



## UvA-DARE (Digital Academic Repository)

### Inleiding

Plug, H.J.; Feteris, E.T.; Kloosterhuis, H.; Pontier, J.A.; Smith, C.E.

*Published in:*

Gewogen oordelen: essays over argumentatie en recht: bijdragen aan het zesde symposium juridische argumentatie 24 juni 2011

[Link to publication](#)

*Creative Commons License (see <https://creativecommons.org/use-remix/cc-licenses/>):*

#### **Other**

*Citation for published version (APA):*

Plug, H. J., Feteris, E. T., Kloosterhuis, H., Pontier, J. A., & Smith, C. E. (2012). Inleiding. In E. T. Feteris, H. Kloosterhuis, H. J. Plug, J. A. Pontier, & C. E. Smith (Eds.), *Gewogen oordelen: essays over argumentatie en recht: bijdragen aan het zesde symposium juridische argumentatie 24 juni 2011* (pp. 9-20). Den Haag: Boom Juridische uitgevers.

#### **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.

*UvA-DARE is a service provided by the library of the University of Amsterdam (<http://dare.uva.nl>)*

# Inleiding

*Gewogen Oordelen* bevat de bijdragen aan het Zesde Symposium Juridische Argumentatie dat op 24 juni 2011 plaatsvond aan de Erasmus School of Law Rotterdam. Het betreft vijfenveertig bijdragen en commentaren. Op het symposium stonden de ontwikkelingen in de rechtspraktijk en de rechtstheorie centraal die van betekenis zijn voor het onderzoek naar juridische argumentatie. De rubricering van de artikelen in deze bundel volgt in hoofdlijnen het programma van het symposium. De bijdragen en de bijbehorende commentaren zijn door de redactie ondergebracht bij een van de volgende thema's:

*Wetgeving en argumentatie*

*Argumentatie en rechter*

*Typen juridische argumentatie*

*Geldigheid van juridische argumentatie*

*Belangenafweging en rechtsvergelijking*

De bundel opent met de teksten van de drie plenaire lezingen die tijdens het symposium zijn gehouden door Janneke Gerards, Jaap Hage en Eric Rassin.

Janneke Gerards vertrekt in haar bijdrage *Argumentatie in een pluralistisch rechtssysteem – de uitdaging voor de Europese hoven* vanuit de gedachte dat het Europees Hof van de Rechten van de Mens en het Hof van Justitie van de EU zich in vergelijking tot nationale (hoogste) rechters in een bijzondere positie bevinden. De uitspraken die zij doen, worden binnen de verdragstaten niet zonder meer als bindend geaccepteerd. Vanaf het nationale niveau wordt kritisch gekeken naar de supranationale hoven. De beide hoven moeten dan ook veel moeite doen om hun uitspraken zo te motiveren, dat zij de nationale rechters, wetgevers en bestuursorganen overtuigen van de wenselijkheid en redelijkheid van tenuitvoerlegging van hun beslissingen. Gerards bespreekt enkele bijzondere argumentatieve methoden die beide supranationale Europese hoven gebruiken, juist vanuit dit perspectief van het moeten overtuigen van nationale autoriteiten in een context van pluralisme. Gerards laat zien dat de die methoden weliswaar grote potentie hebben als het gaat om de omgang met de complexiteit van het pluralisme, maar dat er ook nogal wat risico's aan zijn verbonden. In dat licht is van belang dat de beide hoven balanceren op de dunne lijn tussen het respecteren van de wensen en meningen van de staten, en het daadwerkelijk realiseren van de doelstellingen van het verdragsinstrument of van het systeem waarvan zij onderdeel uitmaken. Schieten zij door in de richting van het laatste, dan is sprake van 'overreaching' en zal dat afbreuk kunnen doen aan

de bereidheid van naleving. Schieten zij door in de richting van het eerste, dan is dat problematisch voor de bescherming van de EVRM-rechten en voor het verwezenlijken van de doelstellingen van de EU. Om de balans te kunnen vinden (of te behouden), is bij de beide hoven een groot bewustzijn nodig van de relatie tussen pluralisme en acceptatie van uitspraken, en van de kracht en de functie van hun argumentatie bij het beheersen van die onderlinge relatie.

Jaap Hage onderzoekt in zijn bijdrage *Weg met de hermeneutiek in het recht! Beschouwingen over de beperkte rol van interpretatie in de rechtsgeleerdheid* het belang van de hermeneutiek voor het recht. Recht bevindt zich volgens hem op het grensvlak van twee werelden. Aan de ene kant is het recht een sociaal verschijnsel dat feitelijk bestaat en waarover empirische kennis mogelijk is. Aan de andere kant beoogt het recht antwoord te geven op de vraag hoe we moeten handelen en is het een normatief verschijnsel. Deze twee aspecten van het recht kunnen harmonieus verenigd worden door het recht primair te zien als een antwoord op een bepaald soort vraag over hoe we moeten handelen, bijvoorbeeld de vraag welke regels collectief moeten worden afgedwongen. Het antwoord op die vraag is dat, omwille van de rechtszekerheid, het in beginsel het positieve recht is dat collectief moet worden afgedwongen, zij het dat het positieve recht niet het laatste woord is en ook niet het enige woord.

