

RECHTSPRAAK ALS THEATER

Oftewel leren oordelen

Antoine Hol¹

"De rechtsmacht van het toneel, begint daar waar het domein van het wereldlijk recht ophoudt. ... Zo zeker als een voorstelling een grotere uitwerking heeft dan een dode letter en onderkoelde vertelling, zo zeker werkt het toneel dieper en duurzamer dan moraal en wet."²

Hoofdstuk I

TER INLEIDING

Afdeling 1

GEZAG

Er wordt gezegd dat de rechtspraak, net als de politiek, aan gezag inboet. De kritiek van de laatste jaren, zoals in diverse media geuit, lijkt daar inderdaad op te wijzen. Deze afbrokkeling van gezag zou men in ieder geval deels kunnen toeschrijven aan een verdere emancipatie van de burger en democratisering van de samenleving. Burgers, mondig als ze zijn, voegen zich minder vanzelfsprekend naar de beslissingen van anderen. Zij willen een eigen inbreng bij besluitvorming, althans, daarin hun meningen direct kunnen herkennen. In mindere mate gelooft de burger nog in een stelsel waarin instituties namens en voor hem knopen doorhakken. Hij wil meer directe invloed hebben op die beslissingen. Van democratie, naar tegen-democratie³. Juist in het licht van deze tegen-democratie komt de rechtspraak in beeld, en wel als voorbeeld en leerschool van oordeelsvorming. Als het vertrouwen in politieke besluitvorming afneemt, zal het ontzag voor de rechterlijke oordeelsvorming toenemen. Waarom en op welke wijze, wordt duidelijk als we de rechtspraak vergelijken met het theater. Een inspiratiebron is het werk van Hannah Arendt, waarbij men ook mag lezen René Foaqué, wiens studies hier evenzeer doorklinken.

¹ Hoedenaar Universiteit Utrecht.

² F. SCHILLER, "Was kann eine gute stehende Schaubühne eigentlich wirken?" in *Sämtliche Werke*, Band V, Carl Hanser Verlag, München/Wien 2004, p. 823-824. (Vertaling: AH).

³ F. ROSSAVALLON, *Counter-Democracy. Politics in an Age of Distrust*, Cambridge University Press, Cambridge 2008. (In deze bijdrage wordt in geval van vreemde taalteksten zoveel mogelijk geciteerd uit Nederlandse dan wel Engelse uitgaven, om de leesbaarheid van de tekst te bevorderen).

In zijn werk over de tegen-democratie spreekt Rosanvallon over 'justicialisering' of 'verrechterlijking' van de politiek⁴. Aan deze noties geeft hij echter een andere betekenis dan daar gewoonlijk aan wordt toegekend. Het gaat hem niet om een tendens waarbij de burger steeds meer een beroep op de rechter doet om zijn belangen te behartigen, in plaats van zich rechtstreeks tot politiek te wenden. Rosanvallon wil er op wijzen dat rechtspraak, rechterlijke oordeelsvorming en voorbeeldfunctie krijgt voor oordeelsvorming in het algemeen. Als we de rechterlijke oordeelsvorming vergelijken met die in de politiek, dan heeft de rechtspraak een aantal sterke troeven in handen. Rosanvallon noemt er vijf. Ik stip enkele hier slechts kort aan, enkele andere zal ik verderop nader uitwerken.

In de eerste plaats wordt in de rechtspraak, anders dan in de politiek, veel sterker de nadruk gelegd op een gedegen onderbouwing van het oordeel. Alle relevante feiten en argumenten pro en contra dienen in een zaak op tafel te komen. Kunnen de feiten in de politiek nog wel worden gemanipuleerd, het strakke procedurele kader van de rechtspraak laat daartoe minder ruimte. Dit leidt ertoe dat de feiten die aan de besluitvorming ten grondslag liggen, in de rechtspraak meer transparant op tafel komen dan in de politiek.

Een tweede troef is dat de rechter, anders dan in de politiek het geval is, beslissingen of oordelen niet voor zich uit kan schuiven. De rechter mag geen recht weigeren en zal dus knopen moeten doorhakken.

De derde troef is dat de rechter onpartijdig is, boven partijen staat en alles overziedt vanuit een toeschouwersperspectief. De politicus is daarentegen geïnvolveerd, daardoor partijdig en handelt vanuit een deelnemersperspectief. De politicus kijkt naar de toekomst en wil die veranderen. De rechter kijkt naar het verleden en reflecteert de waarden die het fundament van de samenleving vormen.

Een vierde troef is die van het exemplar. Rechtspraak gaat over concrete zaken, waarin het algemene van de wet samenkomt met het bijzondere van de individuele zaak. In de politiek daarentegen, gaat het niet zozeer om individuele zaken, maar om de grote, algemene lijnen. Rechtspraak gaat dan ook over 'voorstelbare', de burger 'aansprekende' zaken.

Hiermee raken we tot slot aan de vijfde troef. Rechtspraak heeft een sterk openbaar karakter, sterker dan de politiek. Men zou van de 'theatraliteit' van de rechtspraak kunnen spreken. Zoals het theater niet denkbaar is zonder publiek, zo ook kan de rechtspraak niet zonder. Sterker nog, net als het theater is het op dit publiek gericht. Niet voor niets sprak Bentham over de rechtspraak als 'the theatre of justice'⁵. Alhoewel politiek in beginsel ook openbaar is, is het politieke 'spel' minder gericht op het publiek en eerder een aangelegenheid van politici zelf.

Deze vijf troeven zullen een belangrijker voorbeeldfunctie krijgen voor de burger, naarmate deze meer ruimte gaat opeisen voor een eigen inbreng in de politieke en maatschappelijke besluitvorming. Voorwaarde daarbij is wel dat de rechtspraak meer zichtbaar wordt om een leerschool te kunnen vormen. Weliswaar zijn de rechtszalen ingericht voor het publiek, maar als de burger niet naar de rechtbank komt, moet de rechtbank wellicht naar de burger toe. Hoe dat moet, is hier niet aan de orde. Ik concentreer me op de vragen waarom de rechtspraak een leerschool kan zijn en zou moeten zijn. Daarbij draait het vooral om de theatraliteit van de rechtspraak. Deze theatraliteit van de rechtspraak kent ten minste drie onderscheidende, maar samenhangende aspecten.

