

Schuldvergeving als rechtsprincipe

Nick Huls*

1 Het actieve en het contemplatieve leven

In *The Human Condition*, dat voor het eerst verscheen in 1958, stelt de politiek filosoof Hannah Arendt het 'vita activa' van de moderne mens centraal.¹ Zij onderscheidt drie soorten menselijke activiteiten.² In de eerste plaats arbeiden, dat wil zeggen de activiteiten gericht op het fysieke voortbestaan, in de tweede plaats werken, dit is het fabriceren van dingen, die een duurzaam bestaan hebben en ten slotte handelen, het aangaan van gezamenlijke menselijke relaties. Haar centrale stelling is dat in onze moderne samenleving arbeid alle andere vormen van menselijke activiteiten is gaan domineren, zulks ten koste van het maken en het (politieke) handelen.

De arbeidende mens, de 'animal laborans', ploetert eindeloos voort om in zijn dagelijkse levensonderhoud te voorzien. Hij is in zekere zin van de wereld afgewend, omdat hij slechts werkt om geld te verdienen, zodat hij in zijn levensonderhoud kan voorzien. Voor Arendt is deze utilitaire houding 'I only work here' typerend voor de private en niet voor de publieke sfeer. Aldus opgevat ziet arbeid slechts op het platte voortbestaan, het zijn de activiteiten van de primitieve natuurmens. Arbeid heeft geen betrekking op de inrichting van het publieke domein.

'Werken' is iets geheel anders. De homo faber creëert artefacten en instituties om de wereld vorm te geven. Daarom is hij de favoriet van de filosofen die het autonome individu centraal stellen. De autonome mens heeft zich bevrijd van alle heteronome relaties en als producent waant hij zich bijna

* Nick Huls is hoogleraar rechtssociologie aan de Erasmus Universiteit Rotterdam en de Universiteit Leiden.

1 Het boek is tweemaal in het Nederlands uitgegeven. In 1968 als Aula-pocket, *De mens. Bestaan en bestemming* en in 1994 als *Vita Activa. Bestaan en bestemming* (Boom). In de noten verwijs ik naar de tweede uitgave.

2 Zie voor het volgende ook het hoofdstuk over Arendt in G. Lock, H. van Gunsteren & E. Balibar, *Sterke posities in de politieke filosofie*, Leiden 1989, hoofdstuk 13, p. 156-163

godgelijk: hij bouwt zijn eigen wereld volgens zijn eigen ontwerp, en volgens een proces met een duidelijk begin en een duidelijk einde. 'Homo faber is werkelijk de heer en meester, niet slechts omdat hij meester is of zich tot meester heeft opgeworpen over de gehele natuur, maar omdat hij meester is over zichzelf en wat hij doet.'³ De homo faber is de soevereine mens, die zelf wel uitmaakt hoe hij zijn leven inricht.

Handelen daarentegen legt de nadruk op het sociale, het gezamenlijke van mensen. Door middel van concreet handelen en spreken laten mensen zien wie zij zijn en creëren zij telkens opnieuw de samenleving waarin zij leven. Het vermogen tot handelen maakt de mens tot een politiek wezen. Het stelt hem in staat om samen met anderen nieuwe initiatieven te ontwikkelen die hij in zijn eentje niet had kunnen bedenken. Doordat hij aangewezen is op anderen, heeft de mens geen exclusieve zeggenschap over de uitkomsten van het handelingsproces. Dit vermogen tot handelen is geen 'natuurlijk gegeven', het moet geoefend worden, wil het zich kunnen ontwikkelen.

Tegenover het *vita activa* staat het *vita contempliva* (het denken, willen en oordelen). Traditioneel heeft de filosofie meer belangstelling getoond voor ideeën dan voor concreet handelen, zo luidt Arendts stelling. Zij trekt in haar magnum opus ten strijde tegen wereldvreemde filosofie(en). Juist door actief met anderen te handelen, creëren wij de wereld waarin wij leven.

