

TIJDSCHRIFT VOOR FILOSOFIE

# Krisis

N°59 juni 1995



# UTOPIEËN

# Review

---

## De grenzen van Law's Empire: Dworkin's rechtsfilosofie onder vuur

Joke Klein Kranenberg en Bart van Klink

### 1. De integriteit van het recht

De Amerikaan Ronald Dworkin heeft in de laatste decennia een centrale plaats verworven binnen het rechtsfilosofisch debat. Door H.L.A. Hart, zijn voorganger als hoogleraar in Oxford, frontaal aan te vallen, heeft hij diens positie van *philosopher king* in het rijk van het recht weten over te nemen. Volgens Dworkin miskent Hart het belang van beginselen in het recht. Wanneer het recht herleid wordt tot een systeem van regels dat teruggaat op een hoogste norm (1), kan onvoldoende reken-schap afgelegd worden van de idee van binding aan het recht. Deze kritiek, die de rechtspositivistische benadering in haar geheel raakt, heeft Dworkin uitgewerkt in de artikelenbundels *Taking Rights Seriously* (1977) en *A Matter of Principle* (1985). Hierin zijn ook de elementen van zijn eigen rechtsopvatting te vinden, die in *Law's Empire* (1986) - zijn hoofdwerk - tot een samenhangende theorie verwerkt zijn.

*Law's Empire* tracht een rechtvaardiging te geven van de moderne, sociale rechtsstaat, met name in zijn Amerikaanse en Britse varianten, vanuit een liberale politieke filosofie. In de sociale rechtsstaat bestaat er een spanning tussen enerzijds de *Rule of Law*, oftewel de eis van wettelijk gelegitimeerd overheidshandelen, en anderzijds de dagelijkse praktijk waarin de regels die de wetgever heeft opgesteld, door andere instanties geïnterpreteerd moeten worden. Dit probleem komt het duidelijkst aan het licht, wanneer de rechter vage begrippen, zoals redelijkheid en billijkheid, voor het concrete geval uitlegt. Dworkin heeft zich tot taak gesteld te verklaren waarom dergelijk recht, dat niet direct voortvloeit uit de democratisch gevormde wil van de wetgever, toch gelegitimeerd kan zijn.

Hij ontwikkelt hiertoe een conceptie van de *Rule of Law*, aangeduid met *Law as Integrity*, die zowel een descriptieve als een normatieve functie vervult. Deze conceptie moet een goede beschrijving kunnen geven van de wijze waarop rechters beslissingen nemen en aldus het recht verder ontwikkelen (de zogenaamde 'dimension of fit'). Tegelijkertijd dient echter een rechtvaardiging gegeven te worden van de beschreven rechterlijke bijdrage aan de rechtsvorming (de "dimension of justification"). Wanneer blijkt dat *Law as Integrity* niet aan beide functies tegelijk kan voldoen, dan is het ambitieuze project van Dworkin mislukt.

Op Dworkin's conceptie van integriteit van het recht is veel commentaar gekomen. Hierbij komen steeds twee fundamentele vragen naar voren: Biedt *Law as Integrity* een legitieme grondslag voor het recht? En: is de hierop gebaseerde recht-

vindingsleer wel zo aantrekkelijk? Hieronder worden aan de hand van deze vragen twee, betrekkelijk recente publicaties over Dworkin besproken en met elkaar vergeleken: het proefschrift van Gijs van Oenen, getiteld *Conventie en rechtsintrige* (1994), en de door Alan Hunt geredigeerde bundel *Reading Dworkin Critically* (1992). Deze titels zijn gekozen, omdat ze Dworkin confronteren met twee, traditioneel tegengestelde benaderingen, een meer 'rechtse' en een meer 'linkse'. Van Oenen gaat in op de genoemde controverse tussen Dworkin en het rechtspositivisme (met name Hart), terwijl de *Critical Legal Scholars* (in het vervolg aangeduid als CLS-ers), onder leiding van Hunt, Dworkin vanuit een postmodernistisch, geëngageerd perspectief onder vuur nemen.