In de eerste plaats schept de rechtspraak, net als het theater, een ruimte waarbinnen het mogelijk wordt voor de acteurs om zich tot elkaar te verhouden. Dit is het aspect van de encenering.

In de tweede plaats heeft de rechtspraak met het theater gemeen dat het niet gaat om mensen van vlees en bloed maar om rollen die worden gespeeld. De rollen die worden gespeeld vallen niet samen met de personen van de spelers zelf. Ik noem dit het aspect van de rollen.

In de derde plaats heeft de rechtspraak net als het theater een pedagogisch aspect. Zoals in het theater wordt ook in de rechtspraak het publiek deelgenoot gemaakt van de complexiteit van oordeelsvorming en leert hoe tot een afgewogen oordeel te komen. Dit is het aspect van de leerschool. Laten we deze drie aspecten onder de loep nemen.

Hoofdstuk II ENCENERING

Afdeling 1

THEATRUM MUNDI

Volgens Sennett zouden we steeds meer gebukt gaan onder wat hij aanduidt als de 'tirannie van de intimiteit'⁶. Er lijkt sprake van een ideaal om alle sociale relaties te baseren op intimiteit, maar juist in dit streven stoten we elkaar af. De last van intimiteit is te groot en laat geen ruimte meer voor een eigen ruimte, afgezonderd van de ander. "De hel, dat zijn de anderen". Tegenover deze tirannie van de intimiteit plaatst Sennett de 'maatschappij van vreemden'. Om te kunnen samenleven, om een maatschappij te kunnen opbouwen is het volgens Sennett van belang dat we elkaar tegemoet kunnen treden als vreemden. Hij geeft ons een schets van de 18de eeuw om zo'n samenleving van vreemden tot leven te wekken. In deze eeuw zien we hoe een publieke ruimte wordt ontwikkeld waarbinnen burgers elkaar kunnen ontmoeten. Het is de tijd van aanleg van parken en pleinen, waar men elkaar kon treffen in een neutrale, althans niet private omgeving.

⁴ Zie ROSANVALLON, o.c., p. 227 e.v.

⁵ J. BENTHAM, "Rationale of Judicial Evidence" in *Works of Jeremy Bentham*, ed. John Bowring, Edinburgh 1843, Vol. VI, *passim*.

Opvallend waren daarbij de formele manier waarop men zich kleepte als men 'naar buiten' ging, en de nadruk die werd gelegd op etiketten voor gedrag en conversatie. In de omgang ging het niet zozeer om de persoon zelf, maar eerder om zijn of haar voorkomen. De maatschappij werd zo ingericht als een *theatrum mundi* waarin de burgers kunnen worden begrepen als acteurs. Tussen de natuurlijke en sociale mens werd een duidelijke distantie geschapen. Het was echter door deze distantie dat de burgers op een relatief eenvoudige wijze contact met elkaar konden leggen en met elkaar konden verkeren. Het onpersoonlijke, heel de maskeerde staat het maken van contacten niet in de weg, maar maakt in de samenleving juist een beschaafde omgang tussen burgers mogelijk, aldus Sennett. "Wearing a mask is the essence of civility. Masks permit sociability, detached from the circumstances of power, malaise, and private feeling of those who wear them. Civility has as its aim the shielding of others from being burdened with oneself."⁷

Wat Sennett hier zegt over de publieke ruimte sluit aan bij wat we daarover kunnen vinden in het werk van Hannah Arendt.⁸ Ook bij haar komen we de metafoor van het theater tegen.⁹ "Wij de wereld kunnen beantwoorden aan wat altijd zijn bestemming is geweest, een woning te zijn voor de mensen tijdens hun verblijf op aarde, dan moet het menselijk kunstproduct het toneel zijn waarop kan worden gehandeld en gesproken..."¹⁰ Hoe moeten we die woning, dat toneel begrijpen? Alhoewel de notie van de woning dat suggereert, gaat het hierbij niet om afgesloten ruimtes waarin de mens zich kan terugtrekken, maar juist om een publieke ruimte waar ook Sennett naar verwijst. Bij Arendt wordt de publieke ruimte, zij spreekt ook wel over publiek domein, begrepen als een wereld waarbinnen individuen het strikt persoonlijke, private overstijgen en relaties met anderen aangaan. Voor Arendt zijn dergelijke relaties alleen mogelijk als er sprake is van een zekere onderlinge afstand. Om mensen samen te brengen, dient men ze eerst van elkaar te scheiden. De publieke ruimte heeft dan ook een intermediair karakter, in die zin dat ze bij het samenbrengen van mensen er in zekere zin ook tussenin komt te staan. Dit gezichtspunt van de publieke ruimte als een tussen-ruimte wordt ingegeven door het gewicht dat Arendt toekent aan het idee van pluraliteit. Alhoewel de publieke ruimte mensen gelijkschakelt, doordat ze daarbinnen een gelijkwaardige positie krijgen ten opzichte van elkaar en op voet van gelijkheid kunnen deelnemen aan de debatten die er worden gevoerd, onderkent deze ruimte ook de uniciteit van een ieder en daarmee de pluraliteit van de menselijke gemeenschap. Nu is het bij Arendt niet zo dat de tussen-ruimte die mensen uit elkaar houdt, moet worden opgevat als een loze ruimte. Wanneer zij over de publieke

ruimte spreekt als een artefact, dan moet dit letterlijk worden genomen. Het zijn dingen die mensen zowel uit elkaar houden als bij elkaar brengen. "Het gezamenlijk leven in de wereld betekent in wezen dat zich tussen hen die haar bewonen een wereld van dingen bevindt, zoals een tafel zich bevindt tussen degenen die er aan hebben plaatsgenomen; als door elk ander intermediair worden mensen door de wereld tegelijkertijd verbonden en gescheiden."¹¹ Zonder een wereld die ons samenbrengt, zouden we 'over elkaar struikelen' en zouden we elkaar niets meer te zeggen hebben. Arendt gebruikt hierbij het beeld van een spiritistische seance waarbij de tafel, waaraan een aantal personen is gezeten, wegzweeft. Doordat ze plotseling niet langer van elkaar zijn gescheiden en tevens geen houvast meer hebben aan iets dat ze bij elkaar houdt, kunnen ze elkaar nog slechts wezenloos aanstaren.¹²