Ook juristen en rechtsfilosofen hebben meer belangstelling voor principes en ideeën dan voor concrete handelingspraktijken. Bekend is de permanente spanning tussen *law in the books* en *law in action*, alsmede de eeuwige discussie over de kloof die er gaapt tussen de pretenties van de beleidsmakers en de praktijken van de uitvoerders op de werkvloer. Arendt herleidt dit misverstand tot Plato, die handelen zag als uitvoering van de wil.⁴ Ideeën en principes hebben in onze cerebrale (beleids- en rechts)cultuur het primaat boven het handelen. Maar handelen is iets anders dan het uitvoeren van een theoretisch weten.⁵ In het handelen komt het weten wat je doet pas tot stand in het verloop van de handeling en het is de vraag of onze moderne wereld de ervaringsruimte die nodig is om zich in het handelen te bekwamen, wel ter beschikking stelt. Tot in het extreme is de uitschakeling van het handelen doorgevoerd in het laatmoderne systeemdenken in de sociologie van Niklas Luhmann. In de autopoietische systemen heeft het concreet handelend individu plaats gemaakt voor communicaties.⁶

3 Ahrendt, *Vita Activa*, p. 142.

4 Ahrendt, *Vita Activa*, p. 173-74.

5 Karl-Heinz Breier, Arendt, *Kopstukken filosofie*, Rotterdam 2001, p. 58.

6 Zie bijvoorbeeld Rudi Laermans, *Communicatie zonder mensen. Een systeemtheoretische inleiding in de sociologie*, Amsterdam 1999.

In dit artikel wil ik laten zien dat Arendts pleidooi voor het centraal stellen van het menselijk handelen een vruchtbaar vertrekpunt is voor een constructieve vorm van rechtskritiek. Op basis van hetgeen zij betoogt over het proceskarakter van het handelen, de onomkeerbaarheid en onvoorspelbaarheid ervan, in relatie tot beloven en vergeven, wil ik laten zien dat een concreet handelingsprincipe (vergeving) dankzij Arendt tot een 'realistisch' rechtsprincipe kan worden getransformeerd.

Vertrekkend vanuit een centraal leerstuk van het (privaat)recht '*pacta sunt servanda*', zal ik de stelling ontwikkelen dat de benadering van Arendt sterker is dan de kritiek van Roberto Unger en Duncan Kennedy. Deze voormannen van Critical Legal Studies formuleren hun stellingen over de onbepaaldheid van het recht, vanuit de '*fundamental contradiction*' van het menselijk bestaan. Door de nadruk op het sociale in plaats van het soevereine in de mens opent Arendt de mogelijkheid om vergoeding te beschouwen, niet als een vanuit de kritische oppositie te ontwikkelen tegenprincipe, maar als een reeds in het bestaand handelen geïncorporeerd beginsel. Ik zal deze stelling adstrueren aan de hand van mijn eigen project om schuldvergoeding in het gemene contractenrecht te introduceren.

2 'Beloftes als eilanden in de oceaan van onzekerheid'

Het soevereine individu dat zijn eigen vrijheid centraal stelt is het vertrekpunt van de meeste filosofieën. Andere mensen zijn een belemmering voor mijn individuele vrijheid, en zij staan daaraan vaak in de weg. Arendt daar-entegen schrijft:

'De menselijke pluraliteit, de fundamentele voorwaarde voor zowel handelen als spreken, draagt het tweeledige karakter van gelijkheid en verscheidenheid. Indien mensen niet gelijk waren, zouden zij elkaar en hen die voor hen kwamen niet kunnen verstaan, noch in staat zijn plannen te maken voor de toekomst en de behoeften te anticiperen van hen die na hen zullen komen. Indien mensen niet verschillend waren, iedere mens niet wezenlijk verschilde van ieder ander dat is, was of ooit zal zijn, zouden zij noch de spraak noch het handelen nodig hebben om zich verstaanbaar te maken.'

Handelen en spreken veronderstellen andere mensen, en dan beslist niet als een bedreiging van onze individuele vrijheid, maar als voorwaarde om samen te leven. Niet de *homo clausus*, het in zichzelf gekeerde individu, is de kern van de samenleving. Nee, de mens onthult zich zelf door te spreken en te handelen. Zo knoopt hij menselijke betrekkingen aan (netwerken).

Het gezamenlijke menselijk handelen heeft volgens Arendt drie kenmerken: het is onvoorspelbaar, het is onomkeerbaar en degenen die het in gang hebben gezet, zijn anoniem. Het handelingsproces is principieel onvoorspelbaar, omdat de gezamenlijke interactie van mensen altijd een onzekere uitkomst heeft.

Het proces is onomkeerbaar: 'wat gedaan is, is gedaan', handelingen kunnen niet worden teruggedraaid. Wij kunnen onze geschiedenis niet herschrijven. De anonimiteit van het handelen ten slotte, betekent dat het vaak niet duidelijk meer is wie de rijdende trein van het sociale handelen in beweging heeft gezet.

