

Inhoud

Maanen, Bert nga (redaktiese-	Redactioneel: <i>Politiek, rechtspraak en tenslotte euthanasie (J.S)</i>	311
	Patrick Chatelin Counet, <i>De Historische Rechtsschool tijdens Vormärz en revolutie</i>	316
Gunning, Pieter van der Tang,	Wibren van der Burg, Theo van Willigenburg, <i>Pleidooi voor een radicaal-liberale rechtspraak. De rechtstheorie van Ronald Dworkin</i>	342
	G.C.J.J. van den Bergh, <i>Over een theorie van sociale controle en het meten van recht</i>	374
	Roelof Haveman en Joyce Hes, <i>Straatverbod: modder of mest voor het abolitionisme?</i>	387
11373, 1001 GJ	Diskussie G.J. Veerman, <i>Overdaad schaadt? Over Couwenbergs opvattingen over het zelfbeschikkingsrecht van Nederland en de aanwezigheid van etnische minderheden.</i>	396
ten zijn mogelijk en abonnement óór 1 december ntvangt dan een	Rechtspraak 'Stichting Verbiedt de Kruisraketten', Arrondissementsrechtbank te 's-Gravenhage 20 mei 1986: noot Louise Mulder.	401
Oude jaargangen	Boekbesprekingen Lammy Betten, W.S.P. Fortuyn, <i>Stakingsrecht in Nederland. Theorie en praktijk 1872-1986.</i> (1986)	406
	Uwe Becker, Siep Stuurman, <i>De labyrinthische staat. Over politiek, ideologie en moderniteit.</i> (1985)	411
ijmegen,	Aankondiging	416

qui. De Stichting
jen en heeft geen

ertenties en voor
98.

Pleidooi voor een radicaal-liberale rechtsspraak: de rechtstheorie van Ronald Dworkin*

Wibren van der Burg en Theo Willigenburg

§1 Inleiding

De laatste twintig jaar is er een toenemend besef in progressieve kring dat ook het recht aangewend kan worden om gewenste maatschappelijke doelen te bereiken. In ieder geval biedt het recht allerlei aanknopingspunten bij het denken over, en de strijd voor een werkelijk rechtvaardige samenleving. Dit besef gaat samen met een zekere toewending naar de rechtstheorie (zoals bijvoorbeeld ook zichtbaar is in de artikelen in *Recht en kritiek*). Een van de meest geciteerde auteurs in dit verband is Ronald Dworkin. Dat is niet zo verwonderlijk, want Dworkins rechtstheorie kenmerkt zich door haar directe toepasbaarheid in het concrete politieke debat en de rechtspraktijk. Dit in tegenstelling tot de theorieën van veel andere politieke filosofen, zoals Rawls en Habermas.

Vanuit het perspectief dat Dworkin schetst kunnen allerlei concrete maatschappelijke kwesties beoordeeld worden. Maar belangrijker nog is dat zijn theorie hierbij aansluit bij het recht zelf. Hoe behoort de rechter die dit recht toepast nu precies te handelen? Op deze vraag probeert Dworkin een antwoord te formuleren (en dat antwoord te onderbouwen). Daarmee verschaft hij de praktijkjurist concrete argumenten waarmee in kwesties als positieve discriminatie, burgerlijke ongehoorzaamheid, en in de discussie over de non-discriminatiewet en de zedelijkheidswetgeving bepaalde juridische conclusies verdedigd kunnen worden.

Daarnaast valt de Dworkin-interesse niet toevallig samen met de toenomen belangstelling voor, en het toenemende juridisch belang van mensenrechtenverdragen. Immers, als geen andere rechtsfilosoof stelt Dworkin rechten centraal. Bovendien verschaft hij een bruikbaar kader om dergelijke verdragen te interpreteren; niet onbelangrijk nu het recht in dit opzicht duidelijk nog in ontwikkeling is.

Dit alles maakt uitgebreidere kennismaking met Dworkin voor iedere jurist, ook voor de praktijkjurist noodzakelijk.

* Met dank aan Charles Goossens, Robert Heeger en Nikkie Meijers voor hun uitgebreide kritieken op een eerdere versie van dit artikel.

Dworkins eerste boek *Taking Rights Seriously*¹ (TRS) is een bundeling van een aantal artikelen die in de loop van zo'n vijftien jaar in verschillende tijdschriften werden gepubliceerd. Die artikelen betreffen meestal allerlei concrete onderwerpen die Dworkin bestudeert vanuit een zich in de loop der jaren ontwikkelde rechtstheoretische visie. Ook zijn recentere boek *A Matter of Principle*² (MP) is een dergelijke bundeling van eerder gepubliceerde artikelen.^{2a} Omdat beide werken aldus eerder een overzicht bieden van de wijze waarop Dworkins theorie zich heeft ontwikkeld in plaats van een definitieve versie van zijn ideeën, zijn hier en daar bepaalde inconsistenties te bespeuren. Opvallender is echter de sterke samenhang tussen de verschillende essays, en de overtuiging waarmee Dworkin in allerlei verband zijn centrale thesen presenteert, aanscherpt en natuurlijk toepast.

De opzet van dit artikel is als volgt:

Allereerst volgt een korte schets van de centrale ideeën in Dworkins eerste werk *Taking Rights Seriously*. (§2) Vervolgens gaan we wat dieper in op Dworkins argumentatie in *A Matter of Principle*, vooral op die punten waar de centrale theorie belangrijk is aangevuld of gewijzigd (§3), en besteden we ook aandacht aan de wijze waarop Dworkin zijn theorie toepast op kwesties als burgerlijke ongehoorzaamheid, positieve discriminatie en het Hart-Devlin debat. (§4) Daarna volgt een kritisch deel, te beginnen met de bespreking van een aantal kritische essays over Dworkin, bijeengebracht door Marshall Cohen.³ (§5) Tot slot volgt onze eigen evaluatie. (§6)

§2 Taking Rights Seriously

Centraal thema van Dworkins eerste boek is zijn verzet tegen wat hij de 'heersende liberale rechtstheorie' noemt. Deze theorie bevat twee onderdelen. Ten eerste een *conceptuele theorie* van het recht, het rechtspositivisme, die een strikte begripsmatige scheiding aanbrengt tussen recht en moraal. Fundamentele these van dit rechtspositivisme is dat het recht van een samenleving bestaat uit een verzameling van regels, die geïdentificeerd kunnen worden aan de hand van bepaalde criteria, en wel door testen die niets te maken hebben met de inhoud, maar alleen met de herkomst van die regels ('tests of pedigree'). Hierbij doelt Dworkin met name op de theorie van H.L.A. Hart. Daarnaast bevat de heersende leer een *normatieve theorie* die gebaseerd is op het utilitarisme. Het is deze heersende leer waartegen Dworkin zich verzet, en hij stelt daartegenover een alternatieve, maar eveneens liberaal genoemde, theorie.

- 1 Cambridge, Mass.: Harvard University Press, (1977) 1982⁸ (paperbackuitgave met appendix).
- 2 Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1985.
- 2a Inmiddels is er al weer een boek van Dworkin verschenen: *Law's Empire*, (London: Fontana, 1986). Het was niet meer mogelijk dit nieuwste boek in het artikel te betrekken. Dit boek is, anders dan de beide vorige, wel als één geheel geschreven. Het geeft meer een systematische uiteenzetting van Dworkins rechtstheorie, maar gaat minder diep in op de politieke theorie en op allerlei concrete problemen.
- 3 Cohen, M. (ed), *Ronald Dworkin & Contemporary Jurisprudence*, (Totowa, N.J.: Rowman & Allanheld, 1984).

Het rechtspositivisme wordt door Dworkin niet alleen op normatieve gronden, maar juist ook op feitelijke gronden bestreden. Hij claimt dat zijn eigen, alternatieve, theorie niet alleen aangeeft hoe het recht er behoort uit te zien en hoe het behoort te worden toegepast, maar vooral ook een adequatere beschrijving is van wat rechters feitelijk doen.⁴

Deze basis van Dworkins kritiek maakt dat hij, ondanks zijn antipositivisme, ook niet in het kamp der natuurrechtsdenkers kan worden geplaatst. Mackie spreekt over *The Third Theory of Law*,⁵ daarmee Dworkin als een gelijkwaardig alternatief naast de beide andere theorieën plaatsend. Zijn theorie kan zelfs worden gezien als een aanzet om de traditionele tegenstellingen tussen het rechtspositivisme en de theorieën van het natuurrecht op te heffen. Zowel het natuurrechtsdenken als het positivisme gaan uit van een feitelijk bestaand recht. Het positivisme stelt dat dit recht geen essentiële banden heeft met de moraal of met het recht zoals het zou behoren te zijn; het natuurrechtsdenken meent dat er wel degelijk dergelijke banden zijn: tegenover het bestaande feitelijk recht wordt een natuurrecht geplaatst. Dworkin verwerpt daarentegen eenvoudigweg het idee van een bestaand recht:

'I hope to persuade lawyers to lay the entire picture of existing law aside in favour of a theory of law that takes questions about legal rights as special questions about political rights, so that one may think a plaintiff has a certain legal right without supposing that any rule or principle that already 'exists' provides that right.' (TRS 293)

Dworkin spreekt zich niet expliciet uit over de juistheid van een metafysisch natuurrecht; zijn theorie vraagt ook niet om een dergelijk oordeel. Hij kiest voor een *constructivistische* versie van de politieke ethiek, die niet veronderstelt, maar evenmin uitsluit, dat er een objectieve moraal bestaat (TRS 161 v.). En wanneer hij het over 'natural rights' heeft, stelt hij expliciet dat aan deze uitdrukking geen metafysische associaties moeten worden verbonden (TRS 176 v.).

In plaats van die idee van een bestaand recht stelt Dworkin de idee dat de vaststelling van de inhoud van dat recht noodzakelijkerwijze mede gebaseerd moet zijn op normatieve (morele) argumentatie. In zijn kritiek op het positivisme beweert hij dus niet zozeer dat een strikte scheiding van recht en moraal onwenselijk of normatief onjuist is, maar dat deze onmogelijk is. Dit uitgangspunt van zijn theorie leidt vaak tot misverstanden, namelijk wanneer critici onbewust toch van de idee van een bestaand recht uitgaan en vandaaruit Dworkin aanvallen!

Een prettig gevolg van Dworkins uitgangspunt is, dat zijn theorie grote praktische relevantie heeft. Een normatief argument over hoe het recht er behoort uit te zien, is onder bepaalde voorwaarden (daarover hieronder) tegelijk een argument betreffende de inhoud van het recht, een argument waar ook voor de rechter een beroep op gedaan kan worden. Wanneer

4 'The [rights thesis] presents, not some novel information about what judges do, but a new way of describing what we all know they do; and the virtues of this new description are not empirical but political and philosophical.' (TRS 90)

5 Mackie, J., 'The Third Theory of Law', in: Cohen, M., a.w., pp. 161-170.

bijvoorbeeld binnen Dworkins normatieve rechtstheorie positieve discriminatie toegestaan is, impliceert dit dat volgens Dworkin ook binnen het Amerikaanse recht positieve discriminatie toegestaan is. Overigens is zo'n argument met enige aanpassingen dan meestal ook geldig binnen het Nederlandse recht.

In dit directe praktische belang onderscheidt Dworkin zich van veel andere normatieve rechtsfilosofen, zoals John Rawls. Zij ontwikkelen weliswaar ook een model voor het goede recht, en vaak ook een kritiek op het geldende recht, maar doordat zij tegelijkertijd de idee van een bestaand recht accepteren, is hun kritiek niet direct praktisch relevant.

Rechterlijke discretie

In Dworkins theorie staat de rechter centraal. Hij dient het recht toe te passen en aan de hand van zijn handelen wordt duidelijk hoe dat recht gezien moet worden. Toetssteen zijn daarbij de zogenaamde 'controversiële gevallen' ('hard cases'): wat moet de rechter doen in zaken waarbij uit de wet en jurisprudentie geen eenduidige oplossing volgt. Volgens Dworkin heeft de rechter in zo'n geval *geen* discretie, noch behoort hij in zo'n geval op te treden als plaatsvervangend wetgever; hij handelt en behoort te handelen op grond van de juridische rechten die de burgers bezitten. Met andere woorden: de rechter zal zich moeten laten leiden door *fundamentele rechtsbeginselen*.

Aan de rechtspositivisten schrijft Dworkin de these toe dat de rechter in zo'n geval juist wel discretie bezit, dat wil zeggen: hij is niet gebonden aan normen die door een andere autoriteit zijn vastgesteld, en in het recht zelf is geen aanwijzing te vinden voor de juiste oplossing. Deze stelling is volgens Dworkin echter in strijd met de werkelijkheid. Wanneer rechters controversiële gevallen moeten beslissen, proberen zij wel degelijk aan de hand van fundamentele rechtsbeginselen tot de juiste oplossing te komen. Er kan mogelijk niet direkt een duidelijke uitspraak uit het recht worden afgeleid, maar er zijn zeker wel goede argumenten te geven voor verschillende oplossingen. De rechter handelt alsof er op grond van het recht één juist antwoord geconstrueerd kan worden voor dit geval.