Uitgaande van deze visie is juridisch redeneren volgens Hage uiteindelijk een vorm van praktisch redeneren, redeneren over hoe we moeten handelen. Op het eerste gezicht is het dan volgens hem onduidelijk wat de rol van de hermeneutiek zou moeten zijn. Bij nader inzien kan de hermeneutiek misschien toch een rol spelen, namelijk om vast te stellen wat het positieve recht inhoudt. Wel dient dan in de gaten te worden gehouden dat het positieve recht enkel medebepalend is voor de inhoud van het recht omwille van de rechtszekerheid. Een op de betekenis van gezaghebbende teksten gerichte hermeneutische methode ligt dan niet voor de hand, met name niet als de resultaten van deze methode moeilijk voorspelbaar zijn. Beter ware het om het positieve recht zo op te vatten dat het een zo goed mogelijk antwoord geeft op de normatieve vraag naar wat rechtens is. Behalve met overwegingen van rechtszekerheid moet daarbij rekening worden gehouden met de rol van het recht binnen de menselijke samenleving en met de gevolgen die verbonden zijn aan het op een bepaalde manier opvatten van het positieve recht.

In *Ongerechvaardigde overtuigingen* bespreekt Eric Rassin problemen die samenhangen met de rechterlijke overtuiging in het strafrecht. De strafrechter zal de verdachte alleen dan veroordelen als hij op grond van wettige bewijsmiddelen tot de overtuiging is gekomen dat hij schuldig is. Hoewel menig juridische opleiding aandacht besteedt aan de (wettigheid van) bewijsmiddelen, is het niet per se duidelijk hoe mensen overtuigd raken. Soms staat het daderschap van de verdachte niet ter discussie. In andere gevallen rijst er gegeven dezelfde bewijsmiddelen toch twijfel

## Inleiding

over de schuld van de verdachte. Rechterlijke overtuiging is – zo laat Rassin zien – een abstract, moeilijk grijpbaar concept. Daardoor valt het overtuigd raken door bewijsmiddelen niet te doceren. Bovendien staat het krijgen van een overtuiging bloot aan allerlei oneigenlijke invloeden. Maakt de volgorde waarin de rechter kennis neemt van de bewijsmiddelen bijvoorbeeld uit voor de kracht van de overtuiging? Is de rechter in staat om de bewijsmiddelen af te wegen tegen ontlastende informatie? Moet de rechter denken in termen van kans op daderschap, of moet overtuiging inderdaad onverbaliseerbaar blijven? Volgens Rassin kan betoogd worden dat het rechterlijke oordeel inderdaad ten prooi valt aan allerlei cognitieve *bias*. Met name het gevaar van tunnelvisie dient in dit verband serieus te worden genomen.

### *Wetgeving en argumentatie*

De eerste bijdrage onder het thema *Wetgeving en argumentatie* is *Legisprudentie: de argumenterende wetgever* van Luc Wintgens. Juridische argumentatie verwijst doorgaans naar de redenering die rechters naar voren brengen bij het nemen en het verantwoorden van hun beslissing. Bij uitbreiding verwijst argumentatie naar de redenering die rechtswetenschappers maken bij het aantonen welke interpretatie van de regel de voorkeur dient te krijgen. Wetgevers worden echter doorgaans niet geacht hun beslissingen argumentatief te ondersteunen. In zijn bijdrage belicht Wintgens allereerst de positie van de wetgever als juridische actor naast de rechter, waarbij hij het perspectief verruimt van wetgeving als ‘product’ tot wetgeving als ‘proces’. Vervolgens besteedt hij aandacht aan de randvoorwaarden van dit proces. Met een nieuwe interpretatie van het sociaal contract verduidelijkt hij dat de wetgever verantwoording verschuldigd is die verder gaat dan politieke verantwoording alleen. Op grond hiervan kunnen vier legisprudentiële beginselen voor de verantwoording van wetgeving worden geïdentificeerd: het alternativiteitsbeginsel, het tijdelijkheidsbeginsel, het beginsel van normatieve densiteit en het coherentiebeginsel. Verantwoording op grond van deze beginselen laat toe wetgeving te toetsen op haar kwalitatief normatief gehalte.

