

Bijdragen

Over rechterlijke intuïtie. Paul Scholtens intuïtieleer en een alternatief model van Aristoteles

Jonathan E. Soeharno*

The truth, of course, is that in the development of law, as in other fields of thought, we can never rid ourselves of our dependence upon intuition or flashes of insight transcending and transforming the contributions of mere experience.

– Judge Benjamin N. Cardozo

Inleiding

In zijn nagelaten tekst *Über Wahrheit und Lüge im aussermoralischen Sinne* contrasteert de filosoof Friedrich Nietzsche de redelijke mens met de intuïtieve mens. De redelijke mens laat zich leiden door begrippen en abstracties, maar vlucht hiermee voor het leven en voor het geluk. De intuïtieve mens onderkent daarentegen de veranderlijkheid van het leven en geeft zich daaraan over, maar hoont de abstractie en valt daardoor steeds in dezelfde fouten.¹

Nietzsches wantrouwen in de zekerheid die door redelijkheid zou ontstaan is langzaam maar zeker gemeengoed geworden in de westerse wijsbegeerte. Ook in de rechtstheorie is ten aanzien van het rechterlijk afwegingsproces de roep om aandacht voor de intuïtieve of irrationele aspecten ervan

* Verbonden aan de vakgroep rechtstheorie, faculteit rechtsgeleerdheid, Universiteit Utrecht. Ik dank de referenten van dit tijdschrift, prof. Ton Hol, Peter Rijpkema, Judith Leest, de leden van de landelijke promovendigroep rechtstheorie en de leden van het PF-colloquium (van het Ethiek Instituut en de vakgroep praktische filosofie van de faculteit wijsbegeerte te Utrecht) voor hun waardevolle kritiek en suggesties. Dit artikel is geschreven in het kader van een onderzoeksproject, getiteld 'de integriteit van de rechter.'

1 F. Nietzsche [1873], 'Über Wahrheit und Lüge im aussermoralischen Sinne,' in: G. Colli & M. Montinari (Hrsg.), Nietzsche Werke. Kritische Gesamtausgabe 3. Abt. 2. Bd. Berlin/ New York: Walter de Gruyter 1973, p. 383 f.

toegenomen.² Dat de rechter een ‘bouche de la loi’³ zou zijn of een ‘logomachist’⁴ geldt inmiddels als achterhaald. Dit heeft mede te maken met een groter beroep op de intuïtie van de rechter. De discretionaire ruimte van de rechter is verruimd door de open normen die de wetgever laat, zoals de redelijkheid- en billijkheidstoets en de figuur van onrechtmatige daad. Voeg daarbij de hoge werkdruk waaronder rechters staan en de gevarieerde waardepatronen die de Nederlandse maatschappij rijk is, en de constatering dringt zich op dat van rechters kennelijk wordt gevraagd dat zij op een snelle en adequate wijze in staat zijn te onderscheiden wat rechtvaardig is. Sinds het paradigmatische werk van Scholten – dat nog steeds volop in de belangstelling staat⁵ – is er in Nederland maar weinig op dit vlak gebeurd. Dat is ten onrechte, want een groter beroep op rechterlijke intuïtie vraagt om een scherp model. In dit artikel betoog ik dat het mogelijk is om middels de deugdethiek van Aristoteles tot een model van intuïtie te komen waarmee onuitgewerkte facetten van Scholtens rechtsvindingmodel, zoals het irrationeel karakter van het geweten en de notie van de sprong, aan conceptuele kracht kunnen winnen. De deugdethiek biedt een kwalificeerbare notie van intuïtie, die mijns inziens een belangrijke rol kan spelen in het huidige debat.

De opzet van dit artikel is als volgt. Allereerst behandel ik de intuïtieleer van Scholten (1.1). Na een bespreking van de waardering (1.2) en de kritiek (1.3) wordt betoogd dat de deugdethiek van Aristoteles een waardevolle aanvulling kan bieden (1.4). Alvorens de intuïtieleer van Aristoteles te behandelen, behandel ik de feitelijke (2.1) en wijsgerige (2.2-4) achtergronden ervan. De bespreking van Aristoteles’ intuïtieleer (3.1-5) resulteert in een Aristotelisch model van rechterlijke intuïtie, dat met het Scholtense vergeleken wordt (4.1-2).

2 Vgl. de levendige discussie daarover aan het begin van de vorige eeuw. B.N. Cardozo, *The Nature of the Judicial Process*. New Haven/London: Yale University Press 1921, p. 167-177; F. Génys, *Science et Technique en droit privé positif. Nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique*. Paris: Recueil Sirey 1922, p. 80: ‘Dans ce but, la ‘philosophie nouvelle’ prône, sous le nom d’*intuition*, un mode de connaissance plus subtil que l’intellect pur, qui, s’installant au coeur même de la réalité, la pénétrerait pour ainsi dire du dedans, et, se laissant emporter avec elle, la suivrait dans son incessant mouvement’; J. Dewey, ‘Logical Method and the Law,’ *Cornell Law Quarterly* 10 (1924), p. 17-27; M. Radin, ‘The Theory of Judicial Decision: Or How Judges Think,’ *American Bar Association Journal* 11 (1925), p. 357-362; J.C. Hutcheson jr., ‘The Judgment Intuitive: The Function of the “Hunch” in Judicial Decision,’ *Cornell Law Quarterly* 14 (1929), p. 274-288.

3 C. de Montesquieu, *De l’esprit des lois*. Paris: Garnier 1868, XI.6.

4 Hutcheson, ‘The Judgment Intuitive’, p. 274-278.

5 Cf. de recente artikelen van W. Borst, ‘Paul Scholten en de “rule of law”’, *Nederlands tijdschrift voor Rechtsfilosofie en Rechtstheorie* 3 (2004), p. 299-314; P.W. Brouwer, ‘P. Scholten (1875-1946)’, in: J.M. Smits, C.J.H. Jansen & L.C. Winkel (red.), *16 juristen en hun filosofische inspiratie*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2004, p. 45-59; R.C. Hartendorp & H. Wagenaar, ‘De praktische rechter. De opmerkelijke relevantie van Paul Scholten voor een eigentijdse rechtsvindingstheorie’, *Nederlands tijdschrift voor Rechtsfilosofie en Rechtstheorie* 1 (2004), p. 60-89.

1 Paul Scholten: intuïtie als irrationele sprong van het geweten

1.1 Intuïtie bij Paul Scholten – korte schets⁶

Tegenover het heersende legisme stelt Paul Scholten dat rechterlijke rechtsvinding niet slechts mag worden opgevat als een logisch dwingende redenering waarin op grond van een gereedliggende regel (*maior*) en de feiten van het geval (*minor*) de beslissing (*conclusio*) voor het individuele geval volgt.⁷ Ten aanzien van de kwalificatie van zowel de *maior* als de *minor* maakt de rechter een keuze. Deze keuze impliceert dat de rechter een eigen verantwoordelijkheid heeft. Hij mag zich niet verschuilen achter de wetgever vanuit de pretentie dat hij het recht slechts toepast, maar hij dient de wijze waarop hij tot een rechterlijk oordeel komt ten overstaan van zichzelf en de gemeenschap te verantwoorden.

Rechtsvinding is geen mechanisch proces, zoals de legisten dat willen voorstellen, maar een uiterst dynamisch proces. Allereerst is de keuze voor de *maior* en de *minor dialectisch* van aard, omdat de keuze voor de *maior* de keuze voor de *minor* bepaalt en *vice versa*.⁸ Steeds weer beziet de rechter de gekozen premissen in het licht van de mogelijke beslissing. Met de uiteindelijke beslissing zijn dan ook pas de regels gegeven waarop deze berust.⁹ Men komt echter niet zonder meer tot een uiteindelijke beslissing. Rechterlijke beslissingen kennen volgens Scholten een sprongkarakter.¹⁰ Deze sprong is gegrond in de eigen overtuiging van de rechter.¹¹ Ná de vaststelling van *maior* en *minor* toetst de rechter de beslissing aan het eigen geweten, om vervolgens de *maior* en *minor* te bevestigen ofwel opnieuw te kiezen. De uiteindelijke beslissing getuigt daarom niet alleen van een syllogisme met een *maior* en een *minor*, maar ook van een eigen 'sprong' van de rechter tot de vaststelling dat het *déze maior* en *minor* zijn die aansluiten bij *déze* situatie.

6 In de behandeling van zowel Paul Scholten als Aristoteles hanteer ik het begrip intuïtie zo veel mogelijk op de door hen gebruikte wijze.

7 P. Scholten, Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. Algemeen deel*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1974, p. 75.

8 Scholten, Algemeen deel, p. 121: 'We kunnen in de rechtspraak de feiten alleen zien vanuit de regel, de beslissing. Doch omgekeerd zien wij evenzo de regel, waarnaar wij oordelen, alleen uit de feiten.'

9 P. Scholten, 'Kenmerken van recht', in: Verzamelde Geschriften 1. Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1949, p. 7 f.

10 Scholten, Algemeen deel, p. 76.

11 Scholten, Algemeen deel, p. 130: 'Zulk een woord kan alleen hij uitspreken, die in eigen geweten ervan overtuigd is. Het rechtsoordeel wortelt in het zedelijk deel van ons geestesleven; ieder goed rechter streeft er altijd naar altijd weer naar dat op te leggen, wat hij in eigen geweten verantwoorden kan.'

Scholten benadrukt hiermee de eigen verantwoordelijkheid van de rechter. De rechter heeft zich niet alleen te verantwoorden ten opzichte van de 'algemene' eisen van de rechtspleging, waarmee de wetgever al rekening zou hebben gehouden, maar hij heeft zich tevens ten aanzien van zijn eigen geweten te verantwoorden.¹² De beslissing die uiteindelijk wordt genomen is immers resultaat van de eigen, innerlijke, afweging van de rechter zélf. Het is de rechter die bepaalt dat déze beslissing in dít geval wordt genomen. Daarom is het noodzakelijk dat de beslissing niet alleen uitwendig gebonden is aan wet, recht, de eisen van het verkeer et cetera, maar ook inwendig aan het eigen geweten. De rechter moet kunnen getuigen: 'hier sta ik, ik kan niet anders.'¹³

Maar, zo kan men tegenwerpen, het geweten kan toch dwalen? Scholten geeft het problematische hiervan grif toe. Het oordeel wordt uitgesproken in een functie die door *de gemeenschap* is opgedragen.¹⁴ De gemeenschap vraagt om een oordeel dat logisch verantwoord kan worden. 'Tegenover de gemeenschap treedt het verstandelijk element op de voorgrond, het intuïtieve op het tweede plan.'¹⁵ Het in wezen irrationele zedelijke oordeel moet in zekere zin worden onderworpen aan de ratio.¹⁶ Ook het intuïtief gevondene moet gemotiveerd worden met gronden 'die het kunnen dragen', die gezag hebben en aanvaard worden. De intuïtie kent dus maar een beperkt domein. In Scholtens woorden: 'Weerlegging van de subsumptieeler mag niet leiden tot een primaat van het intuïtieve.'¹⁷

Toch gaat hiermee de werking van de innerlijke intuïtie niet verloren. Hoewel het intuïtieve naar de gemeenschap toe op het tweede plan komt te staan, is 'inwendig de verhouding juist omgekeerd'.¹⁸ Het subjectieve blijft, en daarmee de gebrekkigheid en feilbaarheid van de rechterlijke activiteit. De externe verantwoording van de rechter kan nooit geheel inzichtelijk maken waarom juist die beslissing is genomen en geen andere. De laatste 'sprong' blijft – in juridisch opzicht – altijd een irrationeel moment van de rechterlijke beslissing. Maar ook het innerlijk is gebonden, als hierboven gesteld. 'Juist omdat de beslissing een gewetensbeslissing is, is zij volkomen vrij van willekeur.' Maar waardoor wordt *het geweten* gebonden? Scholten zegt hierover dat er mogelijkheden zijn, die weliswaar buiten de rechtswe-

12 Scholten, 'Kenmerken van recht', p. 9.

13 Scholten, Algemeen deel, p. 133. Met de notie van het geweten komt hij tegemoet aan het gevaar van willekeur dat hij in de notie van het 'rechtsgevoel' constateert, vgl. 'Recht en levensbeschouwing', in: Verzamelde Geschriften 1. Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1949, p. 145.