Het zou echter een misvatting zijn te denken dat de verbinding tussen mensen tot stand komt louter door stoffelijke zaken. Alhoewel die nodig zijn als intermediair ligt het verbindend element uiteindelijk opgesloten in iets dat zich juist niet laat verdinglijken, namelijk in het handelen en spreken. Dat is bijzonder, omdat Arendt de wereld en het publiek domein inbrengt in haar zoektocht naar iets dat stabiliteit geeft aan het bestaan. Niets is echter zo vluchtig als handelen en spreken. Wellicht moet dit worden opgevat als een noodzakelijke spanningsverhouding. Juist door een stabiele basis wordt het spreken en handelen mogelijk gemaakt. Wat mensen dus verbindt, is het spreken en hiermee komt het communicatieve aspect van de publieke ruimte in het vizier. Opnieuw verwijst Arendt hier naar de Grieken. Het is met name de Griekse polis waar volgens haar het handelen en spreken hun plaats hebben gekregen. "De polis in de ware zin des woords is niet de stadstaat als fysieke lokaliteit; hij is de organisatie van het volk, gegroeid uit het gemeenschappelijk handelen en spreken, en zijn ware ruimte ligt tussen de mensen die voor dit doel samenleven, onverschillig waar zij zich toevallig bevinden."¹³

Handelen en spreken scheppen dus een ruimte, een ruimte waar mensen aan elkaar kunnen verschijnen en laten zien wie zij zijn. Alleen wie toegang heeft tot die ruimte heeft toegang tot de werkelijkheid, want werkelijkheid is voor Arendt hetzelfde als gezien en gehoord worden.

Afdeling 2

DE RUIMTE VAN DE RECHTSPRAAK¹⁴

De rechtspraak kan in het licht van het vorenstaande heel wel worden opgevat als een theater met de trekken zoals die in de door Sennett en Arendt gehanteerde noties van publieke ruimte of publiek domein zijn uiteengezet¹⁵. De rechtspraak

⁷ SENNETT, o.c.

⁸ Zie hierover meer uitvoerig A. HOL, "Adjudication and the public realm. An analysis based on the work of Hannah Arendt" in [www.uitrecht.nl/lawreview.org/December 2005](http://www.uitrecht.nl/lawreview.org/December%2005/), (www.uitrecht.nl/lawreview.org/index.php?url=issue/view/21).

⁹ Voor een interessante uitvoerige analyse van de metafoor van het theater en de notie van publiek domein in het werk van Arendt, Sennett en Habermas verwijs ik naar DANNIA R. VILLA, *Politics, Philosophy, Terror. Essays on the Thought of Hannah Arendt*, Princeton University Press, Princeton/New Jersey 1999, Chapter Six, Theatricality and the Public Realm.

¹⁰ H. ARENDT, *De menselijke conditie*, Boom, Amsterdam 2009, p. 158.

¹¹ H. ARENDT, *idem*, p. 53-54.

¹² H. ARENDT, *idem*, p. 54.

¹³ H. ARENDT, *idem*, p. 182.

¹⁴ Men vergelijk hiervoor R. FOQUEF, *De ruimte van het recht*, Gouda Quint, Arnhem 1992. Voor een analyse verwijs ik naar Een interessante analyse.

Hoofdstuk III ROLLEN

Afdeling I MASKERS

We komen nu bij het tweede aspect van de metafoor van de rechtspraak als theater. Omdat binnen het publiek domein een ieder een rol speelt, is het mogelijk de persoon van de acteur af te schermen. Het gaat niet om de persoon van de acteur, maar om zijn handelingen. Waarover wordt geoordeeld is niet zijn persoonlijk karakter, maar het karakter van zijn handelingen. Niet: u bent slecht of verkeerd, maar wat u hebt gedaan is slecht of verkeerd. Partijen in een rechtszaak figureren dan ook niet als private persoon, maar als publieke persoon in de zin van rechtspersoon. Arendt zelf heeft dit punt uitgewerkt aan de hand van een beschrijving van de geschiedenis van het Latijnse begrip *persona*.

*"Oorspronkelijk stond het woord voor de maskers die de acteurs in de Oudheid tijdens toneelstukken droegen. ... Het masker had onmiskenbaar twee functies: het moest het gezicht en de gelaatsuitdrukking van de acteur verbergen, of eigenlijk vervangen, maar op een manier die het de stem mogelijk maakte erdoorheen te klinken. Hoe dan ook, in deze tweeledige betekenis van een masker waardoorheen een stem klinkt werd het woord persona een metafoor, en vanuit de taal van het theater naar de terminologie van de wet getransporteerd. Het onderscheid tussen een particulier individu in Rome en een Romeins burger bestond eruit dat de laatste een persona had, een rechtspersoon was, zoals wij nu zouden zeggen; het was alsof de wet hem de rol had verleend die hij in het publieke domein werd geacht te vervullen, zij het met de voorwaarde dat zijn eigen stem in staat zou zijn om erdoorheen te klinken. Het ging erom dat het niet het natuurlijke ego is date en gerechtshof binnentreedt. Het is een persoon met rechten en plichten, geschapen door de wet, die voor de wet verschijnt."*¹⁶

In deze zin fungeert het recht als schild van Perseus¹⁹. Zoals dit schild de verstrende blik van Medusa weerkaatste, zo voorkomt het recht dat het individu in rechte samenvalt met zichzelf. Zijn rol in de hoedanigheid van rechtspersoon wordt eventueel veroordeeld, niet de aard van de persoon zelf. Niet voor niets valt het de leek op met hoeveel respect partijen, ook verdachten, in rechtszaken worden behandeld.

