

# De praktische rechter. De opmerkelijke relevantie van Paul Scholten voor een eigentijdse rechtsvindingstheorie

R.C. Hartendorp en H. Wagenaar\*

## 1 Inleiding

*'Recht doen is de taak van de rechter. Ik geloof, dat in ieder wetenschappelijk oordeel meer ligt dan waarnemen en logisch betoog doch wat daarvan zij, het rechtsoordeel is meer dan dat – het is nooit herleidbaar tot deze twee.'*<sup>1</sup>

### 1.1 Problemen in het recht

'In de afgelopen 25 jaar is het aantal uitspraken in burgerlijke rechtszaken verdrievoudigd. Dit betekent dat de burgerlijke rechters op een doorsnee werkdag in ongeveer 2400 rechtszaken tot een uitspraak komen', aldus een kort bericht in *NRC Handelsblad* van 26 mei 2003. Dit citaat illustreert in twee zinnen de problematiek waarmee de rechterlijke macht sinds twee decennia kampt.<sup>2</sup> Om de achterstanden niet te laten oplopen, moet er een zekere 'productie' worden gedraaid. De omvang van deze 'productie' heeft onmiskenbaar gevolgen voor het functioneren van de rechterlijke organisatie, rechtspraak en rechtsvinding.<sup>3</sup> Om de opgelopen achterstanden te kunnen inlopen of op

\* R.C. Hartendorp is werkzaam bij de Raad voor de rechtspraak en bereidt een proefschrift voor over rechterlijke oordeelsvorming. H. Wagenaar is als senior-onderzoeker verbonden aan het Nederlands Studiecentrum voor Criminaliteit en Rechtshandhaving en als universitair hoofd-docent aan het Departement Bestuurskunde van de Universiteit Leiden. De auteurs danken Jan van Dunné voor zijn waardevolle commentaar op een eerdere versie van dit artikel.

1 P. Scholten, Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. Algemeen Deel, Zwolle: Tjeenk Willink, derde druk, 1974, p. 130.

2 Werkachterstanden zijn al jarenlang een thema in de praktijk van de rechtsvinding. Zo schreef J.M. Polak in 1985 (Theorie en praktijk der rechtsvinding, *Ars Aequi* 1985, jrg. 34, nr. 12, p. 734-737): 'Mijn scepsis is toegenomen; lang niet altijd is het mogelijk meer dan toverformules te geven; de overbelasting waarmede momenteel bijna alle rechterlijke colleges te kampen hebben, belet vaak de uitvoerige uiteenzetting.' Zoals uit het hierboven aangehaalde krantenbericht blijkt, is de omvang van deze problematiek sindsdien verergerd.

3 M.A. Loth, Crisis in de juristerij, *R&R* 1998/2, p. 99-104.

zijn minst genomen te kunnen blijven beheersen is immers een efficiënte afhandeling van zaken genoodzaakt. Deze efficiënte afhandeling laat zich het beste uitdrukken in een organisatorisch, instrumenteel begrippenkader.

Of deze organisatorische, instrumentele benadering ook gevolgen heeft voor de rechtsvinding blijft speculatief. Desalniettemin is er een opmerkelijke overeenkomst tussen het bedrijfsmatige vocabulaire waarmee over de huidige problemen in de rechtspraak gesproken wordt en de overwegend positivistische opvatting over rechtsvinding binnen de rechtswetenschap. Dit kan er toe leiden dat rechtsvinding kwetsbaar wordt, omdat er kennelijk weinig wordt nagedacht over de aard en het karakter van de rechtsvinding. Rechterlijke oordeelsvorming heeft ook kenmerken die zich moeilijk in bedrijfsmatige begrippen laten uitdrukken. Voorbeelden zijn de praktische wijsheid van een rechter, het morele karakter van de rechterlijke oordeelsvorming, het rechtsgevoel dat aan een rechterlijk oordeel ten grondslag ligt. Kronman<sup>4</sup> en Loth<sup>5</sup> hebben gewaarschuwd voor de gevolgen van het gebrek aan aandacht voor deze niet-instrumentele elementen van de rechterlijke oordeelsvorming.

Het is goed te verklaren dat er in de Nederlandse literatuur weinig aandacht is besteed aan de problematiek rondom de idee over de aard en het karakter van de rechterlijke oordeelsvorming.<sup>6</sup> In Nederland kennen we immers het *Algemeen Deel* van Paul Scholten dat als het fundament voor de rechtsvindingstheorie fungeert. Behalve dat Scholten als praktijkjurist een groot aanzien genoot,<sup>7</sup> bevat zijn rechtsvindingstheorie veel elementen van een realistische, pragmatische benadering van het recht waarin praktische wijsheid en de niet-instrumentele elementen van de rechterlijke oordeelsvorming centraal staan. Omdat veel auteurs een direct of indirect beroep doen op Scholten, lijkt de noodzaak om het onderzoeksprogramma van de rechtsvinding te herwaardenen minder dringend. Dit is slechts schijn. Ondanks een beroep op de scholtensiaanse rechtsvindingstheorie, heeft de rechtsgeleerdheid ook in Nederland een overwegend instrumentalistische, positivistische opvatting van het recht en de rechtsvinding. Dit geldt ook voor een groot deel van de auteurs die misschien wel een beroep doen op Scholten, maar in strijd met Scholtens idee over recht en rechtsvinding, aan de scholtensiaanse opvattingen een positivistisch karakter geven. In de volgende paragraaf werken wij dit punt verder uit.

4 A.T. Kronman, *The lost lawyer. The failing ideal of the legal profession*, Cambridge (Mass.): Harvard University Press 1993, p. 17.

5 Loth, *Crisis in de juristerij*.

6 A.M. Hol & M.A. Loth, *Iudex mediator. Naar een herwaardering van de juridische professie*, R&R 2001/1, p. 9-57.

7 Dit blijkt onder andere uit het voorwoord bij P. Scholten, *Verzamelde Geschriften deel 1 en 2*, Zwolle: Tjeenk Willink 1949.

De oplossing van de problematiek rondom het karakter van het recht moet niet alleen worden gezocht in het versterken van het juridisch of management instrumentarium, maar juist in een herwaardering van de essentialia van de juridische professie en de heroverweging van het onderzoeksprogramma van het juridisch onderzoek.<sup>8</sup> Voor het laatste hoeven wij niet ver te zoeken. De rechtsvindingstheorie van Scholten – in de originele, pragmatische variant – zou als een uitstekende basis kunnen fungeren. Wel kan deze theorie op een aantal onderdelen gemoderniseerd worden. Voordat wij over deze modernisering spreken, eerst een korte weergave van de kernonderdelen van Scholtens rechtsvindingstheorie.

## 1.2 Paul Scholten

Paul Scholten bepleitte dat rechterlijke rechtsvinding niet als een mechanische toepassing van een rechtsregel op een geval, maar als een zelfstandige keuze met een eigen karakter moet worden beschouwd. Eerst met de beslissing is de regel gegeven.<sup>9</sup> In deze keuze zijn reflexieve én intuïtieve elementen te onderscheiden, en bij de totstandkoming van het rechterlijk oordeel maakt een rechter gebruik van verstands- en gevoelsargumenten. Daarnaast heeft volgens Scholten de totstandkoming van een rechtsoordeel uitdrukkelijk een handelingskarakter. De overwegingen die ten grondslag liggen aan het concrete oordeel zijn van een argumentatieve aard, terwijl het oordeel zelf moet worden beschouwd als een handeling. Met behulp van een stilzwijgende, voor de rechter zelf niet altijd onder woorden te brengen 'sprong' overbrugt deze het verschil tussen de argumentatieve en de handelingsorde.

De drie bovengenoemde antipositivistische ankerpunten, (i) 'eerst met de beslissing is de regel gegeven', (ii) de rechterlijke rechtsvinding is zowel zedelijk als rationeel, en (iii) aan een rechterlijk oordeel gaat een 'sprong' vooraf, staan haaks op een positivistisch-instrumentele opvatting van rechtsvinding. Zij maken het *Algemeen Deel* ook tot een uniek werk dat, zoals wij hieronder zullen demonstreren, nog altijd bijzonder geschikt is voor de beantwoording van actuele rechtsvindingsvraagstukken. Vooral de overtuigende wijze waarmee Scholten een alternatief voor de positivistische traditie heeft geformuleerd, geniet veel waardering. Velen beschouwen het *Algemeen Deel* dan ook – ons inziens terecht – als hét paradigma van het Nederlands recht.<sup>10</sup>

<sup>8</sup> Kronman, *The lost lawyer*, p. 165 e.v.

<sup>9</sup> Scholten, *Algemeen Deel*, p. 9.

<sup>10</sup> M. Verhorst, *Het recht van het recht is ook recht*, in: E. Lissenberg e.a. (red.), *De actualiteit van Paul Scholten*, Nijmegen: *Ars Aequi Libri*, p. 45-53.

In de promotie van een studie tot een standaardwerk of zelfs ‘paradigma’ en de daarmee gepaarde bespreking en herlezing, schuilt het risico dat de herinterpretatie van het standaardwerk een eigen leven begint te leiden en zich inhoudelijk vervreemdt van het oorspronkelijke werk. Het lijkt er op dat het *Algemeen Deel* dit lot heeft getroffen. Ondanks de brede openlijke instemming van het overgrote deel van de auteurs met de inhoud van het *Algemeen Deel*, blijkt uit een nadere bestudering van de opvattingen en theorieën over rechtsvinding dat veel schrijvers de belangrijkste uitgangspunten en rechtsvindingstheorie van Scholten niet delen.<sup>11</sup> Uiteindelijk blijkt voor een groot aantal hedendaagse auteurs het positivisme waartegen Scholten zich zo krachtig en overtuigend verzette, een even hardnekkig als vanzelfsprekend ankerpunt.<sup>12</sup> Wij zullen dit met een tweetal citaten van schrijvers die aangeven het belangrijkste deel van de inhoud van Scholtens opvattingen te onderschrijven, illustreren: ‘Er is geen *ius in causa positum*, althans, niet in het recht.’ (Kaptein)<sup>13</sup> ‘Wat de rechtsvinding betreft is de taak [van de rechter] in [eenvoudige] gevallen dus volledig heteronoom bepaald. [De rechter] behoeft niet meer of anders te zijn dan “spreekbuis van de wet”’ (Wiarda)<sup>14</sup>

Een deel van de scholtensiaanse opvattingen wordt aldus op positivistische wijze uitgelegd. Deze uitleg is fundamenteel in strijd met de oorspronkelijke pragmatistische en rechtsrealistische uitgangspunten.<sup>15</sup> De verklaring hiervan moet worden gezocht in het misverstaan van het dialectische karakter van Scholtens rechtsvindingstheorie.<sup>16</sup>

### 1.3 Rechtsvinding in de bestuurs- en beleidswetenschappen

Hoewel de scholtensiaanse rechtsvindingstheorie verwoord in het *Algemeen Deel* nog altijd een grote waarde heeft voor de interpretatie en het oplossen van concrete rechtsvindingsvraagstukken, doet de zeventig jaar oude theorie op een aantal punten ouderwets aan. Zo heeft het denken over begrippen als het ‘geweten’, ‘irrationele factoren’ en de ‘sprong’ de afge-

11 C.E. Smith, *Feit en rechtsnorm*, Maastricht: Shaker Publishers (diss. Leiden), 1998, p. 18.

12 Onder de hedendaagse auteurs rekenen wij de schrijvers die de afgelopen vijftientwintig jaar over rechtsvinding en rechterlijke oordeelvorming hebben gepubliceerd.

