

JUSTICE IN ROBES

2016 Prof. mr. W. van der Burg

Wibren van den Burg is hoogleraar metajuridica aan de Universiteit van Tilburg en medewerker van dit blad.

Ronald Dworkin, *Justice in Robes*, Cambridge, Mass.: Belknap Press of Harvard University Press 2006, 308 p.

Toen ik rechten studeerde, wakte Ronald Dworkin's werk mijn passie voor de rechtsfilosofie; zijn boeken zijn voor mij nog steeds een belangrijke inspiratiebron. Met zijn eerste boek *Taking Rights Seriously* (1977) heeft hij, net als eerder H.L.A. Hart met zijn boek *The Concept of Law*, de rechtsfilosofie ingrijpend veranderd. Overigens niet zozeer doordat hij grote aantallen tegenstanders bekeerde, maar wel doordat veel positivisten zich gedwongen zagen om als reactie op zijn kritiek hun theorieën aan te passen. Zelfs zodanig dat er nu twee scholen positivisten worden onderscheiden, afhankelijk van welk antwoord ze op de Dworkiniaanse kritiek geven.

Dit boek is een nieuwe bijdrage in de voortgaande discussie met auteurs als Hart, Posner, Raz en Coleman. Op sommige punten verduidelijkt het Dworkin's opvattingen, maar het is vooral een poging van Dworkin om het meningsverschil te structureren in termen van verschillende begrippen van recht.

We kunnen zijn kritiek op positivisten als Hart in drie stellingen samenvatten.

De eerste stelling benadrukt de rol van beginselen in juridische argumentatie. Dworkin stelt dat wanneer juristen met elkaar van mening verschillen over hoe een moeilijk juridisch probleem moet worden opgelost, ze in hun argumentaties niet alleen verwijzen naar rechtsregels, maar soms ook naar open standaarden zoals beginselen en idealen. Deze standaarden zijn 'embedded' in de juridische praktijk, maar voor de interpretatie ervan kan men soms niet zonder bredere politiek-morele overwegingen en meeromvattende theorieën. Wil je weten hoe grondrechten moeten worden afgewogen, dan heb je een theorie nodig over hoe grondrechten de kwaliteit van een democratische samenleving bevorderen. Hierdoor is het recht intrinsiek verbonden met de politieke moraal. Daarmee is de positivistische stelling dat moraal en recht

conceptueel gescheiden zijn, onhoudbaar.

Positivisten hebben op deze stelling op twee manieren gereageerd. De kleinste groep, de 'exclusieve positivisten' waaronder Joseph Raz, stelt – geheel in lijn met de klassieke positivisten – dat dergelijke standaarden geen deel uitmaken van het recht. Het recht is een verzameling door bepaalde autoriteiten uitgevaardigde regels, en als die verzameling geen helder antwoord geeft, is er een lacune in het recht. De rechter zal dan naar eigen inzicht moeten beslissen, als plaatsvervangend wetgever. In de negentiende eeuw met zijn codificatiestreven was dit volgens Dworkin een aantrekkelijke positie, omdat het zekerheid en vrijheid bood aan de burgers. Maar tegenwoordig is deze stellingname ver verwijderd van de werkelijkheid van het recht. De rechter doet immers voortdurend aan rechtsvorming in het licht van allerlei open beginselen en waarden. Hij karakteriseert daarom de positie van Raz als Ptolemeïsch dogmatisme: het krampachtig vasthouden aan kunstmatige onderscheidingen die helemaal los staan van de realiteit.

De grootste groep, de 'inclusieve positivisten', probeert Dworkin's kritiek te incorporeren in een zachtere vorm van positivisme. Zij accepteren dat beginselen deel zijn van het recht en dat daarin vaak politiek-morele argumenten een rol spelen. Het recht is dus niet een verzameling van regels, maar een verzameling van regels en beginselen. Morele en politieke overwegingen spelen echter alleen een rol voor zover ze uitdrukkelijk door een juridische autoriteit als de rechter of de wetgever zijn erkend. Door dit institutionele criterium kan men nog steeds de conceptuele scheiding tussen recht en moraal overeind houden. Een beginsel is alleen een rechtsbeginsel als een autoriteit heeft gezegd dat er recht op staat. Als de wetgever dus verwijst naar zorgplichten, redelijkheid en billijkheid, of algemene beginselen van behoorlijk bestuur zijn dat

Inclusieve positivisten zijn eigenlijk anti-positivisten die dat nog niet willen erkennen.



juridische beginselen. Als dat institutionele stempel ontbreekt, is het geen recht, maar moraal.

