



UvA-DARE (Digital Academic Repository)

Tragische zaken in het recht

Een pleidooi voor tragiek-responsieve rechtspraak

van Domselaar, I.

Publication date

2017

Document Version

Final published version

Published in

Nederlands Juristenblad

[Link to publication](#)

Citation for published version (APA):

van Domselaar, I. (2017). Tragische zaken in het recht: Een pleidooi voor tragiek-responsieve rechtspraak. *Nederlands Juristenblad*, 92(44), 3208-3215. [2340].
<http://deeplinking.kluwer.nl/?param=00CF356E&cpid=WKNL-LTR-Nav2>

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.

Tragische zaken in het recht

Een pleidooi voor tragiek-responsieve rechtspraak

Iris van Domselaar¹

In een tijd waarin de legitimiteit van de rechtsstaat en de rechtspraak onder druk staan en meer nadruk komt te liggen op de wijze waarop burgers de rechtszaak waarbij zij partij zijn ervaren, is er veel aan gelegen om de waarden die de rechtsorde beoogt te beschermen betekenisvol toe te passen in het individuele geval. Men zou dus denken dat morele dilemma's en tragische beslissingen in recht en rechtspraak een breed bestudeerd en besproken verschijnsel zijn maar dat is geenszins het geval. Dit artikel geeft daartoe een aanzet en pleit voor tragiek-responsieve rechtspraak: dat soms wordt erkend dat een geschil niet bevredigend is op te lossen via het juridische denken maar ook dat tragische zaken inherent onderdeel zijn van alledaagse rechtspraak. Deze erkenning kan gezien worden als eerbetoon aan het brede scala aan waarden dat in een rechtsorde besloten ligt en als een bijdrage aan een meer respectvolle manier van omgaan met de verliezende partij.

Inleiding

In mei dit jaar kopte *NRC Handelsblad*: 'Twaalfjarige jongen mag chemokuur weigeren.' Het betrof een zaak waarin een voorzieningenrechter oordeelde over de vordering van een vader tot vervangende toestemming voor een medische behandeling van zijn twaalfjarige zoon David. De zoon – hierin gesteund door zijn moeder – weigerde chemotherapie, een behandeling die volgens de artsen zijn overlevingskansen substantieel zou vergroten. De rechtbank – en later ook het hof – wees de vordering van de vader af.²

Het spreekt vanzelf dat rechters wel vaker voor keuzes komen te staan waarin grote belangen op het spel staan.³ Vanuit een lekenperspectief zou men daarom kunnen denken dat morele dilemma's en tragische beslissingen in recht en rechtspraak een breed bestudeerd en besproken verschijnsel zijn. Dat is geenszins het geval. Daadwerkelijke morele dilemma's en het mogelijk tragische karakter van rechterlijke beslissingen blijven overwegend onbesproken in de rechtswetenschap en in de rechtspraktijk. Dit stilzwijgen is geen toeval, maar past bij de op Platoonse leest geschoeide houding in de Westerse filosofie ten opzichte van morele dilemma's en tragiek; zij moeten worden gezien als irrationeel en via de rede worden voorkomen en ontmanteld.

In deze bijdrage breek ik daarentegen een lans voor tragiek-responsieve rechtspraak, voor de erkenning van tragische zaken als inherent onderdeel van alledaagse rechtspraak. Dit betekent dat rechtspraak in zekere zin gedoemd is tot falen. Het goede nieuws is dat deze erken-

ning ook gezien worden als eerbetoon aan het brede scala aan waarden dat in een rechtsorde besloten ligt en als een bijdrage aan een meer respectvolle manier van omgaan met de verliezende partij.

Het tragische in de praktische filosofie: een introductie

Laat ik beginnen met een korte introductie van het begrip 'tragisch'. Ondanks enige overlap moet de betekenis van het 'tragische' in de praktische filosofie worden onderscheiden van de wijze waarop we dit begrip in het dagelijks taalgebruik hanteren. Denk bijvoorbeeld aan de glazenwasser die dodelijk ten val komt door een onverwachte harde windstoot. Bij een dergelijke 'tragische' gebeurtenis doelen we op de betekenis zoals die in de Van Dale staat: aangrijpend of diep treurig.

Binnen de praktische filosofie voert de betekenis van het 'tragische' daarentegen terug naar de klassieke Griekse tragediën, in het bijzonder die van de dichters Aeschylus, Sofokles en Euripides, die in de vijfde eeuw voor Christus werden opgevoerd in Athene ter ere van de God Dionysos. De classici Vernant en Vidal-Naquet omschrijven deze Attische tragedie als een unieke menselijke verworvenheid, onder meer vanwege de introductie van het 'tragische bewustzijn', een volgens hen tot dan toe onontgonnen gebied van de menselijke ervaring.⁴

De klassieke tragedie stelt concrete praktische vraagstukken centraal vanuit het eerste-persoonsperspectief, de geleefde ervaring. De protagonisten moeten zwaarwegende keuzes maken die – oneerbiedig uitgedrukt – tot kop-

zorgen leiden. Zij worden als het ware ‘vermalen tussen een dubbele en contradictoire logica waaronder de situatie valt.’⁵

In Aeschylus’ *Oresteia* wordt Agamemnon voor de keuze gesteld of hij conform de opdracht van de godin Artemis zijn dochter moet offeren om zo een behouden thuiskomst te verzekeren van het leger dat hij aanvoert. Agamemnon vraagt zich af wat te doen: ‘Mij drukt zwaar het Lot als ik niet gehoorzaam ben, ook zwaar als ik dood

