

# Recht, rechter, rechtsvorming: een agonistisch perspectief

Joyce Esser\*

Het Nederlandse debat over de rol van de rechter wordt sterk gekenmerkt door de constitutionele traditie van de democratische rechtsstaat en kent daarmee een aantal vrijwel vaststaande uitgangspunten. Binnen de agonistische democratietheorie staan gedeelde uitgangspunten echter altijd ter discussie. Dat leidt tot een ander perspectief op de scheiding tussen politiek en recht, de trias politica als machtscheiding en de rol van de rechtswetenschapper.

\* Mr.dr.s. J.E. Esser is als promovenda verbonden aan de afdeling Staats- en Bestuursrecht aan de Universiteit Leiden. Zij studeerde rechtsgeleerdheid (Staats- en Bestuursrecht) en filosofie (Ethics and Politics) in Leiden. Deze bijdrage is voor een groot gedeelte gebaseerd op haar masterscriptie *Philosophy, (De) judicializing the Political: An Agonistic Practice of Constitutional Rights Adjudication* (raadpleegbaar via <https://openaccess.leidenuniv.nl/handle/1887/87135>). Zij bedankt Thomas Fossen voor zijn scriptiebegeleiding.

1 Zie bijvoorbeeld C.A.J.M. Kortmann, 'De rechtsvormende taak van de Hoge Raad', in: W.M.T. Keukens & M.C.A. van Nieuwenhuijzen, *Raad en Daad. Over de rechtsvormende taak van de Hoge Raad*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2008, p. 32-33; P. Bovend'Eert, 'Dient de rechtsvormende taak van de Hoge Raad versterkt te worden bij de herziening van het cassatiestelsel?', in: A.J. Nieuwenhuis e.a. (red.), *Rechterlijk activisme. Opstellen aangeboden aan prof. mr. J.A. Peters*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2011, p. 37-41.

2 B. Oomen, 'Activistische rechters? Ze doen gewoon hun werk', *de Volkskrant* 8 maart 2020.

## 1 Introductie

Mag de rechter aan rechtsvorming doen? Na een uitspraak als het *Urgenda*-arrest, vloeien er onvermijdelijk weer liters inkt over die vraag. Dat debat valt dan doorgaans uiteen in grofweg twee richtingen. Enerzijds gaat rechtsvorming volgens veel auteurs de taak van de rechter te buiten, omdat dat de taak van de democratisch gelegitimeerde wetgever is.<sup>1</sup> Anderzijds doet de rechter volgens sommigen in zaken als *Urgenda* niets meer dan zijn taak: het toepassen van recht.<sup>2</sup> Vrijwel al deze opvattingen doen (impliciet of expliciet) een beroep op het ideaal van de *trias politica*, dat sterk verankerd is in onze constitutionele traditie van de democratische rechtsstaat. Hoewel de meningen flink uiteenlopen, doen de meeste auteurs daarmee eigenlijk ook weer hetzelfde: zij zoeken binnen onze constitutionele traditie naar de juiste normatieve principes voor de rechter. Dat laat wel een aantal belangrijke vragen onbeantwoord: waarom staat de normatieve kracht van de

democratische rechtsstaat eigenlijk vast binnen dat debat? En waarom moet de rechter naar onze normatieve opvattingen luisteren, als die blijkbaar zo sterk uiteen kunnen lopen? In deze bijdrage analyseer ik het Nederlandse debat vanuit het perspectief van de 'agonistische democratietheorie', een stroming die een fundamenteel ander vertrekpunt neemt. Binnen deze stroming kunnen de normatieve grondslagen van onze politieke orde enkel ontstaan in de politieke *strijd* in én om die orde zelf. Dat perspectief laat zien hoe onze eigen opvattingen in samenspel met die van anderen vorm geven aan onze politieke instituties, waaronder de rol van de rechter, maar ook hoe we daarmee onvermijdelijk andere opvattingen uitsluiten. Het doel van deze analyse is daarmee niet zozeer een eigen sluitende opvatting te geven over de rol van de rechter, maar om de vaststaande uitgangspunten van het Nederlandse debat kritisch te analyseren en mogelijke andere denkrichtingen te identificeren.

De opbouw van deze bijdrage is als volgt. In paragraaf 2 duid ik kort het Nederlandse debat over de rechtsvormende taak van de rechter. Daarin duid ik de verschillen, maar identificeer ik ook drie gedeelde uitgangspunten. Opvattingen in het huidige debat gaan vaak uit van een impliciete scheiding tussen recht en politiek, hanteren daarbij een concept van *machtenscheiding* en nemen vaak een sterk normatieve positie in. In paragraaf 3 introduceer ik vervolgens kort de agonistische democratietheorie en duid ik de positie van recht en rechter daarbinnen. In paragraaf 4 analyseer ik de drie uitgangspunten van het Nederlandse debat vanuit agonistisch perspectief. In dat perspectief zijn recht en politiek niet makkelijk te scheiden: elke uitspraak van de rechter impliceert een vorm van inherent politieke rechtsvorming. Dat leidt tot een ander concept van de *trias politica*, namelijk een van *machtsevenwicht*. Tot slot laat het agonistische perspectief zien hoe juristen met hun opvattingen over de rechtsvormende rol van de rechter zelf onderdeel zijn van de politieke strijd over die rol. In paragraaf 5 sluit ik af met een slotbeschouwing van de betekenis van het agonistische perspectief voor het Nederlandse debat, waarbij ik met een wat positievere noot afsluit over de rol van onze opvattingen in het debat.

## Hoewel democratie en rechtsstaat vaak in één adem worden genoemd, leveren zij voor onze politieke orde eigenlijk een soort ‘dubbele legitimiteitsgrondslag’ op. Zij vormen als het ware de twee kleuren van het spectrum van het Nederlandse debat