Dit betekent niet dat Dworkin het positivistische model van recht als een systeem van regels uitbreidt tot recht als een systeem van regels en beginselen, waaruit dan voor elk probleem een oplossing te vinden zou zijn.⁶ De verzameling beginselen is namelijk niet vastomlijnd, met behulp van een simpel criterium. Welke beginselen de rechter behoort te gebruiken is een *normatieve* vraag, die alleen beantwoord kan worden op basis van een normatieve theorie. De hele idee van recht als een sluitend, volledig en autonoom systeem, van een 'brooding omnipresence in the sky' kunnen we beter vergeten (TRS 216). Wel dient de rechter het recht te zien *alsof* het een 'seamless web' is. Dat is het dus niet, maar het dient wel zo gezien te worden.

6 Dit is wel de wijze waarop verschillende critici proberen Dworkins theorie met het positivisme te verzoenen. Zie hieronder § 5.

De rechter kan het recht alleen als zo'n 'seamless web' beschouwen door van een bepaalde rechtstheorie uit te gaan, die een aanwijzing geeft op welke wijze de 'gaten' moeten worden gevuld. De rechter zal een dergelijke theorie moeten *construeren* zodat het mogelijk wordt om voor moeilijke gevallen een oplossing te vinden die uit het recht volgt.

Nu is tevens het essentiële verschil met Hart duidelijk. Hart meent dat er in ieder rechtssysteem een complexe sociale regel bestaat, die aangeeft wat rechtsregels zijn, en wat niet (de 'rule of recognition'). Deze regel, zo zegt Hart, is een feitelijk gegeven. Dworkin stelt daartegenover dat er in ieder rechtssysteem een (complexe) normatieve regel of standaard erkend moet worden als de juiste maatstaf om rechtsregels en rechtsbeginselen te identificeren. (TRS 60) Deze maatstaf is echter *niet* een zuiver feitelijk gegeven.

De vraag is nu wat die standaard, dat fundamentele rechtstheoretische uitgangspunt, moet zijn. We kunnen als uitgangspunt nemen dat de rechter moet handelen als een plaatsvervangend wetgever. Maar deze idee wordt door Dworkin verworpen. De rechter dient geen *beleid* ('policy') te voeren als een wetgever, maar dient te beslissen op grond van *rechtsbeginselen*. Een beginselargument rechtvaardigt een beslissing door aan te tonen dat deze beslissing een bepaald individueel of groepsrecht respecteert of verzekert. Een wetgever daarentegen kan niet alleen op basis van dit soort beginselen tot een beslissing komen maar zal ook beleidsoverwegingen moeten betrekken in zijn besluitvorming, dat wil zeggen overwegingen aangaande nastrevenswaardige collectieve doelen.

De rechter behoort zich dus te laten leiden door fundamentele rechtsbeginselen. Deze kunnen worden afgeleid uit de institutionele moraal van het recht. *In die zin* handhaaft Dworkin wel weer een scheiding tussen moraal en recht: de rechter mag niet rechtstreeks de 'moraal van de gemeenschap' toepassen, maar behoort zich te baseren op de institutionele moraal van het recht.

Deze institutionele moraal vindt houvast in wet en jurisprudentie, en met name in de grondwet. Echter, de kracht van wet en jurisprudentie ('statute and precedent') is niet gelijk. Wetten zijn al algemeen en gericht op een groep van gevallen. Daaruit volgt ook dat zij geen kracht hebben buiten deze groep; de wetgever heeft er bewust voor gekozen deze groep wel en andere gevallen niet te bestrijken. Bovendien spelen bij wetgeving ook argumenten van beleid een rol; zou de rechter de wet een ruimer bereik geven, dan zou door de rechter toch op grond van beleidsargumenten beslist worden, hetgeen eerder werd afgewezen. Voor jurisprudentie ligt dit anders. Een precedent is altijd gegeven voor een concreet geval, maar op grond van principiële argumenten die verder gaan. Daarom heeft rechtersrecht een zekere zwaartekracht, een uitstraling naar nieuwe, verwante gevallen, en levert een houvast voor 'hard cases'. Uit de eerdere uitspraken zijn algemenere principes te destilleren, die ook van toepassing zijn op het nieuwe geval.

Het samengaan van constitutioneel recht en morele theorie

Om een fundamentele rechtstheorie zoals Dworkin die vraagt te kunnen ontwikkelen, is een fusie tussen constitutioneel recht en morele theorie noodzakelijk. Wil de rechter een adequate uitleg geven aan bijvoorbeeld de Amerikaanse constitutie, dan zal hij een zekere visie moeten hebben op de pointe van een dergelijke grondwet. Het ontwikkelen van een dergelijke visie vraagt om normatieve keuzes. Volgens Dworkin houdt de vereiste getrouwheid aan de Constitutie namelijk niet in, dat de rechter zich moet baseren op de politieke moraal van de opstellers van de Constitutie.⁷ De vage bewoordingen van de Constitutie bieden slechts een 'concept', maar niet een bijbehorende concrete invulling ('conception'). De invulling die past binnen de huidige politieke moraal kan een andere zijn dan die van de opstellers van de Constitutie. Evenmin betekent trouw aan de Grondwet een enge interpretatie ('strict construction') van grondrechten. Wanneer men de vage bepalingen invult met een dergelijke sterk beperkende 'concept-ion', gaat een belangrijk deel van de betekenis (de beschermende rol) van de Constitutie verloren.

Essentieel uitgangspunt van de politieke moraal op basis waarvan grondwetsinterpretatie moet plaatsvinden, is volgens Dworkin dat de Constitutie meer wil bieden dan een eenvoudig meerderheidsstelsel. Het gaat er juist om dat er een bepaalde bescherming wordt geboden aan minderheden tegenover de meerderheid. Alleen vanuit een dergelijk standpunt is het begrijpelijk waarom er *constitutionele rechten* moeten zijn, en alleen op basis van een dergelijk uitgangspunt kunnen deze rechten zinvol worden begrepen en uitgelegd. Rechten moeten serieus genomen worden als 'troeven' van een minderheid tegenover de meerderheid en/of tegenover de overheid.

Hiermee zijn we aangekomen bij het meest bekende onderdeel van Dworkin's theorie: het 'serieus nemen' van rechten. In dit verband gaat het alleen om de *institutionele rechten* (i.c. grondwettelijke rechten): rechten die binnen een bepaalde institutie (zoals het recht) als geldig worden erkend. Daarvan kunnen we onderscheiden *background rights*, rechten die een meer abstracte rechtvaardiging kunnen bieden voor maatschappelijke beslissingen. Tussen beide soorten rechten kan een spanning bestaan, zoals er ook een spanning kan bestaan tussen de achtergrondmoraal (de meer abstracte moraal, los van het bestaande politieke systeem ontwikkeld) en de institutionele moraal van de Constitutie.

Een recht is iets wat niet eenvoudig door het politieke belang opzij gezet kan worden. Sterker nog: iets is alleen een recht, als het in staat is bepaalde rechtvaardigingen in termen van algemeen belang opzij te zetten. Rechten zijn troeven — ze wegen zwaarder dan gewone beleidsoverwegingen. Hetgeen overigens niet betekent dat redenen van politiek belang nooit een inbreuk op een recht kunnen rechtvaardigen, maar wel dat een dergelijke inbreuk een extra zware rechtvaardiging vereist. In zoverre is de uitdrukking 'rights as trumps' misleidend. Ze zijn namelijk niet altijd zwaarder dan

⁷ Een andere opvatting derhalve dan het Amerikaanse Hooggerechtshof in haar recente sodomie-arrest (d.d. 30 juni 1986) uitdroeg. Daarin stelde het Hof dat aangezien anti-sodomie bepalingen ten tijde van het opstellen van de Constitutie ook bestonden, dergelijke bepalingen nu niet in strijd kunnen zijn met diezelfde Constitutie.

gewone overwegingen, maar alleen in bepaalde gevallen. De analogie eist dan een kaartspel waarin troef twee het wel wint van een gewone vijf, maar niet van een gewone tien.

Vanuit een dergelijke constitutionele opvatting moet de rechter beslissen. Rechten bieden individuen rechtsbescherming tegen de staat, tegen de medeburgers, tegen het 'algemeen belang'. Bij een conflict tussen rechten en het algemeen belang gaat het dus niet om een eenvoudig afwegingsprobleem. Van 'balancing' is slechts sprake bij conflicterende rechten. Bij een conflict tussen een recht en het algemeen belang is er echter sprake van ongelijkwaardigheid: een inbreuk op een recht is veel ernstiger dan een inbreuk op het algemeen belang. Inperking van rechten vereist daarom een veel zwaardere rechtvaardiging dan uitbreiding.

De rechter heeft dus een duidelijke *politieke* rol: soms zal hij wetgeving of overheidshandelen on(grond)wettig moeten verklaren omdat rechten van burgers erdoor worden aangetast. Juist omdat rechten serieus genomen moeten worden, is een actieve politieke rol van de onafhankelijke rechter gerechtvaardigd en zelfs vereist.

Filosofische fundering

Voor bovengeschetste constitutionele theorie is zeker een grondslag aanwezig in de Constitutie en in haar geschiedenis. Sterker nog, volgens Dworkin gaat het hier om een theorie die beter dan enige andere spoort met de institutionele geschiedenis van de Constitutie. Naast deze constitutionele fundering is er echter ook een filosofische grondslag nodig. Het kan wel zijn dat de Constitutie feitelijk aldus moet worden verstaan en uitgelegd als Dworkin ons voorhoudt, maar dan rijst de vraag naar de rechtvaardiging voor het bestaan van een dergelijke Constitutie.

Voor deze filosofische fundering zoekt Dworkin aansluiting bij Rawls.⁸ Hij geeft echter een vrij minimale uitleg van diens 'original position'-constructie. Aan het hypothetische contract kent hij geen verbindende kracht toe: een hypothetische belofte is geen belofte, een hypothetisch contract is geen contract. Maar de 'original position' is wel houdbaar als een intuïtieve notie van waaruit men kan denken over rechtvaardigheidsproblemen. Hiermee vervult de oorspronkelijke situatie een soortgelijke rol als de 'ideal observer' in verschillende ethische theorieën.

Het zou in de lijn der verwachtingen liggen om grondrechten te rechtvaardigen met behulp van een theorie waarin fundamentele en onvervreemdbare vrijheden centraal staan. Het opmerkelijke is echter dat dit volgens Dworkin niet mogelijk is. Uitgaan van één algemene vrijheid maakt onze theorie vaag en nietszeggend, terwijl een constructie met verschillende, meer concrete vrijheden te weinig omvattend is of leidt tot onderlinge strijdigheid. In het laatste geval is er weer een fundamenteel uitgangspunt nodig om de conflicten op te lossen. Daarom moeten we, volgens Dworkin, niet het vrijheidsbegrip als uitgangspunt nemen voor onze filosofische fundering, maar het gelijkheidsbeginsel. Wat daarmee precies wordt bedoeld en wat

8 Zie Rawls, *A Theory of Justice*, (Oxford: Oxford University Press, (1972) 1980).

de gevolgen zijn van deze principiële positie van het gelijkheidsbeginsel in met name de politieke theorie, zijn vragen die vooral in Dworkins tweede boek aan de orde komen.

§3 A Matter of Principle

In zijn onlangs verschenen tweede bundel artikelen komt Dworkin tot een wenselijk gebleken verdieping van zijn rechtstheorie, en tevens wordt deze op een aantal belangrijke punten verbreed. Voor een deel herhaalt hij uitgebreider wat al in *Taking Rights Seriously* is gezegd. Daarom zullen we slechts enkele thema's eruit lichten. De verdieping is vooral te vinden in de beantwoording van een aantal normatieve bezwaren tegen de 'politieke' rol van de rechter, en in de verdere uitwerking van Dworkins 'hermeneutische theorie van het recht'. Van verbreding is sprake in de fundering van een politieke theorie van het liberalisme met behulp van een bepaalde versie van het gelijkheidsbeginsel.

In *A Matter of Principle* richt Dworkin zijn verzet niet meer voornamelijk tegen een positivisme à la Hart, maar meer in het algemeen tegen elke 'rule book conception' van de rechtsstaatidee. Deze benadrukt dat de overheid en dus ook de rechter alleen mag handelen op basis van regels die in een 'rule book', een soort in principe construeerbare canon van het positieve recht (voornamelijk bestaande uit wetten en jurisprudentie), zijn vastgelegd. De rechter zou daarom controversiële gevallen ('hard cases') moeten beslissen door te trachten te ontdekken wat er 'werkelijk' in het 'rule book' staat en niet door een beroep te doen op zijn eigen politieke oordeel. Hiertegenover zet Dworkin zijn 'rights conception' van de rechtsstaatidee. Deze gaat, zoals we zagen, ervan uit dat burgers morele rechten tegenover elkaar en politieke rechten tegenover de staat hebben. De 'rule of law' vergt dan dat de rechter deze rechten betreft in zijn beslissing.⁹

Het anti-democratie argument

Dworkin ruimt in *A Matter of Principle* plaats in voor enkele zeer voor de hand liggende bezwaren tegen zijn 'rights conception' en de daaruit voortvloeiende onafhankelijke 'politieke' rol van de rechter. Het belangrijkste bezwaar bestaat hierin, dat zijn model van het recht sterk anti-democratisch zou zijn. Belangrijke politieke beslissingen (over abortus, burgerrechten, positieve discriminatie) worden in Dworkins theorie genomen door rechtscolleges in plaats van door de volksvertegenwoordiging. Dergelijke politieke beslissingen behoren echter onder democratische controle te staan! Niet democratisch gekozen magistraten behoren de wet slechts toe te passen, niet te veranderen of uit te breiden.

