

Hannah Arendt: publiek domein, recht en rechtspraak

Ton Hol*

1 Inleiding

In het werk van Hannah Arendt is slechts in beperkte mate aandacht voor het recht. In elk geval treft men er geen uitgewerkte rechtstheorie in aan. Niettemin bevat haar denken een aantal inzichten die ook voor de hedendaagse rechtstheorie en rechtsfilosofie de moeite waard zijn te worden doorzocht. In deze bijdrage zal Arendts notie van het publiek domein centraal staan. Dit publiek domein wordt door Arendt opgevat als een ruimte waarbinnen mensen op voet van gelijkheid met elkaar kunnen communiceren en langs de weg van het debat mede vorm kunnen geven aan de inrichting van de samenleving. Recht en rechtspraak vormen in zekere zin de ruggengraat van deze publieke ruimte, omdat daarin het gelijke recht van een ieder om in de samenleving te participeren wordt beschermd en tevens een structuur wordt aangeboden waarbinnen men met elkaar in debat kan treden. Arendt is echter vrij somber over de betekenis van een dergelijke publieke ruimte in de moderne samenleving. Door verschillende oorzaken ziet zij deze afkalven. In de moderne samenleving zou er steeds minder ruimte zijn voor burgers om te participeren in het debat over en de besluitvorming ten aanzien van de inrichting van de samenleving. Nu het recht mede een basis vormt voor het publiek domein, valt te verwachten dat een dergelijke erosie ook hierop een weerslag zal hebben. De legitimiteitscrisis, waarvan wordt gesproken met betrekking tot het gezag van de rechtshandhaving en ook wel van de rechtspraak, lijkt hiervan inderdaad te getuigen.

De inzet van Arendts politieke theorie is om zoveel mogelijk de betekenis en het belang van het publiek domein voor een menselijke samenleving bloot te leggen in de hoop zo als intellectueel een zeker tegenwicht te kunnen bieden tegen verdere erosie.¹ In het verlengde van Arendts ambitie wordt hier

* Ton Hol is hoogleraar encyclopedie van het recht en rechtstheorie aan de Universiteit Utrecht.

1 Arendt putte daarbij vooral uit de Griekse en Romeinse ideeënwereld, hetgeen onderstreept hoezeer zij ervan doordrongen was dat binnen de huidige maatschappelijke constellatie en binnen de moderne denkwereld nog slechts in rudimentaire zin sporen aan te treffen zijn van wat zij opvat als een ware politieke gemeenschap.

een poging gedaan een en ander uit te werken ten aanzien van recht en rechtspraak.²

2 Publiek domein

Zoals gezegd, heeft het recht en zijn praktijken zijn plaats in wat Arendt aanduidt als het publiek domein of de publieke sfeer. Die sfeer moet stabiliteit geven aan het menselijk bestaan, dat voortdurend wordt bedreigd door futiliteit en zinloosheid. Deze futiliteit en zinloosheid zijn nu eenmaal onvermijdelijk gegeven met de menselijke sterfelijkheid. Opgesloten in de eigen individualiteit kan het individu zijn bestaan slechts opvatten als van voorbijgaande aard zonder blijvende betekenis. Om een zinvol leven te kunnen leiden en een eigen identiteit te kunnen verwerven, zal men volgens Arendt derhalve het private domein moeten ontstijgen. Door ten overstaan van anderen bijzondere daden te stellen kan men wellicht roem, en daarmee onsterfelijkheid winnen. Om echter aan anderen te verschijnen is zoiets als een gemeenschappelijke wereld nodig. Een door mensen gemaakt kunstproduct dat het mogelijk maakt dat we ons tot elkaar verhouden. Dit is dan het publiek domein.³ Arendt verwijst hier naar de Griekse polis en de Romeinse *res publica* die zij opvat als de 'garantie tegen de nietigheid van het individuele leven, de ruimte die [...] gereserveerd bleef voor betrekkelijke duurzaamheid, zo niet onsterfelijkheid van stervelingen'.⁴ Het publiek domein moet worden opgevat als een wereld waarbinnen individuen het strikt persoonlijke, private overstijgen en relaties met anderen aangaan.

2 Binnen het Nederlands taalgebied hebben Focqué en 't Hart reeds het nodige gedaan op dit vlak en op een kenmerkende wijze laten zien hoe het denken van Arendt vruchtbaar kan worden gemaakt binnen het rechtsdenken. Vgl. onder andere R. Focqué & A.C. 't Hart, *Instrumentaliteit en rechtsbescherming*, Arnhem 1990; R. Focqué, *De ruimte van het recht (oratie Rotterdam)*, Arnhem 1992.

3 In de literatuur worden in de analyse van Arendts notie van publiek domein soms twee modellen van handelen onderscheiden, namelijk een expressief model en een communicatief model. De kritiek die daarbij wordt geuit behelst onder meer dat het expressieve model, waarbij het zou gaan om het stellen van grote daden, niet meer van deze tijd is en derhalve het accent moet worden gelegd op het andere model, dat naadloos aansluit bij de moderne opvattingen van democratie. In deze bijdrage wordt aangesloten bij Arendt zelf en wordt uitgegaan van een nauwe relatie tussen het expressieve en communicatieve aspect, in die zin dat communicatie impliceert dat men aan de ander verschijnt en zich in die zin ook expressief opstelt. Vgl. over deze kwestie: Maurizio Passerin d'Entrèves, *The Political Philosophy of Hannah Arendt*, London/New York 1994, p. 152 e.v.; Sheila Benhabib, *The Reluctant Modernism of Hannah Arendt*, Thousand Oaks/London/New Dehli 1996, p. 124 e.v. Kritisch over de conclusies die Benhabib trekt: Dana R. Villa, *Politics, Philosophy, Terror. Essays on the Thought of Hannah Arendt*, Princeton/New Jersey 1999, p. 128 e.v.

4 Hannah Arendt, *Vita Activa*, Amsterdam 1994, p. 64. Vgl. tevens: 'Gedurende vele eeuwen voor ons – maar nu niet meer – hebben mensen het publieke domein betreden omdat zij wensten dat iets van zichzelf, of iets dat zij met anderen gemeen hadden, duurzamer zou zijn dan hun eigen aardse leven.' Arendt, *Vita Activa*, p. 63.

Voor Arendt zijn relaties echter alleen mogelijk als er een sprake is van een zekere afstand tussen individuen. Om mensen samen te brengen dient men ze eerst van elkaar te scheiden. De wereld van het publiek domein heeft dan ook een intermediair karakter, in die zin dat ze bij het samenbrengen van mensen er in zekere zin ook tussenin komt te staan. Dit gezichtspunt van de publieke ruimte als een tussen-ruimte wordt ingegeven door het gewicht dat Arendt in haar denken toekent aan de idee van pluraliteit. Alhoewel de publieke ruimte mensen gelijkschakelt, doordat ze daarbinnen een gelijkwaardige positie krijgen ten opzichte van elkaar en op voet van gelijkheid kunnen deelnemen aan de debatten die er worden gevoerd, kent deze ruimte ook de uniciteit van een ieder en daarmee de pluraliteit van de menselijke gemeenschap. Nu is het bij Arendt niet zo dat de tussen-ruimte die mensen uit elkaar houdt, moet worden opgevat als een loze ruimte. Wanneer zij over de publieke ruimte spreekt als een artefact, dan moet dit letterlijk worden genomen. Het zijn dingen die mensen zowel uit elkaar houden als bij elkaar brengen.

