



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Recht en ontwikkeling: 'the problem of knowledge' nader bekeken

Otto, J.M.

Citation

Otto, J. M. (2007). Recht en ontwikkeling: 'the problem of knowledge' nader bekeken, *56*(11), 883-894. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/12486>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/12486>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

Recht en ontwikkeling: 'the problem of knowledge' nader bekeken

Jan Michiel Otto*

Sinds 1990 hebben de internationale programma's ter bevordering van de rechtsstaat in ontwikkelingslanden (*rule of law promotion*) een hoge vlucht genomen. Maar volgens ingewijden bestaat er een *problem of knowledge*. Immers, wat is eigenlijk de kennisbasis van al deze activiteiten? Wordt voldoende gebruik gemaakt van de lessen geleerd bij eerdere projecten? Is de rechtswetenschap, in het bijzonder de Nederlandse, toegerust om bijvoorbeeld te bepalen of het zinvol is informeel grondbezit te legaliseren ter bestrijding van armoede? Na een kritische rondgang langs beleids-trends en disciplines wordt een balans opgemaakt. In de huidige *law, governance and development (LGD) studies* worden pogingen gedaan de studie van recht in ontwikkelingslanden terug te brengen naar de context. Lessen van de koloniale rechtswetenschap, de rechtsantropologie, de *development administration* én de projectenpraktijk zijn daarbij van nut.

1 INLEIDING: THE PROBLEM OF KNOWLEDGE

Recht in de ontwikkelingssamenwerking

Een van de grootste sociale, economische en politieke vraagstukken van deze tijd is het wereldarmoedeprobleem. Bestrijding van armoede in Afrika, Azië en Latijns Amerika is dan ook de voornaamste doelstelling van het internationale ontwikkelingsbeleid. Hierbij zijn practici en wetenschappers vanuit vele disciplines betrokken, waaronder economen, medici, landbouwkundigen en antropologen. Sinds 1990 zijn ook de juristen en het recht een grotere rol gaan spelen in het internationale ontwikkelingsdebat.¹ Wetenschappers uit de neo-institutionele economie en de rechtswetenschappen hebben betoogd dat het recht een belangrijke, ja zelfs onmisbare functie vervult voor ontwikkeling, dat wil zeggen voor economische groei,² armoedebestrijding, democratisering, milieubeheer en andere ontwikkelingsdoelen.³ Goed bestuur (*good governance*) en versterking van de

rechtsstaat (*rule of law promotion*) hebben inmiddels een centrale plaats verworven in het ontwikkelingsbeleid.⁴ Talloze programma's, zowel in de bilaterale als de multilaterale ontwikkelingssamenwerking – niet alleen van overheden maar ook van NGO's – bieden assistentie bij wetgeving, bestuur, handhaving, rechtspraak, onderwijs en training, rechtshulp, voorlichting en onderzoek. Een groot deel van de projecten betreft specifieke rechtsgebieden (burgerlijk recht, strafrecht, mensenrechten) en beleidssectoren als veiligheid, investeringen en handel, arbeid, vrouwenemancipatie, plattelandsontwikkeling, volkshuisvesting, milieu, grondbeheer, waterbeheer, bosbeheer, enzovoorts. Omdat ook het rechtssysteem *als geheel* problemen kent, die de deelgebieden overstijgen, zijn er ook projecten die zich richten op 'de rechterlijke macht', 'het wetgevingsproces' en 'de toegang tot recht'.⁵ Een goed voorbeeld vormen cursussen *legal drafting* voor wetgevingsjuristen, of training van *paralegals* als intermediairs om de kloof tussen bevolking en rechtssysteem te overbruggen. *Rule of law promo-*

* Prof.dr. J.M. Otto is hoogleraar-directeur van het Van Vollenhoven Instituut voor Recht, Bestuur en Ontwikkeling (Universiteit Leiden). Graag dank ik Theo Veenkamp, Ineke van der Meene, Willem Assies, Adriaan Bedner, Benjamin van Rooij, Jan van Olden en Marianne Moria voor hun suggesties, commentaar en assistentie. Sylvia Holverda en Albert Dekker dank ik voor de ondersteuning bij het literatuuronderzoek.

1 Ook in de jaren 60 en 70 was er al sprake van een golf van projecten op dit terrein, met name vanuit de Verenigde Staten. Deze trend, die bekend staat als de *Law and Development Movement*, verloor zijn elan toen de voornaamste donor, US AID, naar aanleiding van kritiek op de resultaten besloot de financiering te stoppen. Zie hierover Brian Z. Tamaraha, 'The lessons of law-and-development studies', *American Journal of International Law* 1995-89, p. 470-486.

2 D. Kaufmann e.a., *Aggregating governance indicators*, Washington: The World Bank 1999; D. Kaufmann e.a., *Governance matters II: updated indicators for 2000-01*, Washington: The World Bank 2002; D. North, *Institutions, institutional change and economic performance*, New York: Cambridge University

Press 1990; K. Pistor and Ph.A. Wellons, *The role of law and legal institutions in Asian economic development: 1960-1995*, Oxford: Oxford University Press, 1999.

3 Zie voor een systematisch overzicht van ontwikkelingsdoelen en *governance*-doelen J.M. Otto, 'The odds of "liberalisation" as an informing principle of law, governance and development' in: E.C. Nieuwenhuys (red.), *Neo-liberal globalism and social sustainable globalisation*, Leiden: Brill 2006, p. 149-164.

4 J. Faundez, *Good government and law: legal and institutional reform in developing countries*, Basingstoke: Macmillan Press; St. Martin's Press 1997; T.C. Lindsey (ed.), *Law reform in developing countries*, London: Routledge 2007; J.M. Otto, 'Ontwikkelingssamenwerking en goed bestuur' in: *Internationale Spectator* 51, 1997, no. 4, p. 223-229.

5 In het begin van de jaren 90 was er meer aandacht voor wetgeving. Later ging men zich meer toeleggen op implementatie door de betrokken rechtsinstellingen (*legal institutions*). Volgens Carothers (zie noot 9) is het accent op de *legal institutions*, in het bijzonder de rechterlijke macht, nu te groot.

tion treft men tegenwoordig op grote schaal aan. Ook de Nederlandse juridische gemeenschap levert al jaren bijdragen, onder andere vanuit ministeries, rechterlijke macht, universiteiten en NGO's. Aanvankelijk vervulde ons land zelfs een pioniersrol, toen in 1985 de Nederlandse Raad voor Juridische Samenwerking met Indonesië werd opgezet met ontwikkelingsgelden. Deze organisatie voerde een van de eerste grootschalige samenwerkingsprogramma's uit. In de jaren 90 werd de hierin opgedane ervaring ingezet en uitgebreid ten behoeve van landen van de voormalige Sovjet-Unie en de Oost-Europese toetredingslanden. De focus op Indonesië werd verlaten en de 'Raad' ging op in het *Center for International Legal Cooperation*.

*De juridische sector binnen de
ontwikkelingssamenwerking is nog
betrekkelijk jong, maar er worden
inmiddels ook kritische vragen
over gesteld*

Kritiek: 'the problem of knowledge'

De juridische sector binnen de ontwikkelingssamenwerking is dus nog betrekkelijk jong. Maar zoals nu eenmaal ten aanzien van de gehele ontwikkelingsamenwerking gebeurt, worden er inmiddels ook kritische vragen over gesteld. Zo heeft Trubek⁶ erop gewezen dat achter de mondiale bevordering van *rule of law* in feite twee heel verschillende projecten schuilgaan die niet zelden strijdig zijn met elkaar: ten eerste de bevordering van wereldwijde marktwerking en ten tweede de bevordering van mensenrechten en democratie. Ook Kennedy⁷ meent dat met de schijnbaar technische en neutrale versterking van rechtssystemen de politieke keuzen waar het in het ontwikkelingsproces werkelijk om gaat, impliciet blijven of uit de weg worden gegaan. Newton⁸ heeft vooral bezwaar tegen de uniformiteit, de *one size fits all* benadering. Golub⁹ meent

dat de programma's te veel *top down* zijn en meer moeten worden gericht op voorlichting, rechtshulp, *legal empowerment* en *access to justice*.