### 2 Rechter en rechtsvorming in de democratische rechtsstaat

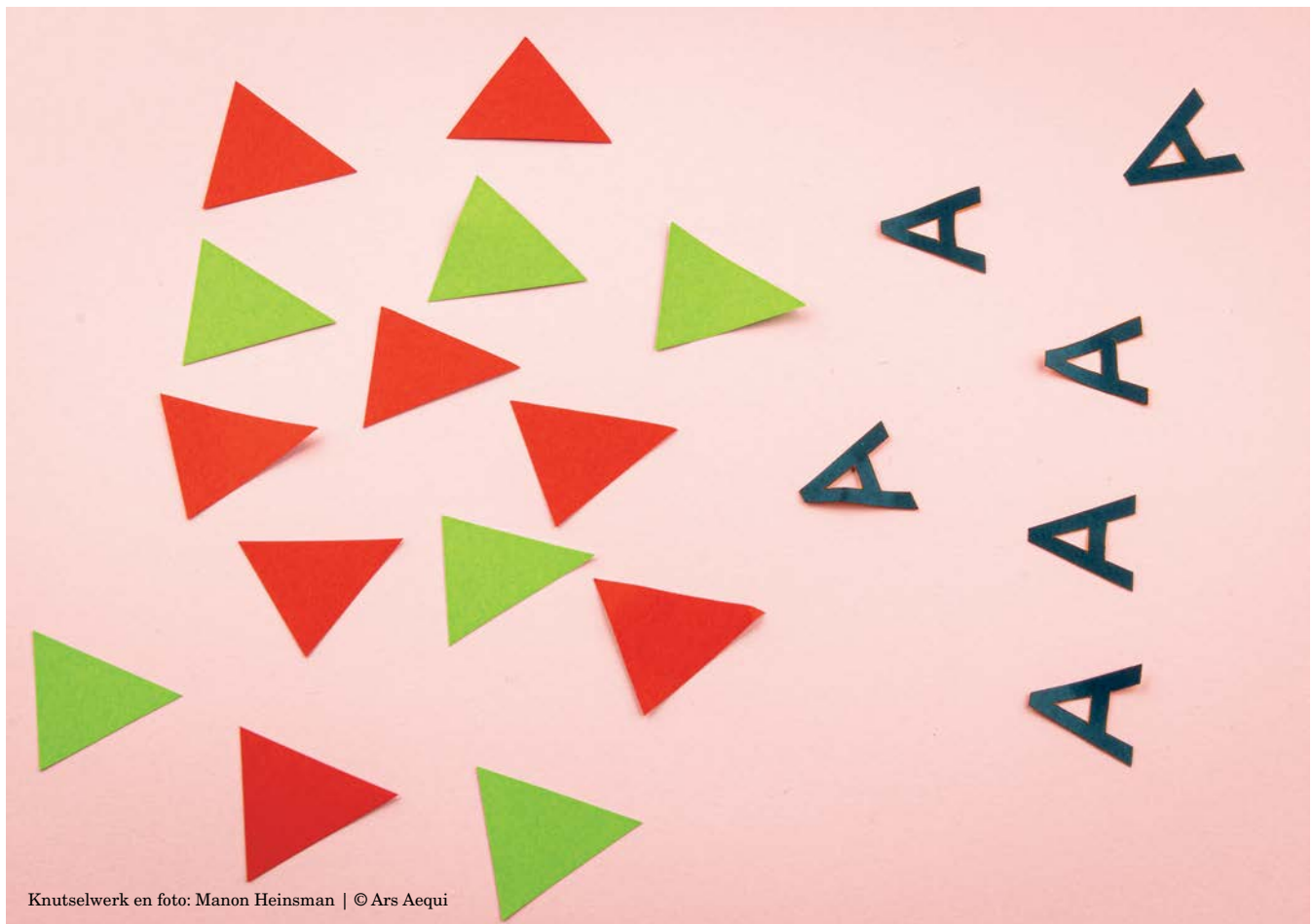
Het Nederlandse debat over de rechtsvormende taak van de rechter is inmiddels al zo omvangrijk, dat daarin alle mogelijke kleurnuances vertegenwoordigd lijken te zijn. Op dat kleurenspectrum bevindt zich aan de ene uiterste kant de overtuiging dat recht primair gevormd moet worden door de wetgever en dat de rechter toch vooral ‘la bouche de la loi’ zou moeten zijn,<sup>3</sup> en aan de andere kant de overtuiging dat daadwer-

kelijke rechtsbescherming vereist dat de rechter bepaalde normen ook nader moet kunnen invullen.<sup>4</sup> Sterk uiteenlopende posities dus, maar tegelijkertijd zijn er nog veel meer standpunten te verzinnen, die in het geheel niet voorkomen binnen dit debat. Wie bijvoorbeeld roept dat de rechter verplicht moet luisteren naar diegene die het snelst kan hordelopen, dat de rechter als enige mag bepalen wat jij morgen op je broodje smeert, of dat we – om van al het gezeur af te zijn – maar een telepathische octopus<sup>5</sup> moeten aanstellen om alle politieke beslissingen te nemen, zal op weinig instemming kunnen rekenen. Wie gehoord wil worden, zal doorgaans binnen de gevestigde traditie van de democratische rechtsstaat moeten blijven, en het daaruit voortkomende ideaal van de *trias politica*. Dat daarbinnen de opvattingen vervolgens toch weer vrij sterk uiteenlopen, komt omdat die traditie een sterke inherente spanning bevat. Hoewel democratie en rechtsstaat vaak in één adem worden genoemd, leveren zij voor onze politieke orde eigenlijk een soort ‘dubbele legitimiteitsgrondslag’ op.<sup>6</sup> Zij vormen als het ware de twee kleuren van het spectrum van het Nederlandse debat.

Wie van mening is dat enkel de volkssoevereiniteit legitimiteit aan de politieke orde kan verlenen, zal vooral nadruk leggen op democratische legitimatie. De rechtsstaat is weliswaar onmisbaar, maar is een uitwerking van dat ideaal: het volk kan enkel aan het zelfverkozen recht worden gebonden.<sup>7</sup> Recht is dan een soort ‘gestolde politiek’, dat door het volgen van de juiste procedure de soevereine macht van het volk vertaalt naar legitieme overheidsmacht.<sup>8</sup> Het opdelen van overheidsmacht in de *trias politica* beschermt de volkssoevereiniteit tegen overheidsmacht die de democratische legitimatie te buiten gaat. Elke burger heeft daarom toegang tot rechtsbescherming door een onafhankelijke rechter. Maar de rechter kan daarbij niet buiten de democratisch gelegitimeerde wet treden: doet hij dat wel, dan is hij zelf een soort schrikbeeld van willekeurige overheidsmacht.<sup>9</sup>

Wie daarentegen van mening is dat de rechtsstaat zijn eigen legitimiteit bezit, zal een veel zelfstandigere plaats aan recht en rechter toekennen. Die legitimiteit wordt doorgaans gebaseerd op onze vrijheidsrechten, maar ook noties als menselijke autonomie, of beginselen als rechtvaardigheid of

- 3 Zie bijvoorbeeld L. Bergkamp, ‘Rechtsvinding in de moderne rechtsstaat’, *NJB* 2016/140, afl. 3, p. 194.
- 4 Zie bijvoorbeeld J.A. Peters, ‘De rol van de rechter bij leven en dood’, in: A.C. Hendriks e.a. (red.), *Grondrechten in de gezondheidszorg. Liber amicorum voor prof.mr. J.K.M. Gevers*, Houten: Bohn Stafleu van Loghum 2010, p. 207-208.
- 5 ‘Octopus Paul voorspelt nederlaag Oranje’, *Het Parool* 9 juli 2010.
- 6 M. Loughlin & N. Walker, ‘Introduction’, in: M. Loughlin & N. Walker (red.), *The paradox of Constitutionalism. Constituent Power and Constitutional Form*, Oxford: Oxford University Press 2007, p. 1.
- 7 Zie bijvoorbeeld al Rousseau opvatting dat grondrechten nooit de soevereine macht van het volk kunnen beperken, zie daarover M. Loughlin, *Foundations of Public Law*, Oxford: Oxford University Press 2010, p. 345.
- 8 M. Loughlin, *Swords and Scales: an examination of the relationship between law and politics*, Portland: Hart Publishing 2000, p. 12-13.
- 9 Bovend’Eert 2011, 37. Zie ook uitgebreid J. Waldron, ‘Is the Rule of Law an Essentially Contested Concept (in Florida)?’, *Law and Philosophy* (21) 2002, afl. 2, p. 137-164, p. 142-144.
- 10 P.P. Craig, ‘Formal and substantive conceptions of the rule of law: an analytical framework’, *Public Law* 1997, p. 467-487, p. 477 e.v.
- 11 Loughlin 2000, p. 13.
- 12 Boogaard & Uzman stellen dat de critici en voorstanders van een rechtsvormende rechter ‘langs elkaar heen [lijken] te schieten’, G. Boogaard & J. Uzman, ‘Tussen Montesquieu en Judge Dredd. Over rechter, politiek en rechtsvorming’, *AA* 2015, afl. 1, p. 61-67, op p. 63 (AA20150061).