2.1 Onvoorspelbaarheid: beloftes

Volgens Nietzsche verschilt de mens van een dier doordat hij beloftes kan doen, waaraan hij gehouden is.⁷ Een groot deel van het maatschappelijke leven is gebaseerd op het beginsel dat mensen hun beloftes gestand doen. Dit komt de voorspelbaarheid van intermenselijk handelen ten goede. Ook in het recht domineert de belofte, vooral in het (politieke) contractsdenken. Doen wat je beloofd hebt, is ook een moreel beginsel dat diep geworteld is in de maatschappij.

Bij Arendt is de belofte een menselijke poging om de chaotische en onzekere toekomst te temmen, het zijn eilanden in een oceaan van onzekerheid.⁸ Het maakt dat anderen kunnen koersen op jouw beloftes. Door beloftes wordt het mogelijk om duurzaamheid en continuïteit aan te brengen in de betrekkingen tussen mensen.

Maar Arendt laat ook het breekbare karakter van beloftes zien. We weten allemaal dat we niet al onze beloftes gestand kunnen doen. Deze onvoorspelbaarheid heeft twee oorzaken: De eerste is de menselijke wispelturigheid ('Het hart heeft zijn reden die de rede niet kent').⁹ Mensen zijn grillig en kunnen van gedachten veranderen.¹⁰ Niemand kan garanderen dat hij morgen dezelfde is als vandaag.

In de tweede plaats is het onmogelijk om alle consequenties te overzien van een handeling. Het is desastreus om vast te blijven houden aan een hande-

7 Zie bijvoorbeeld het begin van het essay *Schuld, kwaad geweten en aanverwante zaken*, in: Friedrich Nietzsche, *Over de genealogie van de moraal. Een polemisch geschrift*, Amsterdam 1980, p. 53 e.v., alsmede Martin Terpstra, *Het recht op genoegdoening. De betekenis van de economische schuldbetrekking in Nietzsches kritiek op godsdienst en moraal*, in: Paul van Tongeren (red.), *Nietzsche als arts van de cultuur. Diagnoses en prognoses*, Kampen 1990, p. 165-183.

8 Arendt, *Vita Activa*, p. 235.

9 Blaise Pascal, *Gedachten*, nr. 423, Amsterdam 1997.

10 E. Allan Farnsworth, *Changing your mind. The law of regretted decisions*, New Haven/Londen 1998.

lingsproces waartoe men zich door een belofte verplicht heeft, maar die in zijn consequenties niet aanvaardbaar is. Denk bijvoorbeeld aan het vastgelopen huwelijk: gelukkig is het tegenwoordig mogelijk om niet voorgoed gebonden te zijn aan de belofte tot eeuwige trouw. We kunnen de ene relatie afsluiten, en een nieuwe relatie aangaan. Het is in onze op de toekomst gerichte cultuur niet gebruikelijk om mislukkingen tevoren in te calculeren. We hebben het er maar moeilijk mee om te stoppen, ook al weten we dat dat soms eigenlijk beter voor ons is. Van Gunsteren¹¹ schrijft dit toe aan het feit dat het onze cultuur aan rituelen ontbreekt om te stoppen.

Beloven is een belangrijke menselijke capaciteit, en we moeten er alles aan doen om beloftes na te (laten) komen. Er kleven echter twee stevige 'maren' aan de verbindende kracht van de overeenkomst, en ook die moeten we het volle pond geven. Niet zozeer als uitzonderingen op de regel, maar als ervaringsgegeven.

2.2 Onomkeerbaarheid: vergeving

Volgens Arendt is het vermogen tot vergeving de remedie tegen de twee kwalen van de onomkeerbaarheid en onvoorspelbaarheid van het door menselijk handelen op gang gebrachte proces. Als onze daden ons niet vergeven zouden kunnen worden, zouden wij als het ware gedwongen zijn om een eenmaal in gang gezette handeling in al zijn consequenties vol te houden. Een dergelijke mechanische opvatting zou ons van onze menselijkheid beroven en daarom noemt Arendt vergeving 'de verlossing uit de bezoeking der onomkeerbaarheid'.¹²

Tal van de stappen die wij zetten in de dagelijkse handelingspraktijk blijken misstappen te zijn. Voor sommige van die misstappen worden we gestraft. Wij moeten boeten voor onze 'zonden', en daarom wordt ons strafrecht gekenmerkt door elementen van wraak.

