



DATE DOWNLOADED: Mon Feb 7 10:13:28 2022

SOURCE: Content Downloaded from [HeinOnline](#)

Citations:

Bluebook 21st ed.

W. van der Burg, De Gele Oormerken, of: De Betekenis van Incoherenties in Ethiek en Recht, 22 R & R 36 (1993).

ALWD 7th ed.

W. van der Burg, De Gele Oormerken, of: De Betekenis van Incoherenties in Ethiek en Recht, 22 R & R 36 (1993).

APA 7th ed.

van der Burg, W. W. (1993). De Gele Oormerken, of: De Betekenis van Incoherenties in Ethiek en Recht. Rechtsfilosofie en Rechtstheorie, 22(1), 36-49.

Chicago 17th ed.

W. van der Burg, "De Gele Oormerken, of: De Betekenis van Incoherenties in Ethiek en Recht," Rechtsfilosofie en Rechtstheorie 22, no. 1 (1993): 36-49

McGill Guide 9th ed.

W. van der Burg, "De Gele Oormerken, of: De Betekenis van Incoherenties in Ethiek en Recht" (1993) 22:1 R & R 36.

AGLC 4th ed.

W. van der Burg, 'De Gele Oormerken, of: De Betekenis van Incoherenties in Ethiek en Recht' (1993) 22 Rechtsfilosofie en Rechtstheorie 36.

MLA 8th ed.

van der Burg, W. "De Gele Oormerken, of: De Betekenis van Incoherenties in Ethiek en Recht." Rechtsfilosofie en Rechtstheorie, vol. 22, no. 1, 1993, p. 36-49. HeinOnline.

OSCOLA 4th ed.

W. van der Burg, 'De Gele Oormerken, of: De Betekenis van Incoherenties in Ethiek en Recht' (1993) 22 R & R 36

-- Your use of this HeinOnline PDF indicates your acceptance of HeinOnline's Terms and Conditions of the license agreement available at

<https://heinonline.org/HOL/License>

-- The search text of this PDF is generated from uncorrected OCR text.

-- To obtain permission to use this article beyond the scope of your license, please use:

[Copyright Information](#)

De gele oormerken, of: de betekenis van incoherenties in ethiek en recht¹

(Coreferaat najaarsvergadering 1992)

W. van der Burg

1. Inleiding

In ethische argumentatiemodellen van een reflectief evenwicht is coherentie een centraal begrip. In dit verhaal zal ik daarom vanuit een vergelijking met deze modellen commentaar geven op het pre-advies van Brouwer.² De eerste vraag is daarbij hoe we coherentie het beste kunnen opvatten; de tweede vraag is die naar de waarde van coherentie en met name ook naar de betekenis van incoherentie. Tot slot zal ik ingaan op een voorbeeld uit de recente rechtspraak, waarin de incoherentie in ons morele denken en in het recht duidelijk naar voren treedt.

2. Reflectief evenwichtsmodellen in de ethiek

De idee van een reflectief evenwicht als methode voor ethische theorie-ontwikkeling is vooral ontwikkeld door John Rawls.³ De basisgedachte is dat men moet streven naar een coherente verzameling van weloverwogen morele oordelen (of intuïties) en morele principes: heeft men die coherentie bereikt dan heeft men een bevredigende ethische theorie. Als men alleen deze twee elementen met elkaar in evenwicht zou brengen, zou men niet veel verder komen dan het systematiseren van de eigen vooroordelen.⁴ Maar Rawls gaat verder. Hij bouwt extra elementen in, zoals achtergrondtheorieën en methodologische normen en ontwikkelt de constructie van de Oorspronkelijke Positie.

Ik zal hier niet ingaan op de voor- en nadelen van de benadering van Rawls.⁵ De in dit verband meest belangrijke beperking van zijn argumentatiemodel is dat het gericht is op een theorie voor de ideale samenleving. Uit die ideale theorie kan men niet rechtstreeks oordelen

1. Dit is de tekst van het co-referaat gehouden op 21-11-1992 voor de najaarsvergadering van de Vereniging voor Wijsbegeerte van het Recht i.s.m. de Algemene Nederlandse Vereniging voor Wijsbegeerte. Ik ben veel dank verschuldigd aan Marcel Verweij voor uitgebreide gesprekken rond dit co-referaat.
2. Gepubliceerd in het vorige nummer van R en R: Brouwer, 1992.
3. Rawls, 1972; vgl. ook Daniels, 1979.
4. Daniels, 1979 noemt dit een Narrow Reflective Equilibrium terwijl Rawls' constructie een Wide Reflective Equilibrium wordt genoemd.
5. Hierover bijvoorbeeld diverse artikelen van Daniels, Dworkin, Clarke, Haslett, Lyons, Rawls, Timmons, Van Willigenburg. Mijn eigen kritiek is met name te vinden in Van der Burg, 1991, hoofdstuk 1.

afleiden over de huidige samenleving die immers in tal van opzichten tekortschiet bij de ideale samenleving. Zijn theorie van burgerlijke ongehoorzaamheid laat bij voorbeeld duidelijk deze beperkingen zien.⁶ Als een argumentatiemodel voor concrete morele problemen is Rawls' versie van het reflectief evenwicht daarom niet geschikt.