‘Het gezamenlijk leven in de wereld betekent in wezen dat zich tussen hen die haar bewonen een wereld van dingen bevindt, zoals een tafel zich bevindt tussen degenen die er aan hebben plaatsgenomen; als door elk ander intermediair worden mensen door de wereld tegelijkertijd verbonden en gescheiden.’⁵

Zonder een wereld die ons samenbrengt, zouden we ‘over elkaar struikelen’ en zouden we elkaar niets meer te zeggen hebben. Arendt gebruikt hierbij het beeld van een spiritistische seance waarbij de tafel, waaraan een aantal personen is gezeten, wegzweeft. Doordat ze plotseling niet langer van elkaar zijn gescheiden en tevens geen houvast meer hebben aan iets dat ze bij elkaar houdt, kunnen ze elkaar nog slechts wezenloos aanstaren.⁶ Het zou echter een misvatting zijn te denken dat de verbinding tussen mensen totstandkomt louter door stoffelijke zaken. Alhoewel die nodig zijn als intermediair ligt het verbindend element uiteindelijk opgesloten in iets dat zich juist niet laat verdinglijken, namelijk in het handelen en spreken. Dat is bijzonder, omdat Arendt de wereld en het publiek domein inbrengt in haar zoektocht naar iets dat stabiliteit geeft aan het bestaan. Niets is echter zo vluchtig als handelen en spreken. Wellicht moet dit worden opgevat als een noodzakelijke spanningsverhouding. Juist door een stabiele basis wordt het spreken en handelen mogelijk gemaakt. Wat mensen dus verbindt, is het spreken en hiermee komt het communicatieve aspect van de publieke

5 Arendt, *Vita Activa*, p. 60.

6 Arendt, *Vita Activa*, p. 60.

ruimte in het vizier. Opnieuw verwijst Arendt hier naar de Grieken. Het is met name de Griekse polis waar volgens haar het handelen en spreken hun plaats hebben gekregen. 'De polis in de ware zin des woords is niet de stadsstaat als fysieke lokaliteit; zij is de organisatie van het volk, gegroeid uit het gemeenschappelijk handelen en spreken, en zijn ware ruimte ligt tussen de mensen die voor dit doel samenleven, onverschillig waar zij zich toevallig bevinden.'⁷

Handelen en spreken scheppen dus een ruimte, een ruimte waar mensen aan elkaar kunnen verschijnen en laten zien wie zij zijn. Alleen wie toegang heeft tot die ruimte heeft toegang tot de werkelijkheid, want werkelijkheid is voor Arendt hetzelfde als gezien en gehoord worden.⁸

Deze eerste typering van het publiek domein moet volstaan om te kunnen begrijpen wat voor plaats het recht daarin inneemt.

3 Recht en publiek domein

Bij de presentatie van haar notie van recht steunt Arendt primair op een interpretatie van het Romeinse recht, waarbij wordt benadrukt dat het in het recht gaat om verhoudingen.⁹ Niet bevel en gehoorzaamheid staan centraal, maar de idee van verbinding. Zo meent Arendt dan ook dat de oorspronkelijke betekenis van 'lex' ligt in de idee van 'a intimate connection', of een 'betrekking'. De wet verbindt twee partners, die door externe omstandigheden zijn samengebracht.¹⁰ Montesquieu is volgens Arendt wellicht de laatste geweest die dit relationele karakter van wet en recht nog onderkende, wanneer hij het begrip wet duidt als *rapport*.¹¹ We zien dus dat, zoals de tafel de mensen verbindt en scheidt die daar zijn aangeschoven, het recht de mensen verbindt en scheidt die in de samenleving bij elkaar komen. Exemplarisch voor de juridische verbinding is het contract. In het contract ontstaat een gemeenschappelijke wereld en daarmee tegelijkertijd een verbinding, maar ook een tussen-ruimte tussen twee partijen.¹²

Van belang is het hierbij te benadrukken dat volgens Arendt die verbinding binnen het recht pas met de wetgeving, of met het contracteren zelf tot standkomt en niet reeds daaraan vooraf is gegeven, zoals het in een natuurrechtelijke opvatting het geval kan zijn.

7 Arendt, *Vita Activa*, p. 197.

8 Arendt, *Vita Activa*, p. 197.

9 Vgl. hierover tevens de bijdrage van Witteveen in dit themanummer.

10 Hannah Arendt, *On Revolution*, London 1990, p. 187.

11 Arendt, *On Revolution*, p. 188.

12 Hannah Arendt, *Was ist Politik*, München/Zürich 2003, p. 108-109. Vgl. tevens Arendt, *Was ist Politik*, p. 110.

‘Das Gesetz ist hier also etwas, was Bezüge zwischen Menschen neu stiftet, und wenn es Menschen miteinander verbindet, so nicht im Sinne des Naturrechts, in welchem alle Menschen gleichsam mit einer Stimme des Gewissens von Natur dasselbe als gut und als böse erkennen, und nicht im Sinnen von Geboten, die von aussen an alle Menschen gleichermaßen gehen, sondern im Sinne der Abmachung zwischen kontrahenten.’¹³

Uit dit alles komt duidelijk naar voren dat het recht inderdaad een belangrijke structurerende factor is van het publiek domein, zoals Arendt het begrijpt. Men hoeft slechts te denken aan de constitutie als structuur en grondslag voor het politieke bestel, om te begrijpen waar Arendt op doelt.¹⁴ Een belangrijke mogelijksvoorwaarde voor een publieke sfeer zoals Arendt die opvat, is dat mensen daarbinnen als gelijken worden beschouwd. Deze gelijkheid is sterk verankerd in de westerse constituties en vormt het skelet van het moderne rechtsbestel. Het is dan ook dit artefact dat de gelijkheid mogelijk maakt. ‘Isonomy guaranteed [...] equality, but not because all men were born or created equal, but, on the contrary, because men were by nature [...] not equal, and needed an artificial institution, the polis, which by virtue of its *nomos* would make them equal.’¹⁵

Het is echter niet alleen de gelijkheid die in het recht gestalte krijgt, ook de pluraliteit, die is geïmpliceerd in de notie van de tussen-ruimte, is zeer herkenbaar in Arendts notie van contract en wet als een compromis. Gelijkheid en de erkenning van pluraliteit noopt tot communicatie en het is deze communicatie die Arendt opnieuw benadrukt als ze over de totstandkoming van wet en contract spreekt. Een wet, of contract aldus Arendt, is iets dat niet totstandkomt door een gewelddaad, maar door ‘eine gegenseitige Abmachung und Abrede’. Het maken van een wet of een contract is daarmee steeds ‘an Rede und Gegenrede’ gebonden en resulteert dus steeds in een compromis.¹⁶

De relationaliteit – in de zin van berustend op relaties, verhoudingen – van Arendts rechtsbegrip impliceert dat zij voor het gezag van wet en recht geen beroep hoeft te doen op een bron die buiten het politieke domein ligt, zoals goddelijke bevelen of een of andere natuurlijke rede. De bron van gezag is

13 Arendt, *Was ist Politik*, p. 110. Vgl. over natuurrecht meer uitgebreid: Hannah Arendt, *On the Origins of Totalitarianism*, San Diego/New York/London 1966, p. 461 e.v.

14 Vgl. Jeremy Waldron, *Arendt's Constitutional Politics*, in: Danna Villa (ed.), *The Cambridge Companion to Hannah Arendt*, Cambridge 2000, p. 201 e.v.

