

Tilburg University

De laatste stuiptrekkingen van een begrip?

Gommer, H.

Published in:
Nederlands Juristenblad

Publication date:
2010

Document Version
Peer reviewed version

[Link to publication in Tilburg University Research Portal](#)

Citation for published version (APA):
Gommer, H. (2010). De laatste stuiptrekkingen van een begrip? *Nederlands Juristenblad*, 85(20), 1296-1298.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

De laatste stuiptrekkingen van een begrip?

Hendrik Gommer*

Inleiding

‘De fictie van de scheiding der machten is een nuttige fictie,’ stelt Maurice Adams.¹ Deze fictie levert de norm om maatschappelijke ontwikkelingen te kunnen beoordelen. Hoewel Adams tot dezelfde vakgroep behoort, verschillen wij op dit punt sterk van mening. Ik wil de lezer onze discussie niet onthouden. Waar de meeste juristen impliciet nog met een dualistisch wereldbeeld werken, heb ik eerder in het *NJB* gepleit voor een monistische aanpak.² Daarbij wordt het recht niet gevonden in de rede die ideaaltypen en ficties voortbrengt, maar in biologische mechanismen die het denken en het recht voortbrengen. Ik ben het met Adams eens als hij zegt dat de rechter niet bij het driehoeksoverleg moet aansluiten om er een informeel vierhoeksoverleg van te maken. De vraag is echter of we daar een fictief, verwarrend en verouderd begrip als machtenscheiding voor nodig hebben.

Het begrip machtenscheiding wordt op tal van manieren toegepast. Als poging tot beschrijving van de werkelijkheid, als model om de staatsverhoudingen in kaart te brengen, als strijdmiddel om eigen bevoegdheden te waarborgen, als verhaal, als norm en nu als fictie. Om die reden heb ik het een veelkoppig monster genoemd.³ Mill heeft er een mooiere naam voor: ‘multifarious denotation’. Als een begrip dat punt heeft bereikt, stelt Mill dat ‘it has become unfit for the purposes either of thought or of the communication of thought’.⁴

Geen fictie als grondslag

Maar de fictie helpt ons aan te tonen waarom een vierhoeksoverleg niet verstandig is, werpt Adams tegen. We hebben die meetlat nodig. De vraag is echter of een fictie daarvoor de aangewezen grondslag is. Fictieve idealen doen denken aan de filosofie van Plato. Men gaat ervan uit dat de werkelijkheid een povere afspiegeling is van hogere doelen. Er is naast onze werkelijkheid nog een hogere werkelijkheid, die ons maatstaven kan bieden. Zo ook met Adams’ invulling van de scheiding der machten. Het hogere, onhaalbare doel is de scheiding der machten. Het zou goed zijn als we dat als streven zouden vasthouden.

Waarom is dat goed? Dan moet toch eerst vastgesteld worden waarom ficties normatieve waarde toegewezen moeten krijgen. Hume stelde dat het lastig is om normen van feiten af te leiden, maar als men normen van ficties gaat afleiden is naar mijn idee het einde zoek. Met evenveel recht kan men dan aanvoeren dat we de fictie van de Duivel nodig hebben om ervoor te zorgen dat mensen zich aan de wet houden. De scheiding tussen goed en kwaad zou op die gronden weer ingevoerd kunnen worden.

Liever zou ik onze rechtsorde grondvesten op feitelijke wetmatigheden. In mijn proefschrift heb ik daartoe voor wat betreft de positie van de rechter een poging gedaan, terwijl ik in het *NJB* die grondvesten beschreef.⁵ In het kort komt het er op neer dat groepsleden bepaalde

* Dr. Mr. H. Gommer is docent Encyclopedie van het recht en docent Rechtsbiologie aan de UvT en docent Rechtsfilosofie en – sociologie aan de UvA.

¹ L.H.J. Adams, ‘De scheiding der machten tussen fictie en feit’, *NJB* 2010, vol 4 .

² Zie de polemiek met Hendrik Kaptein, *NJB* 2009, p. 1734-1737.

³ Idem.

⁴ J.S. Mill, *A System of Logic*, I, VIII, 7.

⁵ H. Gommer, *Onder de rechter*, Nijmegen: Wolf legal publishers 2008; H. Gommer, ‘Normen als uitkomst van natuurlijke selectie’, *NJB* 2009, p. 1327-1331.

regels in acht nemen om te voorkomen dat sommige leden slechts profiteren van de voordelen van de groep. Dit is een sociobiologisch mechanisme dat noodzakelijk is voor de stabiliteit van groepen. Voor de stabiliteit van groepen is het verder belangrijk dat interne conflicten worden beëindigd. Duren de conflicten te lang, dan zal de groep op zijn minst verzwakken waardoor de leden ten prooi kunnen vallen aan aanvallen van andere groepen. Vandaar dat we ook verzoeningsrituelen tegenkomen bij andere primaten. Het conflict wordt vaak beëindigd door een dominant mannetje dat zijn macht gebruikt of door een ouder wijfje dat haar gezag als oudste gebruikt.⁶