In *Interpretatie in het bestuursrecht en de trias politica* bespreekt Taco Groenewegen een terrein waar zo strikt mogelijk de hand gehouden wordt aan de scheiding der machten: de verhouding tussen de uitvoerende macht enerzijds en de rechterlijke macht anderzijds. De (bestuurs)rechter toetst overheidsbesluiten marginaal. Een verdergaande toetsingsbevoegdheid van de rechter zou onwenselijk zijn, omdat dit leidt tot politieke of technische oordelen en de rechter hiervoor zowel de democratische legitimatie als vaak ook de technische kennis mist. Deze reden voor rechterlijke terughoudendheid geldt echter niet als het een rechterlijke toets betreft van de interpretatie die een bestuursorgaan gegeven heeft aan een regel. De interpretatie

van rechtsregels behoort immers bij uitstek tot de taak van de rechterlijke macht. Groenewegen betoogt dat vooral de laatste tijd bij bestuursrechters de neiging valt waar te nemen om ook op dit punt meer terughoudendheid te betrachten. Het gaat dan niet alleen om de interpretatie van algemeen verbindende voorschriften, maar met name ook om de interpretatie van beleidsregels. Groenewegen gaat in op de vraag in hoeverre dat te rijmen is met de taak van de rechter.

Joris Groen stelt in zijn bijdrage *Argumentatie bij de wetgever: analyse van parlementaire debatten* dat er in het denken over argumentatie in het parlementaire debat twee verschillende benaderingen zijn. Vanuit idealistische theorieën over de rechtstaat wordt doorgaans het grote belang benadrukt van goede argumentatie bij het creëren van recht. Anderzijds wordt vanuit andere, vaak meer empirisch gerichte theorieën vaak benadrukt dat argumentatie in het parlementaire debat eerst en vooral retoriek is. Het recht dat daarbij wordt gecreëerd, wordt soms ook wel als minder 'recht' gezien dan het recht van de rechter. In de rechtswetenschap en de rechtsfilosofie is de aandacht voor argumentatie van de wetgever vaak beperkter dan argumentatie door de rechter. Het is volgens Groen niet eenvoudig om deze leemte te vullen. In zijn bijdrage doet hij daartoe een poging. Zijn centrale vraag is in hoeverre (en onder welke voorwaarden) een pragma-dialectische theorie van argumentatie een zinvol kader kan zijn voor het beoordelen van de kwaliteit van de argumentatie in de debatten die onderdeel zijn van de wetgevingsprocedure.

In *Terugkoppeling: betere regelgeving dankzij burgers* bespreekt Hans Gribnau de vraag of fiscale regelingen kunnen worden verbeterd door terugkoppeling van tekortkomingen die de burger ervaart, opdat de legitimiteit van regelgeving wordt bevorderd. Het theoretisch kader dat Gribnau kiest is het burgerperspectief. Wat is de 'impact' van regelgeving op de burger? Welke fouten signaleert de burger bij de uitvoering van fiscale regels? Regelgeving moet volgens Gribnau responsief zijn. Om responsief te kunnen zijn dient de regelvorming tegemoet te komen aan de behoeften, belangen en mogelijkheden van de burgers. Hun ervaringen met regels zijn daarbij een belangrijke informatiebron. De burger heeft vaak echter niet de deskundigheid en bureaucratische competentie om tekortkomingen adequaat bij de regelgever te signaleren. Onafhankelijke instanties zoals de Nationale ombudsman kunnen de burgers helpen door ervaringen van burgers te 'vertalen' en terug te koppelen naar de instantie die de oorzaak is van de klachten. Kunnen deze instanties de ervaringen van burgers op deskundige en professionele wijze doorsluizen naar de regelgevende instantie?

De conclusie van Gribnau is dat de in de uitvoeringspraktijk gesignaleerde tekortkomingen van regels op gestructureerde wijze moeten worden teruggekoppeld naar de regelgever. De afstand tussen het juridische systeem en de burger kan worden verminderd door responsief te reageren op de door de burger ervaren

tekortkomingen van het rechtssysteem, hetgeen de legitimiteit van het rechtssysteem bevordert.

Bertjan Wolthuis' vertrekpunt in zijn bijdrage *Kent het met elkaar argumenteren objectieve spelregels?* is dat met elkaar argumenteren kan worden beschouwd als het spelen van een spel. Met de spelregels zou dan scherp kunnen worden onderscheiden tussen wat nog geldt als argumenteren en wat niet meer. In de parlementaire praktijk is echter vaak onenigheid over de inhoud van die spelregels. Over het parlementaire optreden van Geert Wilders in bijvoorbeeld de vergadering over de nevenfunctie en dubbele nationaliteit van het Tweede Kamerlid Khadija Arib (PvdA), beweren sommigen dat Wilders de regels van het argumenteren heeft overtreden, terwijl anderen zijn bijdrage kwalificeren als een verrijking van het parlementaire debat. Een wetenschapper kan deze verdeeldheid niet beslechten met een beroep op de door hem gereconstrueerde objectieve regels van het debat. Er is altijd meningsverschil mogelijk over wat telt als argumentatie. Uiteindelijk is het vraagstuk politiek van aard. De taak van de wetenschapper is om het conflict zo goed mogelijk te laten zien, niet om het weg te nemen.