Knutselwerk en foto: Manon Heinsman | © Ars Aequi

13 Kortmann maakt daarom onderscheid tussen rechtsontwikkeling en rechtsvorming, zie Kortmann 2008, p. 33.

14 Wiarda plaatst rechtsvinding op een schaal van meer heteronoom (toepassen van een rechtsregel) tot autonoom (rechtspreken zonder rechtsregels) en zal volgens hem de rechter die van het eerste uiterste afwijkt al snel aan een vorm van rechtsvorming moeten doen. G.J. Wiarda, *Drie typen van rechtsvinding* (met nawoord van T. Koopmans), Deventer: Kluwer 1999.

15 Specifiek over Urgenda: R.J.B. Schutgens, 'Urgenda en de trias. Enkele staatsrechtelijke kanttekeningen bij het geruchtmakende klimaatvonnis van de Haagse rechter', *NJB* 2015/1675, afl. 33, p. 2270-227; W.J.M. Voermans, 'Staat moet wél in hoger beroep gaan', *de Volkskrant* 28 augustus 2015.

16 Oomen 2020; R. van Gestel & M. Loth, 'Urgenda: roekeloze rechtspraak of rechtsvinding 3.0?', *NJB* 2015/1849, afl. 37, p. 2599-2605.

17 W.J. Witteveen, *Evenwicht van machten* (oratie KUB), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink Zwolle 1991, p. 22, e.v.

evenredigheid spelen een rol.<sup>10</sup> Die rechten of beginselen vormen een soort 'grondrecht', dat voorafgaat aan het recht dat de democratische wetgever produceert.<sup>11</sup> Het opdelen van overheidsmacht in de *trias politica* dient om ons grondrecht te beschermen tegen alle overheidsmacht, en dus soms ook *tegen* de wil van het volk. Het is dan aan de onafhankelijke rechter om onze grondrechten of -beginselen concrete uitwerking te geven in onze rechtsorde.

Deze 'dubbele legitimiteitsgrondslag' zien we sterk terug in het Nederlandse debat: de één benadrukt vooral democratische legitimatie, de ander de zelfstandige waarde van grondrechten. Toch neemt dat niet weg dat dit debat zich binnen de parameters van een gedeelde traditie afspeelt, en daarom ook een aantal belangrijke uitgangspunten deelt. Zo delen de meeste auteurs ten eerste het uitgangspunt dat de rechter vooral recht moet spreken, en geen politiek moet bedrijven. Het debat draait daarmee niet zozeer om de vraag *of* de rechter 'zomaar' recht mag vormen, maar vooral om de vraag *wanneer* hij dat doet.<sup>12</sup> In beide opvattingen heeft rechtsvorming 'uit het niets'

geen plaats, maar is er slechts ruimte voor een nadere concretisering of ontwikkeling van reeds bestaand recht.<sup>13</sup> Rechtsvorming binnen de grenzen van rechtsvinding dus.<sup>14</sup> Voor wie vindt dat recht vooral een uitwerking is van een politieke afweging, is een beslissing als *Urgenda* al snel een vorm van ongelegitimeerde rechtsvorming.<sup>15</sup> De meer rechtsstatelijk ingestelden onder ons zullen weer eerder vinden dat een dergelijke uitspraak een toepassing van reeds bestaand recht is.<sup>16</sup>

Ten tweede gaan de meeste auteurs impliciet uit van een bepaalde conceptie van de *trias politica*, namelijk die van een functionele *scheiding* der machten.<sup>17</sup> Daarbinnen hebben de verschillende staatsmachten verschillende taken, die zo min mogelijk overlappen: de rechter spreekt recht, de wetgever maakt politieke afwegingen (al dan niet binnen de grenzen van het *grondrecht*). Ten derde verschillen veel auteurs wel van opvatting, maar zijn zij tegelijkertijd allemaal bezig met eenzelfde soort project: zij zijn op zoek naar de juiste normatieve principes voor de rol van onze instituties binnen de algemeen geaccepteerde constitutionele

traditie van de democratische rechtsstaat. Dat past ook goed bij het idee van machtscheiding, omdat die principes doorgaans leiden tot een soort normatieve functieomschrijving: 'Dat is niet de functie van de rechter, dus dat *moet* hij niet doen.'

## Als kritiek op zowel het conventionele liberalisme als de deliberatieve antwoorden daarop ontstond in de jaren 90 de agonistische democratietheorie

### 3 Recht en rechter vanuit agonistisch perspectief

#### 3.1 Agonisme: achtergrond

Daarmee past het Nederlandse debat goed bij het conventionele Verlichtingsproject, dat wordt gedomineerd door het zoeken naar de grondbeginselen van onze politieke orde, zoals het liberale idee van vrijheid. Vanaf de jaren 80 van de vorige eeuw begonnen veel politieke denkers zich meer te richten op de manier waarop we die beginselen ontwikkelen en hoe zij vorm geven aan ons politieke leven, gegeven de inherente *pluraliteit* van het moderne politieke bestaan. Onder invloed van denkers als Habermas en Rawls ontstond daarin een focus op concepten als deliberatie, consensus en rationele communicatie.<sup>18</sup> Als kritiek op zowel het conventionele liberalisme als de deliberatieve antwoorden daarop ontstond vervolgens in de jaren 90 de agonistische democratietheorie.<sup>19</sup>

De naam van deze stroming is afgeleid van het Griekse 'agon', dat 'strijd' of 'twist' betekent. Dat concept vervult binnen het agonisme zowel een feitelijke als een normatieve rol. Ten eerste bepaalt strijd het feitelijke wereldbeeld binnen het agonisme. Daarbinnen ontbreekt het fundamenteel aan rationele waarheden. De wereld is inherent pluralistisch en conflictueus: meerdere waarheidsclaims blijven bij gebrek aan maatstaven altijd in conflict met elkaar.<sup>20</sup> Hoewel het leven dus geen vaststaande betekenis heeft, wordt juist in dat conflict toch een soort gedeeld begrip geconstrueerd. Dat resulteert in ons sociale discours: het geheel van gesproken of geschreven begrip van de wereld, van waaruit we die wereld

beoordelen.<sup>21</sup> Dat discours heeft een aantal belangrijke kenmerken. Discours is *allesomvattend*: als sociale wezens is ons hele leven, inclusief onze identiteit, volledig afhankelijk van onze sociale en daarmee inherent *politieke* leefwereld. Daarmee is discours ook *relationeel*: identiteit en overtuiging zijn geen individueel gegeven, maar altijd afhankelijk van die van anderen.<sup>22</sup> Die afhankelijkheid is nooit het resultaat van rationele consensus, maar van een evenwicht van de relatieve macht van verschillende conflicterende opvattingen. Daarom is agonistisch discours altijd *hegemonisch*: degene met de meeste sociale *macht* bepaalt welke waarheid als rationeel of logisch te gelden heeft.<sup>23</sup> Bovendien is discours altijd *buitensluitend*: het bepaalt wat rationeel is, door te stellen wat irrationeel is; wie 'wij' zijn, door te stellen wie 'zij' zijn. Een belangrijk gevolg is dat al onze identiteiten en denkbeelden, hoe neutraal ze ook mogen lijken, onvermijdelijk verliezers en buitenstaanders creëren.<sup>24</sup> Agonisten zijn daarom kritisch op de liberale democratie, omdat zij zichzelf als enige 'juiste' of 'morele' politieke staatsvorm presenteert, terwijl zij net zo goed verliezers creëert.<sup>25</sup> Toch is juist door de noodzaak van het bestaan van 'het andere' (buiten het discours) volledige hegemonie onmogelijk. Discours laat altijd open wat het *niet* is, en daarom ook wat het mogelijk zou kunnen zijn.<sup>26</sup> Daarmee creëert het een *vrijheid* om het discours dat ons leven bepaalt van binnenuit te bestrijden.<sup>27</sup> Discours is daarom ook altijd *instabiel* en dus *tijdelijk*.