De conclusie moet zijn dat, net als bij primaten, een onpartijdige rechter noodzakelijk is voor de stabiliteit van een samenleving. De rechter spreekt namens die samenleving recht en moet voorkomen dat hij een belang heeft dat strijdig is met dat van beide partijen en de samenleving. De rechter heeft daarin het laatste woord. Dat is zo belangrijk omdat de waarheid op zichzelf niet vindbaar is. De rechter zal nooit de waarheid vinden, maar moet een beslissing nemen die het conflict beëindigt en de samenleving stabiel houdt. Zou de rechter belang hebben bij een bepaalde uitkomst, omdat hij bijvoorbeeld financieel afhankelijk is van één van beide partijen, dan is hij niet onpartijdig meer. Er wordt dan niet alleen een bom gelegd onder de rechtsstaat, maar ook onder de samenleving als geheel. De taak en bevoegdheid van de rechter in ons staatsbestel is dat hij onpartijdig oordeelt in individuele gevallen, waarbij hij de belangen van beide partijen én de samenleving zo evenwichtig mogelijk afweegt.

Belangenafweging

Waarom een rechter terughoudend moet zijn in zijn contacten met politici en bestuurders, is op deze basis redelijk eenvoudig aan te geven. Als de rechter deelneemt aan een informeel vierhoeksoverleg zal hij in een zaak tegen raddraaiers die opgebracht zijn door de officier van Justitie op zijn minst de schijn van partijdigheid tegen zich krijgen. Wellicht meldde hij, tussen en neus en lippen, dat vooral jongeren uit een bepaalde wijk opgepakt moeten worden. Als hij vervolgens na enige maanden zo een raddraaier voor zich krijgt, opgebracht door de officier van Justitie, zoals besproken in het vierhoeksoverleg, blijkt de rechter opeens een belang in de zaak te hebben. Iets dergelijks zal opgaan als een rechter aanschuift bij de Tweede Kamer als het gaat om wetgeving, of als een rechter benoemt wordt tot commissaris bij een bedrijf, of als hij regelmatig overleg heeft de ambtelijke top van een ministerie, of als hij met de Buitenhofredactie overlegt welke zaken geschikt zijn voor media-aandacht. Vanuit dit perspectief mag de rechter wel in het openbaar protesteren tegen beleid omdat dit zijn functioneren onmogelijk maakt, hij mag deelnemen aan de openbare discussie over wetgeving, hij mag de media te woord staan, maar hij mag niet aanschuiven bij een belangengroep. Het model van de trias schiet in dit opzicht tekort. Het begrip machtscheiding voldoet niet, juist omdat het als meetlat niet deugt. Wij kunnen uit de fictie van de scheiding der machten immers geen gedragsregels destilleren. Al was het maar omdat een ieder een andere invulling aan ficties geeft. Het draait in ons staatsbestel niet om een fictie, maar om de harde realiteit dat een controlerende, belangen afwegende, onpartijdige rechter een van de pijlers onder een stabiele samenleving is.

Gescheurde zakken repareren?

⁶ D. Fossey, *Gorillas in the Mist*, Boston: Houghton-Mifflin 1983; F.B.M. de Waal & A. van Roosmalen, 'Reconciliation and Consolation among Chimpanzees', *Behavioral Ecological Sociobiology* 1979, p. 55-66; F.B.M. de Waal, 'Evolutionary Ethics, Aggression and Violence: Lessons from Primate Research', *Journal of Law, Medicine & Ethics* 2004, p. 18-23; M. Gruter, 'The Origins of Legal Behavior', *Journal of Social and Biological Structures* 1979, p. 44.

Als we het begrip machtenscheiding een andere inhoud geven, maakt dat de spraakverwarring groter. Een spraakverwarring die zijn hoogtepunt bereikt heeft, nu de scheiding der machten erkend wordt als fictie, maar desalniettemin tot norm wordt verheven. Het handhaven van het begrip wordt verdedigd met verwijzing naar de onafhankelijkheid van andere staatsorganen. Ook deze onafhankelijkheid is een fictie. De rechter is op tal van manieren afhankelijk van andere staatsorganen. Adams stelt terecht dat de begrippen onafhankelijkheid en machtenscheiding een samenhangend geheel vormen. Beide zijn dan ook fictieve begrippen, die falen de onderliggende realiteit te weerspiegelen. In mijn proefschrift stelde ik daarom al voor om beide begrippen te vervangen. Ik zou ervoor willen pleiten begrippen te gebruiken die bij onderliggende biologische, psychologische en sociologische mechanismen aansluiten. Zonder de autoriteitsdrogreden te willen gebruiken, stel ik vast dat ook Montesquieu dat probeerde. En dat kun je, met een knipoog naar Adams' slotzin, niet alleen aan juristen en filosofen overlaten...