

Rechters maken eigen regels

En toch is de rechtspraak onpartijdig

In de zaak-Wilders krijgen rechters bij voorbaat het verwijt dat hun oordeel politiek is. Maar dat geldt voor alle rechtspraak, zeggen Ronald Dworkin en Richard Posner. Toch is neutrale rechtspraak mogelijk, betogen beide juristen op radicaal verschillende wijze. **door Carel Smith**

S
INDS

20 januari 2010 buigt de meervoudige strafkamer van de Rechtbank Amsterdam zich over de vraag of Geert Wilders, leider van de Partij voor de Vrijheid (PVV) en Tweede Kamerlid, schuldig is aan (onder meer) groepsbelediging en het aanzetten tot haat jegens, onder anderen, moslims. Hoewel dit vanuit juridisch oogpunt een interessante kwestie is, zijn deze rechters niet erg te benijden. Achten zij Wilders schuldig aan 'opzettelijke belediging' van moslims wegens hun geloof, of aan het zwaardere delict 'aanzetten tot haat', dan zijn voor een grote groep Nederlanders de rapen gaar. Zij zullen dan bevestigd zien wat zij al langer denken: dat de rechters in Nederland deel uitmaken van de linkse elite die het multiculturele ideaal heeft omarmd. Wordt Wilders echter van de beschuldigingen vrijgesproken, dan zal een andere groep Nederlanders dit uitleggen als een knieval voor de PVV-achterban.

Hoe dat zij, iedere beslissing van de rechtbank zal door een deel van de Nederlandse bevolking worden uitgelegd als een *politiek* oordeel, net als bij de beslissing van het Hof Amsterdam begin 2009 om over te gaan tot strafvervolgning van Wilders. En dat is wel het laatste waarvan rechters willen worden beschuldigd: dat zij niet op juridische gronden tot hun beslissing zijn gekomen, maar na een politieke, en dus *partijdige*, beoordeling van de zaak.

Het belang van onafhankelijke en onpartijdige rechters die in ondergeschiktheid aan de wet rechtspreken, kan inderdaad moeilijk worden overschat. De binding van overheid en burger aan de wet (een aspect van de *rule of law*) vereist dat de rechter zonder aanzien van persoon of instantie beslist aan de hand van vooraf door de wetgever opgestelde rechtsregels. Passen we dit uitgangspunt toe op de rechters van de meervoudige strafkamer in Amsterdam, dan lijkt dit te betekenen dat de juridische kwalificatie die zij aan de uitspraken van Wilders toekennen het resultaat moet zijn van de strikte toepassing van de wet, zonder dat deze beslissing is beïnvloed door politieke, ideologische of morele overtuigingen.

De vraag is of dit mogelijk is. Een schrijver op de PVV-weblog lijkt een punt te hebben wanneer hij stelt dat, hoe de rechter zijn vonnis ook zal beargumen-teren, het uiteindelijk zal neerkomen op *een mening*. Want, aldus de schrijver:

'[W]aar ligt het verschil tussen religiekritiek als een middel tot overtuigen en religiekritiek met geen enkel ander doel dan mensen kwetsen? Wanneer is iemand beledigd? Wanneer is dit opzettelijk teweeggebracht? Wat is discriminatie? Wanneer wordt tot haat aangezet?'

De vraag is bovendien niet alleen *of* er sprake is van opzettelijke belediging (een bewijskwestie), maar ook *welke mate* van opzettelijke belediging toelaatbaar moet worden geacht in het licht van het politieke grondrecht 'vrijheid van meningsuiting'. Bestaan voor de beantwoording van de eerste vraag al geen harde criteria, het antwoord op de tweede lijkt onlosmakelijk verbonden met rechtspolitieke opvattingen, met ideeën over de verhouding die in de samenleving zou moeten bestaan tussen zulke onvergelijkbare idealen als vrijheid, gelijkheid en solidariteit. Door in de zaak-Wilders vast te stellen waar de grens ligt tussen toelaatbare en ontoelaatbare uitlatingen in het publieke debat, doet de rechter méér dan alleen een regel toepassen. In zekere zin schept hij recht: de beslissing in deze zaak kan worden veralgemeniseerd tot een regel die zal gaan gelden voor vergelijkbare gevallen van meningsuiting.

