

# Recht, onrecht, gerechtigheid

Peter van Schilfgaarde\*

## Inleiding

Vraagt men de ontwikkelde leek wat recht is, dan zal het antwoord meestal zijn dat het recht bestaat uit regels die in een bepaald land of gebied gelden en waaraan men zich heeft te houden. Ook de vraag waarom men zich aan die regels moet houden, zal hij kunnen beantwoorden. Men moet zich daaraan houden, zal hij zeggen, omdat men anders met de politie of de deurwaarder te maken krijgt. In het ergste geval belandt men in de gevangenis of gaat men failliet. De jurist, vakman, zal aan deze omschrijving nog enkele verfijningen toevoegen. Hij zal erop wijzen dat er meer rechtsgebieden zijn dan alleen het strafrecht en het vermogensrecht. Hij zal spreken over de manier waarop rechtsregels tot stand komen, over de regels die de handhaving van materiële regels moeten waarborgen, over de rol van de overheid en van de rechter, misschien ook over de rol van de rechtsliteratuur en de rechtsgeleerdheid. De verfijningen kunnen bijdragen tot een beter inzicht in het maatschappelijk verschijnsel, dat wij recht plegen te noemen, maar tasten de voorstelling van de leek niet aan.

Moeilijker wordt het wanneer de rechtstheoreticus zich met de zaak gaat bemoeien. Wat aanvankelijk voorstelling mocht heten en als verschijnsel kon worden gekend, wordt nu een concept waarvan de grenzen moeten worden bepaald. Uit de geschiedenis van de rechtstheorie weten wij hoe moeilijk dat is. Waar ligt de grens tussen recht en ethiek? Hoort het traditioneel bepaalde gewoonterecht er ook bij? Wat is de status van gedragscodes? Is een noodzakelijke voorwaarde voor de kwalificatie als 'recht' dat de overheid bemoeienis heeft gehad met de totstandkoming van de regels? Een antwoord op al deze vragen is te geven, maar de ervaring leert dat daarbij weinig antwoorden zijn die een ieder bevredigen.

\* Emeritus hoogleraar handelsrecht en ondernemingsrecht te Groningen en Utrecht, advocaat te Den Haag.

Ten slotte de meest verwarrende, nijpende vraag, een vraag waarmee de grens naar de rechtsfilosofie wordt overschreden: kan recht onrecht zijn? Aan de lezer – ontwikkelde leek, jurist, rechtstheoreticus of rechtsfilosoof – laat ik het oordeel of dit een echte vraag is of een strikvraag. Wie geneigd is de vraag als een echte vraag op te vatten, zal over het antwoord aarzelen. Bewust of onbewust zal hij zich het principium contradictionis van Aristoteles voor de geest halen: iets kan niet tegelijk waar en onwaar zijn. Recht kan dus geen onrecht zijn. Of moet hier het adagium van Protagoras gelden: ook het tegendeel is waar? Voor de rechtspositivist en vele anderen zal het antwoord makkelijk zijn: dit is geen echte vraag, maar een strikvraag, een taaltruc, waarin woorden worden gebruikt in schuivende betekenissen. De echte vraag is of onrecht zich als recht kan doen gelden. Dan nog is het geen serieuze vraag, want niemand weet wat onrecht is. Een rationeel antwoord is op die vraag niet te geven.

Ik moet bekennen dat ik door deze sceptische reacties – waarop ik zo gauw geen weerwoord heb – enigszins in verlegenheid word gebracht. Want juist deze vraag: ‘Kan recht onrecht zijn?’ had ik aan deze beschouwing ten grondslag willen leggen. Daarbij had ik uit willen gaan van de – niet zo revolutionaire – gedachte dat recht een product is van de rede en in zoverre als een rationeel verschijnsel mag worden aangeduid. Aan deze gedachte hecht ik. Ik besef nu dat ik voorzichtig moet zijn met deze aanpak en dat ik ook de vraag die ik voorop had willen stellen, behoedzaam moet benaderen. Wat mag ‘rationeel’ heten? In het dagelijks spraakgebruik staat rationeel tegenover irrationeel. Een gedachtegang is rationeel wanneer hij verstandelijk te volgen is. In de filosofie valt het accent op de term ‘ratio’, waarvan ‘rationeel’ is afgeleid. Deze ratio, *rede* in het Nederlands, *reason* in het Engels, *Vernunft* in het Duits, heb ik op het oog. Maar wat betekenen die termen? Men weet dat de betekenis wisselend is. Meestal wordt met deze termen verwezen naar een bovenverstandelijk, soms ook ‘bovenpersoonlijk’ vermogen. Bij Hegel is ‘Vernunft’ de grond van alle zijn. Bij Kant van alle kennis. Andere betekenissen vindt men bij Spinoza, Thomas, Aristoteles, Plato en vele anderen. Wil ik de term ‘rationeel’ gebruiken, dan zal ik duidelijk moeten maken welke betekenis ik daaraan hecht en hoe die zich tot andere betekenissen verhoudt. Aan het slot van deze beschouwing kom ik hierop terug.

Dan opnieuw: ‘Kan recht onrecht zijn?’ Ik moet toegeven dat de vraagstelling misverstand kan wekken. Mijn bedoeling is niet te vragen of onrecht iets *is*, dat begrepen kan zijn in iets anders, waarvan ook gezegd kan worden dat het iets *is*. Dat zijn ontologische of conceptuele vragen, die ik zo veel mogelijk aan anderen wil overlaten. In dit artikel wordt in elk geval een andere aanpak gekozen. Uitgegaan wordt van het gegeven dat in de maatschappij, zoals wij die kennen, een verschijnsel is aan te wijzen dat wij – de afbakening daargelaten – recht noemen. Waar te nemen is dat dit recht, dat

tot op zekere hoogte het gedrag van mensen bepaalt, zowel in formeel als in materieel opzicht aan voortdurende verandering onderhevig is. Vastgesteld kan verder worden dat over de inhoud van het recht in een bepaalde gemeenschap een zekere consensus bestaat, maar dat de werking daarvan door degenen die er door worden geraakt, heel verschillend wordt ervaren. Tegen deze achtergrond stel ik de vraag of recht onrecht kan zijn. Kan de rede tot een dergelijke ontsporing leiden? Een veel aangehangen opvatting is dat recht gericht moet zijn op de verwezenlijking van gerechtigheid. Maar wat is dan gerechtigheid? Misschien moet ik die vraag, die meer past in het gebruikelijke rechtsfilosofische patroon, tot uitgangspunt nemen. Hebben niet alle filosofen daarmee geworsteld? En heeft niet Hans Kelsen, fakkeldrager van het rechtspositivisme, aan deze vraag een boeiende, niet te missen monografie gewijd?<sup>1</sup>