14 Scholten, Algemeen deel, p. 130.

15 Scholten, Algemeen deel, p. 132.

16 Brouwer, 'Scholten', p. 51.

17 Scholten, Algemeen deel, p. 133.

18 Scholten, Algemeen deel, p. 132.

tenschap vallen, maar in dit opzicht toch richting kunnen geven: het idealisme (de Idee) of het christelijk geloof (de Persoon).¹⁹

Ieder rechtsoordeel is dus irrationeel en rationeel tegelijk. Zowel het irrationele als het rationele zijn gebonden: het irrationele door het geweten, het rationele door de gemeenschap, het gezag der wet, de gewoonte et cetera.

1.2 De aantrekkingskracht van een fenomenologie van de intuïtie

Men waardeert Scholtens intuïtieleer om meerdere redenen. Vanuit het gezichtspunt van de individuele rechter heeft Scholtens fenomenologie een bepaalde aannemelijkheid, omdat Scholten recht doet aan de ervaring dat de rechterlijke beslissing betrekking heeft op een unieke situatie. Hieromtrent worden de volgende opmerkingen gemaakt.

Ten eerste merkt Bruggink op dat Scholten de wisselwerking tussen normen en feiten in het oordelen door de rechter thematiseert. Hierbij handelt de rechter vanuit *voorinzicht* waarmee hij de situatie inschat. In deze 'hermeneutische cirkel' is hij gevangen.²⁰ Ten tweede houdt Scholten rekening met het inzicht van de logica dat, daar beide partijen een logisch consistent betoog kunnen houden,²¹ de rechter daaraan in zekere zin dient te 'ontsnappen'. Dat kan alleen door zijn eigen kennis of ervaring een rol te laten spelen. Het is hierin dat hij 'boven' de partijen staat.²² Ten derde doet Scholten recht aan het gegeven dat onzekerheden in de toepassing van het recht in beginsel nimmer kunnen worden opgelost door een eenduidige methode van rechtsbeoefening. Zij worden, zo karakteriseren Hol en Loth, 'herhaald in de onzekerheid over de interpretatiemethoden'.²³

De belangrijkste notie is echter de notie van de gewetensvolle sprong, waarmee Scholten de eigen verantwoordelijkheid van de rechter in de rechtspleging benadrukt. De nadruk op de eigen verantwoordelijkheid van de rechter hangt samen met een visie op de verhouding tussen recht en maatschappij. De rechter heeft een eigen verantwoordelijkheid, omdat recht niet op deductieve wijze kan worden gevonden uit een gesloten systeem van wetten. De wetgever kan niet geheel en al tegemoet komen aan de *maatschappelijke dynamiek*.²⁴ Er is een dialectische relatie tussen rechtszekerheid en

19 Scholten, Algemeen deel, p. 135.

20 J.J.H. Bruggink, Wat zegt Scholten over recht. Een rechtsfilosofische studie rond het 'Algemeen Deel', Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1983, p. 257.

21 H. Kaptein, 'Scholtens rechterlijke sprong langs de meetlat van de logica', in: E. Lissenberg, P.W. Brouwer, F. Jacobs & E. Poortinga (red.), De actualiteit van Paul Scholten, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1996, p. 84.

22 B. Hessel, Rechtsstaat en economische politiek, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1987, p. 203.

23 A.M. Hol & M.A. Loth, 'Iudex mediator. Naar een herwaardering van de juridische professie', Nederlands tijdschrift voor Rechtsfilosofie en Rechtstheorie (2001), p. 9-57.

24 Hartendorp & Wagenaar, 'De praktische rechter', p. 61.

rechtvaardigheid, die tot uiting komt in de sprong van de rechter. Deze waarborgt de openheid van het wettensysteem naar de werkelijkheid. In een veranderende maatschappij als de huidige lijkt een rechtsvindingstheorie als die van Scholten daarom nog steeds een belangrijke waarde te hebben.

1.3 Problematische elementen van Scholtens leer van de intuïtie

Wellicht juist vanwege het aansprekend karakter van Scholtens notie van intuïtie zijn elementen ervan fel bekritiseerd. De kritiek concentreert zich vooral op het irrationele karakter van de intuïtie en op suggesties van Scholten in het *Algemeen Deel* – en duidelijker in andere artikelen – dat het geloof richting kan geven aan het geweten. In algemener opzicht wordt gesteld dat het intuïtiebegrip een nogal onuitgewerkte combinatie van ‘zeer individuele, juridische en andere ervaringen’ is.²⁵ We zullen moeten nagaan of dit zo is.

1. Allereerst heeft men moeite met het irrationele karakter van de rechterlijke intuïtie. Scholten stelt: ‘Het geweten spreekt altijd concreet, het is geheel irrationeel.’²⁶ Zo bezien is het de vraag of de distinctie tussen het geweten als ‘irrationeel’ en normen en feiten als ‘rationeel’ een gelukkige is. Over de keuzen die de rechter maakt ten aanzien van de daadwerkelijke premissen van rechtsvinding stelt Kaptein:

‘Anders dan Scholten het voorstelt, zijn die keuzen impliciete premissen in de rechterlijke argumentatie. In moeilijke gevallen moet de rechter het niet bij haar geweten laten, maar die (normatieve én feitelijke) premissen aan het licht brengen.’²⁷

2. Het irrationele karakter van het geweten hangt samen met het probleem van de verificatie.²⁸ De rechter kan er vast van overtuigd zijn vanuit het geweten te hebben gehandeld, maar dit lijkt een te *individuele* verankering

25 N.F. van Manen, ‘Rechtsvinding en intuïtie’, in: E. Lissenberg, P.W. Brouwer, F. Jacobs & E. Poortinga (red.), *De actualiteit van Paul Scholten*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1996, p. 67.

26 P. Scholten, ‘Recht en billijkheid’, in: *Verzamelde Geschriften 1*. Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1949, p. 268 f.

27 Kaptein, ‘Scholtens rechterlijke sprong’, p. 75; cf. p. 86. Kaptein constateert overigens geheel onterecht (op p. 79 f) dat hier sprake is van een illegitiem onderscheid tussen beslissing en handeling. Het onderscheid tussen heuristisch (‘context of discovery’) en legitimatie (‘context of justification’) [cf. E.T. Feteris, *Redelijkheid in juridische argumentatie. Een overzicht van theorieën over het rechtvaardigen van juridische beslissingen*, W.E.J. Tjeenk Willink 1994, p. 11 f] is hier niet aan de orde, omdat de *uiteindelijke* rechterlijke beslissing als een rechterlijke daad wordt aangemerkt. Men zou hooguit het rechterlijke *voornemen tot beslissing* van de *beslissing als daad* kunnen onderscheiden.

28 Manen, ‘Rechtsvinding en intuïtie’, p. 67.

van de uiteindelijke verificatie van rechterlijke oordelen. Bovendien verdraagt zulk een verificatiecriterium zich niet goed met het 'raadkameren', waar meerdere rechters tot een gezamenlijke beslissing dienen te komen. Hoe smal de marges van de gewetensvolle beslissing in Scholtens theorie ook mogen zijn, er zou sprake blijven van een onfalsifieerbare verankering van rechterlijke rechtsvinding.

3. Hoewel de beslissing naar buiten toe op meerdere wijzen wordt gebonden, zou het oordeel door de innerlijke binding door het geweten niet onverdacht zijn van gevaar van willekeur ten aanzien van derden. Ten aanzien van de rechter in relatie tot zijn geweten is er geen sprake van willekeur.²⁹ Maar dit kan anders zijn voor de partijen. Bruggink merkt op: 'Het is dan ook niet de vraag of een gewetensbeslissing van een bepaalde persoon voor hemzelf niet willekeurig is, maar of zij niet op anderen willekeurig werkt. Een a-rationele beslissing loopt die kans altijd.'³⁰

4. Ten laatste stelt men dat de notie van de herleiding van het geweten op het geloof³¹ niet toelaatbaar is in een pluriforme maatschappij. Wat voor Scholten nog een vraag was, is voor ons een feit: 'Het goede, het richtige recht voor dezen tijd voor ons volk te vinden, hoe is het mogelijk, waar wij onderling zoozeer verdeeld zijn in fundamenteele beschouwing?'³² Waar vormen van nieuwe religiositeit, neo-agnosme, eclecticisme, iets-isme, maar ook traditionele religies als de islam een belangrijk aandeel hebben genomen in het religieuze leven, daar kan niet eenvoudig worden gesteund op één geloofsbron. Van de rechter wordt daarom verwacht dat hij óók ten aanzien van zichzelf onafhankelijk kan blijven van religieuze opvattingen.³³ Het laatste dat we nodig hebben zijn rechters die met Luthers 'hier sta en ik kan niet anders' tevens roepen: '*non recanto!*'

Hoe moet deze kritiek worden gewaardeerd? Tegen het eerste kritiekpunt kan ingebracht worden dat de noties 'irrationeel' en 'rationeel' *juridisch* moeten worden opgevat, waarbij niet is uitgesloten dat in het geweten ook elementen van morele argumentatie zitten. Zo kent Scholten in bepaalde passages intellectuele elementen toe aan de intuïtie.³⁴ De suggestie van een – weliswaar niet in juridisch opzicht – rationaliseerbare en kwalificeerbare

29 Scholten, 'Recht en levensbeschouwing', p. 160: 'Wat ik in goede conscientie niet mág en niet kán doen, zal ik ook niet doen ter wille der wet. Men zal God meer gehoorzamen dan de menschen.'

30 Bruggink, Wat zegt Scholten over recht, p. 111.

31 P. Scholten, 'Recht en liefde', in: Verzamelde Geschriften 1. Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1949, p. 186.

32 Scholten, 'Recht en levensbeschouwing', p. 148.

33 Cf. H. Franken, Onafhankelijk en verantwoordelijk. Een paradox in de positie van de rechter?, Deventer: Gouda Quint 1997, p. 28.