¹⁶ H. ARENDT, *Over revolutie*, Uitgeverij Atlas, Amsterdam/Atlas 2004, p. 132-133.
¹⁹ A.C. T HART, *Recht als schild van Perseus*, Gouda Quint, Kluwer rechtswetenschappen, Arnhem/Amsterdam 1991; R. FOQUÉ, A.C. T HART, *Instrumentaliteit en rechtsbescherming*, Gouda Quint, Kluwer rechtswetenschappen, Arnhem/Amsterdam 1990.

schept een ruimte waarbinnen individuen van elkaar worden gescheiden en tegelijkertijd bij elkaar gebracht. Opvallend daarbij is dat de rechtspraak zelf kan worden opgevat als een artefact dat het spreken en handelen van mensen mogelijk maakt. Zoals Huizinga het treffend heeft beschreven, kan de rechtspraak worden begrepen als een spel, - noem het toneelspel - per definitie een artefact¹⁶. Spelen immers in een gerechtelijke procedure niet alle partijen een rol, deels tot uitdrukking gebracht in de niet alledaagse kledij die men draagt, de toga, de vaste plaats die men krijgt toegewezen in de ruimte, de vaste conventies en de daarbij behorende formules die het verloop van een proces bepalen? Heel het spel van de rechtspraak met zijn theatrale setting is nodig om het oorspronkelijke conflict los te kunnen weken uit zijn oorspronkelijke dagelijkse context. Dit is nodig, omdat zonder een structuur zoals gerechtelijke procedures die bieden, het conflict niet eenvoudig kan worden opgelost of beslecht. Door overgevoelige reacties, partijdige inschattingen en ongelijkheid tussen partijen zal bij het vinden van een oplossing - bijvoorbeeld in de vorm van wraakoefening - het aantal conflicten alleen maar toenemen. Willen mensen zich met elkaar kunnen verstaan, is een objectiverende instantie die tussen en boven de strijdende partijen komt te staan, onvermijdelijk en noodzakelijk. De rechtspraak met zijn procedurele setting biedt dan ook de ruimte om de strijd tussen partijen op beheerste wijze uit te vechten. De regels van het spel zien erop toe dat de strijd eerlijk wordt gestreden, met faire en gelijke wapens. Dit alles komt erop neer dat in het juridisch proces mensen eerst uit elkaar worden gehaald, om ze vervolgens langs de weg van het proces weer bij elkaar te brengen. Dit is wat met enscenering wordt bedoeld.

Dat hoeft niet te betekenen dat een gerechtelijke procedure gericht is op verzoening van partijen. Het is voldoende als partijen ertoe gebracht worden elkaar over en weer te erkennen als gelijkwaardige gesprekspartners en tevens de uitkomst van de procedure, waarbij het respectievelijke aandeel van partijen in de samenleving wordt vastgesteld, te erkennen. Rechtspraak scheidt dus mensen (hergeen in de term oordelen en scheidsgericht tot uitdrukking komt), maar laat ze ook delen (in de zin van deelhebben aan). *'Suum cuique tribuere'*. Ricoeur, die in menig opzicht door het werk van Arendt is beïnvloed, heeft het als volgt uitgedrukt:

*"[T]he act of judging has as its horizon a fragile equilibrium of these two elements of sharing: that which separates my share or part from yours and that which, on the other hand, means that each of us shares in, takes part in society. It is the just distance between partners who confront one another, too closely in cases of conflict and too distantly in those of ignorance, hate, and scorn, that sums up rather well, I believe, the two aspects of the act of judging. On the one hand, to decide, to put an end to uncertainty, to separate parties; on the other, to make each party recognize the share the other has in the same society..."*¹⁷

¹⁶ J. HUIZINGA, *Homo ludens. Proeve eener bepaling van het spel-element der cultuur*, Haarlem 1938, p. 111 ev.
¹⁷ P. RICOEUR, *The Just*, Chicago/London, p. 132.

Hoofdstuk IV LEERSCHOOL

Afdeling 1 TRAGEDIES

Het wordt tijd aandacht te besteden aan de hamvraag: hoe kan het, dat de rechtspraak de burger richting geeft bij de eigen oordeelsvorming. Waarom een leerschool?

Veelal wordt de openbaarheid van de rechtspraak begrepen tegen de achtergrond van rechtstarelijk principes. De openbaarheid maakt de rechtspraak transparant en controleerbaar. Ongetwijfeld is dit een belangrijk aspect van de openbaarheid, maar ik denk dat daaraan een voor een democratische samenleving minstens zo belangrijke betekenis moet worden toegekend, namelijk die van leerschool. Kijken we naar de geschiedenis van het theater, dan zien we dat dit aspect al vaak is belicht. Denk bijvoorbeeld aan het werk van Bertolt Brecht dat een uitdrukkelijke politieke betekenis en opvoedende betekenis had. Men sprak niet voor niets van leertheater. In zekere zin gold dit ook voor de Griekse tragedies, waarvan Brecht overigens bepaalde elementen in zijn toneelstukken verwerkte. Tragedies werden in de Griekse stadstaten opgevoerd tijdens het festival ter ere van Dionysus. Burgers waren min of meer verplicht deze bij te wonen. Voor hen die niet in staat waren deelname te bekostigen was er een fonds beschikbaar. Waarom deze min of meer verplichte deelname? Dit had zonder meer te maken met de betekenis van de tragedies binnen het politieke bestel. Zij waren er niet alleen voor het vermaak, maar ook 'ter lering'. Alle burgers, over het algemeen hardwerkende ambachtslieden met beperkte scholing, werden geacht op enig moment een bijdrage te leveren aan stadsbestuur en rechtspraak. Daarvoor dienden ze te worden getraind. Een academische opleiding was daarvoor geen optie, maar boden de tragedies een goed alternatief. Juist omdat het in de tragedies om voorstellingen gaat van concrete affaires, exempelen dus, sloten zij goed aan bij de intellectuele bagage en belangstelling van de burger. Geen algemene, abstracte verhandelingen van en voor filosofen, maar concrete gevallen, zoals de casus uit de jurisprudentie waar juristen steeds weer op terugkomen. In die tragedies ligt vervolgens de nadruk op de handelingen zelf, het plot. Niet de zielenroerselen, de karakters van de personages zijn aan de orde, maar hun doen en laten, hun keuzes, die overigens veelal verkeerd uitpakken. Opvallend daarbij is dat het niet de eersten de besten zijn die dergelijke verkeerde keuzes of fouten maken. Het gaat bijvoorbeeld om vorsten, die zich eerder door hun heldhaftig of moedig optreden bijzonder hadden weten te onderscheiden. Denk bijvoorbeeld aan Agamemnon, die Troje veroverde (en vernietigde), maar voorafgaand aan zijn verovering de fout maakte gewetenloos zijn eigen dochter te offeren. Dat personen van 'naam en faam' fouten maken is verontrustend. Van 'boeven' verwacht men dat ze 'slechte' dingen doen, maar van de 'goeden' verwacht men dit niet, althans past het niet in het beeld dat we van hen hebben. Binnen de verhalen tonen vorsten namelijk over het algemeen moed,