### 2.1. Integrity als grondslag voor de gelding van het recht

Met *Law as Integrity* probeert Dworkin een positie te ontwikkelen die de klassieke tegenstelling tussen het rechtspositivisme en het natuurrechtsdenken doorbreekt. Het meest in het oog springende meningsverschil tussen beide posities betreft de verhouding tussen recht en moraal. Volgens de rechtspositivisten geldt het recht omdat het volgens een bepaalde procedure tot stand is gekomen, hoe onrechtvaardig de uitkomst van die procedure ook moge zijn. Zij beschrijven het recht vanuit een externe positie, zonder met de inhoud ervan te hoeven instemmen. Natuurrecht Denkens nemen geen genoegen met een dergelijke formele opvatting. Het uiteindelijke criterium voor de gelding van recht is volgens hen de morele aanvaardbaarheid ervan. Hun positie is intern omdat zij vanuit het perspectief van de politieke en juridische actoren naar het recht kijken en zich verbinden aan de inhoud van het recht.

Dworkin probeert beide opvattingen in één rechtsbegrip te verenigen, zonder zich uiteindelijk tot een van de twee posities te hoeven bekennen. Dit rechtsbegrip moet een normatief criterium kunnen bieden voor de gelding van het recht, maar dat criterium mag niet naar een buiten het recht staande moraal verwijzen. Dit brengt Dworkin ertoe de scheiding tussen recht, politiek en moraal op te heffen. Tegelijkertijd dient hij te vermijden één bepaalde politieke of morele overtuiging tot grondslag van het recht te maken, want hiermee zou hij in strijd komen met zijn liberale uitgangspunt dat er ruimte moet zijn voor verschillende opvattingen.

Om een brug te kunnen slaan van het feitelijk bestaan van een rechtsorde naar de normatieve verplichting van burgers om die rechtsorde te gehoorzamen, introduceert Dworkin het begrip 'true community'. (2) In een dergelijke gemeenschap onderhouden de leden wederzijdse betrekkingen die gebaseerd zijn op de erkenning van ieders aanspraak op gelijk respect. Dat wil niet zeggen dat er zich geen conflicten en belangentegenstellingen zouden kunnen voordoen. Er is alleen de waarborg dat er bij iedere politieke beslissing naar wordt gestreefd de best mogelijke uitwerking te geven van de beginselen die in een samenleving voor ieder gelijk gelden. Een rechtsorde kan aanspraak maken op norm-conformiteit wanneer ze is ingebed in een ware gemeenschap. *Integrity*, dat wil zeggen de beste verhouding tussen de voor ieder op dezelfde wijze geldende beginselen, is het doel waarop deze gemeenschap is gericht. Het is natuurlijk mogelijk dat een concrete beslissing hiermee op gespannen voet blijkt te staan, maar in dat geval kan die beslissing op grond

van *Integrity* bekritiseerd worden. *Integrity* is dus, volgens Dworkin, een normatief criterium voor de gelding van het recht.

Het rechtsbegrip van Dworkin, oftewel *Law as Integrity*, kan slechts functioneren binnen het kader van een ware gemeenschap: het heeft alleen maar zin de beginselen die aan het recht ten grondslag liggen in een zo goed mogelijke verhouding tot elkaar te plaatsen, als het recht daadwerkelijk op een dergelijke constellatie van beginselen is gebaseerd. Wanneer politieke besluitvorming alleen zou bestaan uit het sluiten van *deals* tussen particuliere belangen, kan een constructieve interpretatie tot niet meer leiden dan het zo goed mogelijk tot uitdrukking brengen van die onderliggende particuliere belangen. In een ware gemeenschap wordt politieke besluitvorming echter steeds ingegeven door het streven naar een optimale afweging van beginselen voor iedereen, met andere woorden naar de realisering van *Law as Integrity* zelf. *Law as Integrity* is daarom een opvatting van het recht die past bij een ware gemeenschap en die tevens kan verklaren waarom het recht verbindend is.