Deze voorbeelden laten zien dat de Griekse tragedie het fenomeen van ‘vuile handen’ thematiseert: het gegeven dat een op zichzelf verdedigbare keuze met een moreel verlies gepaard kan gaan

mijn kind, mijn huistrots: als ik bezoedel vaderhanden met maagdelijk bloed straks vlak bij een offerplaats: wat kies ik zonder kwaad?’⁶

In Sofokles’ *Antigone* moet koning Kreon van Thebe beslissen of het stoffelijk overschot van zijn neef, Polyneikes, die bij het leger van de vijand heeft gevochten en dus een landverrader is, mag worden begraven. Ook komt hij later voor de vraag te staan wat te doen met de ongehoorzame Antigone die haar broer tegen Kreons wil alsnog begraaft. Kreon: ‘Ik weet niet wat ik moet doen. Toegeven is vreselijk. Maar koppig blijven en zichzelf vernietigen is even vreselijk.’⁷

Deze voorbeelden laten zien dat de Griekse tragedie het fenomeen van ‘vuile handen’ thematiseert: het gegeven dat een op zichzelf verdedigbare keuze met een moreel verlies gepaard kan gaan. De morele ambiguïteit

van menselijk handelen wordt centraal gesteld en daarmee tevens de begrenzing van de rede en van de vrijheid. Door de specifieke keuzesituatie worden de protagonisten in zekere zin gedwongen om te handelen tegen hun wil in.

In de tragediën komt het inzicht in de aard en consequentie van een handeling bij de protagonisten vaak ook pas achteraf, als het te laat is. In Sophokles’ tragedie *Koning Oedipus* doodt Oedipus zonder dat te beseffen zijn vader en trouwt met zijn moeder. En ook in Sophokles’ *Antigone* ziet Kreon te laat in dat hij fout zat.

Het lijden waarmee de tragediën zijn doordrenkt, is niet zozeer het gevolg van ‘slechte’ mensen die bewust verkeerde keuzes maken. De tragische held wordt gebroken door krachten die hij niet volledig kan doorgronden en die hij ook niet volledig kan beheersen door verstandig, rationeel gedrag.⁸

Wanneer protagonisten de morele ambiguïteit van hun handelen zelf niet inzien, wordt hun niet alleen hoogmoed, maar ook ‘blindheid’ verweten. Dit gebeurt met name bij monde van het koor, een groep zingende wijzen die de handelingen en uitingen van de protagonisten van commentaar voorzien. Zo verwijt het koor Agamemnon dat hij onvoldoende rekenschap geeft van het verlies dat hij met zijn keuze teweegbracht: de dood van zijn dochter.

Goed kunnen zien komt in de klassieke tragedie neer op een responsieve gevoeligheid ten opzichte van de situaties die zich voordoen. Rede en emotie zijn in deze morele capaciteit onlosmakelijk met elkaar verbonden. Bij de aanblik van Antigone die door Kreon naar een grot wordt verbannen, zingt het koor: ‘Niet langer kan ik de stroom van mijn tranen bedwingen, nu ik Antigone hier op weg zie naar de bruidskamer waar iedereen slaapt.’⁹

Het tragische bewustzijn zoals dat tot uitdrukking komt in de klassieke tragedie is in de moraalfilosofie en de politieke filosofie onder meer uitgewerkt en gethematiseerd door Aristoteles, Hegel, Schiller en Nietzsche en meer recent nadrukkelijk ook door Martha Nussbaum in haar boek *De Breekbaarheid van het Goede*.¹⁰ Maar zoals we in het onderstaande zullen lezen, is de relatie tussen de filosofie en de tragedie bovenal een precaire.

Auteur

1. Dr. I. van Domselaar is rechtsfilosoof en executive director van het Amsterdam Centre on the Legal Professions van de Faculteit der Rechtsgeleerdheid van de Universiteit van Amsterdam. Deze bijdrage is een bewerkte en uitgebreidere versie van het artikel: I. van Domselaar, ‘Tragische zaken in het recht: irrationeel fenomeen of juridische realiteit?’, *Filosofie-Tijdschrift* 27-5, 2017 (special issue over Rechtspraak en Ethiek, red. I. van Domselaar), p. 21-26. Zie voor een meer rechtstheoretische, Engelstalige bespreking van dit onderwerp ook: I. van Domselaar, ‘On Tragic Legal Choices’, *Law and Humanities*, online gepubliceerd op 5 november

2017, zie: <https://doi.org/10.1080/17521483.2017.1384123> (voor het laatst geraadpleegd op 6 december 2017).

Noten

2. Rb. Noord-Holland, 12 mei 2017, ECLI:NL:RBNHO:2017:3955; Hof Amsterdam, 11 juli 2017 ECLI:NL:GHAMS:2017:2668. Deze zaak vertoont enige gelijkenis met de rechtszaak die centraal staat in Ian McEwan’s roman *De Kinderwet*. Zie voor een rechtsfilosofische duiding van de wijze waarop de rechter in deze roman de zaak ‘ziet’ en behandelt: Iris van Domselaar, ‘The Perceptive Judge’, *Jurisprudence. An International Journal of Legal*

and Political Thought, online gepubliceerd op 25 september 2017, zie: www.tandfonline.com/doi/abs/10.1080/20403313.2017.1352319 (voor het laatst geraadpleegd op 6 december 2017).

3. Zo blijkt ook uit het palet van voorbeelden die rechters ieder jaar naar voren brengen voor de workshop ‘Tragische dilemma’s in de rechtspraak’ die ik in het kader van de SSR summercourse ‘Recht en Literatuur’ verzorg.