13 H.J.R. Kaptein, *Redelijkheid en billijkheid, redelijke argumenten of rechterlijke rookgordijnen? Of Waarom ‘Waarom? Daarom!’ in rechtspraak niet voldoende is*, in: E.T. Feteris e.a. (red.), *Met reden omkleed*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1994, p. 191.

14 G.J. Wiarda, *Drie typen van rechtsvinding*, Zwolle: Tjeenk Willink, vierde druk, 1999, p. 20.

15 J.M. van Dunné, *De dialectiek van rechtsvinding en rechtsvorming*. Opstellen over rechtsvinding. Arnhem: Gouda Quint 1984, p. 6.

16 Van Dunné, *De dialectiek van rechtsvinding en rechtsvorming*.

lopen decennia een sterke ontwikkeling doorgemaakt. Met name in de bestuurs- en beleidswetenschappen bestaat er veel aandacht voor regeltoepassing door ambtelijke uitvoeringsorganen en *street level bureaucrats*,<sup>17</sup> en is er veel geschreven over genoemde begrippen. Het besluitvormingsonderzoek als discipline binnen de bestuurskunde bevat dan ook veel relevante informatie voor de rechtswetenschap.<sup>18</sup>

De vergelijking tussen de bestuurs- en rechtswetenschappen is mogelijk, omdat de aard van de rechtsvindingsproblematiek voor het openbaar bestuur en de rechterlijke macht veel overeenkomsten vertoont.<sup>19</sup> Net als de directeur van een basisschool heeft een rechter meer werk te verstouwen dan hij eigenlijk aankan; net als een medewerker van een Centrum voor Werk en Inkomen wordt een rechter geconfronteerd met tegenstrijdige en onduidelijke regelgeving; net als een wetgevingsjurist heeft een rechter bij de beoordeling van een voorgelegd geval rekening te houden met 'algemene maatschappelijke gevoelens'; net als bij het besluit tot de verlening van een bouwvergunning, is er een hertoetsing mogelijk. De polemiek binnen de bestuurswetenschappen kent veel parallellen met het debat dat afgelopen honderd jaar binnen de rechtswetenschappen is gevoerd. Het is derhalve opvallend dat er over en weer weinig kennis genomen wordt van de heersende opvattingen en theorievorming. De scheiding tussen het bestuurswetenschappelijke en het rechtswetenschappelijke forum uit zich in een onbekendheid met elkaars ideeën. Dit is ons inziens een groot gemis, omdat de bestuurs- en beleidswetenschappen gebruik kunnen maken van het rijke vocabulaire en de lange historie van het juridische debat, en de rechtswetenschappen profijt kunnen hebben van de theoretische invalshoeken en de inzichten die empirisch onderzoek binnen de bestuurs- en beleidswetenschap hebben opgeleverd. Met dit artikel willen wij een bijdrage leveren aan de kruisbestuiving tussen de bestuurskundige en de juridische rechtsvindingstheorie.

17 Zie voor een uitvoerige analyse van de problematiek waarmee uitvoeringsambtenaren zoals politieagenten, maatschappelijk werkers en leraren (*street level bureaucrats*) worden geconfronteerd het bestuurskundige standaardwerk van M. Lipsky, *Street-level bureaucracy. Dilemmas of the individual in public services*, New York: Russell Sage Foundation 1980.

18 E.R. Müller, *Conflictbeslechting. Kruisbestuiving van rechtswetenschap en bestuurskunde* (oratie Leiden), 2001, p. 12.

19 Zie voor een beschrijving van de betekenis van de bestuurskunde voor de rechtswetenschap Müller, *Conflictbeslechting*.

In het debat binnen de bestuurs- en beleidswetenschappen kan een onderscheid worden gemaakt tussen de aanhangers van het rationalistisch-positivisme en de aanhangers van de praktijk- of pragmatische benadering.<sup>20</sup> De rationeel-positivisten beschouwen het handelen in de alledaagse werkelijkheid als geleid – zo niet bepaald – door expliciete doelen en kennis. Professioneel handelen is verankerd in, liefst wetenschappelijke, kennis. Handelen wordt daarmee in feite een verlengstuk van weten. Wagenaar en Cook<sup>21</sup> zeggen bijvoorbeeld dat: „In the modernist scheme action is supposed to follow logical and automatically from knowledge; any other action is at best intuitive and at the worst blind’. Bij rationeel-positivisten draait het om geloof in een beheersbare en eenduidige werkelijkheid. De greep op de sociale werkelijkheid kan worden vergroot door meer kennis te hebben van die werkelijkheid en een verbetering van het intellectuele instrumentarium waarmee de werkelijkheid wordt beheerst. Interventiewetenschappen zoals de bestuurs- of bedrijfskunde, maar ook de meeste professionele ‘kundes’ zoals de psychologie en ook de rechtswetenschap, baseren zich op deze instrumentele opvatting over de relatie tussen kennis en handelen. Het positivistische model van professionele kennis, waarin hoofdzakelijk aandacht bestaat voor de instrumentele opvatting, is diep ingesleten in het onderwijs en het wetenschappelijk onderzoek.<sup>22</sup>

Tegenover het rationeel-positivisme staat de praktijkbenadering, welke stroming onder meer wortels heeft in het pragmatisme waarvoor William James, John Dewey en ook de rechtsfilosoof en rechter Oliver Wendell Holmes de fundamenteën hebben gelegd.<sup>23</sup> De voorstanders van deze stroming beschouwen de werkelijkheid waarbinnen de overheidsfunctionarissen werken als concreet, onzeker, dubbelzinnig, conflictueus, onvoorspelbaar en dringend<sup>24</sup> en hebben minder vertrouwen in het menselijk

20 Er is in de laatste tien jaar een omvangrijke literatuur over praktijktheorie verschenen. Het voert te ver om deze hier te vermelden. Een goede inleiding vormt de in 2001 gepubliceerde bundel van T.R. Schatzki, K. Knorr-Cetina & E. von Seigni, *The practice turn in contemporary theory*, Londen/New York: Routledge.

21 H. Wagenaar & S. Cook, *Understanding policy practices. Action, dialectic and deliberation in policy analysis*, in: M.A. Hajer & H. Wagenaar, *Deliberative policy analysis. Understanding governance in the network society*, Cambridge: Cambridge University Press 2003.

22 Hol & Loth, *Iudex mediator*, p. 38.

23 De hoeveelheid literatuur van en over de grote Drie van het Amerikaanse pragmatisme is overweldigend en neemt, met de huidige belangstelling voor het pragmatistische gedachtegoed, nog steeds toe. Een voortreffelijke en zeer leesbare *'history of ideas'* van het vroege pragmatisme is L. Menand, *The Metaphysical Club*, Londen: Flamingo 2001.

24 Wagenaar & Cook, *Understanding policy practices*.

vermogen deze alledaagse werkelijk te beheersen en te controleren.<sup>25</sup> Dit betekent niet dat men zich in de praktijkbenadering bij voorbaat neerlegt bij de intrinsieke onkenbaarheid en onbepaaldheid van de alledaagse werkelijkheid. In de praktijkbenadering verschuift daarentegen de kernvraag. Niet langer staat centraal hoe we de werkelijkheid het meest efficiënt en doelmatig kunnen beheersen, maar veeleer hoe we kunnen verklaren dat ervaren professionals, zoals rechters, erin slagen in een onkenbare en onbepaalde wereld stelselmatig beslissingen te nemen die door een breed publiek als in grote lijnen juist en rechtvaardig worden beschouwd. De aanhangers van de praktijkbenadering richten zich derhalve niet zozeer op de manier waarop alledaagse onzekerheid zo goed mogelijk kan worden bestreden, maar op de wijze waarop er wordt omgegaan met de intrinsieke onzekerheid van de sociale werkelijkheid. Praktisch handelen, zoals we zullen zien, berust juist op het waarnemen en gebruikmaken van de concrete details van de alledaagse werkelijkheid, en veel minder op het systematisch verzamelen en naderhand toepassen van algemene kennis.

Zoals uit dit artikel zal blijken, hebben de scholtensiaanse rechtsvindingstheorie en de praktijkbenadering opvallend veel overeenkomsten. Dit is op zich niet vreemd, omdat Scholten zich door de ideeën van onder andere Oliver Wendell Holmes heeft laten beïnvloeden.<sup>26</sup> Op een aantal punten vult de bestuurskundige praktijkbenadering Scholtens rechtsvindingstheorie goed aan. Met de opvattingen en de terminologie uit de praktijkbenadering kan Scholtens rechtsvindingstheorie worden gemoderniseerd. Deze gemoderniseerde versie, zo bepleiten wij in deze bijdrage, is een uitstekende basis voor de herinrichting van de rechts(vindings)theorie waarmee een antwoord gegeven kan worden op de problemen in het recht en de rechterlijke oordeelsvorming.

#### 1.4 Opzet

Deze bijdrage is opgebouwd aan de hand van de drie ankerpunten van Scholtens rechtsvindingstheorie: 'eerst met de beslissing is de regel gegeven' (par. 2), de 'sprong' (par. 3) en de rationele en irrationele factoren (par. 4).

25 Kritische bestuurskundigen onderkennen dat de beleidswetenschap als interventiewetenschap grotendeels heeft gefaald. Vergelijk bijvoorbeeld P. de Leon, *Democracy and the policy sciences*, State University of New York Press 1997, D. Torgerson, *Democracy through policy discourse*, in: M.A. Hajer & H. Wagenaar, *Deliberative policy analysis. Understanding governance in the network society*, Cambridge: Cambridge University Press 2003, en F. Fischer, *Beyond empiricism. Policy analysis as deliberative practice*, in: Hajer & Wagenaar, *Deliberative policy analysis*, voor de teleurstellende resultaten van de positivistische beleidswetenschap.