Hoewel die indruk misschien zou kunnen ontstaan, heeft Dworkin toch geen rechtsbegrip voor Utopia willen ontwikkelen. Zijn rechtsbegrip moet ook de bestaande rechtsorde in Groot-Brittannië en de Verenigde Staten kunnen beschrijven en rechtvaardigen. Teneinde aan de dimensie van 'fit' te voldoen, is hij gedwongen aan te nemen dat de Britse en Amerikaanse samenlevingen ware gemeenschappen zijn. Op basis van deze aanname kan hij vervolgens concluderen dat het recht in beide landen bindend is: *Law as Integrity* ligt er immers aan ten grondslag. Aangezien *Law as Integrity* zijn conceptie van de *Rule of Law* is, heeft Dworkin daarmee tegelijkertijd de huidige sociale rechtsstaat vanuit een liberale filosofie gerechtvaardigd.

## 2.2. Recht en moraal

Deze rechtvaardiging van de sociale rechtsstaat weet rechtspositivisten als Hart niet te overtuigen. Hun kritiek richt zich met name op het door Dworkin verdedigde rechtsbegrip, waarin onvoldoende onderscheid gemaakt zou worden tussen recht en moraal. Zoals Van Oenen laat zien, kan het rechtsbegrip van Hart uitgebreid worden met beginselen die algemene erkenning hebben gevonden onder politieke en juridische actoren. (3) Hart biedt echter geen ruimte voor in politiek en moreel opzicht controversiële beginselen: juist omdat deze beginselen (nog) niet sociaal aanvaard zijn, maken ze geen deel uit van het recht. Wanneer de rechter een omstredden beslissing moet nemen, is zij dus niet gebonden aan het recht.

Dworkin is daarentegen van mening dat de rechter *altijd* houvast kan vinden in de beginselen die aan het recht ten grondslag liggen - ook wanneer het moeilijke gevallen betreft. Blijkt een controversieel beginsel inpasbaar binnen een rechtssysteem en maakt het dit systeem bovendien tot het best mogelijke, dan behoort het beginsel op grond van *Law as Integrity* tot het recht. In dat geval is de rechter ook verplicht het beginsel na te volgen. De positivisten brengen hiertegen in dat *Integrity* een leeg begrip is: Dworkin geeft slechts aan dat er een evenwicht tussen beginselen moet zijn. Onduidelijk blijft echter om welke beginselen het gaat en wat de onderlinge verhouding hiertussen is. De rechter behoudt dus toch haar keuzevrijheid.

Over het algemeen wordt de verhouding tussen recht en moraal beschouwd als

het twistpunt tussen de rechtspositivisten en Dworkin, maar het werkelijke conflict ligt dieper: kan met één rechtsbegrip zowel een beschrijving als een rechtvaardiging van een rechtspraktijk gegeven worden? Hart meent van niet en beperkt zich er daarom toe het recht vanuit een extern perspectief te beschrijven. Rechterlijke discretie kan binnen dit perspectief niet juridisch gerechtvaardigd worden, maar wordt als onvermijdelijk gezien. Dworkin pretendeert daarentegen in zijn rechtsbegrip *Law as Integrity* de descriptieve en de normatieve dimensie te verenigen. Daartoe moet hij het externe toeschouwersperspectief zien te verbinden met het interne perspectief van de rechter die zich aan het recht committeert. Dit is volgens Dworkin mogelijk, wanneer het recht voortkomt uit een ware gemeenschap van beginselen.

Van Oenen volgt de gangbare interpretatie van de controverser tussen Hart en Dworkin, die zich toespitst op de scheiding van recht en moraal. Volgens hem is de discussie te herleiden tot een botsing van perspectieven. Hij constateert terecht dat Dworkin en Hart verschillende uitgangspunten hebben, maar stelt dat “voor de kwestie van rechterlijke discretie geldt dat het (gematigd) extern perspectief van de positivisten en Dworkins interne perspectief elkaar niet uitsluiten.” (4) Hij miskent hiermee dat Dworkin niet een zuiver intern standpunt inneemt tegenover het externe standpunt van Hart, maar juist een vermenging van perspectieven nastreeft. Ten aanzien van de fundamentele vraag of een dergelijke vermenging wel mogelijk is, staan Dworkin en Hart wel degelijk onverenigbaar tegenover elkaar. Van Oenen had in deze kwestie stelling moeten nemen en niet mogen volstaan met hen beiden hun eigen gelijk te geven. Ook gaat hij te snel voorbij aan de vraag in hoeverre Groot-Brittannië en de Verenigde Staten ware gemeenschappen zijn. Dit zou volgens hem voldoende zijn aangetoond wanneer blijkt dat het gelijkheidsbeginsel de rode draad is van het Amerikaanse recht. (5) Deze juridische gelijkheid zegt echter nog niets over de maatschappelijke ongelijkheid die desondanks kan bestaan.