Arendt wijst ons er op dat behalve wraak en straf ook vergeving en verzoening heel menselijke reacties zijn op misstappen. Zelfs in het strafrecht zit vergeving 'ingebakken': na het uitzitten van de straf, als de vergelding is voltrokken, wordt er een streep achter de misdaad gezet. 'Wij zijn gehouden de veroordeelde een schone lei te gunnen, wanneer hij zijn daad heeft geboet', aldus Nieuwenhuis.¹³ Mensen moeten verder kunnen in het leven nadat zij gestraft zijn. Het adagium 'eens een dief, altijd een dief' is – juist

11 Herman van Gunsteren, *Stoppen. U kunt het. U wilt het. U doet het niet*, Amsterdam 2002.

12 Ahrendt, *Vita Activa*, p. 235.

13 J.J. Nieuwenhuis, *Weet het recht nog raad met de zonde?*, in: P.B. Cliteur & H.-M.D. ten Napel, *Rechten, plichten, deugden*, Nijmegen 2003, p. 44 en 46 e.v.

vanwege de oneindigheid, het 'levenslang' – een onmenselijke kwalificatie. Aan de rehabilitatie van de delinquent ontleent de reclassering haar bestaansrecht. De maatschappij als geheel is gebaat bij de eindigheid van vergelding.

Voor ons onderwerp is van belang dat Arendt zowel het beloven als het vergeven verbindt aan de pluraliteit, aan de aanwezigheid en het handelen van andere mensen. Beide begrippen zijn relationeel van aard: men kan slechts aan een ander iets beloven en men kan zichzelf niet vergeven.¹⁴

De ontdekker van de rol die vergevingsgezindheid kan spelen in de intermenselijke relaties is Jezus. In de Bijbel zijn er tal van teksten aan te wijzen die de mens oproepen om te vergeven en ook in het Onze Vader worden wij gemaand om onze schuldenaren te vergeven. Volgens Arendt¹⁵ kunnen mensen alleen vrij blijven in hun handelen als zij elkaar vrijspreken van wat zij – onwetend – hebben gedaan. Mensen moeten bereid zijn hun fouten te erkennen en zich voornemen om het in het vervolg beter te doen. Alleen dan kan de zo grote macht om iets nieuws te beginnen hun worden toevertrouwd.

Arendt laat zien dat vergeving in dit opzicht niet het tegenovergestelde van, maar een alternatief voor wraak is. Beide proberen iets stop te zetten wat zonder ingrijpen zich eindeloos zou herhalen. Wraak is een reactie op een handeling uit het verleden. De daad uit het verleden wordt niet zozeer stopgezet, nee hij wordt door de uitoefening van wraak in zekere zin gereactiveerd. Er kan gemakkelijk een kettingreactie ontstaan. Als er geen grenzen aan de wraak worden gesteld, kan de wraakactie weer tot een nieuwe tegenreactie leiden, et cetera, et cetera. De vergeving die Jezus predikt is de bevrijding van de wraak, die dader en slachtoffer tot gevangenen maakt van het 'genadeloze automatisme' van het handelingsproces.

Vanwege de associatie met de christelijke naastenliefde werd vergeving lange tijd gezien als een praktijk uit de geloofs- en de privé-sfeer. Het werd onrealistisch en ontoelaatbaar geacht om vergeving een plaats te geven in het publieke domein.¹⁶ Zowel voor burgers als voor politici gold het adagium *pacta sunt servanda*. Maar Arendt houdt juist een krachtig pleidooi om vergeving een plaats te geven in het politieke debat over de inrichting van de samenleving.

Ook politici kunnen niet alleen maar waarmaken wat ze – in verkiezingstijd – beloven. Als ze zeggen dat ze dat wel doen, dan liegen ze, wat volgens van

14 Ahrendt, *Vita Activa*, p. 236.

15 Ahrendt, *Vita Activa*, p. 239.

16 Al wijst Nieuwenhuis (Nieuwenhuis, *Weet het recht nog raad met de zonde?*) erop dat tal van rechtsplechten een duidelijke band hebben met de theologie.

Gunsteren¹⁷ een van de redenen is waarom de mensen politici niet meer vertrouwen. Vervelende beslissingen nemen hoort ook bij het gewone politieke handwerk en politici moeten leren om die vuile kant van hun werk ook te laten zien. Uiteraard op een volwassen manier, en niet op de huiachelachtige toon die gebruikelijk is geworden in de 'sorry-democratie'.¹⁸

3 De actualiteit van Arendt: vergeving in de wereld van vandaag

De analyse van Arendt heeft een hoge actualiteitswaarde. De menselijke condities die zij benoemt zijn van alle tijden en haar handelingsperspectief heeft zeggingskracht voor de oplossing van een aantal actuele maatschappelijke problemen. Haar nadruk op de tijdelijkheid in tegenstelling tot de eeuwigheid, en op het steeds maar voortgaande proces van leven en sterven maken haar analyse 'levensecht' en herkenbaar.

