebruik van gestandaard-

diseerde programmatuur stimuleren, waarmee de toegang van de gebruikers gemakkelijk kan worden gecontroleerd. Het kraken van beveiligingssoftware (...) kan worden strafbaar gesteld.’²¹ Er zijn meer mogelijkheden. Het gaat er hier echter om te laten zien hoe Franken naar recht en de mogelijkheden van regulering kijkt. Regulering is voor hem niet een kwestie van recht alleen. Als het erom gaat om op effectieve wijze bepaalde waarden, zoals burgerlijke vrijheid, te garanderen dan moet men een ruime blik hebben en oog hebben voor een variëteit aan (rechts)middelen, die, afhankelijk van de omstandigheden, op bepaalde wijze kunnen worden ingezet. Bij Franken gaat het erom dat de samenleving wordt geordend met instrumenten die zowel effectief zijn, alsook passen binnen de open en vrije samenleving waarvoor onze democratische rechtsstaat garant behoort te staan. Uiteindelijk is daarbij de beoordelingsmaatstaf wat werkt, maar dan wel in de zin van wat een pragmatist daaronder verstaat.

3. De vernislaag: een kritische geest

De vernislaag, de finishing touch, ziet men nauwelijks, maar kan bepaalde kleuren wel doen oplichten. Er is, zo blijkt uit dit portret, alle reden om zich te spiegelen aan Franken. Wat in het bijzonder naar voren komt is een jurist die het recht denkt vanuit de samenleving. Daarmee komen nieuwe maatschappelijke ontwikkelingen die uitdagingen vormen voor het recht in beeld. Hij denkt als jurist na over die ontwikkelingen en uitdagingen met heel het instrumentarium dat de wetenschappen, ook de niet-klassiek-juridische zoals de sociale wetenschappen, te bieden hebben. Hij weet die verschillende instrumenten bij elkaar te brengen en te verenigen. In die zin is hij altijd een interdisciplinair onderzoeker geweest. Met zijn betrokkenheid op wat er in de samenleving speelt heeft hij steeds zijn kennis en inzichten ingezet voor de rechtsvorming, of het hierbij nu om wetgeving of rechtspraak ging. Omgekeerd bracht hij zijn praktijkervaring in binnen de wetenschap. Zo bleef zijn wetenschappelijk werk dynamisch en actueel. Deze houding heeft ertoe bijgedragen dat het terrein van recht en informatica en informatierecht inmiddels niet meer is weg te denken uit het juridisch domein. Sterker nog, dat is voor een belangrijk deel Frankens verdienste. Hierbij heeft zijn ondernemersgeest zeker ook een rol gespeeld. In toenemende mate werd binnen de academische wereld van belang dat men andere dan de gewoonlijke financiële bronnen aanboort en hij liep daarbij bepaald voorop. Tot slot is kenmerkend voor Franken hoe hij theorie en praktijk bij elkaar heeft gebracht. Zijn theorie maakte dat hij een open blik had voor de praktijk en binnen de praktijk hielp de theorie hem en anderen op kritische wijze te zoeken naar praktische oplossingen. Die blijvend kritische geest is wellicht nog het meest kenmerkend voor Franken. De wetenschapper Franken hield anderen steeds voor open te staan voor nieuwe wegen, zonder meteen te denken dat er maar een juiste of ware aanpak is. Of, in termen van Franken zelf: it ain’t necessarily so.

19. H. Franken, *Nemo plus...*, Deventer: Kluwer 2001, p. 15.

20. Idem, p. 17.

21. Idem, p. 17-18.