4. J.-P. Vernant en P. Vidal Naguet, *Myth and Tragedy*, New York: ZoneBooks 1990, p. 21-23.

5. G. Groot, Ramkoers: ‘Antigone tegenover Kreon’, in: E.A. VandenBerghe (red.): ‘Tragisch’. *Over tragedie en ethiek in de 21ste*

eeuw, Amsterdam: Damon 2015, p. 17.

6. Aeschylus, *Oresteia* (vertaald door J.C.B. Eykman), Amsterdam: Meulenhof 1970, p. 29.

7. Sofokles, *Antigone* (vertaald door Johan Boonen), Leuven: Acco 2002 (1975), p. 56.

8. Zoals geciteerd in: J. de Mul, *De Domestica-tie van het Noodlot*, Rotterdam: Lemniscaat 2014, p. 12.

9. Sofokles, *Antigone* (vertaald door Gerard Koolschijn), Amsterdam: Polak & van Genneep 2014, p. 119.

10. M. Nussbaum, *De Breekbaarheid van het Goede. Geluk en ethiek in de Griekse filosofie en Literatuur*, Amsterdam: Ambo 2013 (1986).



Melpomene, de muze van de tragedie, Elisabetta Serani (1638 – 1665) © Art Collection / Alamy

Plato en het Platoonse denken in filosofie en recht(spraak)

De eerste filosofische discussie over de Griekse tragediën was ronduit vijandig. Ondanks dat hij zelf op jeugdige leeftijd tragedies schreef, wilde Plato in zijn *Republiek* niets weten van de dichters. Hij stelde voor de tragediën te verbieden en de tragediedichters te verbannen. Zij misleiden immers het volk met hun nabootsingen van de werkelijkheid, leggen te veel nadruk op het menselijk lijden en werken zo lafheid en onmacht bij burgers in de hand.¹¹

Burgers moeten volgens Plato niet twifelen en jammeren, maar bij het maken van keuzes gebruik maken van hun intellect op een manier die veel weg heeft van een (exacte) wetenschap. Zij dienen met de dwingendheid van dobbelstenen die vallen te meten, tellen en wegen.¹² Alleen dan kunnen zij ontsnappen aan de tragische wer-

kelijkheid van het conflict en van tegenstrijdigheid zoals die zich op het eerste gezicht aan hen voordoet. De ware rede brengt harmonie, orde en stabiliteit.

Plato's antagonistische houding ten opzichte van de tragediën heeft het fundament gelegd voor de relatief marginale positie van het 'tragische bewustzijn' in de praktische filosofie en het Westerse denken in het algemeen. Tragedie wordt overwegend gezien als een schijnwerkelijkheid die door middel van het denken ontmanteld of voorkomen kan worden, niet in de laatste plaats in de sociale praktijken die aanspraak maken op redelijkheid.

Het is dan ook niet verrassend dat dit aspect van het Platoonse denken in het recht en de rechtspraak hoogtij viert. Een belangrijke aanspraak van het recht is dat het conflicten voorkomt of oplost op een wijze die rationele orde brengt. Dit komt ook tot uitdrukking in een klassieke

Door middel van systematisering – een intellectuele activiteit bij uitstek – kunnen zo (een aantal) botsingen tussen fundamentele rechten op voorhand worden voorkomen, althans zo is de idee

betekenis van recht waarin het wordt opgevat als maatstaf op basis waarvan gedrag 'gemeten' kan worden: 'Lex quaedam regula est, et mensura actuum.'¹³

In de rechtspraak komt het Platoonse denken bovenal tot uitdrukking in het feit dat rechters in individuele rechtszaken veelal gebruik maken van juridische technieken waarmee het zich voordoende conflict ontmanteld wordt als een juridisch schijnconflict. Met behulp van de juridische rede worden orde en transparantie aangebracht in het op het eerste gezicht rommelige web van met elkaar conflicterende claims en belangen in een concreet rechtsgeschied.

Om een en ander concreet te maken zal ik enkele gangbare ontmantelingsstrategieën kort toelichten. Met de *strategie van de prioritering* wordt het juridische conflict opgelost op basis van een door het recht reeds op voorhand aangebrachte hiërarchie tussen de in het geding zijnde rechten beschermwaardige belangen. In artikel 3 van het Internationale Verdrag voor de Rechten van het Kind staat bijvoorbeeld dat het belang van het kind in zowel beleid als recht(spraak) prioriteit dient te krijgen. Een rechter die moet oordelen over de vraag of een ouder definitief moet worden ontzet uit de ouderlijke macht, hoeft zo beschouwd niet te worstelen met een daadwerkelijke botsing tussen de belangen van het kind enerzijds en die van de ouder anderzijds. Het belang van het kind heeft immers voorrang.

Voorstanders van de prioritering van fundamentele rechten geven niet verrassend in Platoonse stijl als argument dat nadere reflectie uitwijst dat deze rechten uitdrukking zijn van een enkelvoudig achterliggend beginsel (bijvoorbeeld de menselijke waardigheid of gelijkheid) op basis waarvan een hiërarchie zinvol kan worden aangebracht. Door middel van systematisering – een intellectuele activiteit bij uitstek – kunnen zo (een aantal) botsingen tussen fundamentele rechten op voorhand worden voorkomen, althans zo is de idee.