34 Scholten, Algemeen deel, p. 133. In kritiek op Isay suggereert hij dat in het intuïtieve ook sterk intellectuele elementen zouden zitten, die naar buiten toe op de voorgrond moeten treden.

notie van intuïtie zou echter ook de andere kritiekpunten kunnen ondergaan. Van volledige onfalsifieerbaarheid of willekeur is dan immers geen sprake meer. Wat betreft het laatste kritiekpunt blijft staan dat Scholten naast het geloof ook een hegeliaanse 'Idee' suggereert. Hoewel de binding van het geweten er hiermee niet helderder op wordt en hij dit niet verder uitwerkt, laat hij wel zien dat er discussieruimte is aangaande welke richtinggevendende ideeën het geweten zouden kunnen binden.

1.4 Naar een deugdethisch model

De notie van rechterlijke intuïtie is dus aansprekend, maar daagt tevens uit om de rationaliteit en kwalificeerbaarheid ervan verder uit te werken. In dit artikel wordt daartoe een poging gedaan.

De rechtsvindingleer van Scholten wordt wel vergeleken met de klassiek Aristotelische phronesis-gedachte.³⁵ Hoewel er overeenkomsten tussen Scholten en de deugdethiek van Aristoteles bestaan, is deze vergelijking niet geheel terecht. Met name op het vlak van het geweten en de intuïtie staat Scholten in een Neokantiaanse traditie.³⁶ Hoewel de samenhang tussen 'Neokantiaans' en 'Kant' hier en daar ver te zoeken is, is het veelzeggend dat Kant in het geweten vooral de plichtervaring centraal stelt.³⁷ Zowel Kant als Scholten stelt in het geweten de mens alleen tegenover zichzelf. Vervolgens rijst het probleem hoe vanuit zulk een individualistische notie een ethiek kan ontstaan. Bij Kant gebeurt dit door de afleiding van de autonomiegedachte uit de aard van de rede. Scholten wijst voorzichtig op de richtinggevendende kracht van de 'Persoon' of de 'Idee.'

Hier gaan Scholten en de deugdethiek uiteen. Waar Scholten de negatieve functie van het geweten in de intuïtie benadrukt en moeite heeft met het expliciteren van richtinggevendende ideeën, daar positieveert de deugdethiek het intuïtiebegrip: het geweten is een 'gevuld' begrip – het gaat om *kennis* opgedaan in concrete oriëntatie op de leefwereld.

Het is mijns inziens mogelijk om middels de deugdethiek van Aristoteles tot een positieve invulling van intuïtie te komen, waarin de waardevolle noties van Scholten behouden blijven: de ervaring van de individuele rechter en de openheid van het rechtsvindingmodel. Doordat de aard van de intuïtie op positieve wijze wordt geëxpliciteerd, lijkt het mijns inziens tevens mogelijk om een aanvulling te bieden op onuitgewerkte elementen van Scholtens rechtsvindingleer.

35 Hartendorp & Wagenaar, 'De praktische rechter', p. 82-85.

36 J.M. Smits, C.J.H. Jansen & L.C. Winkel, 'Inleidende beschouwingen', in: 16 juristen en hun filosofische inspiratie, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2004, p. 13.

37 Cf. I. Kant [1786], *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, Herausgegeben von Valentiner, Stuttgart: Reclam 2000, p. 28-46. I. Kant [1797], *Metaphysik der Sitten*, Herausgegeben von K. Vorländer, Hamburg: Felix Meiner 1922⁴, m.n. p. 261-302.

2 De persoon van de rechter bij Aristoteles³⁸

Aristoteles' intuïtieleer maakt onderdeel uit van zijn deugdethiek,³⁹ ook wel voortreffelijkheidsleer genoemd. Zoals we onder (3) zullen zien, maakt intuïtie deel uit van de verstandigheid. De verstandigheid is de centrale voortreffelijkheid, die alle andere voortreffelijkheden van karakter mogelijk maakt. De verstandigheid is ook van belang voor politieke ambten. Aristoteles onderscheidt verscheidene 'politieke verstandigheden,' waarvan de rechterlijke er één is. De centrale vraag is dus: hoe fungeert intuïtie bij Aristoteles ten aanzien van rechterlijke verstandigheid?

Voordat we overgaan tot de intuïtieleer van Aristoteles is het zaak de feitelijke en wijsgerige achtergrond daarvan te schetsen. Aristoteles' filosofie is bijna 2500 jaar oud en hoewel de deugdethiek heden ten dage op veel belangstelling mag rekenen, betekent dat niet automatisch dat de betekenissen van de begrippen die Aristoteles gebruikt dezelfde zijn als die van hun huidige equivalenten. Zo heeft bijvoorbeeld 'deugd' bij Aristoteles niet de bijmaak van 'braafheid' maar van 'voortreffelijkheid'.⁴⁰ En ook andere begrippen die in ons taalgebruik enige mate van vanzelfsprekendheid hebben, zoals geluk, houding, affecten, verstandigheid, rechtvaardigheid en gemeenschap, fungeren bij Aristoteles in een wijsgerig geheel, dat nodig is om de systematisch wijsgerige betekenis ervan te duiden.

2.1 Deliberatie tussen zitplaats en urn. Achtergrond van de *Ethica*

Gerechten in het Athene van de vierde eeuw v.Chr. waren democratische instellingen in een oorspronkelijke zin des woords.⁴¹ Rechtspraak geschied-

38 De hier door mij gebruikte teksten zijn: [Cat.] I. Bywater (ed.), *Aristotelis Categoriae et De Interpretatione* (Oxford 1949); [EN] I. Bywater (ed.), *Aristotelis Ethica Nicomachea* (Oxford 1954); [ENN] C. Pannier & J. Verhaege (vert. & ann.), *Aristoteles. Ethica Nicomachea* (Groningen 1999); [Pol.] W.D. Ross (ed.), *Aristotelis Politica* (Oxford 1957); [Ret.] Huys, M. (vert. & ann.), *Aristoteles. Retorica* (Groningen 2004).

39 Voor verhandelingen over de deugdethiek en in het bijzonder de verstandigheid verwijs ik naar: P. Aubenque, *La prudence chez Aristote*, Paris 1963; O. Höffe (Hrsg.), *Aristoteles, Die Nikomachische Ethik*, Berlin 1995; A. Oksenberg Rorty (ed.), *Essays on Aristotle's Ethics*, Berkeley/Los Angeles/London 1980. Wie beknopte Nederlandse inleidingen zoekt, kan terecht bij: P. van Tongeren, 'Aristoteles' ethiek van de vriendschap', *Algemeen Nederlands Tijdschrift voor Wijsbegeerte* (1991) 83.4, p. 273-293; of: A. Verbrugge, 'Aristoteles' begrip van de φρόνησις', *Algemeen Nederlands Tijdschrift voor Wijsbegeerte* (1996) 87.1, p. 89-124.

40 In navolging van de vertaling van Pannier en Verhaege gebruik ik in dit artikel 'voortreffelijkheid' voor deugd.

41 Over het Atheense rechtsstelsel in de vierde eeuw v.Chr. zie: (Pseudo-)Aristotle, *The Athenian Constitution*, Cambridge 1952; J. Bleicken, *Die athenische Demokratie*, Paderborn/München/Wien/Zürich 1995; E.-W. Böckenförde, *Geschichte der Rechts- und Staatsphilosophie. Antike und Mittelalter*, Tübingen 2002; A.L. Boegehold, *The Lawcourts at Athens. Sites, Buildings, Equipment, Procedure, and Testimonia* (The Athenian Agora XXVIII), Princeton 1995; L. Burckhardt & J. von Ungern-Sternberg (Hrsg.), *Große Prozesse im antiken Athen*, München 2000.

de door burgers in colleges van soms wel 6000 man.⁴² Deze colleges waren in hoge mate passief. De partijen legden hun zaken voor, waarbij de eisende partij de procedure koos en de eventueel op te leggen straf of maatregel. Het rechterlijke college stemde vervolgens op grond van de door de partijen voorgelegde presentaties. Deze stemming verliep door middel van stemstenen, die na de presentaties der partijen in daartoe bestemde urnen geworpen werden.

Zo passief als het rechterlijke handelen was, zo oncontroleerbaar was de rechterlijke afweging.⁴³ Het lijkt alsof de rechters weinig tijd en ruimte hebben gehad voor een gewogen oordeel; de zaak werd gepresenteerd en de rechters maakten hun keuze. Alleen in de wandeling naar de urnen voor stemstenen en naar aanleiding van persoonlijke kennis konden rechters actief delibereren over de zaak. 'Persoonlijke kennis' kwam in de praktijk echter maar al te vaak neer op 'persoonlijke belangen' of 'persoonlijke voorkeuren'. Veelzeggend is een snerende opmerking van Aristoteles in de retorica: 'Bij hen (sc. de rechterlijke jury) zijn vaak al sympathie, afkeer en eigenbelang in het spel, met als gevolg dat ze niet meer voldoende in staat zijn de waarheid in te zien: privé-genoegen of -ongenoegen vertroebelt hun oordeel.'⁴⁴

Zulk een wijze van rechtspleging had ook invloed op de visie op rechtvaardigheid. Een rechtvaardig oordeel moest op snelle en adequate wijze 'gevonden' worden in het gepresenteerde. Om de juiste inschatting te maken konden zij niet alleen uitgaan van wat partijen hen voorlegden – het is immers mogelijk dat zij beiden een sluitend betoog hielden. Intuïtie, persoonlijke voorkennis, speelde hier een doorslaggevende rol. Deze was echter alleen waardevol als rechters ook afstand konden nemen van de eigen voorkeuren ten behoeve van een juiste inschatting van de voorliggende zaak. Het was dus zaak om het intuïtiebegrip op kritische wijze te kwalificeren.

2.2 Rechter en rechtvaardigheid bij Aristoteles

Aristoteles' notie van intuïtie komt dus hierop neer dat de rechter zich een bepaalde houding eigen maakte waarmee hij de gepresenteerde zaken op de juiste wijze inschatte. De *Ethica* is mede in dit licht ontstaan. Zij diende als leerwerk voor de burgers van Athene, volwassen mannen met levenservaring, opdat zij voortreffelijkheden ontwikkelden die nodig waren voor

42 Er waren in totaal 6000 'dikasten', de Atheense aanduiding voor de leden van de gerechten. Daar alleen de volksverzameling ook bestond uit 6000 man, neemt men aan dat de Atheners 6000 man representatief vonden voor alle burgers van Athene.

43 Tegenover de passiviteit van het rechterlijk handelen stond een machtige constitutionele positie. Een rechterlijk oordeel kon niet door de volksverzameling worden herroepen.

44 Ret. I.1:1354b10-12 [*conjectuur*, JS].

het besturen van de stadsstaat. Vrijwel iedere Atheense burger vervulde in zijn leven één of meerdere politieke functies.

Rechters dienden de voortreffelijkheid van rechtvaardigheid te ontwikkelen: de voortreffelijkheid die niet op het eigen geluk, maar op het *geluk van derden*⁴⁵ gericht is. Geluk is waar de praktische filosofie van Aristoteles om draait. Het is richtinggevend in al het handelen,⁴⁶ dus ook in het *politieke* handelen. Geluk, ofwel welzijn (εὐδαιμονία), bestaat voor Aristoteles in een aantoonbaar geslaagd – *voortreffelijk* – leven, dat totstandkomt doordat de mens hierop zijn kennen en handelen richt. Het is dan ook met betrekking tot het geluk dat Aristoteles zijn theorie van *rechtvaardigheid* ontwikkelt.