De algemene idee van een reflectief evenwicht is echter wel bruikbaar voor een model van morele argumentatie rond concrete problemen. Theo van Willigenburg en Robert Heeger hebben een variant van het reflectief evenwicht ontwikkeld, het netwerkmodel, die met name bruikbaar lijkt voor oordeelsvorming en theorievorming in de toegepaste ethiek.⁷ Deze variant van het reflectief evenwicht heeft door zijn gerichtheid op concrete problemen de meeste gelijkenis met modellen van rechtsvinding en zal daarom in deze voordracht verder mijn uitgangspunt zijn. De kerngedachte van dit netwerkmodel is dat men niet probeert deductief uit algemene principes morele oordelen voor concrete situaties af te leiden, maar dat men een wisselwerking zoekt tussen morele principes, morele intuïties en moreel relevante feiten. Deze drie elementen, principes, intuïties en feiten corrigeren en bevestigen elkaar, tot er een coherent geheel, een evenwicht is bereikt. Op dat moment is er dan een verantwoord moreel oordeel of een verantwoorde morele theorie tot stand gekomen. Dit netwerkmodel lijkt een in de praktijk redelijk bruikbare en aantrekkelijke methode van morele argumentatie, ook al zijn er mijns inziens belangrijke aanvullingen nodig.⁸ Maar het gaat mij hier niet primair om dit model zelf, maar om de rol die de norm van coherentie in dit model speelt. Opvallend is dat coherentie een sterkere rol speelt dan bij Rawls of bij Brouwer. Het is niet slechts een filosofisch ideaal, zoals bij Rawls,⁹ of een regulatieve idee, zoals bij Brouwer.¹⁰ Van Willigenburg en Heeger stellen coherentie als eis en gaan er blijkbaar van uit dat coherentie een noodzakelijke en dus ook reëel haalbare voorwaarde is voor het bereiken van gerechtvaardigde morele oordelen.¹¹ Ik zal hieronder betogen dat hiermee het criterium van coherentie een te groot gewicht krijgt, maar wil eerst op enkele andere, wezenlijker verschillen tussen Brouwer enerzijds en Van Willigenburg en Heeger anderzijds ingaan.

3. Verschillen tussen het ethisch netwerkmodel en het juridisch model van Brouwer

Er zijn drie belangrijke, samenhangende verschillen tussen het netwerkmodel van Van Willigenburg en Heeger en het rechtstheoretisch

6. Vgl. Van der Burg, 1986.

7. Van Willigenburg, 1985; Heeger, 1988 en 1990; Van Willigenburg en Heeger, 1989.

8. Vgl. Van der Burg, 1991, hoofdstuk 1.

9. Rawls, 1972: 49–50.

10. Brouwer, 1992: 187.

11. Vgl. bijvoorbeeld Heeger, 1988: 177.

model van Brouwer. Deze verschillen geven aanleiding tot evenzovele punten van kritiek op Brouwers opvattingen.

1. Een eerste punt is de verschillende rol die aan principes en regels wordt toegekend. Regels komen in het netwerkmodel niet voor, iets wat in ieder geval voor het recht niet bevredigend is, omdat daar regels een wezenlijk element vormen. Het netwerkmodel kan echter op zich vrij probleemloos worden uitgebreid met regels. Omgekeerd spelen bij Brouwer beginselen eigenlijk geen rol, tenzij ze als regels geformuleerd kunnen worden, zoals het beginsel 'geen straf zonder schuld'.¹²

Het lijkt me dat Brouwer hier de rechtswerkelijkheid teveel in het stramen van zijn logisch model wringt. Beginselen – gekenmerkt door een kracht of gewicht in plaats van een conditionele structuur – vervullen in het recht een essentiële rol. Bovendien lijkt het mij dat beginselen juist coherentie in het recht kunnen bewerkstelligen, terwijl Brouwer in zijn proefschrift het tegendeel beweert. Het feit dat het recht ondanks een grote verscheidenheid aan rechtsgebieden en regels een groot aantal gemeenschappelijke beginselen kent, is mijns inziens juist een van de belangrijkste factoren voor het feit dat dat recht een min of meer samenhangende eenheid vormt.

2. Het tweede verschil hangt met het vorige samen. Brouwer gaat uit van de mogelijkheid het recht te reconstrueren als een deductieve structuur; het reflectief evenwichtsmodel is daarentegen anti-deductivistisch. De fundering van een ethische theorie op één of een beperkt aantal fundamentele beginselen wordt afgewezen. Daarmee zou men de principes overbelasten.¹³ Zowel de principes als de intuïties hebben een eigen normatieve kracht.¹⁴ Deze kritiek op een deductieve structuur lijkt mij terecht, zowel voor ethiek als voor recht. Brouwer kan mijns inziens – als hij toch wil vasthouden aan de deductieve structuur – voor een van twee mogelijkheden kiezen:

- a. Hij probeert in de trant van Kelsen alle normen uiteindelijk te herleiden tot één fundamentele regel. Maar dan zit hij met het probleem van de overbelasting van regels en met het niet beslisbaar zijn van conflicten tussen regels en moet hij alle principes, die niet in deze deductieve structuur passen, uit het recht verwijderen.
- b. Hij construeert recht als een verzameling van een groot aantal niet tot elkaar herleidbare regels. Maar dan zit hij met het probleem hoe binnen die losse verzameling coherentie kan worden gewaarborgd. Mijns inziens zou dat alleen kunnen door ten eerste de coherentiewaarborgende rol van principes te erkennen en door bovendien een ruimere invulling van het begrip 'coherentie' te kiezen.

12. Brouwer, 1992: 183. Vgl. ook Brouwer, 1990: 29.

13. Voor een kritiek op deductivisme zie Van Willigenburg, 1991, hoofdstuk 3 en Heeger, 1988: 175.

14. In zijn dissertatie gaat Van Willigenburg zelfs zover – en mijns inziens te ver – de principes nog zelfstandige normatieve kracht te ontzeggen.

3. Hiermee ben ik op het derde verschilpunt gekomen, de invulling van het coherentiebegrif zelf. Bij Brouwer is coherentie een deductieve structuur die aan bepaalde vereisten voldoet, waaronder met name consistentie. Inconsistentie verengt hij tot logische strijdigheid tussen normen onderling, terwijl hij van incoherentie spreekt als de strijdigheid ontstaat door de combinatie van deze normen met bij voorbeeld feiten. Coherentie is dus in essentie de mogelijkheid van een deductieve structuur waarbij inconsistenties in de ruimere verzameling van oordelen afwezig zijn.