### 2.3. Angst voor de politiek

De *CLS*-ers beschouwen de discussie over de scheiding tussen recht en moraal als een gepasseerd station. Er is waardering voor Dworkins poging om beide elementen in één rechtsbegrip te verenigen, maar die slaat al snel om in kritiek. In tegenstelling tot Van Oenen nemen de *CLS*-ers geen genoegen met Dworkins naïeve gemeenschapsopvatting en de hieruit sprekende tevredenheid met het recht zoals dat nu functioneert.

Vrijwel alle auteurs in de bundel vallen Dworkin aan vanwege het gemak waarmee hij aanneemt dat de Amerikaanse en Britse samenlevingen ware gemeenschappen zijn. Dworkin is hiertoe wel gedwongen omdat anders *Law as Integrity* geen goede beschrijving van de sociale rechtsstaat zou zijn. Omwille van de theorie wordt de realiteit geweld aangedaan. (6) Dworkin leidt het bestaan van een ware gemeenschap af uit het recht, waarin immers gelijkheid en respect voor ieder individu worden gepropageerd. Dit sluit echter het bestaan van maatschappelijke ongelijkheid nog niet uit. Bovendien krijgt de sociale cohesie binnen Dworkins conceptie zeer beperkt vorm: de ware gemeenschap is niet veel meer dan een optelsom van individuen die, min of meer uit eigen belang, tot overeenstemming over de beginselen van hun gemeenschap zijn gekomen. (7) Van een onderlinge betrokkenheid die

verder gaat dan wederzijdse ruilhandel, blijkt niets. Een dergelijke beschrijving van de Amerikaanse en Britse samenlevingen is niet alleen ongeloofwaardig, maar ook onaantrekkelijk. (8)

Dworkins beeld van de maatschappij heeft daarnaast nog een gevaarlijke implicatie. Het gaat uit van een pluriforme samenleving waarin uiteraard conflicten voorkomen, maar waarin over het streven naar *Integrity* overeenstemming bestaat. Zowel de politieke en juridische actoren als de individuele burgers zijn aan dat streven gebonden. Door op deze wijze de belangen van burgers en die van de staat gelijk te schakelen, verdwijnt de machtsfactor uit het zicht. (9) Deze lijkt binnen *Law as Integrity* vervangen te zijn door een binding aan beginselen. Miskend wordt echter dat het de rechter is die de macht heeft om de inhoud van die beginselen vast te stellen. Politieke macht is door de manoeuvre van Dworkin dus niet verdwenen, maar in handen van de juridische elite geplaatst. Hunt karakteriseert *Law's Empire* dan ook treffend als een vorm van "legal imperialism". (10)

De verrassende conclusie die door Hunt het meest expliciet wordt getrokken, is dat Dworkins poging om recht en politiek te verenigen, in wezen voortkomt uit een angst voor de politiek. (11) *Integrity* is in wezen een moeizame omweg om toch over het recht als zuiver en a-politiek te kunnen denken. De belangentegenstellingen tussen individuen en maatschappelijke groeperingen waarvoor de politiek ruimte biedt, worden door Dworkin van hun scherpte ontdaan. Het recht is voor Dworkin een vrijplaats waar met een beroep op beginselen maatschappelijke problemen opgelost kunnen worden. Politieke tegenstellingen dringen alleen door tot het recht voor zover ze door het filter van *Law as Integrity* tot beginselen kunnen worden getransformeerd. Dit filter blijkt vooral liberale principes, zoals de vrijheid van meningsuiting en het recht op privacy, toe te laten.