De meest fundamentele kritiek betreft echter de kennisbasis van de *rule of law promotion*. Dit bezwaar is treffend onder woorden gebracht in een recente bundel van de invloedrijke Carothers, die in dit verband spreekt van *The problem of knowledge*.¹⁰ Volgens Carothers speelt dit probleem op alle analyseniveaus, van de onderliggende uitgangspunten tot de details van de praktische uitvoering. Zo is hij niet bereid voetstoots aan te nemen dat economische ontwikkeling *überhaupt* afhankelijk is van de *rule of law*.¹¹ Hij wijst daarbij op China als voorbeeld. Ook zet hij vraagtekens bij de stelling dat het recht een noodzakelijke voorwaarde is voor democratisering. Een andere auteur uit de bundel, Channell, die als consultant betrokken was bij wetgevingsprojecten voor *commercial law* in Kroatië en Albanië, legt uit waarom de '*rule of law industry*' niet geneigd is om lering te trekken uit eerdere ervaringen.¹² Hij schrijft dit toe aan de uitgangspunten en werkwijzen van donoren en *consultants*. Carothers zelf concludeert dat oplossingen van *the problem of knowledge* worden belemmerd door vijf obstakels,¹³ te weten:

- 1 De rechtsstaat is een wel zeer complex onderwerp, zowel conceptueel als praktisch.
- 2 Elk ontvangend land heeft een geheel eigen rechtstelsel met eigen praktijken, en goede informatie daarover is vaak gefragmenteerd en ontoegankelijk.
- 3 Donororganisaties zijn niet geneigd tot systematische kennisverwerving en kennisopbouw door toegepast onderzoek.
- 4 Juridische faculteiten en sociaal-wetenschappelijke instituten staan weinig in contact met de projectpraktijk en doen evenmin toegepast onderzoek.
- 5 De meeste juristen zijn niet georiënteerd op de beleidspraktijk noch op het empirische onderzoek dat noodzakelijk is om hervormingen tot stand te brengen in de weerbarstige context van ontwikkelingslanden.

Dit *problem of knowledge* is ook in Nederland onderkend. De Wetenschappelijke Raad voor het Re-

6 D.M. Trubek and A. Santos, 'The third Moment in Law and Development Theory and the Emergence of a New Critical Practice: Introduction' in: *The new law and economic development: a critical appraisal*, New York, NY: Cambridge University Press 2006, p. 1-18.

7 D.G. Kennedy, 'Laws and Developments' in: J. Hatchard, A. Perry-Kessaris (eds.), *Law and development: facing complexity in the 21st century: essays in honour of Peter Slinn*, London: Cavendish 2003, p. 17-26.

8 S. Newton, *Law and Development, Law and Economics and the Fate of Legal Technical Assistance*, (Van Vollenhoven Research Report; 2), Leiden: Van Vollenhoven Institute 2004.

9 S. Golub, 'The Legal Empowerment Alternative', in: T. Carothers (ed.), *Promoting the Rule of Law Abroad, In search*

of knowledge, Washington D.C.: Carnegie Endowment for International Peace 2006, p. 161-191.

10 T. Carothers (ed.), *Promoting the Rule of Law Abroad, In search of knowledge*, Washington D.C.: Carnegie Endowment for International Peace 2006.

11 Anders: de auteurs genoemd in noot 2.

12 W. Channell, 'Lessons Not Learned about Legal Reform', in: T. Carothers (ed.), *Promoting the Rule of Law Abroad, In search of knowledge*, Washington D.C.: Carnegie Endowment for International Peace 2006, p. 137-159.

13 T. Carothers, 'The Problem of Knowledge', in: T. Carothers (ed.), *Promoting the Rule of Law Abroad, In search of knowledge*, Washington D.C.: Carnegie Endowment for International Peace 2006, p. 15-28.

geringsbeleid heeft in 2001 in zijn rapport 'Goed bestuur en ontwikkelingsbeleid' de regering dan ook geadviseerd de systematische kennisopbouw binnen deze sector krachtig te bevorderen.¹⁴

Opzet van het artikel

In het kader van dit themanummer zou ik de vraag willen opwerpen of en hoe de Nederlandse rechtswetenschap zich bezighoudt met dit nieuwe terrein van 'recht en ontwikkeling'. Allereerst laat ik zien dat er een historisch fundament voorhanden is. Vervolgens presenteer ik als achtergrondinformatie enkele trends in de postkoloniale rechtshervormingen in ontwikkelingslanden. Daarna ga ik bij wijze van voorbeeld van een actuele beleidsdiscussie over recht en ontwikkeling in op het debat over de vraag of men armoede kan bestrijden door programma's ter legalisering van informeel grondbezit. Daarbij zal ik de positie van de Wereldbank vergelijken met die van de invloedrijke ontwikkelingseconoom De Soto en de door hem geleide *Commission on Legal Empowerment of the Poor* (CLEP). Vervolgens maak ik een korte rondgang langs verschillende rechts- en andere wetenschapsgebieden die zich met dit vraagstuk hebben beziggehouden. Ik eindig daarbij met enkele recente pogingen vanuit de *law, governance and development studies* (LGD) om het kennisprobleem aan te pakken, onder andere door een onderzoekstraditie die *socio-legal case studies* tracht in te zetten in internationaal, rechtsvergelijkend onderzoek met partners in ontwikkelingslanden en westerse landen.

2 DE INDOLOGIE, EEN VERGETEN RECHTSWETENSCHAP

Indologie, Van Vollenhoven en de strijd voor het adatrecht

Voor het historische fundament van de studie van recht en ontwikkeling moet men tenminste 80 à 90 jaar teruggaan naar de bloeiperiode van een

verdwenen tak van de Nederlandse rechtswetenschap: het Indisch recht ofwel de Indologie.¹⁵ Men kon deze studie in de eerste helft van de twintigste eeuw volgen in Leiden, Utrecht of Batavia.¹⁶ Indologie en Indisch recht waren interdisciplinaire vakgebieden bij uitstek. Een combinatie van recht en bestuur, taal en cultuur, die vijf à zes jaren studie vergde.¹⁷ De opleidingen Indologie en Indisch recht waren bedoeld voor aankomende bestuursambtenaren, rechters en advocaten, en dus sterk gericht op de praktijk. De complexe reguleringsvraagstukken van de heterogene Indische samenleving riepen om diepgaande studies. Het Indologisch onderzoek in de 'Verenigde Faculteiten der Rechtsgeleerdheid en der Letteren en Wijsbegeerte' bloeide dan ook.¹⁸

De Leidse hoogleraar prof.mr. Cornelis van Vollenhoven (1874-1933) had naast zijn specialisaties in het internationale recht en het staats- en bestuursrecht een reputatie verworven als 'ontdekker', beschrijver en voorvechter van het gewoonterecht van de inheemse bevolking. In zijn 'Miskeningen van het adatrecht' (1909) en 'De ontdekking van het adatrecht' (1928) liet hij overtuigend zien dat de inheemse bevolking een eigen recht had, het 'adatrecht', dat erkenning en toepassing verdiende door de koloniale staatsorganen. Hij leverde scherpe kritiek op wetgeving door koloniale 'bureauheren' die uniforme, westerse wetten wilden maken voor een oosterse bevolking. Deze bevolking, zo betoogde Van Vollenhoven en velen met hem, leeft in 'een andere wereld' van eigen kleinere adatrechtsgemeenschappen met eigen adathoofden die sancties bepalen en uitvoeren in geval van overtreding. Het levende adatrecht moest worden opgetekend door middel van veldonderzoek. Onder aanvoering van Van Vollenhoven werd zulk onderzoek meer dan dertig jaar lang verricht door de gehele Indische archipel. De resultaten werden gepubliceerd in talloze studies en gecompileerd in Adatrechtbundels en Pandecten van Adatrecht. De te volgen onderzoeksmethode

14 Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid (WRR), *Ontwikkelingsbeleid en goed bestuur*, Den Haag: Sdu Uitgevers, 2001.

15 J.M. Otto and S. Pompe, 'The legal oriental connection', in: W. Otterspeer (red.), *Leiden Oriental Connections 1850-1950*, Leiden: Brill 1989, p. 230-249.

16 Zie C. Fasseur, *De indologen: ambtenaren voor de Oost 1825-1950*, 3e dr., Amsterdam: Aula, 2003 over de langdurige voorgeschiedenis van deze koloniale opleiding. Hoewel de noodzaak evident was, duurde het generaties voor men het eens kon worden.

17 Het multi- en interdisciplinaire curriculum van de Indologie is beschreven door A.A.J. Warmenhoven, 'De opleiding van Nederlandse bestuursambtenaren in Indonesië', in: S.L. van der Wal (red.), *Besturen overzee. Herinneringen van oud-ambtenaren bij het binnenlands bestuur in Nederlandsch-Indië. Met een inleiding uitgegeven door S. van der Wal*, Franeker: Uitgeverij T. Wever B.V. 1977, p. 12-41.