15 Arendt, *On Revolution*, p. 30-31.

16 Arendt, *Was ist Politik*, p. 109.

juist inherent aan het politieke en berust op de publieke instemming die aan wetten ten grondslag ligt.¹⁷

Op basis van het voorgaande zou men kunnen denken dat de mensen bij elkaar worden gebracht door het recht zelf. Dat klopt inderdaad voorzover het recht wordt opgevat als het artefact dat mensen een houvast biedt om met elkaar te communiceren, zoals Arendt dat met behulp van de metafoor van de tafel heeft verduidelijkt. Maar precies zoals met die tafel, is het ook met het recht zelf gesteld. Het is uiteindelijk het handelen en spreken zelf dat door die tafel, en in ons geval nu ook door het recht, wordt mogelijk gemaakt, waardoor die tussen-menselijke ruimte wordt geschapen. In deze zin kan men beter over het recht spreken als een voorwaarde voor en in zekere zin als de ruggengraat van het publiek domein. Het recht biedt een structuur op basis waarvan communicatie mogelijk wordt. Met zijn regels en zijn procedures biedt het houvast en stabiliteit aan de menselijke relaties, die vanwege het toevallige en vergankelijke karakter van het menselijk bestaan, nu eenmaal zeer fragiel zijn. Pas door het houvast dat deze regels en procedures van het recht bieden, wordt het handelen en spreken mogelijk. Dit komt erop neer dat eigenlijk pas door de juridische inperkingen zoiets als menselijke vrijheid mogelijk wordt. Of zoals Arendt het in een vroeger werk zelf onder woorden heeft gebracht:

‘Positive laws in constitutional government are designed to erect boundaries and establish channels of communication between men whose community is continually endangered by the new men born in it. With each new birth, a new beginning is born into the world, a new world has potentially come into being. The stability of the laws corresponds to the constant motion of all human affairs, a motion which can never end as long as men are born and die. The laws hedge in each new beginning and at the same time assure its freedom of movement, the potentiality of something entirely new and unpredictable; the boundaries of positive laws are for the political existence of man what memory is for the historical existence: they guarantee the pre-existence of a common world, the reality of some continuity which transcends the individual life span of each generation, absorbs all new origins and is nourished by them.’¹⁸

17 Vgl. over de notie van gezag bij Arendt onder andere P. Ricoeur, *Lectures 1*, Paris 1991, p. 20 e.v.; Margaret Canovan, Hannah Arendt. A Reinterpretation of her Political Thought, Cambridge 1992, p. 218 e.v.; A.M. Hol, *Authority, Law and the Roman Experience*, in: L. de Ligt e.a. (ed.), *Viva Vox Iuris Romani. Essays in Honor of Johannes Emil Spruit*, Amsterdam 2002, p. 39 e.v.

18 Arendt, *On the Origins of Totalitarianism*, p. 465.

Juist door de stabiliteit van het recht wordt vrijheid mogelijk. Het garandeert een gemeenschappelijke wereld waarbinnen de mens steeds opnieuw kan beginnen. Dit recht is echter niet onverschillig ten opzichte van hetgeen binnen zijn structuur naar voren wordt gebracht. Het wordt klaarblijkelijk gevoed door het handelen van de individuen en weet zich daaraan aan te passen.

Tot zover een beschrijving van Arendts concept van recht en zijn relatie tot het publiek domein. Laten we nu kort nagaan hoe binnen dit denken de rechtspraak een plaats kan krijgen.

4 Publiek domein en rechtspraak

Zijn de verwijzingen naar wet en recht reeds spaarzaam, over rechtspraak zal men in Arendts werk zo goed als niets aantreffen. Niettemin kost het weinig moeite deze maatschappelijke institutie in te passen in hetgeen zij zegt over het publiek domein. Bij de verwerkelijking van recht is een essentiële rol weggelegd voor rechtspraak. Opvallend daarbij is dat de rechtspraak zelf kan worden opgevat als een artefact dat het spreken en handelen van mensen mogelijk maakt. Zoals Huizinga het treffend heeft beschreven, kan de rechtspraak worden begrepen als een spel, per definitie een artefact.¹⁹ Men zou echter ook de vergelijking met het theater kunnen maken. Spelen immers in een gerechtelijke procedure niet alle partijen een rol, deels tot uitdrukking gebracht in de niet alledaagse kledij die men draagt, de vaste formules die worden uitgesproken en de bijzondere ruimtelijke setting van het gerechtsgebouw? En ook wanneer een partij binnen de theatrale setting van een rechtszaak zich in uiterlijk opzicht niet onderscheidt van de man in de straat, dan dient men te beseffen dat hij daar niet als private persoon aanwezig is, maar als publieke persoon in de zin van rechtspersoon. In de juridische dogmatiek zou men hier eerder over 'rechtssubject' spreken. Arendt zelf heeft dit punt uitgewerkt aan de hand van een beschrijving van de geschiedenis van het Latijnse begrip *persona*. Over dit begrip zegt ze het volgende:

'In its original meaning, it signified the mask ancient actors used to wear in a play. [...] The mask as such obviously had two functions: it had to hide, or rather to replace, the actor's own face and countenance, but in a way that would make it possible for the voice to sound through. At any rate, it was in this twofold understanding of a mask through which a voice sounds that the word *persona* became a metaphor and was carried from the language of the theatre into legal terminology. The distinction

19 J. Huizinga, *Homo ludens. Proeve eener bepaling van het spel-element der cultuur*, Haarlem 1938, p. 111 e.v.

between a private individual in Rome and a Roman citizen was that the latter had a *persona*, a legal personality, as we would say; it was though the law had affixed to him the part he was expected to play on the public scene, with the provision, however, that his own voice would be able to sound through. The point was that “it is not the natural Ego which enters a court of law. It is a right-and-duty-bearing person, created by the law, which appears before the law.”²⁰

Heel het spel van de rechtspraak met zijn theatrale setting is nodig om het oorspronkelijke conflict los te kunnen weken uit zijn oorspronkelijke dagelijkse context. Dit is nodig, omdat zonder een structuur zoals het recht en zijn procedures die biedt, het conflict wellicht niet kan worden opgelost of tot een eind gebracht. Door overgevoelige reacties, partijdige inschattingen en ongelijkheid tussen partijen zal bij het vinden van een oplossing – bijvoorbeeld in de vorm van wraakoefening – het aantal conflicten alleen maar toenemen. Willen mensen zich met elkaar kunnen verstaan, is een objectiverende instantie die tussen en boven de strijdende partijen komt te staan, onvermijdelijk en noodzakelijk. De rechtspraak met zijn procedurele setting biedt dan ook de ruimte om de strijd tussen partijen op beheerste wijze uit te vechten. De regels van het spel zien erop toe dat de strijd eerlijk wordt gestreden, met faire en gelijke wapens. Dit alles komt erop neer dat in het juridisch proces mensen eerst uit elkaar worden gehaald, om ze vervolgens langs de weg van het proces weer bij elkaar te brengen.

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

‘[T]he act of judging has as its horizon a fragile equilibrium of these two elements of sharing: that which separates my share or part from yours and that which, on the other hand, means that each of us shares in, takes part in society.

It is the just distance between partners who confront one another, too closely in cases of conflict and too distantly in those of ignorance, hate, and scorn, that sums up rather well, I believe, the two aspects of the act

20 Arendt, *On Revolution*, p. 106-107.

of judging. On the one hand, to decide, to put an end to uncertainty, to separate parties; on the other, to make each party recognize the share the other has in the same society [...].'²¹

Recht en rechtspraak kunnen dus in het licht van Arendts notie van het publiek domein worden opgevat als instituties die stabiliteit verlenen aan de samenleving en zo mede de basis vormen voor een samenleving waarin met erkenning van de pluraliteit, communicatie mogelijk is. In het begin is echter reeds aangestipt dat Arendt tamelijk somber is over de publieke ruimte in het huidige tijdgewricht en daarmee over de mogelijkheden voor communicatie en politiek handelen. Niet voor niets valt zij voor een beschrijving ervan terug op de Griekse en Romeinse cultuur. De vraag rijst nu wat de oorzaken zijn van de afbraak van de publieke ruimte en of we de effecten daarvan kunnen herkennen binnen het domein van recht en rechtspraak.

