



UNIVERSITY OF AMSTERDAM

UvA-DARE (Digital Academic Repository)

The fragility of rightness. Adjudication and the primacy of practice

van Domselaar, I.

Publication date
2014

[Link to publication](#)

Citation for published version (APA):

van Domselaar, I. (2014). *The fragility of rightness. Adjudication and the primacy of practice.*

General rights

It is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), other than for strictly personal, individual use, unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

Disclaimer/Complaints regulations

If you believe that digital publication of certain material infringes any of your rights or (privacy) interests, please let the Library know, stating your reasons. In case of a legitimate complaint, the Library will make the material inaccessible and/or remove it from the website. Please Ask the Library: <https://uba.uva.nl/en/contact>, or a letter to: Library of the University of Amsterdam, Secretariat, Singel 425, 1012 WP Amsterdam, The Netherlands. You will be contacted as soon as possible.

Samenvatting

De Breekbaarheid van Rechtspraak. Het primaat van de praktijk

Hoofdstuk 1, de inleiding van dit boek, opent met een beschrijving van een rechtbankscène uit de film *Ladybird* van Ken Loach waarin Maggie, moeder van vier kinderen, door een rechterlijke beslissing permanent uit de ouderlijke macht wordt ontzet. Als toeschouwer voelen we mee wanneer Maggie bij het horen van de beslissing het uitschreeuwt van boosheid en verdriet en de onderkoelde rechter veelvuldig voor ‘bastard’ uitmaakt. Door haar pijn en woede, maar ook door de persoon van de rechter vragen we ons af: is deze beslissing wel de juiste? Zou een andere rechter anders hebben besloten? Is er eigenlijk wel een juiste beslissing in dergelijke zaken? Heeft Maggie een reden om boos te zijn?

We hebben natuurlijk geen films nodig om te weten dat rechters regelmatig beslissingen nemen die voor de verliezende burgers ingrijpende gevolgen hebben en die wellicht met een andere rechter anders zouden uitpakken. Rechtspraak kan in ieder geval door ‘leken’ ervaren worden als een soms moeilijk te doorgronden, mogelijk willekeurige en in ieder geval veelal pijnlijke praktijk.

Deze problematische verschijningsvorm (hierna fenomenologie) van rechtspraak werpt als vanzelf de vraag op naar de rechtvaardiging van rechterlijke beslissingen en meer algemeen naar de morele kwaliteit van rechtspraak. Deze vragen staan centraal in dit boek en in samenhang daarmee ook de vraag hoe we genoemde problematische fenomenologie van rechtspraak vanuit moreel oogpunt het beste kunnen begrijpen.

De methodologie van dit filosofische onderzoek is die van het ‘waarnemend evenwicht’. Het boek behelst een combinatie van conceptuele analyse en abstracte argumentatie enerzijds en aandacht voor het particuliere geval door de bespreking van op de realiteit gebaseerde casuïstiek anderzijds. De gevoelens en intuïties die worden opgeroepen door de bespreking van deze casuïstiek maken integraal onderdeel uit van het filosofische argument.

Het eerste deel van het boek, ‘de stabiliteit van het juiste’, is een kritisch onderzoek naar een stabiliserende benadering van rechtspraak, een benadering die morele kwaliteit begrijpt in termen van de realisering van een normatieve morele theorie. Het tweede deel, ‘de instabiliteit van het juiste’, bespreekt twee benaderingen die morele kwaliteit van rechtspraak juist begrijpen aan de hand van inherente en contingente kenmerken van de praktijk. Een van deze benaderingen is de *breekbaarheid van rechtspraak*, de benadering die uiteindelijk in dit boek wordt verdedigd.

Omdat het voor juristen niet vanzelf spreekt dat de filosofie van betekenis kan zijn voor een onderzoek naar (de morele kwaliteit van) rechtspraak, begint **hoofdstuk 2** met de bespreking van een alledaagse, niet filosofische, ‘common sense’ visie op rechtspraak, die ook vrij gangbaar is onder juristen. Deze benadering wordt gereconstrueerd aan de hand van Hart’s befaamde beschrijving van het ‘interne gezichtspunt’ van de praktiserende jurist. Echter, analyse van dit ‘interne gezichtspunt’ laat zien dat het vanwege gebrek aan conceptuele overtuigingskracht, kritisch potentieel en apaiserend karakter niet volstaat voor een opvatting over de *morele* kwaliteit van rechtspraak. Het 'interne gezichtspunt' biedt eerder een rationalisering dan een rechtvaardiging voor rechtspraak. Onderzoek naar de *morele* kwaliteit van rechtspraak heeft de filosofie nodig, juist vanwege haar analytische, conceptuele vermogen en het psychologische voordeel van relatieve distantie die zij meebrengt. Als start van dit filosofische onderzoek wordt in hoofdstuk 2 tevens een *stabiliserende* benadering van rechtspraak gepresenteerd, een prototype van denken over rechtspraak dat we (in afgeleide vorm) vaak in de rechtstheorie aantreffen.

Kenmerkend voor deze filosofische benadering is dat zij uitgaat van *juridische commensurabiliteit*, de idee dat voor alle rechterlijke beslissingen een *commensurans* beschikbaar is, dat wil zeggen een vooraf gegeven, van de rechter onafhankelijke en voldoende bepaalde maatstaf die ‘representatieve adequaatheid’ (representative adequacy) heeft. Deze commensurans kan zijn een regel, een precedent of een rechtsbeginsel en is uiteindelijk, als finale commensurans, in ieder geval een normatieve theorie van politieke moraliteit die een uitputtende rechtvaardiging en verklaring biedt voor een specifieke rechterlijke beslissing. Een stabiliserende benadering van rechtspraak ziet rechtspraak uiteindelijk als institutioneel toegepaste morele theorie.