Naast deze beschrijvende rol, vervult strijd ook een sterke normatieve rol: agonisten waarden strijd. Zo heeft strijd een sterke emancipatoire kracht. Door het huidige discours te bestrijden, kunnen sociale 'verliezers' laten zien hoe 'redelijke' opvattingen voor hen uitpakken en hun eigen identiteit en opvatting over het voetlicht brengen.<sup>28</sup> Zo laten activisten in de Afro-Amerikaanse burgerrechtenbeweging of vrouwenbeweging zien dat bepaalde instituties of vaste principes van de liberale cultuur helemaal niet zo inclusief zijn als ze zelf graag doen geloven.<sup>29</sup> Agonisme is dan ook bij uitstek een kritische theorie. Ten tweede geeft strijd mensen met tegengestelde ideeën een soort 'uitlaatklep' om zich te uiten en de hoop om zelf ooit bepalend te worden. Daarmee verandert strijd het antagonisme tussen vijanden naar het agonisme tussen tegenstanders, en wordt de strijd iets gezamenlijks.<sup>30</sup>

18 M. Wenman, *Agonistic Democracy. Constituent Power in the Era of Globalisation*, Oxford: Oxford University Press 2013, p. 3.

19 E.C. Wingenbach, *Institutionalizing Agonistic Democracy: Post-Foundationalism and Political Liberalism*, London: Routledge 2011, p. 21. Voor de overzichtelijkheid ga ik er hier van uit dat agonistische denkers samen één overzichtelijke stroming vormen, hoewel zij in werkelijkheid op punten flink van mening kunnen verschillen.

20 Wingenbach 2011, p. 22 e.v.

21 L. Henderson, *Courts, Crisis and Contestation: Democratic Judicial Decision-Making in Times of Crisis* (diss. Amsterdam VU), Amsterdam: Vrije Universiteit Amsterdam 2018 (hierna: Henderson 2018a), p. 34.

22 Wingenbach 2011, p. 24-25.

23 C. Mouffe, *Agonistics. Thinking the World Politically*, London: Verso 2013, p. 2-3.

24 Mouffe 2013, p. 4.

25 Zie bijvoorbeeld J. Tully, 'The unfreedom of the moderns in comparison to their ideals of constitutional democracy', *The Modern Law Review* (65) 2002, afl. 2, p. 204-228; J. Gray, 'Agonistic Liberalism', in: E. Paul e.a. (red.), *Contemporary Political and Social Philosophy*, Cambridge: Cambridge University Press 1995, p. 111-135.

26 Honig noemt dit de 'restanten' van het hegemonisch discours, B. Honig, *Political Theory and the Displacement of Politics*, Ithaca and London: Cornell University Press 1993, p. 10.

27 Wenman 2013, p. 39, die daarbij sterk op Foucault leunt.

28 T. Fossen, 'Agonistic Critiques of Liberalism: Perfection and Emancipation', *Contemporary Political Theory* (7) 2008, afl. 4, p. 376-394.

29 Denk bijvoorbeeld aan de maatschappelijke waardering die aan arbeidscapaciteit kleef, terwijl de arbeidsmarkt voor bepaalde groepen (vrouwen, gehandicapten, immigranten) juist door onze sociale inrichting minder bereikbaar is.

30 Mouffe 2013, p. 5-18.

Toch kan strijd enkel nieuw discours opleveren.<sup>31</sup> Als je jezelf begrijpelijk wilt maken, zal je immers moeten verwijzen naar het geldende discours. Bovendien zal je niet alleen zeggen dat dit discours jou zou moeten erkennen, maar vooral dat het dat al doet. Agonistische uitspraken zijn *performatief*: ze proberen zichzelf ‘waar’ te laten worden.<sup>32</sup> Dat kan door binnen de inherente ruimte van het discours een nieuwe interpretatie te geven. Zo zal een milieuactivist niet zo snel zeggen ‘Ik zou eigenlijk recht moeten hebben op schone lucht’, maar ‘Ik heb recht op schone lucht, kijk maar naar het recht op leven!’. ‘Twisten’ is dus altijd ‘betwisten’. Dat heeft een belangrijke consequentie: je kan alleen betwisten, door ook te bevestigen. Zo bevestigt de milieuactivist met zijn uitspraak het recht op leven (en uiteindelijk ook dat hij onderdeel is van een gedeelde gemeenschap die hem rechten verleent). En dat recht kan, net als alle opvattingen, slechts buitensluitend zijn, omdat het inherent is bepaald door wat het niet is. Dat leidt tot de zogeheten agonistische paradox: door het discours te bestrijden, kunnen we het enkel in stand houden.<sup>33</sup> Zo blijft het discours constant in flux, waarin nieuwe betekenissen opkomen en worden bevestigd of verworpen, maar altijd hegemonisch zullen blijven. Agonisme heeft dan ook niet zozeer een ‘einddoel’, maar waardeert wel de flexibiliteit of beweeglijkheid van het leven.

### Agonisme heeft niet zozeer een ‘einddoel’, maar waardeert wel de flexibiliteit of beweeglijkheid van het leven

Vanuit politiek-theoretisch perspectief leidt dit alles tot een voorkeur voor democratische vernieuwing. Agonisten zijn bijzonder kritisch op de instituties van de liberale rechtsstaat, die vaststaande grenzen aan ons politieke leven geeft, maar net zo goed hegemonisch is.<sup>34</sup> Democratie geeft daarentegen uiting aan beweging en aan de vrijheid van ieder mens om zich te verzetten. Maar die democratische macht is nooit soeverein: zij kan alleen constitueren binnen de geldende regels en instituties, die bepalen wat überhaupt als democratisch te gelden heeft. Uiteindelijk is het idee van volkssoevereiniteit ook zelf hegemonisch: we constitueren onze eigen legitimiteit

op basis van een ‘wij’, dat altijd anderen uitsluit. Echte legitimiteit kan democratie ook nooit bereiken: op het moment dat zij iets bevestigt, is het alweer hegemonisch geworden.<sup>35</sup>

#### 3.2 Agonistisch recht

Ook agonistisch recht is paradoxaal van aard. Daarbij leunt het sterk op de taal filosofie van Wittgenstein en Derrida. Volgens Wittgenstein zijn al onze sociale uitingen gebonden aan regels die normeren hoe we met elkaar de wereld om ons heen begrijpen. Tegelijkertijd voorkomt de complexiteit van het daadwerkelijke leven dat die regels telkens hetzelfde toegepast kunnen worden.<sup>36</sup> Volgens Derrida komt dat door de ‘alteriteit’ die regels bezitten. Dat is de ‘non-betekenis’ van het woord: we snappen wat iets is, door wat het *niet* is. Daardoor kan de toepassing van een regel nooit helemaal hetzelfde zijn, hoewel we wel altijd naar de vorige toepassing moeten verwijzen. Dat noemt Derrida ‘iterabiliteit’: verandering door herhaling.<sup>37</sup> Dat lijkt enigszins op de common-law-benadering: door de toepassing in nieuwe zaken ontwikkelt het recht zich, terwijl de rechter toch in elke zaak zal zeggen dat het resultaat reeds aanwezig was in de toegepaste regels.

