This article from Netherlands Journal of Legal Philosophy is published by Boom juridisch and made available to anonieme bezoeker

Edwige Burg, The Model of Principles. The quest for rationality in the implementation of conflicting principles (diss. Amsterdam UvA), Amsterdam: Universiteit van Amsterdam, Faculteit der Rechtsgeleerdheid 2000, 192 p.

Als we het aantal publicaties overzien dat in ons land over de rechtsvindingstheorie van Ronald Dworkin is verschenen, lijkt de stelling gerechtvaardigd dat deze theorie hier ten lande de status van paradigma heeft verworven. Nu wil dit laatste niet zeggen dat Dworkins theorie alle problemen zou hebben opgelost; en evenmin dat men het in alle opzichten met hem eens is. Wat zijn theorie tot paradigma maakt, is dat men zijn behandeling van de rechtsvinding zo overtuigend vindt dat zijn theorie het model of uitgangspunt is geworden van verder rechtsfilosofisch onderzoek en debat. Daarmee kom ik op

het proefschrift van Edwige Burg. Uitgangspunt en achtergrond van haar geschreven proefschrift vormt de rechtsvindingstheorie van Dworkin, door haar 'the model of principles' genoemd. Zoals bekend, vormen rechtsbeginselen volgens dit model de grondslag en diepe rechtvaardiging van het geheel van regels, uitspraken, procedures en instellingen die het zichtbare corpus vormen van het recht. De functie van rechtsbeginselen is volgens Dworkin goed zichtbaar in wat moeilijke gevallen worden genoemd: gevallen die niet onder een bestaande rechtsregel kunnen worden gebracht. In deze gevallen verschaffen rechtsbeginselen argumenten of aanwijzingen voor de te nemen beslissing. Maar rechtsbeginselen kunnen onderling conflicteren. In sommige gevallen zijn twee of meer beginselen in geding die elk naar een andere oplossing wijzen, zoals in geval van botsende grondrechten. Een van de problemen met Dworkins theorie is dat deze nauwelijks aanwijzingen bevat hoe men in dit soort gevallen tot een rationeel verantwoorde oplossing kan komen. Precies deze leemte vormt het onderwerp van onderzoek van Burg: 'In this study I set out on a quest for standards of rationality that can provide guidance in the application of conflicting principles.' Onder rationele standaarden verstaat zij 'standards that can provide compelling arguments for rejecting a particular option as being wrong or for accepting an option as the one correct answer.' Onder overtuigende argumenten verstaat zij 'arguments that reasonable people will agree to upon reflection' (1-2).

This article is from Nederlands Tijdschrift voor Rechtsfilosofie en Rechtstheorie, published by Eleven International Publishing and delivered to the author/reader

Burg weet zich in haar proefschrift te beperken tot de hoofdvraag. In precies twee pagina's komt zij tot de kern van haar probleemstelling, om deze de rest van het proefschrift niet meer los te laten. Weliswaar komt pas in de laatste twee hoofdstukken de eigenlijke probleemstelling aan bod, maar je zou de eerste drie hoofdstukken de kortste weg naar de probleemstelling kunnen noemen. In de eerste twee hoofdstukken schetst en rechtvaardigt Burg het theoretisch fundament van haar onderzoek: de interpretatietheorie van Dworkin ('law as integrity') en diens model van recht ('the model of principles'). Hoofdstuk 2 eindigt met een probleem: als het recht moet worden begrepen als de uitdrukking van politiek-morele beginselen, hoe dienen we dan om te gaan met conflicterende beginselen? Maar wat precies zijn rechtsbeginselen? Waarin verschillen zij van regels? En hoe functioneren beginselen in de rechtsvinding? Ziedaar de vragen die in hoofdstuk 3 centraal staan. In de hoofdstukken 4 en 5 ten slotte komt de probleemstelling, het vinden van rationele criteria bij de hantering van botsende beginselen in 'hard cases', aan bod.

