

9. Dit wordt ook door Van Eemeren & Grootendorst opgemerkt (1982: 201). Zij stellen voor om dit euvel binnen het kader van de bestaande regels te verhelpen door, in plaats van met de these  $A \rightarrow C$  te beginnen met de these  $((A \rightarrow B) \& (B \rightarrow C)) \rightarrow (A \rightarrow C)$  (een voorwaardelijke zin met de oude argumentatie als antecedent en de oude these als consequent). De nieuwe discussie (*l.c.*, Figuur 6.8) heeft echter nauwelijks verband met de discussie die zij moet vervangen (*Figuur 1* hierboven). Met name blijkt nergens dat de Proponent van de nieuwe discussie het standpunt  $A \rightarrow C$  huldigt.
10. Niet dat P daar iets aan heeft. Vgl. par. 4.
11. Dit is (een gedeelte van) de *Full circle* stelling. Zie Barth & Krabbe (1982: par. XI.6). De lezer die bij het volgende een concreet systeem in gedachten wil nemen, denke bijvoorbeeld bij  $\sigma$  aan klassieke dialectiek voor propositiologische talen en neme de waarheids-tafelsemantiek als bijbehorende semantiek.
12. Zo moet in de predikatenlogica uitgegaan worden van de eindige dialoogtableaus, niet van de oneindige strategiebomen. Vgl. Krabbe (1982: Ch. 12). Ook moet als toegevoegde initiële concessie steeds een volledig gegeneraliseerde zin genomen worden:  $\forall x_1 \dots \forall x_n (U \rightarrow U')$  in plaats van  $U \rightarrow U'$ . Evenzo moet bij de modale logica gebruik gemaakt worden van toegevoegde thesen van de vorm  $\Box \dots \Box (U \rightarrow U)$ . Vgl. *o.c.* Ch. 11.

#### Literatuur

- Barth, E.M.  
1982 'A normative-pragmatical foundation of the rules of systems of formal dialectics'. In: E.M. Barth en J.L. Martens (red.), *Argumentation; approaches to theory formation*. Amsterdam: John Benjamin.
- Barth, E.M. en E.C.W. Krabbe  
1982 *From axiom to dialogue; a philosophical study of logics and argumentation*. Berlin: Walter de Gruyter.
- Eemeren, F.H. van en R. Grootendorst  
1982 *Regels voor redelijke discussies; een bijdrage tot de theoretische analyse van argumentatie ter oplossing van geschillen*. Dordrecht: Foris (Diss. Universiteit van Amsterdam).
- Eemeren, F.H. van, R. Grootendorst en T. Kruijer  
1983 *Argumentatieler 1; het analyseren van een betoog*. Groningen: Wolters Noordhoff.  
Krabbe, E.C.W.  
1981 'Wat is en waarvoor dient een dialogische logica?'. In: M.F. Steehouder en C.J.M. Jansen (red.), *Taalbeheersing 1981; lezingen op het VIOT-taalbeheersingscongres op 8, 9 en 10 september 1981 aan de Technische Hogeschool Twente*. Enschede: VIOT/TH Twente, 119-125.
- Krabbe, E.C.W.  
1982 *Studies in dialogical logic*. Groningen (Diss. RUG).
- Krabbe, E.C.W.  
1984 'Noncumulative dialectical models and formal dialectics'. *Journal of philosophical logic* 14, 129-168.

## Juridische argumentatie

Arend Soeteman

### 1. Inleiding

Rechtens moeten beslissingen nemen, waarin zij algemene regels toepassen op concrete situaties. Het probleem hoe zij dat doen of horen te doen staat in Nederland bekend als het *rechtsvindingsprobleem*. Voor de beoordeling van rechterlijke beslissingen (in tegenstelling tot de beoordeling van rechters) zijn argumenten van meer belang dan eventuele onderliggende 'werkelijke' motieven. Met de argumenten treedt men naar buiten, in een poging de beslissing te rechtvaardigen. De vraag wordt dan: hoe argumenteert de rechter en hoe hoort hij dat te doen. Juristen zijn in het algemeen meer geïnteresseerd in het laatste, een *prescriptieve rechtsvindingsleer*, dan in het eerste, een *descriptieve rechtsvindingsleer*. Ik beperk me daarbij tot legitimatie-aspecten: hoe hoort de rechter zijn beslissing te rechtvaardigen.