Dworkins weerzin tegen de politieke dimensie van het recht wordt manifest wanneer hij het concept van *Pure Integrity* introduceert. (12) *Pure integrity* is het uiteindelijke doel van het recht, namelijk zuivere rechtvaardigheid. Deze ideale toestand kan pas bereikt worden als het recht niet meer gehinderd wordt door zijn institutionele beperkingen. Daarmee kan alleen maar een volstrekt autonoom en autoritair recht bedoeld zijn, losgemaakt van democratische besluitvorming. Een dergelijke toekomstvisie getuigt van een vergaand en mogelijk zelfs gevaarlijk vertrouwen in het recht.

### 3.1. *Integrity* als grondslag voor een rechtvindingsleer

Wanneer we voor het moment aannemen dat Dworkins rechtsbegrip een overtuigende grondslag biedt voor de sociale rechtsstaat, dient zich onmiddellijk een volgende kwestie aan: is *Law as Integrity* als rechtvindingsleer wel houdbaar? Dworkin vergelijkt de interpretatie van het recht met het schrijven van een 'ketterroman'. (13) Iedere auteur in de keten streeft er naar aan te sluiten bij - wat zij ziet als - het verhaal tot dusver, om vervolgens de lijnen van dit verhaal op een zo goed mogelijke manier door te trekken. Een rechter die op deze wijze het recht interpreteert en verder ontwikkelt, weet zich dus gebonden aan wat zij als recht, voortvloeiend uit eerdere politieke beslissingen, aantreft. Wanneer in een concreet geval het verhaal op verschillende manieren vervolgd zou kunnen worden, is de rechter

verplicht die interpretatie van het recht te geven die de beste weergave biedt van de 'verhaallijnen' oftewel de beginselen die aan dat recht ten grondslag liggen. Welke weergave als de beste geldt, is afhankelijk van de specifieke opvattingen die een rechter heeft over rechtvaardigheid, rechtszekerheid en een eerlijk proces; met andere woorden van haar politieke en morele theorie. In deze zin kan de rechterlijke interpretatie constructief genoemd worden: ze sluit niet blindelings aan bij de bestaande traditie, maar zet deze zo zinvol mogelijk voort.

Met zijn *right answer thesis* geeft Dworkin aan dat er in alle gevallen één interpretatie de beste is, al zal de rechter die niet altijd weten te construeren. (14) Het recht vormt een hecht netwerk van regels en beginselen waaruit altijd een oplossing voor het concrete geval gedestilleerd kan worden. Ontbreekt er een toepasselijke regel, dan zijn er altijd nog onderliggende beginselen die een 'oplossingsrichting' aangeven. Ook al zijn deze beginselen niet in een bepaalde formele procedure vastgesteld, toch maken ze deel uit van het recht. Een beslissing die op basis van beginselen wordt genomen, komt niet voort uit de subjectieve wil van een individuele rechter maar uit het recht zelf, en is daarmee geëigend.

### 3.2. Objectiviteit van rechtsvinding

Op dit punt komt een wezenlijk verschil van opvatting met het rechtspositivisme naar voren. Hart onderkent het open karakter van rechtsregels en de noodzaak van interpretatie. (15) Juridische begrippen hebben in het algemeen een harde kern van vaste, algemeen erkende betekenissen, maar daarbuiten is discussie mogelijk. Ook Hart stelt dat interpretatie niet zonder meer vrij is, maar gebonden is aan het bestaande recht. Volgens hem heeft echter, zoals al eerder is opgemerkt, de binding aan het recht zijn grenzen. In het uiterste geval heeft de rechter de mogelijkheid een beslissing te nemen op grond van niet-juridische beginselen, die vanaf dat moment deel gaan uitmaken van het recht. Volgens Dworkin behoorden dergelijke beginselen altijd al tot het recht, zelfs wanneer deze nooit eerder expliciet waren vastgelegd.