26 Van Dunné, *De dialectiek van rechtsvinding en rechtsvorming*, p. 188.

Iedere paragraaf zal worden ingeleid met een korte casus. Vervolgens worden in drie opeenvolgende paragrafen de drie ankerpunten uitgewerkt en gecontrasteerd en aangevuld met inzichten uit de praktijktheorie binnen de bestuurs- en beleidswetenschappen. Dit artikel wordt afgesloten met een concluderende paragraaf waarin wij een aantal aanbevelingen voor de wijziging van het onderzoeksprogramma van de rechtsvindingstheorie zullen doen. Om de lezer alvast enige houvast te bieden, hebben we in onderstaande tabel de opvattingen van Scholten over rechtsvinding en de praktijkbenadering in de bestuurs- en beleidswetenschappen naast elkaar geplaatst.

<b>Paul Scholten</b>	<b>Bestuurs- en beleidswetenschappen</b>
Eerst met de beslissing is de regel gegeven. <i>Ius in causa positum</i> .	Bij de totstandkoming van een rechterlijk oordeel, creëert de rechter een 'setting' waarbinnen de oordeelsvorming plaatsvindt.
Omdat het rechterlijk oordeel een daad is, wordt het door een 'sprong' voorafgegaan.	Handelingen hebben een eigen rationale en dynamiek.
Een rechterlijk oordeel is zowel zedelijk als rationeel.	Praktische wijsheid en morele oordeelsvorming spelen een belangrijke rol in de rechtsvinding in de praktijk van alledag.

Tabel 1: Overzicht theorieën rechtsvinding

## 2 Besluitvorming is concreet

*'General positions do not decide concrete cases.'*<sup>27</sup>

### Casus: Kraak of huur?<sup>28</sup>

Een pakhuis in het Oostelijk Havengebied in Amsterdam is verkocht aan een projectontwikkelaar. De koper wil het vervallen pand verbouwen tot

27 Oliver Wendell Holmes in Menand, *The Metaphysical Club*.

28 Deze casus is geïnspireerd op HR 28 september 1981, NJ 1982, 315 (gemeente Breda/Nijs).



een appartementencomplex, waarvoor aanzienlijke bouwactiviteiten zijn gepland. Na de overdracht van het pakhuis blijkt een aantal personen zich in dit gebouw op te houden. Deze personen stellen huurders te zijn en doen een beroep op huurbescherming. De nieuwe eigenaar is echter van mening dat deze personen zijn recentelijk verworven onroerende zaak hebben gekraakt, en stelt dat deze personen zich zonder rechtstitel ophouden in het pand en vordert ontruiming. De zaak komt voor de rechter.

Hoe pakt de rechter deze zaak aan? Voor de rechter staat de vraag centraal wie van de partijen door het recht moet worden beschermd. Als deze casus op een kraaksituatie lijkt, moet de vordering van de eigenaar van het pand worden toegewezen. Is er echter sprake van een rechtmatige huur, dan verdienen de bewoners huurbescherming. Het antwoord op deze vraag moet worden gezocht in de details van de gehele casus. Zo zal de rechter partijen vragen: of er een huurcontract kan worden overlegd? Of er ooit mondelinge afspraken zijn gemaakt over de bewoning van het pakhuis? Zijn er ooit huurpenningen betaald? Was de vorige eigenaar op de hoogte van de aanwezigheid van deze personen? Is het pakhuis geschikt voor bewoning? Zijn de bewoners aangesloten op het gas-, water- en elektriciteitsnetwerk?

De keuze of de bewoners worden gezien als krakers of als huurders is bepalend voor het toepasselijke regime, onrechtmatige daad respectievelijk huur. En de rechtsgevolgen, uitzetting respectievelijk huurbescherming. Bij het maken van deze keuze zijn de details van de casus het uitgangspunt voor de rechter.

## 2.1 Eerst met de beslissing is de regel gegeven

Het geval, in al zijn rijkdom aan details, speelt een centrale rol in de rechterlijke rechtsvinding. Rechtspraak vindt plaats in een concrete, feitelijke context, en zonder deze feiten heeft het recht geen betekenis. Wat recht en onrecht is, laat zich niet in algemene, abstracte termen uitdrukken.<sup>29</sup> Met de casus Kraak of huur illustreerden wij dat een rechter niet eerder een keuze tussen de verschillende juridische concepten kan maken, dan nadat hij bekend is met de feiten. Het recht zit verscholen in de haarvaatjes van de casus. Deze feiten zijn er echter niet *a priori*, los van de casus en de noodzaak voor de rechter om daarover een juridisch acceptabele en maatschappelijk werkbare beslissing te nemen, maar worden geconstrueerd uit het feitencomplex – met al haar tegenstrijdig-

29 P.G.J. van den Berg, *Rechtvaardigheid en privaatrecht* (diss. Rotterdam), Deventer: Gouda Quint 2000, p. 147.

heden en onduidelijkheden – waarmee een rechter wordt geconfronteerd. De rechter waardeert de gepresenteerde feiten door vanuit een globaal beeld van een gedachte eindbeslissing uit te gaan.<sup>30</sup>

Dit mag een opmerkelijke stellingname heten. Niet de feiten bepalen de beslissing, maar een bij de rechter levend, min of meer vaag beeld over de oplossingsrichting van het geval bepaalt welke regels en feiten door diezelfde rechter als relevant worden beschouwd. Maar hoe weet een rechter dan welke regels van toepassing zijn en welke beslissing hij moet nemen? Het complex van regels waaruit een rechter kan kiezen mag dan in beginsel wel gegeven zijn, maar het is voor de rechter op voorhand onduidelijk welke regel hij kan gebruiken voor het vinden van het rechtsoordeel in een concreet geval. Scholten komt met het ogenschijnlijk verbluffende antwoord dat '[...] omgekeerd zien wij evenzo de regel, waarnaar wij oordelen, alleen uit de feiten'.<sup>31</sup>

Is er sprake van een patstelling in Scholtens rechtsvindingsstheorie? Nee zeker niet. De oplossingsrichting moet, aldus Scholten, worden gezocht in een dialectische, gevalsgericte benadering. Niet zo zeer de geconstrueerde feiten of de rechtsregels staan aan het begin van het proces van de totstandkoming van een rechtsoordeel, maar het onderhavige geval in zijn geheel. *Ius in causa positum*. Een rechter zoekt naar de *in casu* meest gereede uitkomst, een beslissing die het best past bij dit geval. Zo staat in de Casus Huur of Kraak de vraag centraal wie de bescherming van het recht verdient. Zijn het de bewoners van het pakhuis die recht hebben op huurbescherming of is het juist de eigenaar die wordt beschermd tegen onrechtmatige bewoning? Bij de beantwoording van deze vraag zoekt de rechter aansluiting bij het geldend recht én de feiten. 'Wie van die feiten kennis neemt, ziet een oplossing, die hem op het eerste gezicht juist schijnt, een oplossing, die getoetst moet worden en niet kan worden aanvaard eer voor haar een plaats in het systeem, een logische verantwoording uit een regel, is gevonden, doch die hem voorlopig bevredigt, die, naar men zegt, bij het geval past.'<sup>32</sup>

Geldt deze rechtsvindingsmethoden voor alle gevallen, zowel moeilijke als eenvoudige? Veel hedendaags auteurs als Drion,<sup>33</sup> Wiarda,<sup>34</sup> Vranken,<sup>35</sup> en

30 Scholten, Algemeen Deel, p. 121.

31 Scholten, Algemeen Deel, p. 121.

32 Scholten, Algemeen Deel, p. 121.

33 H. Drion, Verzamelde geschriften van H. Drion, Deventer: Kluwer 1982, p. 377.

34 Wiarda, Drie typen van rechtsvinding (1999), p. 19.

35 J.B.M. Vranken, Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht, Algemeen Deel, Zwolle: Tjeenk Willink 1995, p. 57.

Peczenik<sup>36</sup> betwijfelen dit, maken wel een onderscheid en bepleiten dat in eenvoudige gevallen de rechter de beslissing vaststelt middels een eenvoudige subsumptie. Alleen in complexe gevallen, die de uitzondering vormen, is de beslissing een zelfstandige, waarderende activiteit van de rechter. In de overgrote meerderheid van de eenvoudige gevallen sluit het beeld van de rechter als *bouche de la loi* beter aan, aldus genoemde auteurs. Scholten maakt dit onderscheid terecht niet. In de praktijk ervaren rechters een onderscheid tussen moeilijke en makkelijke gevallen. Echter, de complexiteit of eenvoud van een zaak is geen vooraf gegeven, waarnemeronaafhankelijk kenmerk van juridische kwesties, maar moet zelf worden beschouwd als een oordeel dat rust op een waardering van het feitencomplex van de zaak. Een beslissing, inclusief de eenvoudige gevallen, kan derhalve nooit zijn gebaseerd op een syllogistische afleiding van de regels en de feiten.<sup>37</sup> Er gaat altijd een praktisch oordeel – expliciet of stilzwijgend, moeizaam of routinematig – aan het syllogisme vooraf. Er bestaat derhalve geen principieel onderscheid tussen moeilijke en eenvoudige gevallen. Nooit is rechterlijke oordeelsvorming een simpelweg toepassen van de normen op de feiten, een rechter moet de voorgelegde feiten altijd waarderen in het licht van de toepasselijk rechtsnormen.<sup>38</sup>

Een rechtsoordeel, een rechterlijke beslissing, kan niet de uitkomst van een subsumptie zijn, maar is altijd een zelfstandige keuze.<sup>39</sup> Het rechtsoordeel is niet het eindpunt maar het beginpunt van de handelings- en beoordelingsketen die uiteindelijk tot een acceptabele rechterlijke uitspraak leidt. Het is een keuze voor de meest rechtvaardige oplossing in het concrete geval die wordt gemaakt aan de hand van het onderhavige feitencomplex. *Ius in causa positum*. Deze beslissing is een waarderende activiteit die zich dialectisch verhoudt tot de feiten en de rechtsregels.<sup>40</sup> In de rechterlijke rechtsvinding staat deze keuze centraal en is bepalend voor de toepasselijke juridische concepten of regels. Deze rechtsregels gaan noch in de tijd noch logisch aan de beslissing vooraf. Eerst met de beslissing is de regel gegeven.<sup>41</sup>

36 A. Peczenik, Legal collision norms and moral considerations, in: P.W. Brouwer e.a. (red.), Coherence and conflict in law. Proceedings of the third Benelux-Scandinavian Symposium in Legal Theory, Deventer: Kluwer 1992, p. 177-201.