Een andere gangbare ontmantelingsstrategie is de *belangenafweging in het concrete geval*. De in het geding zijnde belangen zijn dan niet reeds vooraf in abstracto gerangschikt, maar moeten in het licht van de specifieke kenmerken van het concrete geval tegen elkaar worden afgewogen, als lagen zij op een weegschaal. Maar hoe meet een rechter het gewicht van een concreet belang?

In 2010 boog de Hoge Raad zich in de SGP-zaak over de vraag of deze partij vrouwen mag weigeren op hun kieslijst. Advocaat-generaal F. F. Langemeijer benadrukte in zijn conclusie bij het arrest dat een concrete belangenafweging tussen botsende grondrechten – in deze zaak was de botsing tussen godsdienstvrijheid en het gelijkheidsbeginsel aan de orde – vaak afstuit 'op het probleem dat zij niet goed te meten zijn: men kan geen appels met peren vergelijken. Zoals een ieder merkt die appels met peren wil gaan vergelijken, lukt zo'n vergelijking slechts indien de beoordelaar terugvalt op eigenschappen die in beide vruchten kunnen worden waargenomen.'¹⁴

De invloedrijke rechtstheoreticus Robert Alexy heeft als mogelijk antwoord op deze in de rechtswetenschap terugkerende vraag een imposante wiskundige formule geponeerd.¹⁵ Toegerust met deze formule kan een rechter volgens hem numeriek gewicht toekennen aan de in het geding zijnde belangen en zo tot een rationele beslissing komen. Analoog aan Plato's rede biedt Alexy's meetkunst zo beschouwd houvast aan de rechter. Met deze formule hoeft de rechter zich niet meer te laten meeslepen door de conflicterende werkelijkheid zoals deze zich in eerste instantie aan hem of haar voordoet. Toegegeven, weinig rechters zullen Alexy's formule toepassen. Desalniettemin wordt in de rechtswetenschap en de rechtspraak de concrete belangenafweging – enkele problematiseringen daargelaten – overwegend gezien als een methode die tot objectieve en eenduidige antwoorden leidt.

Ook is *dejuridisering* een veel gehanteerde ontmantelingsstrategie. Bij deze strategie wordt een van de in het geding zijnde belangen geheel buiten het bereik van het recht geplaatst. Zo oordeelde de Hoge Raad in 2009 in een veelbesproken arrest dat een voor het raam opgehangen poster met onder meer de tekst 'Stop het Gezwel dat Islam heet', moet worden gezien als legitieme religiekritiek en niet als strafbare groepsbelediging.¹⁶

Doorslaggevend hiervoor was volgens de Hoge Raad het feit dat de letterlijke tekst zich niet expliciet uitsprekt over leden van de geloofsgemeenschap als zodanig. Het feit dat de aanhangers van de Islam door deze tekst in hun godsdienstige gevoelens worden gekrenkt, maakt dit niet anders. Met dit formeel ingevulde onderscheid tussen religiekritiek en groepsbelediging plaatste de Hoge Raad het belang van Moslims om gevrijwaard te

11. Plato, *De Ideale Staat* (Politeia, vertaling Gerard Koolschijn), Amsterdam: Polak & Van Genep 2005 (1975), p. 353-372.

12. Plato, 2005 (1975), p. 364-367.

13. T. van Aquino, *Summa Theologiae*, a (1.2.). De Engelse vertaling luidt: 'Law is a

rule and measure of acts [...]'; zie Saint T. Aquinas, *The Treatise on Law* (Summa Theologiae I-II; qq. 90-97 (vertaald door R.J. Henle), Notre Dame: University of Notre Dame Press, 1993.

14. F.F. Langemeijer (Parket bij de Hoge

Raad), 18 maart 2005, C03/239HR, NJ 2005/201.

15. R. Alexy, 'On balancing and Subsumption', in: *Ratio Juris*, 16, 2003, 446. Gezien het beperkte bestek van deze bijdrage kan ik Alexy's complexe 'Weight-formule' niet

nader toelichten.

16. HR 10 maart 2009, ECLI:NL:HR:2009:BF0655.

blijven van dit soort uitingen – in een tijd net na de moord op van Gogh, waarin hatelijke uitingen jegens Moslims alom werden gebezigd – buiten het bereik van het recht.

Ten slotte is ook *het door specificatie verenigbaar maken van rechten* een veelgebruikte ontmantelingsstrategie. Hierbij wordt de betekenis van een recht zodanig gespecificeerd, dat het verenigbaar is met de overige in het geding zijnde rechten. Zo kan een rechter bijvoorbeeld op creatieve wijze een ouderschapsregeling vaststellen op een manier die volgens de rechter zowel het recht op familieleven van beide ouders honoreert, als ook het belang van het kind voldoende waarborgt.

Zoals gezegd, geheel in lijn met het Platoonse denken worden bovenstaande ontmantelingsstrategieën veelal ingezet in de rechtspraak, daarbij gesteund door de rechtswetenschap. Deze strategieën brengen een duidelijk psychologisch voordeel: ze bieden houvast, zekerheid en voor de betrokken rechters en de rechtsorde in zekere zin ook geruststelling.¹⁷ Door middel van deze strategieën

Er bestaan goede redenen om het tragisch perspectief ook binnen het recht en de rechtspraak – instituties die nadrukkelijk aanspraak maken op redelijkheid – te accommoderen

wordt een juridisch geschil (schijnbaar) objectief en eenduidig opgelost. Het verliezende belang verliest niet alleen, maar maakt na de beslissing geen enkele aanspraak meer. De doelen van de rechtsorde worden zo beschouwd via de beslissingen van de rechter uitputtend gerealiseerd.