overwinnen ze weerstanden, in tragedies gaan ze echter door kortzichtigheid en noodlot ten onder. Wat leerde men van dergelijke tragedies? Zoals gezegd richtten deze tragedies zich niet in de eerste plaats op de ratio. Eerder was het er om te doen bepaalde emoties op te wekken: vrees en medelijden²⁰. Vrees werd opgeroepen doordat men gaat inzien dat men al heel snel door kortzichtigheid en halsstarrigheid verkeerde keuzes kan maken. Antigone heeft slechts oog voor de familiale verplichting om haar voor de poorten van de stad gesneuvelde broer Polyneikes te begraven. Kreon daarentegen ziet in Polyneikes slechts een landverrader en verbiedt om die reden de begrafenis. Hij heeft daarmee slechts een landverdede wet van de staat. De wederkerige onbuigzaamheid van Kreon en Antigone loopt uiteindelijk uit op een ramp voor alle betrokkenen. Antigone verhangt zich. Kreon's zoon, Antigone's geliefde, werpt zich in zijn eigen zwaard als hij geconfronteerd met Antigone's dood. Kreon's vrouw Eurydike verdraagt dit alles niet en maakt eveneens een eind aan haar leven. Kreon blijft vol zelfverwijten alleen achter. Hoe zou dergelijk schouwspel geen vrees kunnen wekken? En als het goed is zal de toeschouwer hier lering uit moeten trekken. Pas op met halsstarrigheid, 'Prinzipienreiterei'! Maar hij leert meer. De tragedies laten zien dat men het leven niet geheel in de hand heeft. Kreon kwam tot het inzicht dat hij fouten had gemaakt, maar door toevalligheden, noem het noodlot, lukte het hem niet om deze tijdig te herstellen. "Alles liep mij uit de hand", zo jammert Kreon op het eind, "naar de keel sprong bij dit alles mij 't ondraaglijk lot!"²¹

Hoe meedogenloos het lot kan zijn leren we in sommige tragedies waarin de personages zelfs geheel onwetend zijn en om die reden niet in de gelegenheid verkeerde keuzes te voorkomen. Oedipus verneemt pas achteraf dat de man die hij heeft omgebracht zijn eigen vader was en dat de vrouw die hij heeft gehuwd zijn eigen moeder is. Alhoewel onwetend, acht hij zich toch schuldig en steekt zichzelf de ogen uit²². Sterker nog, het hele verloop was reeds voorspeld door een orakel en ondanks pogingen het noodlot te keren, gaat het toch in vervulling zoals voorspeld. Het lot blijkt onontkoombaar²³. De toeschouwer leert zo ook dat de verkeerde keuzes die de personages maken, niet geheel op hun conto kunnen worden geschreven. Vanuit een toeschouwersperspectief – denk aan wat hierover is aange-schrikt toen we de troeven van de rechtspraak bespraken – krijgt het publiek overzicht over alles wat (mogelijk) te gebeuren staat, wat de gevolgen zijn van de handelingen. Vanuit die positie is het mogelijk om meer afgewogen oordelen te vormen. Dat ligt anders voor de personages in de tragedies. Die staan zijn geïnvolveerd in de gebeurtenissen en hebben daarom per definitie niet het overzicht

²⁰ Zie hierover i.h.b. S.G. SALKEVER, "Tragedy and the Education of the *Demos*: Aristotle's Response to Plato" in *Theory*, University of California Press, Berkeley 1986, p. 274 e.v.

²¹ SOPHOKLES, *Zeven tragedies*, Ambo, Baarn 1989, p. 178.

²² Interessant is te zien dat, alhoewel onwetend, ook Oedipus fouten maakte. Zo was hij aanvankelijk doof voor de boodschap van de ziener Tiresias, die hem duidelijk probeerde te maken dat hij het was die zijn vader heeft vermoord.

²³ Oedipus' vader, die kennis had van de voorspelling, probeerde het lot te beïnvloeden in een poging zijn jonge kind om het leven te brengen. Hij snijdt de pezen van de voeten van het kind door en geeft een herder opdracht hem in de bergen achter te laten. Deze krijgt medelijden en neemt met zijn vrouw de zorg voor Oedipus op zich. Later verneemt Oedipus zelf van zijn lot. Hij vlucht om die reden, maar niettemin verloopt het zoals voorspeld.

dat de toeschouwer wel heeft. Dit beseffend, zal het gevoel van medelijden bij het publiek alleen maar worden versterkt: "de beste stuurlui staan aan wal".

Aldus leerden tragedies de burgers over het grillige en principieel onbeheersbare karakter van het bestaan en de complexiteit daarin keuzes te maken. Op deze manier werden ze voorbereid op de praktijk van bestuur en rechtspraak. Voorzichtigheid, prudentie is daarbij geboden, maar tevens begrip of compassie als het aankomt op oordelen over andermans fouten.