37 H.C.F. Schoordijk, Boekbespreking Drie typen van rechtsvinding (tweede druk), RM Themis 1982, nr. 2, p. 160-166.

38 H.J. Snijders, Rechtsvinding door de burgerlijke rechter (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1978.

39 Vranken, Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht, Algemeen Deel, p. 57.

40 Scholten, Algemeen Deel, p. 9.

41 Scholten, Algemeen Deel, p. 9.

## 2.2 De 'setting' van de rechtsvinding

In de praktijktheorie, zoals die zich de afgelopen twee decennia in de wetenschapssociologie, de psychologie, en de bestuurs- en beleidswetenschappen heeft ontwikkeld, staat, net als bij Scholten, het geval centraal. De concrete omstandigheden van het geval zijn bepalend voor het beleidsprobleem. De praktijkbenadering stelt in dit verband dat elk handelen *gesitueerd* is, dat wil zeggen, zich afspeelt in een bepaalde context. Dit zou een open deur zijn als we het begrip 'context' zien als een soort container (organisatorisch, cultureel, politiek, juridisch, historisch) die het ene geval afgrenst van het andere. Echter, als we onder 'context' niet een statische huls, maar een samenhangend, zich voortdurend ontwikkelend, stelsel van onderlinge betrekkingen verstaan, dan krijgt het begrip veel meer heuristische waarde. De relaties in een dergelijk systeem zijn talrijk, veelvoudig en voortdurend in beweging.

Voor het doel van dit artikel is de voornaamste betrekking die tussen de actor en, wat de cognitief-psychologe Jean Lave<sup>42</sup> noemt, zijn 'setting'. Het bezittelijk voornaamwoord in verband met het begrip 'setting' is hier om twee redenen volledig op zijn plaats. In de eerste plaats verwijst het naar het actieve, continue karakter van de betrekkingen die de actor onderhoudt met zijn relevante taakomgeving. Ten tweede worden die betrekkingen bepaald door de oogmerken en inzichten van de actor zoals die voortkomen uit de taak waarvoor hij zich gesteld ziet. De actor reageert dus niet passief op de 'constraints' van zijn context; de connotatie van het begrip 'setting' is nu juist dat de actor doelgericht die elementen van zijn omgeving selecteert die relevant zijn voor de taak waarvoor hij zich gesteld ziet. Anders gezegd: de actor 'verstaat zich' met zijn omgeving.<sup>43</sup> Dit zich verstaan is meestal een routinematige aangelegenheid, gebaseerd op gewoonte en ervaring, echter dit staat improvisatie en momentane aanpassing niet in de weg als de situ-

42 J. Lave, *Cognition in practice. Mind, mathematics and culture in everyday life*, Cambridge: Cambridge University Press 1998.

43 'Zich verstaan' is onze vertaling van de Engelse term '*negotiating*', in de zin van '*negotiating a curve*'. Wenger, die dit begrip centraal stelt in zijn praktijktheorie zegt hierover: 'I intend the term *negotiation* to convey a flavour of continuous interaction, of gradual achievement, and of give-and-take.' (E. Wenger, *Communities of practice. Learning, meaning and identity*, Cambridge: Cambridge University Press 1998, p. 53)

atie daar om vraagt.<sup>44</sup> Samenvattend kan men zeggen dat in de praktijkbenadering de tegenstelling tussen actor en context wordt opgeheven. In plaats van een structureel onderscheid stelt de praktijktheorie dat er een dialectisch relatie bestaat tussen het individu en zijn omgeving. Dat wil zeggen in de loop van het zich verstaan met een concrete taak roept het individu zijn omgeving in het leven en vice versa. Of, zoals de grote pragmatistische filosoof John Dewey het ooit uitdrukte: actors do not live *in* but *by means of* an environment.<sup>45</sup>

Subsumptie is het rangschikken van een bijzonder onder een algemeen begrip, of, in het geval van eenvoudige gevallen van rechtsvinding, van een specifiek feit onder een algemene regel. Impliciet daarbij is dat deze rangschikking uit de aard der zaak onproblematisch en routinematig is. Echter wat houdt deze rangschikking in de praktijk in? Dat wil zeggen *ex ante*, vanuit het perspectief van het individu dat geconfronteerd wordt met de rijkdom aan ongeordende details en het spectrum aan formele regels die een alledaagse, concrete situatie biedt, en niet *achteraf* als een zaak inzichtelijk geworden is door de toepassing van bepaalde regels. De antropologe Lucy Suchman heeft regels eens omschreven als 'irremediably incomplete descriptions of administrative situations'.<sup>46</sup> Regels zijn afbeeldingen van de werkelijkheid maar hopeloos onvolledig afbeeldingen. Zij stelt dan ook dat deze onvolledige representaties door de gebruiker moeten worden ingevuld wanneer een regel wordt 'toegepast'. Dit invullen geschiedt volgens haar in

44 In het begrip 'setting' wordt de dichotomie tussen de context als een vast, waarnemeronafhankelijk systeem van structuren en 'randvoorwaarden' die de actor beïnvloeden enerzijds en de ethnomethodologische opvatting dat context het product is van de interactieve ervaringen van actoren anderzijds, opgeheven. Het begrip 'setting' omvat beide. In haar fascinerende onderzoek naar de toegepaste mathematica van huisvrouwen die boodschappen doen in een supermarkt, omschrijft Lave, het begrip setting als volgt: 'On the one hand, context connotes an identifiable, durable framework for activity, with properties that transcend the experience of individuals, exist prior to them, and are entirely beyond their control. On the other hand, context is experienced differently by different individuals. The apparently contradictory features of the term may be accounted for by recognizing that in ordinary usage context refers to relations between arena and setting rather than to a single entity. There is a distinction to be made here between the constraints imposed by the supermarket as arena and the constructable, malleable nature of the setting in relation with the activity of particular shoppers. Because a social order and the experience of it mutually entail one another, there are limits on both the obdurate and malleable aspects of every context. A setting is generated out of a person's grocery-shopping activity and at the same time generates that activity.' (Lave, *Cognition in practice*, p. 151)

45 J. Dewey, *Logic. The theory of inquiry*, New York: Henry Holt and Company 1938 en T. Burke, *Dewey's new logic. A reply to Russell*, Chicago/Londen: The University of Chicago Press 1994, p. 26.

46 Lucy A. Suchman, *Plans and situated actions. The problem of human-machine interaction*, Cambridge: Cambridge University Press 1987, p. 101.

de meeste gevallen impliciet en stilzwijgend. Waarop berust dit impliciete invulwerk nu in feite?

Als we Suchmans redenering volgen, dan kan men de kern van het alledaagse werk van de rechter het beste als volgt omschrijven: geconfronteerd met de overdaad aan complexiteit en detail die in het concrete geval op de rechter afkomt, moet de rechter de incomplete beschrijvingen van die gevallen, zoals neergelegd in de formele regel, transformeren tot praktische handelingen met acceptabele en voorspelbare uitkomsten. Een andere manier om dit werk te omschrijven is dat rechters praktische oordelen vellen over alledaagse situaties.<sup>47</sup>

Praktisch oordelen betreft de relatie tussen het universele en het specifieke. Subsumptie van de specifieke details van het geval onder de algemene regel kan, in het aangezicht van de complexiteit, onbepaaldheid en onvoorspelbaarheid van alledaagse situaties, geen adequate beschrijving genoemd worden van wat rechters in zulke gevallen nu precies doen. In de meeste gevallen wordt een oordeel van het geval gevormd in situaties waarin de algemene regel ontbreekt, waarin het niet *a priori* duidelijk is welke regel relevant is voor dit specifieke geval, of waarin de toepassing van een regel resulteert in onvoorziene gevolgen. In zulke alledaagse situaties blijkt dat de algemene regel die het handelen van de rechter stuurt of rechtvaardigt het 'product' is van de details van het geval. Ofschoon de buitenstander de indruk heeft dat rechters opereren in een redelijk georganiseerde wereld van duidelijke begripsafbakeningen, stabiele procedures en betrouwbare routines, weet het individu op de werkvloer dat deze ordening en stabiliteit bepaald geen sinecure zijn. Routines zijn in veel opzichten een optische illusie. In plaats van het volgen en toepassen van regels kan het alledaagse werk van rechtsvinding – ook in zogenaamd eenvoudige gevallen – het best worden beschreven als een doorlopende, actieve oriëntering op een gedeelde wereld. (In de volgende paragraaf zullen we zien dat deze oriëntering in hoge mate een handelingskarakter heeft.) In de fundamentele betekenis van het woord is rechtsvinding daarmee een collectieve prestatie.<sup>48</sup>

47 Ronald Beiner, *Political Judgment*, London: Methuen 1983.

48 Zie B. Barnes, *Practice as collective action*, in: Schatzki, Knorr-Cetina & Von Seignin (eds.), *The practice turn in contemporary theory*, p. 26): 'Rules can never be sufficiently informative or well-exemplified to keep instances of rule-following behaviour relevantly identical in all the diverse situations wherein rules are followed... Whatever is accounted agreement in the following of a rule is produced by the membership that follows it, not by "the rule itself".' [aanhalingstekens in origineel, RCH & HW]

### 2.3 Conclusie

Tussen Scholtens epistemologie en die van de praktijkbenadering bestaat een grote overlap. Net als de practici is Scholten van mening dat de werkelijkheid onzeker en onvoorspelbaar is, en dat de mens nooit volledig greep kan krijgen op de werkelijkheid. 'Er is hier geen bewijsbare waarheid. Doch het is beter dit gebrekkige en subjectieve te accepteren dan een schijn van objectiviteit en zekerheid aan te gapen, die niet meer is dan schijn en tegen kritiek geen standhoudt.'<sup>49</sup> Daarnaast benadrukken zowel Scholten als de practici de nauwe verwevenheid van beleids- of rechtsbeslissingen met de concrete context. Zo zagen wij hierboven dat problemen zijn gesitueerd binnen een concrete 'setting' en dat vervolgens de oplossing wordt gevonden met behulp van dezelfde setting. De theorie over het gesitueerde handelen is een goede aanvulling op Scholtens *ius in causa positum*.