#### *Argumentatie en de rechter*

Willem Witteveen opent het thema *Argumentatie en de rechter* met zijn bijdrage getiteld *De dialoog van de rechters*. Als verschillende rechterlijke colleges op elkaar reageren, bijvoorbeeld bij de prejudiciële vragen over Europees recht, wordt vaak gesproken over een 'rechterlijke dialoog'. De term dialoog wordt ook gebruikt als er binnen een rechterlijk college gewerkt wordt met afzonderlijke rechterlijke oordelen, vooral wanneer daarbij ook 'concurring' en 'dissenting opinions' zijn, zoals bij het Amerikaanse Supreme Court. In de argumentatieanalyse worden deze verzamelingen van rechterlijke teksten volgens Witteveen doorgaans op monologische wijze geanalyseerd, dat wil zeggen door elke rechterlijke tekst afzonderlijk te onderzoeken en ze dan met elkaar te vergelijken waarbij bijvoorbeeld tegenspraken en lacunes aan het licht komen. Witteveen vraagt zich af of deze werkwijze wel adequaat is als het echt om een dialoog tussen rechters gaat. Of dient in dit verband een dialogische argumentatieanalyse te worden ontwikkeld? Witteveen geeft een aanzet tot zo'n analyse. Daarnaast bespreekt hij de vraag in hoeverre de twee typen van rechterlijke interactie die hierboven genoemd zijn, in de context van Europese en Amerikaanse rechtspraak, inderdaad kunnen worden getypeerd als dialogen.

In *De finaliteit van het rechterlijk oordeel. Naar een motivering van het genoeg* van Bart van Klink staat de rechterlijke motivering centraal. In de rechtsstaat is het gebruikelijk dat gezagsdragers verantwoording afleggen. De rechter doet dat in de vorm van een motivering. De laatste jaren worden er vanuit de rechtswetenschap steeds

zwaardere eisen gesteld aan die motivering. Volgens Vranken (1995) volgt uit het discursieve karakter van het recht dat de rechter zijn beslissing afstemt ‘op de in het juridische forum en in de maatschappij levende opvattingen’. Van Klink vraagt zich af of dit niet een te zware eis is. In zijn bijdrage werkt hij een gematigd decisionistische positie uit, waarin enerzijds het beslissingskarakter van het rechterlijk oordeel wordt erkend, maar anderzijds aan deliberatie ook enige ruimte wordt geboden. Hoeveel discussie ook voorafgaat aan en volgt op de schepping en voltrekking van het recht, het recht is uiteindelijk geen discursieve grootheid. Het recht biedt juist een geïnstitutionaliseerde methode om aan juridische discussies die in de maatschappij en in de wetenschap worden gevoerd een einde te maken. Daarom volstaat volgens Van Klink een ‘motivering van het genoeg’.

Arie-Jan Kwak onderzoekt in *Vorm of vent? Paul Scholten en de Wildersbeschikking* de argumentatie in de beschikking van het Hof Amsterdam om Geert Wilders te vervolgen. ‘Mijn overtuiging is al met al dat ik binnen de kaders van de wet ben gebleven’, verklaarde Geert Wilders tijdens een hoorzitting bij het hof van Amsterdam. Wilders was daar opgeroepen om te getuigen in het kader van de artikel 12 Sv procedure die gestart was nadat het OM had besloten de zaak tegen Wilders te seponeren. Tegenover de overtuiging van Wilders stelde het hof uiteindelijk de overtuiging dat er voldoende reden is om tot vervolging over te gaan. Kwaks interesse is in eerste instantie rechtsmethodologisch. Hij analyseert argumentatie die gegeven wordt voor het bevel Wilders te vervolgen aan de hand van Scholtens opvattingen over het rechterlijk beslissen analyseren om vast te stellen hoe groot de spreekwoordelijke sprong is van het systeem naar de beslissing. Een dergelijke analyse is volgens Scholten ook een *beoordeling* van de beslissing, daar valt niet aan te ontkomen. Het analyseren en waarden van de argumentatie laten zich niet goed scheiden. De vraag is dus: is de beschikking overtuigend?

Carel Smith bekritiseert in *Rechtspraak inzake groepsbelediging: van verbod naar verlov* de wijze waarop artikel 137c Sr. over groepsbelediging wordt toegepast. Voor de vaststelling of sprake is van het delict groepsbelediging, heeft de rechter een vast argumentatieschema ontwikkeld dat het karakter heeft van een driestappenplan. Volgens dit argumentatieschema is groepsbelediging in beginsel toegestaan, mits daarvoor een rechtvaardiging bestaat, doordat de uiting bijvoorbeeld een bijdrage levert aan het maatschappelijke debat. De grens van het toelaatbare wordt gevormd door de vorm van de uiting: de uiting mag niet onnodig grievend zijn. Of dat het geval is, is weer afhankelijk van wat als de boodschap van de uitlating wordt gezien. In het licht van het huidige politieke klimaat, waarbij de grenzen van het debat steeds verder worden opgerekt en de belediging de boodschap zelf vormt, leidt het door de rechtspraak ontwikkelde driestappenplan ertoe dat de bepaling van 137c Sr. feitelijk obsoleet geworden is.

