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

Oordelen op tegenspraak. Over de rationaliteit van het rechterlijk oordeel[1]

M.A. Loth*

1 Inleiding

Soms maakt een arrest een onuitwisbare indruk. Tot die arresten behoort het 'wrongful birth' arrest van alweer enkele jaren geleden, waarin een vrouw schadevergoeding vorderde van een gynaecoloog voor diens beroepsfout waardoor haar en haar echtgenoot de 'unwanted blessing' van gezinsuitbreiding ten deel viel.[2] Wat vooral indruk maakte was niet eens zozeer de beslissing – waarbij onder meer de kosten van verzorging en opvoeding van het kind tot diens meerderjarigheid werden toegewezen – maar vooral de motivering. De Hoge Raad beperkte zich niet tot strikt juridische argumenten (het systeem van het aansprakelijkheidsrecht), maar deed daarnaast een beroep op een principieel argument als de menselijke waardigheid, en een pragmatisch argument als de verwachte effecten van de beslissing voor de psychische gezondheid van het kind. Hoewel juist deze argumenten veel reactie uitlokten, bestond ook waardering voor de bereidheid van de Hoge Raad om buiten het strikt juridische discours te treden, of anders gezegd, om het juridisch discours ruimer dan gebruikelijk op te vatten. De uitspraak werd mede daardoor vrij algemeen als overtuigend ervaren, ondanks het feit dat het een controversiële kwestie betrof.

Wat is daarvoor de verklaring? Wat zijn de succescondities van deze uitspraak? En wat leren die over de rationaliteit van het rechterlijk oordeel in het algemeen? In dit artikel wil ik die vragen onderzoeken in het licht van ontwikkelingen in de praktijk en theorie van de rechtsvinding. De centra-

* Hoogleraar Inleiding tot de rechtswetenschap en Rechtstheorie aan de Erasmus Universiteit Rotterdam, rechter-plaatsvervanger in de Rechtbank Den Haag, en raadsheer-plaatsvervanger in het Gerechtshof Amsterdam.

1 Bewerking van de tekst van een lezing aan de Faculteit Geesteswetenschappen van de Universiteit van Amsterdam op 14 mei 2004.

2 HR 21 februari 1997, NJ 1999, 145.

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

le stelling is dat de rationaliteit van het rechterlijk oordeel het resultaat is van een oordeel op tegenspraak, in de procedure tussen de partijen, in het bredere maatschappelijke debat, en in de deliberatie van de rechter. Om die stelling te onderbouwen zal ik eerst de rechtvaardiging van het rechterlijk oordeel onderzoeken; van welke factoren is die rechtvaardiging afhankelijk? (zie par. 2) Vervolgens zal ik de bevindingen in de context van de politieke betekenis van het rechterlijk oordeel plaatsen; wat is hun betekenis voor de democratische rechtsstaat? (zie par. 3) Ten slotte zal ik de aandacht verplaatsen van de staat naar de deliberatie van de rechter; welke parallel kan er worden getrokken tussen de instituties van de staat en de praktische rede van de rechterlijke oordeelsvorming? (zie par. 4) Het antwoord op deze vragen resulteert in een beeld van het rechterlijk oordeel als een vorm van praktische rationaliteit, onlosmakelijk verbonden met zowel de maatschappelijke meningsvorming, de politieke besluitvorming, als de jurisprudentiële rechtsvorming. Zo beschouwd is het rechterlijk oordeel de voortzetting van het politieke debat (in nader aan te geven zin), weliswaar met andere methoden en volgens andere waarden, maar in de kern onderdeel van dezelfde onderneming: de inrichting en afgrenzing van het publieke domein, of anders gezegd, op grond van overwegingen van publieke rationaliteit. Daarin schuilt uiteindelijk de overtuigingskracht van de uitspraak van Hoge Raad in het 'wrongful birth' arrest.

2 De rechtvaardiging van het rechterlijk oordeel

2.1 De gronden van het oordeel

Als er de laatste jaren iets in de praktijk en de theorie van de rechtsvinding is veranderd, dan is het wel het besef dat de rechter zijn of haar oordeel niet in isolement vormt, maar in voortdurende interactie met de samenleving.[3] Wat de samenleving van de rechter verlangt, zo heeft Paul Ricoeur betoogd, is tweeërlei: in de eerste plaats dient hij of zij een einde te maken aan de onzekerheid in de rechtsbetrekking tussen partijen. Het rechterlijk oordeel behelst immers een bindende beslissing voor partijen die een (voorlopig) einde aan hun geschil maakt.[4] Wil dat op overtuigende wijze gebeuren, dan zal de rechter moeten responderen op het partijdebat. Niets is zo fnuikend voor het vertrouwen in de rechtspraak als het

3 W. Witteveen, De ontdekking van de rechtsoverdracht: een terreinverkenning, in: De rechter als rechtsvormer, Erik-Jan Broers en Bart Klink (red.), Den Haag 2001, p. 271-288.

4 Paul Ricoeur, The just, Chicago 2000, p. 127-133.

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

onbesproken laten van essentiële argumenten van partijen.[5] Voorts dient het rechterlijk oordeel, vooral in meer controversiële zaken, op de langere termijn bij te dragen aan wat Ricoeur maatschappelijke vrede heeft genoemd, samenhang of sociale cohesie in een verdeelde samenleving. Rechtspraak staat uiteindelijk in dienst van het hanteerbaar maken en daardoor oplossen van maatschappelijke conflicten, of die nu berusten op botsende belangen of op conflicterende waarden. Door zijn rechtsvormende betekenis is het rechterlijk oordeel dan ook zowel een onderdeel van het maatschappelijk debat als van de politieke besluitvorming in een gemeenschap. Wil het rechterlijk oordeel deze functie waarmaken, dan zal het tevens een respons moeten vormen op het maatschappelijke debat en de politieke besluitvorming. De consequentie is dat de rechter in controversiële kwesties altijd op twee niveaus motiveert: het algemene niveau van het politieke debat, en het concrete niveau van het partijdebat. In de 'wrongful birth' casus is dat duidelijk zichtbaar. Doordat de Hoge Raad zich ook verstaat met argumenten die in de literatuur zijn aangevoerd en die voor de Duitse rechter doorslaggevend waren, overstijgt hij het partijdebat en wordt deelnemer aan het maatschappelijke en politieke debat. Beperking van de rechterlijke motivering tot een respons op het partijdebat zou in een controversiële zaak als deze afbreuk doen aan de overtuigingskracht van de uitspraak. Overtuigende motivering op beide niveaus is dan ook één van de succescondities van deze uitspraak.

2.2 Procedurele rechtvaardigheid

De rechtvaardiging van het rechterlijk oordeel berust echter niet uitsluitend op de overwegingen waarop het berust. Naast de materieelrechtelijke en andere substantiële gronden is ook de procesrechtelijke of formele totstandkoming van essentieel belang. Het behoort tot de kenmerkende verschillen tussen politieke besluitvorming en juridische oordeelsvorming dat overwegingen van substantiële rechtvaardigheid plaats maken voor overwegingen van procedurele rechtvaardigheid. Naarmate overeenstemming over de substantiële gronden moeilijker te bereiken is – doordat het materiële recht minder houvast biedt en in een pluriforme samenleving

5 In de praktijk van de rechtsvinding is het partijdebat dan ook van groter belang voor de motivering van het rechterlijk oordeel dan het toepasselijke recht (hoewel dat indirect, via het partijdebat, toch zijn weg naar de motivering vindt). Dat is slechts anders in geval van de zogenoemde ambtshalve aanvulling van rechtsgronden door de rechter (art. 25 Rv.). Ten onrechte ligt in de theorie van de rechtsvinding echter de nadruk op de toepassing (en/of vorming) van recht; het Algemeen Deel van Vranken vormt – met zijn nadruk op het belang van de processuele context – een gunstige uitzondering.

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

inhoudelijke consensus überhaupt moeilijker te bereiken is – worden overwegingen van procedurele rechtvaardigheid alleen nog maar belangrijker.