### 3 Rechterlijke besluitvorming heeft een handelingskarakter

*'The life of the law has not been logic, it has been experience.'*<sup>50</sup>

#### Casus: Vakantiehuisjes

Een rechter wordt geconfronteerd met geding over een overeenkomst met betrekking tot de koop en verkoop van een partij hout dat wordt gebruikt voor de bouw van tweehonderd vakantiehuisjes in een nog op te richten vakantiepark in de Veluwe. Daags voordat er met de bouw begonnen wordt, krijgt de Stichting Natuurbescherming Veluwe lucht van het project. De stichting doet bij de bestuursrechter een succesvol beroep op de Habitat- en Vogelrichtlijn met als eindresultaat dat de bouw van de tweehonderd huisjes – na jaren procederen – wordt afgeblazen en het hout niet meer nodig is voor de bouw.

Hangende de duur van de procedures bij de administratieve rechter is er geen hout geleverd en heeft de aannemer niet betaald. Omdat het project is afgeblazen, beroept de aannemer zich op onvoorziene omstandigheden die hem belemmeren zijn verplichtingen onder de koopovereenkomst na te komen. Dit is voor de houtleverancier aanleiding geweest nakoming te eisen, hetgeen resulteerde in de civiele procedure. Nakoming van de aannemer heeft hoogstwaarschijnlijk zijn faillissement als gevolg; niet-nakoming

<sup>49</sup> Scholten, Algemeen Deel, p. 135.

<sup>50</sup> Oliver Wendell Holmes in Menand, *The Metaphysical Club*.

van de aannemer heeft hoogstwaarschijnlijk het faillissement van de leverancier als gevolg.

Na alle ingebrachte stukken uitgebreid te hebben bestudeerd, is het aan de rechter een beslissing te nemen. Hij weet dat deze beslissing voor één van de twee partijen het zakelijke 'einde' betekent, en dat voor de argumenten en posities van beide partijen iets te zeggen valt. Toch wordt er van de rechter een beslissing verwacht.

### 3.1 De 'sprong'

Rechterlijke beslissingen zijn betekenisvolle verrichtingen in de maatschappelijke werkelijkheid en kunnen derhalve worden beschouwd als handelingen. Scholten benadrukt het handelingskarakter van de rechterlijke rechtsvinding door te stellen dat '[een] rechter doet anders dan waarnemen te wiens gunste de schaal overslaat, hij *beslist*. Die beslissing is een handeling, zij wortelt ten slotte in het geweten, van hem, die haar verricht. Het is een *daad*, die van de rechter wordt verwacht'.<sup>51</sup> Net als iedere andere handeling, heeft een rechtsbeslissing gevolgen voor de sociale werkelijkheid. In de heuristische fase probeert een rechter de mogelijke consequenties van zijn handelen, de *in casu* meest rechtvaardige beslissing, te overzien. Is dit oordeel de meest rechtvaardige uitkomst? Houdt dit oordeel in hoger beroep stand? Sluit dit oordeel aan bij het algemene rechtsgevoel?

Uiteindelijk zijn het denkwerk, de overwegingen en de twijfel die aan het uiteindelijke rechtsoordeel voorafgaan, niet meer dan een anticipatie op de uitwerking van het rechtsoordeel in de sociale werkelijkheid. De uitkomsten uit de heuristische fase spelen zeker een rol bij de vorming van een rechtsoordeel, maar zijn niet doorslaggevend. Nadat de rechter zich vergewist heeft van alle details en rechtsoverwegingen, moet hij tot het rechtsoordeel komen. Dit gebeurt met het nemen van een 'sprong'. '[Een rechterlijk oordeel] is niet een wetenschappelijk oordeel, het is een wilsverklaring: zo moet het. Het is ten slotte een sprong, *gelijk iedere daad, ieder zedelijk oordeel dat is*'.<sup>52</sup> De relatie tussen de intellectuele voorbereidingen en het uiteindelijke oordeel is vloeiend noch dwingend. Het cognitieve domein waarin een rechter de inhoud en gevolgen van een rechtsoordeel afweegt, en het domein van feitelijke omstandigheden waarop de beslissing is gericht, slui-

<sup>51</sup> Scholten, Algemeen Deel, p. 130.

<sup>52</sup> Scholten, Algemeen Deel, p. 130 [cursivering van ons, RCH & HW].



ten niet op elkaar aan. Met de sprong wordt de overgang van het kennen naar het doen overbrugd.<sup>53</sup>

De kritiek<sup>54</sup> dat de sprong zou verwijzen naar de intuïtieve grondslag van het rechterlijk oordeel en de rechter zou ontslaan van de verplichting zijn oordeel deugdelijk te motiveren is onterecht. Scholten was wel degelijk van mening dat een uitspraak: ‘moet steunen op *gezag* – het moet *logisch verantwoord* kunnen worden. Die verantwoording kan alleen door een redenering geschieden.’<sup>55</sup> De ‘sprong’ heeft dan ook geen betrekking op de legitiemerings van het rechterlijk oordeel, maar op de overgang tussen de heuristische fase en het rechterlijk oordeel. Hiertussen zit een kennelijke epistemische leegte die niet met behulp van de logica kan worden opgevuld.

Hoewel de sprong in de rechtspraktijk als een ondoorgroendelijke *black box* ervaren kan worden,<sup>56</sup> is er zeker geen sprake van een sprong in het duister. Het rechtsbewustzijn van de rechter is een belangrijk oriëntatiepunt bij het nemen van de sprong. Juist tijdens dit eenzame moment waarop de rechterlijke autonomie het grootst is, zal de rechter zich ervan proberen te vergewissen dat de te nemen beslissing in overeenstemming is met zijn eigen rechtsgevoel en dat van de gemeenschap waarvan hij deel uitmaakt.<sup>57</sup>

### 3.2 Handelingen hebben een eigen dynamiek

Bovenstaande kritiek op de sprong van Scholtens gedachtegoed verraadt een onbegrepen cartesiaans gekleurde vooringenomenheid bij de auteurs. In het cartesiaanse wereldbeeld staat het beheersen van een situatie gelijk aan het kennen ervan. Door onze gedachten zo goed mogelijk te organiseren geven we er niet alleen richting aan, maar beschermen wij onszelf ook tegen de versturende invloed van onze zintuiglijke en subjectieve impressies.<sup>58</sup> Op deze wijze hebben we de zekerheid dat hetgeen we weten corres-

53 G. van Roermund, Sprongen bij Scholten, R&R 2000/3, p. 215-228.

54 Zie voor kritiek: H.J.R. Kaptein, Scholtens rechterlijke sprong langs de meetlat van de logica, in: E. Lissenberg e.a., *De actualiteit van Paul Scholten*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1996, p. 75 en G.J. Wiarda, *Drie typen van rechtsvinding*, Tjeenk Willink, Zwolle 1988, derde druk, p. 149.

55 Scholten, *Algemeen Deel*, p. 130.

56 A.M. Hol, *De duistere gronden van het juridische vertoog*. Commentaar van A.M. Hol bij A.R. Lodder, H.J.M. Boukema en H.O. Kerkmeester en L.T. Visscher, in: E.T. Feteris e.a. (red.), *Met recht en reden. Bijdragen aan het Derde symposium juridische argumentatie Rotterdam 18 juni 1999*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2000, p. 215.

57 Wiarda, *Drie typen van rechtsvinding* (1999), p. 83.

58 S. Cook & J. Brown, *Bridging epistemologies. The generative dance between organizational knowledge and organizational knowing*, *Organization Science* 1999, jrg. 10, nr. 4, p. 381-400.

pondeert met de wereld 'buiten' onszelf. Vanuit deze redenering is het dan ook vanzelfsprekend om te veronderstellen dat mensen zich verstaan met ingewikkelde sociaalmorele situaties door er *a priori* kennis op toe te passen volgens vaste, logische, procedures. Daarmee wordt de zekerheid van de op de juiste wijze verworven, objectieve kennis via de logica van het deductieve syllogisme onvervormd en integraal 'doorgegeven' aan de conclusie. Een van de implicaties van deze intellectualistische opvatting is dat actoren min of meer uitgewerkte mentale representaties van situaties in hun hoofd dienen te hebben waarop ze bij het oplossen van die situaties een beroep kunnen doen. Hoe kan het ook anders volgens de intellectualistische opvatting? Hoe zouden actoren anders situaties überhaupt kunnen herkennen als betekenisvol?

Tegenover deze cartesiaanse opvatting over kennen en probleem oplossen stelt de praktijkbenadering een handelingsgerichte opvatting.<sup>59</sup> Volgens deze opvatting verstaan mensen zich met de wereld door te handelen. Handelen heeft in hoge mate een spontaan, vanzelfsprekend karakter. De actor kan dikwijls zelf niet ten volle verklaren waarom hij zo gehandeld heeft; zeker niet voorafgaande aan de handeling, maar meestal ook niet goed achteraf.<sup>60</sup> Dit betekent natuurlijk niet dat handelen blind zou zijn of niet weloverwogen. Handelen wordt '*getriggered*' door situaties; situaties die de actor *herkent* – een betere term is *begrijpt* – als betekenisvol. Zo herkent een rechter een overeenkomst in de situatie waarin twee partijen over en weer – min of meer – dwingende afspraken hebben gemaakt. Geconfronteerd met een bepaalde situatie plaatst de actor die in een categorie van gevallen die bepaalde zinvolle handelingen suggereert. De specifieke constellatie van mogelijkheden, beperkingen, conventies, normatieve opvattingen, procedures, regels en *commitments* die de situatie kenmerken, bepalen daarbij in zekere mate de richting van dit handelen. In zekere mate, want de meeste alledaagse situaties staan een bepaalde bandbreedte van handelingsmogelijkheden toe. Van een groot deel van die situatiespecifieke constellatie is de actor zich nauwelijks bewust. Dit behoort tot de stilzwijgende achtergrondkennis die elke competente actor in een bepaalde gemeenschap met zich meedraagt. Anders gezegd, de actor, de situatie, de context en de handeling vormen een integraal geheel.

59 Het voert te ver om hier op alle problemen van de cartesiaanse opvatting in te gaan. Laat ons volstaan met het noemen van het probleem van de 'infinite regress' (elke situatie kent een uitzondering waarvoor weer een mentale representatie moet worden gezocht, waarop weer een uitzondering bestaat, enzovoorts) en het onvermogen van de cartesiaanse benadering om improvisatie te verklaren. Zie H.M. Collins, What is tacit knowledge, in: Schatzki, Knorr-Cetina & Von Sevigni (eds.), *The practice turn in contemporary theory*.