Natuurlijk, genoemde ontmantelingsstrategieën laten ook voor het Platoonse denken onverlet dat soms precies evenveel juridisch gewicht moet worden toegekend aan de in het geding zijnde belangen. Rechters zien zich dan wel degelijk geplaagd voor een patstelling. Echter, deze situaties worden in veel rechtsordes beschouwd als uitzonderlijk, of, om met de rechtsfilosoof Ronald Dworkin te spreken, als 'exotisch' en derhalve ook als verwaarloosbaar.¹⁸

Ook kan een rechter die deze strategieën hanteert, de facto natuurlijk nog wel empathie ervaren met de verliezende partij. Echter, vanuit het Platoonse denken wijst dit erop dat de rechter nog niet volledig is geïmpregneerd door de juridische rede. De empathie met de verliezer laat zien dat de internalisering van het professionele gezichtspunt nog niet is voltooid.

Het tragische perspectief in recht en rechtspraak

Wanneer we het tragische bewustzijn serieus nemen, is het vertrouwen in bovenstaande ontmantelingsstrategieën problematisch. Een dergelijk vertrouwen leidt mogelijk tot zelfverloochening (het persoonlijke karakter van beslissingen wordt zo verdoezeld), tot een oneigenlijke vervorming van de waarden die de rechtsorde beoogt te beschermen en tot ontkenning van het inherent ambigue en conflicterende karakter van de praktische werkelijkheid.

Ook werkt het gebruik van deze strategieën gebrek aan respect voor de verliezende burger in de hand. Het juridisch gewicht van de verliezende claim wordt bij deze ontmanteling immers geheel ontkend. De burger verliest niet alleen de zaak, maar zijn claim wordt van alle juridische merites ontdaan.

Vanuit het tragische gezichtspunt kunnen bij bovengenoemde ontmantelingsstrategieën dan ook stuk voor stuk kanttekeningen worden geplaatst, en het is vanuit dit perspectief ook niet verwonderlijk dat het eerder genoemde 'Stop het gezwel-arrest' is bekritiseerd als een rigide en eenzijdig arrest.¹⁹

Mijns inziens bestaan er goede redenen om het tragisch perspectief ook binnen het recht en de rechtspraak – instituties die nadrukkelijk aanspraak maken op redelijkheid – te accommoderen.²⁰ Vanuit een tragisch gezichtspunt is de juridische redelijkheid flexibel en meegaand, in plaats van star, rechtlijnig en reductionistisch. Idealiter komt dit type redelijkheid tot uitdrukking in de praktische wijsheid van de rechter, die door zijn ervaring, scholing en oefening het vermogen heeft om te 'zien' wat de situatie, alles in ogenschouw nemende, van hem vraagt.²¹ Deze wijsheid is geenszins louter verstandelijk of kil. Zoals gezegd: voelen en denken zijn in de tragische opvatting van redelijkheid onlosmakelijk met elkaar verbonden; een belangrijke rol wordt weggelegd voor emoties, niet alleen als bronnen van morele kennis, maar ook vanwege hun zelfstandige ethische betekenis.²²

Zonder de suggestie te willen wekken dat tragische rechterlijke beslissingen zich op analytische wijze laten categoriseren, kunnen we wel een aantal conflicten noemen die mogelijk tot dergelijke beslissingen leiden. Ik denk bijvoorbeeld aan rechtszaken waarbij een rechter geconfronteerd wordt met een daadwerkelijk conflict tussen de harde kern van twee grondrechten, tussen een algemene rechtsregel enerzijds en het particuliere geval anderzijds,²³ en tussen een procedurele regel – zoals met betrekking tot een termijn voor het indienen van bezwaar – en de inhoudelijke waarden die ten grondslag liggen aan het toepasselijke rechtsgebied – denk bijvoorbeeld aan de bescherming van vluchtelingen in het asielrecht.

Ook ligt, in het verlengde van het gewone leven, in de rechtspraak altijd het 'Oedipus'-scenario²⁴ op de loer: een rechter ontbeert dan het 'zicht' om goed te kunnen beslissen, maar moet tegelijk een beslissing nemen die soms leidt tot gevolgen die direct indruisen tegen de doelen van de rechtsorde. Denk aan een moord gepleegd door een gedetineerde tijdens het door de rechter gehonoreerde verzoek om bijzonder verlof teneinde op kraambezoek te gaan bij zijn nichtje.

Bij dergelijke conflicten en situaties grijpt een praktisch wijze, perceptieve rechter niet naar een abstract juridisch gezichtspunt in termen waarvan de handelingsopties op geruststellende wijze worden gereduceerd, gerangschikt en gerechtvaardigd. De beslissing is immers hoogstpersoonlijk: welke belangen een rechter ziet, en of en hoe hij of zij deze juridisch waardeert, drukt mede zijn of haar 'blik op de wereld' uit.²⁵

Vanwege zijn perceptieve vermogen kan een praktische wijze rechter ook zien wanneer met de beste beslissing tegelijk ook iets grondig mis is, dat door een toevallige samenloop van factoren de rechtsorde op haar eigen grenzen stuit. De rechter ervaart dan vanwege het met de beslissing gepaard gaande verlies mogelijk 'vieze handen' zonder dat hem of de rechtsorde in strikte zin iets te verwijten valt.