5 De afbrokkeling van het publiek domein

5.1 Arbeiden, werken en handelen

De afbraak van het publiek domein is voor Arendt zichtbaar in het feit dat aan het politieke in onze samenleving nauwelijks nog een zelfstandige betekenis toekomt. In de moderniteit wordt de politiek in sterke mate instrumenteel opgevat. Politiek handelen wordt hierbij gezien in het licht van bepaalde maatschappelijke doeleinden, zoals welvaart en economische groei. In toenemende mate zijn het economische processen die onze activiteiten, ook de politieke, bepalen en sturen. Tegelijkertijd zien we dat met deze ontwikkeling voor de burger de ruimte voor politieke participatie verschrompelt. Politiek wordt een aangelegenheid van 'professionals'. Om een en ander te begrijpen is het goed kort iets te zeggen over de verschillende vormen van activiteit die Arendt in de samenleving onderscheidt en de relatie van deze vormen van activiteit tot de publieke en private sfeer.²² Arendt onderscheidt de activiteiten van respectievelijk arbeiden, werken en handelen. Deze activiteiten zijn elk nauw verbonden met de conditie van het menselijk bestaan. Deze conditie moet men op twee manieren begrijpen. In de eerste plaats moet het menselijk bestaan met zijn beperkingen

21 Paul Ricoeur, *The Just*, Chicago/London 2000, p. 132.

22 Een analyse van de verschillende activiteiten vormt het leeuwendeel van de *Vita Activa* (The Human Condition). Voor een beknopte analyse, vgl. *Arbeiden, werken, handelen*, in: Hannah Arendt, *Politiek in donkere tijden. Essays over vrijheid en vriendschap*, Amsterdam 1999, p. 25 e.v.

zelf als een conditie worden opgevat, die noodzaakt tot de verschillende activiteiten. Men kan het echter ook zo zien dat de verschillende activiteiten elk een voorwaarde zijn om een (volledig) menselijk bestaan te kunnen realiseren. Interessant is het dan om na te gaan in welke mate deze activiteiten van arbeiden, werken en handelen dan het vermogen in zich dragen om het fragiele leven van de mens de gezochte stabiliteit te verlenen, en daarbij tevens recht te doen aan de pluraliteit van de samenleving en de uniciteit van een ieder. Laten we met deze vraag in ons achterhoofd de drie activiteiten eerst kort aflopen.

Arbeid is noodzakelijk in verband met het biologisch voortbestaan van de mens, waarvoor onder andere voedselproductie noodzakelijk is. Kenmerkend voor deze vorm van arbeid is dat (slechts) ge- of verbruiksgoederen worden voortgebracht en in deze zin is arbeid onproductief: het brengt niet iets voort dat enige duurzaamheid heeft. Om deze reden brengt deze activiteit dan ook geen stabiliteit voort. Voorts kan men zeggen dat, nu de activiteit van de arbeid zich richt op de noodzakelijkheid van het biologisch overleven, deze zich beperkt tot de dierlijke kant van de mens. Dat impliceert volgens Arendt dat hierbij geen ruimte is voor pluraliteit en uniciteit, omdat, voorzover de arbeid wordt gedetermineerd door het biologische, net als bij het dier vooral het overleven van de soort aan de orde is en niet zo zeer van het individu zelf.

Een en ander ligt tot op zekere hoogte anders bij de activiteit van het werken. Deze activiteit heeft betrekking op de productie van goederen die een zekere duurzaamheid kennen, zoals instrumenten en gebouwen. Doordat deze goederen niet, zoals in het geval van gebruiksgoederen, meteen worden verbruikt, kunnen ze enige stabiliteit aan het menselijk bestaan geven. De dingen die worden gemaakt scheppen zo reeds wat Arendt aanduidt met de term *wereld*. Alhoewel in het maken van goederen bepaalde menselijke kwaliteiten reeds gestalte krijgen, komt hierin echter het typisch menselijke ook nog niet tot uitdrukking. Binnen het werken wordt immers nog onvoldoende rekenschap afgelegd van de menselijke pluraliteit. Immers, bij werken gaat het vooral om vakmanschap en ambachtelijkheid, waarbij gewerkt wordt met bepaalde modellen en blauwdrukken. Individualiteit is hier nog niet aan de orde. Van belang is dat er bepaalde huizen worden gebouwd, door wie dat gebeurt, doet niet ter zake. Bovendien is het maken een activiteit die kan worden ontplooid in de eenzaamheid van de werkplaats. Samenwerking is geen noodzakelijke voorwaarde voor het voortbrengen van producten.

Dit alles ligt geheel anders bij de derde activiteit, die van het handelen waarbij het spreken kenmerkend is. Handelen en spreken zijn noodzakelijkerwijs verbonden met het individu dat spreekt en kunnen slechts gestalte krijgen ten overstaan van anderen. In deze activiteit komt dan ook met

name tot uitdrukking waarin de mensen zich van dieren onderscheiden. Staat bij de dieren het overleven van de soort voorop, bij mensen treedt het individu in al zijn uniciteit naar voren en daarmee het plurale karakter van de menselijke samenleving. Het is op zijn beurt dit pluralisme dat noopt tot communicatie. Voor Arendt is dus het handelen en spreken de activiteit waarin de mens zich pas ten volle als zodanig 'verwezenlijkt'. En alhoewel het spreken zelf vluchtig is, wint het menselijk bestaan aan duurzaamheid doordat het mogelijk is binnen de taal en zijn verhalen een publiek geheugen te ontwikkelen, waardoor het individu een zekere monumentaliteit kan verwerven.²³

5.2 Instrumentalisering en rationalisering

Kijken we nu naar de plaats die deze verschillende vormen van activiteit innemen binnen de samenleving, dan is het niet vreemd dat Arendt de eerste twee situeert in het private domein en de derde, die van het handelen, in het publieke domein. Noch arbeid, noch werken zijn activiteiten die noodzakelijk intermenselijk van karakter zijn. Arbeid heeft bovendien betrekking op zaken die sterk verbonden zijn aan de familie (overleving en dus ook voortplanting) en omdat het de biologische kant van de mens betreft, wordt er de voorkeur aan gegeven deze activiteit zoveel mogelijk aan het zicht te onttrekken en met schaarste te omgeven. Pas in het handelen, waarin de mens los komt van de noodzakelijkheid van het pure overleven, treedt hij naar buiten en verstaat hij zich met anderen. Handelen en spreken scheppen zo het publiek domein.

Als Arendt nu haar zorg uitspreekt omtrent de teloorgang van het politieke en de daarmee gepaard gaande afbrokkeling van het publiek domein, heeft dat te maken met de verschuivingen die plaatshebben in de rangorde van de verschillende door haar onderscheiden activiteiten en de daarmee verbonden vervaging tussen het private en publieke domein. Als kenmerkend voor de moderniteit beschouwt Arendt de groeiende dominantie van het economische. Daarmee wordt de arbeid tot een steeds belangrijker activiteit welke de andere activiteiten dreigt te absorberen. De maatstaf voor de menselijke activiteit komt in toenemende mate te liggen bij de waarde van het overleven en wordt in toenemende mate geduid in termen van economisch nut. De grote fascinatie in onze moderne samenleving voor de biowetenschappen getuigt hiervan, evenals de massaconsumptie met als duidelijke kenmerken de onbegrensdeheid en vluchtigheid van de behoeftebevrediging. Voorts herkennen we de toenemende dominantie van het economische in de steeds verder opdringende maatstaf van nut en efficiëntie binnen tal van institu-

²³ Vgl. Foqué, *De ruimte van het recht*, p. 32.

ties. In zekere zin geldt dit ook voor de politiek zelf. Zoals hierboven reeds aangegeven, wordt volgens Arendt in de moderniteit de politiek primair beschouwd als een instrument om economische processen te bevorderen. Deze instrumentalisering van het politieke leidt ertoe dat voor het handelen en spreken in steeds mindere mate ruimte is. De politiek wordt meer bestuurlijk en beheersmatig van karakter. In plaats van een ruimte voor handelen en spreken wordt het een ruimte van werken en maken.