Agonistisch recht maakt dus twee tegenstrijdige bewegingen. Enerzijds deelt recht, als eindproduct van het discours, handelingen op in ‘legaal’ en ‘illegaal’. Daarmee creëert het een rechtsorde, die onze handelingen begrijpelijk maakt en ons leven de benodigde stabiliteit geeft. Maar recht is daarmee ook instrument bij uitstek van de hegemonische macht: het geeft één algemeen geldend antwoord, dat bovendien neutraal en rationeel moet lijken.<sup>38</sup> Agonisten zijn daarom kritisch op recht, en al helemaal op het grond- en mensenrechtenproject van het liberalisme.<sup>39</sup> Dat doet immers voorkomen alsof het zich op een onvermijdelijk traject naar vooruitgang bevindt, terwijl het ook een heleboel vragen openlaat.<sup>40</sup> Waarom pakken sommige rechten vooral goed uit voor de ‘heersende klasse’ (zoals het eigendomsrecht)? Waarom zou het voldoen aan rechten eigenlijk genoeg zijn, en zouden we niet alles radicaal moeten herverdelen?

Anderzijds kan het recht, juist door de opties die het uitsluit, nooit alomvattend zijn. Recht is altijd een beetje ‘onbeslisbaar’, en elke toepassing zal op een bepaalde manier ‘nieuw’ zijn.<sup>41</sup> Recht laat altijd een bepaalde

31 Wingenbach 2011, p. 30 e.v.

32 Zie hierover K. Zivi, *Making Rights Claims. A Practice of Democratic Citizenship*, Oxford: Oxford University Press 2010, p. 14 e.v.

33 Zie B. Honig, ‘Between Decision and Deliberation: Political Paradox in Democratic Theory’, *American Political Science Review* (101) 2007, afl. 1, p. 1-17 over de werking van deze paradox.

34 Mouffe 2013, p. 4.

35 Zie B. van Roermund, ‘Questioning the Law? On Heteronomy in Public Autonomy’, in: A. Schaap (red.), *Law and Agonistic Politics*, Farnham, Surrey: Ashgate Publishing 2009, p. 120-122, over het element van ‘vreemdheid’ of illegitimiteit dat altijd in onze democratische orde zit.

36 L. Wittgenstein, *Philosophical Investigations*, Oxford: Blackwell 1967, nr. 83.

37 J. Derrida, *Limited Inc.*, Illinois: Northwestern University Press 1988, p. 9. Zie hierover uitgebreid Henderson 2018a, p. 37.

38 Zie Witteveen 1991, p. 17: ‘Zeker in het recht staan verhalen in dienst van het streven naar beheersing: ze maken deel uit van de retorische strategieën waarmee de deelnemers aan wat wel de ‘rechtsstrijd’ genoemd wordt zich in de arena bevinden.’

39 Hoe meer recht gepresenteerd wordt als funderend of ‘extern’ aan de politieke strijd, hoe meer deze kritiek zal gelden. Met name natuurrechtsovervattingen zijn agonisten dan ook een doorn in het oog. Zie Wenman 2013, p. 41-44; Gray 1995, p. 122 voor deze kritiek.

40 Bonnie Honig is daarom kritisch op de ‘chrono-logica’ van het rechtenproject; zie B. Honig, *Emergency Politics: Paradox, Law, Democracy*, Princeton: Princeton University Press 2009, p. 14 en 205.

41 L.M. Henderson, ‘Deciding to repeat differently: iterability and decision in judicial decision-making’, *European Journal of Legal Studies* (11) 2018, afl. 1, p. 99 e.v. (hierna: Henderson 2018b).

‘opening’ voor ‘a-legale’ handelingen open: handelingen die door de rechtsorde nog niet als legaal of illegaal zijn aangemerkt.<sup>42</sup> Maar dat soort handelingen verdraagt de rechtsorde niet, en daarom zal in de strijd die a-legale handelingen uitlokken moeten worden uitgemaakt of zij als legaal of illegaal de boeken ingaan. Ook recht is dus constant in ontwikkeling, waarbij haar legitimiteit altijd slechts in de toekomst bevestigd kan worden, maar daarmee weer een vorm van hegemonie oplevert.<sup>43</sup>

Hoewel recht dus dezelfde paradoxale beweging maakt als alle betekenis, speelt het in de politieke strijd om betekenis een bijzondere rol. Recht geeft namelijk de regels voor de strijd waar het zelf ook onderwerp van is: we ontwikkelen de regels van het spel door het te spelen.<sup>44</sup> In onze maatschappij worden die regels gevormd door de traditie van de constitutionele democratie: die dicteren hoe politieke betekenisvorming mag plaatsvinden en binden ons samen als een constitutionele orde, maar tegelijkertijd kunnen die regels zelf zeker niet als vaststaand worden gezien, omdat zij zelf constant onderwerp van debat zijn.<sup>45</sup> Een behulpzaam concept vormt Gallies ‘essentially contested concept’.<sup>46</sup> Dat zijn concepten waarvan de betekenis onvermijdelijk en eindeloos betwist wordt, maar die toch ergens een ongrijpbare, maar gedeelde betekenis hebben.<sup>47</sup> In vergelijkbare zin zijn ook constitutionele concepten als democratie, rechtsstaat en machten *essentially contested*, maar normeren zij wel onze politieke orde.<sup>48</sup>

### 3.3 De agonistische rechter

De rechter volgt dezelfde twee bewegingen als het recht. Enerzijds is de rechter door de orde aangewezen als institutie om definitief te bepalen wat ‘recht’ is, en daarmee de politieke strijd definitief af te sluiten. Door duidelijkheid over de geldende regels in onze orde te verschaffen, vervult hij een onmisbare rol voor onze sociale orde. Door de onbeslisbaarheid van het recht, heeft het recht immers altijd een mens van vlees en bloed nodig.<sup>49</sup> Dat is waarom de rechter ‘rechtspreekt’: de rechter zal oordelen alsof zijn uitspraak altijd al logisch uit het recht volgde, maar dat is eigenlijk pas zo zodra hij dat zegt. Tegelijkertijd zal de rechter nooit legitimiteit aan zijn eigen uitspraken kunnen verschaffen, terwijl hij daarin wel de ene optie boven de ander verkiest. Veel agonistische kritiek op het liberalisme richt

zich dan ook op de prominente rol voor de rechter daarbinnen: het kan wel lijken alsof rechters in staat zijn om geschillen ‘neutraler’ te beslechten dan de politiek, maar dat kan nooit zo zijn.<sup>50</sup> Anderzijds geeft juist die onbeslisbaarheid uiting aan het moment van ‘opening’. Door de uitspraak wordt het recht onvermijdelijk vernieuwd. Dat heeft ook een emancipatoire werking. Door naar de rechter te gaan, kunnen achtergestelde partijen een nieuwe interpretatie van het bestaande recht bepleiten.<sup>51</sup>