*Typen juridische argumentatie*

José Plug analyseert in *In het bos van het parlementaire debat. De argumentatieve functie van citaten voor interpretatieve beslissingen* de argumentatieve functie van een beroep op de wetsgeschiedenis bij de ondersteuning van een interpretatief standpunt. In geval van interpretatie van een rechtsregel, kan de rechter een beroep doen op de bedoeling van de wetgever zoals deze tot uitdrukking is gebracht in documenten en debatten die deel uitmaken van het wetgevingsproces. Een dergelijk beroep op de wetsgeschiedenis of de parlementaire geschiedenis wordt beschouwd als een belangrijk, maar soms omstreden interpretatief argument. Bij de toepassing van dit argument wordt gebruik gemaakt van citaten uit het wetgevingsproces. Deze citaten hebben een argumentatieve functie. Plug gaat in haar bijdrage na hoe citaten deel uitmaken van een analytisch overzicht van het wetshistorische argument en welke eisen kunnen worden gesteld aan argumentatief gebruikte citaten. Daarbij maakt zij gebruik van argumentatietheoretische inzichten.

Paul van der Hoven bespreekt in *Visuele argumentatie in het strafproces*

de visuele presentatie van informatie die onmiskenbaar een rol speelt in de argumentatie. Visuele presentaties in betogen lijken vooral informatie aan te dragen over het gebeurde en over de persoon van de dader. Het is dus zinvol om deze te vergelijken met wat in de verbale modus gebeurt. Op deze basis kan dan de vraag aan de orde worden gesteld of visueel gepresenteerde informatie andere eisen stelt aan een redelijke beoordeling van de argumentatie.

Informatie waarin de afbeelding, de mimesis, dominant is, vraagt volgens Van den Hoven om een andere benadering dan informatie waarin de interpretatie, de diegesis, dominant is. In de argumentatietheorie herkent men in dat laatste geval vrij gemakkelijk propositionele informatie. Dominant mimetische tekstelementen met een argumentatieve functie roepen daardoor vragen op over de gebondenheden van de spreker. En hoewel dit niet ten principale inherent is aan de presentatiemodi, is het volgens Van den Hoven zeker zo dat in visuele presentatie de mimesis veel vaker dominant is, in verbale presentatie de diegesis.

Harm Kloosterhuis en Eveline Feteris stellen in *De 'Rule of Law' en het recht als argumentatieve praktijk* dat er in moderne rechtssystemen een spanning bestaat tussen de Rule of Law en het interpretatieve karakter van het recht. In het beslechten van juridische discussies heeft de rechter een zekere interpretatievrijheid. Een van de consequenties daarvan is dat de zekerheid en voorspelbaarheid van juridische beslissingen die verbonden zijn met het ideaal van de Rule of Law onder druk komen te staan. Dit vraagt om waarborgen voor de kwaliteit van de rechterlijke beslissing. Een van die waarborgen is een uitgebreide motivering die een beoordeling van de kwaliteit van rechterlijke beslissingen en de daaraan ten grondslag liggende keuzes



mogelijk maakt. De centrale vraag daarbij is aan welke eisen de motivering van rechterlijke beslissingen als argumentatieve activiteit vanuit het perspectief van de Rule of Law moet voldoen en hoe de kwaliteit van rechterlijke motiveringen in de praktijk op basis van die eisen beoordeeld kan worden. Zij proberen daarmee duidelijk te maken wat de motiveringsplicht als argumentatieve activiteit in de context van een redelijke juridische discussie inhoudt en wat voor soort ideaalnormen voor een dergelijke discussie in de rechtstheorie en rechtsfilosofie geformuleerd zijn.

In *Een pragma-dialectische analyse van juridische argumentatie als onderdeel van een kritische discussie* gaan Eveline Feteris en Harm Kloosterhuis in op de theoretische uitgangspunten van een pragma-dialectische benadering van juridische argumentatie. Zij laten zien op welke wijze theoretische noties en inzichten uit deze benadering gebruikt kunnen worden bij een analyse van argumentatiestrategieën in de motivering van rechterlijke uitspraken. Eerst beschrijven zij de theoretische uitgangspunten van een pragma-dialectische benadering van juridische argumentatie waarbij zij aangeven hoe argumentatie opgevat kan worden als een poging dialectische en retorische doelen met elkaar te verenigen. Aan de hand van een analyse van de zaak van de ‘Onwaardige deelgenoot’ maken zij duidelijk op welke wijze verhelderd kan worden hoe de Hoge Raad in de motivering van zijn beslissing probeert dialectische en retorische doelen met elkaar in overeenstemming te brengen. Zij geven aan hoe de Hoge Raad strategisch manoeuvreert door binnen de speelruimte die hij voor het voeren voor de discussie in cassatie heeft, de uitkomst van de discussie in de door hem gewenste richting te sturen.