Volgens Dworkin verbergt dit 'anti-democratie argument' de vooronder-

9 We zouden kunnen zeggen: tegenover de formele conceptie van de rechtsstaat stelt Dworkin een materiële conceptie. Deze terminologie is echter ongelukkig aangezien een zuiver formele rechtsstaat niet kan bestaan — ieder recht heeft *qua recht* een zeker minimum aan inhoudelijke rechtvaardigheid.

stelling dat de 'rule book conception' van het recht de democratie beter dient dan zijn eigen model, omdat de eerste door middel van historisch of semantisch onderzoek aan het licht kan brengen wat de (oorspronkelijke) wetgever eigenlijk bedoelde met een zekere tekst, en zodoende zich uitsluitend baseert op de 'werkelijke' betekenis van de wet en niet op een politieke mening van de rechter.

Dworkin onderzoekt deze vooronderstelling aan de hand van het probleem der controversiële gevallen. Hoe vindt het 'rule book' model een oplossing voor deze 'hard cases'?

1 Door te zoeken naar de *betekenis* van de centrale begrippen in de wetsregels. Maar deze is nu juist controversieel! Het is bovendien waarschijnlijk dat de wetgever zich van de mogelijke verschillen in betekenis die nu een rol spelen helemaal niet bewust was.

2 Door te zoeken naar de *intentie* van de opstellers van de wet. Maar een dergelijke 'intentie van de wetgever' is vaak moeilijk of helemaal niet te achterhalen en geeft dan bovendien veelal geen uitsluitsel voor het nieuwe geval.

3 Door zich af te vragen wat de wetgever beslist zou hebben, wanneer hij met de onderhavige controversiële kwestie geconfronteerd was. Maar zelfs al zouden we beschikken over preambules of andere uitingen van de wetgever die betrekking hadden op soortgelijke zaken, dan nog is het uiterst moeilijk om daaruit de '*latente wil*' van de wetgever af te leiden voor een geval waarover deze zich nu juist niet heeft uitgesproken. Althans wanneer ons onderzoek hiertoe zuiver historisch (of sociaal-psychologisch) van aard zou zijn en geen enkele politieke of normatieve vooronderstelling een rol zou spelen.

Het is natuurlijk ook mogelijk om te zoeken naar de *algemene (politieke) principes* die de wetgever geleid moeten hebben bij vergelijkbare kwesties. Wanneer een bepaalde beslissing in een controversiële zaak meer recht doet aan deze principes dan enige andere beslissing, dan zouden we bijvoorbeeld kunnen concluderen dat deze beslissing overeenkomt met de '*latente wil*' van de wetgever.

Een rechter die echter op deze wijze zijn weg zoekt staat niet ver af van de evaluaties die de '*rights conception*' aanbeveelt. Hij neemt *politieke besluiten*:

'If only one set of principles is consistent with a statute, then a judge following the rights conception will be required to apply these principles. If more than one is consistent, the question of which interpretation more 'naturally' flows from the statute as a whole requires a choice among ways to characterize the statute that must reflect the judge's own political morality.' (MP 23)

Hiermee is de onhoudbaarheid van de 'rule-book' conceptie aangetoond. Een rechter kan onmogelijk volstaan met zich uitsluitend te beroepen op de letter van de wet, of de intentie van de wetgever. Hij zal ook een beroep moeten doen op normatieve politieke uitgangspunten. Blijft de kritiek: is de '*rights conception*' niet anti-democratisch?

Dworkin noemt twee redenen die zouden kunnen worden aangevoerd om te menen dat de wetgever *beter dan* de rechter kan beslissen inzake principiële politieke kwesties met betrekking tot de rechten die burgers tegenover elkaar en tegenover de overheid hebben.

1 Wetgeving is een *accuratere* procedure om dit soort moeilijke principiële zaken te beslissen.

2 Wetgeving is een *eerlijker en rechtvaardiger* procedure. Immers, democratie veronderstelt gelijkheid in politieke macht voor alle burgers. Wanneer de rechtspraak zich zou inlaten met principiële politieke kwesties verzwakt dat de politieke macht van de individuele burger, aangezien hij of zij wel de wetgevende organen maar niet de rechterlijke macht kan kiezen.

Beide redenen worden door Dworkin verworpen. Wetgeving is zeker geen accuratere procedure in principiële kwesties dan de concrete rechtspraak, vooral omdat 'legislators are subject to pressures that judges are not' (MP 25). Wie vervolgens meent dat wetgeving toch een eerlijker procedure is, vergeet dat in een meerderheidsstelsel het juist de rechten van de minderheden zijn die gemakkelijk in het gedrang kunnen komen. De politieke meerderheid in de volksvertegenwoordiging zal vaak niet bereid zijn juist deze minderheden te beschermen; de onafhankelijke rechter biedt daartoe meer waarborgen. In het algemeen hebben individuen onder de 'rights conception' bepaalde waarborgen (rechten als troeven tegen de meerderheid) die ze onder de 'rule book conception' niet hebben.

Democratische procedure of inhoud?

Dworkins theorie van de rechter als bewaker van de democratie (de rechter neemt de minderheden — hun rechten — in bescherming tegen de macht van de wetgevende meerderheid) is door sommigen in principe geaccepteerd, maar in de uitwerking beperkt. Zo meent John Ely in *Democracy and Distrust*¹⁰ dat de rechter, en in het bijzonder het Hooggerechtshof in de Verenigde Staten, zich moet beperken tot het bewaken van het democratische proces, en zou moeten nalaten om de *inhoudelijke beslissingen* die uit dat proces voortvloeien te evalueren. De rechter zou bijvoorbeeld slechts moeten controleren of de burgers gelijke kansen hebben gehad om een bepaalde politieke beslissing (een bepaalde wetgeving) te beïnvloeden, dat wil zeggen of het democratische principe van gelijkheid van politieke macht niet is geschonden. Het gaat echter niet aan dat de rechter een oordeel velt over de inhoud van de beslissing (de inhoud van de wetgeving). Slechts de 'fairness' van de procedure behoort gemeten te worden. Ely meent dus dat 'democratie' slechts een procedureel begrip is, en volledig los gezien kan worden van substantiële argumentatie.

Dworkin vindt dat deze strikte scheiding niet mogelijk is. Ook een rechter die met een procedureel democratiebegrip wil werken, zal een inhoudelijke argumentatie nodig hebben. Om de preciese reikwijdte van bijvoorbeeld

10 Ely, J., *Democracy and Distrust*, (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1981).

de vrije meningsuiting te bepalen, zal hij een bepaald beginsel als rechtvaardiging moeten zien. En het blijkt onmogelijk om een dergelijk beginsel te vinden (ter rechtvaardiging van een procedurele democratie) dat niet tegelijkertijd verdergaande substantiële implicaties heeft, zoals een 'recht om anders te zijn'. Wanneer Ely rassendiscriminatie in strijd acht met de democratie, moet hij ook discriminatie wegens homosexualiteit daarmee in strijd achten. Hieruit blijkt dat een zuiver procedurele invulling van de democratie-idee onhoudbaar is.

Conservatieve rechters

Tot slot een in progressieve kring veelvuldig gehoord argument tegen de uit de 'rights conception' voortvloeiende nadruk op het rechtersrecht: dreigt niet het gevaar dat (veelal) conservatieve rechters te véél te zeggen krijgen?

Dworkin erkent dit probleem, maar wijst er op dat zogenaamd 'neutrale' uitspraken (op basis van 'neutraal' semantisch of sociaal-psychologisch onderzoek) vaak slechts de politieke vooringenomenheid van de rechter verhullen (MP 29). Je kunt dan beter kiezen voor een model van het recht waarin de politieke uitgangspunten, die toch altijd op een of andere manier het oordeel van de rechter zullen beïnvloeden, expliciet gemaakt worden en voorzien worden van een principiële argumentatie die bekritiseerbaar is. Bovendien — maar dat is een heel andere zaak — is Dworkin er van overtuigd dat de plicht om het politieke karakter van een beslissing expliciet te maken *in termen van een beslissing over de rechten van burgers* een (links) liberale invloed zal hebben op de beslissing. Nogal wat conservatieve oordelen zijn namelijk op principiële gronden nauwelijks te verdedigen. Juist de 'rule-book' conceptie geeft een conservatieve rechter de mogelijkheid de wet naar zijn hand te zetten.

Constitutionele kwesties en 'constitutionele intentie'

Al in *Taking Rights Seriously* hield Dworkin zich uitgebreid bezig met de vraag hoe controversiële constitutionele zaken beslist moeten worden. Hij zette toen twee posities tegenover elkaar: het 'rechterlijk activisme' en de 'rechterlijke zelfbeperking'.¹¹ Dient de rechter terughoudend te zijn bij de toetsing van wetten en besluiten van andere overheidsorganen of juist sterk de rechten van de burgers te beschermen tegenover deze overheidsorganen en dientengevolge veelvuldig van zijn bevoegdheden gebruik te maken? De discussie in de Verenigde Staten over deze antithese is momenteel zeer actueel door de mogelijkheid die Reagan heeft om de samenstelling van het Hooggerechtshof voor langere tijd vast te leggen.

In deze discussie wordt gesproken over een 'interpretatieve' en een 'non-interpretatieve' benadering van de Constitutie. Volgens de eerste visie behoort de rechter (c.q. het Hooggerechtshof) zich in zijn beslissing uitsluitend

11 'Judicial activism versus judicial restraint'. 'Judicial activism' wordt vaak met 'juridisch activisme' vertaald, maar in dit geval gaat het juist om de activiteit van de rechter.

te baseren op een strikte interpretatie van de canonieke tekst van de Amerikaanse Constitutie. In het tweede geval mogen ook maatstaven andere dan 'de tekst' gehanteerd worden, bijvoorbeeld de 'publieke moraal' of een bepaalde theorie van sociale rechtvaardigheid.

Volgens Dworkin nu is het onderscheid tussen een 'interpretatieve' en een 'non-interpretatieve' benadering volstrekt onzin. Een non-interpretatieve benadering is helemaal niet aan de orde — de tekst van de Constitutie is altijd het uitgangspunt. Er is slechts verschil van mening over de *methode* van interpretatie. Trouwens, ook de 'strikte' non-interpretatieve aanpak is gebaseerd op zekere 'principles of political morality'. In ieder geval veronderstelt deze aanpak principes die vertellen waarom uitsluitend de Constitutie (dat canonieke document) basis voor het oordeel van het Hooggerechts-hof is.

De tekst zelf biedt in veel gevallen, zoals vage bepalingen, onvoldoende houvast voor de interpretatie. Maar voor de juiste interpretatie is het onvoldoende of zelfs onmogelijk om een beroep te doen op de (te ontdekken of reeds ontdekte) *constitutionele intentie*, dat wil zeggen de 'oorspronkelijke intentie' van de opstellers van de Constitutie. Voorstanders van de non-interpretatieve benadering beroepen zich nog al eens op een dergelijke bloot te leggen 'intentie'. Dworkin legt er de nadruk op, dat zo'n intentie niet 'ontdekt' kan worden, maar moet worden *geconstrueerd*. Er zijn namelijk wederom verschillende concrete invullingen ('conceptions') van het begrip 'constitutionele intentie'. Dit begrip schetst slechts de omtrekken van een dergelijk idee, het invullen ervan is een kwestie van politiek getinte keuzen. We zullen altijd moeilijke vragen moeten beantwoorden als: Wiens intenties tellen mee? Vallen onder 'intenties' ook de verwachtingen (i.t.t. de bedoelingen) die de wetgever (c.q. de opsteller van de Constitutie) had aangaande deze wet (constitutie)? Welke combinatie van individuele intenties (van volksvertegenwoordigers, dan wel van hen die bij de opstelling van de Constitutie betrokken waren — de 'Framers') moeten we maken om een 'constitutionele intentie' te kunnen construeren? (Nemen we de meest 'representatieve' intenties of telt 'de meerderheid'?)