Voor een goed begrip van de logica van procedurele rechtvaardigheid dient echter te worden onderscheiden tussen haar verschillende vormen. Rawls maakt een verhelderend onderscheid tussen perfecte en imperfecte procedurele rechtvaardigheid.[6] Bij perfecte procedurele rechtvaardigheid is er een voorafgaand en inhoudelijk criterium beschikbaar voor de beoordeling van de uitkomst (vgl. de procedure van kiezen of delen, volgens het criterium van de verdeling bij helft). Bij imperfecte procedurele rechtvaardigheid is er ook zo'n criterium voor de juiste uitkomst, maar leidt de procedure niet met zekerheid tot die uitkomst (vgl. de bepaling van de schuldige in het strafproces). Het recht kent weliswaar een criterium voor de juistheid van de uitkomst (immers gespecificeerd door het materiële recht), maar de naleving van de procedure garandeert allerminst de juistheid van de uitkomst. Het recht is onderbepaald en het rechterlijk oordeel is weliswaar finaal – om met Hart te spreken – maar niet onfeilbaar.[7] Het recht biedt dan ook imperfecte procedurele rechtvaardigheid, in de zin van Rawls, niet minder en niet meer.[8] Niet minder omdat het de naleving pretendeert van processuele eisen van 'due process', 'fair hearing', 'equality of arms', en bovenal: 'audi et alteram partem' (hoor en wederhoor). Maar ook niet meer omdat een juiste uitkomst in termen van substantiële rechtvaardigheid niet is gegarandeerd. Het recht kan het dan ook niet stellen zonder de aanvullende eisen van substantiële rechtvaardigheid, die ook het maatschappelijk debat en de politieke besluitvorming hebben beheerst en zullen blijven beheersen.

Daarmee is het verband tussen substantiële en procedurele rechtvaardigheid echter niet uitgeput, omdat het idee van procedurele rechtvaardigheid zelf ook op substantiële waarden berust. Een voorschrift als 'audi et alteram partem' behelst niet slechts een formele spelregel, maar sluit

6 John Rawls, A theory of justice, Oxford 1971, p. 85, 86 en 201. Hij onderscheidt daarnaast tussen zuivere en quasi-zuivere procedurele rechtvaardigheid: in het eerste geval ontbreekt een criterium voor de juiste uitkomst, als de procedure correct is verlopen, is iedere uitkomst even goed (bijvoorbeeld een kansspel), in het laatste geval dient het resultaat binnen een bepaalde bandbreedte te blijven (bijvoorbeeld bij discretionair overheidsbeleid).

7 H.L.A. Hart, The concept of law, Oxford 1961, p. 138-144.

8 Uiteraard wordt hier een rechtsopvatting verondersteld die noch wetspositivistisch, noch sceptisistisch is. Gaat men uit van de wetspositivistische opvatting dat uit het materiële recht deductief de oplossing kan worden afgeleid, dan biedt het recht perfecte procedurele rechtvaardigheid. Wordt daarentegen de scepticistische opvatting verondersteld dat het recht geen enkel houvast biedt, dan is de slotsom dat het recht het van zuivere procedurele rechtvaardigheid moet hebben (zoals een kansspel).

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

tevens een waarde in die neerkomt op een gelijk respect voor de wederpartij. Het respect voor de eigen instituties en procedureregels berust op de erkenning dat men deel uitmaakt van dezelfde samenleving en dat de wederpartij gelijke aanspraak heeft op de bescherming van het recht. Wanneer burgers partij zijn in een proces – in welke rol dan ook – drukt dat de wederzijdse erkenning uit dat ook de wederpartij gelijke rechten heeft om te worden gehoord, om zijn argumenten naar voren te brengen, en derhalve in principe ook om gelijk te krijgen. Heeft de rechter uitspraak gedaan, en leggen partijen zich daarbij neer – ongeacht of zij nu in het gelijk zijn gesteld of niet – dan ligt daarin een wederzijdse erkenning besloten.[9] Misschien is het niet gewaagd te veronderstellen dat in moderne Westerse rechtsordes tot op grote hoogte overeenstemming bestaat over het belang en de waarde van 'equal concern and respect' (Dworkin, Rawls). Het beroep op procedurele rechtvaardigheid is dan ook nooit zomaar een beroep op leeg formalisme, maar sluit altijd een beroep in op deze grondwaarde van de democratische rechtsstaat. 'Procedurele rechtvaardigheid plus', zou men de positie kunnen noemen waarin het idee van wederkerigheid centraal staat (zie verder par. 3.4).[10]

2.3 Het ethos van de rechter

De rechtvaardiging van het rechterlijk oordeel berust derhalve zowel op de gevolgde procedure als op de inhoudelijke argumentatie. Maar dat is nog niet genoeg. Wanneer de rechter interactie met de samenleving nastreeft, dient hij zich te realiseren dat de communicatieve betekenis van zijn uitspraak verder reikt dan de inhoud van zijn overwegingen en beslissingen. Het gaat er niet alleen om *wat* hij overweegt en beslist, maar ook *wie* dat doet en *hoe* hij dat doet. Anders gezegd, het ethos of de houding van de rechter is minstens even belangrijk als de inhoud van zijn uit-

9 Ricoeur, a.w., p. 131. Ricoeur zelf gaat verder dan te stellen dat in procedurele rechtvaardigheid substantiële waarden liggen besloten; zijn stelling is dat een zuiver procedurele conceptie van rechtvaardigheid altijd een morele betekenis van rechtvaardigheid gebaseerd op de gouden regel veronderstelt. Zijn kritiek op Rawls' benadering is dan ook dat die circulair is; zij veronderstelt dezelfde conceptie van rechtvaardigheid die zij probeert te rechtvaardigen.

10 Stuart Hampshire verwerpt dan ook de stelling dat het beroep op procedurele rechtvaardigheid een teken van relativisme is, omdat substantiële rechtvaardigheid onhaalbaar wordt geacht. Procedurele rechtvaardigheid is evenzeer universalistisch in haar claim, zij het dat die claim niet betrekking heeft op een bepaalde uitkomst, maar op de gevolgde procedure. Procedurele rechtvaardigheid combineert dan ook een element van universaliteit met een element van diversiteit. Het vereiste dat beide partijen moeten worden gehoord, en dat een evenwichtige en redelijke afweging van tegengestelde argumenten wordt gemaakt, is universeel van karakter. Maar de wijze waarop dat gebeurt, als ook de uitkomst waarin de procedure resulteert, varieert in verschillende historische en maatschappelijke omstandigheden (Justice is conflict, Princeton 2000, p. 55).

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

spraak. Dat wordt zichtbaar wanneer het misgaat, doordat rechters zich van dit aspect onvoldoende bewust zijn en daardoor onvoldoende in staat blijken om van houding te veranderen. Een voorbeeld biedt de strafmotivering in de zaak Van der G. door de rechtbank Amsterdam, die overigens uitvoerig en zorgvuldig is opgezet.[11] Juist daardoor valt het op dat de rechtbank – ook in de weergave van de standpunten van het Openbaar Ministerie en de verdediging – slechts met één stem spreekt. Zo overweegt de rechtbank dat zij rekening heeft te houden met de gevoelens die bij een 'deel van de bevolking' leefde op het moment van de moord op Fortuyn. In plaats van dat te zeggen – waardoor onbedoeld de indruk wordt gewekt dat de rechters zelf kennelijk niet tot dat 'deel van de bevolking' behoren – zou de rechtbank er misschien beter aan hebben gedaan om het te *tonen*. Louter door het opwerpen van de vraag hoe het is om kort voor de verkiezingen van een politiek leider te worden beroofd, zou dit deel van de strafmotivering al veel overtuigender zijn geweest voor degenen die zich met het slachtoffer identificeren. Zoals vaker is het de toon die de muziek maakt, maar helaas kent onze strafmotivering maar één toonsoort. De theorie en praktijk van de rechtsvinding hebben van de rechterlijke motivering een objectiverend en rechtvaardigend discours gemaakt, waarin voor wisseling van perspectief en verandering van register geen plaats is.[12] Terzijde kan worden opgemerkt dat de Engelse rechter het in dit opzicht beter doet; de grotere vrijheid in argumentatie maakt het de rechter mogelijk om vaker van register te veranderen. Dat, meer nog dan de uitgebreidheid van de motivering, is verantwoordelijkheid voor de rijkere publieke rationaliteit die de rechterlijke oordeelsvorming in het Verenigd Koninkrijk kenmerkt.[13]

Het ethos of de houding van de rechter blijft meestal impliciet, maar is dan nog bepalend voor de overtuigingskracht van de uitspraak. Wil zijn uitspraak overtuigend zijn, dan zal de rechter een rol moeten kiezen die bij de inhoud van zijn uitspraak past. Wat de uitspraak van de Hoge Raad in de 'wrongful birth' casus zo overtuigend maakt is niet alleen de sterke argumentatie (op beide niveaus), maar ook de gekozen rol. De Hoge Raad manifesteert zich hier als gids van de publieke moraal, een tikje paternalistisch, maar veel pragmatischer dan zijn Duitse collega. Rol en inhoud

11 Rb. Amsterdam 15 april 2003, zie rechtspraak.nl (voor de uitspraak van het gerechtshof Amsterdam in hoger beroep vgl. men Hof Amsterdam, 18 juli 2003, NJ 2003, 580).