Afdeling 2

RECHTSPRAAK ALS TRAGEDIE

Het valt niet moeilijk in te zien hoe de rechtspraak, analoog aan de tragedie, kan worden gezien als een leerschool tot oordeelsvorming²⁴. Net als in de tragedies, draait het hier om exemplarische, concrete situaties. Zoals gezegd spreken juristen dan over zaken of casus. Het gaat in die casus primair om de handelingen van personen, niet om hun karakters. Niet de personen staan centraal, maar de keuzes, mogelijk foute keuzes, die ze hebben gemaakt. De toeschouwers die bij de behandeling van de zaak aanwezig zijn, zullen net als het publiek dat de tragedies bezocht, worden aangedaan door de emoties van vrees en medelijden. Vrees om zelf in situaties verzeild te raken die je met justitie in aanraking brengen. Vrees ook voor de eventuele gevolgen daarvan. Maar ook de andere emotie van medelijden zal worden opgeroepen. In abstracto, vaak ook in onze verhalen, stellen we ons misdoeners voor als monsters, demonen. Niet zelden is dan ook de schok groot als we waarnemen dat de personen die terechtstaan 'gewone' mensen lijken te zijn, waarmee we ons vaak heel gemakkelijk kunnen identificeren. Weliswaar zijn het geen helden, maar niettemin wordt in het handelen partijen voor ons zichtbaar hoe broos, hoe kwetsbaar het bestaan is en hoe onverwacht dingen kunnen misgaan. Niet voor niets benadrukt Hannah Arendt in haar rapportage over oorlogsmisdadiger Adolf Eichmann zijn 'normaliteit'²⁵. Alhoewel men het handelen van Eichmann associeert met dat van monsters, en dergelijke personen wil demoniseren, haalt Arendt de kant van het banale in het kwaad naar voren. Niet monsterlijkheid, kwade wil heeft Eichmann gemaakt tot een van de organisatoren van de massamoord op de joden. Eerder was het zijn onvermogen te denken en te oordelen. "Menselijk, al te menselijk", zou men

²⁴ De stap van tragedies naar rechtspraak is tegen de achtergrond van de Griekse cultuur niet groot. Tussen tragedies en rechtspraak bestond een duidelijke relatie. Tragedieschrijvers waren vaak dezelfde die ook pleidooien schreven voor rechtszittingen. Interessant is ook om het te weten dat de Grieken voor de acteurs in tragedies en gedachten voor het recht dezelfde term gebruikten: hupokrités. Zie E. HALL, *Greek Tragedy. Suffering under the Sun*, Oxford University Press 2010, p. 62. Het hoeft dan ook niet te verbazen dat men in tragedies veel verwijzingen naar recht en rechtspraak aantreft, zoals bij de Orestea, waar in de derde tragedie zelfs een rechtszaak wordt gespeeld, waarin een eind moet worden gemaakt aan de vendetta die de familie van Orestes ten gronde richt.

²⁵ H. ARENDT, *Eichmann in Jerusalem. A Report on the Banality of Evil*, Penguin Books, New York 1977. Voor een interessante studie van Arendt's rapport over Eichmann vanuit het perspectief van het theater: L.Y. BILSKY, "When Actor and Spectator Meet in Courtroom: Reflections on Hannah Arendt's Concept of Judgment" in RONALD BERNER e.a. (ed.), *Judgment, Imagination, and Politics. Themes from Kant and Arendt*, Rowman & Littlefield Publishers, Lanham etc. 2011, p. 257 e.v.

kunnen zeggen²⁶. Alhoewel medelijden met Eichmann mogelijk teveel is gevraagd, zal in veel gevallen die emotie worden opgeroepen.

Afdeling 3

VERRUIMDE VERBEEELDING

Vrees en medelijden zijn emoties en als zodanig belangrijk voor een evenwichtige oordeelsvorming. Anders dan angst of woede, die hooguit tot onbezonnen handelingen leiden, zetten deze emoties aan tot deliberatie. Hoe kunnen we ongeluk in de toekomst voorkomen, wat is een passende sanctie voor een misdoener? Dergelijke deliberatie moet uiteindelijk uitlopen op een oordeel. Maar hoe weten we of dat een goed oordeel is?

In de rechtspraak wordt sterke nadruk gelegd op de rechterlijke onpartijdigheid. Als het gaat om oordeelsvorming, is de kern van deze onpartijdigheid, dat de rechter openstaat voor andermans meningen, dat hij loskomt van zijn eigen mening. Een rechter die zich slechts baseert op zijn eigen mening, zijn vooroordeel, oordeelt niet. Hij schrijft slechts voor, dwingt af. Onpartijdigheid impliceert echter dat de rechter bereid is het standpunt van de partijen in zijn uiteindelijke oordeel te verwerken. Hij schrijft partijen dan niet simpel de wet voor, maar een wet, die is verrijkt met de visies van partijen. Dat wil niet zeggen dat partijen steeds gelijk krijgen, maar wel dat de wet zoals door de rechter verwoord van hun meningen rekenschap afdelt, waardoor het in die zin een verrijkte wet is²⁷. In dit verband is het interessant te kijken wat Hannah Arendt in haar latere werk heeft gezegd over politieke oordeelsvorming. Daarbij haakt ze aan bij Kant's notie van het reflectieve oordeel zoals door hem ontwikkeld in zijn *Kritiek van het oordeelsvermogen*. Een reflectief oordeel is aan de orde als we niet een kant en klare universele of algemene norm hebben die we op het concrete geval kunnen toepassen, maar alleen het bijzondere is gegeven en we vandaar uit naar een norm moeten zoeken om te kunnen oordelen. Zoals we in de kunst een individueel kunstwerk moeten beoordelen zonder dat daarvoor op voorhand een norm, maatstaf is gegeven, zo ook worden we in de politiek met affaires geconfronteerd die we niet zomaar met een beroep op een gegeven maatstaf kunnen beoordelen. In de rechtspraak is het in zekere zin niet anders. Ook hierin laten veel zaken zich niet simpel afhandelen met een rechtstreekse toepassing van de regel op het concrete geval. Hoe vinden we in zo'n situatie de norm tot een oordeel te komen? Als het niet mijn eigen mening is (want hoe kan dat een norm zijn, waar ook anderen zich naar moeten schikken?) en ook niet een vooraf gegeven

²⁶ Nussbaum bestreed eveneens aandacht aan de neiging het kwaad te demoniseren en daarmee van ons weg te zetten. Zie M. NUSSBAUM, *Upheavals of Thought*, Cambridge University Press, Cambridge 2011, p. 450 e.v. Hoofdstuk 8 van dit werk over Compassion and Public Life verdient eveneens aandacht in verband met hetgeen hier naar voren is gebracht over vrees en medelijden.

