

Neil MacCormick, Rhetoric and the Rule of Law. A Theory of Legal Reasoning, Oxford: Oxford University Press 2005, 287 p.

Rhetoric and the Rule of Law (2005) is het tweede boek van Neil MacCormick in wat een serie van vier boeken moet worden over het thema 'Law, State, and Practical Reason'; eerder verscheen *Legal Reasoning and Legal Theory* (eerste editie 1978) en dit jaar verschijnt *Institutions of Law*. De probleemstelling is prikkelend te noemen: is het idee van het recht als argumentatieve praktijk te verenigen met de ideologie van de *Rule of Law*? Meer toegespitst: is rechtszekerheid mogelijk, wanneer de betekenis van het recht nooit zeker is, maar altijd een kwestie van overtuiging? De uitwerking van deze probleemstelling is helaas heel wat minder prikkelend. MacCormick belooft een 'fresh treatment of the theme of good and bad arguments in legal reasoning' (p. 29) te geven, waarbij hij tevens aankondigt te zullen ingaan op de belangrijkste kritiekpunten tegen zijn positie. Op beide punten schiet het boek evenwel tekort. Om te beginnen is de behandeling van de problematiek niet erg verfrissend, aangezien MacCormick veel haalt en herhaalt uit eerdere publicaties en, waar hij afwijkt van vroeger werk – met name in de afwijzing van zijn eerdere opvatting dat waarden niet kenbaar zijn –, hij

aansluiting zoekt bij de overbekende posities van met name Robert Alexy en Ronald Dworkin. Vervolgens is zijn *reply to critics* weinig bevredigend, omdat hij niet altijd duidelijk stelling neemt en op enkele belangrijke tegenwerpingen niet of nauwelijks ingaat. Het helpt daarbij ook niet dat het boek is geschreven in een dorre, weinig tot de verbeelding sprekende stijl.

MacCormick is van mening dat retorica en de *Rule of Law*, ondanks de schijnbare spanning hiertussen, uiteindelijk met elkaar te verzoenen zijn, althans op normatief niveau; de rechtspraak kan altijd afwijken van het in de theorie geprocede ideale. Om die conclusie te onderbouwen, trekt hij in

This article from *Nederlands Juridisch Tijdschrift* is published online and made available to you by the publisher. For more information, please contact your librarian or the publisher.

opvolgende hoofdstukken te laten zien welke beperkingen er gelden bij het toepassen en vinden van het recht. Onder meer komen aan de orde: het syllogisme als redeneervorm van het recht (hoofdstuk 3); de eis van universaliseerbaarheid van rechterlijke uitspraken (hoofdstuk 5); consequentia-listisch redeneren (hoofdstuk 6); het beginsel van redelijkheid (*reasonableness*, hoofdstuk 9); en het vereiste van normatieve en narratieve coherentie (hoofdstukken 10 en 11). Volgens MacCormick bestaat een overtuigende rechterlijke uitspraak, algemeen gesproken, uit drie elementen. Ten eerste moet worden aangetoond dat de uitspraak niet in tegenspraak komt met geldig vastgestelde rechtsregels. Ten tweede moet deze worden ondersteund door bestaande rechtsbeginselen of door een 'redelijk sterke' (*reasonably close*) analogie met vastgestelde (*established*) rechtsregels die kan worden gerechtvaardigd met een beroep op een vaststelbaar (*statable*) rechtsbeginsel (p. 104). Als aan deze vereisten van consistentie en coherentie is voldaan, moet ten slotte worden getoetst of de consequenties van de uitspraak in kwestie aanvaardbaar zijn. Het gaat hierbij niet zozeer om mogelijke empirische gevolgen ervan (die volgens MacCormick moeilijk te voorspellen zijn), alswel om de vraag 'whether the conduct that the law would tolerate or permit is acceptable when or if, in reliance on the law's permission, people engage in it' (p. 112). Anders gezegd, de uitspraak moet een bepaalde waarde ondersteunen of bevorderen, die aan het recht in het algemeen of aan een specifiek rechtsgebied ten grondslag ligt.

De vraag waar het uiteindelijk op aankomt, en die MacCormick in het laatste en meest interessante hoofdstuk van zijn boek aan de orde stelt, is of er 'echte' beperkingen ten aanzien van juridische argumentatie bestaan, die ervoor zorgen dat de praktijk van rechtsvinding aanvaard kan worden als zijnde niet-arbitrair en gebaseerd op goede gronden van specifiek juridische aard. Hoewel hij met Dworkin aanneemt dat de toepassing van het recht een interpretatieve activiteit is waarbij achterliggende waarden en beginselen blootgelegd en uitgelegd moeten worden (om welke reden hij ook liever spreekt van 'rechtsvinding' in plaats van 'rechtsschepping' of 'rechtsvorming'), lijkt hij diens *right answer thesis* niet te onderschrijven. MacCormick gaat ervan uit dat er in moeilijke gevallen meer goede antwoorden mogelijk zijn:

'Disagreements concerning deep and important matters of opinion exist. But they are disagreements among persons who share a view of the points that are in issue in the argument, whilst assigning different weight to different components, singly or in some combination or combinations. In this sense, they are reasonable disagreements among reasonable persons, persisting after careful and thoughtful debate and deliberation.' (p. 261, zie ook p. 169)

This article from *Nieuw Juridisch Woordboek* met de titel *Van een afwende rechter* is te vinden op www.juridischwoordboek.nl

in staat wordt geacht een finaal oordeel te geven over wat redelijkerwijs rechtens dient te gelden, erkent MacCormick dus dat verschillende redelijke mensen tot verschillende redelijke uitkomsten kunnen komen, al zullen sommige uitkomsten als pertinent onredelijk terzijde kunnen worden geschoven.