Bij de beantwoording van deze vraag spelen rechts- of staatsfilosofische opvattingen een niet onbelangrijke rol. Afhankelijk daarvan kan men een meer of minder strikte binding van de rechter aan de wet verdedigen. Deze opvattingen zelf houden verband met het vertrouwen dat men in de verschillende rechtsvormers - met name wetgever en rechter - heeft. Op het ogenblik is het 'progressief' een wat losser binding van de rechter aan de wet te verdedigen en te benadrukken dat de rechter de wet moet aanpassen aan actuele situaties. Maar in Weimar-Duitsland wist een conservatieve rechterlijke macht de socialistische sociale wetgeving via dergelijke 'aanpassing' behoorlijk te frustreren.

De laatste 10 à 20 jaar is er, zeker internationaal gezien, meer accent komen te liggen op een benadering die wat minder *leer* en wat meer *theorie* is. Prescriptieve aanbevelingen zijn daarin minder gecentreerd rond de vraag hoe gebonden de rechter aan de wet is, maar meer gebaseerd op evaluatie van het feitelijke argumentatie-begeuren. Voor analyse van dit feitelijke gebeuren wordt aansluiting gezocht bij moderne argumentatietheorie en logica, soms ook bij wetenschapsteorie en linguïstiek.

De rechter is niet de enige die juridisch redeneert. Er is ook een rechtswetenschap (-geleerdheid, -dogmatiek). De positieve rechtswetenschap (te onderscheiden van rechtsgeschiedenis, rechtssociologie, rechtsfilosofie e.d.) houdt zich niet alleen bezig met beschrijving en analyse van geldend recht. Zij maakt zelf ook deel uit van dat geldend recht. Al beschrijvende ontkomt de rechtswetenschap er niet aan (en wil hij er doorgaans ook niet aan ontkomen) te

interpreteren, dus te zeggen wat volgens hem recht hoort te zijn. In deze activiteiten houdt de rechtsgeleerde zich met normvorming bezig. Niet in de zin dat zijn woord wet is, wel in de zin dat hij (als het goed is) argumenten aandraagt volgens welke zijn mening recht zou moeten zijn of worden. Afhankelijk van de kracht van de argumentatie, maar ook afhankelijk van tal van andere factoren, kan zijn mening gezaghebbend worden en eventueel resulteren in geldend recht. De taak van de rechtsgeleerde kunnen we aldus globaal aanduiden door te zeggen dat hij zich bezig houdt met het systematisch dóóndenken over de meest wenselijke oplossingen van praktische problemen (vgl. Nauta & Soeteman 1982: 726 en Peczenik 1983: 86 e.v.). De rechtsgeleerdheid en het werk van de rechter vloeien in elkaar over: zowel de rechtsgeleerde als de rechter argumenteert juridisch.

## 2. Juridische argumentatie als bijzonder geval van argumentatie

Van Alexy (1978: 263 e.v.) stamt de *Sonderfallthese*: juridische argumentatie is een bijzonder geval van praktische argumentatie. Dit betekent dat alles wat geldt voor argumentatie in het algemeen en voor praktische argumentatie meer in het bijzonder ook geldt voor juridische argumentatie. Alexy heeft een groot aantal regels geformuleerd die voor juridische argumentatie reeds gelden omdat er hier sprake is van praktische argumentatie.

Tot deze regels behoren de eisen van *logische consistentie*. *Logische deductie* van een juridische conclusie wordt in het algemeen niet als eis gesteld. In de context van onder andere juridische argumentatie lijkt de voorwaarde van logische consistentie veel zwakker dan die van logische deductie. De Wild (1979: 123) meent daarom dat de overgang van het deductie- naar het consistentie-model (die hij overigens beide verwerpt) een theoretische vooruitgang inhoudt. Het consistentie-model, vervolgt hij, geeft niet alleen een legitimatie van die beslissingen die ook in termen van het deductie-model te legitimeren zijn, maar levert bovendien een beoordelingsmaatstaf voor beslissingen waarvoor het deductie-model geen beoordelingscriterium biedt.