Ook deze controverse komt voort uit de vermenging van perspectieven die Dworkin tracht te bewerkstelligen. Vanuit het interne perspectief moet aangenomen worden dat de rechter de beste interpretatie van het bestaande recht heeft gegeven, zodat haar beslissing gerechtvaardigd is. Tegelijkertijd lijkt Dworkin een beroep te doen op het externe perspectief, wanneer hij uitgaat van de mogelijkheid van een juist antwoord. Hoe kan anders de juistheid van een door de rechter gegeven oplossing vastgesteld worden? Volgens Hart, die enkel het handelen van rechters beschrijft zonder zich met hen te identificeren, zijn hiervoor objectieve criteria vereist. De interne veronderstelling dat er een juist antwoord geconstrueerd kan worden, betekent nog niet dat het bestaan hiervan ook aangetoond kan worden.

Volgens Van Oenen kunnen Dworkins *right answer thesis* en Harts opvatting van rechterlijke discretie naast elkaar bestaan, omdat het eerste vanuit een intern perspectief en het tweede vanuit een extern perspectief wordt verdedigd. (16) Zoals hierboven al betoogd, miskent Van Oenen daarmee de pretentie van Dworkin om het standpunt van de rechter te overstijgen. Het cruciale punt in Dworkins theorie is juist, dat *Law as Integrity* zowel dient als criterium om een beslissing te nemen, als om vast te stellen dat die beslissing de juiste is. Wanneer die laatste claim wordt

opgegeven, zoals Van Oenen lijkt te willen doen, dan is de *right answer thesis* niets meer dan de triviale uitspraak dat elke rechter haar uitspraak als de juiste zal zien. Wordt deze echter gehandhaafd, dan kunnen de posities van Hart en Dworkin niet vredig naast elkaar bestaan. De kwestie doet zich dan immers weer voor of het interne en het externe perspectief in één rechtsbegrip verenigd kunnen worden.

### 3.3. Recht en kritiek

De CLS-ers voeren twee bezwaren aan tegen Dworkins interpretatie-theorie. Deze kritiekpunten knopen aan bij Dworkins poging om beide perspectieven te verenigen. Ten eerste zou Dworkins *right answer thesis* niet passen binnen de hermeneutische traditie waarin meerduidigheid centraal staat. In de rechtspraktijk doen zich onvermijdelijk interpretatie-conflicten voor, die niet beslecht kunnen worden met behulp van beslissingsregels. Zelfs wanneer geen objectieve geldigheid wordt gevraagd, kan niet vanuit het interne perspectief bepaald worden welke oplossing voor het concrete geval beter is dan mogelijke alternatieven, laat staan welke de beste is. Dat vereist, zoals Hart ook aangeeft, objectieve criteria. Dworkin kan echter niet duidelijk maken waaraan de rechter dergelijke criteria, die een extern perspectief veronderstellen, moet ontleenen.

Ten tweede wordt Dworkin verweten de kritische angel uit de hermeneutiek gehaald te hebben, juist door met *Law as Integrity* zowel een externe beschrijving als een interne rechtvaardiging van de bestaande rechtspraktijk te willen geven. De constructieve interpretatiemethode houdt in dat de rechter het beste van het bestaande recht moet maken, hetgeen vergaande instemming en identificatie hiermee vereist. Bovendien mag de rechter de kettingroman van het recht alleen vervolgen op een manier die aansluit op de voorafgaande hoofdstukken. Wat moet zij echter doen wanneer die hoofdstukken, in welke interpretatie dan ook, haar niet aanspreken? Brendan Edgeworth illustreert dit probleem op pregnante wijze aan de hand van een casus ontleend aan het Australische recht, *Milirrpum and Ors v. Nabaloc Pty Ltd and the Commonwealth of Australia* (1971). (17) Hierin stond de vraag centraal of aan Aboriginals het eigendomsrecht over het door hen bewoonde land toegekend moest worden, teneinde de van staatswege geplande mijnbouw op hun gebied tegen te houden. Het bestaande Australische recht bood hiertoe geen enkel aanknopingspunt en de rechters hebben dan ook conform dit recht geoordeeld. Toch beschouwden velen deze oplossing als onrechtvaardig.