Van Willigenburg en Heeger hanteren impliciet een ruimer begrip van coherentie. Allereerst is bij hen consistentie betrokken op de hele verzameling van intuïties, principes en feiten, zodat voor Brouwers beperkte inconsistentiebegrif dat alleen betrekking heeft op de normen geen plaats is. Belangrijker is echter dat de relaties die tussen de verschillende elementen van het netwerkmodel bestaan losser zijn. Er is een zwakkere structuur van onderlinge bevestiging. De relaties zijn geen deductieve relaties, maar wat ik zou willen noemen 'zwakke ondersteuningsrelaties'. Een intuïtie kan bij voorbeeld een reden zijn om een algemeen principe aan te nemen, maar slechts één van de redenen: het gaat hier om een soort inductieve relatie. Omgekeerd is een principe een prima facie reden om een intuïtie als juist of onjuist te beoordelen, maar niet een doorslaggevende reden. Er kunnen andere principes zijn; de intuïtie of andere intuïties kunnen zo sterk zijn dat ze ertoe dwingen het principe aan te passen.

Zolang men uitgaat van een streng-deductief model kan men volstaan met Brouwers meer strikte coherentiebegrif. Verlaat men echter, zoals ik hiervoor bepleit heb, dit model en erkent men de rol van principes, dan kan men niet anders doen dan een ruimer coherentiebegrif te aanvaarden. Principes impliceren immers niet rechtstreeks regels; ze geven de richting aan en geven argumenten voor het aannemen van regels. Deze relatie kan niet meer zijn dan een zwakke ondersteuningsrelatie van steun aan regels en concrete beslissingen. Omgekeerd vormen concrete oordelen en regels goede redenen voor bepaalde formuleringen van principes, maar of die formuleringen aanvaardbaar zijn, wordt door meer bepaald, door een beoordeling van het geheel van principes, regels, intuïties, feiten.

Ik stel daarom een ruimere definitie voor van coherentie, een definitie die gradaties toestaat.¹⁵ Coherentie is aanwezig wanneer de elementen uit een normenstelsel elkaar versterken door ondersteuningsrelaties en er geen sprake is van inconsistenties. Hoe sterker het netwerk aan ondersteuningsrelaties, hoe sterker de coherentie. Incoherentie – niet de negatie, maar het tegendeel van coherentie – is aanwezig wanneer op een bepaald probleemdomein, bijvoorbeeld de zorg voor dieren, er inconsistenties bestaan, danwel bij nieuwe problemen voor onderling strijdige oplossingen voor elk ongeveer even veel of even weinig onder-

15. Het lijkt mij dat deze definitie ook het beste aansluit bij het coherentiedenken van bij voorbeeld Ronald Dworkin.

steuningsrelaties bestaan, althans er niet een zodanig verschil is dat de ene oplossing als veel beter dan de andere moet worden beschouwd.

4. De waarde van coherentie in de morele argumentatie

Na deze analyse van wat coherentie is, kunnen we overgaan naar de vraag waarom het waardevol is in onze morele argumentatie. Het lijkt me dat er hiervoor drie redenen kunnen worden aangevoerd. Kort samengevat: het bevordert een beter oordeel, een integer karakter en een meer rationele rechtvaardiging. De drie argumenten hangen overigens samen, zoals we zullen zien.

1. Een eerste argument is dat coherentie bijdraagt tot inhoudelijk betere oordelen met een grotere overtuigingskracht. Ten eerste zorgt de wisselwerking met andere elementen voor een versteviging en grotere overtuigingskracht van onze oordelen; ze worden als het ware gedragen door een coherent geheel van overwegingen. Ten tweede helpt het ons bij het vinden van goede oplossingen voor moeilijke gevallen: door het proces van bevestiging en correctie bereiken we uiteindelijk het best mogelijke antwoord. Ten derde zorgt het voor een uitzuiveren van onhoudbare overtuigingen, gebaseerd op vooroordelen of eigenbelang.

De eerste twee redenen die vooral betrekking hebben op het aspect van samenhang, lijken mij houdbaar. Maar de derde reden, die betrekking heeft op het verwijderen van inconsistenties, wil ik van enige vraagtekens voorzien. Men gaat er hierbij impliciet van uit dat het proces waarbij men streeft naar meer coherentie leidt tot het uitzuiveren van overtuigingen en dat daarbij de meer discutabele overtuigingen en vooroordelen zullen sneuvelen. Op het eerste gezicht lijkt dit een aannemelijke gedachte: een vooroordeel dat joden minderwaardig zijn, houdt geen stand bij een toetsing tegen een gelijkheidsbeginsel. Inderdaad zou men kunnen verwachten dat in het algemeen een consistente verzameling oordelen als geheel inhoudelijk beter is, juist is dan een incoherente verzameling. Onze ervaring wijst immers uit dat juist vooroordelen en op eigenbelang gestoelde oordelen het eerst sneuvelen bij een proces van kritische reflectie.

Maar het lijkt me dat deze stelling niet altijd opgaat. Soms zal het streven naar coherentie ons eerder verder verwijderen van het juiste oordeel. Een inconsistentie zelf kan immers op meerdere manieren worden opgelost. Wanneer we de door mij voorgestelde definitie van coherentie hanteren waarin gekeken wordt naar de hoeveelheid en de kracht van ondersteuningsrelaties, bewerkstelligt het streven naar coherentie soms een methodologisch conservatisme. Dit is met name het geval wanneer onze morele overtuigingen zich in een overgang bevinden waarbij nieuwe overtuigingen langzaam terrein winnen, maar nog slechts beperkte voet aan de grond hebben. Het grotere gewicht van traditionele opvattingen zal dan meestal de doorslag geven. Een te rigoreus doorgevoerd streven naar consistentie leidt dan tot het uitzuiveren van die intuïties die voorbode zijn van een ontwikkeling in het moreel besef.