Omdat er bij een tragische rechterlijk beslissing sprake is van een verlies van fundamentele waarde, een zwaarwegend restbelang dat ook na de beslissing nog een dwingend appèl doet op aandacht en zorg, is het een uitdrukking van juridische redelijkheid wanneer de rechter hieraan gehoor geeft met wat ik noem een 'tragiek-responsieve reactie'.²⁶ Hij zal moreel ongemak, spijt of schuld ervaren, op gepaste wijze het verlies ter zitting of juist ook in een vonnis of arrest erkennen of proberen te voorkomen dat dergelijke conflicten zich in de toekomst weer zullen voordoen.²⁷ Een dergelijke reactie laat zien dat het verlies van de verliezende partij ook na de beslissing nog 'telt' voor de rechter en voor de rechtsorde als geheel. Deze erkenning voorkomt dat de verliezende burger als het ware 'twee keer verliest': de burger verliest weliswaar de zaak, maar de juridische legitimiteit van de naar voren gebrachte claim wordt niet ook nog ontkend.²⁸

Geheel in lijn met het tragische idee dat men leert door te lijden (*pathos mathos*) kunnen genoemde tragiek-responsieve reacties ook een aanzet zijn tot verbetering van het recht. Of zoals Nussbaum het stelt: 'een oprechte poging om alle aspecten van een moeilijke situatie recht te doen, om die situatie in al haar strijdige veelzijdigheid te zien en ervaren, kan verrijkend zijn voor toekomstige afwegingen'.²⁹

Het idee van een tragiek-responsieve reactie heeft ook een belangrijk evaluatief potentieel: het kan gebruikt worden voor de beoordeling van de wijze waarop rechters met

Een 'tragiek-responsieve reactie' laat zien dat het verlies van de verliezende partij ook na de beslissing nog 'telt' voor de rechter en voor de rechtsorde als geheel

het verlies van een op zichzelf gerechtvaardigde beslissing omgaan. Ik zal dit illustreren aan de hand van twee voorbeelden.

Ten eerste de zaak David waarmee ik deze bijdrage begon. In deze zaak moest de rechter beslissen over de vordering van de vader voor vervangende toestemming voor een chemobehandeling van zijn twaalfjarige zoon. Vanuit een tragisch perspectief had de rechter meer ontvankelijkheid kunnen tonen voor de complexiteit van het conflict waarvoor hij stond. Enerzijds is in deze zaak de bescherming van het menselijk leven in het geding. De kans dat David zou genezen zou met een chemobehandeling met 25% tot 30% toenemen. Anderzijds is het recht op fysieke integriteit en het hiermee samenhangende recht op zelfbeschikking van David aan de orde.

De rechter lijkt in de uitspraak dit voorliggende conflict op oneigenlijke wijze te simplificeren. Zo wordt niet ingegaan op het feit dat de betrokken deskundigen tot diametraal tegenovergestelde conclusies komen bij de beantwoording van de vraag of David wel in staat was om een weloverwogen keuze te maken om de chemokuur al dan niet te weigeren. Ook wordt het feit dat David mogelijk externe druk heeft ervaren bij het maken van zijn beslissing niet serieus geadresseerd. Zo stapt de rechter, in de woorden van Esther Pans, 'wel erg gemakkelijk over het probleem heen door het in feite niet relevant te achten of er sprake is geweest van beïnvloeding, terwijl de feiten van de zaak wel diverse aanknopingspunten bieden om die invloed te vermoeden'.³⁰

Ook het gebruik van analytisch getinte redeneringen werken deze simplificatie in de hand. De rechter: 'het feit

17. Zie hiervoor ook: I. van Domselaar, 'Zelfbevestigende' versus 'Ontregelde' Rechtspraak', *NJB* 2011/795, afl. 16, p. 1032-39.

18. R. Dworkin, *A Matter of Principle*, Harvard University Press, 1985, p. 143.

19. Zie: W. Veraart, 'Beledigen kan alleen in context. Kanttekeningen bij het 'belediging islam'-arrest van 10 maart 2009', *NJB* 2010/591, p. 724-730.

20. Zie ook: J. Extabe, *The Experience of Tragic Judgment*, Oxford: Routledge 2013.

21. I. van Domselaar, 'De sixpack van de rechter. Een deugdedische benadering van rechtspraak', *Rechtstreeks* 3/4, 2014, p. 62-8; I. van Domselaar, 'The Perceptive Judge', supra noot 2.

22. Nussbaum 2013 (1986), p. 99.

23. Derk Venema constateert in zijn analyse van de morele dilemma's van beginnende rechters die de SSR cursus praktische beroepsethiek hebben gevolgd dat deze categorie van dilemma's door rechters het vaakst wordt ervaren. Zie: D. Venema, 'Botsende waarden: morele dilemma's van de rechter', *Trema* 2016 (2).

24. In de mythe over Oedipus hoort Oedipus van het Orakel van Delphi dat hij zijn vader zou vermoorden en met zijn moeder zou trouwen. Uit angst hiervoor ontvluchtte hij daarop Korinthe, maar zonder het te weten vermoordde hij uiteindelijk inderdaad zijn vader en trouwde met zijn moeder.

25. Dit punt ontleen ik aan Iris Murdoch's

idee dat de wijze waarop mensen moreel geladen situaties waarnemen en daarop reageren mede uitdrukking is van de 'texture of a man's being'. Zie: Iris Murdoch, 'Vision and Choice' in Peter Conradi (ed.), *Existentialists and Mystics: Writings on Philosophy and Literature*, Harmondsworth, Londen: Penguin Books 1997, p. 81.