Juridische commensurabiliteit impliceert verder maximalisatie als invulling van juridische rationaliteit: de rechter dient in deze opvatting als eis van juridische rationaliteit de commensurans maximaal te dienen. Kenmerkend voor juridische commensurabiliteit is dan ook dat het verliezende belang als een louter subjectief verschijnsel dient te worden begrepen. Immers, wanneer de rechter de commensurans met zijn beslissing maximaal heeft gediend, is er geen juridisch perspectief meer op basis waarvan we aan het restbelang gewicht kunnen toekennen. In een stabiliserende benadering ontvalt aan het verliezende belang definitief zijn juridisch gewicht. Daadwerkelijke conflicten tussen rechten van burgers worden in deze benadering dan ook niet erkend.

Deze benadering is stabiliserend omdat zij zowel in epistemologisch als in moreel opzicht houvast en geruststelling biedt aan de rechter, de rechtsorde als geheel en de burger die

betrokken is bij een rechtszaak. Moreel hoogstaande rechtspraak is volgens deze benadering volledig transparant, verklaarbaar, ordentelijk en zonder moreel verlies en voldoet op een vrije directe manier aan de eis van politieke legitimiteit. De finale commensurans biedt uiteindelijk aan iedere partij in een rechtszaak een finale, verklarende en rechtvaardigende grond voor de lasten die hij door een rechterlijke beslissing mogelijk moet dragen.

In een stabiliserende benadering wordt de problematische fenomenologie van rechtspraak dan ook begrepen als louter het gevolg van irrationaliteit, van een fout in het recht, in de beslissing van de rechter, of van een foutief begrip van de aard van de beslissing bij de burger. Dit past ook in de Socratische traditie van het denken over de moraal waarin commensurabiliteit als noodzakelijke en voldoende voorwaarde wordt gezien voor stabiliteit in het menselijk bestaan.

Hoe moeten we de geldigheid van deze benadering beoordelen? Die geldigheid hangt in ieder geval niet af van de mate waarin zij een 'goede' beschrijving biedt van de concrete praktijk van rechtspraak. Immers, het kan zijn dat deze praktijk 'fouten' vertoont. Een beter aanknopingspunt voor een onderzoek naar de houdbaarheid van een stabiliserende benadering is de verklarende en rechtvaardigende rol die deze toekent aan normatieve theorieën van politieke moraliteit. Zoals gezegd: deze theorieën dienen in een stabiliserende benadering als finale commensurans, als uitputtende verklarende en rechtvaardigende maatstaf voor rechterlijke beslissingen. Dit vertrouwen op deze werking van theorie is niet zonder meer gegrond. In een kritisch onderzoek moeten we in ieder geval nagaan of dit vertrouwen terecht is.

Als opmaat voor dit kritische onderzoek biedt **hoofdstuk 3** een typologie van de soort normatieve liberale theorieën van politieke moraliteit waarop deze stabiliserende benadering steunt. Deze theorieën passen in de eerder genoemde Socratische, rationalistische traditie binnen de praktische filosofie, waarin de theoretische rede een set van normatieve beginselen voorschrijft als finaal en objectief gezichtspunt om de morele kwaliteit van de praktijk uitputtend te garanderen.

Vanwege hun kritisch potentieel en hun vertrouwen in de kracht van reflectie zijn deze theorieën ook te begrijpen als typisch uitvloeisel van het Verlichtingsdenken. Met behulp van normatieve beginselen kunnen lokale praktijken, instituties en specifieke actoren worden geëvalueerd en kan een moreel nastrevenswaardig objectief geldig ideaal worden gerealiseerd.

Normatieve theorieën van politieke moraliteit gaan er vanuit dat de verantwoordelijke actoren in een moreel geladen praktijk in voldoende mate in staat zijn in overeenstemming met de

theorie te denken en handelen. Hun cognitieve vermogens moeten in ieder geval de kwaliteiten van de theoretische rede bezitten: abstractie, algemeenheid, onpartijdigheid en consistentie. Weinig verrassend, zijn zij idealiter allemaal een specifiek soort filosoof. Indien een samenleving eenmaal volkomen voldoet aan de eisen van een normatieve liberale theorie van politieke moraliteit, dan kunnen redelijke burgers volledig worden verzoend met de politieke orde waarin zij leven, met inbegrip van de ambivalentie, de onzekerheid en het ongemak waarmee die orde bezien vanuit hun individuele perspectief gepaard gaat. De problematische fenomenologie van die politieke orde kan dan ontmanteld worden als een irrationeel bijverschijnsel van een moreel nastrevenswaardig ideaal, een bijverschijnsel dat vanuit het oogpunt van politieke moraliteit niet ter zake doet.

Normatieve theorieën van politieke moraliteit impliceren een rationalistische opvatting van rechtspraak: rechtspraak is volgens deze theorieën een vorm van institutioneel toegepaste theorie en rechters zijn de ‘rechter-filosofen’ die in staat zijn om uit de ‘modder’ van het alledaagse recht een systeem te (re)construeren welks toepassing uiteindelijk leidt tot een moreel juridische beslissing.