'Is het ideaal van de rechter die louter regels toepast niet een vrome leugen, kunstig door de rechter in stand gehouden?'

De zaak-Wilders vormt een fraaie illustratie van de spagaat waarin de rechter zich bevindt. Enerzijds schrijft de doctrine van de machtscheiding voor om in ondergeschiktheid aan de wet recht te spreken en is het verboden uitspraak te doen 'bij wege van algemeene verordening, dispositie of reglement in zaken welke aan zijne beslissing onderworpen zijn', zoals de Wet algemene bepalingen van 1829 het uitdrukt. De rechter mag, in eigentijdse taal, niet beslissen op basis van zelf opgestelde regels, maar moet vaststellen wat rechtens geldend is.

Anderzijds vergt de toepassing van geldend recht op concrete gevallen dat de rechter de (wettelijke) regels uitlegt en dat hij soms, als het voorgelegde geval niet onder een bestaande regel valt, een uitspraak doet die ten opzichte van het bestaande regelbestand als een nieuwe regel (verordening, dispositie, reglement) moet worden aangemerkt. 'Iedere beslissing', aldus de Amsterdamse rechtsgeleerde Paul Scholten in zijn invloedrijke *Algemeen Deel* (1931), 'ook die welke zogenaamd naar de woorden geschiedt, is tegelijk toepassing en schepping.' Maar dan is de vraag gerechtvaardigd of het ideaal van de rechter die louter regels toepast niet een mythe is, een vrome leugen, kunstig door de rechter in stand gehou-

JUSTICE IN ROBES
door Ronald Dworkin.
The Belknap Press of Harvard
University Press. Cambridge,
Mass. 2006. 308 pag. € 26,95

HOW JUDGES THINK
door Richard A. Posner.
Harvard University Press.
Cambridge, Mass. 2008.
387 pag. € 26,50

den omwille van een van de hoekstenen van de rechtsstaat: de scheiding van machten, opdat de rechter zich niet op het terrein van wetgeving en bestuur begeeft.

Op deze vraag bestaan, grofweg, twee antwoorden. Het eerste antwoord luidt dat de rechter weliswaar soms nieuwe regels toevoegt aan het systeem van (wettelijke) regels, maar dat deze in eigenlijke zin geen schepping van de rechter zijn. Dit is het antwoord van de meest geciteerde rechtsfilosoof van deze tijd, Ronald Dworkin. Het andere antwoord luidt dat de persoonlijke opvattingen van rechters er altijd toedoen, zodat alle rechtspraak politiek van aard is. Dat is het antwoord van een andere Amerikaan: Richard A. Posner, rechter, rechtseconoom, pragmatist en notoire tegenspeler van Dworkin.

In zijn nieuwste boek, *Justice in Robes*, verdedigt Dworkin de gedachte dat rechtsbeslissingen mede onder invloed van morele overwegingen tot stand komen. Het recht bestaat weliswaar voor een belangrijk deel uit door de wetgever uitgevaardigde regels, maar het wordt volgens Dworkin mede gevormd door andere standaarden dan wettelijke regels – die zijn vaak niet uitgevaardigd, maar hebben niettemin gelding binnen het recht. Dworkin doelt hier op de rol die rechtsbeginselen in de rechtspraak spelen. De rechter beroept zich op rechtsbeginselen als hij wordt geconfronteerd met een geval dat de wetgever niet had voorzien toen hij de regel opstelde. Zo had de kleinzoon die zijn grootvader vermoordde om langs deze weg de erfenis in de wacht te slepen naar de letter van de wet recht op de erfenis, maar deze werd hem door het Hof New York (1889) ontzegd met een beroep op het in het Amerikaanse recht geldende beginsel dat niemand profijt mag trekken uit eigen misdrijf.

Minder spectaculair, maar niet minder effectief, blijkt de rol van beginselen bij de uitleg van wettelijke regels. Volgens Dworkin lezen wij het recht altijd tegen de achtergrond van de politiek-morele uitgangspunten van de rechtsorde. Het is de taak van de rechter om in het recht (regels, precedents, instituties) de onderliggende normatieve structuur te ontdekken die de inbreuken die het recht op onze vrijheden maakt, rechtvaardigt. Daarom 'schept' de rechter volgens Dwor-

kin niet zozeer nieuw recht, maar brengt hij slechts tot uitdrukking wat in het bestaande normensysteem besloten ligt.