Aldus kan men rechtvaardigheid op twee wijzen beschouwen: *als relationele categorie*, betreffend de *relaties* in de stadsstaat en als *houding*, ofwel als *kwaliteit van de enkeling*. In beide gevallen is rechtvaardigheid gericht op het geluk. In het eerste geval betreft zij de regulering van de relaties in de stadsstaat, zodat deze een forum voor voortreffelijkheden kan zijn.⁴⁷ In het tweede geval betreft ze de houding van de enkeling, die gericht is op de voortreffelijke levenswijze. Met betrekking tot publieke ambten hangen deze twee perspectieven samen. Zo komt de afstemming van de houding van de rechter op de rechtvaardige regulering van relaties binnen de polis onder meer tot stand doordat de rechter de poliswetten heeft *verinnerlijkt*.⁴⁸ Voor de discussie rond rechterlijke intuïtie is met name het tweede begrip van rechtvaardigheid interessant. Rechtvaardigheid als kwaliteit van de enkeling betreft de noodzakelijke voorwaarde voor rechtvaardige verhoudingen. Rechtvaardigheid is een individuele voortreffelijkheid die gericht is

45 Ik gebruik 'derden' in navolging van de vertaling van Pannier & Verhaege. Strikt genomen gaat het niet echter om derden, maar om *betrokkenen* ten overstaan van wie de politicus of rechter zijn ambt uitoefent. De vertalers zullen de term 'derden' hebben gekozen in plaats van 'anderen' om niet het misverstand van altruïsme op te wekken.

46 EN I.1:1094a1-3.

47 Recht als relationele categorie valt uiteen in algemene rechtvaardigheid, specifieke rechtvaardigheid en billijkheid. Aristoteles reserveert deze termen voor de hiernavolgende begrippen. *Algemene rechtvaardigheid* betreft het 'wettige'. Dit is een normatieve notie die zowel op ongeschreven als geschreven wet betrekking heeft. De wet wordt door Aristoteles ook wel gekarakteriseerd als 'verstand zonder affecten' (Pol. III.16:1287a32). Omdat rechtvaardigheid in de context geplaatst dient te worden waar ze *in concreto* totstandkomt, besteedt Aristoteles meer aandacht aan *specifieke rechtvaardigheid*. Het gaat hier om de concrete rechtsverhoudingen, waarin gelijkheid tot uitgangspunt wordt genomen. In deze gelijkheid is rechtvaardigheid een midden, waarbij elk uiterste onrechtvaardigheid is: een teveel of een te weinig schaaft de rechtvaardige verhouding. Ten aanzien van het geluk is het soms echter beter om 'minder' te nemen dan het 'zijne'. Dit correctief beginsel van rechtvaardigheid ten opzichte van haar doel, het geluk, noemt Aristoteles *billijkheid*.

48 Hoewel Aristoteles in dit opzicht reserves heeft ['Vermoedelijk is een goed mens zijn niet in alle gevallen hetzelfde als een goed burger zijn', EN V.5:1130b28] kan hij op deze wijze stellen dat de inhoud van de individuele voortreffelijkheid gevonden kan worden in de wet ['De wet beveelt ons immers in ons leven gestalte te geven aan elke goede eigenschap, en verbiedt ons enige slechte eigenschap tot uiting te brengen', EN V.5:1130b24].

op het goed van de ander, en wanneer ze in een publieke functie wordt uitgeoefend, gericht op het goed van derden.

2.3 Een rechtvaardige rechter is een verstandige rechter

Wat betekent dat nu concreet, om rechtvaardigheid als *individuele kwaliteit* te hebben? Om deze vraag te beantwoorden moeten we te rade gaan bij de terminologie en systematiek van de deugdethiek, met name bij twee begrippen: 'houding' en 'verstandigheid'. Om rechtvaardig te zijn dient de rechter een stabiele rechtvaardige *houding* te hebben, die zorgt dat hij de juiste instelling heeft ten aanzien van de gemeenschap, waarin hij op juiste, *verstandige*, wijze recht doet.

De *houding* (ἔξις) is het 'ingesteld-zijn' op de leefomgeving waartoe wij in verhouding staan. Het betreft de affectieve verhouding tot de omgeving. 'Affectief' betekent bij Aristoteles niet louter 'gevoelsmatig'. De oude Grieken plachten in emoties een redelijke component te zien.⁴⁹ Door een samenspel van enerzijds de prikkels van buitenaf en anderzijds overtuigingen die een individu heeft *ten aanzien van* deze prikkels ontstaat een 'modellering' van de affecten.⁵⁰ Deze modellering bepaalt de houding die iemand heeft ten aanzien van zijn leefomgeving. Daar overtuigingen mede het resultaat zijn van redelijke afweging, heeft iemand met de rede dus ook invloed op de 'juistheid' van deze instelling. Affecten en rede hangen wat de houding betreft dus nauw samen.

Verstandigheid (φρόνησις) maakt dat men op de juiste wijze van de juiste houding tot de juiste *beslissing* komt en *vice versa*. De aard van het beslissen wordt bepaald door de verschillende momenten die de situatie van de beslissing uitmaken: het 'voor wie, waar, wanneer, waarmee, waarom en hoe' van de handeling. Met de rede wordt afgewogen wat ten aanzien van deze factoren is *vereist*. Dit *beraad* – dat, wanneer het tegemoetkomt aan wat de situatie vereist, *welberadenheid* wordt genoemd – leidt tot een bewuste keuze, een *voornemen*, dat tot een beslissing kan leiden. De juiste *beslissing* is vervolgens een midden: het is 'precies' datgene doen wat de situatie vereist.

49 Dat Grieken een fundamenteel andere visie op emoties hadden dan men nu pleegt te hebben is treffend verwoord door M.C. Nussbaum, 'Aristotle on Emotions and Practical Health', in: *Therapy of Desire. Theory and Practice in Hellenistic Ethics*, Princeton: Princeton University Press 1994, p. 80. Iedere 'grote klassieke Griekse denker' zag (1) emoties als een vorm van 'intentional awareness', zag (2) een intieme relatie tussen emoties en 'beliefs' en (3) kon emoties op grond van de 'beliefs' waarmee ze samenhangen kwalificeren als waar of onwaar. Deze drie kenmerken zijn ook in Aristoteles' emotie-leer aanwezig.

50 EN II.2:1104b27-29.

Tussen houding en verstandigheid bestaat een wisselwerking. Door het voortdurend nemen van de juiste beslissingen verbetert de verstandige weer zijn houding, waardoor hij weer beter in staat is de juiste beslissingen te nemen, et cetera.

Nu we een idee hebben van de notie van verstandigheid, kunnen we de vraag stellen naar *rechterlijke verstandigheid*. Aristoteles ordent de rechterlijke activiteit onder het genus politieke verstandigheid.⁵¹ Het gaat hier om de verstandigheid die de belangen van de stadsstaat op het oog heeft, die werking heeft ten aanzien van derden en die institutioneel van aard kan zijn.

Aristoteles kan nu rechtvaardigheid als volgt omschrijven:

‘Rechtvaardigheid is de *houding* op grond van welke men van een rechtvaardig mens zegt dat hij op basis van een keuze doet wat rechtvaardig is, en goederen tussen zichzelf en een ander of tussen twee anderen als volgt verdeelt: als het om iets begerenswaardigs gaat neemt hij niet te veel voor zichzelf en laat hij niet te weinig over voor zijn medemens, en als het om iets schadelijks gaat doet hij niet anders: hij kent elk een gelijk deel op basis van evenredigheid toe, en net zo verdeelt hij goederen tussen derden.’⁵²

Rechtvaardigheid kan dus gevonden worden als een ‘midden’ tussen twee vormen van onrecht.⁵³ Rechtvaardigheid is een midden, waarbij elk uiterste onrechtvaardigheid is en waarbij een teveel of een te weinig de rechtvaardige verhouding schaadt. Met dit concept kan de rechter pogen de partijen ‘ieder het zijne toe te wijzen’. In *concreto* is daarvoor nodig dat de rechter daarbij een verstandige houding aanneemt. Op deze wijze is rechtvaardigheid een kwaliteit van de enkeling. Het vinden van het midden gebeurt in het beraad en is dus een innerlijk proces. Zo gesteld, belichaamt de rechter in zekere zin het midden. De rechter vormt dan niet alleen het

51 EN VI.8:1141b33. Cf. Berti: ‘Ainsi donc, la phronesis, comme la science politique, mais sans se confondre avec elle, comprend des espèces, qui, dans le langage commun, s’appellent, respectivement, phronesis tout court, concernant l’individu, «économie» (οικονομία), concernant la maison, «législation» (νομοθεσία), concernant les lois, «politique» tout court, concernant les décrets. Cette dernière, ajoute Aristote, se divise en «délibérative» (βουλευτική), lorsque ses décrets sont des délibérations prises dans une assemblée, et «judiciaire» (δικαστική), lorsque ses décrets sont des sentences de tribunal’, in: E. Berti, ‘Phronesis et science politique?’, in: P. Aubenque & A. Tordesillas, *Aristote politique. Etudes sur la Politique d’Aristote*, Paris 1993, p. 452.

52 ENN V.9:1134a1-7 [*cursief*, JS].

53 Wát het midden is, verschilt net als in het huidige recht per rechtsgebied, met de aantekening dat het Atheense recht uit de vierde eeuw voor Christus huidige onderscheidingen, zoals tussen straf- en privaatrecht, niet kende. Wel is er bijvoorbeeld binnen het specifieke recht de onderscheiding tussen distributief en corrigerend recht, waarbij het midden wordt gevonden langs de weg van respectievelijk mathematische en aritmetische evenredigheid.

'midden' tussen de partijen, maar geldt tevens als de *verpersoonlijking* daarvan: hij 'is' het recht.