²⁷ Ik heb eerder geschreven over richtlijnen voor de strafmaat in strafzaken. Daarbij heb ik opgemerkt dat deze kunnen wringen met de deugd van het rechtspreken, als deze geen ruimte meer laten voor een herkenbare inbreng van de kant van verdachten (de bijzondere (persoonlijke) omstandigheden). Zie A.M. HOT, "Recht en rechtspraak als een midden" in E. BRUGMANS e.a. (red.), *Krakend recht en verharde moraal*, Valkhof Pers, Nijmegen 2004, p. 16 e.v.

algemene regel (want die dekt niet, of niet geheel het bijzondere geval), wat is het dan wel dat een basis vormt voor oordeelvorming? Hier is het de 'verbeelding' die aan de basis ligt van oordeelsvorming en wel een verbeelding die is verruimd met de standpunten van anderen. "Jij hebt een goede smaak, wat vind je van dit werk?". Zo groeit zo iets als een 'verruimde verbeelding'. Men start bij de eigen mening, maar maakt zich daar langzamerhand van los doordat men meningen van anderen verwerkt. "To think with enlarged mentality means that one trains one's imagination to go visiting", aldus Arendt²⁸. Het gaat erom in de wereld rond te kijken, op visite te gaan en naar de dingen te kijken door de bril van de ander. Het proces van deliberatie, leidend tot oordelen, is dus een inter-subjectief proces, waarin de monoloog plaats maakt voor de dialoog. Een oordeel dat op een dergelijk denkproces berust is niet per definitie goed en zal altijd open moeten staan voor correctie. Immers, oordelen die berusten op een norm die zich voor de inbreng van de ander afsluit, verwordt tot een vooroordeel. Niettemin is het beter dan 'mijn eigen mening' waarmee we aanvankelijk de zaak benaderden, want meer 'verrijkt', meer algemeen. "The more people's standpoints I have present in my mind while I am pondering a given issue, and the better I can imagine how I would feel and think if I were in their place, the stronger will be my capacity for reflective thinking and the more valid my final conclusion, my opinion."²⁹

De toeschouwers van de tragedies werden aangespoord zich in te leven in de situatie waarin de personages kwamen te verkeren. Vooraleer tot een oordeel te komen, 'visiteerden' zij de plaatsen van de noodlottigen, verplaatsten zij zich in hun positie. Ze wisselden tussendoor en na afloop hun voorlopige oordelen over het beleefde uit. Zo verrijkten ze hun visie op het geheel. De rechter, indien onpartijdig, doet niets anders, althans, hoort niet anders te doen. 'Audiatu et altera pars' is daarom wellicht het meest centrale beginsel van het rechterlijk proces. En precies dit is ook dat waartoe de toeschouwer van rechtszaken wordt aangemoedigd: hoor en wederhoor. Zo wordt de verbeelding verruimd.

Afdeling 4

HET ALGEMENE EN BIJZONDERE

Rechtspraak als theater: rechtspraak biedt het podium waar men elkaar tegemoet kan treden. De verhandeling betreft een strijd, een geschil, een conflict, maar de ruimte van de rechtspraak biedt een platform om deze strijd zo in te richten, dat het de samenleving niet verder versplintert, maar zo iets als een orde, een publieke ruimte ontstaat waarin men elkaar kan ontmoeten. Rechtspraak ensceeneert de strijd en maakt deze daardoor mogelijk. Deze strijd vervolgens, wordt gevoerd door personages, waarbij het individu schuil gaat achter een masker. En ook dit is noodzakelijk om de strijd mogelijk te maken. Het zou ondraaglijk zijn als men in heel zijn private naaktheid terecht zou moeten staan. Zoiets zou niet passen in

'de fatsoenlijke samenleving'³⁰. Men hoeft slechts zijn rol te spelen, zij het dat daarbij de stem wel door het masker waarachter men schuilgaat kan doordringen en de rechter daarvoor niet doof is, ook niet voor zijn eigen (gewetens-)stem. Tot slot is de rechtspraak, net als het theater, een leerschool. Niet alleen voor de spelers zelf en voor de rechters is het een leerschool in oordeelsvorming, maar evenzogoed en misschien vooral voor de toeschouwers.

Maar waarom zal de burger deze leerschool willen bezoeken? Het is niet zo moeilijk deze vraag te beantwoorden. Als hij minder wil bouwen op zijn vertegenwoordigers in politiek en bestuur en zelf wil meebeslissen, waar doet hij dan zijn inzichten op? Dat kan niet de politiek zelf zijn, die wordt immers gewantrouwd. Het zal niet de geleerdheid van de academie zijn. Er moet gewerkt worden. Zijn leerschool zal dus elders moeten worden gezocht. Is het film, theater, musical? Eerder denk ik dat het de rechtspraak is, om redenen zoals hierboven uiteengezet.

De rechtspraak geniet verhoudingsgewijs nog veel vertrouwen. Het is niet onbegrijpelijk waarom dit is. Het zal niet verwonderen dat dit vertrouwen in stand blijft en wellicht verder zal groeien. Waarom dit zal gebeuren? Men mag niet te snel geloven in doemscenari's. Ook al verschrompelt de publieke ruimte in een tegen-democratie, de burger zal blijven zoeken naar een domein waarin hij zichzelf zal kunnen overstijgen en de ander kan ontmoeten. Het alternatief is dat hij in zichzelf opgesloten raakt. Dat mag echter niet gebeuren, want zulks is 'onmenselijk'. 'Onmenselijk', omdat dit impliceert dat communicatie onmogelijk is geworden.

Rechtspraak biedt hier een uitkomst. Zij is exemplarisch voor een publieke ruimte, waarin een praktisch gestalte krijgt van communicatie en oordeelsvorming, en die het individu uit de beslotenheid van zijn eigen 'wereldloze' wereld(je) bevrijdt en – het lijkt paradoxaal – een eigen plaats te verwerven in de pluriforme wereld met en ten overstaan van anderen. Communicatie en oordeelsvorming onderstellen dat het individu het bijzondere weet te overwinnen en oog krijgt voor wat het individuele overstijgt, voor het algemene en daarmee voor de ander. Alleen zo kan hij ook een eigen plaats veroveren, en alleen zo is 'de fatsoenlijke samenleving' mogelijk.