Wij zien tegenwoordig overal om ons heen vormen en instituties ontstaan die expliciet gericht zijn op vergeving en verzoening, soms in aanvulling op, maar soms ook tegenover het bestaande recht. De schuldkwijtschelding voor arme landen staat al lang op de agenda van de Verenigde Naties. We zien in verschillende landen waarheidscommissies ontstaan als alternatief voor een strafrechtelijke reactie op corrupte regimes. In onze eigen maatschappij wordt herstelrecht gepropageerd als alternatief voor de klassieke strafrechtelijke reacties.

François Ost¹⁹ geeft een extra dimensie aan het werk van Hannah Arendt in zijn prachtige studie over recht en tijd. Hij hanteert de volgende vierdeling. In de eerste plaats zijn wij verbonden met het verleden, de geschiedenis maakt een integraal deel uit van ons leven. Wij mogen onze geschiedenis niet uit het oog verliezen. Deze dimensie dwingt ons om niet te vergeten. Er wordt gevraagd om genoegdoening voor geroofde joodse oorlogskunst, de slavernij, et cetera.

Volgens Galanter²⁰ is er sprake van een brede beweging die gericht is op *righting old wrongs*. Hij wijst er echter op dat er maar beperkte mogelijkheden zijn om het verleden te hervormen. Het gevaar ligt op de loer om onrecht uit het verleden te beoordelen naar de maatstaven van vandaag zodat 'the visitation of Providence of a century ago, could be perceived as an

17 Herman van Gunsteren, Voor democratie maar tegen politiek, in: Joop van Holsteyn & Cas Mudde (red.), *Democratie in verval?*, Amsterdam 2002, p. 17- 32

18 Ed van Thijn e.a., *De sorry-democratie. Recente politieke affaires en de ministeriële verantwoordelijkheid*, Amsterdam 1998

19 François Ost, *Le temps du droit*, Paris 1999.

20 Marc Galanter, *Righting old wrongs*, in: Martha Minow (ed.), *Breaking the vicious circle. Memory law and repair*, Princeton 2002, p. 107-131.

injustice today'. Galanter noemt het project een 'conservatieve utopie' met een overdreven optimisme over de herstel mogelijkheden van de vergeldende rechtvaardigheid, die in hedendaags geld afgerekend zou moeten worden.

Ook de bestuurskundige Paul 't Hart²¹ plaatst vraagtekens bij 'de politisering van het verleden'. Wij leven volgens hem tegenwoordig in een zogenoemde inquisitiedemocratie. Het verleden leeft in het heden en er zijn altijd 'slachtoffers' die er belang bij hebben om oude misstanden op te rake-len en te laten berechten. De reactie dat de daden waartegen men zich verzet inmiddels juridisch verjaard zijn, vormt in deze context geen afdoende tegenwerping.

In de tweede plaats laat Ost zien hoe belangrijk het is om soms het verleden los te laten, juist om verder te kunnen leven. Een van de redenen waarom het Palestijns-Israëliëse conflict zo moeilijk oplosbaar blijkt, is dat beide partijen zich blijven vastbijten in het verleden. Door op het verleden te blijven focussen, maken beide partijen een gezamenlijke toekomst onmogelijk, waardoor een oplossing van het conflict niet in zicht komt. In Zuid Afrika is de waarheidscommissie een poging om in plaats van te straffen te verzoenen.²² Sommige misdadigers uit het apartheidsregime werden niet gezien als strafrechtelijke verdachten met een zwijgrecht. Nee, in ruil voor amnestie werden ze aangemoedigd om publiekelijk te spreken en zo verantwoording af te leggen tegenover hun slachtoffers. De heilzame werking van de waarheidscommissie is beslist niet onomstreden, maar het is in ieder geval een nieuwe poging om met het verleden 'af te rekenen'.

Voor het greep krijgen op de toekomst, het derde element in het frame van Ost, is de belofte een belangrijk middel. Als wij blijvend durven te investeren in onze toekomst, is vooruitgang mogelijk. De hele zakenwereld drijft op het beginsel dat contracten bindend zijn. Door contracten te willen nakomen, geeft ook de burger uitdrukking aan zijn positieve gezindheid om relaties aan te gaan, en met iets nieuws te willen beginnen. In die zin is het eeuwenoude contractdenken nog steeds springlevend.