12 Zie hierover mijn referentie bij het preadvies van Tineke Cleiren, in: Het opstandige slachtoffer, genoegdoening in strafrecht en burgerlijk recht, verslag van de op 13 juni 2003 te Alkmaar gehouden algemene vergadering, handelingen NJV 2003-2, Deventer 2004, p. 35.

13 Voor voorbeelden verwijs ik naar Precedent in English law, Rupert Cross en J.W. Harris (eds.), Oxford 1991.

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

sluiten naadloos op elkaar aan, ook dat is een succesfactor van deze uitspraak die bijdraagt aan haar overtuigingskracht. Natuurlijk is dat niet altijd het geval. Zo werd er recentelijk in de Nederlandse Antillen een uitspraak in kort geding gewezen, in een geschil tussen de (toenmalige) minister-president en een journaliste.[14] Tijdens een persconferentie van de minister-president had zij het aan de stok gekregen met de journaliste, en deze vervolgens uitgesloten van al haar toekomstige persconferenties. De journaliste kwam daartegen op in kort geding en de rechter wees de vordering strekkende tot een verbod om aan de uitsluiting uitvoering te geven in een uitvoerig gemotiveerde uitspraak toe. De dragende gronden waren de vrijheid van nieuwsgaring, het gelijkheidsbeginsel (ten opzichte van andere journalisten), en het belang van een vrije pers in een pluriforme samenleving, kortom: enkele klassieke vrijheidsrechten. Met de beslissing en de overwegingen was niets mis, en de stijl was bij vlagen van literaire kwaliteit, maar het gekozen ethos wringt. De rechter had hier kunnen terugvallen op zijn vertrouwde rol als beschermer van de liberale rechtsstaat, maar koos in plaats daarvan voor de rol als kadi of dorpsoudste (onder meer door een wat badinerende overweging te wijden aan een 'ruzie tussen twee dames').[15] Het resultaat was dat de uitspraak veel minder overtuigend was dan zij had kunnen zijn wanneer zij korter, scherper en vanuit het perspectief van de hoeder van vrijheidsrechten was geschreven. Hoe dat ook zij, de geschiedenis laat verschillende rechterbeelden zien waarvan de rechter zich kan bedienen: de beschermer van grondrechten, de wetgever-plaatsvervanger, het constitutionele tegengewicht, de verdeler van goederen en diensten, de gemeenschapsstichtende rechter, de empathische rechter, de bemiddelaar tussen partijen, et cetera.[16] Waar het hier om gaat is dat de rechter niet uit het niets spreekt, maar dat hij spreekt vanuit een publieke rol die voor de beeldvorming wel eens van grotere betekenis zou kunnen blijken te zijn dan de oordeelsvorming zelf. Zo dreigt het beeld van de Raad van State als gouvernementele rechter een obstakel voor de geloofwaardigheid van de rechtspraak van dit college te worden.

Wanneer wij de bevindingen tot dusver overzien, kan samenvattend worden gesteld dat de rechtvaardiging van het rechterlijk oordeel het resultaat is van minstens drie factoren: (1) de inhoudelijke aansluiting op het

14 Gerecht in Eerste Aanleg van de Nederlandse Antillen, zittingsplaats Curacao, 26 januari 2004, JOR (Jurisprudentie Ondernemingsrecht), 2-22, aflevering 9, februari 2004, p. 431-440.

15 Zie hierover Freek Bruinsma, Korte gedingen, een rechtssociologisch verslag, Zwolle 1995, p. 12-19, en Kadirechtspraak in postmodern Nederland (oratie), Zwolle 1996.

16 Zie bijvoorbeeld Willem Witteveen, Cirkelgang van rechterbeelden, in: Recht en kritiek nr. 22, p. 27-52.

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

partijdebat, de maatschappelijke discussie en de politieke besluitvorming, (2) de formele juistheid van de gevolgde procedure die tot het oordeel heeft geleid en de mate waarin eisen van procedurele rechtvaardigheid zijn nagekomen, en (3) het pragmatische ethos, de houding of de gekozen rol van de rechter. Het 'wrongful birth' arrest blinkt in elk van deze opzichten uit. Het feit dat de rechtvaardiging van het rechterlijk oordeel in juist deze omstandigheden is gelegen is uiteraard geen toeval, maar berust op de politieke betekenis van het rechterlijk oordeel in een democratische rechtsstaat. Het wordt tijd om daarop dieper in te gaan.

3 Het politieke karakter van het rechterlijk oordeel

3.1 De compatibiliserende functie van het recht

Wanneer wij over het politieke karakter van het rechterlijk oordeel spreken, moeten wij onderscheiden tussen verschillende betekenissen van het woord. Rechtspraak is politiek, in de eerste plaats, in de ruime betekenis van het (zelf)bestuur van een gemeenschap. In een democratische rechtsstaat als de onze vervult de rechter een rechtshandhavende en geschillenbeslechtende taak, en draagt hij daarmee bij aan de rechtsvorming en het zelfbestuur van een politieke gemeenschap. De wetgever en de rechter zijn beide rechtsvormende organen, en zijn in zo verre 'partners in the business of law'. Rechtspraak is ook politiek, in de tweede plaats, in de enge betekenis van rechtspolitiek, de realisering van wat Dworkin 'principles' en 'policies' heeft genoemd.[17] Rechtspraak bestaat voor een belangrijk deel in de realisering van de waarden die door het recht worden belichaamd, en de effectuering van de doeleinden die het recht dient. Het is juist de rechtspolitiek, in deze zin van het woord, die bijdraagt aan de coherentie en de integriteit van het recht.[18] Maar rechtspraak is tenslotte geen politiek in de zin van partijpolitiek, omdat daarmee haar positie als neutrale instantie in het geding komt.[19] In een democratische rechtsstaat als de onze pretendeert de rechtspraak bij te dragen tot wat hiervoor – in het voetspoor van Ricoeur – de realisering van maatschappelijke vrede of sociale cohesie is genoemd. Daarbij zien wij ons geplaatst voor een merkwaardige paradox. Enerzijds is de onherleidbare pluriformiteit in opvattingen en leefstijlen een noodzakelijke eigenschap van het publieke domein. Waar burgers elkaar ontmoeten in het publieke domein gebeurt dat vanuit verschillende posities en perspectieven, hetgeen resul-

17 R. Dworkin, Taking rights seriously, Bath 1977, p. 22.

18 R. Dworkin, Law's empire, Cambridge (Mass.) 1986, hoofdstuk 6 en 7.

19 Anders Duncan Kennedy, A critique of adjudication (fin de siècle), Harvard 1997, hoofdstuk 8.

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

teert in divergerende opvattingen en leefstijlen en daarmee soms moeilijk overbrugbare belangentegenstellingen en waardenconflicten.[20] Conflicten zijn daarmee het noodzakelijke en zelfs wenselijke gevolg van een pluriforme en vrije samenleving. Anderzijds dienen die conflicten hanteerbaar te worden gemaakt en in een gezaghebbend oordeel te worden omgezet. Wanneer conflicten worden genegeerd en de kans krijgen voort te woekeren, ontaarden zij in eigenrichting en een spiraal van geweld die uiteindelijk het vreedzaam samenleven in gevaar brengt. Conflicten dienen daarom tegelijkertijd mogelijk te worden gemaakt en te worden beëindigd en in een democratische rechtsstaat dient het recht daarin te voorzien. In een democratische samenleving als de onze vervult het recht daartoe wat A.C. 't Hart een 'compatibiliserende (of: bemiddelende) functie' heeft genoemd: 'Die bemiddeling komt eigenlijk hierop neer dat diversiteit niet wordt 'gladgestreken' en vervangen door uniformiteit, maar 'compatibel' wordt gemaakt binnen een coherent en omvattend geheel'.[21]

De compatibiliserende werking van het recht kan het beste aan de hand van een voorbeeld worden toegelicht. Het geval betrof een conflict tussen een Islamitische werknemer die een vrije dag wilde nemen op de dag van het suikerfeest en zijn werkgever die dat weigerde. Toen de werknemer op de bewuste dag niet kwam opdagen werd hij op staande voet ontslagen.[22] De werknemer beriep zich op het feit dat het suikerfeest dezelfde betekenis heeft als eerste kerstdag in het christelijk geloof. De Hoge Raad overwoog dat onderscheid naar de religieuze betekenis van de dag niet geoorloofd is, maar dat daaruit nog niet volgt dat het suikerfeest en eerste kerstdag gelijk kunnen worden gesteld (omdat de laatste een algemeen aanvaarde feestdag is geworden voor iedereen in deze samenleving). Aanwezigheid van de werknemer zal in de regel niet kunnen worden verlangd, mits tevoren, onder opgaaf van redenen, een vrije dag is aangevraagd, behalve indien de gang van zaken in het bedrijf daardoor zal worden geschaad. Of dat het geval is, zal naar de omstandigheden moeten worden beoordeeld. Zo wordt een geschil dat tamelijk principieel als een