### **Kelsen over gerechtigheid**

Tegen de achtergrond van Kelsens 'Was ist Gerechtigkeit?' zal ik proberen mijn gedachten verder te ontwikkelen. Het werk bestaat uit negen korte hoofdstukken. Volgens de inhoudsopgave behandelen het eerste en het derde hoofdstuk verschillende aspecten van de 'Gerechtigkeit' als 'Problem'. Dat is verrassend. Ik had mij nog niet gerealiseerd dat men gerechtigheid als een 'probleem' kan opvatten. Wel dat men zich daarover problemen kan maken. Is het een probleem of een vraag? Schoordijk schrijft ergens dat het recht vooral een opgave is.<sup>2</sup> Dat spreekt mij aan. Gerechtigheid als opgave dus. Misschien is dat wat Kelsen bedoelt.<sup>3</sup> Als gerechtigheid een opgave is, dan is de kernvraag hoe een mens zich moet gedragen om aan die opgave te voldoen. Aldus ook Kelsen in de openingszinnen van zijn werk: 'Denn ein Mensch ist gerecht, wenn sein Verhalten einer Ordnung entspricht, die als gerecht gilt.' Even verder schrijft hij: 'Gerechtigkeit ist gesellschaftliches Glück, ist das Glück, das eine gesellschaftliche Ordnung garantiert.' Het uitgangspunt van Kelsens beschouwingen is hiermee vastgelegd. Op de achtergrond ligt nog steeds de vraag hoe de mens moet handelen om aan dat 'maatschappelijk geluk' bij te dragen. Overigens realiseert Kelsen zich dat met deze openingszinnen de kernvraag niet is beantwoord. Zij is alleen verschoven. Want de vraag is nu: wat is 'Glück'?

1 Kelsen 1953: Hans Kelsen, *Was ist Gerechtigkeit?*, Wien: Franz Deuticke 1953. Ik citeer uit de Reclam-uitgave van 2000.

2 Schoordijk 2003, p. 23.

3 *Probleem, opgave, vraag*. Denk niet dat dit een woordenspel is. In zijn mooie, korte voorwoord, dat de mens achter de rechtsfilosoof laat zien, spreekt Kelsen over Gerechtigheid als 'die ewige Frage der Menschheit'. Kelsen 1953, p. 9.

Dat dit geluk – ik zal nu verder deze Nederlandse term gebruiken – niet de individuele gelukservaring van ieder mens afzonderlijk kan zijn, heeft Kelsen door de toevoeging ‘maatschappelijk’ al aangegeven. Volgens Jeremy Bentham voldoet een maatschappelijke ordening aan het criterium van de gerechtigheid wanneer zij het grootst mogelijke geluk voor een zo groot mogelijk aantal mensen beoogt te bevorderen. Kelsen citeert deze definitie en spreekt vervolgens over de ‘Wunsch nach Gerechtigkeit’. Deze is zo elementair, schrijft Kelsen, zo diep geworteld in het hart van de mens, omdat hij slechts de uitdrukking is van zijn onverwoestbare wens naar zijn eigen, subjectief geluk.<sup>4</sup> Voor Kelsen is de conclusie onontkoombaar: de idee geluk moet een radicale verandering van betekenis ondergaan om een sociale categorie, het geluk van de gerechtigheid te worden.<sup>5</sup> Deze conclusie lijkt mij juist, maar alleen wanneer men vooropstelt, zoals Kelsen doet, dat ook gerechtigheid een sociale categorie is. Geluk en gerechtigheid worden in Kelsens benadering, welhaast in Hegeliaanse zin – n’ en *déplaise* Kelsen, die deze gedachte vermoedelijk zou verafschuwen – tot maatschappelijk geluk en maatschappelijke gerechtigheid ‘opgeheven’.

Hoe dit laatste ook zij, via deze stap legt Kelsen de verbinding tussen gerechtigheid en maatschappelijke ordening. De idee der gerechtigheid ontwikkelt zich tot een principe van maatschappelijke ordening. Het gaat dan om die maatschappelijke ordening die de belangen beschermt die door de meerderheid van degenen die aan die ordening zijn onderworpen, als beschermenswaardig worden erkend.<sup>6</sup> De kernvraag is vervolgens welke belangen deze beschermingswaarde hebben en wat de rangorde van de in aanmerking te nemen waarden en belangen is. Kelsen wijst erop dat zich in de maatschappij steeds belangenconflicten voordoen. Hij merkt op dat juist daardoor gerechtigheid tot een probleem – ik zou zeggen ‘opgave’ – wordt. Waar geen sprake is van belangenconflicten, zo stelt Kelsen, bestaat geen behoefte aan gerechtigheid. Men merke op dat gerechtigheid langs deze weg geheel aan belangenconflicten wordt opgehangen en in zoverre al geobjectiveerd wordt. Maar de waardeoordelen, die aan de belangenconflicten ten grondslag liggen, kunnen niet worden geobjectiveerd. Volgens Kelsen worden die oordelen in laatste instantie door emotionele factoren bepaald en hebben zij daardoor een hoogst subjectief en relatief karakter.<sup>7</sup> Daarmee wordt ook de rangorde der waarden tot een subjectieve aangelegenheid gereduceerd<sup>8</sup> en de gerechtigheid, zoals wij zagen, tot een probleem.