De belangrijkste vraag in dit verband is echter: kiezen we voor *abstracte* of *concrete* intenties, wanneer we een constitutionele intentie trachten te construeren? Dworkin legt bedoeld onderscheid als volgt uit:

'When phrases like 'due process' or 'equal protection' are in play, we may describe a legislator's or delegate's intention either abstractly, as intending the enactment of the 'concept' of justice or equality, or concretely, as intending enactment of his special 'conception' of those concepts.' (MP 49)

Een belangrijk verschil, immers:

'If the abstract statement is chosen as the appropriate mode or level of investigation into the original intention, the judges must make substantive decisions of political morality not in place of judgements made by the Framers, but rather in service of those judgments.' (MP 49)

In dat geval moet dus de rechter een morele theorie ontwikkelen om tot een adequate interpretatie te komen.

Omstandig toont Dworkin aan dat het inderdaad de *abstracte* intenties zijn waar we ons bij de interpretatie van de constitutie op moeten richten. We zouden de Constitutie geen recht doen wanneer we slechts de concrete intenties van de opstellers zouden tellen.

De conclusie is gerechtvaardigd dat een 'interpretatieve' benadering als neutrale activiteit van de rechter niet bestaat. Ook een beroep op de intentie van de 'Framers' kan niet voorkomen dat de rechter substantiële politieke keuze zal moeten maken. *Principiële* keuze wel te verstaan: beslissingen — zo zegt Dworkin — aangaande de fundamentele morele en politieke rechten van de burger. Die rechten zijn de essentie van de Constitutie. Een echt strikte interpretatie zou deze rechten, en daarmee de betekenis van de Constitutie, voor een belangrijk deel uithollen.

De 'No Right Answer-Thesis' en Dworkins hermeneutische theorie.

Dworkin houdt zich in *A Matter of Principle* niet alleen bezig met de hierboven besproken vraag *hoe* controversiële zaken beslist moeten worden maar vooral ook met de vraag of controversiële zaken wel altijd beslisbaar zijn. Is het altijd mogelijk om tot een juist antwoord te komen in 'hard cases'? Volgens Dworkin is dat zeer zeker mogelijk en hiermee verzet hij zich tegen de wijdverbreide stelling dat er in werkelijk controversiële juridische kwesties niet een 'echt' juist antwoord is. We kunnen ons hoogstens uit praktische overwegingen neerleggen bij de beslissing van bijvoorbeeld het hoogste rechtscollege, maar werkelijk 'juist' is dat oordeel niet omdat dergelijk 'juiste' oordelen niet altijd bestaan! Er zijn verschillende versies van deze 'no right answer' these, maar alle leiden ze tot de conclusie dat, aangezien de wet te weinig of geen enkele hulp biedt in dit soort controversiële gevallen, we de keuze voor een van de mogelijke oplossingen aan de rechterlijke discretie zullen moeten overlaten. Een onvervalst positivistisch standpunt waartegen Dworkin zich in *Taking Rights Seriously* hevig heeft verzet.

Dworkin bespreekt verschillende argumenten ten gunste van de 'no right answer' these, en tracht ze alle te weerleggen. We geven hier de twee interessantste argumenten weer:

1 De vaagheid van het juridische taalgebruik maakt het soms onmogelijk om te zeggen of een bepaald oordeel juist is of onjuist (vergelijk het bekende 'open texture'-argument).

Dworkin brengt hier tegenin, dat vaagheid niet het echte probleem is. Met behulp van interpretatietechnieken is wel degelijk een goede afgrenzing van begrippen zoals 'een geoorloofde oorzaak' (art 1356 BW) mogelijk. De juristen zijn het er echter niet over eens welke van deze technieken de juiste zijn (MP 131). Maar dat een bepaalde interpretatie, een bepaald antwoord omstreden is, houdt nog niet in dat het daarom geen juist antwoord zou zijn. Er is een verschil tussen vaagheid van begrippen en het feit dat sommige begrippen, afhankelijk van de gebruikte interpretatietechniek, meerdere invullingen ('conceptions') toelaten!

2 Juridische oordelen hebben een verborgen structuur die verklaart waarom die oordelen soms noch waar noch onwaar zijn. Deze kritiek is gebaseerd op de positivistische stelling dat een juridische regel slechts geldig is, indien zij door een autoriteit is opgesteld of gesanctioneerd, of anderszins voldoet aan de 'rule of recognition'. Van sommige regels geldt dat noch zichzelf, noch hun logische tegengedelen officieel gesanctioneerd zijn. In zo'n geval geldt dus noch dat *p* waar is, noch dat *p* onwaar is.

De kritiek van Dworkin hierop is dat de waarheidstheorie die hier verondersteld wordt, onzinnig is.

'Law is an enterprise such that propositions of law do not describe the real world in the way ordinary propositions do, but rather are propositions whose assertion is warranted by ground rules like those in the literary exercise.' (MP 135)

We kunnen ons strenge en minder strenge versies van deze grondregels indenken. Positivisten zullen kiezen voor een strenge regel: 'juridische uitspraken zijn slechts waar/onwaar als een door de wetgever opgestelde regel ze accepteert/afwijst'. Minder streng is echter: 'uitspraken zijn waar wanneer ze gebaseerd zijn op een politieke theorie die de beste rechtvaardiging biedt voor de reeds bestaande jurisprudentie en wetgeving'. In het minder strenge geval is er altijd een juist antwoord voor de controversiële gevallen.

Natuurlijk is het niet moeilijk om aan te tonen dat de minder strenge grondregels het beste aansluiten bij de alledaagse praktijk in de rechtspraak. De rechter streeft — zo zegt Dworkin — in zijn oordelen in de eerste plaats naar *normatieve consistentie*. Dat wil zeggen dat een zeker oordeel correct is, wanneer uit de politieke theorie die de beste rechtvaardiging levert voor de aanwezige jurisprudentie volgt dat dit oordeel juist is.

We zijn hier aangeland bij het hart van Dworkins *hermeneutische theorie van het recht*. Hij vergelijkt het juridische bedrijf met letterkundig onderzoek dat tot een (esthetische) interpretatie tracht te komen van allerlei literaire kunstuitingen. Dergelijke 'oordelen van letterkundigen' hebben zowel een descriptieve als een evaluatieve dimensie. Wanneer een literair werk geïnterpreteerd wordt, dan zal er enerzijds een beroep gedaan worden op 'harde' interpretatieregels die de tekst 'zelf' zo goed mogelijk tot zijn recht willen laten komen (wat staat er precies? hoe kan de 'canonieke' grondtekst afgebakend worden?) en anderzijds normatieve criteria over wat goede kunst is. Beide soorten criteria hebben een rol gespeeld wanneer de letterkundige tot de conclusie is gekomen dat een bepaalde wijze van lezen de tekst tot een *betere* tekst maakt ('a better work of art') dan een andere. Op deze manier is het bijvoorbeeld mogelijk om te stellen dat David Copperfield een homoseksuele relatie met Steerforth had, zonder dat we een expliciete uitspraak van Dickens zelf (in zijn boek of elders) daarover kunnen aanwijzen.

Evenzo zijn juridische oordelen zowel descriptief (ze vertellen wat de wet gebiedt) als evaluatief (ze vertellen hoe de wet geïnterpreteerd moet worden of hoe de wet er idealiter uit zou moeten zien). Juridische oordelen zijn namelijk, zo zegt Dworkin, 'interpretative of legal history'. Interpretieren is dus meer dan het zoeken naar de bedoeling of intentie van de wetgever.

Net zo min als de intentie van de auteur de enige maatstaf is om te bepalen hoe een litterair werk geïnterpreteerd (en gewaardeerd) moet worden, net zo min tellen alleen de intenties van de 'Framers' of van het wetgevend orgaan. Immers, een litterair werk is 'los' van de auteur verkrijgbaar, ja zelfs de auteur zelf

'is capable of detaching what he has written from his earlier intentions and beliefs, of treating it as an object in itself. He is capable of reaching fresh conclusions about his work grounded in aesthetic judgments.' (MP 157)

Maar als de intentie van de wetgever niet de maatstaf kan zijn voor de jurist, hoe komt deze dan aan een plausibele interpretatie van het geldende recht waarop hij zijn oordeel zal moeten baseren? Dworkin stelt een tweedimensionale test voor (aansluitend bij de tweedimensionaliteit van het letterkundig oordeel — zie boven):

1 'the dimension of fit': de interpretatie moet 'passen' bij de aanwezige jurisprudentie en wetgeving.

2 'the dimension of political morality': de interpretatie moet gebaseerd zijn op de beste theorie aangaande de pointe en de waarde van die lange juridische praktijk. We kunnen bijvoorbeeld menen dat de algemene pointe van het wetgevend bedrijf gelegen is in de coördinatie van sociale en individuele activiteiten, het oplossen van sociale of individuele geschillen en/of het garanderen van een zekere mate van rechtvaardigheid in het maatschappelijk verkeer. Een plausibele interpretatie van bijvoorbeeld bepaalde artikelen uit de verkeerswetgeving zal (impliciet) moeten memoreren aan met bovengenoemde doeleinden consistente principes die door de betreffende wetgeving worden gediend. Op deze wijze moet elke interpretatie van wetgeving verwijzen naar de waarde van die wetgeving.

Als interpretator van de jurisprudentie op een zeker gebied is de rechter tegelijkertijd creator; hij voegt telkens een door hem zelf gevormde 'schakel' aan de keten toe:

'Each judge must regard himself, in deciding the new case before him, as a partner in a complex chain enterprise of which these innumerable decisions, structures, conventions, and practices are the history; it is his job to continue that history into the future through what he does on the day. He *must* interpret what has gone before because he has a responsibility to advance the enterprise in hand rather than strike out in some new direction of his own. So he must determine, according to his own judgment, what the earlier decisions come to, what the point or theme of the practice so far, taken as a whole, really is.' (MP 159)

Interpreteren is dus noch zuiver historisch onderzoek, noch 'a clean-slate expression of how things ideally ought to be'. Interpreteren is een creatieve activiteit, die vraagt om principiële normatieve oordelen geveld op basis van reeds aanwezige jurisprudentie en wetgeving (m.a.w. 'vrijheid in gebondenheid').

Bezwaren

Drie bezwaren tegen Dworkins hermeneutische benadering worden in *A Matter of Principle* uitgebreid besproken.

1 Wanneer zo sterk de nadruk wordt gelegd op 'interpretatie', zodat zelfs het vaststellen van wat we precies onder de teksten van het recht moeten rekenen een zaak van nauwkeurig interpreteren is (welke arresten schuiven we terzijde als kennelijk onjuist?), op welke manier kan de tekst zelf dan nog enige 'constraint' uitoefenen op het resultaat van de interpretatie? Wanneer alle onderdelen van een interpretatie theorie-afhankelijk zijn, wat blijft er dan nog over van de onafhankelijke maatstaf die de wetstekst zelf moet bieden?

Dworkin wijst er in zijn antwoord op dit bezwaar op, dat we bij disciplines als de natuurwetenschap en het sociaal-wetenschappelijk onderzoek in het algemeen geen moeite hebben met sterk 'theorie-geladen' onderzoeksresultaten. In meer 'interpretatieve' disciplines (letterkundig onderzoek en dus ook, volgens Dworkin, het juridisch bedrijf) ligt de zaak wat moeilijker. Kunnen we hier nog wel spreken van *kennis* (die we vergaren)? Is ons oordeel niet eerder een subjectieve opvatting, sterker nog: een kwestie van *smaak*?

'are interpretive claims of the sort critics and lawyers make more like scientific claims, in this respect, or more like tastes in ice cream?'. (MP 170)

Zo gesteld laat deze vraag zich gemakkelijk beantwoorden. Aangezien juridische claims een noodzakelijke *structuur* bezitten die een nuttige mate van interne 'constraint' toestaat, zijn dergelijke oordelen zeker geen kwestie van smaak. Dankzij de wisselwerking tussen het in redelijke mate een plaats kunnen geven aan bestaande jurisprudentie en de normatieve maatstaf aangaande de pointe van het geïnterpreteerde, worden er immers structurele criteria geboden. Bijvoorbeeld criteria die aangeven wat voor *soort* redenen gebruikt mogen worden ter verdediging van bepaalde juridische claims.

2 'Interpretatieve oordelen' rapporteren in het geheel geen objectieve standen van zaken maar zijn slechts uitdrukkingen van de emotionele reacties van de jurist.

Tegenover dit verwijt van emotivisme stelt Dworkin, dat degenen die dergelijke interpretatieve oordelen vellen, blijkens de manier waarop ze met deze oordelen omgaan, deze claims géénszins beschouwen als emotionele reacties.

'They entertain arguments, take up or abandon different positions in response to arguments, see and respect logical and other connections among these positions, and otherwise behave in a style appropriate to belief rather than mere subjective reaction. So the redescription of their moral beliefs as emotional reactions is just bad reporting.' (MP 173)

3 Oordelen geveld op basis van Dworkins hermeneutische methode zijn waar binnen het morele of juridische 'taalspel'. Waarheid in de werkelijke

(objectieve) wereld 'daarbuiten' is iets heel anders, en dáár gaat het ons nu juist om in het juridisch bedrijf.