Een en ander impliceert dat de pluraliteit van de samenleving onder druk komt te staan. Immers, naarmate het accent meer komt te liggen op het economische en het (biologische) leven (gezondheid, genot) verschuift in de samenleving de aandacht van het individu en zijn onderscheid ten opzichte van anderen naar de mens als soortwezen en naar datgene wat individuen gemeenschappelijk hebben. Het is dan ook niet verwonderlijk dat, naarmate de individualiteit en pluraliteit aan betekenis inboeten, de bureaucratie als politieke vorm aan betekenis wint ten koste van de democratie.²⁴

5.3 Personalisering

Er is echter nog een ander verschijnsel dat nauw verbonden is met de afbrokkeling van het publiek domein dat hier aandacht verdient. Dit verschijnsel zou men kunnen aanduiden met de term personalisering. Hierboven is reeds kort ingegaan op het theatrale karakter van het handelen in het publiek domein. Dit domein kenmerkt zich onder meer door een zekere 'ontpersoonlijking' van de actoren. Men treedt er niet op als privépersoon, maar als publieke persoon. Dat wil echter niet zeggen dat het persoonlijke geheel en al is uitgeschakeld. Er wordt van ontpersoonlijking gesproken, omdat de persoon, slechts bemiddeld door een rol die men speelt, aan de ander kan verschijnen. De metafoor van het masker drukt dit nog het beste uit. Het masker verbergt het gezicht van de actor, maar laat wel de mogelijkheid om diens stem hoorbaar te maken.

In zekere zin stuiten we hier op een spanningsverhouding. Om persoonlijkheid – en daarmee individualiteit – te verwerven dient men zich in te voegen in vooraf gegeven, onpersoonlijke structuren, waarbinnen men een rol speelt. Deze spanningsverhouding probeert men in de moderniteit weg te denken. Zo ontwaart Arendt in de moderne cultuur een voortdurend streven naar authenticiteit met een daarmee verbonden 'passie om de samenleving te ontmaskeren'.²⁵ Deze ontmaskering zou men kunnen opvatten als een vorm van personalisering. In plaats van de persoon, zoals deze zich publiekelijk presenteert, au serieus te nemen, wil men inzicht krijgen in de persoon

²⁴ Cannovan, Hannah Arendt, p. 118. Vgl. tevens de bijdrage van Witteveen in dit themanummer.

²⁵ Vgl. Arendt, *On Revolution*, p. 108.

die schuilgaat achter de rol die hij speelt. De aandacht voor de persoon van de politicus (in plaats voor de ideeën die hij als politicus presenteert) die in de moderne democratieën zo duidelijk naar voren lijkt te treden, kan als een verschijningsvorm van een dergelijke personalisering worden opgevat.

Men zal aanvoeren dat deze personalisering en ontmaskering zijn gericht tegen de hypocrisie van de publieke persoon, die zijn ware natuur verbergt. De vraag is waartoe een en ander leidt. Wanneer de maskers, die het publieke verschijnen van individuen en daarmee ook een samenleving mogelijk maken, worden afgezet, resteert dan niet slechts een frustrerend zoeken naar onmiddellijkheid, nabijheid en intimiteit, waardoor individuen op zichzelf worden teruggeworpen?²⁶ Is het niet zo dat door een personalisering er slechts een fragiele basis overblijft voor maatschappelijke verhoudingen, doordat deze komen te berusten op sentimentaliteit (broederschap) en steeds ter discussie kunnen worden gesteld, omdat men zich kan afvragen of de ander wel zijn 'ware gezicht toont', authentiek is?

De ommekeer waarover Arendt spreekt, wordt zichtbaar in de verschuiving in de manier waarop we tegen vriendschappen aankijken. Ligt tegenwoordig bij de vriendschap het accent op intimiteit, bij de Grieken lag het wezen van vriendschap volgens Arendt juist in het gesprek.²⁷ Met het verdwijnen van het publieke domein waarin mensen als gesprekspartners in contact kunnen treden, verdwijnt ook deze notie van vriendschap. In de plaats daarvan en ter compensatie van het verlies aan werkelijkheid dat met het verdwijnen van het publieke gepaard gaat, komt het streven naar intimiteit.²⁸ De affecties, die zich vooral beperkten tot het privé-domein van de familie, worden meer en meer getransponeerd naar het gehele maatschappelijke veld. Er ontwikkelt zich zo een sentimentalisme waarin men zich met alle mensen broederlijk verbonden wil voelen, aldus Arendt.²⁹

Arendt schetst een somber beeld van de moderniteit, waarin het politieke verdwijnt en waarvoor een staat in de plaats komt met extreem rationalistische trekken, waarin democratische elementen naar de achtergrond worden gedrongen en een zeker rationalisme, dat zich uit in bestuurlijk en bureaucratisch denken, op de voorgrond komt. Dit rationalisme lijkt te moeten worden gecompenseerd door een breed in de samenleving ingebedde intimiteit en sentimentaliteit.

26 Vgl. Villa, *Politics, Philosophy, Terror*, p. 128 e.v. Vgl. tevens Richard Sennett, *The Fall of Public Man*, New York/London 1992.

27 Arendt, *Politiek in donkere tijden*, p. 178.

28 Sennett spreekt zelfs van een tirannie van de intimiteit, vgl. Sennett, *The Fall of Public Man*, p. 337 e.v.

29 Arendt, *Politiek in donkere tijden*, p. 168. Vgl. Meer uitvoerig hierover de bijdrage van Borren in dit themanummer.

Een observatie van het huidige politieke bestel leert ons dat de tendensen die door Arendt worden beschreven inderdaad herkenbaar zijn. De problemen van de sterk bestuurlijke benadering van maatschappelijke problemen en de instrumentalisering van het recht dat hiervan een uitvloeisel is, zijn inmiddels zowel binnen als buiten het wetenschappelijke veld ruimschoots onderkend en onder de aandacht gebracht.³⁰ Ook het aspect van het onophoudelijk zoeken naar intimiteit wordt zichtbaar in het moderne politieke bestel. De toenemende belangstelling voor de persoon achter de politicus, de behoefte aan een direct contact met de volksvertegenwoordigers op straat of in het café getuigen hiervan. Maar vooral ook de wijze waarop door burgers uiting wordt gegeven aan hun ideeën over een rechtvaardige samenleving.³¹ Vergelijkt men de protestbijeenkomsten van de jaren zestig en zeventig met de stille tochten van het afgelopen decennium, dan zou men kunnen stellen dat er bij het zoeken naar een basis voor saamhorigheid inderdaad sprake is van een verschuiving van communicatie naar intimiteit. De vraag is nu of de hier aangestipte tendensen ook kunnen worden herkend binnen recht en rechtspraak.

6 Instrumentalisering en personalisering van recht en rechtspraak

6.1 Instrumentalisering en rationalisatie

Alhoewel enige relativering op voorhand op zijn plaats is en gewaarschuwd moet worden dat bepaalde verschijnselen niet te zeer moeten worden uitvergroot, kunnen met betrekking tot recht en rechtspraak wel degelijk tendensen worden opgemerkt die passen binnen het beeld zoals hierboven geschetst ten aanzien van de politiek. Een samenstel van factoren, deels gedictieerd door politieke, economische en maatschappelijke ontwikkelingen, zet aan tot een verandering in de cultuur van de rechterlijke macht, waarbij sprake is van een zekere rationalisatie en instrumentalisering. Zo is er meer en meer aandacht voor een efficiënte besteding van de beschikbare middelen in verband met de tendens naar openheid van overheidsorganisaties en vooral ook vanwege een groeiende *caseload*. Hoe de maatregelen die hier worden genomen de cultuur van binnen de rechterlijke macht beïnvloeden, blijkt wellicht uit het veranderend taalgebruik, waarbij in toene-

30 Vgl. onder andere Foqué & 't Hart, *Instrumentaliteit en rechtsbescherming*; M.A.P. Bovens & W.J. Witteveen (red.), *Het schip van staat. Beschouwingen over recht, staat en sturing*, Zwolle 1985.