Op basis van de typologie van normatieve theorieën van politieke moraliteit komt duidelijk naar voren waarom deze theorieën zo van belang zijn voor de houdbaarheid van een stabiliserende opvatting van rechtspraak: de beginselen hebben de status van een commensurans. Zij hebben, althans zo is de bewering, voldoende normatieve en kritische kracht en zij voldoen zodanig aan de eis van ‘representatieve adequaatheid’ dat hun toepassing tot politiek-moreel restloze uitkomsten leidt. Vanwege deze aan hen toegedichte eigenschappen, zijn de normatieve beginselen van politieke moraliteit cruciaal voor de rechtvaardiging van juridische commensurabiliteit en de daarmee samenhangende stabiliserende interpretatie van de problematische verschijningsvorm of fenomenologie van rechtspraak.

Hoofdstuk 4 is het eerste van vier hoofdstukken die nader ingaan op twee specifieke theorieën van rechtvaardigheid. Beide hebben op het eerste gezicht een grote verklarende en rechtvaardigende kracht voor de werking van de belangrijkste instituties in een Westerse constitutionele democratie. Dit zijn de theorieën van John Rawls’ and Martha Nussbaum. Hun theorieën bieden de soort van beginselen van rechtvaardigheid die sterke kandidaten zijn om in de praktijk van rechtspraak te dienen als finale commensurans.

In Rawls’ theorie is de gelijke waardigheid van burgers de hoogste en finale waarde die een samenleving moet dienen en dat kan volgens hem indien de belangrijkste instituties de beginselen van rechtvaardigheid als finale maatstaf adequaat en categorisch toepassen.

Rawls' theorie is Kantiaans met Aristotelische elementen. Het Kantiaanse karakter is gelegen in het Kantiaans mensbeeld dat hij in zijn theorie tot uitgangspunt neemt voor de bepaling van de rechten en plichten van burgers. Deze rechten en plichten zijn afgeleid van de fundamentele belangen van burgers, opgevat als vrije, autonome en afhankelijke wezens. Tegelijk en zoals past in een Aristotelische benadering van politieke moraliteit beoogt Rawls - weliswaar in beperkte mate- tegemoet te komen aan de behoeften van burgers opgevat als behoeftige en afhankelijke wezen. Een samenleving moet volgens hem wel degelijk in enkele van die behoeften voorzien om burgers een voldoende gelijke kans te bieden op een leven in overeenstemming met hun waardigheid.

Op basis van deze Kantiaanse en Aristotelische overwegingen komt Rawls tot twee abstracte en algemene beginselen van rechtvaardigheid. Deze beginselen schrijven een eerlijke verdeling van hulpgoederen voor, van basisvrijheden, kansen, inkomen en vermogen. Rawls vergelijkt deze beginselen met Kant's categorische imperatief: ze bieden het finale, uitputtende en absolute gezichtspunt ter vaststelling van de aanspraken van burgers. Voldoet een samenleving aan deze beginselen dan hebben burgers vanuit moreel oogpunt een uitputtende verklaring en rechtvaardiging voor de positie waarin zij als burgers verkeren. Daarmee is dan ook aan het liberale principe van politieke legitimiteit voldaan: burgers hebben met de beginselen van rechtvaardigheid een voor hen rationele reden om ook de lasten die zij moeten dragen in een politieke orde te aanvaarden, zo is de idee.

Rechtspraak heeft in Rawls' theorie een belangrijke taak. Het is een van de instituties die rechtvaardigheid vaststelt en realiseert. Zoals het een aanhanger van een normatieve theorie van politieke moraliteit past, huldigt Rawls een rationalistische of stabiliserende opvatting van rechtspraak. Hij ziet inderdaad rechtspraak als een institutionele toepassing van normatieve theorie.

In tegenstelling tot de aanspraken van Rawls' theorie, betoogt **hoofdstuk 5** dat in een samenleving die Rawls' beginselen van rechtvaardigheid volledig realiseert, anders dan bij wijze van incident de waarde van gelijke waardigheid van burgers wel degelijk kan worden geschonden, arbitraire vormen van machtsuitoefening daarbij inbegrepen. Dit komt door respectievelijk de conflicten van rechtvaardigheid die kunnen ontstaan, door de conceptuele armoede van rechtvaardigheid en door de onderbepaaldheid daarvan. Door deze kenmerken leidt de toepassing van Rawls' normatieve beginselen tot wat wordt aangeduid met 'residuen van rechtvaardigheid', situaties waarbij de gelijke waardigheid van burgers wordt gecompromitteerd.

Deze kenmerken hebben vanwege de hieruit voortvloeiende ‘residuen van rechtvaardigheid’ invloed op het morele karakter van rechtspraak. Rawls’ beginselen van rechtvaardigheid kunnen als normatieve achtergrondtheorie van recht en rechtspraak in ieder geval niet functioneren als finale commensurans. Zij rechtvaardigen dus geen vertrouwen op juridische commensurabiliteit en bieden geen steun voor een stabiliserende benadering van rechtspraak, noch voor de met die benadering samenhangende duiding van haar problematische fenomenologie. Rawlsiaanse beginselen van rechtvaardigheid kunnen niet worden gebruikt om de problematische fenomenologie van rechtspraak te voorkomen of te ontmantelen als irrationele verschijningsvorm.

Hoofdstuk 6 introduceert Nussbaums Capabilities-benadering. Deze theorie van rechtvaardigheid moet worden begrepen als spiegelbeeld van Rawls’ theorie: haar theorie is primair Aristotelisch met een vleug Kantianisme. Nussbaums Capabilities-benadering heeft de potentie om enkele van de Rawlsiaanse ‘residuen van rechtvaardigheid’ te voorkomen. Haar theorie is vanwege de voorgestelde beginselen van rechtvaardigheid, te weten de lijst met Centrale Menselijke Vermogens, beter geschikt om de waarde van gelijke waardigheid daadwerkelijk te realiseren in de praktijk.