In *Een expliciet model voor het structureren en analyseren van rechterlijke beslissingen* laat Antoinette Muntjewerff zien welke rol de rationele reconstructie van juridische kennis speelt bij het ontwerpen van een systeem waarmee studenten kunnen oefenen met het analyseren van rechterlijke beslissingen. Rechtenstudenten moeten kennis nemen van het geldend recht. Naast inhoud, systeem en structuur van wetgeving moeten zij kennis nemen van rechterlijke beslissingen en leren onderscheiden wanneer en waarom een rechterlijke beslissing voor het geldend recht van belang is. Rechterlijke beslissingen zijn door hun complexe structuur en onvollende inhoud vaak lastig te begrijpen. De vraag die Muntjewerff probeert te beantwoorden is hoe je rechtenstudenten kunt ondersteunen bij het lezen en analyseren van rechterlijke beslissingen. Het antwoord is gezocht in een rationele reconstructie van de betrokken (juridische) kennis en de wijze van (juridisch) redeneren in een rechterlijke beslissing. De reconstructie wordt als model ingezet bij het leren structureren en analyseren van rechterlijke beslissingen.

*Geldigheid van juridische argumentatie*

Tijmen Wisman en Arno Lodder bekritisieren in *Oneigenlijke argumentatie in het privacy-debat: spanning tussen technische mogelijkheden en juridische wenselijkheid bij het Internet van Dingen* de argumentatie die wordt aangevoerd voor de inperking op de privacy. Volgens hen is privacy een grondrecht dat vooral de laatste jaren regelmatig vrij achteloos wordt ingeruild voor gemak of veiligheid. De argumenten die overheid en bedrijfsleven aanvoeren om inperkingen op privacy te legitimeren rusten vaak op onvolledige of onjuiste gronden. In hun bijdrage laten Wisman en Lodder aan de hand van verschillende casus zien dat (holle) retoriek doorgaans een grotere rol speelt dan een goede onderbouwing. Behalve op de ‘veiligheids-grondslag’, gaan zij in op de ‘gemaks-grondslag’ zoals onder andere een rol speelt in de discussie rond het Internet van Dingen. Bij de analyse maken zij gebruik van argumentatieschema’s en de daarbij gehanteerde kritische vragen.

Jean-Marc Piret analyseert in zijn bijdrage *Juridische argumentatie en rechtsverdraaiing in de Bybee ‘torture memo’s’* argumentatie ter rechtvaardiging van het gebruik van foltering. Foltering schijnt op het eerste gezicht geen groot normatief juridisch probleem te zijn. Het wordt door alle belangrijke mensenrechtenverdragen absoluut verboden. Afwijkingen of uitzonderingen op het folterverbod zijn niet toegestaan, ook niet in crisissituaties. Desondanks is het debat over de vraag of foltering in uitzonderlijke situaties toch niet gerechtvaardigd kan worden de afgelopen jaren niet meer van de rechtsfilosofische agenda weg te denken.

In dat verband is het ‘tikkende tijdbom scenario’ van groot belang. In dit scenario kan foltering van een verdachte gelegitimeerd worden als er een grote kans bestaat dat daarmee een catastrofe kan worden vermeden en vele mensenlevens gered kunnen worden. Voorwaarde is dat men vertrekt van een consequentialistisch ethisch standpunt. Het ‘tikkende tijdbom scenario’ bevat volgens Piret echter heel wat denkfouten en het gaat bovendien uit van verkeerde assumpties wanneer het gebruikt wordt om algemene regelgeving op te baseren. Piret stelt deze argumentatieve tekortkomingen in zijn bijdrage aan de orde. Daarnaast analyseert hij de argumentatie die door het Amerikaanse Office of Legal Council in het spraakmakende Bybee Memo gebruikt werd om het internationaal rechtelijke verbod op foltering te omzeilen. De interpretatie van het internationaal recht (bijvoorbeeld het VN anti folterverdrag) door de juristen van het Bush-regime is een andere dan die van het EHRM. Welke zijn de verschillen? Is de Amerikaanse argumentatie juridisch acceptabel? Kan hier wel een eenduidig antwoord op gegeven worden? Of hangt dat af van het juridische perspectief van waaruit men vertrekt?

Wouter de Been en Sanne Taekema stellen in *De verstrengeling van feiten en waarden: Onjuist of onvermijdelijk?* dat het onderscheid tussen feit/waarde in de filosofie geen

vanzelfsprekend uitgangspunt meer is. Het is een onderscheid waartegen zwaarwegende bezwaren zijn geformuleerd. Niettemin blijft het voor veel wetenschappers en juristen een onomstreden vanzelfsprekendheid en simpelweg onderdeel van hun *common sense*. Een recente, gezaghebbende kritiek op het feit/waarde onderscheid is *The Collapse of the Fact/Value Dichotomy* van Hilary Putnam. In deze studie verdedigt Putnam opnieuw de pragmatische kritiek op het onderscheid tussen feiten en waarden. In zijn betoog werkt hij de consequenties van dit inzicht vooral uit voor de economische wetenschap, maar hij beweert daarnaast dat ‘very similar issues arise in the law,’ hoewel hij zijn analyse daarop niet toepast. In hun bijdrage proberen De Been en Taekema deze leemte op te vullen. Eerst schetsen zij de bezwaren van Putnam tegen het onderscheid tussen waarden en feiten. Vervolgens werken zij de betekenis daarvan uit voor het recht. Tot slot illustreren De Been en Taekema de problemen met het feit/waarde onderscheid aan de hand van de verjaringstermijn van dertig jaar in de asbestjurisprudentie, een termijn die tot een van de meest descriptieve begrippen in het privaatrecht behoort.