18 De Leidse juridische faculteit had in het interbellum wel zeven hoogleraren op dit gebied. Naast de juristen was daar ook de econoom Boeke, die aantoonde dat Indië naast een dualistisch rechtstelsel – inheems recht naast westers recht – ook een 'duale economie' had, een belangrijk gegeven, ook voor het huidige debat over recht en ontwikkeling. Juristen lazen het Indisch Juristenblad en het Indisch Tijdschrift van het Recht. Zie over de inhoud van deze tijdschriften A.J. Dekker en H. van Katwijk (red.), *Nederlands-Indische jurisprudentie: register op de geannoteerde rechtspraak in het Indisch Tijdschrift van het Recht (1849-1950) en de Mededelingen van het Documentatiebureau voor Overzees Recht (1950-1958)*, (Werkdocumenten/Koninklijk Instituut voor Taal-, Land- en Volkenkunde; 10), Leiden: KITLV Uitgeverij 1993. Men kon zich specialiseren en promoveren in het Indisch privaatrecht, het Indisch staatsrecht, het Indisch strafrecht, het adatrecht, het islamitisch recht, het Chinees recht, de Indische staats-huishoudkunde, enzovoorts. Duizenden artikelen, honderden boeken en tientallen dissertaties verschenen op deze terreinen.

is afgedrukt voorin de eerste Adatrechtbundel. Deze zogenaamde Adatwijzer (1909) is ook tegenwoordig voor veldonderzoekers nog van waarde.

*Het 'ethische' pleidooi van
Cornelis van Vollenhoven voor respect
voor de Indonesiër en zijn recht
viel niet overal goed*

Weerstanden, het Leiden-Utrecht conflict en het laatkoloniale rechtspluralisme

Het 'ethische' pleidooi van Van Vollenhoven voor respect voor de Indonesiër en zijn recht viel niet overal goed. Sommige politici zagen het als een steun in de rug voor het opkomende Indonesische nationalisme en noemden het daarom onvaderlandslievend. Het koloniale bedrijfsleven zag het als een potentiële ondermijning van haar expansie en besloot daarom bij te dragen aan de oprichting van een tweede Indologiefaculteit te Utrecht, in Leidse kringen bekend als de 'oliefaculteit'. De Utrechtse juristen onder leiding van prof. mr. G.J. Nolst Trenité stelden dat de economische ontwikkeling van Indië vroeg om een snelle invoering van een uniform privaatrecht naar Europees model voor alle bevolkingsgroepen. Ook de leiding van het departement van Justitie te Batavia dacht rond 1920 in die richting en produceerde een nieuw ontwerp-Indisch Burgerlijk Wetboek. Na heftige polemieken en debatten in wetenschap en politiek slaagden Van Vollenhoven en de zijnen erin regering en parlement ervan te overtuigen dat deze unificatieplannen geblokkeerd moesten worden. De juridische erkenning van het adatrecht bleef een feit. Nederlands-Indië werd ook in de laatkoloniale periode, evenals vele andere delen van Azië en Afrika, gekenmerkt door rechtsdualisme en rechtspluralisme.¹⁹

3 POSTKOLONIALE ONTWIKKELINGS- IDEOLOGIEËN EN RECHTSONTWIKKELING

Centralistische postkoloniale staten: een wereldwijd maakbaarheidsproject

De regeringen van de meeste ontwikkelingslanden in Azië en Afrika streefden na hun onafhankelijkheid vooral naar twee zaken: *nation-building* en sociaal-economische vooruitgang.²⁰ Daarbij gaven de meeste regeringen in reactie op het koloniale verleden de voorkeur aan een socialistische koers. De staat kreeg een centrale rol in het sociaal-economisch leven. Technische en economische hulp bij dit proces werd dikwijls verschaft door landen van het Oostblok. Het was overigens een tijd waarin ook de Wereldbank en US AID centrale planning propageerden.²¹ 'Ontwikkeling' betekende dat de maatschappij getransformeerd moest worden. Dit ontwikkelingsmodel vertaalde zich in een rechtspolitiek van unificatie: het streven naar een uniform, modern, seculier recht. De maatschappij werd maakbaar geacht. Het nieuwe recht zou de bevolking bevrijden van de knellende banden van verwantschap, traditie, gewoonterecht, godsdienst en religieus recht, en hen mobiliseren als nieuwe staatsburgers. De nieuwe elites regeerden vaak met harde hand. Allott noemt de manier waarop zij nieuwe wetgeving introduceerden arrogant, paternalistisch en ongeduldig.²² Tegenkrachten werden niet of nauwelijks geduld. Voor onafhankelijke rechters en mensenrechten was in deze optiek weinig ruimte.²³ Traditionele en religieuze leiders werden naar het tweede plan verwezen. Nieuwe urbane elites, bureaucraten, partijkaders en militairen, vaak toch ook weer sterk ingebed in etnische groepen, leidden de nieuwe staten. Maar na tien of vijftien jaar bleek dat de meeste politieke elites hun beloften niet konden waarmaken, noch die van nationale eenheid, noch die van sociaal-economische vooruitgang, noch die van een effectief nieuw nationaal recht. In plaats daarvan was er in de meeste ontwikkelingslanden veel verdeeldheid, instabiliteit, repressie, corruptie, economische stagnatie en rechtsonzekerheid.

19 Reeds in de koloniale constitutie van 1854, het Regeringsreglement voor Nederlands-Indië, was rechtsdualisme het rechtspolitieke uitgangspunt: Europees recht gold voor de Europeanen en inheems recht voor de inheemse bevolking. Omdat de inheemse bevolking zelf ook veel etnische, religieuze en normatieve verscheidenheid kende, werd veelal gesproken van rechtspluralisme. Voor de vergelijkbare situatie in voormalige Britse koloniën en andere delen van Azië en Afrika zie A.N. Allott, *The Limits of Law*, London: Butterworths 1980, p. 174-196.

20 F. Heady, *Public Administration: A Comparative Perspective*, New York: Marcel Dekker 1996, p. 291-294.

21 M.J. Esman, *Strategies and Policies Drive the Law*, Paper prepared for presentation at the conference on 'Rethinking Law and Development: Socio-Legal Perspectives', at Cornell University, April 18-20, 2004.

22 A.N. Allott, *The Limits of Law*, London: Butterworths 1980, p. 174-176.

23 Treffende voorbeelden uit Tanzania, Indonesië en Egypte zijn te vinden bij respectievelijk M.K.B. Wambali and C.M. Peter, 'The Judiciary in Context: The Case of Tanzania', in: N. Tiruchelvam and R. Coomaraswamy (eds.), *The Role of the Judiciary in Plural Societies*, London: Francis Pinter 1987, p. 131-145; A.W. Bedner, *Administrative Courts in Indonesia: A Socio-Legal Study*, London, The Hague: Kluwer Law International, 2001; S. Pompe, *The Indonesian Supreme Court: A study of institutional collapse*, Ithaca, NY: Cornell Southeast Asia Program Publications; J.M. Otto, 'Jurists, nation building, and social tensions in Egypt', in: B. Galjart and P. Silva (eds.), *Designers of development: intellectuals and technocrats in the Third World*, Leiden: Research School CNWS, 1995, p. [107]-128.

Weerstanden en de roep om liberalisering

Weerstand tegen de centraal geleide politiek en economie kwam van verschillende kanten. Het Westen probeerde, in competitie met het Oostblok, economische en ontwikkelingsrelaties aan te gaan met de Derde Wereld. Binnen de ontwikkelingslanden zelf hoopten het particuliere bedrijfsleven, religieuze leiders, stamhoofden, kritische intellectuelen, wetenschappers en journalisten dat de macht van de autoritaire, centralistische staat kon worden gebroken. Een bundeling van binnen- en buitenlandse krachten leidde uiteindelijk tot tientallen regimeveranderingen, waarbij de centralistische, socialistische regimes werden opgevolgd door regeringen met een meer liberale koers. Dit proces werd versterkt doordat in de jaren 80 ook in het Westen een ideologische omslag plaatsvond. Bij de ontwikkelingshulp van westerse en multilaterale donoren werd nu als eis gesteld om de economie te liberaliseren. Voorts werden ontvangende regeringen opgeroepen tot democratisering en bescherming van politieke mensenrechten. Ten slotte eisten donoren ook dat de burgerlijke en sociale mensenrechten van onderdrukte groepen, als vrouwen, kinderen en minderheden beter zouden worden beschermd. In de meeste ontwikkelingslanden vonden privatiseringen plaats. Ook het aantal ratificaties van mensenrechtenverdragen breidde zich na aanvankelijke weerstanden uit. Toen in 1989 het Oostblok instortte, leek de liberale beleidslijn als enige over te blijven. 'Goed bestuur' werd onder aanvoering van de Verenigde Staten synoniem met marktwerking, democratisering en rechtsstaat.

Allereerst werd geprobeerd deze transformatie uit te voeren in de 'transitielanden' van de voormalige Sovjet-Unie en Oost-Europa. Daarna waren de ontwikkelingslanden aan de beurt. Nu de concurrentie van het Oostblok was weggefallen, gingen de donoren kritischer kijken naar de regimes waarmee hulprelaties werden onderhouden. Kritiek op mensenrechtenschendingen en corruptie werd nu veel explicieter uitgeoefend. In 1992 leidde zulke kritiek vanuit Nederland op Indonesië ertoe dat president Suharto alle bilaterale ontwikkelingssamenwerking opzegde, inclusief de juridische.