Interessant aan Dworkins benadering is dat hij probeert twee ogenschijnlijk onverenigbare posities met elkaar te verenigen. Concrete juridische kwesties, zoals de vraag of de president naar Amerikaans constitutioneel recht bevoegd is om de marteling van buitenlandse terroristen te bevelen, kunnen volgens hem alleen worden beantwoord met een beroep op morele beginselen. Aangezien Dworkin het bestaan van een objectieve morele orde verwierpt, lijkt een antwoord waarbij de rechter zich beroept op morele waarden een hoge mate van subjectiviteit, van persoonlijke preferentie, te impliceren. Daarvan is echter volgens hem geen sprake. De rechter komt de beginselen, hun reikwijdte en onderlinge verhouding op het spoor door zich de vraag te stellen welke onderliggende morele structuur de beste rechtvaardiging biedt voor het bestaande rechtssysteem. En hoewel het antwoord op deze vraag inderdaad door en door normatief is, betekent dit volgens Dworkin niet dat het de persoonlijke opvattingen van de rechter weerspiegelt: deze is bij zijn antwoord immers gebonden aan het rechtssysteem, dat in de kern voor alle deelnemers een gegeven is.

'Het wonder van de rechtspraak is dat zij een grote mate van voorspelbaarheid en consistentie vertoont.'

De vrijheid van de rechter is dus beperkt; de uitleg of toepassing van een rechtsregel moet in overeenstemming zijn met de politiek-morele uitgangspunten van het rechtssysteem. Op haar beurt wordt de onderliggende normatieve structuur afgeleid of geconstrueerd uit het bestaande, onproblematische deel van het recht. Op het verwijt van de blogschrijver dat de beslissing van de rechters 'maar *een mening*' is, zou het antwoord van Dworkin luiden: dat is niet de subjectieve mening van een individu, maar het antwoord dat kan worden afgeleid uit de uit-

leg van het (Amerikaanse) recht waarvoor de best mogelijke argumenten bestaan.

Dworkins rechter die, op basis van het geldende recht, de onderliggende morele structuur van de rechtsorde ontdekt om vervolgens te bepalen wat krachtens die normatieve structuur geldend recht is: dat is volgens Posner een huzarenstukje waarin tot op heden alleen Baron van Münchhausen is geslaagd, die zichzelf en zijn paard aan zijn pruikenstaartje uit het moeras heeft getrokken. Volgens Posner 'vindt' men in het recht van alles, en daarom zal men er ook heel verschillende normatieve fundamenten in aantreffen – als 'aantreffen' althans het goede woord is.

In Posners optiek behoort Dworkin tot de legalisten. Deze grote groep van juristen meent dat we met behulp van strikte juridische methoden tot eenzelfde uitleg en hantering van het recht kunnen komen, precies zoals de som $2 + 2$ door iedereen gelijk zal worden beantwoord, 'of hij nu een Democraat is of een Republikein, een theosoof, libertijn, Holocaustontkenner of kannibaal'. Maar juridische methoden, zoals het gebruik van precedents of het redeneren naar analogie, blijken tot zeer verschillende uitkomsten te kunnen leiden, afhankelijk van de overtuigingen van degene die ervan gebruikmaakt.

Redeneren naar analogie, bijvoorbeeld, is geen methode waarmee het antwoord in een niet-geregeld geval wordt gevonden. Volgens Posner is deze methode onderdeel van de juridische retoriek. Iets is in een *bepaald* opzicht altijd wel vergelijkbaar met iets anders. Gas en olie, bijvoorbeeld, zijn vergelijkbaar met wilde dieren, omdat beide categorieën zich niet vast op één plaats bevinden, maar zich voortbewegen – de dieren op het land, olie en gas in het gesteente. Het punt van overeenkomst lijkt vergezocht, maar de onderlinge vergelijkbaarheid is door Amerikaanse rechters ingeroepen om antwoord te geven op de vraag hoe men de eigendom van olie en gas verwerft. Daarbij hebben zij aansluiting gezocht

'Volgens de legalisten kan iedereen tot eenzelfde uitleg van het recht komen, "of hij nu een Democraat is of een Republikein, een theosoof, libertijn, Holocaustontkenner of kannibaal".'

bij de regel van eigendomsverzekering van wilde dieren. Die stelt dat de eigendom niet eerder intreedt dan nadat het dier gevangen is. Naar analogie van deze regel is men, aldus de rechters, pas eigenaar van olie en gas als men het fluïde goedje heeft (op)gevangen.