20 Zie Hannah Arendt, The human condition, Chicago 1958, p. 57. Stuart Hampshire gaat nog verder en zoekt de basis van pluriformiteit in de aard van de mens: 'I have been arguing that the diversity in conceptions of the good is an irriducible diversity, not only because no sufficient reasons have been given, and could ever be given, for taking one end, such as the general happiness or the exercise of reason, as the single supreme end; but also because the capacity to develop idiosyncrasies of style and of imagination, and to form specific conceptions of the good, is the salient and peculiar capacity of human beings among other animals.' (Innocence and experience, London 1989, p. 118)

21 A.C. 't Hart, De meerwaarde van het strafrecht, essays en annotaties, Den Haag 1997, p. 55.

22 HR 30 maart 1984, NJ 1985, 350.

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

conflict tussen botsende religieuze waarden was ingezet, uiteindelijk tamelijk pragmatisch opgelost. Die oplossing berust bovendien op omstandigheden die voor Islamitische werknemers in beginsel niet anders zijn dan voor andere werknemers, waardoor het recht zijn compatibiliserende functie waarmaakt. Het voorbeeld laat tevens zien dat het recht het conflict eerst mogelijk maakt – conceptualiseert en de communicatie dient – en het conflict vervolgens beëindigt. Het recht lost het conflict niet op doordat het de oorzaak ervan wegneemt, maar doordat het dit conflict opneemt en omzet in juridische termen. Het conflict wordt op het juridische niveau in een oordeel omgezet, waardoor het partijen de ruimte laat om op een buitenjuridisch niveau nog steeds een meningsverschil te hebben. Het recht biedt dus niet een alomvattende oplossing van het oorspronkelijke probleem. Verzoening is binnen het recht dan ook meestal niet aan de orde. Binnen het recht wordt er niet naar gestreefd om partijen volledig bij elkaar te brengen; volgens het adagium 'ieder het zijne' wordt doorgaans volstaan met de vaststelling van wat ieder rechtens toekomt. Daarmee wordt echter tegelijkertijd bij partijen het inzicht ingescherpt dat zij deel uitmaken van dezelfde gemeenschap. Oordelen betekent dan ook zowel delen als bij elkaar brengen. De functie van het recht is partijen op een juiste afstand van elkaar te brengen, door ieder zijn deel toe te wijzen en tegelijkertijd partijen ertoe te brengen dat zij erkennen dat de ander evenzeer aanspraak maakt op een deel in deze samenleving als de ander.[23]

3.2 Publieke rationaliteit

Hoe vervult het recht zijn compatibiliserende functie? Hoe doet de democratische rechtsstaat recht aan de verscheidenheid aan opvattingen en leefstijlen in de pluriforme samenleving? Om deze vragen te beantwoorden doet Rawls een beroep op een notie die bij uitstek van belang is voor de rationaliteit van het rechterlijk oordeel: de notie van publieke rationaliteit.[24] In een pluriforme samenleving bereikt men geen overeenstemming of zelfs maar wederzijds begrip door een beroep op een bepaalde conceptie van het goede leven. In fundamentele kwesties is immers te verwachten dat de andere leden van de samenleving een andere opvatting hebben over het goede leven. In het publieke debat in een democratische rechtsstaat zijn de verschillende concepties over het goede leven dan

23 Zie A.M. Hol en M.A. Loth, Iudex mediator; naar een herwaardering van de juridische professie, preadvies voor de Vereniging voor de wijsbegeerte van het recht, in: Rechtsfilosofie en rechtstheorie 2001/1, p. 30, en Ricoeur, a.w., p. 131 e.v.

24 John Rawls, The idea of public reason revisited, in: The law of peoples, Cambridge (Mass.)/London 1999, p. 12-181.

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

ook vervangen door een idee van het politiek redelijke dat zich richt tot burgers als burgers. Deze notie van publieke rationaliteit is om minstens drie redenen 'publiek' te noemen. In de eerst plaats omdat zij de redenen specificeert van een publiek van vrije en gelijke burgers. In de tweede plaats omdat zij als voorwerp heeft het publieke of algemene belang van fundamentele politieke kwesties, vragen van constitutionele aard en van basale rechtvaardigheid. En in de derde plaats omdat haar aard en inhoud van publieke aard zijn, dat wil zeggen, blijken uit het publieke debat waarin politieke rechtvaardigheid tot gelding komt. In de kern bestaat het idee van publieke rationaliteit in het soort redenen waarop autoriteiten en burgers zich beroepen in hun rechtvaardiging van politieke oordelen in fundamentele kwesties. Die redenen zijn weliswaar ontleend aan verschillende redelijke concepties van politieke rechtvaardigheid, aldus Rawls, maar deze beantwoorden allen aan het criterium van wederkerigheid. Publieke rationaliteit specificeert de redenen op grond waarvan iedere burger zijn of haar politieke beslissingen kan rechtvaardigen tegenover iedere andere burger. Dat is waarom het idee en de praktijk van publieke rationaliteit een bindende factor vormt in een politieke gemeenschap van vrije en gelijke burgers.

Het idee van publieke rationaliteit in een democratische rechtsstaat behelst in de opvatting van Rawls een vijftal aspecten. In de eerste plaats de fundamentele politieke kwesties waarop zij betrekking heeft. Daaronder zijn te verstaan de kwesties die raken aan de waarden die een samenleving verdelen, zoals het geval van de 'wrongful birth' illustreert. Verschillende rechtsopvattingen zijn verbonden met verschillende waardeoriëntaties, en daarom als zodanig moeilijk te overbruggen. Het tweede aspect van het idee van publieke rationaliteit zijn de personen waarop zij betrekking heeft. Fundamentele politieke kwesties zijn aan de orde in belangrijke politieke fora, zoals dat van rechters en hun oordelen, van belangrijke overheidsorganen als wetgevers en leden van de regering, en dat van kandidaten voor politieke ambten en hun campagneleiders. Het derde aspect is de inhoud zoals die door een aantal redelijke politieke concepties van rechtvaardigheid wordt gespecificeerd en die bestaat in een aantal grondrechten en vrijheden, de prioritering daarvan, en de maatregelen die het burgers mogelijk moeten maken die rechten en vrijheden te gebruiken. Deze vrijheden constitueren principes van substantiële rechtvaardigheid en bestrijken dan ook meer dan louter procedurele rechtvaardigheid. Het vierde aspect van het idee van publieke rationaliteit is de toepassing van deze redelijke concepties van politieke rechtvaardigheid in discussies over bindende normen die in de vorm van legitiem recht voor een democratische samenleving worden afgekondigd. Voorwaarde voor

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

die legitimiteit is het bestaan van instituties en procedures voor debat en besluitvorming die de democratische deliberatie dienen. Wanneer de autoriteiten oordelen en stemmen volgens de notie van publieke rationaliteit, is uiteraard niet verzekerd dat de uitkomst juist is, maar wel dat zij redelijk en legitiem is. Het vijfde en laatste aspect is de toetsing van burgers dat zowel de onderliggende principes als de uitkomsten van de politieke besluitvorming beantwoorden aan het criterium van wederkerigheid. Dit criterium verzekert dat de redenen die burgers geven om hun politieke opvattingen te rechtvaardigen verenigbaar zijn met een visie op hun medeburgers als gelijkwaardige deelnemers in een samenleving als een fair systeem van coöperatie. Het specificeert met andere woorden de politieke broederschap of vriendschap tussen de vrije en gelijke leden van een politieke gemeenschap, wat verder ook hun verschillen mogen zijn (in opvattingen over het goede leven of anderszins). Wanneer burgers met onverenigbare morele opvattingen in fundamentele politieke kwesties handelen en oordelen op grond van publieke redenen, ontleend aan redelijke concepties van politieke rechtvaardigheid, is het bij alle verschillen van mening niettemin mogelijk om vreedzaam samen te leven.