4 Kelsen 1953, p. 14.

5 Kelsen 1953, p. 14.

6 Kelsen 1953, p. 15.

7 Kelsen 1953, p. 15.

8 Kelsen 1953, p. 20.

Kelsen stelt de vraag aan de orde of een en ander meebrengt dat ieder individu zijn eigen waardesysteem heeft. Dat is niet zo, schrijft hij. Er zijn waarden die in een bepaalde gemeenschap of maatschappij algemeen aanvaard worden. Maar dat in een bepaalde gemeenschap veel individuen overeenstemmende waardeoordelen hebben bewijst niet dat dit oordeel juist of in objectieve zin geldig is. Toch wordt dat volgens Kelsen vaak zo gesteld. Kelsen verklaart dit uit de eigenaardigheid van de mens dat hij een geweten heeft. Hier sta ik opnieuw voor een verrassing. Een geweten kan men zich aanmeten. Voor mijn begrip blijft niettemin het geweten een hoogst subjectieve aangelegenheid. Kan dit geweten de basis zijn voor de objectieve geldigheid van overeenstemmende waardeoordelen? Kelsens verklaring wordt duidelijker wanneer men leest wat hij in deze samenhang onder geweten verstaat. Kort gezegd: een diepgewortelde behoefte van de mens om zijn gedrag rationeel te rechtvaardigen. In dit verband komt de verhouding tussen middel en doel ter sprake. Is in bepaalde gevallen gevangenisstraf of doodstraf het meest geschikte middel om het doel, het bestrijden van ernstige misdrijven, te rechtvaardigen? In beginsel zou het mogelijk moeten zijn deze vraag op rationele gronden te beantwoorden. Maar in de praktijk lukt dat niet. Onze kennis van maatschappelijke processen is ontoereikend en de mogelijkheden om te experimenteren zijn beperkt. Bovendien ontkomt men niet aan de vraag of het doel in absolute zin te rechtvaardigen is. En juist op die vraag is geen rationeel antwoord te geven. Het geweten moet hier spreken en het geweten geeft, zo schrijft Kelsen, geen rationele antwoorden. Dus toch niet! Per saldo zijn er volgens Kelsen maar twee mogelijkheden. De eerste is dat men terugvalt op de religie om de gezochte rechtvaardiging, dat wil zeggen de absolute gerechtigheid te vinden. De tweede is dat men vertrouwt op de menselijke rede (*Vernunft*). Daarop wordt dan een beroep gedaan om de fundamentele principes op het spoor te komen. Maar de zo bepaalde principes worden volgens Kelsen in waarheid door emotionele elementen van het bewustzijn gevormd. Het is niet verwonderlijk, zo besluit Kelsen dit deel van zijn beschouwing, dat de talrijke gerechtigheidstheorieën, die vanaf de vroegste tijden tot op heden naar voren zijn gebracht, zich tot twee grondvormen laten reduceren: een ‘metafysisch-religieus’ type en een ‘pseudorationalistisch’ type.<sup>9</sup>

Hoe nu verder? Kelsen bespreekt de metafysische beschouwingen van Plato en Jezus. Bij Plato valt de idee der gerechtigheid samen met de idee van het goede en daarvan kan geen begripsmatige kennis verkregen worden. De idee van het goede kan alleen als een soort mystieke ervaring, die alleen aan sommigen ten deel valt, geschouwd worden. Aldus – verkort – Kelsens weergave van Plato’s stellingen. In de prediking van Jezus – in het Nieuwe

9 Kelsen 1953, p. 27.

Testament derhalve – ligt aan de ware gerechtigheid het principe van de liefde ten grondslag. Niet echter de gewone, menselijke liefde maar Gods liefde, een geheim, waaraan men slechts door het geloof deel kan hebben. Kelsen wijst op de opvallende overeenstemming tussen de leer van Plato en Jezus' prediking, op dit punt. Dan de pseudorationalistische opvattingen. Kelsen betoogt dat zij alle teruggaan op 'lege formules'. Kort bespreekt hij in dit verband de opvattingen die uitgaan van de formules: 'ieder het zijne', 'kwaad met kwaad, goed met goed vergelden' en 'gelijkheid'. Het zijn allemaal lege formules, zegt Kelsen, want de vraag is nu juist wat 'het zijne' is, wat 'kwaad' en wat 'goed' is, wat 'gelijkheid' inhoudt tussen ongelijke mensen. Onbruikbaar is ook de 'gulden regel' dat je een ander niet moet aandoen wat je niet wilt dat jou wordt aangedaan. Deze leidt tot de absurde consequentie dat men degene die zich niet aan die formule houdt niet kan bestraffen, want niemand wil bestraft worden. Aldus Kelsen. In het kort worden ook de hoofdgedachten van Aristoteles, Kant en diverse varianten van het natuurrecht besproken. Ook deze opvattingen lossen volgens Kelsen het probleem der gerechtigheid niet op.

Kelsen besluit zijn beschouwingen met de verzuchting dat hij op de vraag wat gerechtigheid is, geen antwoord heeft gegeven en ook niet kan geven. Als wij uit het verleden iets kunnen leren, dan is het dat de menselijke rede alleen relatieve waarden kan 'begreifen', zo schrijft Kelsen. En dat betekent dat het oordeel, waarmee iets in overeenstemming met de gerechtigheid wordt verklaard, nooit de pretentie kan hebben dat een tegengesteld waardeoordeel wordt uitgesloten. 'Absolute Gerechtigkeit ist ein irrationales Ideal.'<sup>10</sup> In de slotalinea spreekt hij over 'die absolute Gerechtigkeit, dieser schöne Traum der Menschheit'.<sup>11</sup> Wat overblijft, is een relativistische gerechtigheidsfilosofie. Deze neemt tot uitgangspunt dat het in de maatschappij steeds gaat om menselijke belangen en daarmee om belangenconflicten. Voor de oplossing daarvan staan niet meer dan twee wegen open: het ene belang ten koste van het andere bevredigen, of een compromis tussen de twee belangen tot stand brengen. Het is niet mogelijk te bewijzen dat alleen de ene, niet de andere oplossing in overeenstemming met de gerechtigheid is.