Deze theoretische vooruitgang is evenwel slechts schijn. Wanneer het deductie-criterium voldoende is, dan is het consistentie-criterium dat ook: beslissingen die met de deductie te trekken conclusie in strijd zijn, zijn inconsistent met de premissen. Maar waar het deductie-criterium onvoldoende is omdat de premissen, dat wil zeggen het bestaande recht en de feiten van het geval, nog meerdere alternatieve beslissingen toelaten, daar is het consistentie-criterium evenzo onvoldoende, omdat dan al deze alternatieve beslissingen consistent zijn met de premissen. Het consistentie-criterium levert in dat geval geen maatstaven voor een rationele keus tussen de alternatieven. (Overigens zijn beide criteria, op zichzelf genomen, nogal zwak. Het deductie-criterium omdat het altijd mogelijk is een redenering door aanvulling met 'verzwegen' premissen logisch deductief te maken, eventueel op triviale wijze.)

Vooral McCormick (1978) heeft aandacht geschonken aan de rol van de logische deductie in juridische argumentatie. Hij wijst erop, mede aan de hand van voorbeelden uit de rechtspraak, dat logische deductie vooral een rol speelt wanneer het gaat om toepassing van reeds geldende, duidelijke (niet-ambigue) rechtsregels (waarvan althans gelding en betekenis niet ter discussie worden gesteld). Wanneer aan deze voorwaarden niet voldaan is, gaat het in het juridisch redeneren niet primair om deductie, maar om het vaststellen van de premissen voor een deductieve redenering.

McCormick suggereert aldus dat de logisch-deductieve redenering een bepaald type redenering is, dat in sommige gevallen bruikbaar is maar in andere niet. Op dezelfde wijze kunnen anderen, zoals bijvoorbeeld de Zweedse rechtstheoreticus Peczenik, dan menen dat het juridisch redeneren een buitengewoon groot aantal 'transformaties' bevat (Peczenik 1983 passim, bijvoorbeeld 181), waarbij onder een 'transformatie' een niet-deductieve redenering wordt verstaan (1983: 5). Zowel het een als het ander is volgens mij verwarrend. Een juridische redenering, zoals we die in de praktijk aantreffen, kan slechts als deductief beoordeeld worden op basis van een reconstructie binnen het kader van een formeel systeem (welke beoordeling dan voorwaardelijk is, omdat ze afhankelijk is van 1. een adequaat formeel systeem en 2. een adequate vertaling, dat betekent: interpretatie, in de taal van dat systeem). Aangezien iedere juridische redenering aldus als deductief-geldig gereconstrueerd kan worden, ontbreekt een onderscheidend criterium. We beschikken alleen over formeel-logische systemen die ons modellen verschaffen welke ons kunnen helpen bij de beoordeling en controle van redeneringen, met name onder het aspect 'volgen uit'. Maar de bruikbaarheid van deze systemen beperkt zich niet tot de zogenaamde deductieve redeneringen.

Peczenik, die onderschrijft dat iedere redenering als deductief gepresenteerd kan worden, stelt - als onderscheidend criterium tussen al dan niet deductieve redeneringen - voor dat een redenering deductief is als een 'gewone rechtswetenschapper' desgevraagd de ontbrekende premisse(n) moet kunnen verschaffen (1983: 9). Maar een dergelijke criterium lijkt mij meer te zeggen over de creativiteit van die jurist dan over de redeneringen.

McCormick meent dat de premissen van de juridische deductieve redenering zo nodig gerechtvaardigd kunnen worden. Maar hij noemt het "obvious" dat "by the hypothesis the argument which justifies the establishment of that 'legal warrant' [de premisse voor de deductie] cannot in turn be similarly deductive in form" (1978: 72). Ik meen evenwel dat het meer voor de hand liggend is dat ook de redenering ter verdediging van deze 'legal warrant', die uiteraard van andere - eerdere - premissen uitgaat, deductief-logisch geanalyseerd kan worden. Juridische argumentatie is even veel of even weinig deductief als andere (praktische) argumentatie (vgl. Soeteman 1983: 190 e.v.).

### 3. Het specifieke van juridische argumentatie

Het lijkt een definitief resultaat van moderne rechtstheorie (aldus Alexy 1980: 127) te onderscheiden tussen twee niveau's van juridische argumentatie. Op het eerste niveau, waar ik, Alexy volgend, van *interne rechtvaardiging* spreek, gaat het om een rechtvaardiging van juridische beslissingen vanuit reeds bestaande rechtsregels. Op het tweede niveau, de *externe rechtvaardiging*, gaat het om de rechtvaardiging van regels als geldend recht. In alle gevallen waarin McCormick zijn deductieve rechtvaardiging niet voldoende acht gaat het in eerste instantie om deze externe rechtvaardiging.