Het is echter de vraag of de vergelijkbaarheid tussen beide categorieën de *grondslag* vormt van deze beslissing, of dat een punt van vergelijking is gezocht ter *rechtvaardiging* daarvan. Wilde dieren zijn immers in bijna alle opzichten onver-

gelijkbaar met delfstoffen – zelfs het ingeroepen punt van vergelijkbaarheid, hun ambulante karakter, verschilt aanzienlijk: dieren verplaatsen zich uit eigen aandrif, olie en gas alleen onder invloed van externe factoren, zoals de zwaartekracht. De analogieredenering verhuult volgens Posner dat aan de beslissing heel andere overwegingen ten grondslag liggen, die verband houden met de als wenselijk beoordeelde *effecten* van deze vorm van eigendomsverzekering. Deze overwegingen vormen echter buiten-juridische criteria die samenhangen met de bijzonderheden van de persoon van de rechter – van diens temperament, sociale achtergrond, etniciteit en sekse tot en met diens professionele ervaring en politieke opvattingen.

Volgens Posner is het zo dat bij *alle* juridische methoden buiten-juridische criteria worden toegepast. Zo rechtvaardigt een rechter een beslissing soms met een beroep op precedents. Deze zijn echter voor meerdere uitleg vatbaar (zoals de vraag welke aspecten van het precedent beslissend waren: de *ratio decidendi*), terwijl ook de mate van vergelijkbaarheid tussen het precedent en het voorliggende geval ter discussie kan staan. Bovendien kan een wettelijke regel op verschillende manieren worden begrepen – de toegekende betekenis kan vervolgens worden gerechtvaardigd met een beroep op een of meer interpretatiemethoden, zoals taalkundige, wetshistorische of systematische interpretatie. Het probleem is dat deze methoden geen formele rangorde kennen, wat *hard core*-legalisten, onder wie rechter aan het Supreme Court Antonin Scalia, ook mogen beweren.

De op ideologische gronden gebaseerde doctrines, zoals de leer dat alleen een letterlijke uitleg van de wet geoorloofd is (*textualism*), leiden onherroepelijk tot absurde, en dus onaanvaardbare resultaten. Een letterlijke lezing van het tweede amendement van de Amerikaanse grondwet zou bijvoorbeeld burgers het recht geven ieder wapen te dragen dat een enkele persoon kan hanteren, inclusief 'shoulder-launched surface-to-air missiles'. Gelukkig zijn de meeste rechters volgens Posner minder leerstellig dan hun rechtstheoretisch ingestelde collega's en leggen zij de wettelijke regels niet volgens één strikte methode of leer uit, maar met het oog op de *consequenties* die de uitleg heeft. 'Alle uitleg', aldus Posner, 'is afhankelijk van omstandigheden, inclusief institutionele factoren als de motieven en methoden van rechters en wetgevers'.

Betekent dit dat Posner het eens zal zijn met de blogschrijver dat rechterlijke beslissingen 'maar een mening' zijn? Hoewel Posner erkent dat uitspraken niet losstaan van de persoon van de rechter, luidt het antwoord ontkennend. Het eigenlijke wonder van de rechtspraak is dat zij, ondanks het ontbreken van een strikte juridische methodeleer die tot eenduidige resultaten leidt, toch een grote mate van voorspelbaarheid en consistentie vertoont.

Dit komt doordat de beslissingen van rechters niet alleen worden bepaald door hun persoonlijke achtergrond en preferenties, maar ook door factoren die het



ambt zelf betreffen. Institutionele factoren, zoals de benoeming voor het leven, het bij wet geregelde salaris en het uitgangspunt dat rechters geen verantwoordelijkheid dragen ongetwijfeld bij aan het ideaal van een onpartijdige rechtspraak. Rechters opereren nu eenmaal niet in een politiek vacuüm. De rechtspraak is weliswaar onafhankelijk van wetgeving en bestuur, maar dat wil niet zeggen dat rechters politieke castraten zijn die in hun oordeelsvorming geen rekening houden met het politieke klimaat. Ten slotte wordt het gedrag van rechters óók bepaald door meer prozaïsche factoren, zoals de waardering die zij voor hun functioneren oogsten binnen de eigen beroepsgroep en de juridische gemeenschap.