De hedendaagse dier-ethiek levert hiervan een voorbeeld, maar voorbeelden zijn evenzeer te vinden op andere terreinen van bio-ethiek zoals de milieu-ethiek of de ethiek ten aanzien van onze omgang met embryo's.¹⁶ Er is een groeiend moreel besef dat we met dieren niet alles mogen doen wat we willen en dat er bij voorbeeld iets prima facie verkeerd is aan het doden van dieren of het genetisch modificeren van dieren. We kunnen deze overwegingen samenvatten onder de noemer "integriteit van het dier", maar daarmee hebben we alleen een term gevonden, maar nog niet een duidelijke inhoud. Naar mijn overtuiging is er op dit moment geen bevredigende ethische conceptualisering van het begrip integriteit van het dier. Toch hebben we in concrete gevallen vaak sterke intuïties dat genetische manipulatie of het doden van dieren onjuist is. Voor deze intuïties kunnen we dus geen theoretische, werkelijk de toets van de kritiek doorstaande, gronden aangeven. Onze theorievorming schiet gewoon te kort.

Dit betekent dat bij de huidige stand van de ethische theorie er geen coherente verzameling van ethische principes en intuïties ten aanzien van onze omgang met dieren kan worden geconstrueerd. Zouden we nu in dit geval coherentie als een strikte eis hanteren – zodat we moeten kiezen tussen onze nieuwe intuïties en onze oudere principes – dan lijkt het waarschijnlijk dat die nieuwere, nog niet theoretisch te rechtvaardigen intuïties ten aanzien van onze omgang met dieren het onderspit delven. Meer coherentie leidt daarmee tot een slechter moreel oordeel. En daarmee zouden we tevens een stap terug doen in de morele ontwikkeling.

De conclusie is dan ook dat het eerste argument voor coherentie slechts beperkt opgaat. Het streven naar coherentie is waardevol, omdat het een bijdrage kan leveren aan een grotere overtuigingskracht en een betere kwaliteit van morele oordelen. Maar coherentie mag geen absolute eis worden, omdat dit het risico inhoudt dat we juist tot slechtere oordelen komen. Het kan beter zijn om in sommige gevallen de incoherentie maar te laten voortbestaan.

2. Een tweede argument voor coherentie lijkt mij te liggen in de persoon van de actor. Moraal heeft niet alleen te maken met concrete handelingen, maar zegt ook iets over de persoon die we willen zijn, of over de samenleving of groep die we met zijn allen proberen te zijn. Kortom, het zegt iets over de deugd, het nastrevenswaardig karakter van een persoon of een gemeenschap.

Coherentie heeft betrekking op verschillende aspecten van ons persoons- of gemeenschapsideaal. Het heeft te maken met autonomie: om onszelf als autonoom te beschouwen, moeten we ons handelen kunnen zien als voortvloeiend uit een min of meer coherente persoonlijkheid met coherente opvattingen.¹⁷ Het heeft ook te maken met betrouwbaar-

16. Voor het laatste vgl. bijvoorbeeld Reinders en Wisse, 1992, die stellen dat er eigenlijk geen bevredigende ethische theorie is ten aanzien van de status van het embryo.

17. Dit is minder sterk dan de autonomie-norm van Dworkin. Vgl. Dworkin, 1986: 189.

heid: iemand kan alleen weten wat zij aan mij heeft als ik een min of meer coherent gedragspatroon heb. Het heeft verder, zoals ook Brouwer aangeeft, te maken met formele rechtvaardigheid: coherentie bewerkstelligt dat gelijke gevallen gelijk en ongelijke gevallen ongelijk naar de mate van ongelijkheid worden behandeld. Coherentie is zelfs een voorwaarde voor het kunnen toeschrijven van deugden überhaupt: we kunnen alleen iemand een deugd toeschrijven, wanneer er een min of meer coherent gedragspatroon is. Al deze op coherentie betrekking hebbende overwegingen worden doorgaans met een andere, iets ruimere term gekarakteriseerd, namelijk 'integriteit'.¹⁸ Integriteit is overduidelijk een deugd, zowel voor een persoon als voor een gemeenschap, en daarmee kan ook coherentie als een deugd worden beschouwd.

Coherentie in opvattingen en in gedrag is echter niet de enige of de hoogste deugd. Het streven naar coherentie kan daarom in conflict komen met het streven naar bij voorbeeld materiële rechtvaardigheid. Van iemand die altijd rigoreus aan dezelfde principes vasthoudt, zullen we misschien met bewondering zeggen dat het een man van principes is, maar groter is de kans dat we hem als een star en weinig flexibel persoon zien en daarmee ook als een man die door die beginselvastheid in moreel opzicht tekort is geschoten. Het risico bestaat dat het streven naar coherentie erin resulteert dat men onvoldoende oog heeft voor nieuwe ontwikkelingen, en nieuwe intuïties en voorgestelde nieuwe principes als incoherent afwijst. Coherentie is een waarde op zich, maar alleen wanneer het niet verabsoluteerd wordt ten koste van andere waarden.

Onze analyse van het tweede argument voor coherentie levert een vergelijkbaar resultaat als bij het eerste. Coherentie is een deugd voor zover het een aspect is van integriteit. Maar het te zwaar benadrukken van coherentie heeft het risico van inflexibiliteit en daarmee van verwaarlozing van andere deugden en normen.

3. Een derde argument voor coherentie is dat ik daardoor mijn handelen tegenover anderen beter kan rechtvaardigen. Rechtvaardiging van morele oordelen is niet slechts een puur subjectief proces. Rechtvaardiging is iets wat in ieder geval in principe, maar vaak ook in de praktijk tegenover anderen dient te geschieden. Ik moet aannemelijk maken tegenover een ander dat ik terecht haar belangen heb geschaad, of dat mij niets te verwijten valt dat ik deze rat aan een experiment onderwerp.

Rechtvaardiging in een communicatief proces veronderstelt minimale rationaliteitscriteria. Coherentie lijkt te behoren tot die rationaliteitscriteria. Een niet-consistent en onsamenhangend geheel van morele opvattingen wekt immers eerder de indruk van rationalisering van vooroordelen en oordelen gestoeld op eigenbelang.