60 Dit is iets anders dan het aanvoeren van geldige redenen die het handelen achteraf legitimeren.

Handelingen zijn doelgericht en zijn daarom nooit willekeurig. Het is op dit punt dat handelen en kennen naadloos in elkaar overgaan. Scholten's 'sprong' is ingebed in een dichtgeweven netwerk van expliciete en stilzwijgende achtergrondkennis.<sup>61</sup> Echter, zoals het citaat van Scholten aan het begin van dit artikel al suggereert, de handeling kan nooit in zijn geheel worden gereduceerd of herleid tot de kenniselementen uit de context. Juist het omgekeerde is het geval: kennis heeft betekenis, omdat deze is geworteld in de vanzelfsprekende, stilzwijgende handelingen en praktijken van een bepaalde gemeenschap. Het is uiteindelijk de sociale praktijk waarin de rechter houvast kan vinden voor de betekenis van rechtsregels en het vinden van een beslissing.<sup>62</sup> Een formele juridische regel (bijvoorbeeld: het is niet toegestaan door rood licht te rijden) is slechts betekenisvol, omdat we bekend zijn met de leefwereld waarin zich het type vraagstukken voordoet waarin dergelijke regels relevant zijn (auto's, drukke kruispunten, en de hoge maatschappelijke en persoonlijke kosten van verkeersongelukken om slechts een paar elementen te noemen).<sup>63</sup>

### 3.3 Conclusie

De eerder aangehaalde John Dewey heeft in de eerste helft van de vorige eeuw samen met onder andere Oliver Wendell Holmes een belangrijke bijdrage geleverd aan de ontwikkeling van de praktijkbenadering.<sup>64</sup> Hoewel Scholten in zijn werk niet direct naar Dewey of Wendell Holmes verwijst, stond zijn denken over rechterlijke rechtsvinding wel degelijk onder invloed van hun praktisch-pragmatische opvattingen. Niet alleen de ideeën van Scholten, maar ook de opvattingen van Europese auteurs als Gény en Ehrlich vertonen duidelijke parallellen met de theorie van de *American Realists*. Het handelingsgerichte karakter van de praktijkbenadering sluit

61 In de wittgensteiniaanse filosofie wordt in dit verband gesproken van het ingebed zijn in 'levensvormen'. Zie C. Taylor, *To follow a rule*, in: C. Calhou, E. LiPuma & M. Postphone, Bourdieu. *Critical perspectives*, Cambridge: Cambridge University Press 1993.

62 F. Atria, *The powers of application*, *Ratio Juris*, jrg. 15, nr. 4, p. 347-376.

63 Dit suggereert dat abstracte regels alleen maar betekenisvol zijn, omdat we de betekenis van de regel als vanzelfsprekend ervaren. Die vanzelfsprekendheid berust zelf weer op onze concrete ervaring met het soort praktische situaties waarnaar de regel verwijst. De politiek filosoof Oakeshott vat het primaat van de praktische ervaring voor het begrip van abstracte regels doeltreffend samen in zijn vergelijking met kookboeken: 'It might be supposed that an ignorant man, some edible materials, and a cookery book compose together the necessities of a self-moved (or concrete) activity called cooking. But nothing is further from the truth. The cookery book is not an independently generated beginning from which cooking can spring; it is nothing more than an abstract of somebody's knowledge of how to cook: it is the stepchild, not the parent of the activity.' M. Oakeshott, *Rationalism in Politics and Other Essays*, New York: Methuen & Co. 1962

64 Menand, *The Metaphysical Club*.

bijzonder goed aan bij Scholtens gedachten over de ‘sprong’. Scholten heeft laten zien dat er géén directe relatie, geen vloeiende overgang bestaat tussen de heuristische overwegingen van een rechter en de beslissing. Op een zeker moment in het rechtsvindingsproces heeft het geen nut meer langer te wikken en te wegen. De argumenten zijn ‘op’ en de rechter moet een beslissing nemen.

#### 4 Rechterlijke rechtsvinding is een vorm van praktische oordeelsvorming

*‘This is why, so often, we know we’re right before we know why we’re right. First we decide, then we deduce.’<sup>65</sup>*

##### Casus: Grensoverschrijdende botenstalling<sup>66</sup>

Deze casus speelt zich af aan een van de Friese meren, waar De Vries zijn vakantieverblijf uitbreidt met een stalling voor zijn zeilboot. Op verzoek van De Vries verleent de gemeente Wymbritseradeel in december van 1994 de benodigde bouwvergunning voor de uitbouw aan het huis die doorloopt tot aan de erfscheiding met het perceel van de buurman. In de loop van de maand maart 1995 wordt er begonnen met de bouw van het botenhuis. De buurman van De Vries, Joustra, die gedurende de winter niet in zijn zomerhuisje is geweest, wordt begin april geconfronteerd met de uitbouw. Joustra neemt tot zijn spijt waar dat de zorgvuldig onderhouden haag tussen zijn perceel en dat van zijn buurman, de bouwactiviteiten niet heeft overleefd. Dit laatste is de aanleiding om een nader onderzoek in te stellen, en hij komt tot de conclusie dat er sprake is van een grensoverschrijding die oploopt tot twintig centimeter. Deze grensoverschrijding is het gevolg van een constructiefout en kan alleen maar worden hersteld door afbraak en herbouw van de botenstalling.

Na veel brieven over en weer, komt de zaak voor de rechter, waar Joustra zijn recht van amotie inroept en vordert dat De Vries zijn botenstalling afbreekt. Moet de rechter het gevorderde toe- of afwijzen? Is het terecht dat Joustra zijn eigendomsrecht claimt en eist dat De Vries zijn botenstalling afbreekt? Wat is in casu sterker, het eigendomsrecht van Joustra (een strook van 20 centimeter grond) of dat van De Vries (zijn volledige botenhuis)? Is het bij de beantwoording van deze vragen van belang hoe partijen zich hebben opgesteld?

65 William James in Menand, *The Metaphysical Club*.

66 Deze casus is mede geïnspireerd op HR 17 april 1970, NJ 1971, 89 (grensoverschrijdende garage).

#### 4.1 Rechtspraak is zowel zedelijk als rationeel

De verhouding tussen, wat Scholten betitelt als, rationele en irrationele elementen binnen de rechterlijke rechtsvinding is een van de centrale onderwerpen binnen Scholtens theorie. Dit spanningsveld komt duidelijk naar voren in het leerstuk van misbruik van recht. Bij de grensoverschrijdende botenstalling heeft een eenvoudig – rationeel – beroep op een inbreuk op het eigendomsrecht als gevolg dat het gehele bouwwerk moet worden afgebroken. Het is de vraag of dit resultaat in elk geval te billijken is, omdat er sprake kan zijn van misbruik van recht. Het antwoord op deze vraag moet worden gevonden met behulp van het rechtsgevoel van een rechter. In deze paragraaf staat centraal hoe Scholten invulling gegeven heeft aan dit rechtsgevoel en de verhouding tussen, wat hij noemt, rationele en irrationele elementen in het recht.

Een rechtsoordeel kan niet op mechanische wijze uit het geval worden afgelezen maar moet worden gevonden, geconstrueerd met de abstracte regels en algemene rechtsbeginselen als kompas. Bij dit zoekproces speelt het rechtsbewustzijn<sup>67</sup> of – zoals verwoord door Kaptein<sup>68</sup> – het ‘timmermansoog’ van de rechter een belangrijke rol. ‘[Rechtsbewustzijn is] het in ieder mens levend bewustzijn van wat recht is of behoort te zijn, een bepaalde categorie van ons geestesleven, waardoor wij met onmiddellijke evidentie los van positieve instellingen scheiding maken tussen recht en onrecht [...]’<sup>69</sup> Het rechtsbewustzijn stelt rechters in staat in een onderhavig geval in één oogopslag het recht *in concreto* te ‘zien’.<sup>70</sup>

Hoewel een rechter op grond van zijn rechtsbewustzijn een primaire reactie geeft op een voorgelegde casus en de contouren van zijn oordeel weet te formuleren, is het rechtsbewustzijn niet louter individueel en irrationeel. ‘De term rechtsbewustzijn is dubbelzinnig. Het duidt ten eerste een categorie van het individuele geestesleven aan, doch dient tegelijk om het gemeenschappelijke in oordelen in een bepaalde kring aan te wijzen.’<sup>71</sup> Het rechtsbewustzijn van de individuele rechter is dus een gecombineerde opvatting van de juridische gemeenschap waartoe hij behoort, de publieke opinie en de eigen persoonlijke opvattingen. Bovendien omvat het rechtsbewustzijn zowel het positieve recht zoals onder andere verwoord in jurisprudentie,

67 Scholten, Algemeen Deel, p. 124 e.v.

68 Kaptein, Scholtens rechterlijke sprong langs de meetlat van de logica, p. 80.

69 Scholten, Algemeen Deel, p. 124.

70 H.F. Crombag, J.L. de Wijkerslooth & M.J. Cohen, Het rechterlijk oordeel. Over legitimeren van rechterlijke beslissingen, Zwolle: Tjeenk Willink 1973, p. 7.

71 Scholten, Algemeen Deel, p. 126.

wetten en de literatuur, als minder grijpbare zaken als rechtsgevoel, redelijkheid en billijkheid.

Niet alleen het rechtsbewustzijn, maar ook het rechtsoordeel heeft een tweeledig karakter. Ieder rechtsoordeel heeft een normatief, vaak veroordelend, karakter.

‘[Dit oordeel] kan hij alleen uitspreken, die in eigen geweten ervan overtuigd is. Het rechtsoordeel wortelt in het zedelijk deel van ons geestesleven; ieder goed rechter streeft er altijd weer naar dat op te leggen, wat hij in eigen geweten verantwoorden kan. In zover is ieder rechtsoordeel irrationeel.’<sup>72</sup>

Het vinden van het concrete recht is geen rekensom en de keuze voor rechtvaardigheid gaat altijd gepaard met een zekere rationele onzekerheid. De rechter heeft immers geen absolute en universele criteria waaraan hij zijn concrete rechtsoordeel kan staven<sup>73</sup> anders dan zijn eigen overtuiging het juiste oordeel te vellen. In dit deel van de rechtsvinding schijnt het licht van de logica niet, en de rechter moet steun vinden bij andere bronnen. Met name het geweten, het uiteindelijke ankerpunt van de rechterlijke rechtsvinding, biedt een rechter houvast. Slechts het geweten biedt de rechter zekerheid en een uitspraak is alleen verantwoord als een rechter naar eer en geweten kan getuigen: hier sta ik, ik kan niet anders.<sup>74</sup>

De beginselen van een zorgvuldige en inzichtelijke rechtspraak eisen dat een rechter zijn oordeel nader motiveert en aansluiting zoekt bij het heersende recht. In deze motiveringsplicht zit het rationele element verscholen.