26. De erkenning van tragische keuzes binnen de rechtspraak impliceert dus geenszins een 'taxi-meter gevoeligheid' waarbij alle in het geding zijnde belangen die door de beslissing niet worden gehonoreerd, zouden moeten worden geproblematiseerd. 27. Deze tragiek-responsieve reacties staan op gespannen voet met een belangrijke regel uit de propositiologica die het

moreel - en het juridische redeneren veelal kenmerken: A kan niet tegelijk –A zijn. Een tragische rechterlijke beslissing is daarentegen enerzijds juist, terwijl met de beslissing tegelijkertijd ook iets mis is.

28. Dit punt ontleen ik aan: Emily M. Calhoun, *Losing Twice. Harms of Indifference in the Supreme Court*, Oxford University Press, p. 59-68.

29. Nussbaum 2013 (1986), p. 101.

30. Esther Pans, 'Annotatie bij ECLI:NL:RBNHO:2017:3955 (vader/Stichting de Jeugd- & Gezinsbeschermers, Gecertificeerde Instelling)', *GZR Updates Gezondheidsrecht*, 0211, 2017.

dat de jongen mogelijk door zijn moeder is beïnvloed, betekent niet dat de jongen op onzinnige gronden tot zijn beslissing is gekomen.³¹ De keuze van David moet daarom als weloverwogen worden beschouwd en derhalve ook worden gerespecteerd. De rechter lijkt met deze overwegingen de zaak te willen ontmantelen als juridisch schijnconflict, maar overtuigt hierin niet.

Tegelijk zou men kunnen denken dat de rechter juist uitdrukking geeft aan een vorm van tragische redelijkheid door in zijn uitspraak ook op te merken dat het recht op zelfbeschikking van kinderen voor ouders soms een 'hard gelag' kan zijn. Ook stelt de rechter dat hij het begrijpelijk acht dat de vader vanwege de uitkomst van de door zijn zoon gemaakte afweging vraagtekens plaatst bij diens wilsbekwaamheid.

Echter, deze erkenningen stelt de rechter – geheel in lijn met het eerdergenoemde Platoonse denken – nadrukkelijk tegenover het juridisch gezichtspunt. Ze doen niets af aan de juridische duiding van de zaak. De mogelijke tragische dimensie van de beslissing wordt daarmee ten onrechte gesubjectiveerd en daarmee geheel buiten het domein van het recht geplaatst. De rechter toont zich in tragische zin 'blind'.

Tragische rechterlijke beslissingen laten zich niet in een transparant systeem vangen en tragiek-responsieve rechtspraak kenmerkt zich daarom door rommeligheid en een zekere mate van ondoorgrondelijkheid

Een duidelijk voorbeeld van een uitspraak die juist nadrukkelijk getuigt van het tragische gezichtspunt betreft een strafzaak waarbij een bejaarde verdachte zijn vrouw had vermoord.³² De man had in de jaren zeventig tegen de Vietcong gevochten en daarna twee jaar aldaar in een concentratiekamp gezeten, alvorens met zijn gezin als bootvluchteling naar Nederland te komen.

Op een gegeven moment kreeg zijn echtgenote de ziekte van Alzheimer en had hierdoor ook in toenemende mate last van paranoïde dwanggedachten. De vrouw beschuldigde de man stelselmatig en ten onrechte van vreemdgaan en wilde uiteindelijk vanwege zijn vermeende echtelijk bedrog ook scheiden. De man – wiens oorlogstrauma's door de voortdurende achterdocht van zijn vrouw en de angst voor de scheiding werden getriggerd – raakte uiteindelijk in paniek en dacht dat het maar beter zou zijn als zij samen zouden sterven. In de week dat de vrouw de scheiding mede via haar advocaat aankondigde, bracht hij haar met een mes om het leven. Onderweg om met zijn dode vrouw het kanaal in te rijden, werd de man

door de politie aangehouden.

De rechtbank Middelburg overweegt: 'Verdachte erkent dat hij een grote fout heeft gemaakt. Zijn (klein) kinderen hebben een moeder en oma verloren, maar zij moeten evenzeer hun vader en opa missen. Verdachte's enige levensdoel vormt nu te leven voor zijn (klein)kinderen en te proberen de schade voor hen te beperken. De rechtbank heeft zich afgevraagd welke strafdoelen in deze strafzaak moeten worden gediend. Vergelding of leedtoevoeging van overheidswege vallen in het niet bij het leed dat verdachte zichzelf en zijn (klein)kinderen heeft bezorgd. Hij en zijn kinderen zullen dat leed nog lang moeten ondergaan.' Uiteindelijk besluit de rechtbank de straf aanzienlijk te matigen en vier jaar op te leggen, mede met verwijzing naar het feit dat bij de verdachte een tumor in de long is geconstateerd.

Uit de moeite die de rechtbank zich getroost om het menselijke verhaal te berde te brengen – de uitspraak leest als een verhaal – wordt de empathie van de rechtbank met de betrokkenen in deze zaak voelbaar. Ook maakt de rechtbank duidelijk dat het recht gezien de complexiteit van deze zaak geen geruststellende en eenduidige antwoorden biedt. De rechtbank geeft uitdrukking aan tragische redelijkheid ook door het onbevredigende karakter van de beslissing voor zowel verdachte als de nabestaanden te benadrukken, zonder een poging te doen dat onbevredigende karakter te subjectiveren en zo tegenover het juridische perspectief te plaatsen. De tragiek maakt hier onderdeel uit van het juridische gezichtspunt, in plaats van dat zij er buiten wordt geplaatst.

Ter overdenking

Laat ik in dit pleidooi voor tragiek-responsieve rechtspraak ook nog wijzen op enkele kwesties die in dit kader nader onderzoek behoeven.