Er staan Dworkin in deze kwestie verschillende vluchtwegen open, die alle even onaantrekkelijk zijn. Een eerste mogelijkheid is de drempel van 'fit' zo te verlagen dat meer interpretaties van de bestaande rechtscultuur doorgang vinden, zodat recht gedaan zou kunnen worden aan de positie van de Aboriginals. Dat is echter onaantrekkelijk, want hiermee wordt de idee van binding aan het recht, zo niet opgegeven, dan toch onaanvaardbaar afgezwakt. Vervolgens kan Dworkin aanvoeren dat in sommige, zeer schrijnende gevallen rechtvaardigheid boven integriteit mag gaan. Maar wat zijn 'schrijnende gevallen'? Hiervoor biedt hij geen criteria. Ten slotte kan hij erkennen dat constructieve interpretatie onrechtvaardigheid niet uitsluit. Hiermee geeft hij echter aan dat zijn interpretatie-theorie inderdaad behoudend is en geen werkelijke kritiek mogelijk maakt.



Hoewel hun kritiek de kern van de zaak raakt, zijn de alternatieven die *CLS* zelf andraagt om uit de gesignaleerde impasse te komen, helaas nog te weinig uitgewerkt. Costas Douzinas, Shaun McVeigh en Ronnie Warrington houden een pleidooi voor een 'hermeneutiek van de openheid' in de lijn van Gadamer, Habermas en Ricoeur, maar verzuimen aan te geven hoe het kritisch potentieel hiervan gestalte zou kunnen krijgen in het recht. Ook Sheldon Leader weet, ondanks haar scherpzinnige analyse, niet te overtuigen met haar alternatieve conceptie van *Law as Integrity*. Zij meent dat de rechter in controversiële zaken haar neutraliteit moet bewaren. Wanneer de meningen in de samenleving over een bepaalde kwestie verdeeld zijn, mag de rechter zich niet inlaten met rechtvaardigheidskwesties. In een dergelijk geval pleit Leader ervoor minderheidsopvattingen te laten prevaleren. Maar dat is toch bij uitstek een morele, uit een rechtvaardigheidsopvatting voortvloeiende, keuze! Ook geeft Leader niet duidelijk aan, wanneer de meerderheidsopvatting wel de doorslag mag geven. Een gemeenschap zou het recht hebben, haar moraliteit af te dwingen "only once it is clear that the whole is uniform enough on the point at issue." (18) Onduidelijk blijft wanneer die 'voldoende uniformiteit' is bereikt. Deze versie van *Law as Integrity* biedt dus ook onvoldoende houvast. Bovendien kan de rechter moeilijk functioneren zonder een beroep op rechtvaardigheid te doen - dat heeft Dworkin in ieder geval duidelijk weten te maken.

#### 4. Een beter verhaal

Dworkins rechtsbegrip, *Law as Integrity*, klinkt als een ideaal dat iedereen zou willen omhelzen. Natuurlijk wordt het recht geacht integer, innerlijk consistent en rechtvaardig te zijn. *Law as Integrity* moet echter meer zijn dan een ideaal om Dworkins doel - de fundering van de sociale rechtsstaat in een liberale politieke filosofie - te kunnen bereiken. Het dient dan tevens een goede beschrijving en rechtvaardiging te kunnen geven van het recht in die sociale rechtsstaat.

De kritiek uit positivistische hoek houdt in dat Dworkins rechtsbegrip geen objectief criterium biedt, noch voor de gelding van het recht, noch voor de beslissing van een rechter in een concreet geval. Dworkin zou met *Law as Integrity* de deur open zetten voor subjectivisme, zonder dit openlijk te erkennen. Van Oenen verklaart deze kritiek uit een botsing van perspectieven, die elkaar echter niet zouden uitsluiten. De slotsom van zijn betoog houdt daarom in dat zowel Dworkin als Hart gelijk hebben. Dworkin omdat hij beter aansluit bij het zelfbeeld van de rechter; Hart omdat de rechter onder omstandigheden toch discretie heeft. Maar het zelfbeeld van de rechter, aldus Dworkin, is nu juist dat zij geen discretie heeft! Een beetje van Hart en een beetje van Dworkin: hiermee geeft Van Oenen blijk de onverenigbaarheid van de beide benaderingen onvoldoende te hebben doorgrond. Dit had misschien voorkomen kunnen worden wanneer hij de discussie met de *CLS*-ers was aangegaan, die de innerlijke tegenstrijdigheden in de theorie van Dworkin weten bloot te leggen. Aan hun kritiek gaat hij echter bewust voorbij met het argument dat dit "een uitgebreide ethische discussie [zou] vergen, en daarom ver buiten de kaders van dit boek [zou] voeren." (19) Aangezien hij, met Dworkin, de scheiding van recht en moraal relativeert, is een dergelijke afbakening onbegrijpelijk.