Ik moet bekennen dat ik de probleemstelling in eerste instantie heb opgevat als het probleem hoe te kiezen *tussen* twee botsende beginselen. Dat is in lijn met Dworkins opvatting over de 'hard case' als een rechterlijk dilemma welke van de twee tegenstrevende rechtsbeginselen moet worden gekozen voor de oplossing van het geschil. Dit probleem lijkt ook Burgs kernproblematiek uit te maken, bijvoorbeeld als zij schrijft dat het haar in dit onderzoek gaat om de identificatie

van 'guidelines as how to attribute weight to conflicting principles' (113). Maar dan blijkt even verderop dat het haar hierbij niet gaat om de keus tussen het ene of andere beginsel – waarbij aan het ene beginsel het volle pond wordt gegeven en aan het andere niets – maar om het vinden van de beslissing die aan *beide* beginselen zo veel mogelijk recht doet. Burgs probleem is, om haar zelf aan te halen, 'how to decide which one among all of the decisions that are actually possible in a given situation, each representing a different comparative weighing of the competing principles, should be selected'. Dat ik dit niet gelijk op pagina twee van het proefschrift heb gelezen, waar Burg in iets andere bewoordingen hetzelfde stelt, wijt ik aan wat de hermeneutici zo mooi *Vorverständnis* noemen, de verwachting die je *bij* het lezen van een bepaald werk *over* het werk hebt. Burgs probleemstelling wijkt dan ook af van wat algemeen als het probleem in 'hard cases' wordt gezien. Nu kan het verfrissend zijn af te wijken van de standaard, maar ik betwijfel of Burgs probleemstelling aansluit bij de vragen waarvoor de rechter zich in moeilijke gevallen geplaatst ziet. Het is dus de vraag of Burgs standaarden de rechter in moeilijke gevallen echt op weg helpen. Het antwoord op deze vraag vinden we in hoofdstuk 5, waarin Burg de standaarden voor de oplossing van 'hard cases' identificeert en aan de hand van voorbeelden bespreekt.

This article is protected by copyright. Unauthorized use is not permitted. Contact the publisher at: www.pbookshop.com

In de eenvoudigste soort 'hard cases' is volgens haar van een afweging geen sprake en geldt de *requirement of maximization*. Bij de vraag of een oplichter, die met verduisterd geld gelukkig heeft gespeculeerd, de winst van zijn beleggingen mag behouden, hebben we volgens Burg alleen te maken met het beginsel dat niemand mag profiteren van eigen misdrijf (139). Aan dit beginsel kennen we maximale werking toe en het antwoord op de vraag zal dus ontkennend zijn. Afwegingsproblemen ontstaan pas in gevallen waarin twee of meer beginselen botsen. Dan voldoet het vereiste van maximalisatie niet langer; we hebben in deze gevallen criteria nodig waarmee we het *relatieve gewicht* van de conflicterende beginselen kunnen vaststellen. Burg onderscheidt er drie: het vereiste van optimalisering, het consistentievereiste en het verbod van disproportionaliteit.

Het vereiste van optimalisering is, naar het mij voorkomt, van de drie het meest substantiële vereiste. Burg besteedt aan dit vereiste in ieder geval de grootste aandacht. Ze geeft als juridisch voorbeeld een variant op het geval van Eelman-Hin: de eigenaar van een bijzondere kat, A, verkoopt de kat aan handelaar B, zonder dat hij op dat moment in staat is zijn wil te bepalen. Later heeft hij spijt van de verkoop. Kan de verkoper aan zijn verklaring worden gehouden? Of dient het gerechtvaardigde vertrouwen van de koper te worden beschermd? Wat is in deze zaak de optimale beslissing? Burg stelt: als B een handelaar is die de kat uiteindelijk doorverkoopt, dan is het belang dat B heeft bij instandhouding van de koopovereenkomst uitsluitend de toekomstige winst die hij bij doorverkoop kan behalen. Valt in dat geval de beslissing dat A aan B het bedrag dient te vergoeden

van de vermoedelijke winst die doorverkoop B zou hebben opgeleverd niet te verkiezen boven de beslissing dat A zijn geliefde kat moet afstaan, omdat het vertrouwensbeginsel zwaarder weegt? De eerste beslissing 'left more of A's will (that is, the principle of autonomy) intact, while realizing no less of the principle of reliance' (147).