De achterliggende reden hiervoor is dat het persoonsbegrip dat Nussbaum hanteert in grote mate empirisch geladen is. De Capabilities-benadering gaat uit van burgers als afhankelijke, behoeftige en capabele wezens en stelt met het oog op het garanderen van gelijke waardigheid de vraag naar wat deze burgers daadwerkelijk kunnen doen en zijn. Vanwege dit meer empirisch geladen persoonsbegrip bieden de beginselen van rechtvaardigheid van Nussbaum vergeleken met die van Rawls niet slechts een conceptueel rijker, maar ook een ‘dikker’, meer substantieel gezichtspunt, dat hierdoor meer sturende kracht heeft voor de praktijk.

De potentie om enkele Rawlsiaanse ‘residuen van rechtvaardigheid’ te voorkomen heeft ook haar uitwerking op de morele kwaliteit van rechtspraak. Nussbaums theorie van rechtvaardigheid biedt als achtergrondtheorie voor recht en rechtspraak een sterkere ondersteuning voor een stabiliserende benadering van rechtspraak dan de theorie van Rawls. De lijst met Centrale Menselijke Vermogens voldoet meer dan de beginselen van Rawls aan de beschrijving van een finale commensurans. Zo beschouwd lost Nussbaums Capabilities-benadering niet alleen sommige Rawlsiaanse ‘residuen van rechtvaardigheid’ op, haar benadering biedt ook meer epistemische en morele stabiliteit aan de praktijk van rechtspraak.

Hoofdstuk 7 laat allereerst zien dat Nussbaums filosofie over het geheel genomen een hoge gevoeligheid toont voor het inherent tragische karakter van het menselijk bestaan. Om die reden zouden we ook kunnen betwijfelen of Nussbaum wel een normatieve theorie verdedigt.

Echter, waar het de politieke moraliteit betreft ziet Nussbaum juist een uitsluitend *constructieve* rol voor tragiek als durende opmaat voor een uiteindelijk moreel harmonieuze politieke orde. Zij claimt dat in een volkomen rechtvaardige samenleving waarin alle Centrale Menselijke Vermogens voor alle burgers boven een zekere drempelwaarde zijn gerealiseerd, burgers geen daadwerkelijk tragisch verlies hoeven te dragen -uitzonderingen daargelaten. Mede om deze reden is haar theorie goed te begrijpen als een typische variant van een normatieve theorie van politieke moraliteit.

In tegenstelling tot Nussbaums aanspraken betoogt dit hoofdstuk echter dat ook haar Capabilities-benadering ‘residuen van rechtvaardigheid’ toelaat: situaties waarin anders dan bij wijze van incident de gelijke waardigheid van burgers wordt gecompromitteerd, mede door willekeurige machtoefening. Deze residuen ontstaan door conflicten van rechtvaardigheid, door de onderbepaaldheid van rechtvaardigheid en door Nussbaums poging om via de beginselen van rechtvaardigheid politieke legitimiteit te garanderen.

Nussbaums ‘residuen van rechtvaardigheid’ werken door in het morele karakter van rechtspraak. De rechterlijke beslissingen die door de Capabilities-benadering als achtergrondtheorie van recht en rechtspraak worden gerechtvaardigd zijn minder transparant, moreel probleemloos en gevrijwaard van willekeur dan de aanspraken van haar theorie doen vermoeden. In ieder geval kunnen Nussbaums beginselen van rechtvaardigheid niet dienen als een commensurans. Rechtvaardigheid biedt dus ook in Nussbaums theorie niet de epistemische en morele geruststelling die juridische commensurabiliteit en dus een stabiliserende benadering van rechtspraak veronderstelt. Ook in een volkomen rechtvaardige samenleving zoals Nussbaum die voorstaat, heeft rechtspraak vanuit moreel oogpunt een rommelig, ontransparant en moreel pijnlijk karakter.

Hoofdstuk 8 is het sluitstuk van het eerste deel van dit boek. Het biedt ondersteuning aan de uitkomst van de bespreking van Rawls’ en Nussbaums theorie van rechtvaardigheid: dat deze theorieën hun aanspraken niet waar maken en geen rechtvaardiging bieden voor een stabiliserende benadering van rechtspraak en de hieruit voortvloeiende interpretatie van haar problematische fenomenologie.

Dit hoofdstuk bespreekt een fundamentele antitheoretische kritiek die stelt dat iedere poging om via normatieve theorie de morele kwaliteit van een praktijk te garanderen per definitie inefficiënt is, morele schade kan toebrengen en een foutief beeld schetst van de eigenlijke morele aard van een praktijk. In deze kritiek is normatieve morele theorie eenvoudig niet het gepaste instrument om morele kwaliteit te realiseren. Op basis van een geconstrueerde dialoog kwamen we tot de conclusie dat een overtuigend antwoord op deze kritiek vooralsnog

ontbreekt. Derhalve hebben we reden om deze kritiek serieus te nemen en in ieder geval om in het bestek van dit onderzoek niet meer te trachten de morele kwaliteit van rechtspraak te begrijpen aan de hand van een normatieve theorie.