Ost beschrijft als laatst paneel in zijn vierluik de noodzaak om de toekomst los te kunnen laten. De ondernemingsgewijze productie en de wetenschap zijn de belangrijkste bronnen van innovatie dat tevens kan worden begrepen als 'creatieve destructie', het opruimen van achterhaalde tradities en stompzinnige gewoontes. De bijpassende houding is *trial and error*, de moderne mens wordt constant voorgehouden niets als vanzelfsprekend aan te nemen, maar permanent alles ter discussie te stellen.

21 Paul 't Hart, *Verbroken verbindingen. Over de politisering van het verleden en de inquisitiedemocratie*, Amsterdam 2001.

22 Desmond Tutu, *Geen toekomst zonder vergeving*, Amsterdam 1999.

4 Kennedy en Unger, CLS contra 'pacta sunt servanda'

Waar Arendt het samen handelen met anderen als de typische '*human condition*' typeert, plaatst zij zich radicaal tegenover de (rechts) filosofen die het individu centraal stellen. Een mooi voorbeeld hiervan is Duncan Kennedy, wiens fameuze *fundamental contradiction* een vertrekpunt is voor talrijke beschouwingen van leden van de *Critical Legal Studies Movement* (CLS).²³ CLS is een groep radicale linkse juristen die in de zeventiger en tachtiger jaren ten strijde trok tegen de mythe van de '*rule of law*'. Zij richtten hun kritiek niet primair op de conservatieve rechtseconomen uit Chicago, maar op Dworkin en andere *liberals* die de stelling verdedigden dat we leven in een wereld waar *the rule of law* heerst, en die het recht zien als een integer, op beginselen gebaseerd systeem, dat er op gericht is macht aan waarden en regels te binden. In de ogen van de crits is dit onmogelijk. Recht is niet meer dan een bepaalde manier van politiek bedrijven, een stellingname die door de *liberals* uiteraard met kracht bestreden is.²⁴

De fundamentele contradictie van Kennedy bestaat uit het gegeven dat we andere mensen zowel vrezen als nodig hebben voor ons bestaan. De contradictie tussen het sartriaanse egoïsme ('de hel, dat zijn de anderen') en altruïsme is onverzoenlijk, want de tegenstelling is onoplosbaar. Volgens Kennedy moet elk poging om aan te tonen dat het anders is, ontmaskerd worden. Het is niet mogelijk om recht te zien als een integer en coherent systeem dat gebaseerd is op beginselen en gedeelde normen en waarden. Er is een onverzoenlijke tegenstelling tussen onze individuele autonomie en onze afhankelijkheid van anderen. Duncan Kennedy poneert een onoverbrugbare dichotomie tussen individualisme en altruïsme. Zowel het publiek recht als het privaatrecht (de public private distinction wordt overigens door CLS verworpen) is er op gericht om de zwakke eronder te houden. Recht is beslist geen coherent systeem. Nee, het is fundamenteel on- of onderbepaald, het is een amalgaam van onzekerheden, belangen, tegenstrijdigheden.

Volgens de aanhangers van CLS is er in ons type samenleving altijd en overal onderdrukking. Daarom kan ook het moderne contractenrecht geanalyseerd worden als een middel om de machtigen te beschermen tegen de zwakken. Dat is niet alleen de klassieke kritiek van Marx en de arbeidersbeweging, maar deze redenering heeft volgens CLS ook heden ten dage nog veel zeggingskracht. Het contractenrecht is door verschillende crits gede-

23 Duncan Kennedy, The structure of Blackstone's commentaries, Buffalo Law Review 1979, p. 213 e.v.

24 Zie bijvoorbeeld Andrew Altman, Critical legal studies. A liberal Critique, Princeton 1990.

construeerd als een machtig middel om zwakke burgers te onderdrukken.²⁵ Maar de onderdrukking is nooit compleet. Juist vanwege de contradicties die de kapitalistische samenleving kenmerken, zijn er altijd niches. Er zitten altijd scheurtjes in het front van de onderdrukkers en de macht, die kunnen worden omgewerkt tot verzetshaarden tegenover het systeem.

Voor wat betreft het contractenrecht wijst de politiek filosoof Unger²⁶ de weg.