De lakmoesproef voor het idee van publieke rationaliteit is natuurlijk de rol van het recht in een multiculturele samenleving. Bij aanhangers van een bepaalde (al dan niet religieuze) opvatting van het goede leven kan de gedachte postvatten dat hun opvatting niet verenigbaar is met de waarden van een democratische rechtsstaat. Toch hebben ook zij reden om het idee van publieke rationaliteit te omarmen, aldus Rawls, omdat er geen andere manier is om hun vrijheid te verenigen met dezelfde vrijheid voor andere burgers. In de ogen van de aanhangers van concurrerende overtuigingen kan politieke en juridische besluitvorming dan ook tolerantie vragen, in de vorm van het dulden van gedragingen van anderen die niet verenigbaar zijn met de eigen overtuigingen. In het voorbeeld van het suikerfeestarrest was de vraag aan de orde of die tolerantie van de werkgever kon worden gevergd. Het antwoord op die vraag werd uiteindelijk afhankelijk gemaakt van een aantal praktische omstandigheden in het bewuste bedrijf. Een ander recent voorbeeld waarin een dergelijke tolerantie werd gevraagd was de strafzaak tegen de Imam die had gezegd dat homoseksualiteit een ziekte is; de Imam werd, op grond van zijn vrijheid van meningsuiting en geloof, vrijgesproken van belediging.[25] Hoewel voor velen onbevredigend levert deze uitspraak een adequate bescherming op van de vrijheidsrechten van een vertegenwoordiger van een minderheid. De democratische rechtsstaat is er immers ook en mis-

25 Rechtbank Rotterdam 8 april 2002, zie <www.rechtspraak.nl>.

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

schien wel juist voor de bescherming van minderheden. Voor een samenleving die fundamenteel verdeeld is in waardeoriëntaties lijkt het bovendien geen onverstandige strategie om van het recht een zuinig gebruik te maken in het over en weer opleggen van beperkingen in woord en gedrag die als uiting van de eigen identiteit (kunnen) worden beschouwd. De democratische rechtsstaat biedt een belangrijk bindmiddel in de samenleving, met haar nadruk op legaliteit en gelijke toegang, vrijheidsrechten ter afbakening van een privé-sfeer, en het gelijkheidsbeginsel met de daarin besloten wederzijdse erkenning. Wil het recht echter zijn compatibiliserende functie blijven waarmaken, dan is het zaak om de democratische rechtsstaat niet te overvragen. Wie de democratische rechtsstaat zelf als een geloofsartikel van de Verlichting inzet in de strijd tegen minderheidsopvattingen, loopt precies in die valkuil. Op de lange duur kent die strijd alleen maar verliezers. Het recht wordt een instrument van uitsluiting van burgers (in plaats van insluiting).

Tolerantie kent echter haar grenzen, met name wanneer de redelijkheid van de politieke rechtvaardigheid in het geding is. Het politieke liberalisme van Rawls berust op de overlappende consensus van verschillende waardeoriëntaties, in die zin dat zij een redelijke conceptie van politieke rechtvaardigheid onderschrijven die gebaseerd is op het idee van wederkerigheid, met de daarmee verbonden corresponderende politieke instituties: gelijke grondrechten voor alle burgers, inclusief de vrijheid van meningsuiting en geloofsovertuiging. Opvattingen die deze waarden en zo'n samenleving niet kunnen steunen zijn niet redelijk, aldus Rawls, omdat in hun prioritering redelijke politieke waarden ondergeschikt worden gemaakt. Voorbeelden van dergelijke instituties zijn fundamentalistische religies, de doctrine van het heilig recht van monarchen, verschillende vormen van aristocratie, als ook van autocratie en dictatoriale regimes. Iedere vorm van gewelddadige machtsuitoefening, of gewelddadig verzet tegen de uitkomsten van redelijke besluitvorming, is eveneens onredelijk. Het is op deze grond dat een democratische rechtsstaat zich kan en mag verweren tegen terrorisme, al dan niet gerechtvaardigd door politieke of religieuze opvattingen.

3.3 Communicatie en recht

Onder de juridische eenheid van de rechtsorde, en de maatschappelijke pluriformiteit van waardeoriëntaties, gaat tenslotte een eenheid in 'leefwereld' schuil, zoals Habermas dat noemt.[26] De morele en politieke dis-

26 Jürgen Habermas, Between facts and norms, Massachusetts 1996, p. 21-23.

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

sensus die onze samenleving kenmerkt zou ons bijna doen vergeten dat meningsverschil slechts mogelijk is tegen een achtergrond van gedeelde vanzelfsprekendheden. Coördinatie van gedrag veronderstelt een horizon van onproblematische overtuigingen en betekenissen, die de bron vormt van gedeelde attitudes, interpretaties en handelingen. Sociale praktijken en alledaags taalgebruik vinden hun basis in deze 'leefwereld' van impliciete kennis, capaciteiten en houdingen. Het is geen toeval dat het taalgebruik hier het ankerpunt is. Om te kunnen samenleven moet men elkaar kunnen begrijpen, dat wil zeggen, is communicatie op basis van (de veronderstelling van) gedeelde betekenissen noodzakelijk. Wat het rechterlijk oordeel doet is claims op betekenis beoordelen en gezaghebbend vaststellen (in termen van White), waardoor soms wijzen van communicatie worden hersteld, en soms nieuwe kanalen voor communicatie worden geopend. Volgens Fuller is dat zelfs een basisfunctie van het recht:

> 'If I were asked, then, to discern one central indisputable principle of what may be called substantive natural law – Natural Law with capital letters – I would find it in the injunction: Open up, maintain, and preserve the integrity of the channels of communication by which men convey to one another what they perceive, feel and desire.'[27]

Juist de problematiek van de multiculturaliteit laat zien dat het recht een manier van communiceren is binnen een politieke gemeenschap. Het biedt de taal, en de methoden en de instituties voor die communicatie. Via de procedure op tegenspraak geeft de politieke gemeenschap zelf nieuwe invulling en inhoud aan haar meest fundamentele, zelfdefiniërende waarden. 'Recht dient de voortzetting van de communicatie met andere middelen', schreef Luhman.[28] Het recht dient de communicatie over de inrichting van de publieke ruimte doordat het onderdrukking uitsluit en tegelijkertijd ruimte laat voor meningsverschil. Ten aanzien van de wijze waarop het recht deze functie dient, zijn tenslotte twee opmerkingen van belang. In de eerste plaats werkt het recht met speciale middelen van communicatie. Van centrale betekenis zijn canonieke teksten uit het verleden (verdrag, wet, precedent), die de speelruimte voor communicatie bepalen. Teksten uit het verleden worden de inzet van een strijd om hun betekenis in het heden. De rechtsstrijd wordt daarmee een competitie over betekenissen van historische teksten.[29] In de tweede plaats is van

27 Lon fuller, The morality of law, New Haven/London 1964, p. 186.

28 N. Luhman, Soziale Systeme, Frankfurt 1984, p. 511-12, 374.

29 Hetgeen iets anders is dan een strijd over de historische betekenis van teksten, zoals de Supreme Court Justice Antonin Scalia verdedigt (zie A. Scalia, A matter of interpretation, Princeton 1997).

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

belang dat die competitie eindigt in een gezaghebbend oordeel, dat hun betekenis voor deze betrekking op dit moment bindend vaststelt. Omdat het conflict moet worden beëindigd, stelt de rechter bindend vast wie gelijk heeft (en wie niet). Dat is de diepere zin van het adagium 'litis finire oportet'.[30] De communicatie en publieke rationaliteit in het recht duren niet eindeloos, maar monden uit in bindende besluitvorming.