De Verenigde Staten, Australië en ander donoren stonden echter onmiddellijk klaar om ju-

ridische assistentie aan te bieden. Inmiddels was immers de bovengenoemde uitbreiding begonnen van internationale programma's ter versterking van de *rule of law*. Zo stelde de Wereldbank in het gezaghebbende rapport '*Governance and Development*' (1992) vast dat een effectief rechtssysteem een van de basisvoorwaarden is voor ontwikkeling.

Een van de sectoren waarop donoren al langere tijd met juridische projecten actief zijn, is de regulering van grondbezit

4 JURIDISERING VAN GRONDBEZIT VOOR ARMOEDEBESTRIJDING ALS CASE

Grondbeheer en armoedebestrijding

Een van de sectoren waarop donoren al langere tijd met juridische projecten actief zijn, is de regulering van grondbezit.²⁴ Strijdige *claims* op grond vormen een van de grootste oorzaken van conflicten in ontwikkelingslanden. Honderden miljoenen boeren die moeten leven van landbouwopbrengsten hebben groot belang bij zeggenschap over grond. Ook voor de bewoners van de snelgroeende stedelijke agglomeraties is bezit van het stukje grond waarop zij wonen essentieel. Over grondbeheer in ontwikkelingslanden worden sinds langere tijd verschillende beleidsdiscussies gevoerd. Het eerste debat, over erkenning van inheemse rechten, woedt al sinds de koloniale tijd getuige het bovengenoemde Leiden-Utrecht conflict.²⁵ Het tweede debat, over *land reform*, de gebruikelijke term voor herverdeling van grondbezit, leidde vooral onder socialistische regimes tot rechtshervorming. Het derde debat gaat over legalisering van informeel grondbezit door middel van registratie van percelen en *titling*, het verlenen van een titel op grond aan de rechthebbende. Ik wil het primair over dit laatste onderwerp hebben, al raakt dit onvermijdelijk ook aan het eerste.

24 Voor Nederlands onderzoek over grondbeheer in ontwikkelingslanden zie H. Dekker, *In pursuit of Land Tenure Security*, Amsterdam: Amsterdam University Press, 2006; J.A. Zevenbergen, *Systems of land registration, aspects and effects* (diss. TU Delft), Delft: NCG, 2002. Naast deze vertegenwoordigers van de Delftse school, staat de Wageningse school van het 'niet-westerse agrarisch recht', vertegenwoordigd door o.a. H. Sonius, F. von Benda-Beckmann, D. Roth, E. Roquas. Een Amsterdamse groep met o.a. A. Hoekema en W. Assies heeft veel werk over grondbeheer in Latijns-Amerika gedaan; G. Hesseling en J.

Ubink houden zich met grondbeheer in Afrika bezig, en Leidse, Nijmeegse en andere onderzoeksgroepen hebben zich sterk gericht op grondbeheer in Indonesië, met o.a. F. von Benda-Beckmann, K. von Benda-Beckmann, H. Slaats en K. Portier, D. Fitzpatrick, A. Bedner, J.M. Otto, J. Vel, G. Reerink, L. Bakker, S. Moniaga, M. Safitri en T. Moeliono. Zie over grondbeheer in China P. Ho en B. van Rooij.

25 P. Burns, *The Leiden legacy: concepts of law in Indonesia*, Leiden: KITLV Press, 2004.

Leidt legalisering van informeel grondbezit tot ontwikkeling?

Wordt economische ontwikkeling belemmerd door het feit dat talloze arme bewoners van ontwikkelingslanden geen aantoonbare, afdwingbare eigendomsrechten naar nationaal recht hebben op het stuk grond waarop zij wonen en werken? Op het eerste gezicht lijkt dit een eenvoudige kwestie. Als deze bewoners, als kleine ondernemers, krediet nodig hebben, komen zij terecht bij banken die vaak alleen krediet willen geven als zij over een onderpand kunnen beschikken. Grond is een ideaal onderpand, mits het eigendomsrecht daarop afdwingbaar is. Daartoe moet dit recht rechtens erkend en geregistreerd zijn. Dat is niet het geval bij traditioneel communaal grondbezit, noch bij veel ongeregistreerd grondbezit in stedelijke sloppenwijken. *Ergo*, al dit informele grondbezit belemmert economische ontwikkeling en moet daarom zo snel mogelijk worden gelegaliseerd.

Wereldbankprogramma's: traditie

Uitgaande van deze gedachte steunde de Wereldbank decennialang programma's van nationale regeringen voor registratie en *titling* van grondpercelen. In 1975 bepleitte de bank in zijn beleidsdocument 'Land Reform: Sector Policy Paper' dan ook de bevordering en registratie van individuele grondeigendom. De meeste bestuurders en wetenschappers koesterden de hypothese dat traditionele vormen van communaal eigendom op het platteland zouden verdwijnen en opgaan in moderne rechtssystemen. Ook de stedelijke sloppenwijken, die door onstuitbare migratie vanuit de dorpen als paddenstoelen uit de grond schoten en elke ordenelijke grondadministratie tartten, zouden kunnen worden gerationaliseerd en gelegaliseerd, zo dacht men. Sinds 1975 heeft de Wereldbank echter uit de praktijk van deze programma's harde lessen geleerd. Talloze projecten voor wetgeving en registratie bleken helemaal niet effectief. Vaak riepen deze juist nieuwe conflicten op.²⁶ Veelal bleken traditionele communale rechten veel dieper ingebed dan verwacht.²⁷ Niet zelden hadden veel armen in de praktijk helemaal geen belang bij registratie, omdat het hen meer kostte dan opleverde.²⁸ Dikwijls

werden armen die wel belang bij registratie zouden hebben, niet bereikt.²⁹ Vaak bood een eenmaal uitgereikt eigendomscertificaat armen nog altijd weinig rechtszekerheid.³⁰ Ook bleek uit veldonderzoek dat de toegang tot krediet voor vele armen helemaal niet beter werd door de beschikbaarheid van een eigendomspapier.³¹ Bovendien kon men zien dat vaak de rijken, lokale elites en investeerders van buiten, profiteerden van registratie ten koste van inheemse gemeenschappen.³² Waarschuwingen in deze richting waren al vanaf de vroege jaren 80 afgegeven door kritische rechtsantropologen.³³ In 1994 publiceerden Bruce en Migot-Adholla hun invloedrijke werk *Searching for Land Tenure Security in Africa*, waarin zij op grond van uitvoerig veldonderzoek aantoonde dat er in bepaalde gebieden wel geleidelijke en gedeeltelijke legalisering optrad, maar dat van een algemeen, grootschalig en strak gepland programma voor legalisering van informeel grondbezit in de praktijk weinig te verwachten was.

De Soto: kampioen van legalisering voor armoede
Dergelijke bevindingen passen niet in het denken van Hernando de Soto, de spraakmakende Peruaanse econoom en auteur van *The Mystery of Capital: Why Capital Triumphs in the West and Fails Everywhere Else* (2000). In dit boek stelt De Soto dat de armen van deze aarde letterlijk op een kapitaal van 9000 miljard dollar zitten: de waarde van hun informele grondbezit. Doordat dit grondbezit niet is gelegaliseerd, zo stelt hij, is het niet ingebed in een effectief rechtssysteem. Hierdoor zijn de armen veroordeeld om met hun 'dode kapitaal' in de 'informele sector' te blijven. Daarom bepleit De Soto een krachtige, grootschalige legalisering en adviseert hij talloze donoren en regeringen van ontwikkelingslanden over hoe dit aan te pakken. Daarbij combineert hij het *pro-market* jargon van *legal, fungible property rights over assets* met de *pro-poor* terminologie van *access to justice, legal empowerment* en *poverty reduction*.

De Soto's strategie en de schuld van de juristen

De kern van De Soto's strategie is dat de armen ter bestrijding van hun armoede hun bezittingen

26 C. Lund and G. Hesselings, 'Traditional chiefs and modern land tenure law in Niger', in: E. Adriaan B. van Rouveroy van Nieuwaal and R. van Dijk (eds.), *African chieftaincy in a new socio-political landscape*, Hamburg: Lit Verlag 1999, p. 135-154.

27 J.W. Bruce and S.E. Migot-Adholla (eds.), *Searching for land tenure security in Africa*, Dubuque, Iowa: Kendall/Hunt 1994.

28 E. Roquas, *Stacked Law: Land, Property and Conflict in Honduras*, Amsterdam: Rozenberg Publishers, 2002.

29 D. Soehendera, *Sertipikat Tanah dan Orang Miskin: Kasus Kampung Rawah* [Land Certificates and Poor People: the Case of Kampung Rawah] (diss. Depok, Universitas Indonesia), 2006.