'Rechtvaardiging van regels als geldend recht' kan doelen op een rechtvaardiging van de bewering 'regel x is een geldende rechtsregel binnen (bijv.) het Nederlandse positieve recht'. Maar het kan ook doelen op een rechtvaardiging van de stelling 'regel x is een juiste rechtsregel'. Deze onderschrijving van een rechtsregel is niet identiek aan de bewering dat de rechtsregel bestaat: "The existence of the law is one thing; its merit or demerit is another" (Austin 1954: 184). Dit onderscheid tussen het bestaan en de kwaliteit van het recht kan evenwel alleen gemaakt worden vanuit een (gematigd) extern perspectief. Vanuit het interne perspectief van rechter of rechtsgeleerde bestaat er een duidelijke samenhang tussen beide – in de moderne tijd hebben meerdere rechtstheoretici hierop gewezen (bijv. Dworkin 1977, Peczenik 1983 en McCormick 1978). Voorzover een rechter moet kiezen uit mogelijke interpretaties of moet beslissen in een geval waarin een relevante rechtsregel ontbreekt of waarin meerdere met elkaar strijdige rechtsregels van toepassing lijken, moet hij bepalen welke rechtsregel (uit de mogelijke alternatieven) geldend recht is, maar dat betekent dan tevens dat hij moet bepalen welke van deze alternatieve regels de meest juiste is. In dit juridisch redeneren loopt aldus de vraag wat geldend recht is tot op zekere hoogte over in de vraag wat geldend recht hoort te zijn.

We stuiten hier op één van de specifieke bijzonderheden van het juridisch redeneren. *Autoriteitsargumenten* komen ook elders voor. Men pleegt ze wel onder de drogedenen te rangschikken. Maar positief recht kan slechts bestaan op basis van autoriteiten, in dit kader vaak *rechtsbronnen* genoemd. Het juridisch redeneren is immers altijd gebonden aan reeds bestaand recht, dat hetzij een concrete beslissing min of meer dicteert (min of meer, want bestaand recht kan veranderen, onder andere juist door rechterlijke beslissingen) hetzij de speelruimte (ook: min of meer) bepaalt waarbinnen de rechter een keuze-mogelijkheid heeft.

Peczenik (1983: 60 e.v.) onderscheidt drie soorten autoriteiten: *geboden, aanbevolen* en *geoorloofde autoriteiten*. Een geboden autoriteit is bijvoorbeeld de wet: de rechter moet volgens de wet rechtspreken. Die wet kan soms subtiel ondermijnd worden, maar openlijke afwijking wordt – bijzondere gevallen daargelaten – niet geaccepteerd en is dan ook zeldzaam. Ik ken van een dergelijke afwijking in de Nederlandse rechtspraak slechts één voorbeeld en dat vond dan nog ondersteuning in een andere wet (HR 3-3-1972, NJ 1972,

339). Een voorbeeld van een aanbevolen autoriteit is in het Nederlandse recht de rechtspraak. Vaste rechtspraak heeft gezag, maar niet zo sterk als de wet. Men kan bepleiten – maar daar heeft men dan wel goede redenen voor nodig – dat de rechter 'om gaat', dat wil zeggen afwijkt van bestaande jurisprudentie. Voorbeelden van geoorloofde autoriteiten zijn: de produkten van de rechtswetenschap en het recht in omliggende landen. Men kan zich daarop beroepen, maar er van afwijken behoeft geen specifieke rechtvaardiging.

In al deze gevallen is een argumentatie mogelijk welke als conclusie heeft dat bepaalde sociale feiten als juridisch gezaghebbend, dus als rechtsbron (in de verschillende gradaties), horen te worden aanvaard. Voor een gedeelte kan dat een argumentatie zijn die binnen de juridische kaders blijft: de wet hoort te gelden omdat de Grondwet dat bepaalt. Maar de vraag rijst dan waarom de eerste Grondwet gezag heeft of waarom andere autoriteiten gezag hebben die dat niet aan de Grondwet of een andere hogere autoriteit ontlenen? Dergelijke vragen voeren ons in de rechtsfilosofie, waar ik nu niet op in kan gaan. Laat ik volstaan met de opmerking dat er binnen iedere gemeenschap die iets kent als recht (in onze betekenis van dat woord) bepaalde expliciete maar vaak ook impliciete sociale regels bestaan, die als zodanig geaccepteerd worden door de meeste leden van de gemeenschap, die dienen om rechtsbronnen als zodanig te identificeren en die dus – in de terminologie van Peczenik – transformaties van bepaalde sociale feiten naar rechtsbronnen en via die naar rechtsregels mogelijk maken. Dergelijke fundamentele sociale regels zijn een noodzakelijke voorwaarde voor het functioneren van zoiets als een rechtssysteem.