'Wenn sozialer Friede als höchster Wert vorausgesetzt wird, mag die Kompromisslösung als gerecht erscheinen. Aber auch die Gerechtigkeits des Friedens ist nur eine relative, keine absolute Gerechtigkeits.'<sup>12</sup>

<sup>10</sup> Kelsen 1953, p. 49.

<sup>11</sup> Kelsen 1953, p. 52.

<sup>12</sup> Kelsen 1953, p. 49.

## Maatschappelijke gedragsnorm en geweten

Heel verrassend is Kelsens slotsom niet. Het daaraan voorafgaande betoog vertoont echter opvallende kanten. Mij valt in de eerste plaats op dat Kelsen gerechtigheid ziet en blijft zien als een maatschappelijke gedragsnorm. Dat dit zijn uitgangspunt is, bleek al in de openingspassages. Maar ook in het slothoofdstuk spreekt hij over gerechtigheid als 'Norm gerechten Verhaltens'. Moet gerechtigheid noodzakelijk een maatschappelijke gedragsnorm zijn? Men kan zeggen dat het positieve recht is opgebouwd rond een stelsel van gedragsnormen. Vanuit dat gezichtspunt kunnen zinnige beschouwingen worden gehouden. Maar hoort gerechtigheid tot die normen? Mij is geen positiefrechtelijk stelsel bekend waarin die norm met zoveel woorden wordt genoemd, tenzij men haar opvat als synoniem met 'vage' normen als 'rechtmatigheid', 'redelijkheid en billijkheid' enzovoort, maar dat is een ongebruikelijke zienswijze.<sup>13</sup> De bijbelse norm 'Gij zult in gerechtigheid uw naasten richten', is niet een positiefrechtelijke norm. Men zal mij tegenwerpen dat het begrip 'gedragsnorm' ruimer is, aanmerkelijk ruimer dan 'positiefrechtelijke' norm, en dat Kelsen dat begrip ook in die ruime zin gebruikt. Dat is zeker waar, maar zodra men buiten het positieve recht treedt – en dat is al zo wanneer men het begrip 'positiefrechtelijke norm' inkort tot 'rechtsnorm', vervaagt ook het begrip gedragsnorm. Voor de bepaling van dat begrip moet men dan een bijkomend houvast vinden. Men kan dat bijvoorbeeld vinden in de ethiek, de religie, de rede of de natuur. Kelsen betoogt dat men dan een irrationeel gebied betreedt en dat lijkt mij juist, wanneer men de term 'irrationeel' opvat als: niet verstandelijk, niet uitsluitend door het verstand beheerst. In Kelsens gedachtegang wordt juist daarom de gedragsnorm een 'relatieve' en 'subjectieve' norm. Ik kan dat volgen maar mijn opmerking is dat daarmee in die norm ook andere aanknopingspunten dan de zojuist genoemde hun plaats opeisen. Daaronder als meest belangrijk aanknopingspunt de persoonlijke beleving. De ultieme norm van de gerechtigheid is in deze gedachtegang een persoonlijke norm, waaraan een persoonlijke beleving of ervaring wordt getoetst, los van de vraag of hij ook voor anderen, dus als maatschappelijke gedragsnorm, zou moeten gelden. Dit is in feite wat Kelsen betoogt. Heel duidelijk leest men dat in de slotparagraaf: 'Ich muss mich mit einer relativen Gerechtigkeit begnügen und kann nur sagen, was Gerechtigkeit für mich ist.' Dat is dan 'die Gerechtigkeit der Freiheit, die Gerechtigkeit des Friedens, die Gerechtigkeit der Demokratie, die Gerechtigkeit der Toleranz'.<sup>14</sup>

<sup>13</sup> Zie echter noot 18.

<sup>14</sup> Kelsen 1953, p. 52.

Opvallend is ook de plaats die Kelsen aan het geweten toekent. Wij zagen dat Kelsen in eerste instantie over het geweten spreekt als een diepgewortelde behoefte van de mens om zijn gedrag rationeel te rechtvaardigen. Hoezo 'rationeel'? Bij Kelsen gaat dat in twee stappen. Eerst spreekt hij over de 'Eigentümlichkeit des Menschen dass er ein tiefes Bedürfnis nach Rechtfertigung seines Verhaltens, dass er ein Gewissen hat'.<sup>15</sup> De tweede stap ligt in de aanvangswoorden van de volgende zin: 'Das Bedürfnis nach Rechtfertigung oder Rationalisierung (...)'. 'Rechtfertigung' wordt zo met 'Rationalisierung' gelijkgesteld. Deze behoefte tot rationalisering is volgens Kelsen een van de verschillen tussen mens en dier. Drie regels verder blijkt het te gaan over de wens van de mens tot rechtvaardiging van zijn gedrag 'vor sich selbst und vor der Gesellschaft'. Het opvallende in deze beschouwing is dat ook met betrekking tot het geweten aanvankelijk een rationeel, objectiverend en maatschappelijk element op de voorgrond wordt geplaatst. Geweten als functie van het verstand. Als Kelsen vervolgens duidelijk maakt dat het geweten met een dergelijke, verstandelijke rechtvaardiging geen genoegen neemt, dat het om een ónvoorwaardelijke, absolute rechtvaardiging vraagt, 'd.h. aber absolute Werte postuliert',<sup>16</sup> is dat geen verrassing. Onze 'Vernunft' – Kelsen schrijft nu 'Vernunft', terwijl het eerst ging om 'Rationalisierung' – is niet in staat deze vraag te beantwoorden. 'Das Absolute im allgemeinen und absolute Werte im besonderen sind jenseits der menschlichen Vernunft, (...)'. Dat is een duidelijke stellingname. De 'absolute' gerechtigheid wordt daarmee niet alleen buiten het verstand, ook buiten de 'Vernunft' geplaatst. Uit het slot van de volzin blijkt echter dat Kelsen de verbinding tussen 'Vernunft' en gerechtigheid niet wil loslaten. In arren moede valt hij dan terug op zijn concept van relatieve gerechtigheid als een voor de 'Vernunft' bereikbare problematische gedragsnorm:

'(...) für die nur eine bedingte und in diesem Sinn relative Lösung des Problems der Gerechtigkeit als des Problems der Rechtfertigung menschlichen Verhaltens möglich ist'.<sup>17</sup>

Zo blijft Kelsen steken tussen enerzijds de persoonlijke beleving, anderzijds de gewenste maatschappelijke norm.