3.4 Rechtvaardiging en haar politieke betekenis

Op dit punt kunnen wij laten zien dat de eisen die aan de rechtvaardiging van het rechterlijk oordeel worden gesteld – zoals in de vorige paragraaf geïnventariseerd – een politieke legitimatie hebben, dat wil zeggen, samenhangen met de politieke betekenis van het rechterlijk oordeel in onze samenleving. De rechtvaardiging bleek afhankelijk van minstens drie factoren: (1) de inhoudelijke aansluiting op het partijdebat, de politieke besluitvorming en de maatschappelijke meningsvorming, (2) de formele juistheid van de gevolgde procedure en de mate waarin eisen van procedurele rechtvaardigheid zijn nagekomen, en (3) het pragmatische ethos, de houding of de gekozen rol van de rechter (zie paragraaf 2). Nu blijkt dat deze eisen elk hun politieke legitimatie hebben. De inhoudelijke aansluiting van het partijdebat en de rechterlijke motivering op het maatschappelijk debat en de politieke besluitvorming verzekert dat het rechterlijk oordeel niet een machtswoord is, maar een onderdeel van de communicatie binnen de gemeenschap. Het recht dient die communicatie met eigen middelen: het beroep op publieke rationaliteit in de rechtvaardiging van het rechterlijke oordeel, de strijd om de actuele betekenis van historische teksten die eindigt in een gezaghebbend oordeel. De rechtsstrijd die aan dat oordeel voorafgaat, verloopt volgens geregelde procedures. Het verloop van de procedure volgens eisen van procedurele rechtvaardigheid berust echter niet op een leeg formalisme, maar op de wederzijdse erkenning van partijen als gelijkwaardige procespartij. In die erkenning komt het besef tot uitdrukking dat men – ondanks de belangenstrijd of het waardeconflict dat partijen verdeeld houdt – deel uitmaakt van dezelfde politieke gemeenschap. Dat idee van wederkerigheid stelt, zo bleek hiervoor, ook grenzen aan de redenen die in het publieke debat als geldig worden erkend. In de wijze waarop hij (of zij) de procedure stuurt en oordeelt, komt ten slotte het ethos van de rechter tot uiting. De keuze van de rechter voor een bepaald ethos of houding is niet ingegeven door effectbejag,

30 A.M. Hol en M.A. Loth, Iudex mediator; naar een herwaardering van de juridische professie, preadvies voor de Vereniging voor wijsbegeerte van het recht, in: Rechtsfilosofie en rechtstheorie 2001/1, p. 29.

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

maar door de noodzaak om een stem te geven aan zijn uitspraak. De rechter oordeelt niet vanuit het niets, maar kiest in zijn oordeelsvorming een erkende en herkenbare rechtersrol. Wanneer die stem wordt herkend – door partijen en de rest van de samenleving – zijn de kansen optimaal dat het rechterlijk oordeel slaagt in zijn opzet: niet alleen de onzekerheid op de korte termijn op te heffen, maar ook de sociale vrede op de langere termijn te dienen, zoals het geval was in het 'wrongful birth' arrest. De volgende (en laatste) vraag is dan wat de consequenties zijn voor de deliberatie en de oordeelsvorming van de rechter; wat is het pendant van de op tegenspraak ingerichte instituties in de sfeer van de eigenlijke oordeelsvorming? Dat is het onderwerp van de volgende paragraaf.

4 Delibereren en oordelen

4.1 Rationaliteit en verbeelding

In *De Republiek* trekt Plato een parallel tussen rechtvaardigheid in de staat en rechtvaardigheid in de ziel van een enkel individu; in beide gevallen bestaat rechtvaardigheid in de harmonie tussen de samenstellende delen.[31] Stuart Hampshire neemt de parallel tussen de staat en het individu over, maar keert de definitie om. Rechtvaardigheid bestaat niet in harmonie – want die zal er nooit zijn, noch in de staat, noch in de menselijke ziel – maar juist in de wijze waarop met conflicten wordt omgegaan. Zo beschouwd worden de op tegenspraak ingerichte instituties in de staat weerspiegeld in de praktische rede, de deliberatie die oordeelsvorming kenmerkt; beide worden – indien zij beantwoorden aan eisen van rationaliteit – gekenmerkt door onbevooroordeeldheid en tegenspraak.[32]

'Oordelen op tegenspraak' is dan de beste karakterisering van het mentale proces van deliberatie in conflictueuze situaties. Voor Plato was het vermogen te redeneren (rationaliteit) – wat gemeenschappelijk is aan denkende individuen – de belangrijkste capaciteit die daarvoor nodig is. Voor Hampshire is verbeeldingskracht – zoals die tot uiting komt in activiteiten die mensen verdelen in verschillende groepen, talen, gewoontes, en morele opvattingen – een even belangrijke capaciteit: '[...] the imagination should be designated the power that is used when literary, linguistic and historical skills are in play: just as reason is the power employed when argumentative, logical, mathematical, and calculative skills are in

31 Plato, De Staat, boek IV, 434-435.
32 Hampshire, Justice is conflict, p. 3 e.v.

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

play.'[33] Het is de capaciteit die retorici 'ingenium' noemen, het vermogen om iets nieuws te creëren. Het komt tot uiting in het vermogen om nieuwe vragen te stellen, nieuwe informatie te verzamelen, en om die informatie in een nieuw verhaal, en daarmee in een nieuwe werkelijkheid, te construeren.[34] Verbeelding heeft echter niet alleen een cognitieve functie (als bron van creativiteit), maar vervult ook een morele functie. Zij is een essentieel element van een morele houding die van ons vraagt om ons iets gelegen te laten liggen aan 'the good of other people whose lives are distant from our own'.[35] Juist in een pluriforme samenleving dient publieke rationaliteit recht te doen aan de complexiteit van totaal verschillende levensverhalen. Het vermogen tot empathie en identificatie is in het rechterlijk ambt dan ook een even belangrijke houding als het vermogen tot distantie en objectivering. Sterker nog, de rechterlijke attitude onderscheidt zich precies door de juiste verhouding tussen de beide.[36] Nussbaum introduceert hier een bepaalde rechter ('the literary judge') die zij contrasteert met de afstandelijkheid van de scepticus, de formalist en de neutrale toeschouwer, die abstraheren van de betekenis die de feiten hebben voor partijen: 'The literary judge, by contrast, holds that such social and historical facts are relevant, and that the judge in such a case should develop as rich and comprensive an understanding as possible of the situation of the groups involved in the case.'[37] Om werkelijk rationeel te zijn, moeten rechters ook in staat zijn tot verbeelding en empathie. De goede rechter is daarom niet alleen geschoold in de techniek van het vak, maar ook in de humaniteit die onze publieke rationaliteit verrijkt. Met deze conclusie zoekt Nussbaum aansluiting bij een lange, aristotelische traditie:

> 'As Aristotle long ago argued, reasoning in ethics and politics is and ought to be different from the deductive reasoning some seek in the sciences, for it must be concerned in a more fundamental way with historical change, with the complexity of actual practical contexts, and with the sheer diversity of cases.'[38]

33 Hampshire, Innocence and experience, p. 46.

34 James Boyd White, From expectation to experience, essays in law and legal education, Michigan 1999, p. 20.

35 Martha C. Nussbaum, Poetic justice, the literary imagination in public life, Boston 1995: 'Intellect without emotions is, as we might say, value-blind' (p. 68).

36 'The judicious spectator must go beyond empathy, assessing from her own spectatorial viewpoint the meaning of those sufferings and their implications for the lives involved' (a.w., p. 90).

37 A.w., p. 89, 90.

38 A.w., p. 86.

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

4.2 Deliberatie door de rechter

De stelling dat oordelen in het recht niet alleen logische activiteit is, maar bovenal een activiteit van de hele geest, staat ook centraal bij White. Rechtspreken is in zijn optiek een interpretatieve en constructieve activiteit, waarin gezaghebbende teksten worden omgezet in nieuwe teksten die ook weer gezag claimen (de uitspraak van vandaag is immers het precedent van morgen). Rechtspreken is daarmee als het spreken van een taal; het vergt niet alleen de toepassing van regels van grammatica, maar het brengt daarmee ook de verbondenheid met een hele cultuur tot uiting. White maakt de vergelijking met het maken van een vertaling, waarbij betekenis wordt toegevoegd en betekenis verloren gaat, maar waarbij de vertaler in ieder geval zijn horizon verlegt. Het recht is dan ook te beschouwen als een discours, een manier van spreken en handelen, maar wel als een bijzonder discours. In de eerste plaats is het recht een discours dat middelt tussen nagenoeg alle andere discoursen in onze wereld, tussen alle andere manieren van spreken.[39] Voorts biedt het recht een forum aan stemmen in de samenleving die anders niet gehoord zouden worden.[40] Het recht in de democratische rechtsstaat heeft immers een bijzondere verantwoordelijkheid ten opzichte van afwijkende opvattingen en minderheidsbelangen. Zowel het bemiddelende karakter van het recht, als zijn principiële toegankelijkheid voor minderheidsbelangen en afwijkende opvattingen, zijn een uitvloeisel van de democratische rechtsstaat (zo bleek in par. 3.2), en hebben consequenties voor de verantwoordelijkheid van de rechter. Rechtspreken is deelhebben in een cultuur, maar het is meer dan dat. De rechter dient zelf ook zijn houding ten opzichte van die cultuur te bepalen, of anders gezegd, zijn eigen stem in die cultuur te ontwikkelen. Wat het werk van een rechter pas werkelijk onderscheidt als een 'achievement of the mind', is dat hij (of zij) zichzelf in zijn (of haar) uitspraken een karakter of persoonlijkheid geeft, door te tonen welke intellectuele en morele capaciteiten hij noodzakelijk acht in zijn rol.[41] Vooral in zaken met een belangrijk constitutioneel, politiek of moreel karakter communiceert de rechter niet alleen door wat hij (of zij) beslist en overweegt, maar ook door hoe hij dat doet, door de stem of het ethos dat hij kiest. Spreken en handelen als een rechter, drukt niet alleen de verbondenheid uit met een bepaalde gemeenschap – met een bepaalde taal, politiek en ethiek – het betekent ook dat de rechter zich als rechter laat kennen.