De afwijzing van normatieve morele theorie leidt niet noodzakelijk tot het opgeven van morele aspiraties: we zijn niet overgeleverd aan nihilisme of scepticisme. Dit hoofdstuk fungeert tevens als een constructieve opmaat voor het tweede deel van dit boek. Het hoofdstuk biedt een quasi-fenomenologische opvatting van rechtvaardigheid die rechtvaardigheid begrijpt op basis van inherente en contingente kenmerken en eigenschappen van een specifieke praktijk. Deze benadering legt de nadruk op de morele capaciteiten van de deelnemers aan een praktijk en hiermee samenhangend op de beschikbaarheid van voldoende ‘dikke ethische concepten’. Hoe de morele kwaliteit van een praktijk precies moet worden begrepen, is in deze benadering afhankelijk van de desbetreffende ‘sfeer van rechtvaardigheid’, dat wil zeggen van de specifieke kenmerken van de desbetreffende institutie. Deze kwaliteit kan immers niet worden afgeleid uit een overkoepelende theorie en haar normatieve beginselen. Hoewel een quasi-fenomenologische benadering geen gebruik maakt van zo’n algemene overkoepelende theorie en zich ‘bottum up’ baseert op lokaal gesitueerde noties, biedt zij toch de mogelijkheid voor morele kritiek en morele vooruitgang in een praktijk.

In het tweede deel van dit boek, de ‘instabiliteit van het juiste’, wordt deze quasi-fenomenologische benadering uitgewerkt voor de institutie van rechtspraak, opgevat als een specifieke ‘sfeer van rechtvaardigheid’ met specifieke contingente en constituerende kenmerken.

In **hoofdstuk 9** staat een postmoderne visie op de morele kwaliteit van rechtspraak centraal. Deze visie doet geen beroep op de rechtvaardigende en verklarende kracht van morele theorie. Zij is gebaseerd op een uitgesproken kritiek op iedere vorm van het ‘identiteitsdenken’ waarvan normatieve theorie een duidelijke exponent is.

De postmoderne visie lokaliseert de moraliteit van rechtspraak primair in het relationele, meer specifiek in de kwaliteit van de ontmoeting tussen de rechter en de ‘Ander’, dat wil zeggen de concrete, unieke, niet reduceerbare burger die partij is. Het simpele gegeven van de verschijning van de Ander voor de rechter opent als het ware het morele veld: deze ontmoeting maakt de rechter oneindig verantwoordelijk jegens die Ander.

Aan deze verantwoordelijkheid kan de rechter niet ontsnappen door middel van juridische argumentatie. In een postmoderne visie van morele kwaliteit gaat de verantwoordelijkheid van de rechter jegens de Ander aan iedere cognitie vooraf.

De morele kwaliteit van rechtspraak is in deze visie afhankelijk van de vraag of de rechter voldoende respect betoont aan de Ander. Echter, een rechter kan hierin nooit slagen vanwege het inherent ‘verterende’ perspectief dat hij ondanks zichzelf aan de Ander oplegt. Een rechter kan slechts zorgen dat de schade beperkt blijft door in ieder geval op het moment van de beslissing het geldende recht een moment op te schorten. Door dit ‘passieve’ moment schept hij de voorwaarden waaronder de constellatie van concepten kan ‘opdoemen’ die nodig is om deze Ander op enigerlei wijze te kunnen adresseren.

Omdat de rechter de Ander onontkoombaar tekort doet, is in een postmoderne visie moreel hoogwaardige rechtspraak een *contradictio in terminis*. Verantwoordelijke rechtspraak gaat altijd gepaard met ethisch ongemak, met een vorm van ‘rouw’ om de Ander die niet ten volle recht werd gedaan.

In dit hoofdstuk wordt betoogd dat de postmoderne opvatting niet geschikt is als integrale benadering van de morele kwaliteit van rechtspraak. Zij biedt te weinig conceptuele helderheid over wat een rechterlijke beslissing nu precies tot een juridische en een moreel juiste beslissing maakt.

Bovendien brengt deze visie het gevaar van inertie en van sentimentalisering in rechtspraak mee. Ten slotte lijkt deze visie in tegenspraak met zichzelf: door als het ware een bepaalde ervaring aan de rechter voor te schrijven, zoals ethisch ongemak en rouw, en door de preoccupatie met de ervaringen die de rechter zou moeten hebben, wordt de Ander mogelijk juist tekort gedaan.

Desondanks zijn een aantal inzichten van de postmodernisten de moeite waard. Van waarde is bijvoorbeeld het inzicht dat er een morele dimensie zit aan het relationele aspect van rechtspraak, aan de ontmoeting tussen de concrete rechter en de concrete burger die partij is in een proces. Ook de postmoderne gevoeligheid voor de mogelijke immoraliteit van ‘identiteitsdenken’ is waardevol in het onderzoek naar de morele kwaliteit van rechtspraak.

Hoofdstuk 10 introduceert het eerste element van de *breekbaarheid van rechtspraak*: een deugdethische opvatting van rechterlijke oordeelsvorming. Indien we het primaat geven aan de praktijk, dan is de morele kwaliteit van rechtspraak in ieder geval afhankelijk van het morele vermogen van rechters om adequaat te reageren op het particuliere geval dat zich aan hen voordoet. Hierbij speelt de kwaliteit van hun waarneming -een karakterafhankelijke eigenschap- een cruciale rol. Maar, dit waarnemingsvermogen volstaat vanzelfsprekend niet. Het verklaart nog niet het *juridische* karakter van een rechterlijke beslissing en er zijn ook andere karaktereigenschappen nodig om wat de rechter als passende reactie ziet, daadwerkelijk te effectueren in de praktijk.

Mede op basis van de gestolde inzichten in sociale praktijken en de rechtspraak kunnen we concluderen dat naast de professionele deugd van het rechterlijk waarnemingsvermogen ook de volgende deugden als excellente professionele karaktereigenschappen noodzakelijk zijn voor de morele kwaliteit van rechtspraak: rechterlijke moed, rechterlijke gematigdheid, rechterlijke rechtvaardigheid, rechterlijke onafhankelijkheid en rechterlijke onpartijdigheid. Morele kwaliteit van rechtspraak vereist tenminste dat rechters deze deugden boven een zekere drempelwaarde bezitten. Ze zijn in ieder geval noodzakelijke voorwaarden voor de morele juistheid van rechterlijke beslissingen.