Mireille Hildebrandt onderzoekt in *Oordeelsvorming door mens en machine: heuristieken, algoritmes en legitimatie* hoe heuristiek en legitimatie van het juridische oordeel zich verhouden tot juridische expertsystemen. Gezien de ontwikkelingen op het terrein van ‘data mining’, ‘machine learning’, en neurale netwerken is het niet onwaarschijnlijk dat geautomatiseerde ‘rechtsvinding’ op middellange termijn een grote vlucht zal nemen. In navolging van Moretti kwalificeert Hildebrandt het gebruik van juridische expertsystemen als ‘lezen op afstand’. Om te voorkomen dat juridische argumentatie zich gedachteloos gaat baseren op de aannamen die in de gebruikte computertechnieken schuilen, zullen juristen moeten leren om niet alleen juridische teksten maar ook de bevindingen van expertsystemen te interpreteren. De kwaliteit van juridische argumentatie zal in de toekomst mede afhangen van de mate waarin wordt voorzien dat juridische teksten op verschillende wijze ‘op afstand gelezen’ kunnen worden, afhankelijk van de gebruikte algoritmes.

In *Kwade kansen in bewijsredeneringen: gevaren van waarschijnlijkheidsrekening in rechterlijke feitenvaststelling* bespreekt Hendrik Kaptein de rol van kansrekening in het bewijsrecht. Bewijsrechtelijk anomisme (abolitionisme) bepleit een minimum aan juridische bewijsregels, waarbij argumentatie ter vaststelling van feiten niet procedureel is, maar uitsluitend bepaald door regels van niet-juridische, wetenschappelijke methodologie. Volgens Kaptein kan kansrekening bij de vaststelling van feiten in de rechtspraak niet meer dan een marginale rol spelen. Argumentatie in termen van kansrekening vooronderstelt immers kwantificering en nogal wat juridisch belangrijk menselijk gedrag leent zich daartoe van nature niet.

In het civiel bewijsrecht gaat het niet om historische waarheid, maar om de inbreng van partijen, volgens bewijslastverdelingen en andere regels van

rechtsvordering. Kansrekening speelt daarbij geen hoofdrol. Deze speelt wel een rol bij kwesties als de vaststelling van schade bij proportionele aansprakelijkheid en de bepaling van aanvaardbare levensvooruitzichten in letselschadezaken. In dit verband zal worden ingegaan op drogredenen in termen van verkeerd begrepen en toegepaste kansen.

Strafvorderlijk bewijsrecht daarentegen is in beginsel anomisch en anti-probabilistisch. Straf tegen onschuldigen is immers veel ernstiger schending van recht en gerechtigheid dan straffeloosheid voor schuldigen. Die asymmetrie betekent dat de kleinste kans op onschuld moet leiden tot vrijspraak wegens gebrek aan bewijs. De praktijk leert anders.

Kaptein concludeert dat (de valse schijn van precisie van) kansrekening niet thuis hoort in het bewijsrecht. Meer helderheid over de beperkingen van kansrekening in bewijsredeneringen is volgens hem dringend gewenst.

### *Belangenafwegingen rechtsvergelijking*

Het thema *Belangenafweging en rechtsvergelijking* met een bijdrage van Ingrid Leijten getiteld *Proliferatie van EVRM-rechten: tijd voor een opeen 'kernrechtsperspectief' gebaseerde argumentatie?*. Bij de interpretatie van EVRM-rechten staan het EHRM vele argumentatiemethoden ter beschikking. Het EVRM is een 'living instrument' en de 'margin of appreciation' verschilt per geval. Om de ultieme bescherming van fundamentele rechten te garanderen, staat het het EHRM vrij soms algemeen, soms meer zaaksgebonden te redeneren.

Deels ten gevolge hiervan zijn steeds meer individuele belangen binnen het bereik van het EVRM gekomen. Ook daar waar nationale en politiek gevoelige overwegingen doorslaggevend zijn – op terreinen als sociale zekerheid en ruimtelijke ordening – heeft het EHRM steeds vaker het laatste woord. Dit kan volgens Leijten leiden tot een verminderde acceptatie van EHRM-uitspraken.