Dworkins verdediging tegen deze bekende taalspelopvatting is eenvoudig maar krachtig: we kunnen niet onderscheiden tussen het 'spel' en de werkelijke wereld'. We kunnen niet onderscheiden tussen de uitspraak dat slavernij onrechtvaardig is, als een oordeel binnen een zeker juridisch of moreel taalspel waarin over dit soort claims gedebatteerd wordt, en de claim dat slavernij 'werkelijk' en 'objectief' onjuist is in de actuele wereld, zoals we wél een onderscheid kunnen maken tussen een oordeel over Richard III¹² als figuur in Shakespeare's gelijknamige drama en een claim aangaande de historische koning Richard III. De predikaten 'objectief' en 'werkelijk' kunnen de betekenis van morele of anderszins 'interpretatieve' uitspraken op geen enkele manier wijzigen, hoogstens fungeren ze als retorische franje.

Dworkin komt hier tot inzichten die niet van filosofische importantie gespeend zijn en die nog menig debat zullen aanzwengelen:

'...the question of what 'independence' and 'reality' are, for any practice, is a question within that practice, so that whether moral judgments can be objective is itself a moral question, and whether there is objectivity in interpretation is itself a question of interpretation.' (MP 174)

Liberalisme versus Conservatisme

Dan nu over van de rechtstheorie naar de politieke theorie. Al in *Taking Rights Seriously* ontpopt Dworkin zich als een scherpzinnig (links) liberaal die zich fel verzet tegen de vele aanvallen die in de Verenigde Staten vanuit neo-conservatieve hoek gelanceerd zijn tegen het liberalisme als 'constitutive political morality'. In *A Matter of Principle* wijdt Dworkin een heel deel aan vragen betreffende de 'identiteit' van dit liberalisme tegenover het sterk opkomende Amerikaanse conservatisme.¹² Zijn hoofdvraag luidt:

'Is there a thread of principle that runs through the core liberal positions, and that distinguishes these from the corresponding conservative positions?' (MP 188)

Meestal, zo vertelt Dworkin, wordt er gedacht dat liberalen de neiging hebben om een grotere nadruk te leggen op het ideaal van 'gelijkheid' dan op het ideaal van 'vrijheid', terwijl conservatieven het omgekeerde doen. Deze voorstelling van zaken berust echter op een aantal fundamentele begripsmatige fouten.

Allereerst moeten we constateren, dat het niet zo is dat conservatieven méér nadruk leggen op de vrijheid van de burger dan liberalen. Hoogstens worden er door conservatieven andere basisvrijheden op de voorgrond geplaatst dan door liberalen. De eersten wijzen vooral op vrijheden in de

12 Het gaat hier om het Amerikaanse liberalisme dat duidelijk iets anders is dan wat in Nederland onder liberalisme verstaan wordt. Programpunten ervan zijn: grotere economische gelijkheid, bescherming van burgerrechten, actieve bestrijding van ongelijkheid tussen rassen, sterke procedurele bescherming van verdachten, decriminalisering van zedelijkheidswetgeving, en een actieve rol van de staat bij een verwezenlijking van deze doelen.

economische sfeer, terwijl de laatsten meer werk maken van de bescherming van de persoonlijke levenssfeer van de burger of van rechten als de vrijheid van meningsuiting. Dat betekent echter niet dat de ene partij 'vrijheid' belangrijker vindt dan de andere.

Ten tweede moeten we onderscheid maken tussen twee verschillende principes die allebei 'gelijkheid' als politiek ideaal behelzen:

— het eerste principe eist dat de overheid alle betrokkenen *als gelijke* behandelt, dat wil zeggen 'entitled to its equal concern and respect' (MP 190);

— het tweede principe eist dat de overheid alle betrokkenen *gelijk* behandelt als het gaat om de verdeling van kansen en goederen.

Het eerste principe is voor zowel conservatieven als liberalen fundamenteel. Ze verschillen echter nadrukkelijk wanneer het gaat om het tweede principe. Dit tweede principe kan afgeleid worden uit het eerste, maar die afleiding is *niet* noodzakelijk, immers niet altijd is het gelijk behandelen van mensen de juiste manier om ze 'als gelijke' te behandelen. Als het gaat om sociaal-economische kwesties eisen liberalen meer 'gelijkheid' volgens het tweede principe dan conservatieven, aangezien de laatsten er van uitgaan dat in veel gevallen het behandelen van de burger 'als gelijke' juist betekent dat hij *niet* gelijk behandeld moet worden (maar bijvoorbeeld slechts behoort te ontvangen wat de markt hem geeft). Liberalen zullen in dit geval eerder geneigd zijn om het ruwe marktmechanisme te corrigeren door middel van allerlei herverdelings-maatregelen.

Het behandelen van alle betrokkenen als gelijke vormt, zoals we al opmerkten, voor zowel conservatieven als liberalen een constitutief principe. De vraag is echter wat het betekent dat de overheid iedere burger met gelijke zorg en respect behoort te behandelen. Betekent dat dat de overheid volstrekt neutraal moet blijven als het gaat over de substantiële vraag 'wat goed is voor de burger', zonder er een mening op na te houden aangaande 'what human beings ought to be'? (MP 191)

Conservatieven zullen kiezen voor een in dit opzicht niet-neutrale overheid en daarom bijvoorbeeld een strenge zedelijkheidswetgeving verdedigen. Ze menen namelijk, dat een goede overheid de 'publieke moraal' behoort te beschermen, aangezien dat een voorwaarde is voor burgers om een waardevol leven te kunnen leiden. (Het strafbaar stellen van homo seksuele handelingen bijvoorbeeld wordt aldus verdedigd.)

De liberaal zal dit niet toestaan:

'...political decisions must be, so far as is possible, independent of any particular conception of the good life, or of what gives value to life. Since the citizens of a society differ in their conceptions, the government does not treat them as equals if it prefers one conception to another, either because the officials believe that one is intrinsically superior, or because one is held by the more numerous or more powerful group.' (MP 191)

We zullen hier niet ingaan op de vele argumenten die Dworkin aanvoert ten gunste van de liberale positie. Bovenstaande schets wil slechts aangeven hoe de omtrekken van het politieke debat in deze er uitzien.

§4 Toepassingen

Zowel in *Taking Rights Seriously* als in *A Matter of Principle* ruimt Dworkin veel plaats in voor toepassing van zijn theoretische inzichten op allerlei actuele problemen. De toegepaste studies in *Taking Rights Seriously*, met name over burgerlijke ongehoorzaamheid, positieve discriminatie en het Hart-Devlin Debat, hebben inmiddels grote bekendheid gekregen en zijn een bron van voortdurende discussie. Enkele hoofdpunten uit Dworkins gedachtengang zullen we hier op en rijtje zetten.

Burgerlijke ongehoorzaamheid

In *Taking Rights Seriously* liet Dworkin vrij veel ruimte voor burgerlijke ongehoorzaamheid. Hij stelde dat burgers juist handelen, wanneer zij een wet overtreden waarvan ze menen dat deze ongeldig is, bijvoorbeeld omdat het een discriminerende wet is. In de lijn hiervan lijkt te liggen dat ook burgerlijke ongehoorzaamheid uit protest tegen de kernwapens gerechtvaardigd is.¹³ Uit een voordracht die Dworkin in 1983 in de Bondsrepubliek hield op een SPD-conferentie over het verzet tegen de kruisraketten (in enigszins gewijzigde vorm opgenomen in *A Matter of Principle*), blijkt nu echter dat deze conclusie hem te ver gaat.

Allereerst maakt Dworkin een zinvol onderscheid tussen drie vormen van burgerlijke ongehoorzaamheid:¹⁴

- 1 Op integriteitsoverwegingen gebaseerde ongehoorzaamheid: iemands integriteit (geweten) verbiedt hem of haar om een bepaalde wet te gehoorzamen. Volgens Dworkin kunnen aan deze vorm van burgerlijke ongehoorzaamheid moeilijk verdere eisen voor morele juistheid gesteld worden.
- 2 Op rechtvaardigheidsoverwegingen gebaseerde ongehoorzaamheid: het gaat hier om verzet tegen een bepaald beleid dat men *onrechtvaardig* vindt, omdat bijvoorbeeld de rechten van een minderheid worden geschonden. Dit verzet is dan ook niet zuiver *defensief* (zoals bij 1), maar veeleer instrumenteel en strategisch: het streeft naar het ongedaan maken van het als immoreel gewraakte beleid. Denk hier bijvoorbeeld aan de burgerrechtbeweging in de zestiger jaren in de V.S. Twee soorten strategieën kunnen onderscheiden worden:
 - a. op overreding gerichte strategieën ('persuasive strategies'): de meerderheid moet met demonstratie en argument overtuigd worden; en
 - b niet op overreding gerichte strategieën ('non-persuasive strategies'): er wordt gepoogd door effectief verzet de kosten van het gewraakte beleid zódanig te verhogen, dat de meerderheid afziet van dat beleid.

Volgens Dworkin is burgerlijke ongehoorzaamheid binnen op overreding

- 13 Zie voor een dergelijke argumentatie Van der Burg, W., 'Burgerlijke ongehoorzaamheid: teken van nihilisme en normvervaging?', in: *R en K* 12 (1986) 3, pp. 213-228.
- 14 Het onderscheid tussen (i) enerzijds en (ii) anderzijds is vrij bekend. Zie bv. Leiser, B.M., *Liberty, Justice, and Morals: Contemporary Value Conflicts*, (New York: MacMillan 1973), pp. 330v. Het onderscheid tussen (ii) en (iii) vloeit voort uit Dworkins onderscheiding tussen principe en beleid.

gerichte strategieën slechts geoorloofd wanneer de gewone politieke procedures geen hoop meer bieden op succes, en de effecten van de burgerlijke ongehoorzaamheid goed afgewogen zijn (doet het niet meer kwaad dan goed?). Niet op overreding gerichte strategieën zijn veel moeilijker te rechtvaardigen. In ieder geval moet aan bovengenoemde twee voorwaarden voldaan zijn, en mag er geen effectieve op overreding gerichte strategie beschikbaar zijn. Bovendien zijn slechts geweldloze technieken aanvaardbaar.

3 Beleidsgerichte ongehoorzaamheid tenslotte richt zich tegen een in de ogen van de burger onjuist of dom, maar niet onrechtvaardig beleid. Het gaat hier dus niet om een vermeende schending van rechten van mensen, maar om een (diepgaand) verschil van inzicht aangaande een bepaald beleid.

In deze context zijn, volgens Dworkin, niet op overreding gerichte strategieën nimmer geoorloofd. Immers dergelijke strategieën vernietigen het in onze democratie geldende meerderheidsprincipe. Verschil van inzicht over welk beleid in het algemeen belang is, is geen reden om zich met andere middelen dan argumentatie en demonstratie te verzetten tegen de meerderheidswil. Aangezien nu volgens Dworkin het protesteren tegen kernwapens in de derde context thuishoort, zijn acties als het blokkeren van luchtbases net zo min geoorloofd als het plegen van niet op overreding gericht verzet tegen bijvoorbeeld de verhoging van de benzineprijs.

Op dit standpunt van Dworkin is zeker kritiek mogelijk. In het vorige nummer van *Recht en Kritiek* is nu juist door een onzer betoogd dat het bij de kernwapens wel degelijk om rechtvaardigheidskwesties gaat, en zelfs om rechtmatigheidskwesties.

Positieve discriminatie

Met behulp van Dworkins onderscheid tussen *gelijke behandeling* en *behandeling als gelijke* blijkt de voorkeursbehandeling van minderheden ('affirmative action') uitstekend verdedigbaar te zijn.

Het behandelen 'als gelijke', dat wil zeggen met gelijke zorg en respect, van een zwarte en een blanke student bijvoorbeeld, betekent niet automatisch dat beide gelijk behandeld behoren te worden. Een ongelijke behandeling behoeft echter wel een krachtige morele rechtvaardiging, waarbij het fundamentele principe van gelijke zorg en respect een hoofdrol speelt.

Zo kan volgens Dworkin positieve discriminatie van de zwarte student bij de toelating tot een bepaalde opleiding (men streeft naar een bepaald quotum zwarten op die school) gerechtvaardigd worden door er op te wijzen dat dit de beste manier is om aan een nijpend maatschappelijk onrecht (de maatschappelijke achterstelling van zwarten, onder meer samenhangend met het geringe aantal hogeropgeleide zwarten) een einde te maken. Slechts door positieve discriminatie komen we in de richting van een situatie van gelijke zorg en respect voor alle burgers, ongeacht hun huidskleur.

Een dergelijke morele rechtvaardiging voor het gebruik van huidskleur als criterium om zwarten uit te sluiten (dus voor negatieve discriminatie) kan daarentegen *niet* gegeven worden. Er is volgens Dworkin in de Amerikaanse context slechts één plausibel lijkend argument voor negatieve discrimi-

minatie, namelijk dat in bepaalde zuidelijke staten de meerderheid van de bevolking een dergelijke discriminatie prefereert. Volgens een eerlijke utilitaristische afweging zouden deze voorkeuren van de meerderheid gewogen tegenover de (tegengestelde) preferenties van de zwarte minderheid dan de doorslag moeten geven. Maar volgens Dworkin is het zonder meer meewegen van alle soorten voorkeuren nu juist in strijd met het beginsel van gelijke zorg en respect, ondanks de schijn van fairness.