Een eerste oppositionele strategie is om domeinen van het sociale leven te ontdekken waar het contractenrecht geen toepassing vindt en deze te verdedigen tegenover het overal oprukkende markt- en contractsdenken. Een voorbeeld is het voorstel van de rechtseconoom Posner om een markt voor kinderen te creëren.²⁷ Dit werd allerwegen als immoreel gezien. Er zijn kennelijk ruimtes in onze samenleving waar we marktprincipes en contractsvrijheid niet toelaten.²⁸

Een tweede strategie voor kritische linkse juristen is om zogenoemde tegenprincipes op te sporen, hun domein uit te breiden zodat het volwaardige principes tegenover de dominante krachten kunnen worden. Op het gebied van het contractenrecht stelt hij voor om overmacht²⁹ of 'onzedelijke contracten' te analyseren. Unger pleit voor een 'deviationistische rechtskritiek', een vorm van kritiek die niet berust in de tegenstelling tussen gemeenschap als een vorm van belangeloze toewijding en het contract als een gevoelloos marktinstrument.³⁰

Critical legal studies is als beweging inmiddels over haar hoogtepunt heen. Deze denkrichting heeft een zeer fundamentele rechtskritiek vanuit de linkerflank geformuleerd. Het recht wordt door de crits vooral als een middel van onderdrukking gezien, als een politiek vertoog om machtigen in staat te stellen hun eigenbelang als het algemeen belang voor te stellen.

Ik heb veel geleerd van CLS en heb verschillende keren geprobeerd om problemen met behulp van een CLS-achtige kritiek te verhelderen. Maar uiteindelijk zijn het deconstructieverhaal en het hameren op de onbepaaldheid van het recht mij te vrijblijvend en te weinig constructief. Het blijven speuren naar tegenspraken en dichotomieën, bijvoorbeeld tussen autonoo-

25 Zie onder andere Clare Dalton, *An Essay in the deconstruction of contract law*, 94 *Yale Law Journal* 1985, p. 997-1116.

26 Roberto M. Unger, *The critical legal studies movement*, 96 *Harvard Law review* 1983, p. 561 e.v., ook als afzonderlijk boek door Harvard University Press gepubliceerd in 1986.

27 Richard Posner, *Sex and reason*, Cambridge MA/London 1992, hoofdstuk 15.

28 Dit is ook een van de thema's uit *Spheres of justice* van Michael Walzer, zie hierover Paul van den Berg & Margo Trappenburg (red.), *Lokale rechtvaardigheid*, Zwolle 1994.

29 Thomas Wilhelmsson, *Critical studies in private law*, Dordrecht 1992, hoofdstuk VII.

30 De dichotomie autonomie–solidariteit in de CLS-traditie wordt opgepakt door Martijn Hesselink c.s in de bundel *Privaatrecht tussen autonomie en solidariteit*, Den Haag 2003.

mie en solidariteit, zonder veel interesse in alternatieve handelingspraktijken, kan mij niet blijvend bekoren.

Het politieke karakter van het recht valt niet te ontkennen. Maar als je het recht wilt veranderen, is het beter om aan te knopen bij het onomstreden deel van het rechtendiscours. En in dat opzicht voldoet Arendts pluraliteit naar mijn mening beter dan Kennedy's *fundamental contradiction*. Ik wil dit adstrueren aan de hand van een rechtspolitiek project waarbij ik zelf nauw betrokken ben geweest.

5 Schuldvergeving als rechtsprincipe

Ik heb mij sinds 1986 ingezet om het principe van schuldvergeving als rechtsprincipe erkend te krijgen in het privaatrecht.³¹ Het bastillon dat oververd moest worden was de Faillissementswet (Fw) uit 1896, het onbetwiste meesterwerk van de grote Molengraaff. Deze wet belichaamde het *pacta sunt servanda* tot zijn uiterste consequentie. Iemand die zijn schulden niet meer kan betalen wordt failliet verklaard. Zijn vermogen wordt te gelde gemaakt en verdeeld onder de crediteuren. Voor hetgeen de crediteuren tekortkomen in het faillissement, blijft de debiteur zijn leven lang (twintig jaar) aansprakelijk. Het faillissement had duidelijk een punitief karakter, het was de uitdrukking van the calvinistischere 'wie schulden heeft is schuldig en zal moeten boeten'. Faillissement stamt van het Romeinse *fallere*, en daar had mislukken duidelijk de connotatie van iets fout gedaan hebben. Het faillissement had expliciet een ontrend karakter gekregen in de loop van de twintigste eeuw. In de praktijk functioneerde het vooral als een dreigmiddel, als een onderdeel van het incassotraject.³²

Er bestond vanaf 1975 al een informele praktijk die afkoop van schulden mogelijk maakte, de Gedragscode van gemeentelijke kredietbanken (GKB's), maar die speelde zich af in de schaduw van het recht. Belangrijke commerciële crediteuren hadden zich door middel van een *gentlemen's agreement* verbonden om mee te werken aan GKB-voorstellen, maar binnen de kaders van hun eigen crediteurenautonomie, als een uitzondering op de harde regel, dat contracten nagekomen moeten worden en dat 'geldgebrek juridisch gezien geen overmacht oplevert'. Dit resulteerde in de fameuze slagzin van de informele schuldhulpverlening: 'als je je vrouw vermoordt, krijg je drie jaar, maar als je de melkboer niet betaalt, heb je levenslang'.