Deze *down to earth*-benadering is kenmerkend voor Posner. Naar goed rechts-economisch inzicht stelt hij dat ook rechters reageren op marktprikkels (het tweede hoofdstuk van zijn boek is getiteld 'The Judge as Labor-Market Participant'). Voor Dworkin, die in verheven termen over het ambt van rechter spreekt en in eerdere boeken de alwetende maar bloedeloze Hercules als rolmodel opvoert, is Posners kijk op rechters bijna cynisch te noemen. Toch zijn Posners rechters geen amorele wezens, maar mensen van vlees en bloed met dezelfde aandriften en ambities als hun medeburgers. Eigenschappen als eerezucht en conformisme pakken overigens niet altijd negatief uit:

'Om door zichzelf en door anderen, in het bijzonder de vakgenoten, als een goed rechter te worden beschouwd, dient men zich aan de geldende normen van de rechtspraak te houden. Men zal niet als een goed rechter worden gezien als men steekpenningen aanneemt, gevallen beslist door een muntje op te gooien, in slaap valt tijdens de rechtszitting, de juridische doctrine negeert, niet tot een besluit kan komen, beslissingen baseert op het al dan niet aantrekkelijke voorkomen van partijen of hun advocaten, of geschillen beslist op basis van "politiek'

(afhankelijk van de definitie van dit glibberige woord).'

Voor Posner maken de standaarden en mores van de juridische gemeenschap integraal deel uit van het recht. Het recht kan niet, zoals de legalisten menen, gelijkgesteld worden met het juridische materiaal (de *black letter law*), maar omvat ook de bewerking ervan met behulp van de technieken en werkwijzen zoals rechters en andere juristen die in hun opleiding en training hebben geleerd. Het recht is niet een ding, maar het resultaat van het *handelen* van gezagsdragers – en dus onlosmakelijk verbonden met het amalgaam van technieken, disposities en attitudes dat de *esprit de corps* van de rechterlijke macht vormt.

Om die reden zijn de meeste rechters volgens Posner pragmatisten. Zij laten zich in hun beslissingen door verschillende overwegingen leiden. Het resultaat is dat zelfs verstokte aanhangers van sterk ideologisch geïnspireerde stromingen als *textualism* (een loot aan de stam van *legalism*) zich soms laten leiden door de mogelijke gevolgen van een uitspraak, terwijl overtuigde pragmatisten als Posner de letter van de wet soms verkiezen boven een uitleg die tot de door hen geprefereerde gevolgen voert. Het pragmatisme is, aldus Posner, niet zozeer een methode als wel een houding. Het verzet zich tegen de gedachte dat de juiste uitkomst in een juridisch geschil het antwoord is dat langs logische weg of via een strikte methode uit de tekst van de wet of uit de onderliggende concepten kan worden afgeleid. Het predikt niet de vrijheid om iedere beslissing te nemen die de rechter wenselijk acht, maar bepleit dat deze acht slaat op zowel de bewoordingen en rechtsconcepten als op de institutionele en maatschappelijke gevolgen van de beslissing:

'De pragmatische rechter is een gebonden pragmatist. Hij is, net als de andere rechters, gebonden aan de standaarden die

rechters voorschrijven onpartijdig te zijn, zich bewust te zijn van het belang dat het recht voldoende voorspelbaar is om het gedrag te sturen van degenen die eraan zijn onderworpen (inclusief de rechters zelf!), en voldoende gezag toe te kennen aan het geschreven woord in contracten en wetten.'