‘Doch tegelijkertijd is het een oordeel, dat uitgesproken wordt in een functie, die de gemeenschap opdroeg. Dat sluit tweeërlei in: het moet steunen op *gezag* – het moet logisch *verantwoord* kunnen worden. Die verantwoording kan alleen door een redenering geschieden, waardoor de uitspraak in verband wordt gebracht met de factoren, die gezag hebben in een bepaalde gemeenschap. In zoverre is ieder rechtsoordeel *rationeel*.’<sup>75</sup>

72 Scholten, Algemeen Deel, p. 130.

73 Van den Berg, Rechtvaardigheid en privaatrecht, p. 710.

74 Scholten, Algemeen Deel, p. 133.

75 Scholten, Algemeen Deel, p. 133.

Met behulp van een rationele motivering wordt het rechterlijk oordeel uit de persoonlijke sfeer gehaald en geplaatst in een maatschappelijk kader. Alleen binnen dat kader krijgt het rechterlijk oordeel concrete vorm en heeft het gezag en betekenis. Een rechtsoordeel is waardeloos zonder een juridisch-rationele legitimatie.

De rationele en de irrationele elementen van het rechterlijk oordeel staan in een dialectische verhouding tot elkaar. 'Verstand- en gevoelsargumenten in het eindoordeel kunnen wij door analyse onderscheiden, in werkelijkheid komen zij slechts ongescheiden voor', aldus Scholten.<sup>76</sup>

#### 4.2 Praktische wijsheid en morele oordeelsvorming

Ondanks het op sommige plaatsen gedateerde vocabulaire hebben we tot dusverre gezien dat Scholten een opmerkelijk moderne opvatting over rechtsvinding heeft geformuleerd. De vraag die Scholten zich stelt, is hoe de rechter erin slaagt om consequent tot een juridisch en maatschappelijk acceptabel oordeel te komen in situaties die worden gekenmerkt door tegenstrijdigheid, onbepaaldheid en complexiteit. Scholten ziet rechterlijke oordeelsvorming als een vorm van gesitueerd handelen. Dat wil zeggen dat de richting van zijn handelen niet los gezien kan worden van de concrete omstandigheden van de zaak; het feitencomplex in Scholtens terminologie. Rechtsvinding is geen universeel logisch proces van redeneren. Integendeel, rechters, volgens Scholten, gebruiken de concrete omstandigheden van de zaak om tot een intelligent juridisch oordeel te komen. *Ius in causa positum*.

Scholtens theorie van rechtsvinding is echter veelomvattender, zoals deze paragraaf laat zien. Zijn theorie van rechtsvinding verklaart ook hoe rechters erin slagen om richting te geven aan het rechterlijk oordeel. Anders gezegd, hoe rechters erin slagen om feitelijke en morele oordeelsvorming met elkaar te verbinden. In navolging van de pragmatistische traditie stelt hij in feite dat het feitelijke en het morele geen gescheiden domeinen zijn, maar in elkaars verlengde liggen. Scholtens inzichten worden weerspiegeld in twee kernbegrippen uit de praktijktheorie: het klassieke aristotelische begrip *phronesis* dat de oorsprong vormt van veel praktijktheorie en het begrip *moral judgment*. Ter afronding van deze vergelijking van Scholtens rechtsvindingstheorie met de moderne praktijktheorie een aantal korte opmerkingen over deze begrippen.

76 Scholten, Algemeen Deel, p. 132.

In de praktijktheorie wordt net als in de rechtsfilosofie teruggegrepen op het werk van Aristoteles om praktisch oordelen – en de onverbrekelijk daarmee verbonden rol van morele oordeelsvorming daarin – te beschrijven.<sup>77</sup> Het aristotelische begrip praktische wijsheid of *phronesis* kan het best begrepen worden in contrast met het begrip *technē*. *Phronesis* en *technē* vormen in de aristotelische filosofie twee onderscheiden gebieden van menselijk activiteit; twee domeinen van de menselijke rede, ieder met zijn eigen logica en toepassingsgebied. *Technē* laat zich het best vergelijken met een ambacht. Volgens Aristoteles omvat dit domein het gericht maken of produceren van iets (*poiēsis*); *phronesis*, ofwel praktische wijsheid, is veel breder en moet gezien worden als een vorm van handelen. Het verschil is met name belangrijk waar het gaat om de vaststelling of een activiteit juist of goed is. De standaarden voor juistheid, met andere woorden, en daaraan gerelateerd, de positie die het individu inneemt ten opzichte van zijn activiteiten. Aristoteles illustreert het verschil aan de hand van het beroemde voorbeeld van het maken van een schoen. Juistheid in het geval van *technē* wordt min of meer uitputtend gedefinieerd in termen van de kwaliteit van het object dat wordt geproduceerd. De kwaliteiten van een goede schoen bijvoorbeeld kunnen vooraf vastgesteld worden, en, nadat de schoen is geproduceerd, met grote nauwkeurigheid en onderlinge overeenstemming worden vastgesteld. Technische juistheid ligt dus volledige besloten in het te produceren object.<sup>78</sup>

Juistheid in het geval van *phronesis* is echter veelomvattender. Het omvat niet alleen andere actoren, maar ook de specifieke omstandigheden van een zaak of kwestie. *Phronesis* maakt altijd onderdeel uit van wat zich afspeelt in een bepaalde gemeenschap. *Phronesis* involveert altijd de ander.<sup>79</sup> Bijgevolg zijn standaarden voor de juistheid van iemands handelen niet *a priori* gegeven. Ze liggen besloten in de tradities, gewoonten en morele opvattingen van die gemeenschap en moeten daarin gevonden worden. Het vermogen om juist te handelen, het begrijpen en toepassen van morele standaarden in concrete situaties, en het nemen van goede beslissingen is

77 J. Dunne, *Back to the rough ground*. 'phronesis' and 'technē' in modern philosophy and Aristotle, Notre Dame: University of Notre Dame Press 1993; M. Nussbaum, *The fragility of goodness. Luck and ethics in Greek tragedy and philosophy*, Cambridge: Cambridge University Press 1986; A.M. Hol, *Praktische wijsheid en het rechterlijke oordeel*, Trema 1997, nr. 3; Hol & Loth, *Iudex mediator*.

78 D. Bostock, *Aristotle's ethics*, Oxford: Oxford University Press 2000, p. 81.

79 Vergelijk Dunne, *Back to the rough ground*, p. 10: 'Besides *poiēsis*, the activity of producing outcomes, he recognized another type of activity, *praxis*, which is conduct in a public space with others in which a person, without ulterior purpose and with a view to no object detachable from himself, acts in such a way as to realize excellences that he has come to appreciate in his community as constitutive of a worthwhile way of life.'



daarom niet zozeer een kwestie van het beschikken over de juiste vaardigheden, zoals bij *technē*, maar meer van levenservaring, van de kwaliteit van iemands karakter. Deze levenservaring stelt dat de verstandige mens in staat is om in alledaagse situaties het goede of midden te 'zien'.<sup>80</sup> Waar Scholten spreekt over 'irrationele' factoren in de oordeelsvorming van rechters, heeft hij ons inziens dit moeilijk grijpbare, en enigszins onbepaalde, proces van *phronesis* op het oog.<sup>81</sup> Een proces dat misschien grotendeels intuïtief en stilzwijgend verloopt, maar dat daarentegen volstrekt alledaags, herkenbaar, en – essentieel voor de kwaliteit van de rechtsvinding – bespreekbaar is.

Daarnaast spreekt Scholten echter over de rol van het geweten en het rechtsgevoel bij rechterlijke oordeelsvorming. Hiermee tracht Scholten invulling te geven aan morele oordeelsvorming bij de rechtsvinding. Het mag niet verwonderlijk heten dat Scholten ook hier een praktijkgerichte opvatting voorstaat. In zeer algemene termen kan men stellen dat er twee benaderingen bestaan in de literatuur over morele oordeelsvorming: een regelgeoriënteerde of deontische en een praktijkgeoriënteerde of pragmatistische benadering. In de regelgeoriënteerde benadering wordt morele oordeelsvorming gezien als het toepassen van duidelijke en vooraf gegeven ethische principes (zoals rechtvaardigheid, gelijke behandeling voor de wet, onpartijdigheid, vrijheid). Deze principes worden gezien als universeel en onafhankelijk van de specifieke omstandigheden van concrete situaties. Ethische principes ontlenen hun richtinggevende overtuigingskracht aan dit universele en onafhankelijke karakter. Een ethisch principe dat afhankelijk van de omstandigheden dan weer zus en dan weer zo kan worden uitgelegd, heeft weinig richtinggevende waarde.

Toch is dit precies waar de praktijkbenadering van uitgaat. Volgens dit gezichtspunt is ethiek niet een afzonderlijk domein, maar daarentegen onderdeel van het alledaagse bestaan. Moraliteit is ingebed in de duizenden interacties die niet alleen aanleiding geven tot maatschappelijke of juridische kwesties, maar die ook het theater vormen waarbinnen deze moeten worden opgelost. Ethiek is volgens dit perspectief geen universele code

80 Hol, *Praktische wijsheid en het rechterlijke oordeel*, p. 97-100.

81 Scholten, *Algemeen Deel*, p. 135, stelt dan ook terecht dat rechtspraak nu eenmaal met onze kerheid gepaard gaat en heeft hij die rechtsprekt nooit de (volledige) zekerheid dat hij de meest rechtvaardige beslissing genomen heeft.

waarop wij een beroep kunnen doen in geval van twijfel of conflict.<sup>82</sup> Ook in die maar al te herkenbare situaties waarin waarden in hun effectuering onvergelykbaar of onverenigbaar zijn, slagen mensen erin om werkbare oplossingen te bereiken. Een beroep op universele beginselen biedt hier geen uitkomst. Wat doen ze dan wel? Kort samengevat: alledaagse morele oordeelsvorming is rechtstreeks, intuïtief, concreet, interactief, pragmatisch, persoonlijk en actiegericht. Het is probleemgericht, dat wil zeggen het maakt een integraal onderdeel uit van het probleemoplossend vermogen van de competente leden van een gemeenschap. Morele oordeelsvorming fungeert tegelijkertijd als een vorm van waarneming, als een manier om betekenis te verlenen aan feiten, omstandigheden en gebeurtenissen in onbepaalde en onzekere situaties. En, in tegenstelling tot de traditionele syllogistische opvatting: morele oordeelsvorming is niet iets wat zich afspeelt in de hoofden van mensen, maar in de voortdurende omgang met elkaar.<sup>83</sup>

Voor de rechter betekent dit alles dat er niet zoiets bestaat als de *essentie* van de rechtsvinding.<sup>84</sup> Elke zaak behelst een uniek feitencomplex dat blootstaat aan een veelheid van praktisch morele imperatieven. Zoals Menand stelt, houdt dat onder andere in de eis van consistentie (de beslissing moet in overeenstemming zijn met eerdere beslissingen in soortgelijke zaken), van morele relevantie (is de beslissing in overeenstemming met het rechtsgevoel dat ten aanzien van de kwestie leeft in de samenleving?) van maatschappelijke relevantie (zendt de beslissing de juiste boodschap uit naar de samenleving?), de eis van een juiste proportionele beslissing, en het rechtseconomische imperatief om waar nodig tot een rechtvaardige verdeling van kosten te geraken. En boven al deze eisen al of niet een rol spelen in de rechtsvinding – en die niet zelden met elkaar in conflict zijn – in een concreet geval hangt de meta-eis dat niet de indruk mag worden gewekt dat de zaak beslist is op grond van een van deze imperatieven ten koste van de andere.