Dworkin onderscheidt tussen

- 1 persoonlijke preferenties, die iemand kan hebben met betrekking tot goederen en kansen die hij of zij zelf kan genieten; en
- 2 externe preferenties, die betrekking hebben op de toewijzing van goederen en kansen aan anderen (TRS 234). Deze preferenties houden in dat preferenties van anderen hetzij niet, hetzij wel vervuld worden (bijvoorbeeld omdat iemand een afkeer heeft van Joden, of verliefd is op Sarah).

In Dworkins opvatting ligt aan het utilitarisme een egalitair principe van rechtvaardigheid ten grondslag. Daarom mogen externe preferenties geen rol spelen in enige (utilitaristische) afweging. Het egalitaire karakter van een dergelijke afweging wordt immers verstoord wanneer de kans dat mijn wensen vervuld worden niet alleen afhangt van de persoonlijke claims die anderen leggen op dezelfde schaarse goederen, maar ook van het respect, de bewondering of juist de afkeer die zij hebben voor mijn huidskleur of manier van leven. In een dergelijk geval zou het utilitarisme in een interne tegenspraak verzeild raken.

Natuurlijk zijn persoonlijke en externe preferenties vaak sterk met elkaar verweven. Dat is met name het geval wanneer persoonlijke voorkeuren 'besmet' raken door vooroordelen jegens anderen. De persoonlijke preferentie om met uitsluitend blanke medestudenten in de klas te zitten ('niks tegen zwarten, maar ik heb liever blanke klasgenoten') is zo'n op externe preferenties parasiterende voorkeur. Het lijkt een kwestie van persoonlijke smaak, maar in werkelijkheid is het een voorkeur die (gezien het egalitaire uitgangspunt) op ongerechtvaardigde wijze intervenueert in het leven van anderen en die zodoende een faire afweging van ieders belangen en voorkeuren in de weg staat.

Negatieve discriminatie is dus niet te verenigen met het basisbeginsel dat iedere burger met gelijke zorg en respect behandeld dient te worden. Positieve discriminatie, zoals voorkeursbehandeling van etnische minderheden, is dat wel.

Het Hart-Devlin debat

Tot slot de bekende kwestie of een samenleving het recht heeft om een volgens de meerderheid in de samenleving immorele activiteit (bijvoorbeeld

homosexueel contact tussen volwassenen) te verbieden.¹⁵

Dat Dworkin Harts positivisme afwijst, betekent nog niet dat hij automatisch gedwongen is Devlins standpunt, dat homosexualiteit verboden mag worden, goed te keuren. Dat recht en moraal niet goed gescheiden kunnen worden, betekent nog niet dat het recht ook altijd de bestaande morele overtuigingen van een gemeenschap moet afdwingen.

Dworkin onderscheidt tussen morele overtuigingen in *antropologische zin* (als aantoonbaar fenomeen in een groep), en morele overtuigingen in *onderscheidende zin* (discriminatory sense). In het eerste geval wordt geen onderscheid gemaakt tussen werkelijke morele oordelen enerzijds en vooroordelen, arbitraire keuzes of zomaar kwesties van smaak anderzijds. In het tweede geval is dat onderscheid er wel en kunnen we bijvoorbeeld niet meer spreken van een 'nazi-moraal', want dat is geen moraal in onderscheidende zin.

Elke wetgever zal, wanneer hem verteld wordt dat over een zekere kwestie (bijvoorbeeld homosexueel contact tussen volwassenen) een morele consensus bestaat in de samenleving, deze consensus in het licht van bovenstaand onderscheid tussen moraal in antropologische zin en moraal in onderscheidende zin moeten onderzoeken op z'n merites.

'A legislator who proceeds in this way, who refuses to take popular indignation, intolerance and disgust as the moral conviction of his community, is not guilty of moral elitism. He is not simply setting his own educated views against those of a vast public which rejects them. He is doing his best to enforce a distinct, and fundamentally important, part of his community's morality (namelijk het zelfkritisch vermogen van de samenleving, WvdB/TvW), a consensus more essential to society's existence in the form we know it than the opinion Lord Devlin bids him follow.' (TRS 255)

§5 De critici van Dworkin

Natuurlijk is de rechtstheorie van Dworkin niet onomstreden gebleven. In de afgelopen jaren heeft een groot aantal rechtsfilosofen, ethici en politieke filosofen uit de Angelsaksische wereld op Dworkin gereageerd, en de nodige kritische kanttekeningen gemaakt. Op zijn beurt is ook Dworkin de discussie niet uit de weg gegaan. Al in sommige artikelen in *Taking Rights Seriously* reageerde hij op critici, en in de paperback-uitgave werd een *Reply to my Critics* toegevoegd, waarin hij op de kritiek ingaat en zijn theorie verder verduidelijkt. Een probleem bleef echter dat de kritieken zelf vaak moeilijk toegankelijk waren vanwege publicatie in een groot aantal verschillende tijdschriften.

Voor een deel is hierin nu voorzien door de bundel van Marshall Cohen, die een aantal artikelen over Dworkin bijeenbracht en van een korte inleiding voorziet.¹⁶ Deze bundel is natuurlijk primair gericht op Dworkin, maar

15 Zie hiervoor Devlin, Lord Patrick, *Morals and the Criminal Law*; en Hart, H.L.A., *Immorality and Treason*, beide in Dworkin, R.M. (ed), *The Philosophy of Law*, (Oxford: Oxford University Press, 1977).

16 Zie boven noot 3.

kan daarnaast ook functioneren als kennismaking met andere moderne rechtsfilosofen; we noemen Hart, Raz en Posner.¹⁷ Doordat de critici uit zulke verschillende hoeken komen, krijgt de lezer meteen een inzicht in een aantal van de belangrijkste controverses in de moderne rechtsfilosofie.

De bundel besluit met een antwoord van de hand van Dworkin. In veel gevallen volstaat hij met te verwijzen naar misverstanden, hoewel dat meestal misverstanden zijn waaraan hij zelf mede schuldig blijkt door een ongelukkige presentatie. Op een aantal punten komt Dworkin echter ook met nieuwe opmerkingen en een verdere verfijning of aanpassing van zijn ideeën.

Het is natuurlijk onmogelijk om hier op alle kritiekpunten in te gaan. Drie hoofdthema's waarop de kritiek zich vooral richt zullen we echter aanstippen.

Allereerst is daar de scherpe aanval die Dworkin gelanceerd heeft op het rechtspositivisme. Veel positivisten blijken in belangrijke mate met deze kritiek in te stemmen, en verlaten daarmee de stellingen van Hart. Zij proberen echter niettemin een bescheidener variant van het positivisme te redden door Dworkins stellingen te incorporeren in het positivisme. Slechts een enkeling, zoals Joseph Raz, blijkt niets te willen weten van Dworkins kritiek.

Ten tweede Dworkins stelling dat de rechter in twijfelgevallen alleen mag beslissen op grond van beginselargumenten en niet op grond van beleidsargumenten. Deze stelling wordt van verschillende kanten aangevochten, met name door te betwisten dat er een essentieel verschil bestaat tussen beleids- en beginselargumenten. Ook wordt betoogd dat de rechter moet beslissen, en feitelijk beslist, op grond van economische overwegingen, te weten het streven naar een maximalisatie van welvaart.

Een derde thema tenslotte is Dworkins these dat rechten niet moeten worden gezien als fundamentele mensenrechten gebaseerd op de menselijke natuur, maar slechts als onderdeel van een meeromvattende politiek-morele theorie. Volgens sommigen neemt Dworkin hierdoor rechten niet serieus genoeg. Eveneens komt regelmatig de kritiek terug dat Dworkin zelf nog sterk vastzit aan het utilitarisme dat hij zegt te bestrijden.

De kritiek op het rechtspositivisme

Dworkin richt zich in zijn aanval op het rechtspositivisme duidelijk op de versie die Hart in zijn *The Concept of Law* daarvan gegeven heeft. Daarbij gaat het hem om twee stellingen. Ten eerste de stelling dat er een min of meer mechanische en eenvoudige test is om te bepalen welke rechtregels in een bepaalde samenleving bestaan. De tweede stelling hangt daar nauw mee samen en houdt in dat de waarheid van rechtsproposities uitsluitend afhankelijk is van sociale, historische feiten en niet van morele argumentatie. Deze twee stellingen ziet hij als de centrale uitgangspunten van het positivisme en hierop richt hij zijn kritiek.

17 Verder bevat de bundel bijdragen van Soper, Coleman, Lyons, Greenawalt, Regan, Mackie, Woosley, MacCormick, Sartorius en Sandel.

Ve
menen
zich m
vorm v
Alle
toegeg
begins
moet v
recht g
behelp
algeme
nele st
dan is
wordt
aan te
min of
in prin
door te
zijn, m
men op
lossen.
verzam
een be
Doc
men zi
positivi
af wan
Harts t
baar er
wegnee
dit afg
een du
hetgeer
twee vc
nog eni
Het
maar n
uiteind
deze re
open is
morele
moreel
kriteriu
afgewe
18 H
19 Sc
in
a.
20 C

Veel positivisten blijken zijn kritiek op deze stellingen te delen, maar menen dat het positivisme daardoor niet geraakt wordt.¹⁸ Zij distantiëren zich min of meer van Harts theorie en verdedigen een veel minder vèrgaande vorm van positivisme.

Allereerst wordt door verschillende auteurs, waaronder Soper en Lyons,¹⁹ toegegeven dat het recht meer omvat dan alleen regels, en dat ook algemene beginselen er deel van uitmaken. Zoals een individuele wet geïnterpreteerd moet worden door rekening te houden met het doel ervan, zou ook het recht geïnterpreteerd moeten worden vanuit bepaalde doeleinden en met behulp van bepaalde beginselen die in het recht aanwezig zijn. Als een algemeen beginsel binnen een dergelijke redenering voldoende 'institutionele steun' krijgt (in rechterlijke uitspraken, preambules van wetten, e.d.) dan is een dergelijk beginsel een rechtsbeginsel. De 'rule of recognition' wordt aldus erg complex en moeilijk formuleerbaar omdat het moeilijk is aan te geven wat precies geldt als voldoende institutionele steun. Van een min of meer mechanische en eenvoudige test is dus geen sprake meer, maar in principe hoeft dit geen probleem te zijn. Coleman²⁰ scherpt dit nog aan door te stellen dat de rule of recognition geen algemene conventie hoeft te zijn, maar slechts een particuliere conventie is van rechters om rechtsproblemen op een bepaalde wijze (bijvoorbeeld door morele argumentatie) op te lossen. Door deze laatste aanpassing is niet alleen een in principe omgrensde verzameling algemene beginselen in het recht opgenomen, maar wordt ook een beroep op morele argumentatie erkend als onderdeel van het recht.

Door deze constructie wordt het positivisme nu echter zo afgezwakt, dat men zich kan afvragen wat er nog aantrekkelijk is aan deze vorm van positivistische rechtstheorie. Iets dergelijks vraagt Dworkin zich dan ook af wanneer hij dit Soper-Lyons positivisme bespreekt. Het voordeel van Harts theorie is volgens Dworkin dat zij het recht tot een vaststaand, openbaar en betrouwbaar stelsel van normen maakt, en daarmee de onzekerheid wegneemt die de prelegale fase kenmerkt. Deze onzekerheid wordt door dit afgezwakte positivisme opnieuw geïntroduceerd. Bovendien kon Hart een duidelijke ontologische scheiding tussen recht en moraal verdedigen, hetgeen voor het Soper-Lyons positivisme onmogelijk is. Daarmee zijn de twee voornaamste redenen waarom het positivisme volgens Dworkin althans nog enige aantrekkingskracht had, verloren gegaan.

Het verschil tussen Dworkin en deze groep positivisten is nog maar klein, maar niettemin essentieel. Bij de positivisten blijft de rule of recognition uiteindelijk conventioneel, dus een sociaal feit. Dworkin daarentegen ziet deze regel niet als een sociaal feit, maar als een morele regel die principieel open is, in die zin dat het een kwestie van morele argumentatie is, welke morele principes als rechtsbeginselen geldingskracht bezitten. Geen enkel moreel principe kan volgens Dworkin a priori worden uitgesloten. Ook het criterium van institutionele steun wordt door Dworkin als onvoldoende afgewezen: wanneer verschillende theorieën een zeker minimum aan insti-

18 Hierbij gaat het onder meer om Sartorius, Lyons, Soper en Coleman.

19 Soper, E.Ph., 'Legal Theory and the Obligation of a Judge: The Hart/Dworkin Dispute', in: Cohen, M., *a.w.*, pp. 3-27; Lyons, D., 'Moral Aspects of Legal Theory', in: Cohen, *a.w.*, pp. 49-69.