In een deugdethische benadering van rechterlijke oordeelsvorming komt rechtspreken neer op een afweging op basis van alle overwegingen die vanwege zijn moreel professionele gevoeligheid een appèl op hem doen. Behalve expliciete rechtsregels, beginselen en precedentes, spelen hierbij ook 'dikke ethische concepten' een belangrijke rol die zich op meer directe wijze 'voordoen' in confrontatie met de feiten van het geval.

Omdat het criterium voor de beslissing is gelegen in de rechter zelf, laat een deugdethische benadering toe dat tegengestelde beslissingen in gelijksoortige gevallen tegelijkertijd juist kunnen zijn. Dit is niet in strijd met juridische rationaliteit. Rechterlijke beslissingen zijn immers niet te herleiden tot een coherent systeem, maar hun finale grond is de rechter zelf. Uiteindelijk kan de rechter slechts zeggen: 'dit is zoals ik het zie'. Moreel hoogstaande rechtspraak heeft hierdoor een inherent rommelig karakter en is slechts beperkt transparant en expliciteerbaar.

Een belangrijke implicatie van deze deugdethische benadering is verder dat het relevante domein voor de morele evaluatie van rechtspraak niet beperkt blijft tot rechterlijke uitspraken. Het bestrijkt ook andere data die aanwijzingen kunnen geven over de kwaliteit van het professionele karakter van de rechter, de gedragingen van de rechter zowel binnen als buiten de rechtszaal daaronder begrepen. Indien een rechter bijvoorbeeld telkens weer discriminatoire grappen maakt op feestjes, zou dat een reden kunnen zijn om te twifelen aan zijn professionele karakter. Rechtspraak is vanuit moreel oogpunt meer dan een verzameling van rechterlijke uitspraken.

Het belang van rechterlijke deugden voor het realiseren van morele kwaliteit in rechtspraak brengt mee dat een samenleving moet waarborgen dat sociale praktijken en instituties van voldoende kwaliteit beschikbaar zijn, opdat rechterlijke deugden kunnen worden ontwikkeld. Een deugdethische benadering van rechterlijke oordeelsvorming ziet daarom een belangrijke taak weggelegd voor sociale morele epistemologie, een discipline die zich bezighoudt met de

voorwaarden waaronder in sociale praktijken morele kennis en daarmee samenhangende professionele deugden kunnen ontstaan en behouden blijven.

Deze kennis is van bijzonder belang voor het juridisch onderwijs en de rechterlijke macht. Idealiter waken deze instituties tegen 'deugdbedreigende' tendensen en dragen zij bij aan de ontwikkeling en instandhouding van rechterlijke deugden. Dit betekent onder meer dat de nadruk moet liggen op de ontwikkeling van het vermogen om de relevante feiten vast te stellen en te kwalificeren. Omwille van de training van het 'rechterlijk oog' moet in het juridisch onderwijs het geldende recht worden gedoceerd in nauwe samenhang met de sociale realiteit waarin dit recht een rol speelt.

Ondanks de nadruk op de rechterlijke deugden, ruimt een deugdethische benadering van rechterlijke oordeelsvorming ook een belangrijke plaats in voor expliciete rechtsregels, beginselen en precedënten. Een deugdzame rechter zal deze bronnen vooral vanwege de deugd rechtvaardigheid op adequate wijze effectueren in confrontatie met een concreet geval. In geval van onzekerheid dienen expliciete regels, beginselen en precedënten als vuistregels voor beginnende rechters. Zij zijn tevens bruikbaar ter controle in casus waarin cognitieve valkuilen op de loer liggen. Verder is het geldende recht een bron van discursief materiaal op basis waarvan rechters hun beslissingen kunnen motiveren, al fungeert deze bron niet als finale rechtvaardiging.

Ten slotte constateerde dit hoofdstuk dat een deugdethische opvatting van rechterlijke oordeelsvorming niet volstaat om rekenschap te geven van de morele kwaliteit van rechtspraak, althans niet als we daaronder ook de liberale eis van politieke legitimiteit begrijpen. In een liberale samenleving volstaat de verwijzing naar de deugdzaamheid van de rechter in ieder geval niet als grondslag voor rechtspraak, ook al niet, omdat verschillende rechters in soortgelijke zaken tot een tegengestelde beslissing kunnen komen. Een verliezende burger moet als uitdrukking van zijn gelijke waardigheid een reden hebben om de beslissing te aanvaarden, een reden die op enigerlei wijze samenhangt met zijn eigen perspectief.

Om in deze leemte te voorzien introduceert **hoofdstuk 11** het concept van *burgervriendschap*, het tweede constitutieve element van de *breekbaarheid van rechtspraak*. De morele kwaliteit van rechtspraak is niet slechts gelegen in de deugdzaamheid van rechters, maar ook in het feit dat de rechter recht spreekt als een gekwalificeerde burgervriend. Dit betekent dat de rechter in de ontmoeting met de in het proces betrokken partijen mede uitdrukking geeft aan zijn respect voor de afzonderlijke burger en hiermee ook aan de gelijkwaardige relatie zoals die in een liberale samenleving tussen burgers behoort te bestaan. Hij adresseert het 'goede' zoals dat voor de concrete burger op het spel staat op welwillende

en sympathiserende wijze en overweegt het in zijn beslissing. Ook hierbij spelen ‘dikke’ ethische concepten een belangrijke rol: in confrontatie met de concrete rechtszoekende werpen deze concepten als vanzelf evaluatieve overwegingen op.