2.4 Doeleinden van het rechterlijk handelen

Rechterlijke verstandigheid is *ethisch*. Dat houdt in dat rechterlijk verstandig handelen getuigt van een *innerlijke* gerichtheid op een doel en hiermee onderscheiden is van technische vaardigheden, die inzetbaar zijn voor zowel goede als voor slechte intenties. De intentionaliteit van rechterlijke verstandigheid is op drie doeleinden gericht: (i) de voortreffelijkheid zelf, (ii) het welzijn van de polis en (iii) specifieke handelingsdoeleinden.⁵⁴

De voortreffelijkheid heeft allereerst *zichzélf* op het oog (i).⁵⁵ Het welzijn of geluk als abstract Platoons idee bestaat voor Aristoteles niet. Het welzijn (εὐδαιμονία) wordt pas concreet in het juiste handelen (εὐπραξία). Welzijn en ethisch handelen hangen dus samen in die zin dat het ethisch handelen de voortreffelijkheid tot doel heeft en het tevens concretiseert; of eenvoudiger gesteld: het welzijn *bestaat* niet *op zich*, maar in en door het juiste handelen.⁵⁶

Maar waarop is het juiste handelen gericht? Wanneer we spreken van *politieke* voortreffelijkheden, dan spreken we niet louter van het individueel welzijn, maar van het welzijn van de polis (ii). Dat de voortreffelijkheid zichzelf op het oog heeft, betekent in politieke context dat ze méér op het oog heeft dan de individuele voortreffelijkheid van de beoefenaar van het politiek handelen. Tegenover Plato gaat Aristoteles er echter niet vanuit dat de polis⁵⁷ *als entiteit* geluk nastreeft.⁵⁸ Het geluksstreven is niet iets van een geheel, maar van concrete mensen.⁵⁹ Een polis wordt welzijn toegedicht omdat de burgers een goed leven leiden. Aristoteles is er daarom voorstan-

54 De discussie hierover is allerminst eenduidig, maar gaat de grenzen van dit artikel te buiten. Cf. voor een overzicht G. Anagnostopoulos, *Aristotle on the Goals and Exactness of Ethics*, Berkeley/Los Angeles/London: University of California Press 1994, p. 65-101. Er is een significant verschil tussen deze noties en huidige visies op de verhouding tussen recht, welzijn en ethiek. De reden waarom ik ze hier behandel is om aan te tonen hoe rechterlijke intuïtie bij Aristoteles ethisch van aard is en om het inductieve karakter van Aristoteles' notie van welzijn te benadrukken.

55 Dit moet niet in moderne zin begrepen worden, als het autonome streven naar de invulling van een particuliere geluksopvatting. Het duidt veeleer op de samenhang van het welzijn met de activiteit die op de ontwikkeling van voortreffelijkheden is gericht.

56 Cf. EN I.1:1095a5; EN I.2:1103b25.

57 Aristoteles definieert de polis dan ook als een 'gemeenschap van burgers in een constitutie' (Pol. I' 3:1276b2).

58 M. Becker, *Deugdethiek en pacifisme. Tolstojs pacifisme in gesprek met de deugdethiek van Aristoteles en Thomas van Aquino*, Amsterdam: Thesis 1997, p. 100.

59 A.W. Price, *Love and Friendship in Plato and Aristotle*, Oxford: Oxford University Press 1989, p. 204.

der van dat veel burgers aan het stadsbestuur deelnemen. De polis kan op deze wijze fungeren als *forum* voor hun voortreffelijkheden.⁶⁰

Ten laatste zijn er de specifieke handelingsdoeleinden (iii). Er dienen zich specifieke doelen in de werkelijkheid aan, zoals het verslaan van de vijand of het straffen van de misdadiger. Deze specifieke doelen zijn momenten waarin de individuele voortreffelijkheid van de rechter en de voortreffelijkheid van de polis tot uitdrukking komen.⁶¹ De specifieke doeleinden worden dus om hun intrinsieke waarde nagestreefd.⁶²

Aristoteles maakt in dit opzicht de vergelijking met de geneesheer. Deze handelt niet vanuit een visie op 'gezondheid' in het algemeen, maar heeft in zijn specifieke handelingen de gezondheid van een bepaald individu voor ogen.⁶³ Zo handelt de rechter niet vanuit een vooropgezet idee van het eigen geluk of het geluk van de polis, maar probeert hij de concrete situatie beter te maken, omdat *hierdoor* gesproken kan worden van het geluk van de polis. Het geluk van de polis valt dus buiten de handelingsmacht, maar bepaalt wel de richting van de rechterlijke afweging en de mate waarin hij bijvoorbeeld billijk is. In iedere uitspraak van de rechter wordt dus tevens de gerichtheid op het geluk van de polis bevestigd. Daarom kan gezegd worden dat elk rechterlijk vonnis het geluk van de polis *concretiseert*.

3 Aristoteles' notie van rechterlijke intuïtie

Nu een beeld is ontstaan van wat rechterlijke verstandigheid is in Aristoteles' deugdeethiek, kunnen we overgaan tot een bespreking van zijn notie van intuïtie daarin.

60 De omstandigheid kan zich voordoen dat het doel van de polis en het doel van de individuele rechter niet samenvallen. Wanneer een burger en een goed mens alleen in de ideale stadsstaat identiek zijn (EN V.5:1130b28), dan impliceert dit onder andere dat een goed mens in een slechte staat geen 'goede burger' kan zijn (K. von Fritz, *Die ἐπαγωγὴ* bei Aristoteles, München 1964, p. 36 f). *Vanuit het perspectief van het individu*, dient hij prioriteit te geven aan zijn eigen geluksstreven. *Vanuit het perspectief van de politicus* of de politieke wetenschap, dient men het goede van de stadsstaat te bewaren. Omdat we hier spreken van politieke voortreffelijkheden, zal het laatste prevaleren (Pol. Γ 5:1278b1-5 en EN I.4:1194b7-11).

61 De verhouding tussen de specifieke doelen, het doel van de polis als geheel en het doel van de individuele voortreffelijkheid, kan als volgt geschetst worden. Er wordt beraadslaagd 'over' (περὶ) de handeling, maar 'met het oog op' (πρός) het geheel. Om voortreffelijk te zijn, moeten handelingen dus niet alleen zélf voortreffelijk zijn, in die zin dat ze aan hun specifieke doel tegemoetkomen, maar ze moeten ook beantwoorden aan de gehele context waarin ze plaatsvinden en consistent zijn met de andere activiteiten van de persoon die ze uitoefent.

62 Omdat de gerichtheid op het geluk van het geheel de kwaliteit van de handeling uitmaakt, kán rechterlijke activiteit niet worden *gereduceerd* tot een technische vaardigheid. De notie van technische vaardigheid verdisconteert immers de intentionaliteit niet, maar duidt slechts op de kwaliteit van de handeling ten aanzien van het specifieke resultaat.

63 EN I.4:1097a10.

In de *Ethica* doet Aristoteles ten aanzien van de verstandigheid de nogal cryptische uitspraak dat 'zowel de eerste als de laatste termen worden bereikt door intuïtie en niet door redenering'.⁶⁴ In dit deel staat deze stelling centraal.

Het eerste deel van de stelling, dat intuïtie de *eerste termen* van verstandigheid uitmaakt, wordt allereerst besproken aan de hand van een begripsanalyse. Vervolgens wordt besproken hoe de kwaliteit van de intuïtie als eerste term van de verstandigheid wordt bepaald door morele vorming. We zullen zien dat intuïtie als 'eerste term' een gekwalificeerde wijze van waarnemen betreft. Vervolgens komt de redelijke afweging aan bod, als ingebed in intuïtie. In de spanning tussen afweging en beslissing wordt duidelijk hoe intuïtie tevens de *laatste termen* uitmaakt. In het volgende deel (4) wordt een voorstel gedaan voor een Aristotelisch model van rechterlijke intuïtie.

3.1 Het begrip intuïtie: eenheid van aandachtig en indachtig⁶⁵

Aristoteles stelt dus dat de eerste termen van iedere redenering gevonden worden door intuïtieve kennis.

Intuïtie (νοῦς)⁶⁶ is bij Aristoteles een complexe notie, die nauw samenhangt met noties als 'inductie' (ἐπαγωγή) en 'waarnemende intuïtie' (αἴσθησις).⁶⁷ Het is allereerst zaak de structuur van het intuïtiebegrip middels deze noties te verhelderen.

De praktische intuïtieve kennis is tweeledig van aard. Ten *eerste* is de situatie altijd uniek en enkelvoudig. De waarnemende intuïtie⁶⁸ (αἴσθησις) zal dus *aandachtig* moeten zijn op het enkele 'dit of dat' (τοδὲ τί). Het gaat hier

64 ENN VI.12:1143b1-9.

65 Het woordenpaar aandachtig/indachtig om de structuur van de intuïtie te karakteriseren, ontleen ik aan Verbrugge, 'Aristoteles' begrip van de φρόνησις', p. 111 f.

66 De νοῦς wordt gerekend tot de meer problematische begrippen van de Aristotelische filosofie. Er is een zekere consensus dat het in de eerste plaats betrekking heeft op de begrijpende activiteit van de geest in ruime zin, vervolgens op onmiddellijk bewustzijn of intuïtie, en specifiek op het intuïtieve intellect. Hier richt ik mij vooral op de werking die het heeft in de φρόνησις. Cf. M.V. Wedin, 'Tracking Aristotle's Noûs', in: M. Durrant (ed.), *Aristotle's De Anima in Focus*, London/New York: Routledge 1993, p. 128-161; J.O. Urmson, *The Greek Philosophical Vocabulary*, London: Duckworth 1990, p. 115 f.

67 Net als van de νοῦς is de betekenis van de αἴσθησις ruim. Cf. C.H. Kahn, 'Sensation and Consciousness in Aristotle's Psychology', in: J. Barnes, M. Schofield & R. Sorabji (eds.), *Articles on Aristotle 4. Psychology and Aesthetics*, London: Duckworth 1979, p. 1-31 *hic* 23: '[...] αἴσθησις can indeed cover the whole range of meaning of thought, feeling, and perception, including the affective feelings of pleasure, pain, desire, and the like.' Ook hier gaat het mij slechts om de werking van de αἴσθησις in de verstandigheid.

68 Het principe en de bijzondere handeling worden door de waarnemende intuïtie (αἴσθησις) gevat, en worden door de intuïtieve kennis (νοῦς) op één lijn gesteld met de gerichtheid op het geluk. H. Kuhn, 'Der Begriff der Prohairesis in der Nikomachischen Ethik', in: *Die Gegenwart der Griechen im neueren Denken. Festschrift für Hans-Georg Gadamer zum 60. Geburtstag*, Tübingen 1960, p. 130.

om de waarneming van de uniekheid van de situatie.⁶⁹ Dit is een vermogen dat met ervaring moet worden ontwikkeld.⁷⁰ Naast de essentiële waarneming van de unieke situatie 'neemt' de intuïtie nog een *tweede* uitgangspunt 'waar' voor het verstandige beraad. Vanuit *algemene opvattingen* is zij in staat het unieke op een bepaalde wijze *uit te leggen*. Het is de intuïtieve kennis die deze algemene opvatting *indachtig* is. Intuïtie is dus *aandachtig* betrokken op de bijzondere situatie, maar is hierbij de algemene opvatting *indachtig*, waarmee ze deze situatie adequaat kan karakteriseren.

Deze samenhang tussen het algemene en het bijzondere wordt aangeduid met de notie 'inductie' (ἐπαγωγή). De inductie maakt dat de door waarneming (αἴσθησις) verkregen kennis verinnerlijkt wordt en als algemene kennis kan dienen om vervolgens de werkelijkheid te 'zien'.⁷¹

Voor de rechter betekent dit dat er ten aanzien van een specifiek geval een *spontane betrekking* ontstaat tussen wat hij weet ('indachtig'), en wat voor hem ligt ('aandachtig'). Het is nu zaak om deze spontane betrekking nader te kwalificeren.