In alle redelijkheid zijn bij deze ogenschijnlijk alleszins redelijke stellingname toch enkele kanttekeningen te plaatsen. Ten eerste is de vraag hoe dwingend de beperkingen zijn die MacCormick aan de praktijk van rechtsvinding toeschrijft. Zoals hij zelf aangeeft, kunnen deze beperkingen niet voorkomen dat, in ieder geval in controversiële kwesties, de juridische rede verscheidene, zelfs mogelijk elkaar uitsluitende, uitkomsten produceert. Met het oog op de rechtszekerheid is dat ontegenzeggelijk een problematische constatering, aangezien het recht hiermee veel van zijn voorspellende waarde verliest. De enige zekerheid die de rechtzoekende burger heeft, is dat – in het door MacCormick als ideaal voorgestelde geval – er over zijn zaak, of hij nu gelijk krijgt of niet, stevig is gedelibereerd. Dat deze deliberatie dient te geschieden aan de hand van aan het recht ten grondslag liggende waarden en beginselen, is een weinig geruststellende gedachte, aangezien het de rechter zelf is die beslist welke waarden en beginselen dat zijn én hoe hij die in het concrete geval uitlegt. Hier wreekt zich ook dat MacCormick nalaat te expliciteren wat zijn zelfverklaarde 'post-positivistische' rechtstheorie (p. 2) nu eigenlijk inhoudt. Het prefix 'post' doet vermoeden dat zijn huidige positie weliswaar het rechtspositivisme heeft overwonnen of overstegen, maar er niet volledig mee heeft gebroken. (In dezelfde zin dat het postmodernisme nog steeds opgevat kan worden als een vorm van modernisme, die het modernisme weliswaar in tijd opvolgt, maar er in bepaalde uitgangspunten mee verbonden blijft.) Ondanks zijn herhaalde bezweringen dat de rechter dient uit te gaan van 'vastgestelde' rechtsregels, 'vaststelbare' rechtsbeginselen, aan het 'geldende' recht ten grondslag liggende waarden of gronden van 'specifiek juridische aard', blijft onduidelijk welke criteria MacCormick aanlegt om de gelding van een rechtsregel of een rechtsbeginsel vast te stellen. Doordat hij zoveel nadruk legt op achter het recht liggende waarden en de rede of redelijkheid tot ultieme toetssteen van het recht

maakt, zet hij de sluizen wijd open voor het invoeren van de eigen morele en politieke overtuigingen door de rechter in het recht. Hier te spreken van 'rechtsvinding' is pure mystificatie, aangezien de genoemde waarden (bijvoorbeeld gelijk respect voor iedereen) een dusdanig abstract karakter kennen dat deze niet anders dan door een sterke rechtsvormende en rechts-scheppende inbreng van de rechter invulling kunnen krijgen. Dat geldt niet alleen voor zogeheten moeilijke gevallen maar eveneens voor zogeheten eenvoudige zaken, aangezien ook in het laatste geval, zoals MacCormick met

This article from *Netherlands Journal of Legal Philosophy* is published by Eleven International publishing and made available to you on Rechtspraak.be