30 D. Roth, *Ambition, Regulation and Reality. Complex use of land and water resources in Luwu, South Sulawesi* (diss. Wageningen

Universiteit), Wageningen University, 2003.

31 C. Woodruff, 'Review of De Soto's *The Mystery of Capital*', *Journal of Economic Literature*, Vol. XXXIX, 2001, p. 1215-1223; R. Home and H. Lim (eds.), *Demystifying the Mystery of Capital: Land Tenure and Poverty in Africa, and the Caribbean*, London, Sydney, Portland OR: The GlassHouse Press, 2004.

32 K.S. Amanor, *Land, Labour and the Family in Southern Ghana: a Critique of Land Policy under Neo-Liberalisation*, Research Report 116, Uppsala: Nordiska Afrika Institutet, 2001.

33 F. von Benda-Beckmann, 'Op zoek naar het kleinere euvel in de jungle van het rechtspluralisme (oratie Wageningen)', [S.l.: s.n.], 1983.

zo snel mogelijk moeten overbrengen van een onproductieve 'extra-legale sfeer' naar een juridische sfeer, waar deze bezittingen 'kapitaal' kunnen worden. De Soto hekelt de trage voortgang van bestaande legaliseringprojecten. In een hoofdstuk getiteld 'The mystery of legal failure' geeft hij 'de juristen' de schuld: ze zijn bereid noch in staat de 'bruggen' te ontwerpen en te bouwen die de armen zouden kunnen helpen om de sfeer van recht en kapitaal binnen te komen.³⁴ De Soto stelt een tweeledige strategie voor: ten eerste, de 'ontdekking' en analyse van 'informele sociale contracten' die op dit moment de relatie van de mens tot de grond feitelijk reguleren en ten tweede, een juridische en politieke strategie om daadwerkelijk de 'bruggen' te maken die deze informele regels verbinden, harmoniseren en integreren met het formele juridische systeem. Met deze strategie, zo belooft hij, zal de legalisering van informeel grondbezit drastisch versnellen.

Een trendbreuk bij de Wereldbank

Terwijl de these van De Soto anno 2007 voor veel donoren en nationale beleidsmakers op het eerste gezicht aantrekkelijk lijkt, heeft de Wereldbank inmiddels zijn traditionele beleidslijn herzien. De bank heeft gekozen voor een strategie van geleidelijkheid, differentiatie en maatwerk, gepubliceerd in *Land Policies for Growth and Poverty Reduction: A World Bank Policy Research Report* in 2003. '[E]liminating or replacing customary tenure is often neither necessary nor desirable', aldus dit rapport.³⁵

5 RECHT EN ONTWIKKELING BEZIEN VANUIT VERSCHILLENDE DISCIPLINES

Het is evident dat de ontwikkeling naar een moderne rechtsstaat, een effectieve *rule of law*, dikwijls langzaam en moeizaam verloopt. Omdat vanuit verschillende wetenschapsgebieden verschillend tegen dit probleem wordt aangekeken, zal ik een aantal disciplines en subdisciplines kort de revue laten passeren en in verband brengen met de plannen van De Soto. Om een en ander wat concreter te maken, zal ik daarbij meermalen het voorbeeld van Indonesië aanhalen. Het gaat daarbij om ver-

schijnselen die ook vaak in andere ontwikkelingslanden voorkomen.

Rechtsgeschiedenis

Anders dan Amerikanen en Australiërs hebben Europese rechtswetenschappers een eigen koloniale rechtsgeschiedenis. Zo kunnen Nederlandse rechtswetenschappers beschikken over een schat aan informatie over de voorgeschiedenis van het Indonesische recht. Hieruit valt te leren dat het debat over de voor- en nadelen van legalisering van informeel grondbezit 80 jaar en langer geleden al meermalen met verve en met kennis van zaken is gevoerd.

Zo kondigde de koloniale regering na lange discussies in 1870 de Agrarische Wet met 'het domeinbeginsel' af. Daarbij kende de koloniale staat zichzelf beheersrechten toe op het grootste deel van het land, destijds 'woeste gronden' genoemd. Ook tegenwoordig nog wordt 70% van het grondoppervlak als 'bosgrond' beheerd door de Indonesische staat. Zelfs als deze grond al decennialang bezet, bebouwd en bewoond wordt, wordt dit zelden gelegaliseerd.³⁶ Hier helpt geen De Soto aan. Verder moet erkend worden dat sinds de dagen dat Van Vollenhoven *De Indonesiër en zijn grond* (1919) schreef, de bevolking sterk is gegroeid, het land is uitgegeven en deels verstedelijkt. Verschillende politieke omwentelingen hebben geleid tot grootschalige, vaak onrechtmatige landbezettingen door bevolkingsgroepen, zowel in steden als in rurale gebieden.³⁷ De ongeschonden 'adatrechtsgemeenschappen' waaruit Indonesië volgens de adatrechtsgeleerden ooit bestond, met hun 'zuivere' adatrecht, zijn tegenwoordig sowieso schaarser geworden, al blijven zij in bepaalde delen van het land nog voortbestaan. Tegenwoordig vormen bewoners meestal meer heterogene groepen, in etnisch, sociaal-economisch en politiek opzicht. Overigens blijkt het adatrecht, dat vaak al was afgeschreven na 1998, door de decentralisatie na Suharto's val, weer nieuwe krachten te hebben gekregen. Dit is politiek vaak zeer omstrede omdat dit adatrecht migranten en hun afstammelingen discrimineert ten opzichte van de oorspronkelijke bevolking.³⁸ Als oplossing voor deze politiek gecompliceerde situatie, is De Soto's bruggen-theorie eigenlijk te mager.

34 'Most lawyers in developing countries (...) have been trained not to expand the rule of law but to defend it as they found it'. (De Soto 2000, p. 197); 'The difficulty is that few lawyers understand the economic consequences of their work (...). All the reformers I have met working to make property more accessible to the poor operate with the presumption that the legal profession is their natural enemy' (De Soto 2000, p. 198).

35 K. Deininger, *Land Policies for Growth and Poverty Reduction: A World Bank Policy Research Report*, 2003, p. 62.

36 Pas in najaar 2006 onder de huidige president Susilo Bambang Yudhoyono heeft de Indonesische regering voor de eerste keer

aangekondigd dat zij een groot deel van deze bosgrond aan het staatsdomein wil onttrekken en vrijgeven voor registratie van particuliere rechten. Het is onzeker in hoeverre deze plannen daadwerkelijk worden uitgevoerd.

37 Daryono, *Transformation of Land Law and Land Rights in Indonesia. A socio-legal study in East Java province, Indonesia* (diss. Australian National University), (te verschijnen in 2008).

38 J.S. Davidson and D. Henley (eds), *The revival of tradition in Indonesian politics: The deployment of adat from colonialism to indigenism*, London: Routledge, 2007.

De Soto heeft in zijn werk de parallellen tussen 'de' ontwikkelingslanden en de Westerse rechtsgeschiedenis centraal gesteld. Hij laat zien hoe de Verenigde Staten vanuit een gefragmenteerd rechtssysteem tot een uniform goederenrecht kwamen en hoezeer dat destijds de economie heeft gestimuleerd. Dit biedt ook aan ontwikkelingslanden een aantal nuttige referentiepunten voor hun rechtsontwikkeling. Het bovenstaande voorbeeld laat zien dat deze landen in de praktijk slechts ten dele dezelfde wegen bewandelen.

Vergelijkend onderzoek wijst uit dat zelfs voor de beste juristen het reguleren van grondbezit in landen waar het gewoonterecht sterk is ontwikkeld, een schier onmogelijke onderneming is

Rechtsvergelijking

De Soto maakt soms wel een karikatuur van rechtsontwikkeling in ontwikkelingslanden. Die zou dan bestaan uit het afkondigen van wetten die als *legal transplants* zijn overgeschreven uit westerse wetboeken door juristen, al dan niet ingevlogen uit het buitenland, in *air-conditioned* kantoren, die geen idee hebben wat er in de praktijk te koop is. Rechtsvergelijkend onderzoek zal echter ook vaak tot andere conclusies leiden. De ontwikkeling van grondenrecht in ontwikkelingslanden is bijvoorbeeld een delicaat terrein waar nationale politiek, ontwikkelingsideologie, bestaande rechtsbronnen, inheemse rechtsinstituten en sociaal-culturele patronen vaak een grote rol spelen. Vergelijkend onderzoek wijst ook uit dat zelfs voor de beste juristen het reguleren van grondbezit in landen waar het gewoonterecht sterk is ontwikkeld, een schier onmogelijke onderneming is.³⁹ Er bestaan zoveel uiteenlopende versies van gewoonterecht,⁴⁰ en er zijn zoveel spanningen tussen gewoonterecht en verschillende constitutionele beginselen dat pogingen om dit op bevredigende wijze eenduidig te codificeren niet veel kans van slagen hebben.