82 Een van de sterke punten van de praktijkbenadering is, wat je zou kunnen noemen, de 'situationele validiteit' ervan. Morele kwesties dienen zich aan juist in situaties waarin verschillende ethische principes met elkaar in conflict zijn, of waar een principe voor meerdere uitleg vatbaar is. Situaties met ander woorden waarin er geen sprake is van een coherente morele code. Ook, of beter gezegd, juist in dergelijke situaties van 'moral conflict' of 'waardepluralisme' moeten mensen in staat zijn om tot een acceptabele handelswijze te komen.

83 H. Wagenaar, Value pluralism in public administration. Two perspectives on administrative morality, in: J.S. Jung (red.), Rethinking administrative theory. The challenge of the new century, Londen: Praeger 2002.

84 Menand, The Metaphysical Club, p. 339.

### 4.3 Conclusie

Uit zijn ervaringen als rechter en advocaat wist Scholten dat de dialectische wisselwerking tussen rationele en intuïtieve factoren noodzakelijk is bij het vinden van het rechtsoordeel. In het *Algemeen Deel* wordt er slechts in beperkte mate ingegaan op wat de irrationele elementen van de rechterlijke oordeelsvorming behelzen. De theorieën over morele oordeelsvorming in de praktijkbenadering geven dit inzicht wel. Met name met de opvattingen over praktische wijsheid kan een nadere verfijning worden aangebracht aan wat Scholten irrationele factoren noemt.

## 5 De praktische Scholten

De vergelijking tussen de scholtensiaanse rechtsvindingstheorie en de hedendaagse praktijkbenadering, toont aan dat Scholtens opvattingen zeventig jaar na dato nog altijd springlevend zijn. Zeker als een aantal sleutelbegrippen in Scholtens theorie wordt aangevuld met equivalenten die worden gebruikt in de moderne praktijktheorie, is het *Algemeen Deel* opvallend fris en inspirerend voor het doorgronden en oplossen van actuele rechtsvindingsvraagstukken. De gemoderniseerde versie van de scholtensiaanse rechtsvindingstheorie is dan ook bijzonder geschikt om de door Kronman<sup>85</sup> en Loth<sup>86</sup> geconstateerde problemen in de praktijk van de rechtspraak aan te pakken. In tegenstelling tot de rationeel-positivistische benadering die nog altijd dominant is binnen de rechtswetenschap, biedt de praktijkbenadering een kader en vocabulaire om uitdrukking te geven aan de niet-instrumentele aspecten van de rechterlijke oordeelsvorming, zoals het handelingskarakter van het oordeel, het interactieve, sociale karakter van morele oordeelsvorming, en praktische wijsheid. Deze inzichten hebben gevolgen voor het onderzoek naar rechterlijke rechtsvinding. In deze afsluitende paragraaf doen wij een voorzet om aan de hand van de 'praktische Scholten' de problemen waarmee de rechterlijke praktijk en theorie worden geconfronteerd, te benaderen.

Hoe moet het onderzoeksprogramma voor een rechtswetenschap die praktische kennis genereert eruit zien? Gezien het persoonlijke karakter van de rechtsvinding is het meest voorname *that we bring the person back in*.<sup>87</sup> Of zoals Glastra van Loon stelde: 'het menselijk subject moet worden terugge-

85 Kronman, *The lost lawyer*.

86 Loth, *Crisis in de juristerij*.

87 Wagenaar & Cook, *Understanding policy practices*.

zet in de wereld waaruit het door Descartes was verwijderd.<sup>88</sup> Alleen door de persoon van de rechter en de omgeving waarin rechterlijke oordeelsvorming totstandkomt centraal te stellen in de theorie en het onderzoek, is het mogelijk begrip te krijgen voor de kern van de rechterlijke rechtsvinding: de rechterlijke oordeelsvorming in een concrete, praktische setting.

Het is de taak van de rechtswetenschap aansluiting te zoeken bij de praktijk. De rechtspraktijk is het meest gebaat bij een rechtsvindingstheorie die aandacht heeft voor de persoon als integraal onderdeel van de setting waarbinnen de oordeelsvorming totstandkomt. Niet de rechtsregels of de motivering van een vonnis, maar de bewegingen van de rechter binnen de toepasselijke handelingspraktijk geven ons inzicht in de rechterlijke oordeelsvorming. De praktijkbenadering laat zien dat de veel gebruikte tegenstelling tussen de (persoon van de) rechter en zijn omgeving (zoals de rechtsregels, het oordeel, de ethiek) niet bestaat. Het spanningsveld tussen de (gevreesde) rechterlijke 'beoordelingsvrijheid' enerzijds en, anderzijds, de gebondenheid aan regels kan worden gerelativeerd, omdat de rechterlijke oordeelsvorming is ingebed in en een onderdeel is van een handelingspraktijk; een handelingspraktijk die zelf weer gestalte krijgt in een rechterlijke 'community of practice' of praktijkgemeenschap.<sup>89</sup>

In het rechtsvindingsonderzoek dient de oriëntatie te worden verlegd van de beslissing als de uitkomst van een zelfstandig, individueel proces, naar de rechterlijke beslissing als integraal onderdeel van een sociale handelingspraktijk. Hierbij dient de theorie de dagelijkse praktijk met al haar eigenschappen en beperkingen te volgen, in plaats van deze te steriliseren door het te ontdoen van voor de theorie onwelgevallige grilligheden. Juist in de interactie met de gehele context krijgt de rechterlijke oordeelsvorming vorm en betekenis. Of in de woorden van de beleidsevaluatie-deskundige Schwandt:<sup>90</sup>

'What if it were the task of evaluators to accept (rather than seek to overcome) these features of [...] decision making and simultaneously help practioners wrestle with making sound evaluative judgements in social practices that by their very nature are always instantiated in multiple and often conflicting forms? This is not a call to abandon reason in [deci-

88 J.F. Glastra van Loon, *Norm en Handeling*, Groningen: Wolters-Noordhoff 1987.

89 E. Wenger, *Communities of practice. Learning, meaning and identity*, Cambridge: Cambridge University Press 1998

90 T.A. Schwandt, Further diagnostic thoughts on what ails evaluation practice, *American Journal of Evaluation*, jrg. 21, nr. 2, p. 225-229.

sion making] but to put it to better service in understanding (and thereby improving) [decision making] as a moral-political rather than a technical understanding.'

Om inzichten te verwerven die beter aansluiten bij de wereld waarin rechters opereren, moeten rechtswetenschappers het empirisch onderzoek niet alleen door rechtssociologen en -psychologen laten uitvoeren. Voor de ontwikkeling van de rechtsvindingstheorie is het van groot belang dat rechtswetenschappers zelf empirisch onderzoek verrichten en daarvoor eigen methoden en technieken ontwikkelen.<sup>91</sup> Met dit empirisch onderzoek kunnen rechtswetenschappers inzicht krijgen in de aard van de rechterlijke oordeelsvorming. Dit inzicht kan de spelers in de rechtspraktijk helpen om te gaan met de kwetsbaarheid van de rechterlijke oordeelsvorming.

Het zwaartepunt van het hernieuwde onderzoeksprogramma moet in beginsel niet gericht zijn op (rechtsvindings)technieken zoals de ontwikkeling van argumentatiestructuren. Deze technieken zijn uiteraard van essentieel belang voor het vervullen van de rechterlijke taak, maar raken niet de kern van de problematiek waarmee de rechtspraktijk te kampen heeft. Vragen die hierbij wel aan de orde komen, raken de persoonlijke identiteit van de rechter. Hoe gaat een rechter om met persoonlijke dilemma's? Hoe voorkomt de rechter persoonlijke desintegratie? Hoe gaat een rechter om met de eigen emoties? Hoe verstaat de rechter zich met de praktijkgemeenschap waar hij deel van uitmaakt? Hoe verhouden persoonlijke en professionele betrokkenheid zich tot elkaar? Het zijn vragen die de *whole person*<sup>92</sup> van de rechter, alsmede zijn functioneren in de juridische '*community of practice*', betreffen. Het is de taak van de rechtswetenschap een kader te bieden waarmee rechters een greep krijgen op deze problematiek. De praktische Scholten is hiervoor een goede aanzet.

## Summary

Under the pressure of rapidly increasing case-loads, organisational solutions are sought to make the work of judges more efficient and cost-effective. This article discusses the implications this might have for the nature of

91 C.J.J.M. Stolker, Ja, geléerd zijn jullie wel. Over de status van de rechtswetenschap, NJB 2003, p. 766-778.

92 M.C. Nussbaum, *Love's knowledge. Essays on philosophy and knowledge*, New York: Oxford University Press 1990.

judicial judgement. The authors argue that contemporary Dutch theories on judicial judgement have a decidedly instrumental and formal-logical bias, and are therefore of limited value for understanding judicial judgement in the everyday environment of the court room. Taking the work of one of the most influential Dutch legal scholars, Paul Scholten, as their point of departure, the authors argue that judicial judgement must be seen as a form of everyday practice. Despite the somewhat archaic language, the seventy-year-old theory of Paul Scholten, can be used as a basis for a practical reorientation of the judicial judgement theory. The authors focus on three key insights of Scholten ((a) the decision informs the selection of relevant rules in a case; (b) judicial judgement is an act not a form of syllogistic reasoning; and (c) judicial judgement is both moral and rational) and juxtapose these with insights from contemporary practice theory as developed in Public Administration and policy science. The authors conclude that Scholten's pragmatist, realist approach is still highly relevant as a guide for continuing research on judicial judgement in everyday organisational settings.