15 Kelsen 1953, p. 22.

16 Kelsen 1953, p. 26.

17 Kelsen 1953, p. 26.



## Rechtvaardigheid en gerechtigheid

Heb ik dus hier en daar enige kritiek op Kelsens betoog, daarin is toch veel dat mij aanspreekt. Met Kelsen ben ik van oordeel dat het geen zin heeft te zoeken naar een voor iedereen geldende gedragsnorm, die gerechtigheid heet. In zoverre spreekt mij ook aan dat gerechtigheid een idee is dat 'jenseits der menslichen Vernunft' ligt, het recht voorbij, zou ik zeggen. Mijn benadering zou niettemin een andere zijn. Om die te verduidelijken moet ik hier een kort, taalvergelijkend stukje invoegen. Kelsen schrijft over 'Gerechtigkeit'. Ik heb dat vertaald – niet erg verrassend – met gerechtigheid. Maar het Nederlands kent een aan gerechtigheid verwant woord, dat in de Duitse taal ontbreekt: rechtvaardigheid. Rechtvaardigheid en gerechtigheid worden in de Nederlandse literatuur dikwijls door elkaar gebruikt. Soms geeft de schrijver dat uitdrukkelijk aan. Zo bijvoorbeeld Langemeijer, die er echter dadelijk aan toevoegt dat dit dooreen gebruiken niet in iedere context en in het kader van iedere wereldbeschouwing juist is.<sup>18</sup> Dat is een voorzichtige, Langemeijer kenmerkende opvatting. Onvoorzichtiger dan Langemeijer zou ik willen opmerken dat dit dooreenhalen hier en daar wel praktisch is maar praktisch nooit juist kan zijn. Geeft de taal twee woorden voor verwante begrippen, dan is dat een dwingende uitnodiging om de nuances van die begrippen te achterhalen. Recht is taalgang, schreef ik ooit.<sup>19</sup> Men hoeft die stelling niet te aanvaarden om in te zien dat de taal medebepalend is voor de rechtsontwikkeling en dat niet alleen de rechtspraak en de rechtsgeleerdheid maar zeker ook de rechtstheorie en -filosofie daarmee rekening moeten houden. Daarmee wordt als minimumeis gesteld dat expliciet verwoorde nuances niet worden genegeerd. In mijn opvatting moeten scherpere eisen worden gesteld. Het betekent naar mijn mening dat iedere juridische taaluiting telkens opnieuw op haar gehalte moet worden getoetst en, zo nodig, opnieuw moet worden geijkt. Is dat een te zware opgave? Akkoord, hun die voor deze opgave huiverig zijn, geef ik het huis-tuin-en-keukengebruik cadeau. Maar niet het gebruik van termen in een geschrift dat de pretentie heeft fundamentele begrippen als recht, onrecht en gerechtigheid aan de orde te stellen. *Ius vigilantibus* – atque a vigilantibus, zo voeg ik toe – scriptum.<sup>20</sup> Gerechtigheid en rechtvaardigheid moeten dus worden onderscheiden.

18 Langemeijer/Schrage 1994, p. 2. Hierbij sluit zich stilzwijgend aan Van den Berg 2000, p. 475 e.v. Barendrecht 1992 laat het begrip gerechtigheid geheel liggen. Ook hij ziet blijkbaar geen onderscheid. Van Dale 2005 deelt onder 'gerechtigheid' mede dat dit een synoniem is van 'rechtvaardigheid' en onder 'rechtvaardigheid' dat dit een synoniem is van 'billijkheid'. Deze lemma's, die een dilemma opleveren, moeten maar eens herzien worden.

19 Van Schilfgaarde 2001, p. 24.

20 Over de gelaagde betekenis van dit adagium: Van Schilfgaarde 2001, p. 21-27.

De vraag is natuurlijk *hoe* men deze termen moet onderscheiden. Een tweede vraag is of beide nog te bepalen betekenissen in de term 'Gerechtigheit' verscholen liggen, en zo ja, of dit ertoe bijgedragen heeft dat Kelsens betoog mij tot op zekere hoogte aanspreekt maar per saldo niet bevredigt. Opnieuw breng ik in herinnering dat Kelsen in zijn geschrift aanvankelijk spreekt over 'Gerechtigheit' als 'gesellschaftliches Glück', en als een aan dat geluk bijdragende, maatschappelijke gedragsnorm. Met een dergelijke, cultuurbepaalde norm heb ik – de wat esoterische, klassiek-filosofische term 'Glück' daargelaten – geen moeite. Die norm zou ik echter in het Nederlands aanduiden als rechtvaardigheid, niet als gerechtigheid. Rechtvaardig is wat in een gewenste maatschappelijke ordening het recht als stelsel van regels in een gegeven geval oplevert. Door invoeging van het woord 'gewenste' laat deze omschrijving vooralsnog alles open. De vraag is immers wie die ordening wenst en hoe de gewenstheid wordt vastgesteld. In elk geval is daarmee gegeven dat rechtvaardigheid geen absolute norm kan zijn, maar een cultuurbepaalde, relatieve norm, geheel in de geest van de uiteindelijke vaststelling van Kelsen, maar dan met betrekking tot de term 'Gerechtigheit'. De zo bepaalde rechtvaardigheid is het primaire doel van iedere rechtsorde en heeft in zoverre een formeel karakter.<sup>21</sup> Een andere vraag is waar het oordeel, dat in en krachtens die rechtsorde ontstaat, uiteindelijk op gericht is of behoort te zijn. Anders gezegd: wat ligt er *achter* de rechtvaardigheid die, wat mij betreft, heel goed als hoogste norm binnen een rechtsstelsel kan fungeren. Daarachter ligt – in mijn beleving – het nog niet verdisconteerde gedeelte van Kelsens 'Gerechtigheit', de gerechtigheid.