In Indonesië heeft de Agrarische Basiswet van 1960, een origineel product van Indonesische wet-

gevingjuristen, op papier precies zo'n brug geslagen als De Soto voorstelt: een procedure voor conversie van alle informele rechten in formele rechten onder de nieuwe wet, en wel binnen een bepaalde periode. Toch moeten wij bijna 50 jaar later constateren dat deze uniforme wet met zijn meterslange reeks uitvoeringsregelingen maar betrekkelijk weinig *land tenure security* heeft gebracht.⁴¹

Rechtsantropologie

Anthropology of law is een erkend vakgebied, dat enerzijds heeft voortgebouwd op koloniale gewoonterechtstudies, zoals de Adatrechtsschool van Van Vollenhoven, en anderzijds aansluiting heeft gezocht bij internationale ontwikkelingen in de antropologie. Er is sinds de jaren 70 vanuit Nederland een groot aantal nieuwe onderzoeksprojecten geïnitieerd, onder meer in Indonesië, Afrika en Latijns-Amerika. Een leidende rol is daarbij eerst gespeeld door J.F. Holleman, en daarna door F. von Benda-Beckmann en K. von Benda-Beckmann.⁴² In nauwgezette veldstudies van lokale praktijken van regulering en conflictoplossing in de rurale gebieden van verschillende ontwikkelingslanden, koos de rechtsantropologie een '*people's perspective*'. Daarbij constateerden rechtsantropologen meestal dat lokale gemeenschappen nog altijd sterke, normatieve patronen kenden, geworteld in hun *adat*, in hun politieke, sociaaleconomische en culturele systemen. Deze patronen bleken het diepst geworteld in het familie- en erfrecht en bij de rechten op grond. Grondbeheer had op het platteland vaak een zeker communaal karakter behouden en bleef sterk geënt op de praktische gebruiksmogelijkheden door verschillende groepen en individuen. Dit gewoonterecht is dan ook vaak flexibel en onderhandelbaar. Dat maakt het moeilijk, zo niet onmogelijk, deze patronen te codificeren. Probeert men dat wel, dan is de kans groot dat dat zeker op korte termijn meer conflict, politisering en rechtsonzekerheid scheidt dan transparantie en voorspelbaarheid. Daarom hebben rechtsantropologen zich vaak gekeerd tegen ingrijpen door wetgevers en bestuurders. Geleidelijk is de rechtsantropologie zich meer gaan bezighouden met opvattingen en gedragingen van overheden, politici, rechters, ambtenaren en ontwikkelingsprojecten, kortom met vraagstukken van *governance*.⁴³

De concepten van recht die in de rechtsantropologie worden gehanteerd zijn overigens doorgaans ruimer dan die van 'gewone' juristen. Dit

39 R. Mtengeti-Migiro, 'Legal developments on women's rights to inherit land under customary law in Tanzania', *Verfassung und Recht in Übersee* 1991-4, p. 362-371.

40 B. Oomen, *Chiefs in South Africa: law, power & culture in the post-Apartheid era*, Oxford: James Currey 2005.

41 D. Fitzpatrick, 'Disputes and Pluralism in Modern Indonesian Land Law', *Yale Journal of International Law* 1997-22, p. 171-212.

42 J. Griffiths, 'Recent anthropology of law in the Netherlands and

its historical background', *Anthropology of law* 1986, p. 11-66; F. von Benda-Beckmann and K. von Benda-Beckmann, 'Anthropology of Law and the Study of Folk Law in The Netherlands after 1950', in: H. Vermeulen and J. Kommers (eds.), *Tales from Academia. History of Anthropology in the Netherlands*, Saarbrücken: Verlag für Entwicklungspolitik Saarbrücken GmbH, 2002.

43 F. von Benda-Beckmann, *Op zoek naar het kleinere euwel in de jungle van het rechtspluralisme* (oratie Wageningen), [S.l.: s.n.], 1983.

levert nog al eens verwarring op. De Soto lijkt met zijn concept van 'extralegaliteit' van informele contracten voor een traditioneel-juridische conceptualisering te kiezen, maar ook hij is daarin weinig precies. Hij lijkt alle vormen van ongecodeerd gewoonrecht als *extralegal* te beschouwen, terwijl vele daarvan wel degelijk in nationaal recht zijn geïncorporeerd door wetgeving of jurisprudentie. Hoe dit zij, de voorstellen van De Soto zijn vanuit de rechtsantropologie scherp bekritiseerd als slecht geïnformeerd, naïef, irreëel en onverantwoordelijk.⁴⁴

Studies over politiek en recht in ontwikkelingslanden laten echter zien dat bevordering van de rechtsstaat in feite een langdurige, taaie strijd vereist tegen de lokale powers that be

Governance studies

De kern van wat tegenwoordig als *governance studies* wordt aangeduid is de bestuurskunde, geflankeerd door de politieke wetenschappen, ontwikkelings sociologie en rechtswetenschap. Met name de bestuurskunde van ontwikkelingslanden of *development administration* is hier relevant.⁴⁵ Een tamelijk constante bevinding op dit vakgebied is dat het openbaar bestuur in ontwikkelingslanden dikwijls niet in staat is zeer complexe taken op effectieve, efficiënte en rechtmatige wijze te vervullen. De verklaringen hiervoor hebben deels betrekking op interne factoren, zoals middelen, opleiding, arbeidsvoorwaarden, organisatiecultuur, motivatie, leiderschap en controle, en deels op de relaties met de doelgroep en de bredere maatschappelijke context.⁴⁶ Uit rapportages over grootschalige legaliseringsprogramma's blijkt dat er veel fout gaat op het niveau van de *street level bureaucrats* die zijn belast met de selectie van begunstigden, de opmeting en registratie van percelen en de verstrekking van certificaten. Omdat uitvoerende ambtenaren

kennelijk niet voldoende gecorrigeerd worden van bovenaf, heeft in brede kring de gedachte postgevat dat er dan maar van onderaf politieke druk moet worden uitgeoefend om een effectieve en rechtmatige beleidsuitvoering te bewerkstelligen. Dit idee is trouwens voor het hele veld van de *rule of law promotion* de laatste jaren met kracht bepleit door Golub.⁴⁷ In de praktijk ziet men ook steeds vaker dat non-gouvernementele organisaties en activisten lokale gemeenschappen helpen hun grondgebied in kaart te brengen (*community mapping*), hun gemeenschappelijke en individuele aanspraken op grond schriftelijk vast te leggen, het ambtenarenapparaat te activeren en eventuele corruptie met selectie en certificaten aan de kaak te stellen. Zonder goed functionerende *legal empowerment, advocacy* en *legal aid* en een daarop aansluitende effectieve handhaving door politie, justitie en rechtspraak, heeft De Soto's implementatiestrategie sowieso weinig kans van slagen. De Soto gaat in zijn boek aan deze problematiek grotendeels voorbij. Studies over politiek en recht in ontwikkelingslanden⁴⁸ laten echter zien dat bevordering van de rechtsstaat in feite een langdurige, taaie strijd vereist tegen de lokale *powers that be*. Bij hervorming van het grondenrecht, kan oppositie tegen nationale politieke en bestuurlijke elites logischerwijs haast niet uitblijven. Dit zullen overigens deels dezelfde elites zijn door wie De Soto c.s. zich laten uitnodigen.⁴⁹

Economie

Sinds 1990 hebben neo-institutionele economen furore gemaakt in de ontwikkelingssamenwerking met de stelling dat recht door zijn voorspelbaarheid de transactiekosten voor investeerders verlaagt. Dit is ook het voornaamste argument van De Soto en andere economen. Zij zijn goed in dergelijk systeemdenken. Maar uit de ervaringen van de Wereldbank, met grondbeheer en in andere sectoren, blijkt vaak dat de aannames en oplossingen van economen achteraf toch wel erg problematisch en gebrekkig blijken te zijn.⁵⁰ Economische theorieën zijn doorgaans ontwikkeld in het Westen. Bij overplanting daarvan naar ontwikkelingslanden met hun sociale en politieke contexten, die leiden tot afwijkende 'imperfecte mark-

44 F. von Benda Beckmann, 'Mysteries of capital or mystification of legal property', *Focaal-European Journal of Anthropology*, 41 (2003) p. 187-191.

45 Voor een overzicht van dit vakgebied zie het tijdschrift *Public Administration and Development*.

46 J.M. Otto, *Lokaal bestuur in ontwikkelingslanden*, Muiderberg: Coutinho, 1999.

47 S. Golub, 'The Legal Empowerment Alternative', in: T. Carothers (ed.), *Promoting the Rule of Law Abroad, In search of knowledge*, Washington D.C.: Carnegie Endowment for International Peace 2006, p. 161-191.

48 D.S. Lev, *Legal Evolution and Political Authority in Indonesia: Selected Essays*, London: Kluwer Law International, 2000.