Dit is een merkwaardig voorbeeld en een merkwaardige conclusie. Om met het laatste te beginnen: in tegenstelling tot wat Burg stelt, realiseert de door haar bepleite beslissing helemaal *niets* van het vertrouwensbeginsel, want het vertrouwen van de koper, hoe gerechtvaardigd ook, wordt niet gehonoreerd: de rechter ontbindt de overeenkomst op grond van een wilsgebrek, ofschoon de koper er redelijkerwijze op mocht vertrouwen dat verklaring en wil van de verkoper overeenstemden. Wel de beslissing honoreert, is het belang dat de koper bij instandhouding van de overeenkomst heeft en dat is heel iets anders. Het is ook een merkwaardig voorbeeld. De kwestie is of de koper de verkoper aan zijn verklaring mag houden, niet welk *belang* de koper heeft bij instandhouding van de overeenkomst. Alleen in bijzondere gevallen speelt het belang een rol bij de vraag of iemand aan zijn verklaring mag worden gehouden, zoals bij ontslagneming door een hevig geëmotioneerde werknemer (vgl. Westhoff-Spronsen). Van zo'n bijzonder geval is in Burgs voorbeeld echter geen sprake.

This article is from Nederlands Tijdschrift voor Rechtsfilosofie en Rechtstheorie, and may be downloaded for personal use only by the original author.

Er zijn meer problemen met de voorbeelden die Burg geeft. Neem haar (niet-juridische) voorbeeld van de universitair docent die zowel zijn taak als docent als die van ouder zo goed mogelijk wil vervullen. Als hij op een dag met onderwijsverplichtingen wordt geconfronteerd met een doodziek kind, moet hij kiezen tussen thuisblijven en aldus zijn plicht als docent verzaken, of lesgeven en zijn kind alleen laten. Stel nu, aldus Burg, dat je je plicht als ouder belangrijker vindt, dan kun je thuisblijven zonder verder iets voor de studenten te regelen, dan wel thuisblijven en proberen vervanging voor de studenten te zoeken. Het laatste alternatief is te prefereren, want: '[t]he second alternative does less damage to the obligations as a teacher, that is, it realizes more of his obligation as a teacher, without diminishing the realization of his obligation as a parent.' (144) Dat moge waar zijn, maar het voorbeeld biedt geen illustratie van het optimaliseringsvereiste. De keus tussen twee plichten is immers al gemaakt (thuisblijven). Het probleem waarvoor Burg de docent plaatst (wel of niet iets regelen voor de studenten in het licht van de plicht een goed docent te zijn), kan worden opgelost met de *requirement of maximization*: namelijk kiezen voor het alternatief dat zo veel mogelijk recht doet aan die verplichting. Het lijkt mij bovendien nauwelijks een 'hard case' te noemen. De principiële vraag, de vraag of de docent thuis mag blijven of naar zijn werk moet gaan, blijft liggen en juist dít dilemma maakt het geval tot een 'hard case'.

Over de twee andere vereisten van Burg kunnen we kort zijn. We kunnen het allemaal met Burg eens zijn dat het consistentievereiste en proportionaliteitsver-

eiste een belangrijke rol spelen in het juridisch redeneren. De vraag is niet *of* deze vereisten door rechters in hun afweging betrokken moeten worden, maar *hoe* zij deze gezichtspunten in de afweging dienen te betrekken. Het consistentievereiste zegt niet *wanneer* gevallen vergelijkbaar zijn, maar alleen dat we vergelijkbare gevallen gelijk moeten behandelen. Over het laatste zijn we het wel eens, maar over het eerste kunnen we in alle redelijkheid stevig van mening verschillen. Jammer genoeg gaat Burg niet op het eerste, moeilijke vraagstuk in. Aan de hand van (studeerkamer)voorbeelden (zoals het voorbeeld van Dworkin van een wet die abortus strafbaar stelt, indien deze is gepleegd door vrouwen geboren in *even* jaren) laat Burg ons alleen zien tot welke ongerijmdheden schending van het consistentievereiste leidt. Dat maakt Burgs behandeling van het consistentievereiste in het licht van haar onderzoeksvraag weinig informatief.