Waar het op neerkomt, is dat ik gerechtigheid niet zie als een gedragsnorm, die verstandelijk kan worden gekend. Hier is niet alleen een andere ontologie, maar ook een andere epistemologie van toepassing. Wil 'gerechtigheid' betekenis hebben, de betekenis althans die ik daaraan geef, dan moet men dat begrip opvatten als een existentiële ervaring, die alleen als zodanig, dus door de ervaring zelf, kan worden gekend. Ik beseft dat ik daarmee een heel eind doorschiet in het door Kelsen (en vele anderen) gewantrouwde gebied der metafysica. Dat wantrouwen deert mij niet. Ik meen bovendien dat dit wantrouwen nogal onwetenschappelijk is. Leert niet de geschiedenis van vele eeuwen, de pogingen van de moderniteit ten spijt, dat metafysische, dat

21 Vgl. Barendrecht, 1992, p. 22 e.v., die overigens de term 'formeel' niet gebruikt. Mijn visie op het begrip rechtvaardigheid impliceert in elk geval niet dat het een 'waardevrij', 'hol' of 'leeg' begrip zou zijn, zoals Barendrecht suggereert. Vgl. Van Schilfgaarde 2006, p. 15, WPNR 2006, 6649, p. 6. Het impliceert slechts dat het in de ontwikkeling van de rechtsorde nader wordt bepaald en in die ontwikkeling telkens opnieuw wordt geijkt. Van den Berg 2000, p. 239 e.v. omschrijft rechtvaardigheid als een cultuur- en contextgebonden begrip. In deze omschrijving, waarin meer dan in de formele benadering, de rechtvaardigheid van het concrete geval doorklinkt, kan ik mij goed vinden. Kritiek op Barendrechts opvatting vindt men bij Van den Berg 2000, p. 493 e.v. Zie ook Soeteman 1994, p. 194-199.

wil zeggen niet verstandelijke ervaringen veel voorkomende verschijnselen zijn, die medebepalend zijn niet alleen voor persoonlijk maar ook voor maatschappelijk gedrag? Wetenschap, die haar kennis wil verantwoorden moet daarmee rekening houden. Mijn stelling is dat een benadering van de gerechtigheid als buitenjuridische, existentiële ervaring de ogen opent voor een nieuwe benadering van het binnenjuridische. Zij doet oplichten wat wij al wisten maar wat in conceptuele beschouwingen zelden voldoende accent krijgt, namelijk dat in iedere juridische ervaring, daaronder begrepen ieder oordeel dat een juridische pretentie heeft, een existentieel element werkzaam is. Dat is niet een zwakte van het juridisch oordeel maar juist de kracht daarvan. Deze gedachte kan ik als volgt – kort, binnen de opzet van dit artikel – uitwerken.

### **Onrecht dat recht blijkt te zijn. Gerechtigheid als existentiële ervaring**

Van belang is in de eerste plaats dat men onderscheid maakt tussen recht als ontologische werkelijkheid, als verstandelijk concept en als werkzaamheid van de rede. Heel scherp kan dit onderscheid niet zijn. Alles wat is, kan naar zijn ‘werkelijke zijn’ worden gedetermineerd of in conceptuele termen beschreven worden. Alles wat is, kan ook als werkzaamheid van de rede ervaren worden. Het blijft dus bij een benadering, een toegang tot de materie die men op het oog heeft. Met inachtneming van die reserve meen ik dat deze verschillende mogelijkheden zich inderdaad voordoen bij alles wat is, onverschillig of het gaat om dingen uit de natuur, dan wel om zedelijke, maatschappelijke of soortgelijke verschijnselen. Voorstelbaar is wel dat een benadering waarbij men de werkzaamheid van de rede vooropstelt meer aanspreekt bij verschijnselen van de laatste soort dan bij dingen uit de natuur. Deze nuance, die aan Kant doet denken, kan ik echter daarlaten. Het recht waarover ik spreek, is zonder twijfel een zedelijk of maatschappelijk verschijnsel. In mijn visie is het een cultuurbepaald, maatschappelijk verschijnsel. Geen bezwaar heb ik er tegen dit verschijnsel in conceptuele termen nader te bepalen als een stelsel van regels. In die context kan de vraag opkomen in hoeverre in een gegeven situatie het stelsel van regels effectief is. In het rechtsfilosofisch jargon wordt in dit verband dikwijls onderscheid gemaakt tussen gelding en effectiviteit. Betoogd wordt dat een formeel geldende regel zijn ‘gelding’, dat wil zeggen zijn aanspraak op gehoorzaamheid kan verliezen, wanneer hij in de maatschappij niet wordt nageleefd en in die zin niet ‘werkzaam’ is. Maar dit is niet de kwestie die mij bezighoudt. Wanneer ik de term ‘werkzaamheid’ of ‘maatschappelijke werkzaamheid’ gebruik gaat het mij niet om de – sociologisch te bepalen – effectiviteit. Mij gaat het primair om het recht als werkzaamheid van de rede. Als afgeleide

daarvan komt aan de orde het recht als maatschappelijke werkzaamheid, dat wil zeggen de mate waarin en de wijze waarop dit recht in de maatschappij door de individuele burgers in hun eigen oordeel wordt ervaren en langs die weg, dus als doorwerking van de rede, hun gedrag bepaalt. Om deze werkzaamheid gaat het mij. De ontologische determinatie is boeiend maar leidt gauw tot tautologieën. De conceptuele afbakening van andere maatschappelijke verschijnselen is interessant maar brengt mij niet verder wanneer ik de verhouding tussen recht, onrecht en gerechtigheid wil bepalen. Het betoog van Kelsen, dat ik zojuist aan een beschouwing onderwierp, geeft op dit punt een leerzaam voorbeeld. Het is de door mij bedoelde werkzaamheid van het recht die mij de nodige aanknopingspunten voor de verhouding tussen recht, onrecht en gerechtigheid biedt.