49 T. Li, *Government through Community. The World Bank in Indonesia*, Invited Paper for the Hauser Colloquium: Globalization and its Discontent, New York University School of Law, 18 April 2005.

50 De econoom Shantayanan Devarajan, de 'lead author' van het 2004 World Development Report *Making Services Work for People* ging bij zijn lezing voor de vereniging Aladin op 29 januari 2007 te Den Haag in dit verband uitvoerig in op 'problems with the solutions', 'perverse effects' en 'the next generation of problems'.

ten', dienen veel aannames kritisch te worden beschouwd. Allereerst vindt men daar vaak 'duale' economieën: naast een kleine, geregistreerde formele sector een grote, ongereguleerde informele sector.⁵¹ Elke sector of sfeer heeft zijn eigen prijsniveau. Prijzen zijn in veel gevallen ook nog eens sterk afhankelijk van de persoonlijke relaties tussen partijen.⁵² Dominante publieke sectoren houden 'canteen-economieën'⁵³ in stand, waar de prijzen tot stand komen op grond van lidmaatschap van de *in-group*. Bovendien is een min of meer effectief, autonoom rechtssysteem, dat heldere wetten produceert, goed bestuurt en rechtspreekt zonder aanzien des persoons, een *condicio sine qua non* in dit soort economische ontwikkelingstheorieën. Barendrecht et al. schrijven over hun onderzoeksproject dat beoogt de prijs en kwaliteit van *Access to Justice* meetbaar te maken: '(...) we assume that judgments and settlements are generally fair (...). In some situations, however, this assumption is problematic. (...) Judges may be corrupt (...) disputants may have reasonable needs or concerns that are not recognized by the legal system'.⁵⁴ Dit zijn inderdaad ernstige, veel voorkomende problemen waarvoor economen nog geen goede oplossingen hebben kunnen vinden. Ook beleid en wetgeving voor grondbeheer in ontwikkelingslanden zijn vaak beïnvloed door economische theorieën. Fitzpatrick heeft in een gezaghebbend artikel een aantal centrale aannames van deze theorieën weerlegd en verwezen naar rechtsantropologisch onderzoek voor het verkrijgen van meer realistische onderzoeksgegevens.⁵⁵ De vraag is of gefundeerde kritiek in het geval van De Soto veel uithaalt. Nadat bepaalde aannames van De Soto met twee *case studies* in Argentinië onderuit waren gehaald door Galiani en Schargrodsky, schreef het weekblad *The Economist* veelzeggend: 'The two cases, however neat, cannot settle the big questions De Soto raises. Nonetheless, experiments of this kind, which aspire to the rigour of a clinical trial, are the height of fashion in scholarly circles. These papers subject one of the most appealing ideas in development to one of the most eye-catching investigative techniques in the field. It is only a shame that the second may dampen enthusiasm for the first.'⁵⁶

De area studies en talen

Anders dan in de Indologie en de rechtswetenschap, inclusief de rechtsantropologie, neemt in De Soto's werk kennis van taal, cultuur en maatschappij, dikwijls aangeduid met de term *area studies*, geen grote plaats in. Zijn voorstellen hebben een hoog *one size fits all* gehalte en gaan zelden serieus in op lokale omstandigheden. Dat is bijvoorbeeld af te lezen van de wijze waarop De Soto in zijn boek het grondenrecht op Bali, Indonesië, behandelt. Hij stelt dat de grenzen van percelen daar wel kunnen worden bepaald aan de hand van het geblaf van de Balinese honden en merkt op dat een lid van het Indonesisch kabinet met herkenning reageerde op zijn bevindingen: 'Aha, *Jukum adat*' (bedoeld wordt *Hukum adat*, Indonesisch voor adatrecht). Het belang van kennis van de lokale taal gaat verder dan dat van een middel om gesprekken te kunnen voeren en teksten te kunnen vertalen. Taal dient ook als instrument om te toetsen of de conceptualisering van een probleem ook stand houdt in een andere cultuur.

Andere vakgebieden

In het kader van dit artikel ontbreekt de ruimte in te gaan op andere relevante vakgebieden, zoals bijvoorbeeld de rechtssociologie, de geografie, de geodesie, de planologie, de technische bestuurskunde en de volkshuisvestingsstudies. Zo is de regulering van grondbezit ook een belangrijke component van het vraagstuk van de stedelijke sloppenwijken in *cities* en *mega-cities* in ontwikkelingslanden. Payne en Davidson hebben veel praktijkervaring opgedaan in *consultancies* over volkshuisvesting ten behoeve van lage inkomensgroepen.⁵⁷ Op grond daarvan heeft ook Payne scherpe kritiek geuit op De Soto.⁵⁸

6 HET KENNISPROBLEEM AANGEPAKT: TERUG NAAR HET RECHT IN CONTEXT

Synthetiserende, interdisciplinaire rechtswetenschap

Uit de bovenstaande rondgang langs enkele relevante disciplines blijkt dat legalisering van grondbezit, slechts een van de vele onderwerpen van *rule of law promotion*, een complex geheel is.

51 H. de Soto, *The Other Path. The Invisible Revolution in the Third World*, London: Tauris, 1989.

52 Over de *economy of affection* in Afrika zie G. Hyden, *No shortcuts to progress: African development management in perspective*, London: Heinemann, 1983. Over *indeterminacy of price* als kenmerk van economie in ontwikkelingslanden zie noot 53.

53 F.W. Riggs, *Administration in developing countries: the theory of prismatic society*, Boston: Houghton Mifflin 1964.

54 M. Barendrecht, J. Mulder and I. Giesen, *How to Measure the Price and Quality of Access to Justice*, Research Paper, Tilburg University, p. 8-9.

55 D. Fitzpatrick, 'Evolution and chaos in property rights systems: the Third World tragedy of contested access', *Yale Law Journal* 115, 2006, p. 996-1048.

56 'The Mystery of capital deepens. Giving land titles to the poor is no silver bullet', *The Economist*, August 26th 2006.

57 F. Davidson, 'Lessons from Implementation: The Impact of an Active Land Management Policy on Integrated Land Development in Ismailia, Egypt', in: P. Baross and J. van der Linden (eds.), *The Transformation of Land Supply Systems in Third World Cities*, Brookfield: Avebury 1990. In dit artikel laat de auteur zien hoe legalisering van inderdaad grondbezit met buitengewoon inventief, arbeidsintensief en langdurig optreden van een buitenlandse consultant enig succes kan hebben.

58 G. Payne, 'Book Review: De Soto, *The Mystery of Capital*', *Habitat Debate* 2001, Vol.7, no.3 (www.unhabitat.org/ihd/hd-v7n3/23.htm).

Men moet het wel vanuit verschillende disciplines bekijken om de belangrijkste dimensies ervan te kunnen begrijpen en praktische assistentie te kunnen verlenen. Dat geldt ook voor de juridische ontwikkelings samenwerking als geheel. Is het mogelijk en doenlijk om door middel van multidisciplinaire en interdisciplinaire kennisopbouw de vijf door Carothers gesignaleerde obstakels te overwinnen? Er lijkt de laatste jaren in het internationale en Nederlandse onderzoek over *law, governance and development* een synthese op te treden tussen de juridische en niet-juridische disciplines en tussen *top-down* en *bottom-up* benaderingen. Wij zien daarbij rechtsvergelijkende, rechtsantropologische, bestuurskundige, politicologische en economische benaderingen steeds vaker in elkaar overvloeien. De gemeenschappelijke noemer van veel van dit onderzoek is dat het recht van ontwikkelingslanden niet alleen puur juridisch maar ook *in context* moet worden bekeken. Het blijkt dat hierbij ook de vijf obstakels van Carothers al onder handen worden genomen. Laten we deze ten slotte een voor een langslopen.

1 *De rechtsstaat is een wel zeer complex onderwerp, zowel conceptueel als praktisch*

Dit probleem is onderkend. Zowel internationaal als in Nederland zijn er belangwekkende vorderingen gemaakt op dit terrein. Peerenboom en Tamanaha hebben een aantal elementen van de *rule of law* onderscheiden⁵⁹ waarover internationaal veel consensus bestaat. In ons land wijdde de WRR in 2002 een uitgebreid onderzoek aan de rechtsstaat. Het HIL⁶⁰ en Bedner⁶¹ hebben op beide voortgebouwd. Bedner heeft een heldere 'elementaire' benadering ontwikkeld die niet alleen een overzicht biedt van de meest relevante juridische onderzoeksvragen maar ook van de empirische vragen waarmee inzicht kan worden verkregen in de praktijk.