39 White, a.w., p. 261.

40 White, a.w., p. 267.

41 James Boyd White, Justice as translation, an essay in cultural and legal criticism, Chicago/London 1990, p. 89-112.

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

Delibereren in het recht kortom, is een bepaald soort activiteit van de geest. Het berust op het horen van de argumenten van beide partijen, op de interpretatie van teksten en praktijken, en dan op het kiezen van een eigen rol of ethos. Van geval tot geval geeft het rechtsoordeel inhoud aan de ambities van de democratische rechtsstaat, zoals de ambitie te bemiddelen tussen divergerende belangen en opvattingen, of om een stem te geven aan minderheidsbelangen en afwijkende opvattingen. Deliberatie in het recht vergt een bepaalde houding die – met een verhelderende metafoor van Kronman – als het perspectief van de dubbele focus kan worden omschreven.[42] Door de onderste helft van de lens ziet de rechter het geschil, de partijen en de wereld van dichtbij, vanuit het standpunt van de beide partijen. Door de bovenste helft ziet hij (of zij) een en ander van veraf, vanuit het perspectief van de rechtsorde. Door beide perspectieven af te wisselen schakelt de rechter tussen betrokkenheid en distantie, of in de woorden van Nussbaum, tussen afstandelijkheid en empathie.

Een voorbeeld kan dit toelichten. Stel dat U de dienstdoende rechter bent wanneer zich op vrijdagmiddag een kort geding aandient. Het geding is aangebracht door een echtpaar dat voor de zaterdagavond een doopfeest voor hun kind had gepland, daartoe een zaal had gehuurd en vele uitnodigingen had verstuurd. Twee dagen voor het feest werden zij echter benaderd door de verhuurder, die hen meedeelde dat hij door een administratieve fout de zaal enkele maanden eerder voor dezelfde avond ook al had verhuurd aan een ander stel die er hun zilveren bruiloft willen vieren. De verhuurder erkent zijn fout, biedt in alle toonaarden excuses aan, maar geeft aan zijn verplichtingen niet te kunnen nakomen. Eisers vorderen in deze procedure dat U, de rechter, gedaagde beveelt de zaal alsnog aan hen ter beschikking te stellen. Op het eerste gezicht is veel te zeggen voor toewijzing van die eis. Door zijn verplichtingen niet na te komen pleegt gedaagde wanprestatie en de vordering tot nakoming ligt voor toewijzing gereed. Het belang van eiser is reëel en wekt sympathie; het zal je maar gebeuren. Bij nader inzien stuit toewijzing van de eis echter op ernstige bezwaren. Het zou derden duperen die evenveel aanspraak kunnen maken op de zaal, maar die niet zijn vertegenwoordigd in de procedure. Omschakeling van het perspectief van (ieder van) de partijen naar dat van de rechtsorde, brengt de legitieme belangen van deze derden in beeld. Het resultaat is voor U als rechter een catch 22: 'you are damned if you do, and you are damned if you don't.' Het schakelen tussen betrokkenheid en distantie, tussen afstandelijkheid en empathie, brengt het dilemma voor

42 A. Kronman, The lost lawyer, failing ideals of the legal profession, Cambridge (Mass.)/London 1993, p. 72.

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

de rechter aan het daglicht. Wat zou U doen? Een mogelijke uitweg uit het dilemma is het zoeken naar een regeling voor partijen, waarbij de legitieme belangen van zowel partijen als derden worden gerespecteerd. Een weinig juridische maar vooral praktische oplossing ligt dan het meeste voor de hand: gedaagde huurt voor eisers op korte termijn een andere zaal en neemt het op zich om op zaterdagavond de gasten naar de nieuwe locatie te verwijzen.[43]

De metafoor van de bril met de dubbele focus heeft echter niet alleen een methodologische, maar ook een morele connotatie, zoals het voorbeeld illustreert. Als ieder ander die van het geschil kennis neemt heeft de rechter een eerste indruk van het relatieve gelijk van de beide partijen, een prima facie oordeel. In dit geval ging de eerste voorkeur uit naar toewijzing van de eis. Anders dan de leek zal de rechter echter zijn oordeel uitstellen totdat hij die eerste indruk kritisch heeft getoetst ('the suspension of judgement'). Als de rechter iets weet dan is het wel dat hij, nadat hij één van beide partijen heeft gehoord, slechts de helft van het verhaal kent die hem de ene kant uit trekt, en dat hij vervolgens de andere zijde zal moeten horen, die hem de andere kant uit zal trekken.[44] Aan die constatering verbond Dante de volgende aanwijzing: 'Whenever you are uncertain, put lead on your feet, to make you slow to reach Yes or No: for a quick judgement often takes the wrong way: and then the feelings bind the intellect.'[45] Eerst tot tien tellen, heet dat in het gewone taalgebruik. Het dilemma in het voorbeeld kwam eerst door reflectie op het prima facie oordeel aan het licht. Er komt echter een moment waarop (verder) uitstel niet geoorloofd is en een beslissing moet worden genomen. Deliberatie in het recht verschilt in dit opzicht van morele deliberatie. Morele oordelen berusten op een in beginsel eindeloze deliberatie. In het recht daarentegen bestaat op zeker moment beslissingsdwang. Wanneer het proces ten einde is gevoerd, levert verder uitstel van het oordeel verboden rechtsweigering op: 'De rechter die weigert recht te spreken, onder voorwendsel van het stilzwijgen, de duisterheid of de onvolledigheid der wet, kan uit hoofde van rechtsweigering worden vervolgd' (art. 13 Wet algemene bepalingen 1829).

43 Zo is ook daadwerkelijk gebeurd. Het geval is ontleend aan de recht(er)spraktijk in de Nederlandse Antillen.

44 White, a.w., p. 224

45 Geciteerd uit James Boyd White, From expectation to experience, essays on law and legal education, Michigan 1999, p. 183.

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

4.3 Het rechterlijk oordeel

In zijn deliberatie beweegt de rechter zich derhalve in verschillende spanningsvelden, waaronder die tussen distantie en betrokkenheid, tussen oordelen en uitstellen en, natuurlijk, die tussen regel en geval (recht en feiten). Wanneer de rechter oordeelt, kan dat oordeel worden beschouwd als een 'reflectief equilibrium' waarin feiten en recht, distantie en betrokkenheid, oordeel en uitstel, in een optimaal evenwicht op elkaar zijn betrokken. Het is een equilibrium omdat de verschillende polen samenkomen, en het is reflectief omdat wij weten op welke variabelen het oordeel berust.[46] Dat is wat anders dan de wetenschap wat het beste oordeel is. Zoals Dworkin heeft laten zien dient te worden onderscheiden tussen de wetenschap dat één van de alternatieven het beste is, en de wetenschap welk alternatief dat is (liefst voorafgaand aan het oordeel). Het eerste is wellicht haalbaar, het laatste niet, althans voor wie niet de bagage heeft van Hercules ('superhuman power and skills').[47] Voor sterfelijke rechters blijft het zoeken naar het optimale evenwicht een kwestie van oordelen in onzekerheid. De weegschaal waarmee als het ware objectief het juiste oordeel onomstotelijk kan worden aangetoond, staat helaas niet ter beschikking. Het klassieke beeld van de weegschaal voor de deliberatie van de rechter schiet in zover dan ook tekort; het suggereert een objectieve maatstaf voor oordelen in het recht die er eenvoudigweg niet is. Voor de rechter levert dat een existentiële onzekerheid op die de kern van zijn ambtsuitoefening typeert; de onzekerheid of dit het beste oordeel is. Die onzekerheid komt, in combinatie met zijn verantwoordelijkheid voor het oordeel, kernachtig tot uitdrukking in het aforisme: een goed rechter heeft een slecht geweten. Het beeld van de weegschaal schiet echter nog in een ander opzicht tekort, zoals Scholten heeft opgemerkt: 'De rechter doet anders dan waarnemen te wiens gunste de schaal overlaat, hij beslist. Die beslissing is een handeling, [...]. Het is een daad, die van de rechter wordt verwacht.[...]. Recht doen is de taak van de rechter.'[48] Het rechtsoordeel als sluitstuk van een deliberatie is een handeling – een taalhandeling, zo men wil – maar in ieder geval een act, waarin tegelijkertijd de deliberatie zich voltrekt en het maatschappelijk effect zijn oorsprong vindt. Daarom is de rationaliteit van het rechterlijk oordeel een praktische rationaliteit, in de aristotelische zin van het woord, als de gerichtheid op een handeling.[49]

46 Vrij naar John Rawls, A theory of justice, p. 20.
47 Ronald Dworkin, Law's empire, Cambridge (Mass.) 1986, p. 239.
48 Paul Scholten, Algemeen Deel, Zwolle 1974, p. 130.
49 Aristoteles, Ethica Nicomachea, boek VI.