Dworkin meent (mijns inziens terecht) dat dit zijn kritiek geheel miskent. Het ging hem er helemaal niet om een ander 'taxonomisch' begrip van het recht te ontwikkelen waarin beginselen ook een plaats hebben. Bij een taxonomisch begrip van recht zie je het recht als een feitelijk gegeven verzameling van afzonderlijke normen die je netjes kunt onderverdelen in verschillende categorieën, zoals Linnaeus eerder de plantenwereld indeelde. Dworkin noemt zo'n rechtsbegrip een scholastische fictie. Het recht is niet ergens 'out there', het is het altijd controversiële resultaat van constructie als een samenhangende doctrine. Die doctrine komt tot stand in voortdurende discussie.

Het fundamentele punt was dus niet dat hij naast regels ook voor beginselen een plaats eiste, maar dat juristen in hun dagelijkse praktijk argumenteren met een beroep op algemenere gezichtspunten. In zo'n argumentatieve praktijk kan geen scherp onderscheid gemaakt worden tussen juridische en niet-juridische argumenten. Immers, het feit dat een voorgestelde interpretatie van het gelijkheidsbeginsel nog niet door de Hoge Raad is erkend, betekent nog niet dat het geen houdbaar of pleitbaar juridisch argument kan zijn. Een advocaat-generaal die bepleit dat de Hoge Raad een nieuwe norm formuleert in het licht van maatschappelijke ontwikkelingen zou dan een niet-juridisch argument naar voren brengen – en dat zou achteraf ineens een juridisch argument worden als de Hoge Raad hem gelijk geeft. Volgens Dworkin betekent de erkenning van beginselen als deel van het recht automatisch het einde van het positivistische standpunt, want dan kun je niet meer op een zinvolle wijze recht van moraal scheiden. Inclusieve positivisten zijn dus eigenlijk anti-positivisten die dat nog niet willen erkennen.

Dat brengt ons op de tweede stelling, de Right Answer Thesis. Een stelling die tot veel misverstanden heeft geleid, doordat Dworkin in zijn eerste artikel deze stelling wat ongelukkig naar voren bracht – zoals hij nu erkent. Wanneer twee advocaten, rechters of rechtswetenschappers met elkaar over een juridisch vraagstuk van mening verschillen, doen ze dat

volgens Dworkin vanuit de vooronderstelling dat er een juist antwoord is. Doorgaans zal men erkennen dat de ander ook een pleitbaar standpunt heeft, maar men meent toch dat een van de standpunten het betere is. De wetenschappelijke discussie of het debat in de rechtszaal hebben alleen zin als men van die vooronderstelling uitgaat. Men probeert het publiek of de rechter van het eigen gelijk te overtuigen, of als men heel open is, zoekt men samen met de gesprekspartner naar het juiste antwoord. De juridische waarheid is niet volstrekt relatief of slechts een kwestie van een machtswoord; het is een kwestie van de beste argumenten.

Veel positivisten hebben deze stelling vanuit hun taxonomisch rechtsbegrip geïnterpreteerd als de stelling dat er ergens in dat geheel van regels (al dan niet aangevuld met beginselen) altijd een juist antwoord te vinden is. Het antwoord bestaat dus al. Deze interpretatie ligt voor de hand vanuit een positivistisch standpunt. Als men het recht ziet als een feitelijk vast te stellen geheel van regels, dan moet de stelling van het juiste antwoord ook gezien worden als de stelling dat ergens in die verzameling het antwoord te vinden is. Dworkin heeft vanaf zijn tweede artikel hierover consequent deze interpretatie ontkend, maar toen was het kwaad al geschied en ging deze interpretatie zijn eigen leven leiden. In dit boek zegt hij het nog eens expliciet dat hij met deze stelling niet meer bedoelde dan de common sense idee dat een partij in een geding de betere argumenten heeft.

De gelijkenis met het *Algemeen deel* ** van Vranken is natuurlijk groot. Vranken probeert de brug te slaan tussen het recht als argumentatieve praktijk en het recht als een altijd voorlopige doctrine, als een samenhangend geheel. Ook voor Dworkin is het wezenlijk dat het recht beide is, praktijk en doctrine, en dat je dus steeds moet switchen tussen die beide benaderingen.

Die voortdurende wisseling in perspectieven is volgens mij de centrale oorzaak waardoor Dworkin en de positivisten elkaar niet begrijpen. Als je bij recht alleen denkt aan de inhoud van wetgeving en rechtspraak, ligt de neiging voor de hand om de verzameling daarvan als een feitelijk vaststelbaar gegeven te zien. Je kunt