Dat brengt de rechter wel in een ongemakkelijke positie: hoe moet hij nu tot een legitieme uitspraak komen, als het recht nooit zijn eigen uitkomst voorschrijft? Het simpele antwoord daarop is: niet. Juist door de onbeslisbaarheid van de regels, is de uiteindelijke uitspraak van de rechter altijd gebaseerd op een *beslissing*, die in zekere zin altijd een zekere vorm van ‘krankzinnigheid’ bezit.<sup>52</sup> Toch is dat wel een vorm van ‘gereguleerde krankzinnigheid’: de uitspraak van de rechter vindt altijd plaats binnen het huidige (rechts)discours.<sup>53</sup> De (motivering van de) uitspraak zal bovendien tot allerlei interpretaties kunnen leiden, zowel in nieuwe uitspraken, als in het bredere sociale discours. En in die nieuwe interpretaties wordt de betekenis van de uitspraak juist weer bevestigd. Ook de legitimiteit van rechterlijke uitspraken ligt, als onderdeel van de paradoxale beweging van betekenisvorming, altijd net een beetje in de toekomst, maar is dus ook weer nooit ver weg.

### 4 Het Nederlandse debat in agonistisch perspectief

Hoewel de inzichten uit paragraaf 3 een bijzonder hoog abstractieniveau hebben, leveren zij, met wat praktische doorvertaling, wel degelijk interessante inzichten op voor het Nederlandse debat. Agonisten nemen namelijk niet zozeer een andere positie in binnen datzelfde debat, maar kiezen een ander vertrekpunt.

Uit paragraaf 2 volgde dat het Nederlandse debat zich afspeelt op een kleurenspectrum tussen democratie en rechtsstaat. In eerste instantie lijken agonisten zich goed aan te kunnen sluiten bij een meer democratische focus op recht en rechter. Ook agonisten, voor wie alle politieke beslissingen een inherent politieke afweging vereisen, leggen het primaat bij de democratische macht en zijn bijzonder kritisch op een

42 H.K. Lindahl, ‘The Opening: Alegality and Political Agonism’, in: Schaap 2009, p. 57-70.

43 Lindahl 2009, p. 62.

44 Wittgenstein 1967, nr. 83.

45 D. Owen, ‘The Expressive Agon: On Political Agency in a Constitutional Democratic Polity’, in: Schaap 2009, p. 71-86.

46 W.B. Gallie, ‘Essentially Contested Concepts’, *Proceedings of the Aristotelian Society* 1955, p. 167-198.

47 Waldron 2002, p. 150-151.

48 Zo ook Waldron over het idee van de *rule of law*, Waldron 2002, p. 153 e.v.

49 Dit noemt Honig de ‘rule of man’ (in paradoxale tegenstelling tot de ‘rule of law’): Honig 2009, p. 86.

50 Zie voor die kritiek Gray 1995, p. 122; Wenman 2013, p. 77-79; Mouffe 2013, p. 3.

51 Henderson 2018a, p. 165.

52 Derrida 1992, p. 25.

53 E. Laclau, ‘Deconstruction, Pragmatism, Hegemony’, in: C. Mouffe (red.), *Deconstruction and Pragmatism*, London: Routledge 1996, p. 58. Zie ook Henderson 2018b, p. 99.

constitutionele orde waarin beslissingen op grond van externe gronden door rechters worden genomen. Die beslissingen kunnen wel rationeel of neutraal lijken, maar zijn dat nooit. Zo zijn in de *Urgenda*-beslissing allerlei impliciete keuzes gemaakt: waarom is het de overheid die maatregelen moet nemen? En waarom indirect ook op kosten van hen die op dit moment meer belang hebben bij werk of huisvesting? Waarom moet het milieu beschermd worden op basis van een *mensen-recht*? En vooral: waarom is het de rechter die op deze vragen antwoord mag geven? Toch laten agonisten zien dat ook een rechtsorde waarin de rechter ‘slechts’ het democratisch gelegitimeerde recht toepast, niet alleen onmogelijk is, maar ook zelf altijd illegitiem zal zijn. Zodra constituerende macht zich vertaalt in een definitieve beslissing, wordt daarmee hegemonie gevestigd. Het benadrukken van de democratische wil van het volk heeft iets misleidends: het verleent de illusie van legitimiteit aan keuzes die altijd exclusieve effecten hebben. Ook dat volgt vrij duidelijk uit de *Urgenda*-zaak, waarbinnen een eventuele ‘meerderheidswens’ kan leiden tot catastrofale gevolgen voor natuur, ontwikkelingslanden of toekomstige generaties.

Hier zijn we dus weer aangekomen bij de bekende tegenstelling tussen democratie en rechtsstaat. Maar in plaats van daarin zelf een standpunt in te nemen, erkent de agonistische theorie simpelweg dat in onze politieke orde zowel democratie als rechtsstaat legitimiteit claimen, maar beide nooit echt kunnen krijgen. Agonisten zijn juist geïnteresseerd in de paradoxale *beweging* die deze tegenstelling creëert. Daarbinnen ontstaat een soort *belofte* op legitimiteit, die weliswaar nooit ingelost kan worden, maar die ons toch een gedeeld begrip van onze rechtsorde oplevert. Door deze andere insteek komen de gedeelde uitgangspunten van het Nederlandse debat in een ander licht te staan.

**Binnen de agonistische wereld, waarin democratie en rechtsstaat constant met elkaar in spanning zijn, kan van een nette scheiding tussen recht en politiek geen sprake zijn**

#### 4.1 *Recht, rechtsvorming en rechtsbescherming*

Zo kan binnen de agonistische wereld, waarin democratie en rechtsstaat constant met elkaar in spanning zijn, van een nette scheiding tussen recht en politiek geen sprake zijn. Door de onbeslisbaarheid van het recht vereist *elke* uitspraak een vorm van inherent politieke rechtsvorming. Dat is onvermijdelijk illegitiem, maar biedt tegelijkertijd weer een mogelijkheid voor diegenen die de gang naar de rechter wagen om de illegitimitéit te betwisten die in de huidige rechtsorde besloten ligt. Dat leidt tot een soort dubbel begrip van rechtsbescherming. Naast burgers in hun huidige rechten te beschermen, biedt het recht ook een belofte van vernieuwing: wat nu nog geen recht is, kan nog komen; wie nog niet beschermd wordt, wordt dat in de toekomst wellicht wel. Rechtsbescherming en rechtsvorming zijn dus inherent met elkaar verbonden. Toch zal de rechter, die voor zijn eigen legitimiteit afhankelijk is van het geldende discours, altijd doen alsof zijn uitspraak altijd al in het recht besloten lag. Daarom is de vraag of de rechter in een uitspraak als *Urgenda* al dan niet aan rechtsvorming doet vanuit agonistisch perspectief een doodlopend spoor. Die vraag valt door alle partijen naar eigen inzicht te beantwoorden, maar verhult juist daardoor wat er nu echt gebeurt. Vanuit agonistisch perspectief is elke uitspraak nu juist een paradoxale vorm van politieke rechtsvorming door juridische bevestiging.<sup>54</sup>