3.2 Morele vorming⁷²

Een goede intuïtie ontstaat door morele vorming. Als Aristoteles het heeft over morele vorming dan heeft hij het in de eerste plaats over de didactische waarde van *wetten* voor volwassenen.⁷³ Daarnaast is er de vorming in de *familie*. 'Wanneer de gemeenschap de opvoeding laat liggen mag elk het tot zijn plicht als individu rekenen althans voor zijn eigen kinderen en naasten bij te dragen tot hun voortreffelijkheid.'⁷⁴ Dan zijn er *leraren* en de *eigen ervaring*. De vormende werking van leraren maakt idealiter dit verschil, dat zij zo te werk gaan dat de leerling de beginselen van het ethisch handelen

69 Cat. 5:2a11-2a18. De uitdrukking τὸ ἐ τι, fungeert als benaming voor primaire substantie: de essentie waarvan uit het andere begrepen kan worden. De primaire substantie is altijd individueel en uniek. Pas vanuit de primaire substantie kan de secundaire substantie 'uitgezegd' worden, waardoor generieke specificatie ontstaat.

70 EN VI.9:1142a15-16.

71 Von Fritz geeft de rode draad in het begrip inductie treffend weer: 'Die ἐπαγωγή, steht am Anfang der Überlegungen, die dann erst zu praktischen Entscheidungen führen können.' Cf. Von Fritz, ἐπαγωγή bei Aristoteles', p. 31. Aristoteles' notie van inductie is breder dan de huidige en omvat meerdere wijzen van 'de samenhang tussen het bijzondere en het algemene'. Zo betreft ze tevens een wijze van deïktiek (*Physica*); een vermogen van de νόος om het algemene door de enkele gevallen waar te nemen (*Analytica Posteriora*); of *ad hominem* waarheidsaanspraken in het dialectisch strijdgesprek waar het niet noodzakelijk om waarheid gaat, maar om dat wat voldoende is om iets 'als waar' aan te nemen (*Topica*).

72 Over de rol van de opvoeding hierin weidt Aristoteles uit in onder meer Pol. III.4:1176b16-1277b33 en EN X.10.

73 EN X.10:1180a3-5. Cf. M.C. Nussbaum, Hiding from Humanity. Disgust, Shame and the Law, Princeton/Oxford 2004, p. 36.

74 ENN X.10:1180a3off.

door eigen ervaring zélf inziet. De maieutiek van de leraar en de eigen ervaring zijn daarmee belangrijke ingrediënten voor het ontwikkelen van ethische intuïtie.⁷⁵

Ten slotte worden *natuurlijke aanleg* en *gewoontevorming* als noodzakelijke voorwaarden aangemerkt voor het slagen van morele vorming. Volgens Aristoteles zijn mensen 'op natuurlijke wijze' geneigd tot voortreffelijkheid. Dat duidt niet op 'vanzelfsprekendheid', maar op de aanleg (sc. het vermogen) van mensen om zich op *optimale* wijze te verwerkelijken in de voortreffelijkheid. Dat verwerkelijken gebeurt door gewoontevorming.⁷⁶

Voor de rechter betekent dit dat zijn kennis van wetten, van familiewetten, het onderricht dat hij heeft genoten, zijn ervaring en zijn gewoontevorming de spontane betrekking op de voorgelegde zaak nader kwalificeren.

3.3 Intuïtie als waarnemingsvermogen

Rechterlijke intuïtie speelt zich af binnen de grenzen van de 'rechterlijke verstandigheid' die in het vorige deel werd besproken.

Hier wordt de notie van rechterlijke verstandigheid geconcretiseerd *vanuit het perspectief van de rechter*. Wanneer we nu van vanuit het perspectief van de rechter spreken van een spontane betrekking tussen de aandachtige betrokkenheid op de voorgelegde zaak en de indachtige kennis die hij door morele vorming heeft opgedaan, dan kunnen we spreken van een 'rechterlijk waarnemingsvermogen'.⁷⁷ Intuïtie als eerste term zou op deze wijze gekarakteriseerd kunnen worden als het waarnemingsvermogen van de verstandige.⁷⁸ Ze bepaalt immers de wijze waarop de rechter de aan hem voorgelegde zaak 'ziet'.

In deze vorm van intuïtie is tevens ruimte voor de emoties van de rechter. Deze emoties dienen tevens ter 'spontane' herkenning van de essentie van de specifieke situatie. Hier zij er nogmaals op gewezen dat de oude Grieken emoties of affecten niet als iets louter irrationeels zagen, maar als prikkels

75 A. Kenny, *Aristotle's Theory of the Will*, London 1979, p. 152.

76 Daarmee is gewoontevorming zonder ervaring onmogelijk. Omdat het een proces is dat grotendeels door intuïtie wordt beheerst en in mindere mate door de rede is het echter moeilijk om alleen middels gewoontevorming tot voortreffelijkheid te komen. R. Sorabji, 'Aristotle on the Role of Intellect in Virtue', in: A. Oksenberg Rorty (ed.), *Essays on Aristotle's Ethics*, Berkeley/Los Angeles/London 1980, p. 216 f.

77 In ENN, p. 192 n. 38 merkt de annotator op: 'Verstandigheid is dus een zeer bijzondere vorm van perceptie. Ze is geen waarneming van de specifiek zintuiglijke objecten, maar moet eerder worden vergeleken met de perceptie van de algemene zintuiglijke objecten. Zoals deze laatste perceptie eenheid brengt in het zintuiglijke bewustzijn, brengt de verstandigheid eenheid in het morele bewustzijn.'

78 ENN VI.11:1142b34-35: 'Als het dus voor verstandige mensen kenmerkend is welberaden te zijn dan zal welberadenheid die juistheid van beraad zijn die erin bestaat te vinden wat bijdraagt tot het doel waarvan verstandigheid de ware perceptie is.'

die op een bepaalde wijze samenhangen met overtuigingen. Op deze wijze is de verstandige in staat de werkelijkheid op een adequatere wijze waar te nemen. De verstandige heeft de algemene bepalingen (indachtig) voortdurend voor ogen, in het licht waarvan hij de gegeven situatie (aandachtig) steeds adequaat karakteriseert. Dit is resultaat van voortdurende activiteit, waardoor de verstandige steeds beter in staat is de essentie in het geval te ontwaren.⁷⁹

Er is nu besproken wat intuïtie is als ‘eerste term’ van de verstandigheid. Hiermee is én niet alles gezegd over rechterlijke intuïtie, én niet over rechterlijke verstandigheid. Immers, zou de verstandigheid slechts bestaan uit deze vorm van intuïtie, dan zouden rechters als bij toverslag hun oordeel kunnen vellen over de voorgelegde zaak. Van een zorgvuldig afwegingsproces waarin gezocht wordt naar een optimum is dan geen sprake meer. En zou alles gezegd zijn over intuïtie, dan is nog niet duidelijk hoe rechterlijke intuïtie ten aanzien van dit afwegingsproces nog een rol ‘als laatste term’ zou kunnen vervullen.

3.4 Het afwegingsproces

Nu we hebben gezien hoe intuïtie de *eerste termen* uitmaakt van de verstandigheid, kunnen we de overstap maken naar het rechterlijk afwegingsproces.

In het vorige deel (2.3) werd beknopt behandeld hoe het verstandige afwegingsproces verliep langs de momenten van het *beraad*, de *welberadenheid*, het *voornemen*, en de *beslissing*. Nu wordt deze behandeling verfijnd.

In het *beraad* wordt het door intuïtie verkregen begrip van de situatie – de aandachtig waargenomen zaak en de daarop betrekking hebbende indachtige kennis – bezien ten aanzien van de doeleinden van het rechtelijk handelen.⁸⁰ Het juiste beraad, of *welberadenheid*, is dan ook: ‘juistheid van beraad gemeten naar nuttig effect: die welke én het juiste doel bereikt én op de juiste manier én op het juiste ogenblik.’⁸¹

79 Dit geldt waarschijnlijk niet alleen voor de eigen affecten van de rechter, maar ook voor die van anderen. Zijn affecten zijn op de juiste wijze op de leefomgeving ingesteld en zetten hem op het juiste spoor van het midden. Daarnaast heeft hij rekening te houden met de emoties die rond een zaak kunnen spelen. Hij dient immers het midden te vinden in betrekking ‘tot ons’ (cf. definitie voortreffelijkheid, EN II.6:1106b36-1107a2), i.e. eventueel de bredere polisgemeenschap, de partijen of andere betrokkenen.

80 Het beraad betreft het vinden van de juiste middelen met betrekking tot het doel. In de sfeer van de praxis moet dit niet technisch worden opgevat, alhoewel de illustraties van Aristoteles alle uit deze sfeer komen. Het gaat hier om de praxis en het doel hiervan is het in-werking-zijn zélf met het oog op het geluk (εὐδαιμονία). Cf. Verbrugge ‘Aristoteles’ begrip van de φρόνησις’ en Kenny, *Aristotle’s Theory of the Will*, p. 149.

81 ENN VI.10:1142b27-29.

Het 'nuttig effect' duidt op het op optimale wijze tegemoetkomen aan de baten 'voor wie, omwille waarvan, mate waarin, wanneer, op welke wijze et cetera.' Het betreft het 'midden' als *optimum*.

Deze welberadenheid resulteert vervolgens in een *voornemen*, dat weer kan resulteren in een *beslissing*. Maar voordat de rechter van voornemen overgaat tot beslissing, kan het afwegingsproces zich herhalen. Is het voornemen wel een juist voornemen? De vraag die daarbij centraal staat is: wat is het waardoor *uiteindelijk* gezegd kan worden dat de handeling tegenover de juiste persoon, vanuit de juiste motieven, in de juiste mate et cetera, is verricht? De *juistheid* van het beraad heeft tot doel dat de uiteindelijke rechterlijke *beslissing* tot het geluk bijdraagt.⁸² Zoals we zagen onder (2.4) kan de rechterlijke handeling alleen tot het geluk bijdragen, wanneer ze tegemoetkomt aan het complex van de specifieke vereisten van de concrete situatie en de eisen van de polis als geheel.⁸³

3.5 Intuïtie als laatste term van de verstandigheid

De reeks *intuïtie als waarneming, beraad, welberadenheid, voornemen en beslissing* lijkt nu af te zijn. De rechter heeft de gegeven situatie *aandachtig* waargenomen *indachtig* de relevante kennis. Hij heeft zich vervolgens over de specifieke vereisten van de situatie beraden ten aanzien van het doel – de concretisering van het geluk in de situatie ten aanzien van het geluk van de stadsstaat als geheel. Hij is toen gekomen tot een voornemen, heeft zich op dat punt nog eens kunnen beraden en is vervolgens overgegaan tot de beslissing. Wat wordt dan bedoeld met de stelling dat intuïtie ook de laatste term van de verstandigheid is? Aristoteles doelt hier op het feit dat de handeling niet noodzakelijkerwijs ontspringt uit het voornemen, omdat het voornemen nog zélf kan fungeren als intuïtieve laatste term.

82 ENN VI.10:1142b31-32: 'Welberadenheid zonder meer is dus die welke ons regelrecht leidt tot wat het doel zonder meer is, en welberadenheid in specifieke zin die welke ons regelrecht leidt tot een specifiek doel.'