20 Coleman, J.L., 'Negative and Positive Positivism', in: Cohen, M., *a.w.*, pp. 28-48.

tutionele steun hebben, dan wordt de keuze tussen deze theorieën niet bepaald door de vraag welke nu precies de meeste steun geniet, maar door morele argumentatie.

Uit deze positivisme-diskussie wordt in ieder geval één ding duidelijk: sinds Dworkin is het rechtspositivisme niet meer wat het geweest is. Het ziet er zelfs naar uit dat hij een beslissende klap heeft uitgedeeld aan Harts versie. Maar ook wie meent nog wel een andere variant van het positivisme te kunnen verdedigen, zal niet om Dworkin heen kunnen en zal diens argumenten op de een of andere wijze moeten weerleggen of incorporeren in de eigen positivistische theorie.

Rechter en beleid

Een tweede stelling van Dworkin die veel kritiek opgeroepen heeft, is die dat de rechter in controversiële zaken moet beslissen, en feitelijk ook beslist, op grond van beginselargumenten en niet op grond van beleidsoverwegingen. Immers, de rechter behoort niet te handelen als plaatsvervangend wetgever. Voor een deel hangt deze kwestie samen met de vorige. Wie, zoals Hart en Raz, meent dat de rechter wel over discretie beschikt, wijst de stelling dat deze verplicht is om uitsluitend op grond van beginselen te beslissen, natuurlijk af. Maar ook wie wel toegeeft dat de rechter soms op grond van juridische beginselen moet beslissen, hoeft nog niet van mening te zijn dat dit altijd het geval is. Volgens verschillende critici, waaronder ook de gematigde positivisten, wordt het rechterlijk handelen wel degelijk — mede of geheel — bepaald door beleidsoverwegingen.

Veel hangt af van wat precies het onderscheid tussen beleids- en beginselargumenten inhoudt. En dit is nu juist het meest ambigue, veranderende, en onduidelijke deel van Dworkins theorie. Allereerst, wat is nu precies een 'principe'? We komen in *Taking Rights Seriously* verschillende omschrijvingen tegen. De beste definitie (ook volgens Dworkin zelf) lijkt te zijn:

'Arguments of principle justify a political decision by showing that the decision respects or secures some individual or group right.' (TRS 82)²¹

Maar ook deze formulering laat nog de nodige vragen open. Belangrijk is daarom dat door de gegeven kritiek een verdere aanscherping van Dworkins theorie op dit punt wordt geboden. Terecht is daarom in Cohens bundel het artikel van Kent Greenawalt opgenomen,²² waarop Dworkin al eerder zeer uitgebreid reageerde in zijn Reply bij de paperback-uitgave van *Taking Rights Seriously*. Greenawalt stelt drie dingen:

21 Hier maakt Dworkin duidelijk dat het veel ruimere begrip van hierboven alleen in die context bruikbaar was. Overigens lijkt ook deze formulering eigenlijk nog te ruim. Het idee van een groepsrecht komen we elders niet meer tegen, en lijkt ook in strijd met Dworkins sterk individualistische benadering.

22 Greenawalt, K., 'Policy, Rights, and Judicial Decision', in: Cohen, M., a.w., pp. 88-118.

1 Er is va
ingegeven
beleidsover
2 Dworkin
lijke besliss
tussen begi
3 De norm
beleidsover

Met de eer
er inderdaa
wegingen ei
is er, zo be
wezenlijk is

De twee
uitwerking
miskent dat
argumenten
handeling z
walts bezwa
listische bel
Deze laatste
blijven ni
een zeer ru
wordt, maar

Niet alle
van het beg
zijn discussi
het woord r
rechten cont
hebben ze e
lijke wetgev
in de gaten
tegenover d
een moreel

Maar on
met zijn rig
in Dworkins
zen naar indi
baar tot rec
beginselen h
ze deel uit v
rechter mede

Wanneer
zowel descri
om rechten v
slechts uiter
echter de rig
houdbaar, ne

- 1 Er is vaak geen duidelijk verschil tussen een rechterlijk oordeel dat is ingegeven door beginselargumenten en een oordeel dat bepaald is door beleidsoverwegingen;
- 2 Dworkin schenkt onvoldoende aandacht aan de gevolgen van een rechterlijke beslissing voor derden; zou hij dit wel doen, dan vervaagt het verschil tussen beginselen en beleid;
- 3 De normatieve argumenten voor het afzien van rechtspraak op basis van beleidsoverwegingen zijn niet overtuigend.

Met de eerste stelling kan Dworkin instemmen. In de meeste gevallen zal er inderdaad geen verschil zijn tussen beslissingen gebaseerd op beleidsoverwegingen en beslissingen gebaseerd op beginselargumenten, maar niettemin is er, zo betoogt hij, wel degelijk een aantal gevallen waar het onderscheid wezenlijk is.

De tweede stelling van Greenawalt noodzaakt Dworkin tot een verdere uitwerking van zijn beginselbegrip. Hij stelt dat Greenawalt ten onrechte miskent dat er ook consequentialistische beginselargumenten zijn, d.w.z. argumenten die erop wijzen dat de gevolgen van een handeling (en niet de handeling zelf) de rechten van anderen zullen aantasten. Veel van Greenawalts bezwaren berusten, volgens hem, op het verwarren van consequentialistische beleidsoverwegingen en consequentialistische beginselargumenten. Deze laatste laten wel een beroep op de gevolgen voor derden toe, maar blijven niettemin beginselargumenten. Hiermee geeft hij het begrip beginsel een zeer ruime inhoud. Het gevolg is dat zijn theorie ruimer toepasbaar wordt, maar tegelijk natuurlijk minder zeggingskracht heeft.

Niet alleen het begrip 'beginsel' blijft bij Dworkin vaag, ook zijn gebruik van het begrip 'recht' levert problemen op. Dit wordt vooral duidelijk in zijn discussie met Donald Regan, waar hij verschillende betekenissen van het woord recht onderscheidt. Duidelijk wordt onder meer dat Dworkins rechten contextgebonden zijn. Binnen een theorie van het rechterlijk oordeel hebben ze een andere functie en inhoud dan binnen een theorie van behoorlijke wetgeving. Dit is iets wat bij de interpretatie van Dworkin altijd goed in de gaten gehouden moet worden, omdat argumenten voor een recht tegenover de wetgever anders kunnen zijn dan voor een juridisch of voor een moreel recht.

Maar ondanks deze nadere (nuttige) onderscheidingen blijft Dworkin met zijn rights-thesis tekortschieten. Het probleem zit hem onzes inziens in Dworkins definiëring van beginselargumenten als 'argumenten die verwijzen naar individuele rechten'. Juridische beginselen zijn niet altijd reduceerbaar tot rechten. Hoe wil men alle staatsrechtelijke en volkenrechtelijke beginselen herleiden tot rechten van individuele burgers? Niettemin maken ze deel uit van het recht en behoren in bepaalde omstandigheden voor de rechter medebepalend te zijn bij een uitspraak.

Wanneer we dus de rights thesis in zijn strikte vorm handhaven, is deze zowel descriptief als normatief onjuist. In het recht gaat het wel primair om rechten van mensen, maar er kunnen meer aspecten een rol spelen, die slechts uiterst gekunsteld tot individuele rechten te herleiden zijn. Wordt echter de rights thesis verruimd tot een beginselthese, dan is de these wel houdbaar, normatief en descriptief. Dan kunnen we de stelling zeker verde-

digen, dat de rechter uitsluitend moet afgaan op juridische beginselargumenten (die overigens, zoals eerder gesteld, niet scherp te scheiden zijn van algemene morele beginselargumenten).

De economische theorie van het recht

Dworkin heeft ook uitgebreide polemieken gevoerd met de stroming die zich bezighoudt met de economische analyse van het recht. Een vertegenwoordiger hiervan is Richard Posner.²³ Posner meent dat de (Amerikaanse) rechtspraak beter verklaard kan worden wanneer we ervan uitgaan dat rechters beslissen en behoren te beslissen met als uitgangspunt het streven naar welvaartsmaximalisatie. Dworkin betoogt hiertegenover dat de economische analyse op zijn hoogst een correspondentie kan aantonen, maar dat hiermee nog niet bewezen is dat rechters zich ook laten leiden, laat staan dat ze zich behoren te laten leiden, door het streven naar welvaartsmaximalisatie. Uit deze discussie blijkt onder meer dat het nooit alleen maar gaat om feiten (hoe gaat de rechtspraak werkelijk functioneren), maar dat het eerder een kwestie is van de (in normatieve zin) beste theorie van de feiten. De theorieën van Dworkin en Posner hebben beide een zekere plausibiliteit; beiden hebben moeite om bepaalde rechterlijke uitspraken in te passen (en wijzen deze dan ook meestal af als minder juist). Welke theorie de beste is, is uiteindelijk een kwestie van morele argumentatie op basis van fundamentele politiek-filosofische uitgangspunten.

De fundering van rechten

Opmerkelijk is dat Dworkin zijn rechtentheorie niet baseert op een algemene theorie van de menselijke natuur, zoals meestal gebeurt. Daarmee zou hij zich in de natuurrechtstraditie hebben geplaatst. Deze metafysische benadering wordt door hem echter vrij expliciet afgewezen.²⁴ Zijn eigen benadering is bescheidener, maar daardoor juist overtuigender: rechten moeten gezien worden als onderdeel van een algemene politieke theorie, van een totaalpakket. Los daarvan is spreken over rechten betekenisloos. Met die algemene politieke theorie houdt Dworkin zich bezig op twee abstractieniveau's. Het eerste niveau is dat van het concrete Amerikaanse politieke systeem. De vraag is welke politieke theorie (en als deel daarvan welke rechtstheorie) de beste rechtvaardiging biedt voor dit systeem, waarbij 'beste' zowel verwijst naar criteria van consistentie als naar morele criteria. Het tweede niveau is dat van het politieke systeem in abstracto, los van bestaande systemen. De vraag is hier wat in het algemeen de beste politieke theorie en het beste politieke systeem is. Op beide niveau's is sprake van rechten, maar de inhoud en rechtvaardiging van deze rechten is duidelijk verschillend.

Deze verschillende niveau's van theorievorming lopen bij Dworkin nogal

23 Posner, R.A., *Economic Analysis of Law* (2nd ed., Boston: Little Brown, 1977). Vergelijk ook Posner, R., 'Dworkins Critique of Wealth Maximization', in: Cohen, M., a.w., pp. 238-243.

24 Zie zijn Reply to Hart, in: Cohen, M., a.w., pp. 282-291.

eens op ver
op sommige
matig een u
Rights Serio
een van de
in verschille
kader van e
door versch

Dworkin
schijnbare i
theorie is hi
Amerikaans
politiek the
vaard moete
daarom moe
dergelijke t
belangrijke
rechtvaardig

Immers, :
externe pref
bepaalde pe
de personen
punt van he
eigen uitgang
systeem is d
door externe
hieruit voort
geven bepaal
door beleids
kunnen worc

Toch blijv
renties ook n
moet houden
geldt niet als
buurt te won
morele stellir
behoort te w
duidelijkheid

Terug naa
zullen rechter

25 Zie bijvo
a.w., pp.

26 Hoewel h
theorie w
opgevat a
interpreta

27 Zie bijvoc
pp. 182-20

eens op verwarrende wijze door elkaar, hetgeen ertoe leidt dat zijn critici op sommige punten de plank plegen mis te slaan. Zo wordt Dworkin regelmatig een utilitaristisch denken toegeschreven.²⁵ In zijn inleiding bij *Taking Rights Seriously* noemt Dworkin weliswaar uitdrukkelijk het utilitarisme als een van de twee mikpunten van zijn kritiek (naast het positivisme), maar in verschillende artikelen bespreekt hij de betekenis van rechten juist in het kader van een utilitaristische politieke theorie. Op deze inconsistentie wordt door verschillende auteurs gewezen.

Dworkin kan echter op goede gronden betogen dat hier slechts een schijnbare inconsistentie bestaat. Op het niveau van de abstracte politieke theorie is hij bepaald geen utilitarist.²⁶ Echter, de heersende theorie in het Amerikaanse systeem is nu eenmaal utilitaristisch. Dat zal door een concrete politiek theorie en in het bijzonder een rechtstheorie als uitgangspunt aanvaard moeten worden. Een rechtstheorie voor de Verenigde Staten zal daarom moeten zoeken naar een gekwalificeerd utilitarisme. Binnen een dergelijke theorie vervullen rechten (in sterke zin: 'rights as trumps') een belangrijke rol, omdat ze waarborgen kunnen bieden tegen bepaalde onrechtvaardigheden van het utilitarisme.