dan criteria formuleren om dat recht van moraal en politiek te onderscheiden. Als je het recht echter ziet als het altijd voorlopige resultaat van een voortgaande argumentatieve praktijk, ligt het voor de hand dat een juridische doctrine op verschillende pleitbare manieren geconstrueerd kan worden en dat de argumenten daarvoor niet kunstmatig te scheiden zijn van bredere politieke en morele argumenten. Auteurs als Posner of Hart die zeggen dat hun visie op recht moreel en politiek neutraal is, houden zichzelf en anderen dan ook voor de gek. Iedere jurist heeft bepaalde impliciet of expliciete normatieve uitgangspunten die zijn visie op recht bepalen; dan kun je ze maar beter expliciteren. De vraag is natuurlijk op welke wijze normatieve argumenten in het recht worden verwerkt. Hier komt Dworkin in dit boek met een derde stelling die aan de Rechtswerte van Radbruch en het master ideal van Selznick doet denken. Het recht is georiënteerd op het ideaal van legality, rechtsstatelijkheid. Dworkin heeft het hier over een aspirational concept van recht. Dat ideaal laat door zijn openheid meerdere invullingen toe. Het verschil tussen een aantal rechtsfilosofische posities zoekt Dworkin in het verschil in die invullingen. Het natuurrecht legt de nadruk op 'accuracy', de inhoudelijke juistheid; het rechtspositivisme kiest voor efficiëntie (in ruime zin) en dat vereist eenvoudige kenbaarheid en helderheid van het recht. Dworkin zelf kiest voor integrity in de zin van een principiële gelijkheid van alle burgers.

Deze aspirationale oriëntatie was in het eerdere werk van Dworkin al wel aanwezig maar wordt door hem nu explicieter verwoord. Het biedt tot op zekere hoogte ook een verheldering van rechtsfilosofische discussies. Het is duidelijk dat klassieke positivisten als Bentham mede kozen voor het positivisme omdat het pleidooi voor heldere in wetten vastgelegde regels een progressieve, democratische vooruitgang zou zijn tegenover het rechterlijk conservatisme. Dworkin argumenteert overtuigend dat dit nu in zijn tegendeel is omgeslagen en dat het hedendaagse positivisme niet meer die bevrijdende kracht heeft. Volgens hem kiezen positivisten vooral nog voor hun positie, omdat ze krampachtig vasthouden aan de vermeende neutraliteit van hun discipline als een puur beschrijvende conceptuele activiteit.

Ook om zijn eigen theorie te kenschetsen, lijkt de explicitering in termen van achterliggende waarden en het ideaal van rechtstatelijkheid verhelderend. Maar waar zijn benadering tekortschiet, is in mijn ogen in de poging om ook zijn hedendaagse tegenstanders in

DE VIJF BESTE BOEKEN VAN DE 21STE EEUW OP MIJN VAKGEBIED

1. Boeiendste biografie: Nicola Lacey, *A Life of H.L.A. Hart. The Nightmare and the Noble Dream*, Oxford: Oxford University Press 2004.
2. Belangwekkendste bundel: Robert A. Kagan, Martin Krygier and Kenneth Winston (eds.), *Legality and Community. On the Intellectual Legacy of Philip Selznick*, Lanham: Roman and Littlefield 2002
3. Meest gedurfde dissertatie: Olav Antonie Haazen, *Algemeen deel van het rechterlijk overgangsrecht. Een verhandeling over de terugwerkende kracht van rechtspraak, de rechtsdwaling en de democratische rechtsvindingsleer* (proefschrift KUB), Deventer: Kluwer 2001.
4. Beste analyse van de verhouding tussen democratie en godsdienst: Jeffrey Stout, *Democracy and Tradition*, Princeton, NJ: Princeton University Press 2004.
5. Beste analyse van een multiculturele identiteit, Kwame Anthony Appiah, *The Ethics of Identity*, Princeton, NJ: Princeton University Press 2005.

dit keurslijf te wringen. Ik denk dat de posities van sommige van zijn tegenstanders beter kunnen worden begrepen in termen van een bewuste (maar nooit helemaal geslaagde) poging om algemene idealen als gelijkheid of efficiëntie juist buiten het recht te sluiten. Dit boek is niet het beste boek dat Dworkin geschreven heeft – dat blijft voor mij *Taking Rights Seriously*, misschien juist omdat het nog geen afgeronde theorie bood, en dus dwong tot kritisch meedenken. Maar het biedt toch weer nieuwe inzichten. De meeste artikelen waren al eerder gepubliceerd, maar er is ook een verhelderende inleiding en een hoofdstuk waarin hij de balans opmaakt. En het mooiste hoofdstuk heb ik nog niet eens genoemd, het staat ook relatief los van de rest. Het is een kritische analyse van hoe een Rawlsiaanse rechtstheorie er uit zou kunnen zien. Dit is het beste artikel dat ik ken over de implicaties van Rawls voor de rechtstheorie. Alleen al vanwege dat ene artikel verdient dit boek zijn plaats op de erelijst. ■

De posities van sommige van zijn tegenstanders kunnen worden begrepen in termen van een bewuste poging om algemene idealen als gelijkheid of efficiëntie buiten het recht te sluiten.