83 Het afwegingsproces verloopt dus niet via het formeel syllogisme. Treffend over de beperkte waarde van de notie van het formeel syllogisme in het rechterlijk afwegingsproces zegt John Dewey dat: '[...] it purports to be a logic of rigid demonstration, not of search and discovery. It claims to be a logic of fixed forms, rather than of methods reaching intelligent decisions in concrete situations, or of methods employed in adjusting disputed issues in behalf of the public and enduring interests', in: Dewey, 'Logical Method and the Law', p. 21 f. We zouden hooguit met Kenny kunnen spreken van een 'ethisch syllogisme' [Kenny, *Aristotle's Theory of the Will*, p. 111-124]. Dit verschilt van het formeel syllogisme, waar sprake is van middentermen die niet in de conclusie voorkomen. Strikt genomen komt het ethisch syllogisme bij Aristoteles niet voor. Zouden we het ter illustratie inzetten, dan krijgen we het volgende beeld. Met het geluk als doel van het handelen zonder meer, is het principe gevonden dat de *maiores* (datgene dat men indachtig is) en *minores* (de aandachtige betrokkenheid op de leefomgeving) naar waarheid, dat wil zeggen: in gerichtheid op het welzijn, bemiddelt tot een voornemen, een *conclusio*, waaruit eventueel de handeling ontspringt.

Hij doet hier recht aan het dynamische karakter van het ethisch handelen. Immers, vanuit de spontane betrekking tussen aandachtige betrokkenheid en indachtige kennis ontstaat de mogelijkheid tot afweging. De afweging gebeurt in het beraad en leidt tot een voornemen. Dit voornemen fungeert op zijn beurt weer als indachtige kennis waarmee de rechter nogmaals het geval beziet. Het resultaat van de rechterlijke afweging fungeert dus zélf als intuïtieve kennis. Dit proces gaat door totdat de rechter 'ziet' dat het goed is. Intuïtieve kennis is immers een vorm van waarneming. Pas wanneer de rechter 'ziet' dat het klopt, zal hij overgaan tot handelen.

Op deze wijze is intuïtie als 'verstandige waarneming van de concrete situatie' tevens de laatste term van de verstandigheid. In deze intuïtieve waarneming wordt het voornemen nogmaals getoetst aan wat de concrete situatie vereist, zodat de rechter zich eventueel opnieuw kan beraden en tot een nieuw voornemen kan komen. Dit nieuwe voornemen zal dan opnieuw als 'indachtige kennis' fungeren waarmee hij opnieuw de situatie beziet. Dit proces herhaalt zich totdat het voornemen aansluit op het complex van de specifieke eisen van het geval en de eisen van de stadsstaat als geheel. De laatste term is dus de intuïtieve, ofwel van voornemens geladen, constatering dat de te nemen beslissing aansluit op de werkelijkheid.⁸⁴

4 Scholten en Aristoteles over rechterlijke intuïtie

4.1 Twee modellen van rechterlijke intuïtie

Alvorens over te gaan op de waardering, vat ik de hoofdpunten van beide denkers beknopt samen.

In het *Scholtenese model* kennen rechterlijke beslissingen een sprongkarakter. Na de dialectische vaststelling van *maior* en *minor* toetst de rechter de beslissing aan het eigen geweten, om vervolgens de *maior* en *minor* te bevestigen ofwel opnieuw te kiezen. De uiteindelijke beslissing is daarom altijd meer dan de uitkomst van een syllogisme met een *maior* en een *minor*. Het getuigt tevens van een eigen 'sprong' van de rechter tot de vaststelling dat het déze *maior* en *minor* zijn die aansluiten bij déze situatie. Ieder rechtsoordeel is dus irrationeel en rationeel tegelijk, maar zowel het rationele als het irrationele zijn gebonden. Uitwendig, 'rationeel', is de rechter gebonden aan wet, recht, de eisen van het verkeer et cetera. Zijn functie is immers door de gemeenschap opgedragen, die vraagt dat zijn oordeel

⁸⁴ Dat het voornemen 'eventueel' tot een handeling leidt zou opnieuw geïllustreerd kunnen worden in termen van het ethisch syllogisme. Het voornemen is de *conclusio* van het syllogisme, maar fungeert zelf als *maior* ten aanzien van de uiteindelijke *minor*: de werkelijkheid die om een handeling vraagt. Cf. Sorabji, 'Aristotle on the Role of Intellect in Virtue', p. 208 f.

logisch verantwoord kan worden. Inwendig, 'irrationeel', is de rechter gebonden aan het eigen geweten. De rechter moet kunnen getuigen: 'hier sta ik, ik kan niet anders.' Het subjectieve moment blijft, en daarmee de kwetsbaarheid, de feilbaarheid, van de rechterlijke activiteit.

In het *Aristotelische model* is rechterlijke intuïtie allereerst (i) een *spontane betrekking* tussen de aandachtige betrokkenheid op het voorliggende geval en de indachtige algemene (wets)bepalingen, waarvan de *kwaliteit* wordt bepaald door morele vorming. Ook zijn emoties zijn op een bepaalde wijze 'voorgevormd' door zijn morele vorming. Zij stellen hem mede in staat snel de essentie te ontwaren. Deze spontane betrekking is een vorm van *waarneming*. De rechter neemt de 'eerste termen' waar, waarmee hij zijn (ii) redelijke afweging in gang zet. In de redelijke afweging worden de belangen tegen elkaar en tegen de doeleinden van het rechterlijk handelen afgewogen. Is de afweging gemaakt, dan doet de rechter opnieuw een beroep op zijn (iii) intuïtie. Het voornemen, waarin zijn redelijke afweging resulteert, fungeert als 'indachtige kennis' waarmee hij opnieuw aandachtig de situatie beziet. De wisselwerking die ontstaat leidt steeds tot nieuwe voornemens, totdat het voornemen 'intuïtief' aansluit op de gegeven situatie: de rechter neemt uiteindelijk waar dat het 'goed' zit. Het hele proces van rechterlijke verstandigheid is aldus ingebed in intuïtie, dat de eerste en laatste termen ervan uitmaakt.

4.2 Waardering

Beide modellen zijn dynamisch van aard in de zin dat het intuïtiebegrip een correctie biedt op een te formeel afwegingsmodel. Beide modellen benadrukken ook het ethische karakter van het rechterlijk afwegingsproces, daar ze de verhouding van de rechter tot zichzelf uitdrukkelijk thematiseren.

Maar hoe kunnen we modellen ten overstaan van elkaar waarderen? Kan Aristoteles' notie van intuïtie een aanvulling betekenen of een alternatief bieden op elementen uit de theorie van Scholten? Ik bespreek hiertoe drie punten die zeer nauw samenhangen: Scholtens notie van irrationaliteit in het rechterlijk afwegingsproces, zijn notie van noodzakelijkheid in het beslismoment en zijn ontologie van de 'gebrokenheid'.

1 *De irrationaliteit van het rechterlijk oordeel*

Aan het begin van dit artikel is er in de behandeling van Scholten op gewezen dat men moeite pleegt te hebben met Scholtens nadruk op het irrationele karakter van het geweten. Is de distinctie tussen het geweten als 'irrationeel' en normen en feiten als 'rationeel' een gelukkige? Is zijn notie van

intuïtie onfalsifieerbaar – als een te *individuele* verankering van de uiteindelijke verificatie van rechterlijke oordelen?

De suggestie is gedaan om 'irrationaliteit' slechts in juridische zin op te vatten. Naar buiten toe zal alles immers juridisch, 'rationeel', verantwoord moeten worden. Wat daarbuiten valt geldt in dit opzicht als 'irrationeel'. Echter, ook in het niet-juridische, in de innerlijke binding aan het geweten, zit een rationele component. Met het Aristotelische model kunnen we oog krijgen voor de rationaliteit van deze buitenjuridische werkelijkheid.⁸⁵

Dit heeft te maken met Aristoteles' positieve invulling van het intuïtiebegrip: intuïtie is een 'gevuld' begrip – het gaat om *kennis* opgedaan in concrete oriëntatie op de leefwereld. Intuïtie is het resultaat van morele vorming, die onder andere totstandkomt door onderwijs, wetten, opvoeding en ervaring. Bovendien bestaat er een wisselwerking tussen redelijke afweging en intuïtie. De redelijke afweging die in het specifieke geval wordt gemaakt is tevens vormend voor de intuïtie zoals deze zich in het volgende geval zal voordoen. Dat intuïtie zelfs met de rede kan samenvallen, blijkt als intuïtie fungeert als laatste term van de verstandigheid: hier fungeert het resultaat van de redelijke afweging – het voornemen – zélf als component van intuïtieve kennis.

Hierin sluit de theorie van Aristoteles aan bij huidige psychologische inzichten. Zo verdedigen Pizzaro en Bloom dat 'fast and automatic moral intuitions are actually shaped and informed by prior reasoning'.⁸⁶ Ook sluit de theorie van Aristoteles aan wanneer het gaat om de sturende rol van *emoties* in het nemen van beslissingen.⁸⁷ Juist het samenspel tussen emotie, overtuiging, rede en beslissing – en niet de tegenstellingen ertussen – wordt van belang geacht.

85 Ook in meer recente rechtsfilosofische literatuur wordt rationaliteit nog volop als een 'hard' begrip gebruikt, bijna in de zin van *rationalistisch*. Ze hangt dan samen met logica en is tegengesteld aan emoties, compassie, wijsheden en dergelijke. Zo ook bij McCormick: 'Without wisdom, compassion and a sense of justice, mere rationality may seem to give us reason to do what are truly unreasonable things.' Cf. N. McCormick, 'The Limits of Rationality in Legal Reasoning' in: N. McCormick & O. Weinberger (eds.), *An Institutional Theory of Law. New Approaches to Legal Positivism*, Dordrecht/Boston/Lancaster/Tokyo: D. Reidel Publishing Company 1986, p. 205.

86 D.A. Pizzaro & P. Bloom, 'The Intelligence of the Moral Intuitions', *Psychological Review* 1 (2003), p. 193. Cf. ook: V. Blair, J.E. Ma & A. P. Lenton, 'Imagining stereotypes away. The moderation of implicit stereotypes through mental imagery', *Journal of Personality and Social Philosophy* 81 (2001), p. 828-841; K. Kawakami, J.F. Dovidio, J. Moll, S. Hermsen & A. Russin, 'Just say no (to stereotyping). Effects of training in the negation of stereotypic activation', *Journal of Personality and Social Philosophy* 78 (2000), p. 871-888. Deze psychologen zeggen in navolging van Aristoteles en William James een 'second order control over emotional reactions and automatic judgments' te verdedigen.

87 Cf. R.H. Frank, *Passions within Reason. The Strategic Role of the Emotions*, New York/London: Norton & Company 1988.

2 *De gewetensvolle juistheid van de beslissing – bij noodzaak of optimum?*

Wanneer weet de rechter dat hij met een goed geweten over kan gaan tot zijn beslissing? In Scholtens optiek moet gezocht worden naar het punt van noodzakelijkheid – een punt waarop de rechter kan zeggen ‘hier sta ik en ik kan niet anders’. Scholtens theorie kent aldus een vrij zware plek toe aan het geweten van de rechter. Hij staat hiermee in de lijn van Luther en Kant. In het geweten moet een noodzakelijkheid worden ervaren ten aanzien van de te nemen beslissing.