Immers, zoals we zagen, worden in een utilitaristische berekening ook externe preferenties meegeteld. Het gevolg daarvan is dat preferenties van bepaalde personen dubbel tellen, danwel minder zwaar tellen, oftewel dat de personen niet als gelijken tellen. Dit is in strijd met het egalitaire uitgangspunt van het utilitarisme zelf. Daarom moet het utilitarisme vanuit zijn eigen uitgangspunten gezien deze preferenties negeren. In een democratisch systeem is dat echter niet eenvoudig: stemmen worden in belangrijke mate door externe preferenties bepaald. Om mogelijke onrechtvaardigheden die hieruit voortvloeien zoveel mogelijk te beperken, zijn rechten nodig. Deze geven bepaalde preferenties een zodanig zware status, dat ze niet eenvoudig door beleidsoverwegingen (die vaak gebaseerd zijn op externe preferenties) kunnen worden opzijgezet.

Toch blijven er vraagtekens. Gaat door dit uitsluiten van externe preferenties ook niet iets verloren waar de politiek (en het recht) rekening mee moet houden? Een persoonlijke voorkeur om in een schone buurt te wonen, geldt niet als een externe preferentie, maar een voorkeur om in een blanke buurt te wonen wel. Waarin ligt dit essentiële verschil? Uiteindelijk in een morele stellingname dat de laatste voorkeur moreel onjuist is, en daarom behoort te worden genegeerd.²⁷ Op dit punt biedt Dworkin helaas weinig duidelijkheid.

Terug naar de rechten. Op het niveau van de concrete politieke theorie zullen rechten altijd context-afhankelijk zijn. Binnen het Amerikaanse po-

25 Zie bijvoorbeeld Sartorius, R., 'Dworkin on Rights and Utilitarianism', in: Cohen, a.w., pp. 205-213.

26 Hoewel hij in zijn reactie op Sandel stelt, dat hij op het niveau van de abstracte politieke theorie wel gebruik maakt van utilitaristische argumenten, maar dan in ruime zin opgevat als consequentialistische argumenten. Dit is echter een ongebruikelijk ruime interpretatie van de term.

27 Zie bijvoorbeeld McCormick, N., 'Dworkin as Pre-Benthamite', in: Cohen, M., a.w., pp. 182-201.

litieke systeem zullen andere rechten gelden dan binnen de Sovjet-Unie.²⁸ Overigens zijn er ook bepaalde rechten, die binnen elk politiek systeem gerechtvaardigd kunnen worden, omdat het nu eenmaal inherent is aan het functioneren van een overheid, dat bepaalde voorkeuren van burgers in strijd komen met een soepele overheidsorganisatie. Deze universele rechten zouden we volgens Dworkin 'mensenrechten' kunnen noemen (TRS 365). Te denken valt aan de vrijheid van meningsuiting.

§6 Conclusies

De discussie over de betekenis van Dworkins theorie zal voorlopig nog niet verstommen. We kunnen slechts een tussentijdse balans opmaken. Duidelijk is dat Dworkin een fundamentele bijdrage aan de rechtstheorie heeft gegeven, maar dat op een aantal punten nog wel aanvulling of aanpassing gewenst is. Bij onze evaluatie beginnen we bij het meest abstracte niveau. Niet geheel toevallig nemen onze vraagtekens toe naarmate Dworkin concreter wordt.

1 Belangrijkste verworvenheid van Dworkin is de weerlegging van het rechtspositivisme (in het bijzonder van Harts versie) zonder in een metafysische natuurrechtelijke benadering te vervallen.²⁹ Mackie spreekt, zoals gezegd, over Dworkins theorie als 'de derde rechtstheorie', en deze betiteling lijkt zeker niet misplaatst. Die 'derde rechtstheorie' kunnen we als *hermeneutisch* karakteriseren. Overtuigend heeft Dworkin aangetoond dat het onmogelijk is het recht te interpreteren en toe te passen zonder gebruik te maken van principiële normatieve argumentatie.

Duidelijk is ook dat de rechtspositivisten gedwongen zijn zich te heroriënteren. Vanuit natuurrechtelijke hoek is helaas nog weinig reactie gekomen, zoals ook Dworkin zich tot dusverre weinig van het natuurrechtsdenken heeft aangetrokken. Toch mogen juist van een wederzijdse beïnvloeding tussen Dworkin en de natuurrechtstheorie vruchtbare resultaten verwacht worden. Voor natuurrechtsdenkers omdat zij elementen van Dworkins normatieve theorie kunnen verwerken in hun argumentatie over hoe het recht behoort te zijn.

Anderzijds is het ook jammer dat Dworkin tot dusverre onvoldoende geprofiteerd heeft van wat binnen het natuurrechtsdenken naar voren is gebracht. Dworkin noemt slechts twee dimensies van interpretatie: consistentie met jurisprudentie en wetgeving, en de goede politieke moraal. Hoe echter deze samen precies tot het beste resultaat leiden, wordt vooral geïllustreerd, maar nauwelijks in meer algemene zin uitgewerkt. Een uiteenzet-

28 Hierop wijst Hart in zijn bijdrage: bepaalde rechten zoals het recht op vrijheid van keuze in seksuele relaties zijn volgens Dworkin binnen een Amerikaans systeem wel grondrechten, maar zouden dat in een tolerante samenleving niet zijn. Hart noemt dit paradoxaal; Dworkin niet meer dan logisch.

29 Hierbij gaat het wel vooral om het Angelsaksische rechtspositivisme. Ten aanzien van bijvoorbeeld Luhmann is de abstracte kritiek onvoldoende. Wel is er op meer concreet niveau strijdigheid tussen beide theorieën; waarschijnlijk zou daarom op dat niveau wel een gefundeerde kritiek op Luhmann mogelijk zijn vanuit Dworkins theorie.

ting over de door Dworkin bepleite methode van rechtsvinding, en van de verschillende randvoorwaarden, uitgangspunten en methodologische normen die daarbij een rol moeten spelen, ontbreekt helaas.

Een belangrijk aspect in dit verband lijkt echter dat het moet gaan om een *rechtstheorie*, en dat dus ook beperkingen worden gesteld aan de theorie door de eigenaardigheden van het recht qua recht. Wil het om recht gaan, dan zal toch aan minimale voorwaarden voldaan moeten zijn. Hart met zijn minimaal natuurrecht, maar vooral Lon L. Fuller met zijn 'internal morality of law', hebben hiervoor belangrijke aanzetten gegeven.³⁰ Integratie van dergelijke minimumvoorwaarden van het recht (zoals algemeenheid en niet-tegenstrijdigheid) in Dworkins theorie zou Dworkins normatieve argumentatie aanzienlijk kunnen versterken.

2 Een tweede belangrijke bijdrage aan het moderne debat wordt gevormd door Dworkins stelling dat de rechter zich niet alleen niet politiek afzijdig behoort te houden, maar dat hij dit ook niet *kan*. Rechtspraak is een politieke activiteit. Juristen die dit proberen te verhullen door te verwijzen naar een 'intentie' van de wetgever worden door hem op elegante doch doeltreffende wijze terechtgewezen. Nu zijn deze ideeën natuurlijk niet nieuw. Belangrijk is echter dat Dworkin voor zijn stelling een sluitende argumentatie aan draagt, en tegelijk aangeeft op welke wijze de rechter deze politieke rol moet vervullen.

De rechter 'doet' namelijk wel 'aan politiek', maar vanuit een juridisch perspectief. Rechtspraak heeft politieke implicaties, omdat *en voorzover* het recht politieke implicaties heeft. De rechter hoort dus niet op te treden als beleidsvoerder, als plaatsvervangend wetgever of als moralist, maar als rechtshandhaver. Daarmee is de politieke rol van de rechter door Dworkin op overtuigende wijze verdedigd en afgebakend.

3 Fundamentele kritiek is mogelijk op de manier waarop de rechterlijke rol precies wordt uitgewerkt. Hierboven hebben we al betoogd dat de rights thesis tekortschiet, wanneer ze bedoeld is om de fundamentele rechtvaardiging van het rechterlijk oordeel te beschrijven en te normeren. Niet alleen individuele rechten behoren de rechter te leiden, maar ook andere algemene rechtsbeginselen. Ook al blijven natuurlijk rechten daarvoor de belangrijkste bron vormen, het is niet de enige. Welke andere morele beginselen ook juridisch relevant zijn, is een principieel open zaak. Zo is er momenteel een voorzichtige ontwikkeling om ook aan de natuur en aan dieren een zekere eigen waarde toe te kennen, niet alleen moreel, maar ook juridisch. Of dit echter moet gebeuren in de vorm van dierenrechten, dient betwijfeld te worden. Beter lijkt het om openlijk te erkennen dat niet alle rechtens relevante beginselen te herleiden zijn tot rechten.

Het is daarom verstandig om Dworkins 'rights thesis' te verruimen tot een 'beginsel these'. We hebben dan namelijk een zeer aantrekkelijke theorie van het rechterlijke handelen tot onze beschikking. Immers, principiële argumentatie dient een grote rol te spelen in het rechterlijk werk. Wie ooit uitspraken van het Amerikaanse Hooggerechtshof heeft gelezen, weet hoe-

30 Fuller, L.L., *The Morality of Law*, (New Haven: Yale University Press, 1978).

veel boeiender het juridische werk erdoor zou kunnen worden. Maar vooral ook hoeveel meer een juridische discussie een discussie wordt over de fundamentele vragen van rechtvaardigheid, welke uiteindelijk de grondslag behoort te zijn voor het recht.

Helaas is de Nederlandse rechtscultuur nog weinig op een dergelijke principiële benadering van het recht ingesteld. In rechterlijke vonnissen is juist vaak een soort angst voor principiële argumentatie te bespeuren. Principiële vragen worden zoveel mogelijk uit de weg gegaan. Enerzijds is dit begrijpelijk, immers juist principiële argumentatie stelt een vonnis bloot aan (een veelal heftige) kritische discussie door vakgenoten en het publiek. Toch zou een dergelijke kwetsbaarheid niet als een nadeel gezien moeten worden, maar als een pré. Een dergelijke kritische discussie heeft de neiging om onhoudbare argumenten vanzelf weg te selecteren. Het recht zal daarom op den duur aan rechtvaardigheidsgehalte winnen. Juist in het belang van de legitimiteit van het recht is daarom een open en principiële discussie gewenst.

4 Naast de specifieke rechtstheorie (maar onlosmakelijk ermee verbonden) presenteert Dworkin ook een algemene politieke theorie. Vooral in *A Matter of Principle* geeft hij een uitgebreide karakteristiek en filosofische fundering van het liberalisme. Wanneer het gaat om principiële kwesties waarbij de inzet voornamelijk een conflict aangaande fundamentele rechten is, kan men niet meer om Dworkin heen. Dit geldt voor onderwerpen als de zedelijkheidswetgeving, anti-discriminatiebeleid, vrijheid van meningsuiting, Grondwetsinterpretatie en burgerlijke ongehoorzaamheid.

Dworkins politieke theorie vertoont echter een sterke eenzijdigheid. Zijn maatschappijbeeld is dat van enerzijds individuele burgers en anderzijds de overheid die er uitsluitend is ten behoeve van die burgers. Binnen dit beeld is een individuele rechten-model zoals Dworkin dat ontwikkeld heeft goed op zijn plaats. De samenleving bestaat echter niet slechts uit individuen en een (bescheiden) collectief apparaat. De sociaal-economische 'organisatie' en de allesdoordringende staatsbureaucratie vormen eveneens belangrijke structurele aspecten van onze maatschappelijke. De 'cultuur' van een samenleving als de onze is niet eenvoudigweg te herleiden tot de inbreng van losse individuen.

Iets dergelijks wordt door Dworkin ook wel erkend wanneer hij spreekt over de 'mixed public goods' die een samenleving pleegt te produceren (MP 224 vv.). Het gaat daarbij om goederen die weliswaar in principe op de markt thuishoren (kunst, gezondheidszorg etc.), maar die een dergelijke waarde voor de samenleving als geheel met zich meedragen dat ze (gedeeltelijk) gaan vallen onder onze collectieve verantwoordelijkheid. Een soort tussengebied tussen privé-bemoeienis en overheidszorg in. Een dergelijk tussengebied wijst er al op dat de werkelijkheid van onze samenleving veel collectiever is dan Dworkin meestal doet voorkomen. 'Mixed public goods' zijn een zaak voor het (van de kunst genietende, of de gezondheidszorg behoevende) *individu*, maar ze hebben tevens een soort *collective spin off*: ze vertegenwoordigen een waarde voor het publiek als zodanig.

Toch is het juist gezien de complexiteit van onze samenleving, met z'n vele onpersoonlijke machtsfactoren, begrijpelijk dat Dworkin een eenzijdig

individualistisch rechtenschema ontwikkelt. Rechten vormen nog een laatste bolwerk van autonomie voor de individuele burger. De vraag is dan echter of binnen een politieke theorie onze traditionele verzameling rechten nog wel bruikbaar en voldoende is.

De rechter behoort het recht te handhaven en zal zich daarom moeten richten op de rechten van burgers en (andere) fundamentele rechtsbeginselen. Dworkins theorie blijft op dit punt de beste die er is. De uitvoerende en wetgevende macht zal echter niet kunnen volstaan met een dergelijke goed liberale filosofie. Rechters kunnen en behoren liberaal te zijn, maar politici schieten tekort wanneer ze *alleen maar* liberaal zijn.