Omdat in de *rule of law promotion* centrale begrippen als recht, *rule of law*, *governance* en *development* voor vaak voor verwarring zorgen, is het

wegnemen van conceptuele verwarring door goed gefundeerde werkdefinities van groot belang. Dat geldt ook voor de specifieke sector van grondregulering, waar bijvoorbeeld een goede definitie van het begrippen als 'legalization' en 'tenure security' van belang is.⁶²

2 *Elk land waar men werkt heeft een geheel eigen rechtsstelsel met eigen praktijken, en goede informatie daarover is vaak gefragmenteerd en ontoegankelijk*

Ook dit probleem is onderkend. De westerse wereld heeft onderzoekscentra waar systematisch studie wordt gemaakt van de vorming en het functioneren van rechtssystemen van ontwikkelingslanden, en wel in de brontalen.⁶³ Deze centra werken steeds meer samen met onderzoekers uit de landen zelf. Het onderzoek gaat zowel over het geschreven recht als over het daadwerkelijk functioneren van rechtsinstellingen in hun maatschappelijke context, en hun bijdragen aan de oplossing van ontwikkelingsvraagstukken. In veldonderzoek worden de vaak ideologische aannames van nationale wetgevers op hun realiteitsgehalte getoetst. Uit de rechtsgeschiedenis hebben we inmiddels geleerd dat zowel Van Vollenhovens onvoorwaardelijke verdediging van het adatrecht als De Soto's onvoorwaardelijke geloof in snelle unificatie vatbaar zijn voor gerechtvaardigde kritiek.

Omdat maatschappijen in ontwikkelingslanden per definitie zeer heterogeen zijn, dient onderzoek naar recht zich op verschillende contexten te richten. In recent onderzoek naar de these van De Soto wordt dan ook niet alleen rechtsvergelijkend onderzoek gedaan naar nationale *land law regimes* maar ook antropologisch veldonderzoek naar de praktijk van legaliseringsarrangementen in rurale, urbane en urbaniserende gebieden.⁶⁴

De fragmentatie en ontoegankelijkheid van kennis over het recht van de meeste ontwikkelingslanden was in de jaren 80 nog enorm. Het internet heeft sindsdien aanzienlijke verbeteringen gebracht, en kan voor dit doel nog veel beter worden benut.

59 R. Peerenboom (ed.), *Asian Discourses of Rule of Law: Theories and Implementation of Rule of Law in Twelve Asian Countries, France and the U.S.*, London: RoutledgeCurzon 2004; B.Z. Tamanaha, *On the Rule of Law. History, Politics, Theory*, Cambridge: Cambridge University Press 2004.

60 HIL is een international onderzoeksinstituut in Den Haag dat als doel heeft 'to study the internationalisation of law. Its primary research focus is on national legal orders and how they function (or not) (...)'. Het instituut bevordert onderzoek naar 'The Changing Role and Context of Rule of Law'.

61 A.W. Bedner, 'Towards Meaningful Rule of Law Research; An Elementary Approach', Leiden Van Vollenhoven Research Report, 2004-6 (te verschijnen in 2008 in het *Hague Journal on the Rule of Law*).

62 Hieraan is dan ook de nodige aandacht besteed in het door NWO-SARO gesteunde onderzoeksproject 'The Mystery of

Legal Failure? A critical, comparative examination of the potential of legalisation of land assets in developing countries for achieving real legal certainty'. Zie ook J.M. Ubink, *In the Land of the Chiefs. Customary Law, Land Conflicts, and the Role of the State in Peri-Urban Ghana* (te verschijnen in 2008).

63 Voorbeelden zijn de faculteit voor recht en sociale wetenschappen van de Londense School for Oriental and African Studies SOAS, de Asian Law instituten te Seattle en Melbourne, de Max Planck instituten in Hamburg en Halle, en het Leidse Van Vollenhoven Instituut.

64 Zie het onderzoek genoemd in noot 61 uitgevoerd door het Van Vollenhoven Instituut te Leiden, in samenwerking met de universiteiten van Amsterdam en Nijmegen, het Afrika Studiecentrum en een dozijn buitenlandse onderzoekers in Afrika, Azië, Latijns Amerika, Europa en de Verenigde Staten.

3 Donororganisaties zijn niet geneigd tot systematische kennisverwerving en kennisopbouw door toegepast onderzoek op het gebied van recht en de rule of law

De door Carothers c.s. geschetste problemen zijn aanzienlijk, maar ook hier ziet men enige verbetering op gang komen. Binnen de Wereldbank en het IMF zijn en blijven de juridische en sociaal-wetenschappelijke afdelingen relatief klein, maar sinds 1990 heeft de bank met behulp van juristen en *socio-legal experts* uit binnen- en buitenland zogenaamde diagnostische studies laten verrichten om de kwalen van nationale rechtssystemen en hun remedies in kaart te brengen. De bank geeft verder het *World Bank Legal Review* uit en stelt veel informatie beschikbaar op zijn website. Een van de middelgrote internationale organisaties op dit gebied, de in Rome gevestigde *International Development Law Organization*, begon in 2006 eveneens met een publicatieserie *Legal and Governance Reform. Lessons Learned* en met een *portal* voor informatie over juridische ontwikkelingssamenwerking wereldwijd. Een voorbeeld uit Nederland betreft het Nederlandse ministerie van Buitenlandse Zaken dat in 2004 op projectbasis een Kenniscentrum Rechtsstaat En Ontwikkeling (KREO) in het leven riep om kennisopbouw, -overdracht en -uitwisseling op dit gebied te stimuleren; dit centrum is gevestigd in het Van Vollenhoven Instituut te Leiden en verzorgt cursussen, verricht onderzoek, adviseert en bemiddelt bij uitzendingen.

4 Juridische faculteiten en sociaal-wetenschappelijke instituten staan weinig in contact met de projectpraktijk en zijn evenmin geneigd tot toegepast onderzoek op dit gebied

Voor de meeste westerse juridische en sociale faculteiten is de juridische ontwikkelingssamenwerking geen kerntaak, maar toch participeren hun stafleden hier geregeld in. Hetzelfde geldt voor medewerkers van juridische en sociale faculteiten in de ontwikkelingslanden zelf. Er zou meer gedaan kunnen en moeten worden om hun krachten te bundelen en de bevindingen van toegepast onderzoek op dit terrein te publiceren. In 2007 gaan overigens twee nieuwe boekenseries op het gebied van *law, governance and development studies* van start bij respectievelijk Routledge en Amsterdam University Press. De geringe betrokkenheid van universiteiten heeft zeker te maken met het feit dat er niet veel onderwijs wordt gegeven in *law, governance and development*. Gelet op de grote vraag naar professionele experts voor projecten en programma's ligt het opzetten van een mastersopleiding op dit gebied voor de hand.

5 De meeste juristen zijn niet georiënteerd op de beleidspraktijk en het empirische onderzoek dat noodzakelijk is om hervormingen tot stand te brengen in de weerbarstige context van ontwikkelingslanden

Op het vakgebied van de *socio-legal studies*, dat onder andere de rechtssociologie, rechtsantropologie en criminologie omvat, komen die wetenschappers samen die zowel recht als sociale wetenschappen serieus nemen. De *socio-legal studies* zijn zowel internationaal als nationaal goed georganiseerd. De *law, governance and development studies* kan men als een snelgroeiend onderdeel hiervan beschouwen. Op de 2007 conferentie van de internationale Law and Society Association in Berlijn trokken de verschillende bijeenkomsten over dit deelresein honderden deelnemers. Het is van belang uit een oogpunt van professionaliteit om juristen die werkzaam zijn in de praktijk van de juridische ontwikkelingssamenwerking een goede training te geven in de sociaal-wetenschappelijke aspecten van dit interdisciplinaire vakgebied en *vice-versa*.

*Er bestaat in de
projectenpraktijk van de juridische
ontwikkelingssamenwerking
inderdaad een kennisprobleem*

7 SAMENVATTEND

Er bestaat in de projectenpraktijk van de juridische ontwikkelingssamenwerking inderdaad een kennisprobleem, zoals Carothers en anderen dat omschrijven. De sector is zich hiervan al enige tijd bewust en er is een behoorlijk aantal initiatieven, nationaal en internationaal, genomen om de genoemde obstakels te overwinnen. Naast de verwerving en opbouw van kennis binnen de donororganisaties, de beroepspraktijk en de wetenschap is het echter essentieel dat er een daadwerkelijke kruisbestuiving van kennis en *lessons learned* plaatsvindt zowel tussen wetenschappelijke disciplines onderling als tussen de wetenschap, het beleid en de projectenpraktijk. Een dergelijke samenwerking en uitwisseling tussen wetenschappers, beleidsmakers en mensen in het veld begint langzaam zichtbaar te worden, bijvoorbeeld in de vorm van gezamenlijk beleidsgericht onderzoek en publicaties door wetenschappers en *practitioners*, conferenties en netwerkactiviteiten. Het slaan van bruggen tussen beleid, praktijk en wetenschap op dit terrein blijft echter weerbarstig en verdient daarom extra steun. ✽