Waar Dworkin inzet op een dwingende juridische methodologie die de beslissingsvrijheid van de individuele rechter zo ver mogelijk terugdringt om uiteindelijk het materiaal 'te laten spreken', draait Posner de zaak om. De betekenis wordt niet bepaald door het juridische materiaal zelf, maar door wat de Amerikaanse jurist Stanley Fish de *interpretive community* heeft genoemd: door de lezers, de gebruikers van die teksten. Dat de rechter er niet elke betekenis aan kan toekennen, is te danken aan de lange training die juristen in het algemeen en rechters in het bijzonder hebben doorlopen. Om die reden zijn sommige argumenten voor iedere jurist onaanvaardbaar, zijn andere voor discussie vatbaar en zullen weer andere door elke weldenkende jurist in de betreffende rechtsgemeenschap als onweerlegbaar worden beschouwd. Morele en intellectuele integriteit, de hoekstenen van Dworkins rechtsvindingstheorie, zijn voor Posner dan ook minder het gevolg van de deugd-

zaamheid van rechters; dat zij een zaak onpartijdig en deskundig kunnen beoordelen, is vooral het gevolg van de prikkels die uitgaan van de *esprit de corps*.

In één belangrijk opzicht zijn Dworkin en Posner het met elkaar eens: rechtspraak is door en door normatief. Interpretatie en hantering van het recht vinden altijd plaats tegen de achtergrond van wat rechters in het licht van de rechtsorde de juiste of meest wenselijke beslissing achten. Maar zij zullen voor hun opvattingen redenen moeten aanvoeren die binnen de rechtsgemeenschap gezag hebben. De Finse jurist Martin Koskeniemmi spreekt in dit verband van de *legal grammar*, de complexe set van inhoudelijke standaarden en procedures die in de handelingspraktijken van gezagsdragers, rechters en andere professionele juristen besloten ligt. Juristen kunnen in een geschil soms diametraal tegenovergestelde posities innemen en deze onderbouwen met argumenten, zonder dat dit een reden vormt om de deskundigheid van de ander in twijfel te trekken. Hun onderling strijdige conclusies steunen op dezelfde aannames over de bronnen van recht, de methoden van interpretatie en de standaarden voor de vergelijkbaarheid van gevallen. Juist dankzij deze juridische grammatica zijn juristen het in eenvoudige

gevallen eens en kan het debat zich in de meer controversiële gevallen toespitsen op wat Koskeniemmi de *politics of law* noemt:

'De betekenis van een juridische tekst wordt bepaald door wat men ermee beoogt in een bepaalde context, tegenover een specifieke claim, een specifiek publiek. Welke belangen worden door de tekst bevorderd, waartegen verzet deze zich? Dit is de politics of law, waarvoor het bestaan van een [juridische]grammatica essentieel is, terwijl zij tegelijkertijd veel omvattender is dan louter grammaticagebruik.'

De professionaliteit van de rechter bestaat in het vermogen om een zaak juridisch in te kaderen en te bepalen welke argumenten zinvol zijn voor de beslissing van het geschil. Dat die argumenten in veel gevallen moeten worden afgewogen en dat deze afweging uiteindelijk wordt bepaald door de *politics of law* van degene die beslist, volgt uit de aard van het recht. Recht is niet een vaststaand feit, maar een *oordeel*: het is het resultaat van de afweging van de belangen, waarden en doeleinden van het recht en dus de uitdrukking van het oordeel welk belang behoort te prevaleren.

De beslissing van de rechters in de zaak-Wilders, zo zouden we de blog-

schrijver kunnen tegenwerpen, is niet slechts hun *mening*. Het is een beslissing waarover men *in redelijkheid* van mening kan verschillen, en dat is iets anders. Dat het de rechter wordt *verweten* dat de beslissing politiek is, is onterecht. Alle rechtspraak is politiek, in de betekenis die de Britse rechtstheoreticus John Bell daaraan toekent, in de zin van de uitoefening van bevoegdheden waardoor richting aan de samenleving wordt gegeven. Gelukkig maar, want dat is waar het in het recht om draait: om de beantwoording van *normatieve* vraagstukken over de inrichting van onze gemeenschap en het gedrag van onze medeburgers.

Carel Smith is rechtsfilosoof en hoofd *Research Courses van de Graduate School van de Faculteit der Rechtsgeleerdheid, Universiteit Leiden*.

Overige literatuur

- M. Koskeniemmi. *From Apology to Utopia. The Structure of International Legal Argument*. Cambridge University Press. Cambridge 2005. (1989)
- P. Scholten. *Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. Algemeen Deel*. W.E.J. Tjeenk Willink. Zwolle 1974. (1931)