Het streven naar meer coherentie is zeker waardevol: hoe coherenter mijn verhaal, hoe eerder ik mijn gesprekspartner kan overtuigen dat ik juist heb gehandeld. Maar hier geldt hetzelfde voorbehoud dat ik al bij de bespreking van het eerste argument noemde. Als de ontwikkeling van ons moreel besef nog zodanig is dat we geen echt coherente op-

18. Vgl. Dworkin, 1986.

vattingen hebben, dan kan ik ook niet een coherent verhaal presenteren tegenover mijn gesprekspartner. Zou ik dat wel doen, dan zou die gesprekspartner juist wantrouwig moeten worden, omdat het allemaal 'te mooi klopt'.

Een tweede voorbehoud is fundamenteeler. Is er wel één rationaliteitsmaatstaf mogelijk? Ik heb in mijn proefschrift verdedigd dat verschillende niet geheel met elkaar te verenigen typen normatief-ethische analyse naast elkaar een plaats hebben in morele argumentatie.¹⁹ Een deugdenethiek, een rechtenethiek, een plichtenethiek verhelderen elk bepaalde aspecten die door de andere benaderingen verwaarloosd worden. Een bevredigende ethische analyse vergt dus een methodologisch en normatief-ethisch pluralisme.

Als gevolg van een dergelijk pluralisme zijn echter incoherenties onvermijdelijk. Een analyse vanuit een Kantiaanse plichtenethiek kan op gespannen voet staan met een benadering vanuit een Aristotelische deugdenethiek. Toch is mijn overtuiging dat we beide ethische benaderingswijzen naast elkaar nodig hebben en dat ze op complementaire morele dimensies van de werkelijkheid wijzen. Een parallel is hier de natuurkunde, waar een elektron zowel als een deeltje kan worden gemodelleerd, als ook als een golf, maar niet als allebei tegelijk.

Een goede ethische analyse is dus misschien wel wezenlijk incoherent, omdat we verschillende niet tot elkaar herleidbare benaderingswijzen in de ethiek nodig hebben, die allemaal belangrijke aspecten verhelderen. Maar dan zal een te rigoreus streven naar meer coherentie regelmatig leiden tot het laten prevaleren van een van de benaderingswijzen, en tot het verwaarlozen van de andere benaderingswijzen. Men kan en mag natuurlijk postuleren dat al deze benaderingswijzen in principe tot één theorie samengebracht kunnen worden. Maar waar het de natuurkunde al niet lukt om tot een 'unified theory' te komen, hoeven we ons daarover op korte termijn in de ethiek geen illusies te maken. Te zeer vooruitgrijpen op die eenheidstheorie nu leidt onherroepelijk tot eenzijdigheden in de morele argumentatie en daarmee ook tot een slechtere rechtvaardiging.

Ik kom tot een afronding van de ethische analyse. Coherentie is een waardevol ideaal in de ethiek, maar mag niet als sterke eis worden gesteld, omdat dit juist het tegendeel kan bewerkstelligen van wat met het streven naar coherentie wordt beoogd. Soms is incoherentie te prefereren boven coherentie. Dit geldt voor elk van de drie genoemde argumenten voor coherentie, respectievelijk het methodologisch streven naar betere en overtuigender oordelen, het streven naar integriteit van persoon of gemeenschap en het streven naar rationele rechtvaardiging.

19. Voor een verdediging van methodologisch en normatief-ethisch pluralisme zie Van der Burg, 1991: hoofdstuk 9. Een voorbeeld is te vinden in het rapport van de Nationale Ziekenhuis Raad over patiëntenselectie en schaarste van middelen (1989).

5. De waarde van coherentie in het recht

Hiermee kom ik op de tweede helft van mijn betoog: Kunnen we deze drie argumenten rond coherentie in de ethiek ook analoog toepassen op de waarde van coherentie in het recht?

1. Leidt coherentie tot betere en overtuigender oordelen in het recht? Als we het criterium voor betere oordelen zoeken vanuit het interne perspectief, dan is het een bijna triviale kwestie. Een criterium van coherentie, of zoals Dworkin het noemt, van 'fit', zal altijd deel uitmaken van een beoordeling wat het beste juridische oordeel is.

Interessanter is de vraag vanuit een extern perspectief. Leidt coherentie ook tot een in kritisch-morele zin beter juridisch oordeel? Het antwoord hangt hierbij allereerst ervan af hoe men het rechtssysteem als geheel beoordeelt. Is het rechtssysteem moreel verwerpelijk, dan zal coherentie niet of nauwelijks leiden tot betere oordelen: het slechte wordt alleen beter gesystematiseerd.

Maar laten we even aannemen dat we het geldende recht van redelijke kwaliteit vinden. Natuurlijk zal streven naar coherentie met het geldende recht dan meestal betere oordelen opleveren. In dit opzicht geldt het door Dworkin geciteerde traditioneel adagium: 'law works itself pure': het recht zuivert zichzelf uit.²⁰

Maar soms ook niet. Het recht loopt immers achter bij de ontwikkelingen in de samenleving. Een goed recht vergt dus zo nu en dan het afwijken van het door coherentie geboden oordeel ten gunste van een inhoudelijk adequater oordeel. Het in veel gevallen toegejuichte 'omgaan' van de Hoge Raad, veelal duidelijk in strijd met coherentie-eisen, is een teken dat coherentie niet verabsoluteerd moet worden. Onze moderne samenleving vereist een dynamisering van het recht. Deze heeft echter een prijs in de vorm van een zeker gebrek aan coherentie.

2. Het tweede argument voor coherentie is de integriteit als een deugd van het rechtssysteem, een gedachte die bij Dworkin voorkomt.²¹ Ik denk dat integriteit als deugd onder meer te maken heeft met aspecten als rechtszekerheid en het waarborgen van een niet-partijdige beoordeling en van gelijkheid voor de wet, zoals ook Brouwer in zijn preadvies opmerkt.

Maar rechtszekerheid is natuurlijk niet de enige rechtswaarde. Recht moet ook goed recht zijn. De spanning tussen goed recht en integer recht, of traditioneler geformuleerd tussen rechtszekerheid en rechtvaardigheid, leidt tot terughoudendheid bij het waarde hechten aan coherentie: coherentie mag ook in het recht niet verabsoluteerd worden.