Wie juridisch redeneert wordt aldus geconfronteerd met rechtsbronnen die reeds bestaand recht bevatten en die de speelruimte beperken, maar daarom nog niet wegnemen. Uiteraard kan bijvoorbeeld een rechter zich de facto van deze autoriteiten niets aantrekken. Maar hij treedt dan buiten het juridisch kader: zijn redenering wordt dan niet meer als 'juridisch' (maar wel bijvoorbeeld als 'politiek') beschouwd. Het autoriteitsargument speelt in zoverre een specifieke rol in het juridisch redeneren, dat het de grenzen bepaalt van wat nog als *juridisch* redeneren onderkend wordt. Dit laatste is niet alleen een descriptieve constatering: ieder die rechtsregels enig gezag toekent is in zoverre gehouden (op straffe van inconsistentie) deze grenzen te onderschrijven.

Ik haast mij hieraan toe te voegen dat we beter van een grensgebied dan van een grens kunnen spreken. En dat grensgebied, dat ligt tussen het gebied waarin de rechter geen speelruimte heeft en het gebied waarbinnen hij dat wel heeft, heeft zelf ook zo zijn speelruimte en pleegt in de loop der tijden te verschuiven, niet alleen door nieuwe wetgeving maar ook door veranderende rechtspraak. Maar dit alles maakt het bestaan van het grensgebied niet minder reëel: een rechter die in het huidige Nederlands recht bijvoorbeeld een kindermoordenaar de doodstraf wil opleggen kan misschien op de sympathie van sommige publiciteitsorganen rekenen, maar hij occupeert daarmee een speelruimte die hij niet heeft. Het voorbeeld is extreem: voor praktisch alle

juridische oplossingen kàn men alternatieve oplossingen juridisch verdedigen, hetgeen betekent dat men – al dan niet met succes – speelruimte probeert te creëren. Maar men kan niet verdedigen dat alle oplossingen anders moeten: het gezag van rechtsbronnen kan hoogstens op onderdelen, maar niet in zijn geheel ter discussie worden gesteld (vgl. in een iets andere context Wittgenstein 1969, no. 232).

De voor een rechtstheorie meest interessante problemen betreffen de opvulling van de signaleerde speelruimte. De rechter kan daar kiezen, maar hoe is die keus rationeel te legitimeren? Een juridische argumentatietheorie moet enerzijds zo sterk mogelijk zijn om zoveel mogelijk de uitkomst te kunnen bepalen, maar anderzijds zo zwak mogelijk om zelf zo goed mogelijk gerechtvaardigd te kunnen worden en op zo algemeen mogelijke instemming te kunnen rekenen (vgl. Alexy in Aarnio, Alexy & Peczenik 1981: 262). De eerste eis kan niet betekenen dat meningsverschil in redelijkheid niet meer mogelijk kan zijn. Met uitzondering van Dworkin (1977) zijn de rechtstheoretici het erover eens dat juist in moeilijke gevallen het juiste antwoord niet bestaat. En Dworkin zelf, die daar anders over denkt, zij het niet zonder enig voorbehoud, postuleert een Hercules-rechter, die alles weet en alles overziet om het juiste antwoord op het spoor te komen. Dit betekent dat ook bij hem de meer bescheiden toegeruste gewone rechters (en rechtsgeleerden) in alle redelijkheid van mening kunnen verschillen.