#### 4.2 *De rol van de rechter in de trias*

Deze inherent rechtsvormende rol van de rechter sluit de gangbare opvatting van de *trias* als *machtenscheiding* uit. De rechter bevindt zich altijd samen met de wetgever en het bestuur (dat door uitvoering ook een eigen interpretatie van het recht geeft) in een inherent politieke dynamiek waarin de afbakening tussen politiek en recht juist tot stand komt. Die dynamiek verloopt bovendien altijd conflictueus. De rechter zal altijd proberen zijn oordeel zo te formuleren dat het logischerwijs uit het recht voortvloeit, net als dat de wetgever zal stellen dat dit oordeel een politieke afweging vereist waarvoor hij bij uitstek gelegitimeerd is. Je kan politieke actoren dus wel in netjes afscheiden hokjes stoppen, maar die zullen ze altijd proberen op te rekken, met een ‘maar dat is toch mijn functie!’ toe. Of in de woorden van Madison: ‘[i]f men were angels, no

<sup>54</sup> Zie in vergelijkbare zin P. Le-franc, ‘Het Urgenda-vonnis/-arrest is (g)een politieke uitspraak (bis)’, *NJB* 2018/474, afl. 9, p. 596-603, op p. 603.

government would be necessary'.<sup>55</sup> Agonisten zijn dan ook meer geïnteresseerd in de vraag hoe, gegeven de inherent politieke omgeving waarin we onszelf bevinden, kan worden gekomen tot pluralisme en vernieuwing.

Binnen onze huidige constitutionele traditie bepaalt het ideaal van de *trias politica* wat als legitieme invulling van de politieke orde te gelden heeft. Daar hebben we het in zekere zin mee te doen. Tegelijkertijd is die norm zelf constant in ontwikkeling, omdat instituties altijd met hun eigen agenda zullen trekken aan de betekenis van onze politieke waarden, beginselen en rechten. Daarmee ontstaat juist het spanningsveld waarbinnen ze kunnen worden ontwikkeld.<sup>56</sup> Bij dit alles past een fundamenteel andere opvatting van de *trias politica*, namelijk eentje van een *evenwicht* van machten.<sup>57</sup> Daarbinnen worden staatsmachten juist aangemoedigd zich actief te bemoeien met de andere om elkaar zo in balans te houden. Het gaat dan meer om *checks and balances*: 'Ambition must be made to counteract ambition'.<sup>58</sup>

## Binnen een opvatting van de *trias politica* als een *evenwicht* van machten worden staatsmachten juist aangemoedigd zich actief te bemoeien met de andere om elkaar zo in balans te houden

Vanuit agonistisch perspectief betekent die balans dat door de conflicterende opvattingen van de verschillende deelnemers een gedeeld besef ontstaat van de voorwaarden van onze constitutionele democratie, waaronder de verschillende taken van onze de staatsmachten. Die balans is nooit constant. De functionele overlap biedt immers de ruimte én de aansporing voor alle partijen om de regels in hun eigen voordeel te vernieuwen. Toch bindt die balans de partijen wel samen. Wil een uiting van de rechter als legitiem te gelden hebben, dan zal hij deze moeten formuleren naar de geldende regels en omgangsvormen; of bereid zijn het risico te nemen zijn eigen legitimiteit te ondermijnen. Dat betekent dat de rechter zich strategisch zal moeten opstellen: wil hij een bepaalde vernieuwing doorvoeren, dan zal hij moeten beargumenteren dat dat onder het huidige recht valt, maar soms zal hij liever eieren

voor zijn geld kiezen, en beargumenteren dat dat juist niet zo is.<sup>59</sup> Door die afhankelijkheid houden de staatsmachten de 'gezamenlijkheid' van het project in stand.<sup>60</sup> Gebeurt dat niet, dan vervalt het agonisme tussen staatsmachten al snel in antagonisme en brokkelt de legitimiteit van de politieke orde snel af. Daarvoor hoeft men niet al te ver over de grens te kijken.

### 4.3 De rol van de rechtswetenschapper

Wat betekent dit alles nu voor de rol van 'ons' (staats)rechtswetenschappers? Het Nederlandse debat is doorgaans argumentatief en normatief. (Staatsrecht)juristen zoeken daarbinnen naar normatieve principes zoals 'democratie verschaft legitimiteit' en passen die toe in uitspraken als 'De rechter gaat hier te ver!' Vanuit agonistisch perspectief is dat typisch de rol van de *deelnemer* aan de politieke strijd om betekenisvorming. Dat is op zich niet erg, omdat juist door de handelingen van de deelnemers de strijd ontstaat waarin vernieuwing mogelijk is. Zo ontstaat juist in het debat over de rechtsvormende rol van de rechter iets van een gedeeld idee over die rol, ondanks dat de daadwerkelijke invulling nu juist het onderwerp van het debat is. Ook de rechtsvormende rol van de rechter is zo een *essentially contested concept*. Dat is ook wel goed herkenbaar aan het Nederlandse debat. Iedere auteur poneert zijn eigen opvatting als de juiste, maar de onschuldige toeschouwer zal niet gemakkelijk op kunnen maken wie er nou 'gelijk' heeft. Daarmee onderscheidt de jurist zich wel weer lastig van andere deelnemers, zoals rechters, Kamerleden, burgers, activisten of opiniemakers, die allemaal onderdeel zijn van het proces van betekenisvorming. De uitspraken van deze deelnemers zijn allemaal slechts even 'waar' als ze er zelf gezamenlijk van maken, omdat het discours dat zij produceren zelf bepaalt welke uitspraken als 'correct' of 'incorrect' te gelden hebben. Daarmee geven zij wel gezamenlijk vorm aan de rol van de rechter, maar kunnen daarmee alleen maar een hegemonisch narratief produceren, dat ook weer allerlei opties 'onterecht' uitsluit.

Als het Nederlandse debat bestaat uit deelnemers die met de kleuren van het kleurenspectrum schilderen, dan is de agonist eerder een kunstcriticus. In plaats van zelf normatieve stellingen voor te schrijven (die immers geen grond kunnen hebben), analyseren agonisten hoe betekenis, identiteit en instituties tot stand komen en vormgeven aan ons sociale leven, en bekritisieren zij de onver-

55 James Madison, *Federalist Papers*, nr. 51.

56 Zie in zoveel woorden Witteveen 1991, p. 58: 'Wie machts-evenwicht roept, vertrouwt erop dat het mogelijk is de dynamiek van de maatschappelijke ontwikkeling in een stabiel evenwicht te vertalen, zodat tegelijk een herkenbare politieke en constitutionele orde ontstaat en nieuwe mogelijkheden open blijven'.

57 Zie over de verschillen in deze opvattingen binnen de *trias politica* Witteveen 1991, p. 22 e.v. Zie ook P. Cane, *Controlling Administrative Power: An Historical Comparison*, Cambridge: Cambridge University Press 2016, p. 4 e.v. Zie over de relatie tussen agonistische theorie en de *trias politica* Wenman 2013, p. 116-118.

58 James Madison, *Federalist Papers*, nr. 51.

59 Zie over de strategische dimensie van rechtspraak G. Boogaard, 'De geheime politieke rol van de rechter. Over institutionele Realpolitik', in: Nieuwenhuis e.a. 2011, p. 17-30.