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

Wanneer wij de bevindingen van deze paragraaf samenvatten, kan worden gesteld dat hier een parallel is getrokken tussen de instituties van de staat en de aard van de rechterlijke oordeelsvorming. De op tegenspraak ingerichte instituties bleken te worden weerspiegeld in de oordeelsvorming over tegengestelde opvattingen. Dat is een activiteit van de menselijke geest die niet alleen een beroep doet op rationele capaciteiten als het vermogen logisch te redeneren, standpunten te analyseren, en conclusies te deduceren, maar ook op de verbeeldingskracht die nodig is voor de inleving in tegengestelde posities, het denken in termen van alternatieven en hun consequenties voor de betrokkenen en de samenleving in ruimere zin. De rechterlijke attitude vergt dan ook het juiste evenwicht tussen distantie en betrokkenheid, afstand en empathie, die tot uitdrukking wordt gebracht in de wisseling van perspectief die het gebruik van een bril met dubbele focus meebrengt. Daarmee is niet slechts een methodologisch belang gediend, maar ook een moreel belang, namelijk recht te doen aan levensverhalen die verschillen van die van ons. Tot zover lijkt rechterlijke oordeelsvorming op morele oordeelsvorming, maar er zijn natuurlijk ook belangrijke verschillen. In de eerste plaats is het kader voor oordeelsvorming in het recht een gegeven, de methoden en argumenten zijn tot op zekere hoogte beschikbaar en de waarden van de democratische rechtsstaat vormen de randvoorwaarden van de oordeelsvorming. Niettemin vragen zij om herinterpretatie en aanpassing naar nieuwe omstandigheden. Vooral in moeilijke gevallen wordt dit zichtbaar, wanneer de zelfdefiniërende waarden van een gemeenschap op het spel staan. In de tweede plaats is rechterlijke oordeelsvorming, anders dan morele deliberatie, altijd eindig; uiteindelijk moet er worden beslist, en dat is een daad, die slechts tot op zekere hoogte kan worden gerechtvaardigd. Het oordeel is dan ook te zien als een reflectief equilibrium tussen de verschillende spanningsvelden waarin de rechter zich beweegt. Het berust op een optimaal evenwicht waarin niet slechts gegevens buiten hem (of haar) zijn betrokken, maar waarbij hij (of zij) ook zelf een ethos of karakter kiest. Rechterlijke oordeelsvorming is in zoverre niet alleen een activiteit van de geest, maar ook van het karakter.

5 Conclusies

Het is niet ongebruikelijk om de rationaliteit van het rechterlijk oordeel te zien als een kwaliteit van de rechtvaardiging van de uitspraak,[50] of van de

50 Vooral in de op formele logica gerichte benaderingen van juridische rationaliteit komt dit tot uiting.

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

politieke betekenis van het rechterlijk oordeel,[51] of van de deliberatieve oordeelsvorming van de rechter.[52] In dit artikel is betoogd dat de rationaliteit van het rechterlijk oordeel schuilt in al deze factoren, en met name in de wijze waarop zij op elkaar aansluiten. Het rechterlijk oordeel vormt een onderdeel van het proces waarbij een gemeenschap zichzelf vormgeeft in het publieke debat, de politieke besluitvorming, de deliberatieve oordeelsvorming en de legislatieve en rechterlijke rechtsvorming.[53] De rationaliteit van het rechterlijk oordeel is dan ook niet slechts een kwaliteit van de relatie tussen de argumenten en de uitspraak, maar ook van de wijze waarop die argumenten zich verhouden tot elk van deze processen, als ook van meer autonome juridische factoren als de rechtvaardigheid van de procedure en het ethos van de rechter. Om die reden is de nadruk gelegd op recht als vorm van communicatie, waarin voor eigen instituties en volgens eigen procedures het debat over de inrichting van de publieke ruimte wordt voortgezet. Recht is een voortzetting van die communicatie waarin langs de banen van publieke rationaliteit concurrerende perspectieven andermaal tot gelding kunnen komen. Anders dan in het politieke debat handelt de partijdiscussie ten overstaan van de rechter echter niet over de inrichting van de publieke ruimte in het algemeen, maar over de gegeven rechtsbetrekking. Het is aan de rechter om die rechtsbetrekking bindend vast te stellen, en daarmee de juridische discussie tussen deze partijen publiekelijk (en voorlopig) te beëindigen. Of het meningsverschil daarmee voor partijen privé ook is beëindigd is – zoals wij zagen – een andere kwestie.

Op de achtergrond is het centrale idee over rationaliteit dat er in vragen met betrekking tot de inrichting van de publieke ruimte geen objectief juiste, eenduidige antwoorden zijn. De rationaliteit van het rechterlijk oordeel verschilt in zoverre van de rationaliteit van de theoretische wetenschappen, die is gericht op kennis, en niet op handelen. De rationaliteit van recht, politiek en moraal daarentegen is er één van het debat, de discussie tussen tegengestelde opvattingen, waarin de verschillende perspectieven tot gelding komen.[54] Die verscheidenheid aan perspectieven is

51 In de aan Rawls verplichte benaderingen van juridische rationaliteit die wordt gezien als de uitkomst van rechtvaardige procedures en instituties.

52 In klassieke rechtsvindingstheorieën als die van Scholten ligt de nadruk op de kwaliteit van de deliberatie.

53 Deze benadering van rechterlijke oordeelsvorming is verplicht aan de ruime invulling die het politieke krijgt in het werk van Aristoteles: 'Het uiteindelijke doel van het menselijk handelen ressorteert onder de 'politieke' wetenschap' (boek I, paragraaf 2).

54 Voor de uitwerking van deze rationaliteitsconceptie, die hier niet als zodanig is besproken, wordt verwezen naar het werk van Stephen Toulmin, onder meer Cosmopolis, the hidden agenda of modernity, Chicago 1990, en Return to reason, Cambridge (Mass.)/London 2001.

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

een wezenlijke eigenschap van het publieke domein, die een gemeenschappelijke wereld vormt van burgers, die allen verschillende posities innemen. Rechterlijke oordeelsvorming verschilt daarbij niet alleen van politieke besluitvorming, zoals wij zagen, maar ook van morele oordeelsvorming. Anders dan morele deliberatie is rechterlijke oordeelsvorming meer ingekaderd, bindend en afdwingbaar, en uiteindelijk onontkoombaar. Het gevolg is dat het accent meer komt te liggen op het rechterlijk oordeel als een handeling, en daarmee op juridische rationaliteit als vorm van praktische rationaliteit. In de woorden van Hart is het rechterlijk oordeel bindend en dus finaal, maar tegelijkertijd het resultaat van deliberatie en dus feilbaar. De eigen aard van de rationaliteit van het rechterlijk oordeel kan daarom misschien nog het beste worden getypeerd als 'oordelen op tegenspraak'.

Summary

This article deals with the problem of the rationality of legal judgement, which is usually regarded as a quality of the justification of the decision, of its political meaning, or of the deliberating process of judging. The rationality of legal judgement is, however, a quality of all these aspects, so this article claims, because it is part of the way a political community shapes itself in public debate, in political discussion, and in the legislative and judicial creation of the law. This idea is elaborated in three parts. In the first part, perusal of a famous case shows that the justification of a legal judgement is threefold: the judge appeals to material grounds, follows considerations of procedural justice, and speaks with a chosen ethos. An inquiry into the political meaning of these factors in the second part shows that they serve communication in a community according to rules of public rationality, thus enabling the law to play its intermediate role in a pluralistic society. Following Plato's analogy between justice in the state and in the soul, the third part focuses on judicial deliberation as an activity of the rational and imaginative mind. Legal judgement again seems to involve deliberation about the balance of conflicting reasons, which requires an act of judgement. This seems to be the characteristic specific to the rationality of legal judgement.