Doordat het concrete ‘goede’ van de betrokken burger een plaats heeft in het proces en in de uitkomst, kan deze burger erop vertrouwen dat zijn belangen door de rechter niet worden opgeofferd aan het algemeen belang of aan de belangen van andere burgers. De burger heeft door de welwillendheid van de rechter een reden -al is die weliswaar niet uitputtend of volledig expliciteerbaar- om een voor hem nadelige rechterlijke beslissing te accepteren, ook al weet hij dat een andere rechter mogelijk anders zou hebben beslist.

Het concept van burgervriendschap heeft niet slechts (een zekere indirecte) rechtvaardigende, maar ook verklarende kracht voor rechtspraak. In rechterlijke uitspraken komen niet zelden overwegingen voor die niet te herleiden zijn tot het geldende recht, maar die voortkomen uit de betekenis die een mogelijk welwillende rechter toeschrijft aan de in het geding zijnde belangen van de concrete burger, zoals *obiter dicta*. Deze overwegingen zouden we kunnen begrijpen als uitdrukkingen van gekwalificeerde burgervriendschap die rechterlijke beslissingen hun politieke legitimiteit verschaffen en uitdrukking geven aan het relationele aspect van rechtspraak. Deze niet direct tot het geldende recht te herleiden, maar toch juridische overwegingen verdienen dan ook meer aandacht (ook in onderzoek) als uitdrukkingen van de morele gevoeligheid van rechters. In ieder geval zijn het geen verwaarloosbare verschijnselen of louter subjectieve ontboezemingen.

Hoofdstuk 12 introduceert het concept van *tragische juridische keuze* als derde en laatste constitutief element van de *breekbaarheid van rechtspraak*. Dit concept brengt tot uitdrukking dat er grenzen zijn aan de morele kwaliteit van rechtspraak. Tragische juridische keuzes worden in dit hoofdstuk gepresenteerd als een inherent onderdeel van moreel hoogstaande rechtspraak. Ze zijn niet de irrationele of prereflectieve fenomenen waar (meer) rationalistische benaderingen van rechtspraak ze voor houden.

Mede op basis van inzichten ontleend aan de ‘tragische traditie’ in de praktische filosofie worden de belangrijkste kenmerken van een tragische juridische keuze beschreven. Daarbij is voorzichtigheid geboden: als ervaringsconcept bij uitstek laat het tragische zich niet op conceptueel niveau of op analytische wijze begrijpen. De bespreking is daarom per definitie tentatief, algemeen, niet uitputtend en onlosmakelijk verbonden met de tragische ervaring die een rechter, een getroffen burger of een sympathiserende toeschouwer kan hebben. Mede om deze reden worden in dit hoofdstuk relatief veel casus besproken om het tragische karakter van rechtspraak voelbaar te maken.

Een eerste kenmerk van een tragische juridische keuze is dat er sprake is van een *daadwerkelijk* (in plaats van ogenschijnlijk) conflict tussen de eisen die de voorliggende zaak aan de rechter stelt. Deze conflicten ontstaan door een toevallig constellatie van feiten die voor een deugdzame rechter die tevens beslist als burgervriend rechterlijke bindingen met zich meebrengt die niet met elkaar te verenigen zijn. We kunnen denken aan vier categorieën van conflicten die kunnen uitmonden in een tragische rechterlijke keuze. Dit zijn conflicten tussen fundamentele rechten waaraan de rechter is gebonden, conflicten tussen zijn gebondenheid aan het geldende recht en zijn gebondenheid aan de achtergrondwaarden van politieke moraliteit, conflicten tussen zijn gebondenheid aan het geldende recht en aan de eis van respect voor de Ander of de afzonderlijke burger die betrokken is in een proces en ten slotte conflicten die ontstaan vanwege ernstige epistemische onzekerheid ten tijde van de rechterlijke beslissing. Die laatste zijn conflicten tussen de gebondenheid van de rechter aan de plicht te beslissen en zijn gebondenheid aan de norm van juistheid. Het (al dan niet) tragische karakter wordt in het bijzonder bij dit type conflict pas na de keuze duidelijk. Een tragische rechterlijke keuze is hier het meest duidelijk een kwestie van moreel geluk. De morele kwaliteit van de rechterlijke beslissing hangt immers af van factoren die zich niet alleen aan de greep, maar ook aan het zicht van de rechter onttrekken.

Een tragische juridische keuze is niet eenvoudig een keuze in een situatie van conflict. Kenmerkend voor een tragische juridische keuze is dat deze uitmondt in een tragisch verlies, dat wil zeggen in een moreel verontrustend verlies. Dergelijk verlies is dus niet het gevolg van een verkeerde beslissing van de rechter, maar van de (contingenties in de) ‘wereld’, het recht daarbij inbegrepen.

Een tragische juridische keuze kan dus, alles in ogenschouw genomen, gerechtvaardigd zijn, maar desondanks onrecht in zich dragen. Een tragische juridische keuze heeft altijd een moreel verontrustend karakter, vanwege het tragische verlies. Met een tragische keuze raakt de toga van de rechter moreel bevuild en verliest mogelijk op zichzelf moreel hoogstaande rechtspraak haar morele ‘onschuld’.