60 Zie over die afhankelijkheid ook Witteveen 1991, p. 22.

middeljarige buitensluitende effecten daarvan. Daarmee ligt het normatieve kader van het Nederlandse debat zelf ook op de tafel voor een kritische analyse. Onze constitutionele traditie trekt de grens van ‘geaccepteerde’ bijdragen aan het debat doorgaans langs de lijn van onze constitutionele regels: je mag binnen onze democratie kritiek hebben, maar niet op de instituties van de democratische rechtsstaat zelf, die als vaststaand te gelden hebben.<sup>61</sup> In de agonistische wereld zijn de regels van het spel daarentegen expliciet onderdeel van de strijd. Die omgangsregels zijn weliswaar nodig om richting en gedeeld begrip te geven aan het debat, maar zijn zelf nergens anders op gebaseerd dan op dat debat zelf. De stelling dat kritiek op de rechterlijke macht categorisch gevaarlijk zou zijn,<sup>62</sup> is vanuit agonistisch perspectief dan ook zelf hegemonisch.

## Agonisten dagen ons uit een stapje terug te zetten, en in plaats van onze eigen normatieve principes vanuit een intern perspectief toe te passen, kritisch te kijken naar die principes

### 5 Slotbeschouwing

Na het lezen van agonistische literatuur blijft de lezer soms achter met een wat unheimisch gevoel. Als de wereld geen antwoorden geeft, onze overtuigingen slechts het gevolg zijn van het huidige discours en alles wat we ooit bij kunnen dragen alleen maar tot nieuwe uitsluiting kan leiden, wat moeten we dan nog?

Dat unheimische gevoel is ergens een kracht. Agonisten dagen ons uit een stapje terug te zetten, en in plaats van onze eigen normatieve principes vanuit een intern perspectief toe te passen, kritisch te kijken naar die principes. Waar komen ze vandaan? En sluiten ze misschien ook opties buiten, hoewel we ze zelf zo logisch en vooruitstrevend vinden? Toch zal dat kritische perspectief voor veel mensen niet voldoende zijn. Hoewel onze waarden uiteindelijk moeilijk op iets anders te baseren zijn dan onze eigen overtuiging, geloven we toch echt dat onze democratische rechtsstaat het verdedigen waard is. Agonisten waarderen strijd en kritiek, ook op de geldende regels en institu-

tionele inrichting, maar wat moeten we nu met een rechtsorde waarbinnen de balans tussen de *trias politica* is verstoord, rechters de mond wordt gesnoerd en kritiek op de heersende macht juist niet meer mogelijk is? Dat legt een gevoelig punt bloot in de agonistische literatuur. Ook agonisten hebben immers hun idealen (pluralisme, beweging, strijd), en sommige politieke ordes voldoen daar ongetwijfeld meer aan dan andere (dictatoriale staten zullen in ieder geval niet erg hoog scoren). De kritisch-analyserende positie maakt het echter lastig die waarden zelf voor te schrijven, zonder weer in een nieuw soort normatief liberalisme te vervallen.<sup>63</sup>

Hoewel deze bijdrage deze vragen uiteraard niet kan beantwoorden, sluit ik af met een iets optimistischere noot over het Nederlandse debat. Agonisten gaan er al snel vanuit dat deelnemers aan de politieke strijd vanuit hun eigen positie en belangen proberen het discours naar hun hand te zetten. Balans en samenwerking zijn dan vooral een resultaat van de strategische verplichting te voldoen aan het geldende narratief: wie met zwart kleurt (en bijvoorbeeld roept dat we alle rechters maar moeten ontslaan), zal lelijk afsteken en snel stilvallen. Dat is ongetwijfeld gedeeltelijk waar: wie zijn ogen sluit voor de elementen van macht en eigenbelang waarvan onze politieke orde doordrongen is, praat die orde al snel naar de mond. Tegelijkertijd gaat die duiding voorbij aan onze beleving van noties als rechtvaardigheid of empathie. De gemiddelde rechter heeft helemaal niet de intentie om de politieke strijd hegemonisch af te sluiten, maar probeert juist met zijn menselijke inlevingsvermogen tot een juiste oplossing te komen. Hetzelfde geldt voor de rechtswetenschapper die met overtuiging voor grondrechten of juist voor democratische legitimatie strijdt en uiteindelijk ook voor de agonistische wetenschapper zelf.<sup>64</sup> Die mentaliteit is deels te verklaren door de noodzaak te verwijzen naar de regels van de sociale werkelijkheid waarin we leven en het is nuttig stil te staan bij de keerzijden daarvan. Toch bezit ieder mens klaarblijkelijk het vermogen (dat Arendt als de ‘verbeelding’ aanduidt<sup>65</sup>) om, weliswaar vanuit onze eigen positie, toch boven die positie uit te stijgen en een politieke aspiratie voor onze samenleving te koesteren. Wie vanuit dat perspectief naar het Nederlandse debat over de rol van de rechter kijkt en ziet dat we al twistend gezamenlijk die rol vormgeven, krijgt dan toch wat meer hoop.

61 Zie bijvoorbeeld de Raad van State: ‘Wie de rechterlijke institutie als zodanig aanvalt, miskent de betekenis van de functionele scheiding en spreiding van de staatsmachten en de balans die moet bestaan tussen de instituties die daaraan invulling geven’. Raad van State, *Jaarverslag 2019* (<https://jaarverslag.raadvanstate.nl/2019/wp-content/uploads/sites/7/2020/05/Raad-van-State-jaarverslag-2019.pdf>), p. 10.

62 Zie bijvoorbeeld Barbara Oomen in: R. Rutten, ‘De rechtspraak kan beter, maar de politiek ook’, *NRC* 9 maart 2020: ‘ze vreest dat de hoorzitting [van de Tweede Kamer over de rol van de rechter] bijdraagt aan een “gevaarlijk debat” waarin rechters de zondebok worden [...]’. Zie ook J.C.A. de Poorter, ‘Is Nederland verworpen tot een dikastocratie?’, *NTB* 2020/49, p. 113.

63 Dat leidt uiteindelijk tot de ingewikkelde vraag of agonisten zogenaamde ‘agonistische’ praktijken of instituties kunnen voorschrijven. Zie voor een introductie in dat debat: V. Lowndes & M. Paxton, ‘Can agonism be institutionalised? Can institutions be agonised? Prospects for democratic design’, *The British Journal of Politics and International Relations* (20) 2018, afl. 3, p. 693-710.

64 Zowel Mouffe als Connolly pleiten daarom voor een agonistische attitude van respect of ‘openheid’, zie C. Mouffe, ‘Deliberative Democracy or Agonistic Pluralism’, *Social Research* (66) 1999, afl. 3, p. 745-758, p. 755; W.E. Connolly, *The Ethos of Pluralization*, Minneapolis MN: University of Minnesota Press 1995, p. 27 e.v.

65 H. Arendt, *Lectures on Kant’s Philosophy. Edited and with an Interpretative Essay by Ronald Beiner*, Chicago: The University of Chicago Press 1992. Zie daarover uitgebreid L.M.G. Zerilli, ‘“We feel our Freedom”. Imagination and Judgment in the Thought of Hannah Arendt’, *Political Theory* (33) 2005, afl. 3, p. 158-188.