In haar lezingen over Kants politieke filosofie geeft Arendt aan dat het oordeel op een 'raadselachtige manier' het bijzondere met het algemene combineert³¹. Hoe dit te begrijpen? Zoals reeds aangehaald, zou een oordeel gebaseerd op enkel de algemene norm de personen die het raakt tekort doen. Louter uitgaan van het bijzondere leidt tot een volledige pragmatische, stuurloze besluitvorming. De tekortkomingen van beide benaderingen zijn reeds scherp door Plato onder ogen gebracht. In een rigide toepassing van de universele wet zou men voorbijgaan aan de particulariteiten van de menselijke werkelijkheid en veronderstelt dat mensen zich tot perfecte wezens laten omsmeden, passend binnen de eeuwige orde van de

²⁸ H. ARENDT, *Lectures on Kant's Political Philosophy*, The University of Chicago Press, Chicago 1988, p. 43.
²⁹ H. ARENDT, *Between Past and Future*, Penguin Books, New York 1993, p. 241.

³⁰ Zie A. MARGALI, *The Decent Society*, Harvard University Press, Cambridge etc. 1996.
³¹ *Lectures on Kant's Political Philosophy*, p. 76.

kosmos. De andere weg is eveneens afgesloten. In de praktijk zal het onmogelijk zijn een samenleving zo in te richten dat men steeds de beslissingen kan afstemmen op de schier eindeloze diversiteit en particulariteiten van individuen. "Hoe wilt ge immers dat een mens het ooit zou klaarspelen om op elk ogenblik van het leven naast ieder individu te komen zitten en precies voor te schrijven wat hem past?"³² Noch het algemene, noch het bijzondere kan dus absoluut worden gesteld. Oordeelsvorming waarbij het algemene en het bijzondere met elkaar worden verbonden is nodig. Hoe dat kan, leren we van het theater, maar evenzogoed van de rechtspraak. Beiden zijn hiervoor exemplarisch en helpen de toeschouwers oog te krijgen voor het bijzondere en dat te beoordelen tegen de achtergrond van algemene normen en waarden en omgekeerd. In die zin vormen zij een leerschool. Of, zoals Rosanvallon het met betrekking tot de democratie zegt: "The function of judgment is to link the particular to the general by way of a sanction (or acquittal) possessing a certain exemplary character. Judgment thus helps to establish democracy by bringing facts together with values, by making social situations intelligible in the light of fundamental governing principles. Hence judgment involves a kind of political pedagogy."³³ En, voeg ik er tot slot aan toe, die pedagogie wordt des te meer gezocht, naarmate de politiek aan geloofwaardigheid inboet. Of, om met Schiller af te sluiten:

*"Wanneer de moraal ons niet meer aanspreekt, religie geen geloof meer vindt, er geen wet meer voorhanden is, zal Medea ons nog doen huiveren als zij, nadat de kindermoord is geschied, de trappen van het paleis afstrompelt."*³⁴

De rechtspraak zal ons niet op deze wijze doen huiveren, maar haar zeggingskracht is er niet minder om. Daarom: rechtspraak als theater.

WAT IS INSTRUMENTALITEIT?

Cees Maris¹

Hoofdstuk I

INSTRUMENTALITEIT

Instrumentaliteit, wat is dat?² 'Instrumentaliteit' is een abstracte relationele term die je in haar relationaliteit als volgt kunt formuleren: er is sprake van instrumenttaliteit indien

$X \text{ dient als middel tot } Y \text{ (afgekort: } X \rightarrow Y)$

In deze doel-middel verhouding is X dus een instrumenteel goed, dat zijn waarde ontleent aan de waarde van Y. Y op zijn beurt is niet noodzakelijk een intrinsiek goed: het kan zelf ook weer een middel zijn tot een ander goed, en dus evenzeer een afhankelijk waarde hebben³. Het hangt af van de specifieke instrumentele relatie tussen X en Y wat 'instrumentaliteit' in een concrete context inhoudt.

In de juridische context van *Instrumentaliteit* en *rechtsbescherming*. Grondslage van een strafrechtelijke waardendiscussie⁴ van René Foqué en August 't Hart za Y staan voor het recht, in het bijzonder het strafrecht. Wat kan X hier betekenen Om dat te bepalen moet je eerst het doel (of de doelen) van het (straf)recht vast stellen. De formule $X \rightarrow Y$ moet dus worden uitgebreid met een derde term:

$X \rightarrow Y \rightarrow Z$

X staat voor de rechtsmiddelen of rechtsinstrumenten, Y voor het recht, en Z voor de doelen van het recht. *Instrumentaliteit* zal hier betekenen dat de rechtsmiddelen de rechtsdoelen doelmatig verwekelijken.

Het erudiete boek van Foqué & 't Hart inspireert ruim twintig jaar na publicatie nog steeds tot discussie. In dit essay bespreek ik aan de hand van bovenstaande formule of de auteurs een adequate conceptuele analyse van *instrumentaliteit* geven, in het licht van hun grondslagen theoretisch onderzoek naar Montesquieu en Beccaria. Ik confronteer die analyse met de kritiek van Rozemond, die als conceptueel alternatief *kritisch instrumentalisme* voorstelt, met het liberale utilisme van Mill als alternatieve grondslag. Mijns inziens schieten beide analyses tekort, en biedt de liberale rechtvaardigheidstheorie van Rawls een betere grondslag, vanzelfsprekend onder erkenning van het belang van doctrinaliteit. Tot

³² PLATO, "Staatsman" (294 e.v.), *Verzameld Werk* (vert. De Win), De Nederlandse Boekhandel/Ambo, Antwerpen/Baarn 1980 p. 583. Zie hierover tevens ROSANVALLON, *Counter-Democracy*, o.c., p. 240 e.v.

³³ ROSANVALLON, *Counter-democracy*, p. 241.

³⁴ F. SCHILLER, o.c., p. 823.

¹ Hoogleraar Universiteit van Amsterdam en buitengewoon hoogleraar University of The Western Cape.
² Zie ook L. PIERRE, *Qu'est ce que c'est l'instrumentaliteit?*, Marigot, Editions Marais, 2006.
 Hier is overigens ook mogelijk dat een middel ondanks zijn goede doel zelf niet goed is, bv. door zijn bij-effecten.
³ R. FOQUÉ en A.C. 't HART, *Instrumentaliteit en rechtsbescherming*. Grondslagen van een strafrechtelijke waardendiscussie, Antwerpen, Gonda Quint, 1990(a).