Omdat van een tragisch verlies een geheel eigen appèl uitgaat dat niet gestild kan worden door de redenen voor de specifieke keuze die is gemaakt, volgt op een tragische juridische keuze veelal een ‘tragisch responsieve reactie’. ‘Tragisch responsieve reactie’ is een verzamelnaam voor een verscheidenheid van manieren om uitdrukking te geven aan het tragische verlies. We kunnen denken aan het bieden van compensatie aan de ‘verliezer’, pogingen om soortgelijke conflicten in de toekomst te voorkomen en emotionele ervaringen bij de rechter, zoals moreel ongemak of spijt en de erkenning van het tragische verlies,

bijvoorbeeld in de motivering van de beslissing. Hierbij spelen dan de retorische kwaliteiten van de rechter een belangrijke rol.

De ‘nasleep’ of dat wat strikt beschouwd ‘na’ de rechterlijke keuze komt, maakt in het geval van een tragische juridische keuze een cruciaal onderdeel uit van de morele kwaliteit van rechtspraak. In plaats van het restverlies te negeren of te ontmantelen als uitdrukking van een prereflectief of irrationeel, in elk geval ‘onwetend’ gezichtspunt, maakt de poging om recht te doen aan dit verlies onderdeel uit van juridische rationaliteit.

De conceptuele verankering van tragische juridische keuze in de praktijk van rechtspraak heeft mogelijk het voordeel dat eerder respect wordt betoond aan de verliezende burger in het geval van een tragisch verlies. Ook kan de erkenning van dit tragisch verlies vanwege het moreel verontrustende karakter bijdragen aan de morele vooruitgang van een rechtsorde. Het biedt mogelijk een motief voor het heroverwegen van het geldende recht.

We hoeven in ieder geval niet bang te zijn dat deze verankering leidt tot sentimentalisering, inertie of subjectivisme in de praktijk van rechtspraak. De rechterlijke deugden bieden hiertegen een voldoende waarborg. Evenals het concept van burgervriendschap heeft het concept van tragische juridische keuze zowel (indirecte) rechtvaardigende als ook verklarende kracht voor de rechtspraak. Een reeks van elementen in de huidige praktijk van rechtspraak kan worden verklaard aan de hand van het concept van tragische juridische keuze.

Op basis van de uiteenzetting van de drie elementen van de *breekbaarheid van rechtspraak*, te weten de deugdethische opvatting van rechterlijke besluitvorming, het concept van burgervriendschap en het concept van tragische rechterlijke keuze, kunnen we nu begrijpen waarom deze benadering getypeerd kan worden als een destabiliserende benadering van rechtspraak.

Zij is destabiliserend voor de rechter, omdat deze benadering geen epistemisch of moreel houvast biedt in vooraf gegeven, externe normatieve bronnen. Deze benadering brengt hierdoor de persoon van de rechter vol in beeld: in het realiseren van morele kwaliteit is de rechter primair op zichzelf aangewezen. Ook heeft hij vanwege het belang van zijn karakter de morele juistheid van zijn beslissingen niet zonder meer zelf in de hand. Men kan het eigen karakter immers niet bepalen, doch slechts (indirect) beïnvloeden. Verder is een rechter voor de morele kwaliteit van zijn beslissingen in grote mate afhankelijk van de kwaliteit van de praktijken waarin hij wordt gevormd en getraind. Indien die kwaliteit niet volstaat, zal hij niet of moeilijk op moreel hoogwaardige wijze recht kunnen spreken. Bovendien zal een rechter volgens deze benadering soms worden geconfronteerd met tragische keuzen en verlies en in die gevallen worden gedwongen vuile handen te maken. Door dergelijke tragische keuzes en

de hiermee samengaande reactie, maar ook vanwege zijn hoedanigheid als burgervriend vergt morele kwaliteit van rechtspraak veel van de persoon van de rechter. Zij vergt in ieder geval emotionele betrokkenheid en dit alles maakt het rechterschap tot een ook in existentiële zin veeleisend beroep.

De *breekbaarheid van rechtspraak* is destabiliserend voor de burger omdat rechtspraak niet voorspelbaar is: de beslissing hangt immers af van de persoon van de rechter. Ook de burger heeft zodoende weinig houvast. Voor de verliezende burger is deze benadering in het bijzonder destabiliserend, omdat hij geen uitputtende discursieve redenen krijgt waarom hij de negatieve lasten van een beslissing moet aanvaarden. In het geval van een tragische juridische keuze weegt dat extra zwaar, omdat de burger dan wordt geconfronteerd met een tragisch verlies dat hij eigenlijk niet zou moeten dragen. Van die burger als de daadwerkelijke ‘verliezer’ wordt dan toch gevraagd de beslissing te aanvaarden.

Deze benadering is destabiliserend voor een rechtsorde als geheel, omdat zij morele kwaliteit niet kan garanderen via de verwijzing naar een abstract en algemeen moreel ideaal. Zij is voor deze morele kwaliteit bovenal afhankelijk van de kwaliteit van het professionele karakter van afzonderlijke rechters. Omdat zij in de vorm van tragische juridische keuzes een vorm van onrecht in zich draagt waaraan niet te ontkomen valt, biedt deze benadering ook geen moreel geruststellende interpretatie van de rechtsorde.

De *breekbaarheid van rechtspraak* is tenslotte niet zonder meer in overeenstemming met de eisen die voortvloeien uit gangbare interpretaties van de ‘rechtstaat’, althans niet als hiermee ook wordt bedoeld op de eis van de voorspelbaarheid van politieke machtoefening. Dit is echter nauwelijks een bezwaar tegen de *breekbaarheid van rechtspraak*, aangezien ook rationalistische benaderingen van rechtspraak zoals een stabiliserende benadering niet in staat zijn om aan deze eis te voldoen. In dat licht en op grond van de besproken argumenten verdient de breekbaarheid van rechtspraak de voorkeur boven een rationalistische, stabiliserende benadering.