De Finse rechtstheoreticus Aarnio heeft de vraag gesteld of een *normbewering* ("norm-statement") waar (of onwaar) kan zijn, met name wanneer verschillende interpretaties van een wettekst mogelijk zijn (o.a. in Aarnio, Alexy & Peczenik 1981: 426 e.v.). Aarnio gebruikt hierbij een coherentie-theorie betreffende waarheid: een normbewering is waar dan en slechts dan als er coherentie is tussen de bewering en al het bekende bronnenmateriaal (in de meest ruime zin). Coherentie betekent "compatibility with everything that is otherwise considered to be justified" (in Aarnio, Alexy & Peczenik 1981: 436; vgl. ook Aarnio 1981: 45). Alternatieve interpretaties kunnen niet beide met hetzelfde bronnenmateriaal coherent zijn: het bronnenmateriaal bestaat niet alleen uit geschreven teksten etc., maar ook uit een bepaalde benadering daarvan. Verschillende benaderingen van het te interpreteren materiaal kunnen tot verschillende interpretaties leiden. Gegeven zo'n benadering is de interpretatie dan waar (een waarheid die dus relatief en conventioneel is). Maar er is geen objectieve maatstaf voor de keuze tussen verschillende benaderingen. Een meningsverschil over de interpretatie van een wetstekst kan alleen worden opgeheven wanneer "both parties . . . can reach a consensus on the basis of the interpretation" (1981: 46). Deze consensus over de grondslag van de interpretatie, dat wil zeggen over een bepaalde benadering van het bronnenmateriaal – welke voorwaarde is voor rationele consensus over de interpretatie zelf – beschouwt Aarnio als een Wittgensteiniaanse levensvorm. Argumentatie is alleen mogelijk binnen het kader van een bepaalde levensvorm, oftewel binnen een bepaald auditorium dat een bepaalde basisovertuiging niet kiest, maar heeft. Daarbuiten kan men alleen overreden, niet overtuigen.

Men kan zich (ook volgens Aarnio) niet op consensus beroepen ter rechtvaardiging van een bepaalde rechtsopvatting. Als bestaande opvattingen rechtsbron zijn, dan zijn ze dat slechts in de zwakke zin van 'geoorloofde bron'. In een juridische context is sprake van een autoriteitsdrageden wanneer een rechtsbron als verplichtender beschouwd wordt dan zij is. Het gaat Aarnio dan ook om consensus op een dieper niveau, de gedeelde levensvorm. In ieder geval voor de rechtswetenschap is deze consensus volgens hem prescriptief: maximale rationele aanvaardbaarheid wordt bereikt wanneer men zich aansluit bij binnen de gemeenschap gangbare levensvormen (Aarnio, Alexy & Peczenik 1981: 440 en Aarnio 1981: 50). Wie dat nalaat heeft het niet meer over het recht van de betreffende rechtsgemeenschap.

Wanneer Aarnio aldus op de grenzen van een redelijke juridische discussie wijst heeft hij mijns inziens gelijk. Maar het heeft meer betrekking op de reeds signaleerde beperking van de speelruimte dan op de vraag hoe die speelruimte nader op redelijke wijze ingevuld kan worden. Het interpretatie-probleem dat Aarnio aan de orde stelde doet zich voor wanneer de achtergrond-consensus onvoldoende determinerend is. De jurist moet dan zodanig redeneren dat hij de mogelijkheid van aanvaarding van zijn interpretatie – en daarmee van zijn nadere specificatie van de achtergrond-consensus – optimaliseert. Dit betekent dat hij zich moet baseren op uitgangspunten die reeds een zekere plausibiliteit hebben en dat hij deze zodanig moet presenteren en specificeren dat dat – in Aarnio's terminologie – kan leiden tot een gedeelde "form of life" (zonder dat van tevoren reeds te zijn). Ik zie consensus hier dus eerder als iets dat geproduceerd moet worden, dan als basis waarvan uitgegaan kan worden, alhoewel de produktie van een meer specifieke consensus een meer globale consensus vooronderstelt. Met name McCormick (1978) heeft dit nader uitgewerkt, aan de hand van de rol die rechtsbeginselen spelen in het juridisch redeneren en van de daarmee verwante analogie-redenering.

In de eerste plaats wijst McCormick (met vele anderen) erop dat juridische argumentatie algemeen moet zijn. Dit wil in dit verband zeggen: wanneer een rechter voor een bepaald geval oplossing x kiest, dan dient zijn argumentatie zodanig te zijn dat daaruit volgt dat voor alle in relevante opzichten vergelijkbare gevallen eveneens oplossing x gekozen dient te worden. Dit hangt niet alleen samen met de methodologische eis dat argumentatie niet ad hoc mag zijn, maar ook met de *morele universaliseerbaarheidsthese* (Kant, Hare) en met het *juridisch gerechtigheidsbegrip*, dat als minimum inhoudt: gelijke gevallen gelijk behandelen.