This article is protected by intellectual property rights. Unauthorised commercial use is prohibited. Available to anonieme bezoeker

Ook Burgs behandeling van het proportionaliteitsvereiste voegt niet veel toe aan de afwegingsproblematiek. Burg geeft het voorbeeld van de regulatie van de maximumsnelheid op snelwegen, waarbij het belang van de verkeersveiligheid wordt afgewogen tegen dat van de verkeersdoorstroming. Het proportionaliteitsvereiste, aldus Burg, zorgt ervoor dat we de snelheid in ieder geval niet op 35 km/u en ook niet op 180 km/u stellen, omdat het ene belang dan 'onredelijk' zou worden opgeofferd aan het andere. Ik zou hieraan willen toevoegen dat beide opties *evident* onredelijk zijn. Maar het verschil van mening tussen weldenkende juristen zit niet in wat evident redelijk of onredelijk is, maar in wat de een nog wel en de ander net niet meer redelijk vindt. Een dergelijk meningsverschil, stelt Burg, valt met dit vereiste echter niet te beslechten. De vraag is dan wel in welk opzicht hantering van dit beginsel de afwegingsproblematiek in 'hard cases' – gevallen over de oplossing waarvan *weldenkende* juristen van mening verschillen – rationeler maakt.

Er zijn, alles bijeen genomen, dus wel een aantal bezwaren tegen dit proefschrift aan te voeren. Burgs probleemstelling bijvoorbeeld wijkt af van wat in de rechtstheorie, naar mijn mening terecht, als centraal probleem van beginselencollisie wordt gezien, zonder dat ze motiveert waarom zij een andere vraag centraal stelt. Een tweede bezwaar is dat zij het optimaliseringsvereiste hanteert als het vereiste van maximalisering, waarvan ze het juist heeft willen onderscheiden. Het consistentievereiste en het verbod van disproportionaliteit, zoals ze door Burg worden gehanteerd, zijn bovendien zo grofmazig dat ze nauwelijks bijdragen tot de verkleining van meningsverschillen tussen weldenkende juristen over het juiste antwoord in moeilijke gevallen. Het duidelijkste bewijs dat deze standaarden niet doen wat ze zouden moeten doen, geeft Burg eigenlijk zelf. In het hele proefschrift komt geen enkel wérkelijke 'hard case' voor, een interessante actuele juridische kwestie waarover verschillende juristen met elkaar in de clinch liggen. Burg illustreert de werking van de door haar geïdentificeerde vereisten met simpele en abstracte dilemma's, die een hoog studeerka-

This article from Netherlands Journal of Legal Philosophy is published by Boom juridisch and made available to anonieme bezoeker

mergehalte hebben. Ze heeft met deze voorbeelden alleen laten zien dat haar drie vereisten 'een rol' spelen in afwegingsprocessen; maar de kwestie is – gegeven haar onderzoeksvraag – dat ze had moeten laten zien dat de vereisten de afweging in een complex geval (het betreffen immers dilemma's in 'hard cases') daadwerkelijk *in een bepaalde richting* sturen.

Ik vraag mij af of de oorzaak van de gesignaleerde problemen niet ligt bij de fatale aantrekkingskracht die Dworkin op veel juristen uitoefent. In Dworkins benadering is de verhouding tussen regel en beslissing niet geproblematiseerd. Beslissingen worden volgens Dworkin gedicteerd door regels; en de betekenis van regels wordt op zijn beurt bepaald door beginselen. Als we dit uitgangspunt onderschrijven – en Burg doet dat –, is het niet verwonderlijk dat we menen dat de problemen waarvoor conflicterende beginselen ons plaatsen, op hun beurt kunnen worden opgelost door hantering van standaarden die nóg algemener zijn, i.c. Burgs drie vereisten. Het probleem van deze benadering is dat het met behulp van dergelijke abstracte standaarden misschien mogelijk is om aan te tonen welke beslissing in een 'hard case' evident *onjuist* is, maar niet welke beslissing in een 'hard case' de meest redelijke is. Wie hierbij zijn heil uitsluitend zoekt in algemene standaarden, vlucht weg van de concrete beslissing en komt niet verder dan gemeenplaatsen, gezichtspunten, uitgangspunten – precies datgene waarop men zich in het rechtsgeding wel oriënteert, maar die eerst dienen te worden afgewogen en gewaardeerd *in het licht van het concrete geval* om een beslissing op te leveren.

C.E. Smith (Leiden)