20. Men zou zelfs kunnen stellen dat dit ook opgaat voor het slechte recht, dat er een dynamiek is in de richting van beter recht. Vgl. Fuller, 1978 en Van der Burg, 1985.

21. Dworkin, 1986: hoofdstuk 6.

3. Het derde argument voor coherentie is natuurlijk voor het recht van groot belang. Recht richt zich tot de burgers en moet tegenover de burgers te rechtvaardigen, te legitimeren zijn. Dit essentieel publieke karakter van het recht vergt zelfs een grotere rationaliteit en coherentie dan in de ethiek.²² Voor legitimatie van het recht is dus coherentie nodig. Maar tegelijk is voor legitimatie vereist dat het recht ook in de ogen van de burgers goed recht is, dat het recht gelijke tred houdt met de ontwikkelingen in de samenleving. Indien het recht te weinig responsief is naar de morele opvattingen van de burgers toe, wordt de legitimiteit van het recht minstens zozeer ondergraven als wanneer er een gebrek aan coherentie is.

Bovendien kunnen we constateren dat het recht verschillende perspectieven kent, verschillende benaderingswijzen of ideologieën die zich niet altijd eenvoudig met elkaar verdragen. Het blootleggen van de incoherenties van het recht is natuurlijk een centraal thema in de Amerikaanse Critical Legal Studies Movement. Het verdoezelen van deze incoherenties lijkt mij niet wenselijk, met name niet omdat daarmee de eraan ten grondslag liggende fundamentele waardeconflicten worden verdoezeld. De incoherenties vormen een belangrijke bron van dynamiek in het recht en daarmee van een ontwikkeling naar beter recht, juist omdat ze reële tegenstellingen weerspiegelen. Wil het recht legitiem zijn, dan zal het ook deze reële tegenstellingen binnen het recht moeten erkennen.

De conclusie van deze drie argumenten is voor het recht dan ook analoog aan de ethiek. Coherentie is een waardevol ideaal: het leidt doorgaans tot betere juridische oordelen, tot een integer rechtssysteem en tot een betere legitimatie van de oordelen. Maar teveel nadruk op coherentie slaat om in het tegendeel van wat beoogd wordt: het leidt tot verstarring en legitimiteitsverlies van het recht.

Incoherenties in het recht moeten dus soms zichtbaar en levend gehouden worden – maar hoe kan dat? Erkenning van idealen als wezenlijke onderdelen van het recht lijkt mij een van de aanknopingspunten voor een oplossing.²³ Idealen zou ik willen omschrijven als waarden die men poogt te verwezenlijken, maar nooit geheel te verwezenlijken zijn, als waarden die bovendien nooit geheel te vatten zijn in formuleringen. Dat iedere vastlegging transcenderende karakter van idealen vormt een voortdurende bron van conflicterende interpretaties en van mogelijkheden om concurrerende visies binnen het recht aan bod te laten komen en vormt dus een bron van nieuwe incoherenties. Wanneer men idealen als die van de rechtsstaat of de democratie in het recht erkent, creëert men daarmee bovendien een kristallisatiepunt voor inhoudelijke discussies die ook de achterliggende conflicten kunnen omvatten.²⁴

22. Vgl. Hampshire, 1983.

23. Dit voorstel is uitgewerkt in mijn proefschrift: Van der Burg, 1991: hoofdstuk 1.

24. Dit komt neer op Peters' ideaal van 'law as critical discussion'. Peters, 1986.

6. De gele oormerken

Ik wil deze analyse illustreren aan de hand van een recente uitspraak van de Rechtbank Leeuwarden.²⁵ Het gaat om oormerken – grote gele flappen met een identificatienummer die sinds vorig jaar bij pasgeboren kalveren in de oren moeten worden aangebracht.²⁶ Een klein deel van de kalveren krijgt hierdoor last van infecties, wordt ziek en sterft zelfs. Sommige boeren, in het bijzonder biologisch-dynamische boeren weigeren daarom hun kalveren te oormerken.

Drie boeren werden hiervoor in een proefproces vervolgd. De rechter verwierp alle principiële verweren van de verdediging. Het interessante van dit vonnis is de uitgebreide motivering waarin de incoherentie van het geldend en toekomstig recht duidelijk naar voren komt. Zodra een ontwerp-verordening van de EG²⁷ geldend recht wordt, zal er zelfs sprake zijn van een overduidelijke inconsistentie in het recht.

In deze ontwerpverordening over identificatie en registratie worden namelijk eisen gesteld aan de te gebruiken merktekens die feitelijk voor de thans beschikbare oormerken niet te verenigen zijn.²⁸ Er wordt zowel geëist dat het merkteken een oormerk of tatoeage moet zijn, als dat het merkteken niet schadelijk mag zijn voor het dier. Nu het thans krachtens de Nederlandse wet voorgeschreven model oormerk bij alle runderen pijn veroorzaakt en bij een deel van de runderen letsel, vormt de combinatie van Europese en Nederlandse verordeningen een regeling die het onmogelijke eist en dus inconsistent is.

Zou de Europese verordening al in werking zijn getreden, dan had de rechtbank moeten besluiten tot ontslag van rechtsvervolging. Wanneer een strafbepaling verwijst naar een inconsistente regeling die het onmogelijke eist, lijkt mij de enige mogelijkheid om de verdachte vrijuit te laten gaan. De rechtbank koos terecht voor een minder vèrgaande anticiperende werking van het toekomstig EG-recht, maar suggereert wel dat ook nu al door deze inconsistentie meer ruimte ontstaat voor alternatieve registratiemethoden.