31 Deze problematiek is voor wat betreft de effecten voor de democratische rechtsstaat op interessante wijze uitgewerkt in: Dorien Pessers, *Big Mother. Over de personalisering van de publieke sfeer (oratie Amsterdam VU)*, Den Haag 2003.

mende mate over producten (uitspraken), productienormen en klanten (partijen in gedingen) wordt gesproken. Een toenemende hoeveelheid zogenoemde bulkzaken leidt tot verdere rationalisatie van de rechtspraak. Om het proces van besluitvorming voor de individuele rechter te vereenvoudigen en tevens om de rechtseenheid te bevorderen, worden richtlijnen, of coördinatiepunten ontwikkeld met betrekking tot bijvoorbeeld de strafmaat in een bepaald type strafzaken. Het besluitvormingsproces wordt zo meer gestroomlijnd en daardoor gerationaliseerd. Een dergelijke ontwikkeling plaatst de individuele verantwoordelijkheid van de rechter echter in een ander daglicht. Een zekere bureaucratisering is hier onvermijdelijk. Bureaucratisering van de rechterlijke organisatie is ook anderszins aan de orde. Zo is er aandacht voor een meer uitgewerkte taakverdeling zowel op het terrein van bestuur en management van de gerechten als op het terrein van de inhoudelijke expertise, waarbij het niet alleen gaat om specialisatie van rechters, maar ook om het verschuiven van taken naar de ondersteunende staf.³²

Vanuit het perspectief van het publiek domein hoeven deze tendensen niet per se negatief te worden uitgelegd. In tegendeel, zolang de rationalisering van de rechterlijke organisatie ertoe bijdraagt dat het haar functie van forum voor debat beter kan vervullen, kan men hier moeilijk kritisch over zijn. Immers, een rechterlijke organisatie, die moeilijk toegankelijk is, omdat deze te traag werkt, en waar beslissingen worden genomen die in strijd zijn met het gelijkheidsbeginsel, zal op termijn haar gezag verliezen. De vraag blijft echter hoeveel rationalisatie een dergelijke organisatie kan verdragen met het oog op het belang van de communicatie tussen burgers die door tussenkomst van de rechter mogelijk moet worden gemaakt. Efficiëntie in combinatie met expertise kan immers leiden tot een sterk technocratische benadering van conflicten, waarbij voor de betrokken burgers een steeds beperkter rol is weggelegd. Aan hetgeen wezenlijk is aan het publiek domein – communicatie tussen burgers op voet van gelijkheid – wordt dan afbreuk gedaan.³³

32 Vgl. onder andere P.M. Langbroek e.a (red.), *Kwaliteit op de weegschaal*, Zwolle 1998; A.F.M. Brenninkmeijer (red.), *De taakopvatting van de rechter*, Den Haag 2003; C.P.M. Cleiren e.a., *Rechterlijke samenwerking*, Den Haag 2002, A.M. Hol & M.A. Loth, *Beter weten. Specialisatie in de rechterlijke macht*, *Trema* 2002, nr. 10, p. 486 e.v.

33 Een theoretisch uitgewerkt concept dat in deze richting wijst, treft men aan bij de rechtseconomische benadering van de rechtspraak door Posner. Deze lijkt de rechtspraak te verenigen tot een middel om maatschappelijke efficiëntie te bevorderen. De inbreng van partijen in een zaak kunnen dan ook niet meer zijn dan een afgeleide van deze functie. Van communicatie binnen de rechtspraak kan dan ook geen sprake meer zijn. Vgl. Richard Posner, *The Problematics of Moral and Legal Theory*, *Bambridge (Mass.)* 1999, p. 185 e.v., p. 206 e.v. Vgl. hierover A.M. Hol & M.A. Loth, *Iudex mediator*. Naar een herwaardering van de juridische professie, *R&R* 2001/1, p. 14 e.v.

Een ander verschijnsel dat aan de horizon verschijnt betreft de instrumentalisering van juridische procedures door wat men zou kunnen aanduiden als de ‘vermarkting’ van de conflictoplossing. Er bestaat – mede onder invloed van de privatiseringsgolf van de laatste decennia – de neiging om rechtspraak te beschouwen als een dienst die moet concurreren met andere vergelijkbare diensten als het gaat om conflictoplossing. Naast rechtspraak is er de mogelijkheid van onder andere arbitrage, mediation, en onderhandeling. Bij het maken van een keuze tussen de geboden alternatieven zal men zich vooral laten leiden door de met de verschillende vormen verbonden kosten, de tijdsduur van de procedures en de afdwingbaarheid van de bereikte oplossing. Loth spreekt hier – in navolging van Luban – over een *conflict solving conception* van rechtspraak.³⁴ Maar rechtspraak is volgens hem meer. Dit meer komt tot uitdrukking in de *public life conception*. Daarin wordt rechtspraak gezien als een vervolg op de politieke besluitvorming en daarmee als een onmisbare schakel in het publieke debat. ‘De vrijheid van de burgers,’ aldus Loth, ‘is niet beperkt tot de particuliere sfeer of de marktwerking, maar bestaat in de zelfverwerkelijking van het individu in de politieke gemeenschap waarvan hij deel uitmaakt.’³⁵ Rechtspraak moet dan worden gezien als een plaats waar, binnen de spelregels en de taal van het recht, op juridisch niveau consensus wordt voortgebracht in de politieke gemeenschap.

6.2 Personalisering

Dit laatste punt over het bereiken van consensus brengt ons bij het verschijnsel van de personalisering. Ontegengesteld is er sprake van een tendens van personalisering van de rechtspraak, in die zin dat er meer aandacht komt voor de persoon die achter het masker van het rechtssubject schuilgaat. Tegen de achtergrond van hetgeen hier is gezegd over de uniciteit van individuen die moet doorklinken in het publieke debat en waarvoor het masker ook ruimte dient te laten, kan een dergelijke tendens alleen maar positief worden gewaardeerd. Er zijn echter ook risico’s.

Een eerste risico is dat overspannen verwachtingen rijzen met betrekking tot de rechtspraak. De erkenning die wordt nagestreefd, betreft in dat geval niet die van de rechtspersoon en zijn juridisch gesanctioneerde positie, maar die van de ‘authentieke’ persoon met al zijn sentimenten en emoties. De vraag is of binnen de context van recht en rechtspraak voldoende ruim-

34 M.A. Loth, Rechtspraak en mediation; een liaison dangereuse?, in: A.F.M. Brenninkmeijer, De taakopvatting van de rechter, Den Haag 2003, p. 42. Vgl. tevens: David Luban, Settlements and Erosion of the Public Realm, *The Georgetown Law Journal* 1995, p. 2619-2662.

35 Loth, Rechtspraak en mediation; een liaison dangereuse?, p. 43.

te kan worden gecreëerd voor een dergelijke erkenning. Is op het niveau van de rechtspraak een zaak afgedaan als de ander bijvoorbeeld bereid is schadevergoeding voor de geleden schade te betalen, dan komen bij een vergaande personalisering wellicht meer en vooral ook andersoortige vormen van genoegdoening aan de orde. Zo wordt van de kant van de schadeveroorzaker naast schadevergoeding wellicht ook een spijtbetuiging verlangd voor het toegevoegde leed en zal deze op zijn beurt mogelijk om vergeving vragen. Het is voorspelbaar dat dergelijke verlangens in veel gevallen tot een frustrerende afronding van een affaire zullen leiden, omdat – zo partijen al tot een en ander bereid zijn – steeds de onzekerheid zal blijven of de spijtbetuiging en de vergeving wel authentiek waren. Niet voor niets zijn vergeving en verzoening geen juridische categorieën. Deze noties zouden het rechtssysteem te zwaar belasten met persoonlijke aspecten, waardoor het zijn rol als consensus scheppende instantie niet meer zou kunnen waarmaken.³⁶ In Coetzee's roman *In ongenade* drukt docent David Lurie, die wordt gehoord door een universitaire commissie naar aanleiding van een affaire met een studente, het treffend uit. In reactie op een verzoek na het verhoor alsnog publiekelijk berouw te tonen zegt hij het volgende. 'Ik ben voor een officieel ingesteld tribunaal verschenen, voor een wettig orgaan. Voor dat wereldlijk tribunaal heb ik schuld erkend, een wereldlijke erkenning. Die erkenning moet voldoende zijn. Berouw slaat nergens op. Berouw hoort thuis in een andere wereld, in een betoog uit andere sferen.'³⁷

Met dit laatste wordt tevens een ander risico zichtbaar. Als het juist is om te veronderstellen dat formaliteiten in de weg staan aan persoonlijke uitingen, dan impliceert dit dat personalisering zal moeten leiden tot informalisering. Deze informalisering draagt echter het risico in zich dat het debat dat binnen procedures wordt gevoerd, wordt bemoeilijkt omdat daarvoor geen heldere structuur meer wordt aangeboden. In plaats dat men daardoor gemakkelijker tot elkaar komt, zou dat wel eens kunnen betekenen dat in het geheel geen consensus meer wordt bereikt.