Ik keer nog even terug naar Kelsen. Wat voor hem recht is, zegt hij in het zojuist besproken geschrift niet maar wij kennen zijn opvatting uit andere geschriften. Kelsens leer, die bekendstaat onder de naam 'reine Rechtslehre', wortelt in het negentiende-eeuwse rechtspositivisme. Voor een begrip als gerechtigheid is in deze filosofische stroming geen basis te vinden. 'Onrecht' kan in deze stroming weinig anders zijn dan gepretendeerd recht dat niet aan de definitie van recht voldoet. De kloof tussen Sein en Sollen heeft Kelsen gepoogd te overbruggen door de aanname van een 'Grundnorm'. Volgens zijn aanhangers mag zijn leer daarom worden aangeduid als 'kritisch rechtspositivisme'.<sup>22</sup> Een aansluiting tussen recht, onrecht en gerechtigheid is daarmee echter niet gevonden. Ook in de door Kelsen aanvaarde vorm van 'relatieve gerechtigheid' blijft die aansluiting ontbreken.

Recht, onrecht, gerechtigheid. Als recht taalgang is, zoals ik verdedig, kan een visie op het recht, die onrecht als niet-recht bestempelt en de gerechtigheid als een *res aliena* buiten boord zet, niet bevredigen. De vraag blijft hoe de aansluiting moet worden gevonden. Heb ik niet zelf een paar regels terug gesuggereerd dat gerechtigheid voorbij de *Vernunft* en voorbij het recht ligt? Zo is het inderdaad. Kelsens probleem is dat hij, vanuit zijn visie begrijpelijk, aan de verkeerde kant is begonnen. Niet het recht als stelsel van regels moet het uitgangspunt zijn maar de existentiële ervaring van gerechtigheid. Vanuit dit gezichtspunt mag worden gezegd dat de gerechtigheid voorbij het recht ligt, dat het recht op de gerechtigheid geen greep kan hebben. Andersom geldt echter, dat althans is mijn stelling, dat het recht, hoe ook bepaald, zich niet aan de aantrekkingskracht van de gerechtigheid als persoonlijke, existentiële ervaring kan onttrekken.

De sleutel tot deze beschouwingwijze is gelegen in de gedachte dat het recht als stelsel van regels ondergeschikt is aan het recht als werkzaamheid van de rede. Op haar beurt kan deze gedachte worden teruggevoerd op de

22 Kelsen 1953, p. 64.

overweging dat de grond van alle recht niet de norm is maar het oordeel. Recht ontstaat uit het oordeel als werkzaamheid van de rede en wordt in concrete gevallen ook als oordeel en werkzaamheid van de rede – dat is althans mijn visie – ervaren. Anders uitgedrukt: het recht als stelsel van regels is de weg waarlangs het recht als werkzaamheid van de rede gestalte krijgt. Onder rede versta ik in dit verband: het *menselijk* vermogen om verbanden te zien tussen dingen, feiten en toestanden en deze tot uitdrukking te brengen in taal.<sup>23</sup> ‘Rationeel’ noem ik wat met een zekere consistentie uit deze werkzaamheid voortvloeit. Het rationele kan – in dit taalgebruik – een irrationeel element bevatten als men onder irrationeel verstaat: onbewijsbaar, niet volledig verstandelijk te volgen. Met betrekking tot de termen ‘rede’, ‘ratio’ en ‘rationeel’ neem ik dus afstand van bovenverstandelijke en bovenpersoonlijke vermogens als controlerende factor. Voor mij sluiten anderzijds deze termen niet uit dat een verband met irrationele, niet-verstandelijke vermogens wordt gelegd. Aldus meen ik recht te doen aan de taalontwikkeling die door de vastlegging van Griekse begrippen in een Romeinse omlijning vorm heeft gekregen.

Tegen deze achtergrond kan ook de drieslag recht, onrecht, gerechtigheid perspectief krijgen. Recht als stelsel van regels is in beginsel een verstandelijke aangelegenheid. Irrationele elementen kunnen in deze fase al een rol spelen. Dat is zeker het geval wanneer het recht als werkzaamheid de justitiabelen bereikt in het hen treffende oordeel. Hun ontvankelijkheid voor dat oordeel is immers afhankelijk van hun eigen oordeel en dat kan niet zonder persoonlijke, irrationele invloeden worden gevormd. Zo kan recht, geheel of gedeeltelijk, als onrecht worden ervaren en in die zin onrecht zijn. Hier geldt de volkswijsheid dat de burger, ook al kan hij niet tot ieders bevrediging uitleggen wat recht is, heel goed ‘aanvoelt’ wanneer er sprake is van onrecht.<sup>24</sup> Onrecht is voor hem ontaard recht. Wordt uiteindelijk aan dit oordeel van de justitiabele recht gedaan – in hoger beroep of anderszins – dan brengt dit mee dat een verschuiving in de rechtsorde intreedt. Hier zien we een bron van rechtsontwikkeling. In andere gevallen zal de rationele oorsprong van het recht en de rationele gerichtheid van de justitiabele die serieus recht zoekt, er meestal toe leiden dat deze zich bij dit gevoel van onrecht neerlegt. Zo bevestigt hij zijn plaats in de rechtsorde en draagt hij bij tot de verster-

23 Van Schilfgaarde 1999, p. 12, WPNR 2000, 6396, p. 462.

24 Vgl. Ricoeur 1995, p. 190: ‘Le cri “C’est injuste!” exprime bien souvent une intuition plus claire concernant la nature véritable de la société (...) que tout discours rationnel ou raisonnable sur la justice.’ Zie ook p. 11, waar Ricoeur de kinderherinnering aan de ervaring van onrecht ophaalt: ‘Notre première entrée dans la région du droit n’a-t-elle pas été marquée par le cri: C’est injuste! Ce cri est celui de l’indignation, dont la perspicacité est parfois confondante, mesurée à l’aune de nos hésitations d’adultes sommées de se prononcer sur le juste en termes positifs.’

king daarvan. Het door hem ervaren onrecht wordt in deze gevallen door de rechtsorde geassimileerd, dat wil zeggen: binnen de kring van de formele rechtvaardigheid gebracht en daarmee als 'recht' aangemerkt. Ook daarbij kan een verschuiving in de rechtsorde optreden. In zoverre, als dat gebeurt, kan men zeggen dat onrecht recht geworden is, bij nadere analyse recht blijkt te zijn. De vraag of recht onrecht, onrecht recht kan zijn, zou ik in deze zin willen beantwoorden.