Nu is natuurlijk door aanpassing van de EG-verordening deze inconsistentie te vermijden.²⁹ Maar daarmee is de meer fundamentele incoherentie nog niet uit de wereld. Deze incoherentie is dat we enerzijds, ook in het recht, het lijden van dieren steeds meer ontoelaatbaar achten en anderzijds dat de moderne veeteeltmethoden op verschillende manieren dat lijden toch veroorzaken. Oorzaak is dus een achterliggende geleidelijke normverschuiving, die nog onvoldoende een bevredigende

25. Vonnis Rechtbank Leeuwarden (Meervoudige Economische Strafkamer) d.d. 27 oktober 1992.

26. O.g.v. de Verordening van het Landbouwschap inzake de Identificatie en Registratie van Runderen 1991.

27. Voorstel voor een verordening met betrekking tot de identificatie en de registratie van dieren (PB nr. C 137/7 van 27-5-1992).

28. Ook in het vonnis wordt de mogelijke tegenspraak van deze eisen expliciet geconstateerd.

29. Een andere mogelijkheid is een zeer enge interpretatie van het begrip 'schadelijk voor het dier'. Deze enge interpretatie lijkt mij echter niet te verenigen met het gangbare Nederlandse recht inzake de bescherming van dieren.

juridische vertaling heeft gevonden en die nog onvoldoende in de praktijk van de omgang met dieren gestalte krijgt.

De incoherentie blijkt ook uit de interpretatie van artikel 254 Wetboek van Strafrecht, dat inhoudt dat het toebrengen van pijn of letsel aan een dier alleen is toegestaan als het een redelijk middel is tot een redelijk doel. De rechtbank komt hierbij niet verder dan een subsidiariteitstoetsing: als er geen aanvaardbaar alternatief registratiesysteem is, is het middel gerechtvaardigd. Aan een echte proportionaliteitstoetsing komt ze dus niet toe. Dit is ook niet verwonderlijk, want in feite zijn het recht en de juridische dogmatiek nog volstrekt niet toegerust om onze zorg voor dieren en de juridische relevantie van het lijden van dieren bevredigend te conceptualiseren en dus in een belangenafweging te betrekken. Ook al is het misschien niet verwonderlijk, daarom is het nog niet terecht: een volledige proportionaliteitstoetsing was juridisch geboden.³⁰

Hoe kan de rechter nu met een dergelijk incoherent recht omgaan? De rechtbank kiest voor een interessante optie. In haar overwegingen geeft ze op verschillende plaatsen expliciete en vèrgaande kritiek op het gevoerde beleid. Het probleem van het veroorzaakte letsel is naar het stellig oordeel van de rechtbank omvangrijker dan officieel is aangenomen – in de officiële rapporten is sprake van een ‘geflatterd beeld’ en ‘nader onderzoek lijkt bepaaldelijk geboden’; de rechtbank is van oordeel dat een ontheffingsmogelijkheid wenselijk zou zijn en dat het Landbouwschap ten onrechte meent geen regeling voor gewetensbezwaarden te hoeven treffen etc. Zelden komt men in een strafrechtelijke uitspraak zoveel onverbloemde kritiek tegen op een overheid of publiekrechtelijk orgaan. Het is vermoedelijk alleen de traditionele terughoudendheid in politieke zaken die de rechtbank weerhoudt van de conclusie die eigenlijk uit haar overwegingen lijkt te volgen, namelijk dat de betrokken boeren vrijuit moeten gaan. Zou ze die conclusie trekken, dan zou ze daarmee immers het hele registratiesysteem ondergraven.³¹

Ik denk dat de rechtbank hier – afgezien van de veroordeling³² – een verfrissende benadering heeft gekozen. In haar uitspraak wordt de in het

30. Een proportionaliteitstoetsing in het kader van artikel 254 Sr zou inhouden dat het belang van een geringere fraudegevoeligheid in vergelijking met alternatieve registratiesystemen (dus niet: het belang van de identificatieregeling als geheel) wordt afgewogen tegen het ‘belang’ van kalveren om gevrijwaard te blijven van letsel en pijn. Een proportionaliteitstoetsing in het kader van een overmachtsverweer zou bovendien nog afweging vereisen tegen het belang van boeren om gevrijwaard te blijven van economische schade en van het gedwongen verrichten van handelingen die in strijd zijn met hun geweten.
31. Hierin past dat de rechtbank vrij ver gaat in het aandringen op een regeling voor gewetensbezwaarden: door erkenning van individuele gewetensbezwaren komt niet het hele systeem op de helling. De incoherentie van het recht wordt dan geneutraliseerd door de problemen te individualiseren.
32. Zolang de EG-verordening niet in werking is getreden, kan men natuurlijk nog niet een beroep doen op de inconsistentie en daarmee op een directe onverbindendheid van de Nederlandse regeling. Ik ben zelf geneigd om te stellen dat de rechter ook in het geldende Nederlandse recht al voldoende aanknopingspunten had kunnen vinden om de boeren vrijuit te laten gaan. De pleidooien voor het ontbreken van materiële wederrechtelijkheid →

recht aanwezige inconsistentie en tevens de meer fundamentele incoherentie blootgelegd en daarmee opengelegd voor discussie. Het is bovendien een directe waarschuwing aan de verantwoordelijke instanties voor de gevolgen van de incoherentie. Daarmee laat ze het rechtsdynamisch potentieel van de incoherentie zoveel mogelijk in stand.

Tot slot

Ik heb even getwijfeld of ik dit verhaal de titel zou geven Lof der incoherentie. Uiteindelijk vond ik dat ook weer wat eenzijdig. Maar ik hoop wel duidelijk gemaakt te hebben dat incoherenties juist een waardevol element vormen in ons recht. Laten we ze serieus nemen en er blij mee zijn. Het is een teken dat ons recht nog midden in de maatschappelijke werkelijkheid staat.

en rechtvaardigende overmacht (conflict van plichten waarbij een ook door het recht beschermd hoger doel – het welzijn van het dier – wordt gediend) lijken mij prima facie steekhoudend. Maar voor een definitief oordeel is een goede analyse nodig van het belang van een volstrekt sluitende registratieregeling voor de gezondheidszorg voor dieren – een analyse die in het geding onvoldoende aan de orde lijkt te zijn gekomen.