Er zijn een paar ontwikkelingen binnen recht en rechtspraak die in dit licht zouden moeten worden gezien. In de eerste plaats is er het sluimerende vraagstuk van de formaliteiten en vormelijkheden binnen de rechtspraak. Om de afstand tussen rechter en partijen te verkleinen wordt wel gesugge-

36 Vgl. Paul Ricoeur, *Sanction, Rehabilitation, Pardon*, in: Ricoeur, *The Just*, p. 133 e.v. Recente ethische en sociaal-wetenschappelijke literatuur ondersteunt het idee dat er sprake is van een groeiende belangstelling voor kwesties van verzoening en vergeving. Vgl. onder andere Edith Brugmans e.a. (red.), *Rechtvaardigheid en verzoening. Over de fundamenteën van de moraal in een tijd van geweld*, Leende 2000; Paul van Tongeren, *Is vergeving mogelijk? Over de mogelijkheid en moeilijkheid van vergeving*, vooral in verband met oorlogsmisdaden, Leende 2000; Joris Kocken e.a. (red.), *Onverzoenlijkheid*, *Special van Recht der werkelijkheid* 1999.

37 J.M. Coetzee, *In ongenade*, Amsterdam 1999, p. 51.

reerd dat de procesdeelnemers zich op een meer alledaagse wijze zouden moeten presenteren. Binnen bepaalde procedures (familiekamer, jeugdrechtsspraak, kantonrechtsspraak) draagt men om die reden bijvoorbeeld veelal geen toga. Ontegenzeggelijk kan dit bijdragen aan een meer open sfeer voor communicatie. Aan een dergelijke informalisering kunnen echter ook nadelen kleven. Niet valt uit te sluiten dat de procesdeelnemers meer moeite zullen hebben hun eigen rol te spelen. Is het de reclasseringsambtenaar, de psycholoog die als deskundige is opgeroepen, de officier van justitie, of de rechter tot wie de jeugdige delinquent zich moet richten? Met de informalisering van de verhoudingen vermengen zich mogelijk de verschillende rollen en gaat in het uiterste geval de procedure samenvallen met het alledaagse verhoor over het onderhavige conflict. Zo'n idee roept een kafkaësk beeld op van procedures, waarbij men niet goed kan onderscheiden wat er al dan niet onderdeel van is. Het structurerende vermogen van recht komt hiermee onder druk te staan.³⁸

De personalisering van de gerechtelijke procedures wordt echter ook op andere manieren zichtbaar. Zo kan bijvoorbeeld de veranderende positie van het slachtoffer in het recht worden genoemd.³⁹ In het strafrecht wordt door middel van een spreekrecht binnenkort meer ruimte gecreëerd voor het slachtoffer om als persoon naar voren te treden. Nu is zijn positie binnen die procedure beperkt tot die van getuige en (gevoegde) civiele partij. Met name die laatste positie geeft reeds enige ruimte om dat, wat het slachtoffer als persoon heeft geraakt, tot uitdrukking te brengen. De bedoeling van het spreekrecht is dat daarvoor meer ruimte ontstaat. Voorts is hier indicatief de discussie rondom het zogenoemde herstelrecht.⁴⁰ Het pleidooi voor herstelrecht moet worden begrepen als een reactie op een al te eenzijdige aandacht voor de positie van de dader in het strafrecht. Gevraagd wordt om meer oog te hebben voor het belang van genoegdoening aan het slachtoffer in het strafproces (en niet slechts aan de maatschappij of rechtsgemeenschap in het algemeen).

Niet alleen in het strafrecht, maar ook in het civiele recht zien we de persoon achter de rechtspersoon vandaan komen. In de eerste plaats valt de reeds langer lopende ontwikkeling op waarbij smart – naast financiële belangen – civielrechtelijke erkenning verwerft. De toekenning van smartengeld bij tal van schades is dagelijkse praktijk geworden. De nieuwste ontwikkeling betreft de problematiek van de zogenoemde affectieschade,

38 Vgl. Antoine Garapon, *Bien juger. Essai sur le rituel judiciaire*, Paris 1997, p. 249 e.v. Bij de argumenten voor een recent doorgevoerde aanpassing van de jeugdrechtsspraak heeft de hier aangestipte kwestie een rol gespeeld. Vgl. Hol & Loth, *Beter weten*.

39 Vgl. Het opstandige slachtoffer. Genoegdoening in strafrecht en burgerlijk recht, *Handelingen NJV 2003/1*, met preadviezen van A.C. Zijderveld, C.P.M. Cleiren en C.E. du Perron.

40 Vgl. onder andere Lode Walgrave (ed.), *Restorative Justice and the Law*, Devon 2002.

waarbij binnen het aansprakelijkheidsrecht voor een (ruimere) erkenning wordt gepleit van schade ontstaan door het leed dat iemand is berokkend wanneer hij getuige is van een ongeval van een van zijn naasten. Interessant is in dit verband ook het geval van de moeder van Jeffrey, die de civiele rechter om een verklaring voor recht vroeg, waarin helder zou worden gesteld wie schuld had aan de verdrinking van haar zoontje in het zwembad van een ziekenhuis. Deze verklaring was volgens eigen zeggen van belang om het rouwproces op gang te brengen. Het geval, waarbij de rechter zich niet-ontvankelijk achtte in de zaak wegens gebrek aan een rechtens relevant belang, zegt op zichzelf niet zoveel over de verandering van de positie van de persoon in het recht. Wel is hier echter de kritische reactie interessant, die de uitspraak bij sommige rechtsgeleerden heeft losgemaakt.⁴¹ Ook een dergelijk – niet op geld waardeerbaar belang – zou binnen het kader van het civiele recht erkenning verdienen.⁴² Opnieuw kan dit worden opgevat als een pleidooi voor meer ruimte in het recht voor de persoon achter het masker.

Tot slot moet nog de opkomst van de belangstelling voor ADR (Alternative Dispute Resolution) worden genoemd. Tegen de achtergrond van de personalisering is deze belangstelling niet verwonderlijk. Immers, met name in het geval van *mediation* wordt de minder formele setting, waarbij tevens ruimte is om het onderwerp van het conflict ruim te stellen als een voordeel gezien. Juist ook het feit dat in deze procedure een ruimere mogelijkheid bestaat voor een inbreng van verschillende persoonlijke aspecten, verklaart wellicht de grote belangstelling voor *mediation* onder niet-juristen.⁴³

De hier gesignaleerde verschijnselen kunnen met andere worden aangevuld. Niettemin kan worden gesteld dat de aangevoerde ontwikkelingen duiden deze op een duidelijke accentverschuiving binnen het recht en zijn procedures, waarbij de persoon achter het rechtssubject meer naar voren treedt. Net als bij de kwestie van de rationalisering van de rechterlijke organisatie reeds is opgemerkt, geldt ook hier dat deze tendens niet onmiddellijk negatief moet worden opgevat. Immers, het masker laat zelf reeds ruim-

41 Vgl. Gerrit van Maanen (red.), *De rol van het aansprakelijkheidsrecht bij de verwerking van persoonlijk leed*, Den Haag 2003.