Maar het verloop is anders wanneer de rechtzoekende door zijn ervaring dat onrecht is geschied, in zijn existentie wordt geraakt. Zijn existentie kan hij niet opgeven. Zich neerleggen bij de aantasting daarvan zal voor hem moeilijk, soms onmogelijk zijn. Van enige assimilatie kan in het laatste geval geen sprake zijn. De betrokkene dreigt buiten de rechtsorde te geraken. Is dit een proces dat zich op enige schaal herhaalt, met als gevolg dat een grote groep justitiabelen daarbuiten raakt, dan dreigt de rechtsorde haar karakter als zodanig te verliezen.

## Slot

Zo kan worden geïllustreerd dat in het eigen rechtsoordeel van de burger, hoe rationeel ook, altijd een irrationeel element en vervolgens, in de botsing van die twee, een existentieel element meesprekt. De erkenning van deze elementen is in mijn opvatting cruciaal. Zij is cruciaal omdat zij in belangrijke mate bepalend is voor het gehalte van het recht als werkzaamheid en, wanneer ik van daar het spoor terug volg, van het recht als stelsel van regels. Onrecht is primair een ervaring van de justitiabele. Ervaren onrecht kan als objectieve realiteit door de rechtsorde worden geassimileerd zolang de bestaande rechtvaardigheidsnormen niet worden aangetast of deze aantasting niet te ernstig is. Deze assimilatie kan tot verschuivingen binnen de rechtsorde leiden. Gerechtigheid noem ik de ultieme, in het verlengde van de rechtswerkzaamheid liggende existentiële ervaring van de justitiabele dat recht is geschied of gedaan. Meestal wordt overigens deze ervaring niet opgedaan in haar positieve vorm maar als het ontbreken daarvan bij geleden onrecht. Buitenjuridisch noem ik die ervaring omdat het recht als stelsel van regels daarop geen vat heeft en het recht als werkzaamheid alleen de in een oordeel vervatte concretisering van die ervaring in haar positieve vorm kan nastreven. Maar dat moet dan ook gebeuren. Een rechtsoordeel dat de zo opgevatte gerechtigheid als doelstelling negeert, mist een essentieel element. Een rechtsstelsel dat niet op verwezenlijking, zo veel mogelijk, van die ervaring is gericht, heeft geen toekomst.

## Aangehaalde literatuur

Barendrecht, J.M., *Recht als model van rechtvaardigheid* (diss. Tilburg), Deventer: Kluwer 1992.

Kelsen, Hans, *Was ist Gerechtigkeit?*, Wenen: Franz Deuticke 1953. Geciteerd wordt uit de Reclam-uitgave 2000.

Langemeijer, G.E. & E.J.H. Schrage, *De gerechtigheid in ons burgerlijk vermogensrecht*, zesde dr., Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1994.

Ricoeur, Paul, *Le Juste*, Parijs: Esprit 1995. Onder de titel 'The Just' is een Engelse vertaling van David Pellauer verschenen in 2000 bij The University of Chicago Press.

Schilfgaarde, P. van, 'Feiten en rechtsoordelen', in: *Privaatrecht en Gros, Grosheide-bundel*, Antwerpen-Groningen: Intersentia 1999, p. 11 e.v. Ook in: WPNR 2000, 6396/7, en: Peter van Schilfgaarde Select, Deventer: Kluwer 2000, p. 461 e.v.

Schilfgaarde, P. van, *Ius vigilantibus scriptum*, WPNR 2001, 6428.

Schilfgaarde, P. van, *Acciditutie in de rechtsvinding*, Mededelingen van de Afdeling Letterkunde van de Koninklijke Nederlandse Akademie van Wetenschappen, Nieuwe reeks, deel 69, no. 1, 2006. Ook in: WPNR 2006, 6649.

Schoordijk, H.C.F., *De privaatrechtelijke rechtscultuur van de twintigste eeuw in context*. Mededelingen van de Afdeling Letterkunde van de Koninklijke Nederlandse Akademie van Wetenschappen, Nieuwe reeks, deel 66, no. 2, 2003.

Soeteman, A., 'Boekbespreking: J.M. Barendrecht, *Recht als model van rechtvaardigheid* (diss. Tilburg)', in: *Rechtsgeleerd Magazijn Themis* 1994, p. 194-199.

## Summary

Can just law be unjust? How, moreover, do these two compare with justice? These questions are discussed against the background of Kelsen's 1953 monograph, 'Was ist Gerechtigkeit' ('What is justice'). Kelsen ends his observations with the sad remark that he has not given and cannot give an answer to this question: *'Absolute justice is an irrational ideal.'* What remains is a relativized theory of justice. The author points out that Kelsen is hindered by a language problem. The problem is that the German word 'Gerechtigkeit' can be read as covering a wide range of meanings. It covers the formal justice as it appears in the system. This justice is basically rational but can never be absolute. In Dutch one would use the word 'rechtvaardigheid'. But the word 'Gerechtigkeit' – 'gerechtigheid' in Dutch – also

covers the personal experience of the addressee of a legal decision. This experience, which is often felt in its negative form of unjust law, may very well be irrational. In its ultimate highly personal form it is beyond law and reason, and existential in nature. The author argues that the law should try to absorb the irrational elements of this experience and cannot in the long run ignore the ultimate existential experience.