Zou de rechter niet zover willen gaan, omdat hiermee de facto de hele regeling ondermijnd wordt, dan ligt als minder vèrstreckende mogelijkheid een erkenning van gewetensbezwaren voor de hand. Het probleem voor de rechter is echter dat de vaststelling van een bevredigende alternatieve prestatie, zoals gebruikelijk bij de erkenning van gewetensbezwaren, een vrij uitgebreide kennis van de mogelijkheden van alternatieve registratiesystemen vereist en ook een beleidskeuze voor een van de mogelijke alternatieven. Dit lijkt meer op de weg te liggen van de overheid.

De bal ligt dus nu bij de overheid. Een regeling voor gewetensbezwaren lijkt op zich niet onmogelijk, zoals ook de rechtbank aangeeft. Om de juridische bezwaren tegen de huidige verordening weg te nemen, zou men dus ten eerste een gewetensbezwarenregeling kunnen treffen waarin een alternatief registratiesysteem voor bezwaarden wordt opgezet, en ten tweede een essentieel verbeterde versie van het oormerk moeten ontwikkelen die minder schadelijk is voor het dier.

Interessant is de vraag wat er gebeurt wanneer de wetgever de rechterlijke suggestie niet overneemt en nalatig blijft bij het construeren van een gewetensbezwaardenregeling en bij het doen van onderzoek naar een verbeterde versie van het oormerk. In dat geval zou de rechter m.i. alsnog zelf tot aanvaarding van een door de verdediging aangedragen alternatief voorstel kunnen komen. De door de rechtbank genoemde praktische bezwaren tegen de thans door de verdediging aangedragen alternatieven lijken namelijk niet zodanig dat ze werkelijk onoverkomelijk zijn. De overheid loopt dus nog steeds het risico dat de rechter in de toekomst alsnog tot erkenning van gewetensbezwaren zal overgaan en daarbij een alternatieve registratiemethode aanvaardt, die vanuit beleidsoogpunt minder gewenst is. Wil de overheid dat voorkomen (en wil ze bovendien de gewetensbezwaren van haar burgers zoveel mogelijk serieus nemen, wat in de Nederlandse traditie een groot goed is), dan lijkt een eigen voorstel voor een gewetensbezwaardenregeling geboden.

Literatuur

- Brouwer, P.W. (1990), *Samenhang in recht. Een analytische studie*, (diss. Groningen) Groningen: Wolters-Noordhoff.
- Brouwer, P.W. (1992), 'Over coherentie in het recht (preadvies)', in: *R&R* 21 (1992), p. 178–192.
- Burg, W. van der (1985), 'De rechtstheorie van Jürgen Habermas', in: *Recht en Critiek* 11 (1985), p. 6–27.
- Burg, W. van der (1986), *Een andere visie op burgerlijke ongehoorzaamheid*, Deventer: Kluwer.
- Burg, W. van der (1991), *Het democratisch perspectief. Een verkenning van de normatieve grondslagen der democratie*, (diss. Utrecht) Arnhem: Gouda Quint.
- Daniels, N. (1979), 'Wide Reflective Equilibrium and Theory Acceptance in Ethics', in: *Journal of Philosophy* 76 (1979), p. 256–282.
- Dworkin, R. (1986), *Law's Empire*, London: Fontana.
- Fuller, L.L. (1978), *The Morality of Law*, New Haven: Yale University Press.
- Hampshire, S. (1983), *Morality and Conflict*, Oxford: Blackwell.
- Haslett, D.W. (1987), 'What is wrong with reflective equilibria?', in: *Philosophical Quarterly* 37 (1987), p. 305–311.
- Heeger, R. (1988), 'Mensen, dieren en principes: Over de ethische toetsing van proeven met dieren', *Filosofie & Praktijk*, 9 (1988), p. 169–180.
- Heeger, R. (1990), 'Ethische Knotenpunten in der Biotechnologie', in: *Zentrum für Niederlande-Studien, Jahrbuch 1990*, Münster: Regensberg, p. 115–120.
- Lyons, D. (1975), 'Nature and Soundness of the Contract and Coherence Arguments', in: N. Daniels (ed.), *Reading Rawls*, Oxford: Blackwell, p. 141–167.
- Nationale Ziekenhuisraad (1989), *Selectie van patiënten, wachtlijsten en modellen voor een rechtvaardige verdeling van gezondheidszorg*, Utrecht.
- Peters, A.A.G. (1986), 'Law as Critical Discussion', in: G. Teubner (ed.), *Dilemmas of Law in the Welfare State*, Berlin: De Gruyter, p. 250–279.
- Rawls, J. (1972), *A Theory of Justice*, Oxford: Oxford University Press.
- Rawls, J. (1974), 'The Independence of Moral Theory', in: *Proceedings and Addresses of the American Philosophical Association*, 48 (1974/75), p. 5–22.
- Rawls, J. (1985), 'Justice as Fairness: Political not Metaphysical', *Philosophy & Public Affairs*, 14 (1985), p. 223–251.
- Reinders, J.S. en E.M. Wisse (1992), 'Toenemende beschermwaardigheid van ongeboren leven?', in: *Filosofie en Praktijk* 13/2 (1992), p. 60–78.
- Timmons, M. (1987), 'Foundationalism and the Structure of Ethical Justification', in: *Ethics*, 97 (1987), p. 595–609.
- Verweij, M. (1990), 'Heuristische processen in een morele redenering', in: *Filosofiedag Utrecht 1990* (ter perse).
- Willigenburg, T. van (1985), 'Rechtvaardiging van normatief-ethische oordelen: een netwerkmodel', in: C. van Eck en H. Philipse (red.), *Praesidium Libertatis*, Delft: Eburon, p. 116–125.
- Willigenburg, T. van (1991), *Inside the ethical expert* (diss. Utrecht) Kampen: Kok Pharos.
- Willigenburg, T. van, en R. Heeger (1989), 'Justification of Moral Judgements: A Network Model', in: *Societas Ethica Jahresbericht 1989*, (Durham), p. 53–62.