42 Vgl. over de hier aangestipte tendensen in het civiele recht: E. du Perron, *Genoegdoening in het civiele recht*, in: *Het opstandige slachtoffer*, Handelingen Nederlandse Juristen Vereniging 2003, p. 105 e.v.

43 Alhoewel binnen bepaalde mediationpraktijken de inbreng van deze persoonlijke aspecten juist wordt ontraden en wordt aangeraden partijen los te weken van het oorspronkelijke probleem en de posities die zij daarin hebben ingenomen. Een mediation maakt een grotere kans van slagen wanneer men de betrokkenen zo ver krijgt dat zij zich op de toekomst richten en nagaan wat met het oog daarop een ieders belang is. Mediation op deze manier opgevat, draait hoe dan ook niet om persoonlijke genoegdoening.

te om de stem van de persoon hoorbaar te doen zijn. De vraag is echter opnieuw hoeveel persoonlijke inbreng het recht verdraagt, wil het nog de onpersoonlijke basis kunnen bieden voor de communicatie tussen partijen.

7 Het publiek domein als een midden

In deze bijdrage is geprobeerd Arendts notie van het publiek domein vruchtbaar te maken voor een analyse van het moderne recht en de rechtspraak. Twee bedreigingen van het recht zijn daarbij in kaart gebracht. Aan de ene kant is er de bedreiging van rationalisering en instrumentalisering. Aan de andere kant is er de bedreiging van de personalisering en sentimentalisering. Deze bedreigingen kunnen worden opgevat als de twee zijden van dezelfde medaille en hebben alles te maken met het afbrokkelen van het politieke waarvoor het publiek domein het podium biedt. Deze afbrokking uit zich aan de ene kant in een sterke depersonalisering van de samenleving zoals deze tot uitdrukking komt in een bureaucratische bestuurscultuur. Aan de andere kant is er sprake van een sterke personalisering, in die zin dat individuen, nu zij worden buitengesloten van het publiek domein, worden opgesloten in het private domein en op zichzelf worden teruggeworpen. Bijzonder aan deze situatie is, dat terwijl, zoals in de door Arendt geschetste opvatting van de *persona*, er een relatie bestaat tussen het persoonlijke en onpersoonlijke, deze relatie hier uiteenvalt. Anders gezegd: tussen het persoonlijke en onpersoonlijke (waardoor betrokkenheid op de ander mogelijk is) wordt niet meer bemiddeld. Het komt erop neer dat, in geval het publiek domein afbrokkelt, daarmee ook iets dat als een midden zou kunnen worden aangeduid, verdwijnt. Bij dit midden gaat het om een spanningsverhouding tussen een aan de individuen vooraf gegeven structuur aan de ene kant en de persoonlijkheid van het individu dat zich juist wil manifesteren en een plaats wil veroveren binnen de wereld aan de andere kant. Gillian Rose heeft deze spanningsverhouding geduid als een spanning tussen wet en liefde.⁴⁴ De wet representeert dan het algemene en absolute gebod waar men niet onderuit kan, terwijl de liefde het contingente, individuele en onverplichte vooropstelt. Veelal worden in de geschiedenis, waarbij men de wet plaatst binnen de joodse cultuur en de liefde binnen de christelijke cultuur, deze twee elementen tegenover elkaar gesteld. Rose denkt ze echter in een ware spanningsverhouding en de ruimte die binnen dit spanningsveld aanwezig is duidt zij aan met de term van het Midden. In dit midden wordt de hardheid van de wet gebroken door de contingentie van de liefde en omgekeerd geeft de wet een zeker reliëf aan de liefde.

44 Gillian Rose, *The Broken Middle. Out of our Ancient Society*, Oxford/Cambridge 1992.

De notie van het midden, zoals door Rose uitgewerkt, laat zich eenvoudig overbrengen op de idee van de publieke ruimte van Arendt en de plaats van het recht daarbinnen. Het recht, met als kern de algemene wet, brengt een structuur aan in de samenleving en geeft daaraan stabiliteit doordat individuen zich naar dit recht voegen. Tegelijkertijd biedt het publiek domein dat door de wet wordt gecreëerd de ruimte aan elk individu om zijn eigen inbreng te hebben. Zo brengen wet en rechter burgers bij elkaar: niet op basis van een of andere voorafgaande natuurlijke vorm van saamhorigheid, maar door een plaats te bieden voor debat tegen de achtergrond van een gemeenschappelijke oriëntatiepunt dat het recht biedt. Recht en rechtspraak hebben in deze zin een bemiddelende functie. Zij presenteren en onderhouden een orde die ruimte schept voor de individualiteit van een rechtspersoon en tegelijkertijd vragen ze van elke persoon zich rekenschap af te leggen van het bestaan van andere rechtspersonen met elk hun eigen, onderscheiden individualiteit. Anders gezegd: het recht en de rechtspraak beschermen tot op zekere hoogte de persoonlijke levenssfeer van elk individu, maar verlangen van ditzelfde individu dat het deze levenssfeer overstijgt door toe te treden tot de publieke ruimte. Het recht en de rechtspraak bieden daartoe een podium. Pas zo kan de menselijke waardigheid tot zijn recht komen. Of, zoals Pessers het uitdrukt:

‘De waardigheid van de mens is [...] de waardigheid van een *homo duplex*: de mens ontleent zijn identiteit en zijn zelfrespect niet alleen aan de persoonlijke levenssfeer van intimiteit en onmiddellijke behoeftebevrediging, maar ook aan de mate waarin hij zich kan losmaken van zijn directe omgeving en binnen een publieke gemeenschap een identiteit als burger verkrijgt, wordt uitgerust met rechten en plichten, en deelgenoot wordt van een wereld die ouder is dan hijzelf.’⁴⁵

Deze bemiddelende functie van recht en rechtspraak impliceert een bijzondere verantwoordelijkheid bij de juridische besluitvorming. Immers, wil men de spanningsverhouding tussen wet en liefde, tussen persoonlijke en publieke levenssfeer intact laten, dan kan men bij de verantwoording van een beslissing nimmer eenvoudig volstaan met een verwijzing naar de vooraf gegeven regels. Aangegeven zal moeten worden of en op welke wijze rekenschap is afgelegd van de individuele en persoonlijke kant van de zaak. Omgekeerd kan niet eenvoudig tegemoet worden gekomen aan de individuele wensen van de rechtspersoon, maar zal moeten worden aangegeven of en in welke mate daaraan in het kader van het recht (de wet) kan worden tegemoetgekomen, dit in verband ook met de bescherming van rechtens

45 Pessers, *Big Mother*, p. 43-44.

beschermde belangen van de andere leden van de gemeenschap. Een dergelijke verantwoordelijkheid, die dus een eenzijdig terugvallen op een instrumentele benadering dan wel op een simpel persoonlijke benadering in de weg staat, vloeit voort uit de rol die gezagsdragers als rechters hebben om de publieke sfeer in stand te houden. De hierboven aangestipte tendensen van personalisering en rationalisering binnen recht en rechtspraak, onderstrepen de noodzaak van het doordenken van deze verantwoordelijkheid.⁴⁶ Arendts werk biedt hier een evident vruchtbare grondslag voor.

⁴⁶ Vgl. Zenon Bankowski & Claire Davis, *Living In and Out the Law*, in: Peter Oliver e.a. (ed.), *Faith in Law. Essays in Legal Theory*, Oxford 2000, p. 33 e.v. Een evident gebrek aan de hier bedoelde vorm van verantwoordelijkheid nam Arendt waar in haar analyses van de bureaucratie en werd voor haar op extreme wijze zichtbaar in de figuur van Eichmann. Vgl. hierover: Mark Bovens, *The Quest for Responsibility. Accountability and Citizenship in Complex Organisations*, Cambridge 1998. Vgl. over Eichmann: Hannah Arendt, *Eichmann in Jerusalem. A Report on the Banality of Evil*, New York 1994. Vgl. tevens de bijdrage van Mertens in dit themanummer.