Dworkin aansprekt, de beslissing in overeenstemming met te zijn met het toepasselijke achtergrondbeginsel. Bovendien is de vermeende eenvoud geen objectief kenmerk van een zaak, maar het gevolg van de subjectieve keuze van de rechter om de zaak te zien als vergelijkbaar met of identiek aan eerdere zaken en deze als zodanig te behandelen. Als de rechter dus beslist dat een bepaalde zaak een andere behandeling verdient dan eerdere, mogelijk verwante zaken (en dus geen eenvoudige zaak is) en zich daarbij beroept op een of andere hoger gelegen waarde, dan zal hij hiervan juridisch gezien weinig beperking ondervinden, omdat de waarde, vanwege haar abstractie, geen concrete uitkomsten kan dicteren. Hoe wenselijk een dergelijke waardegerichte benadering, die eerder aan het natuurrecht dan aan het rechtspositivisme verwant is, ook moge zijn in termen van redelijkheid of rechtvaardigheid, de rechtszekerheid lijkt er zeker niet mee gediend te zijn. Ten tweede, als wordt aangenomen dat van de door MacCormick besproken beperkingen *enige* dwang of invloed uitgaat op de rechterlijke beslissing (wat ongetwijfeld het geval is), dan doet zich de vraag voor, waarom consistentie en coherentie *in het algemeen* te verkiezen zijn boven inconsistentie en incoherentie. MacCormick stelt, zonder nadere toelichting: 'With whatever blemishes, coherent law is preferable to incoherent, and interpretations of potentially incoherent law that restore it as far as possible to a coherent self-conception are on that ground to be preferred' (p. 203). Maar is dat altijd het geval? Als een bepaald rechtssysteem bijvoorbeeld als onrechtvaardig wordt ervaren (bijvoorbeeld omdat het bepaalde bevolkingsgroepen stelselmatig benadeelt), mag of moet men dan van de rechter vragen om steeds overeenkomstig dit systeem te oordelen? MacCormick lijkt de mogelijkheid van afwijking van het geldende recht uitdrukkelijk open te houden wanneer hij, aan het einde van dezelfde alinea en wederom zonder enige uitleg, schrijft: 'The moral duty of the person who holds the judicial office can and should override the legal duty, if necessary by obfuscation' (*ibid.*). Dat betekent dat, onder niet nader gespecificeerde condities, de rechter de morele plicht heeft het 'geldende' recht te negeren en zijn eigen opvatting van rechtvaardigheid daarvoor in de plaats te stellen. En dan is zelfs, aldus de zelfverklaarde pleitbezorger van debat en deliberatie, 'wanneer noodzakelijk', misleiding van het publiek ('obfuscation') geoorloofd! Opnieuw moet

worden geconstateerd dat van rechtszekerheid, zowel in de zin van voorspelbaarheid van het recht als opgevat als argumentatieve praktijk, weinig meer overblijft.

Ten slotte miskent MacCormick dat over sommige kwesties en in sommige situaties niet in redelijkheid beslist kan worden. Hierbij kan worden gedacht aan beslissingen omtrent de stichting van een staat en, wanneer de staat eenmaal is gesticht, de toelating van 'vreemdelingen' tot het 'eigen' territoir. Ten aanzien van de in- en uitsluitingen van mensen die daarbij

This article from *Nederlandsche Bijdragen tot de Jurisprudentie* is published by Elevenand Publishing and made available to everyone bezoeker

noodzakelijk zijn, schiet argumentatie altijd tekort, omdat er geen goede redenen kunnen worden gegeven die voor iedereen aanvaardbaar zijn, dus óók voor hen die worden uitgesloten. Het is deze demarcatie die een redelijk debat tussen hen die zijn ingesloten mogelijk maakt, maar ze is zelf niet op redelijke gronden te voltrekken. Daarnaast kan het in uitzonderlijke crisissituaties soms noodzakelijk zijn om de rechtsstaat tijdelijk buiten werking te stellen. Dan is er even geen tijd voor debat en deliberatie, maar is kordaat optreden vanuit een centraal punt vereist om het voortbestaan van de staat te garanderen. In dit verband gaat MacCormick wel erg gemakkelijk mee met de Britse rechter die in de *Terrorist Suspects case (A (FC) and others v Secretary of State for the Home Department, UKHL 56, 2004)* oordeelde dat de *Derogation Order*, die de detentie van terrorismeverdachten mogelijk moest maken in een noodtoestand waarin de toekomst van de natie op het spel staat, in strijd met de mensenrechten verklaarde (zie onder meer p. 199-201). MacCormick besluit met de woorden:

'When the way of life of civilized societies comes under threat, it is urgent for their citizens to reflect on the question what most matters in that threatened way of life. Erosion of the Rule of Law would not be a good way of warding threats to civilization, but a way of yielding to them. Taking practical reasoning and legal argumentation seriously does not weaken one's respect for the Rule of Law; it enhances it.' (p. 280)

Uitgangspunt kan zijn dat terrorismebestrijding binnen de grenzen van de rechtsstaat dient plaats te vinden, maar is dat altijd mogelijk? Zo heeft het Europese Hof voor de rechten van de mens herhaaldelijk aangegeven dat het criterium van voorzienbaarheid (*foreseeability*), inhoudende dat de justitiabele zich op basis van het geldende nationale recht en in bepaalde gevallen met behulp van deskundig juridisch advies een duidelijke en precieze voorstelling moet kunnen vormen van wat hem bij de uitoefening van zijn vrijheidsrecht te wachten staat, bij overheidsoptreden ter bescherming van de nationale veiligheid 'soepeler' gehanteerd dient te worden (vgl. J.P. Loof, 'Politie-inmenging in de persoonlijke levenssfeer zonder wettelijke basis. Terrorismebestrijding en constitutioneelrechtelijk experimenteerge-

drag', *RM Themis* 2007/3, p. 112-115, p. 114-115). Er zijn dus omstandigheden waarin rechtszekerheid (tijdelijk) een verminderde of mogelijk zelfs geen enkele betekenis heeft.

De relatie tussen retorica en rechtsstaat is een belangwekkend thema, dat een meer diepgaande en oorspronkelijke behandeling verdient, waarbij niet bij voorbaat van verzoenbaarheid wordt uitgegaan, maar ook spanningen en botsingen aandacht krijgen.

Bart van Klink (Tilburg)