In de VS is wel betoogd dat het Supreme Court zich moet richten op algemene uitspraken die verder reiken dan de voorliggende zaak. Dit punt is in de discussie over het EHRM inmiddels ook van belang. Gezegd kan worden dat alleen wanneer daar een zaaksonafhankelijke en heldere onderbouwing voor is te geven, nationale autoriteiten tegengesproken kunnen worden. Nu de reikwijdte van veel EVRM-rechten verruimt, kan meer bewustzijn en het duiden van de 'kern' van deze rechten hier wellicht behulpzaam zijn. Het bestaan en de betekenis van de 'kern' van fundamentele rechten is allesbehalve oncontroversieel. Desalniettemin kan het Hof middels een 'kernrechtsperspectief' duidelijker grenzen trekken voor wat betreft de toepasselijkheid van het EVRM en de verdragsverplichtingen, en daarmee zowel de legitimiteit als effectiviteit van zijn argumentatie versterken.

In haar bijdrage *Multiculturele rechten of multiculturele 'manners'?* stelt Marlies Galenkamp dat maatschappelijke controverses rond multiculturele en identiteitsgerelateerde kwesties in de beroepssfeer in Nederland als vanzelfsprekend in een grondrechtelijk frame worden geplaatst. Voorbeelden zijn de gewetensbezwaarde trouwambtenaar; de zittende advocaat en de politieagent met hanenkam. De centrale vragen zijn veelal van juridische aard. Zijn er grondrechten in het geding? Is er sprake van een botsing van grondrechten? Het is volgens Galenkamp de vraag of deze juridische en grondrechtelijke framing wel de meest geëigende is. Na een uitleg van de notie 'framing', bespreekt zij enkele beperkingen van grondrechtelijke framing. Door de individualistische invalshoek wordt het samenleven van burgers eerder bemoeilijkt dan gefaciliteerd. Wat we volgens Galenkamp in deze kwesties nodig hebben, zijn niet zozeer multiculturele rechten als wel multiculturele 'manners'.

Elaine Mak vervolgt het thema *Belangenafweging en rechtsvergelijking* met haar bijdrage *Rechterlijke rechtsvergelijking: over het gebruik van rechtsvergelijkende argumenten in de beslissingen van hoogste rechters*. Onder invloed van globalisering spelen rechtsnormen die hun oorsprong hebben buiten het nationale rechtssysteem een steeds belangrijker rol in de rechtspraak. Volgens Mak dient zich de vraag aan op welke wijze deze rechtsnormen toegepast kunnen en moeten worden in de rechterlijke oordeelsvorming en in de motivering van rechterlijke beslissingen. Zij belicht het gebruik van rechtsvergelijking in rechterlijke oordelen aan de hand van een analyse van relevante literatuur en jurisprudentie, aangevuld met een kwalitatieve analyse van interviews met rechters in de hoogste gerechten van Nederland, Engeland, Canada en Frankrijk. Uitgangspunt voor de analyse is de constitutionele inbedding van internationaal, Europees en buitenlands recht in de nationale rechtsstaten. Het constitutionele kader van een specifiek rechtssysteem, bestaande uit normen en conventies die zich in de tijd ontwikkelen, bepaalt en begrenst immers de methoden waarvan de rechter gebruik kan maken bij de rechtsvinding.

Iris van Domselaar sluit de bundel af met haar bijdrage *Belangenafweging in het bestuursrecht: natte vingerwerk?* Een van de kenmerken van het bestuursrecht is dat het publieke machtsuitoefening door rechters rechtvaardigt met verwijzing naar belangenafweging. Op basis van een belangenafweging wordt bijvoorbeeld een gehandicapte een scootmobiel geweigerd, worden uitkeringen gekort en horecavergunningen ingetrokken. Voor de legitimatie van deze vorm van publieke machtsuitoefening is de rationaliteit van die belangenafweging een noodzakelijke voorwaarde. Wanneer de aanspraak op rationaliteit wegvalt, is er geen reden – behalve in de vorm van de feitelijke macht van de rechter – waarom burgers de lasten van de uitkomst van een bestuursrechtelijke belangenafweging zouden moeten aanvaarden. Van Domselaar bespreekt in haar bijdrage het probleem van de

mogelijke irrationaliteit van deze belangenafweging in verband met het vraagstuk van (in)commensurabiliteit. Zijn de belangen in het bestuursrecht commensurabel en, in het verlengde hiervan, is commensurabiliteit een noodzakelijke voorwaarde voor de rationaliteit van bestuursrechtelijke belangenafwegingen?

*Gewogen oordelen* is de zesde in de reeks proceedings die naar aanleiding van de sym- posia over juridische argumentatie werden gepubliceerd. Net als de eerdere bun- dels, *Alles afwegende*, *In het licht van deze overwegingen*, *Met recht en reden*, *Op goede gron- den* en *Met redenen omkleed* biedt deze verzameling bijdragen een goed overzicht van het onderzoek naar juridische argumentatie in Nederland. De redactie hoopt met deze bundel onderzoekers van de juridische argumentatie te blijven interesseren voor het platform dat het symposium biedt.

*De redactie*

*E.T. Feteris*

*H. Kloosterhuis*

*H.J. Plug*

*J.A. Pontier*

*C.E. Smith*