Een aantal auteurs in *Reading Dworkin Critically* slaagt er wel in Dworkins

theorie in het hart te treffen. Vooral de bijdragen van Hunt, Hutchinson, Altman en Leader bieden overtuigende analyses van de gebreken ervan. Hun kritiek op de rechtsvindingsleer van Dworkin spitst zich toe op de vermenging van perspectieven die Dworkin voorstaat en het gebrek aan kritische distantie ten opzichte van het geldende recht dat daarvan het gevolg is. Dworkins opvatting van de ware gemeenschap is de cruciale schakel tussen de beschrijvende en rechtvaardigende dimensie van *Law as Integrity*, en het is dan ook zijn gemeenschapsbegrip dat het sterkst wordt aangevallen. Wanneer Dworkin toch wil volhouden dat de Amerikaanse samenleving een ware gemeenschap is, staan hem slechts twee wegen open. Ofwel hij ontkent glashard dat er structurele ongelijkheid bestaat in de Verenigde Staten, ofwel hij vat het begrip 'ware gemeenschap' zo ruim op dat ook de zwarte getto's in de grote steden eronder vallen. In het eerste geval plaatst hij zich met zijn contrafactische aanname buiten de discussie. In het tweede geval ontnemt hij aan zijn rechtsbegrip ieder kritisch potentieel. Want wat kan er in naam van *Law as Integrity* verbeterd worden, wanneer hiermee zelfs het bestaan van getto's gerechtvaardigd wordt? Hoewel ze zelf geen overtuigend alternatief bieden, zijn Hunt c.s. er in geslaagd dit dilemma zo scherp te stellen. Wil hij hun kritiek pareren, dan zal Dworkin toch met een beter verhaal moeten komen.

#### Noten

- 1 De zogenaamde 'rule of recognition', vgl. H.L.A. Hart, *The Concept of Law*. Clarendon Press, Oxford 1991, p. 92ff.
- 2 Ronald Dworkin, *Law's Empire*. Fontana Press, London 1986, pp. 201-208.
- 3 Gijs van Oenen, *Conventie en Rechtsintrige: Een visie op de rechtstheorie van Ronald Dworkin*. Tjeenk Willink, Zwolle 1992, pp. 41-42.
- 4 Idem, p. 63.
- 5 Idem, pp. 201-202.
- 6 Andrew Altman, 'Fissures in the Integrity of *Law's Empire*' in: Alan Hunt (ed.), *Reading Dworkin Critically*. Berg, New York 1992, pp. 181-184.
- 7 Dworkin, *a.w.*, pp. 199-202.
- 8 Allan C. Hutchinson, 'The Last Emperor?' in: Hunt, *a.w.*, pp. 59-64.
- 9 Alan Hunt, 'Law's Empire or Legal Imperialism?' in: Hunt, *a.w.*, p. 24.
- 10 Idem, p. 11.
- 11 Idem, pp. 39-43.
- 12 Dworkin, *a.w.*, pp. 405-407.
- 13 Idem, pp. 228-232.
- 14 Uitgewerkt in Dworkin, *Taking Rights Seriously*. Harvard University Press, Cambridge Massachusetts 1977, hoofdstuk 13.
- 15 Hart, *a.w.*, pp. 124-132.
- 16 Van Oenen, *a.w.*, p. 254.
- 17 Brendan Edgeworth, 'Reading Dworkin Empirically' in: Hunt, *a.w.*, pp. 191-196.
- 18 Sheldon Leader, 'Impartiality, Bias, and the Judiciary' in: Hunt, *a.w.*, p. 264.
- 19 Van Oenen, *a.w.*, p. 201.