Een probleem bij zulk een gewetensnotie is dat het onderscheid tussen het rechterlijk geweten en het individueel geweten onder druk komt te staan. Er is een verschil tussen de rechter als persoon en een individu dat rechter is. Moet de rechter niet, als bekleeder van een publiek ambt, juist zijn professioneel geweten onderscheiden van zijn individueel geweten? En moet hij zijn individueel geweten altijd belasten met professioneel te nemen beslissingen?⁸⁸

Mijns inziens zijn hier andere benaderingswijzen mogelijk dan de Scholtense. Zo onderscheidt Aristoteles de rechterlijke verstandigheid *als species* van de verstandigheid. Dat maakt mogelijk het rechterlijk beslissingsproces – en de kwaliteiten die daarvoor vereist zijn – geïsoleerd te bezien. Deze kwaliteiten behoren vervolgens niet tot het individu *qua individu*, maar het individu *qua rechter*.⁸⁹ Het betreft dus geen harde scheiding – het individu ‘verdwijnt’ niet achter de rechter –, maar wel een onderscheiding in niveau van deliberatie.

In het rechterlijk afwegingsproces zoekt Aristoteles vervolgens geen noodzakelijkheid, maar een *optimum*. Hierin toont zich wederom zijn positieve invulling van het intuïtiebegrip. Bij Aristoteles geldt als richtpunt de optimale concretisering van het welzijn in het complex van de vereisten van de specifieke situatie en de eisen van de polis. Wat is het waardoor *uiteindelijk* gezegd kan worden dat de handeling tegenover de juiste persoon, vanuit de juiste motieven, in de juiste mate et cetera, is verricht? Wanneer een optimale beantwoording van deze vereisten is gevonden – een ‘midden’ – dan kan de rechter overgaan tot handelen.

88 Shytov belast mijns inziens eveneens het geweten te zwaar wanneer hij het geweten uitdrukkelijk thematiseert, maar geen scheiding aanbrengt tussen het rechterlijk en het individueel geweten. Cf. A.N. Shytov, *Conscience and Love in Making Judicial Decisions*, Dordrecht/Boston/London: Kluwer Academic Publishers 2001.

89 Zo biedt Aristoteles’ theorie ook de mogelijkheid om de ambachtelijkheid – een voor rechters belangrijke notie – nader te kwalificeren met behulp van begrippen als houding, voorkennis en morele vorming. Deze suggestie gaat echter niet op voor het oude Athene. De Atheners waren fel gekant tegen ‘juridisering’ van hun lekenrechters en ontwikkelden methode na methode om te zorgen dat van specialisering geen sprake kon zijn, bijvoorbeeld door rechters iedere dag per lot over de verschillende rechtbanken te verdelen.

Wellicht is de Scholtense weg te zwaar en de Aristotelische te licht. Het gevaar van een vorm van willekeur ten aanzien van derden – door Bruggink als kritiekpunt ingebracht – ligt te zeer op de loer wanneer de rechter telkens verantwoording wil afleggen aan zijn innerlijk geweten.⁹⁰ De Aristotelische weg zou daarentegen ‘te licht’ kunnen zijn. We kennen de notie van het geweten als persoonlijkheidskern pas sinds Augustinus. Hier heeft het geweten in de eerste plaats betrekking op de verticale verantwoordelijkheid van de mens,⁹¹ terwijl bij Aristoteles het geweten met name een horizontale verantwoordingsplicht heeft. Het wordt gevormd in de polis en de polis is ook de laatste instantie waaraan het geweten verantwoording schuldig is. De als noodzakelijk ervaren verantwoordingsplicht naar het eigen geweten lijkt er dan misschien wat gemakkelijk vanaf te komen. Het is hier de vraag of Aristoteles’ theorie recht doet aan het zelfbegrip van de huidige mens *casu quo* de rechter.

3 De ‘gebrokenheid’ van de werkelijkheid

De onderscheidingen tussen rationeel en irrationeel, geweten versus gemeenschap, inwendig en uitwendig, intuïtie en rede, hangen samen met het dialectisch karakter van Scholtens denken: door tegenstellingen scherp te formuleren wordt het spanningsveld zichtbaar waarin het rechterlijk handelen plaatsheeft.⁹² Dit dialectisch karakter berust op een ontologie waarin de werkelijkheid als ‘gebroken’ wordt ervaren.⁹³

Soortgelijke tegenstellingen, als tussen natuur en rede, tussen neiging en achting en tussen determinisme en vrijheid, waren bij de oude Grieken onbekend. In de kosmos is een orde, welke overeenkomt met ons kennen en handelen. Zij kenden daarom ook geen tegenstelling tussen natuur en moraal. Aristoteles’ notie van intuïtie kent derhalve ook geen ‘gebroken’ ontologie: geen irrationale sprong maar een van kennis geladen waarneming, niet de als noodzakelijk ervaren gebondenheid van innerlijk aan het

90 Dit geldt ook voor een begrip als authenticiteit. Moet de rechter in zijn oordeel altijd authentiek zijn ten aanzien van zijn persoonlijkste overtuigingen? Soms liever niet! A. Ferrara, *Reflective Authenticity. Rethinking the project of modernity*, London: Routledge 1998, p. 1-21.

91 In de lijn van Augustinus volgt Thomas van Aquino Aristoteles dan ook niet wanneer hij stelt dat de menselijke wet het geweten niet kan binden omdat het lagere het hogere niet kan binden. Th. van Aquino, *Over de wet* [Summa Theologica I-II, qq. 90-97], Vertaald, ingeleid en van aantekeningen voorzien door M.A.J.M. Buijsen, Amsterdam: Ambo 1996, q. 96 art. 4.

92 Scholtens dialectiek is dus geen uitgewerkte methode, maar dient slechts tot het markeren van spanningen die vervolgens ook blijven staan. Bruggink stelt dat Scholten in dit opzicht eigenlijk helemaal geen dialectisch denker is, maar een christelijk existentialist. Cf. Bruggink, *Wat zegt Scholten over recht*, p. 92.

93 Cf. hertoe de inspiratie die Scholten vond in de geschriften van Karl Barth. G.J. Scholten & Y. Scholten, ‘Uit de nagelaten papieren van Paul Scholten’, in: *WPNR Herdenkingsnummer ter gelegenheid van de 100^e geboortedag van Paul Scholten (1975)*, p. 487 noot 7.

geweten maar een adequaat zicht op wat de werkelijkheid in dit geval vereist. Er is meer vertrouwen in een optimaal recht kunnen doen aan deze werkelijkheid.

Hoewel Aristoteles' ontologie de deuren opent naar meer samenhang in de elementen van het afwegingsproces, levert ze ook problemen op. Zo getuigt de definiëring van onrechtvaardigheid als deviatie van rechtvaardigheid van groot vertrouwen in het kunnen vaststellen van rechtvaardigheid. Aristoteles' rechtvaardigheidstheorie, als vinden van het midden en de onrechtvaardigheid bij deviatie vaststellen, is derhalve niet concreet genoeg,⁹⁴ en ook niet gevrijwaard van inconsistenties.⁹⁵ Ook de ontologische samenhang tussen rechtvaardigheid en geluk is niet zo vanzelfsprekend als dat Aristoteles deze voorstelt. Veroordeelt de rechter, die een rechtvaardig oordeel poogt te vellen, tot het *geluk*? Men pleegt daarover nu genuanceerder te denken.

4.3 Tot slot

Wanneer 'ziet' de rechter dat hij goed zit? Scholten leverde een belangrijke bijdrage aan het antwoord op deze vraag. In dit artikel heb ik geprobeerd te laten zien hoe in de theorie van Aristoteles een intuïtieleer schuilgaat waarin enkele onuitgewerkte elementen uit Scholtens intuïtieleer scherper worden gearticuleerd. Op deze wijze heb ik reliëf willen aanbrengen in notie van rechterlijke intuïtie, teneinde het verwijt van irrationaliteit te nuanceren. Hoewel Aristoteles' theorie niet naadloos aansluit bij huidige opvattingen, kunnen de inzichten van zijn deugdethiek van waarde zijn in het huidige debat rond de persoon en de activiteit van de rechter.

Summary

Appeals to judicial intuition have increased as a result of open norms, a high workload and a greater variety of values. This calls for a critical theory of judicial intuition. Not much has happened in this field of research in the Netherlands since the paradigmatic work of professor Paul Scholten (1875-1946). Scholten decisively overcame the notion of subsumption, emphasiz-

94 B.N. Cardozo, *The Growth of the Law*, New Haven/London: Yale University Press, p. 86.

95 Aristoteles stelt: '[...] dat rechtvaardig gedrag het midden vormt tussen onrecht plegen en onrecht lijden; het eerste betekent immers dat men te veel heeft, het tweede dat men te weinig heeft. Rechtvaardigheid zelf is een soort midden, hoewel niet op dezelfde wijze als de andere goede karaktereigenschappen: rechtvaardigheid is op het midden gericht, maar de uitersten vallen allebei onder onrechtvaardigheid' (EN V.9:1133b31-34a1). Dit maakt het begrip 'rechtvaardigheid' problematisch, omdat niet aangetoond kan worden waarom iemand die ervoor kiest om 'minder' te nemen dan het zijne – dus kiest om billijk te zijn, tóch rechtvaardig is.

ing the individual responsibility of judges in adjudication. Judicial activity is not only a matter of subsuming cases under statutes, but also of carefully qualifying the case and the selecting the appropriate statute. This hermeneutical activity is externally ('rationally') bound by law, statute, tradition, constitutionality et cetera, and internally ('irrationally') by the judge's conscience, or the judge's 'intuition'. The final decision should integrate all these aspects. His notion of intuition, albeit praiseworthy, is unclear in some respects: Why is it irrational in nature? Can it be verified? May it lead to arbitrariness towards the parties involved? Does it allow for a quasi-religious derivation for judicial activity? An apposite complement to Scholten can be found in Aristotle's *Nicomachean Ethics*. According to Aristotle, the rational process of decision-making is imbedded in intuition, which is both the 'first term' and the 'last term' of phronetical activity. Intuition is the 'first term' in the sense that the judge has received moral formation through knowledge of laws, education in the family and by teachers, experience and habituation. As a result of this formation, the judge is spontaneously disposed to envisage specific cases. There is thus a spontaneous and hermeneutical relation between the judge's general knowledge and the legal qualification of the case at hand. The 'rational' process of judging then aims to find the 'middle,' the decision that optimally meets the requirements of the concrete situation, the happiness of the polis, and the judge's knowledge of law and ethics. To this effect, the judge will deploy some elements of his intuition and reject others. The hermeneutical relation between general knowledge and the specific case is thus repeated time and time again in order to reach an optimum. The final judgment of the judge is an act that also rests on intuition. An intuitive moment lies between the decision and the act. The decision functions as intuitive foreknowledge by means of which the judge views the situation anew. If the decision optimally meets the requirements of the situation, the judge will move to act, write and deliver his judgment. As such, intuition is also the 'last term' of the judge's phronetical activity.