Tragische rechterlijke beslissingen laten zich niet in een transparant systeem vangen en tragiek-responsieve rechtspraak kenmerkt zich daarom door rommeligheid en een zekere mate van ondoorgrondelijkheid. Deze rommeligheid en ondoorgrondelijkheid ontstaan doordat perceptie van en reactie op een tragisch verlies van rechter tot rechter en van geval tot geval zal verschillen.³³ Waarom wordt bijvoorbeeld bij de verdachte in bovengenoemde zaak de straf aanzienlijk gematigd en wellicht bij een juridisch soortgelijke, maar net iets andere zaak niet?

Tragiek-responsieve rechtspraak werpt daarom de vraag op in hoeverre van burgers verwacht kan worden dat zij in staat zijn met dit type van onzekerheid, rommeligheid en ondoorgrondelijkheid om te gaan.³⁴ Is een 'nobele' (wellicht Platoonse) leugen over de aard van de rechterlijke beslissing niet ook nodig voor de geruststelling van de burger en voor de feitelijke legitimatie van rechtspraak?

Een andere kwestie is of tragiek-gevoelige rechtspraak niet leidt tot besluiteloosheid, moedeloosheid of ongepaste sentimentalisering bij rechters.

Hoever mag een rechter gaan in de erkenning van het ambivalente, pijnlijke en persoonlijke karakter van zijn beslissing? Een rechter die ter zitting in huilen uitbarst vanwege het lot van een van de betrokken partijen lijkt professionele grenzen te overschrijden, in ieder geval is daarmee ook de schijn van partijdigheid gewekt. Wan-

Rechtsvinding, bejegening en het innerlijke professionele leven zijn in deze benadering onlosmakelijk met elkaar verbonden

neer de waarde van tragiek-responsieve rechtspraak wordt erkend, moet dus verder worden nagedacht over het juiste evenwicht tussen, en ik citeer Nussbaum, 'zelfbescherming en [...] meegeven. [...] Tussen orde en wanorde, tussen betegeling en kwetsbaarheid.'³⁵

Ten slotte, tragiek-responsieve rechtspraak betekent dat de kwaliteit van rechtspraak niet louter tot uitdrukking komt in de (motivering van) rechterlijke beslissingen. De juridische kwaliteit is vanuit dit perspectief ook gelegen in tal van innerlijke ervaringen en uitingen van rechters in reactie op de aard van het uit de beslissing voortvloeiende verlies. Rechtsvinding, bejegening en het innerlijke professionele leven zijn in deze benadering onlosmakelijk met elkaar verbonden.

Dit bredere kwaliteitsbegrip opent niet alleen een rijk onderzoeksveld dat mogelijk laat zien dat rechtspraak tragiek-responsiever is dan veelal gedacht.³⁶ Ook biedt het

een aanknopingspunt om tijdens de opleiding rechtsgeleerdheid en de beroepsopleiding aandacht te besteden aan de ontwikkeling van het perceptief en tragiek-responsief vermogen van de aspirant-rechter.

Conclusie

In een tijd waarin de legitimiteit van de rechtsstaat en de rechtspraak onder druk staan en meer nadruk komt te liggen op de wijze waarop burgers de rechtszaak waarbij zij partij zijn ervaren, is er veel aan gelegen om de waarden die de rechtsorde beoogt te beschermen betekenisvol toe te passen in het individuele geval. Dat pleit ook voor tragiek-responsieve rechtspraak: dat soms wordt erkend dat een geschil niet bevredigend is op te lossen via het juridische denken; de oorzaak van het conflict ligt dan, zoals in het geval van David, in de wereld en niet in ons (gebrekkige) begrip daarvan. ●

³¹ Pans: 'de voorzieningenrechter lijkt de lat in dit opzicht wel erg laag te leggen door te stellen dat bij David "niet gesproken kan worden van een onzinnige afweging".' Ibid.

³² Rb. Middelburg, 25 augustus 2011, ECLI:NL:RBMID:2011:BR5781. In hoger beroep werd deze uitspraak vernietigd. Zie: Hof 's-Hertogenbosch, 19 september 2012, ECLI:NL:GHSHE:2012:BX7796. Het verschil tussen deze uitspraken biedt een mooie

illustratie van het feit dat in de tragische visie botsende rechterlijke uitspraken in een zelfde zaak worden gezien als uitdrukking van een verschil in 'perceptie'. Zie ook supra noot 25.

³³ Dit wil niet zeggen dat Platoonse rechtspraak niet ook rommelig en ondoorgrondebaar is, onder andere vanwege de onbepaaldheid van het recht en de vrijheid van rechters om de feiten van het geval te

selecteren en te waarderen. Echter, anders dan de tragiek-responsieve rechtspraak biedt Platoonse rechtspraak wel een narratief in termen waarvan rechtspraak als coherent en consistent wordt gepresenteerd.

³⁴ Zie hiervoor ook: I. van Domselaar, 'Zelfbevestigende' versus 'Ontregelde' Rechtspraak' (supra noot 17).

³⁵ Nussbaum 2013 (1986), p. 147.

³⁶ Vanuit het tragisch perspectief zouden bijvoorbeeld sommige 'ten overvloedes' mogelijk gezien kunnen worden als tragiek-responsieve reacties, in plaats van als een juridisch en voor de kwaliteit van rechtspraak *stricto sensu* niet ter zake doende overweging. In vervolgonderzoek zal ik deze hypothese aan de hand van empirisch materiaal verder uitwerken.