McCormick wijst vervolgens op twee typen argumenten die in het recht, volgens hem terecht, gebruikt worden: *consequentie-argumenten* en *coherentie-argumenten*. Het gaat in beide gevallen om argumenten voor (bepaalde interpretaties van) bepaalde regels die een concrete beslissing deductief kunnen rechtvaardigen (externe rechtvaardiging, door McCormick "second order justification" genoemd). Bij het consequentie-argument kijkt men naar de gevolgen van het aanvaarden van (niet de betreffende beslissing maar van) de regel en waardeert men die gevolgen. Deze waardering vooronderstelt

uiteraard criteria, en dat brengt ons naar het coherentie-argument. 'Coherentie' betekent voor McCormick meer dan afwezigheid van incompatibiliteit. Rechtsregels vormen een coherent geheel voorzover zij kunnen worden beschouwd als middelen voor een sociale ordening, welke verband houdt met begrijpelijke en onderling samenhangende waarden en beginselen. In de mate waarin rechtsregels positivering en dus concretisering zijn van onderling samenhangende waarden en beginselen is het betreffende rechtssysteem coherent. Coherentie heeft dus te maken met inhoudelijke, op principes gebaseerde samenhang (vgl. McCormick 1979: 107). Principes zijn daarbij abstracter dan concrete regels: zij dienen om concrete regels te rechtvaardigen en uit te leggen (McCormick 1978: 152).

De jurist kan niet zomaar principes verzinnen. Binnen het kader van het positieve recht kunnen principes slechts aanvaardbaar zijn voorzover dat positieve recht als hun concretisering beschouwd kan worden. De mogelijkheid om een consequentie-argument via rechtsprincipes (die – bij analogie-renderingen – impliciet kunnen blijven) met het bestaand recht in verband te brengen betekent dat dit consequentie-argument als *juridisch* argument aanvaardbaar wordt (maar daarmee nog niet altijd beslissend is).

#### 4. Slot

De bijzonderheden van juridische argumentatie zitten niet in een specifieke logica (vgl. Soeteman 1983: 29); zij hangen samen met de uitgangspunten van de argumentatie. Alexy (1981: 177) heeft terecht opgemerkt dat dit gebied zodanig complex is dat eenvoudige modellen ontoereikend zijn. Maar over enkele zaken bestaat tamelijk royale consensus. Ik noemde de onderscheiding tussen interne en externe rechtvaardiging en de specifieke rol van rechtsbronnen, zelfs – zoals zojuist opgemerkt – voor die gevallen waarvoor zij niet direct relevant zijn. Deze specifieke rol van rechtsbronnen, alsmede de specifieke rol van rechters bij het (nader) interpreteren en toepassen daarvan, heeft zelf een "tiefgeheinde Rechtfertigung" (Peczenik 1982). Deze is gelegen in de combinatie van enerzijds de noodzaak om tot maatschappelijke beslissingen te komen en anderzijds de meningsverschillen die over deze beslissingen kunnen bestaan en die geen argumentatietheorie kan wegnemen.

#### Literatuur

- Aarnio, A., R. Alexy en R. Peczenik  
 1981 'The foundation of legal reasoning'. *Rechtstheorie* 1981, 133–158, 257–279, 423–447.
- Aarnio, A.  
 1981 'On truth and the acceptability of interpretative propositions'. *Rechtstheorie Beiheft 2* 1981 (*Legal dogmatics*), 33–51.
- Alexy, R.  
 1978 *Theorie der juristischen Argumentation*. Frankfurt/M.
- Alexy, R.  
 1980 'Recensie McCormick 1978'. *Rechtstheorie* 1980, 120–128.

- Alexy, R.  
 1981 'Die Idee einer prozeduralen Theorie der juristischen Argumentation'. *Rechtstheorie* 1981: *Beiheft 2*, 177–188.
- Austin, J.  
 1954 *The province of jurisprudence determined*. (edited by H.L.A. Hart) London.
- Dworkin, R.  
 1977 *Taking rights seriously*. Bristol.
- McCormick, M.  
 1978 *Legal reasoning and legal theory*. Oxford.
- Nauta, D. en A. Soeteman  
 1982 'Logica in de juridische opleiding'. *Nederlands juristenblad* 1982, 723–733.
- Peczenik, A.  
 1983 *Grundlagen der juristischen Argumentation*. Wien, New York.
- Soeteman, A.  
 1983 *Norm en logica*. Zwolle (2e druk).
- Wild, A.H. de  
 1979 *De rationaliteit van het rechterlijk oordeel*. Deventer.
- Wittgenstein, L.  
 1969 *On certainty*. Oxford.