31 Vanaf Nick Huls, Van liquidatie tot rehabilitatie. Een beleidsgerichte verkenning naar de toepassingsmogelijkheden van het Amerikaanse faillissementsrecht voor particulieren, Ministerie van EZ november 1988 tot en met Nick Huls, 'Make my day'. Een rechtssociologische herwaardering van faillissementswaarden (oratie Leiden), Leiden 1998.

32 Nick Huls & Mariko Peters, Poen en poenaliteit, in: A.M. Hol & C.J.J.M. Stolker (red.), Over de grenzen van strafrecht en burgerlijk recht, Deventer 1995, p. 43-56.

Het was algemeen bekend dat de meeste faillissementen in de praktijk eindigden in opheffertjes' wegens gebrek aan baten. Er werd gesproken over 'het faillissement van het faillissement' omdat de oorspronkelijke doeleinden van de Fw steeds minder gerealiseerd werden in de praktijk. Vanuit rechtseconomische hoek werd er op gewezen dat een faillissementsregeling die uitsluitend gericht is op crediteurenbelangen, het nemen van financiële risico's door debiteuren ontmoedigde.

De grote *eye opener* was het Amerikaanse faillissementsrecht waar ik een totaal andere benadering van het faillissement aantrof. In de VS wordt het faillissement niet als een straf gezien, maar als een hoofdstuk in iemands leven. Het expliciete doel van bankruptcy is daar om de debiteur *a fresh start in life* te geven, zodat hij weer kan deelnemen aan het maatschappelijk leven.

In het Amerikaanse faillissementsrecht wordt vooruit gekeken in plaats van achterom. De centrale vraag is niet: wiens schuld het is dat deze schuldenaar niet meer kan betalen. Immers iedereen weet dat er in de kredietmaatschappij ongelukken met geld uitlenen en lenen kunnen gebeuren. Nee, de vraag is daar hoe we kunnen voorkomen dat de debiteur blijvend afhankelijk is van zijn crediteuren. De onderliggende filosofie is dat de debiteur zo snel mogelijk weer een perspectief heeft om een productief lid van de samenleving te worden. In het meest kapitalistische land ter wereld, blijkt het onbetaald laten van schulden een door de Grondwet gegarandeerd recht te zijn!

Om deze compleet andere benadering in Nederland ingevoerd te krijgen, was het van belang om eerst te kijken of er in het geldende recht al enige bepalingen te vinden waren die het nieuwe denken belichaamden. Aanknopingspunten in het bestaande recht waren bijvoorbeeld de *décharge* voor bestuurders in het ondernemingsrecht, de gratie in het strafrecht en het kwijtscheldingsbeleid van de fiscus in het fiscale recht. Dit waren voorbeelden dat in Nederland het maatschappelijke leven sterker was dan de juridische leer. In juridische debatten is het nu eenmaal een sterk argument als je naar het geldend recht kan verwijzen voor je eigen positie. Het bestaat al, dus het kan!

Verder speelde een rol dat voor rechtspersonen wel de mogelijk bestaat om opnieuw te beginnen. Het was moeilijk uit te leggen dat het recht mild was voor papieren constructies, maar keihard voor personen van vlees en bloed. In plaats van het onverbiddelijke '*Geld muss man haben*' lukte het om het principe van de 'schone lei' over het voetlicht te brengen. De debiteur werd niet langer als een hulpeloze deviant gedefinieerd die zijn verplichtingen niet nakwam, maar als een iemand die een ongelukje had gehad in de kredietmaatschappij. In de tachtiger jaren, de periode dat deze paradigmatische verandering zich in het faillissementsrecht voltrok, was de onderne-

mer 'de nieuwe held', iemand die risico's neemt op de markt. Deze actieve, op de wereld gerichte houding paste bij het nieuwe denken over schulden maken. De op 1 december 1998 in werking getreden wettelijke schuldsaneringsregeling (WSNP) kon gezien worden als een marktconform instrument.

Het bleek effectiever om aan te sluiten bij bestaande praktijken, dan om de debiteur-crediteurverhouding te politiseren vanuit een machtskritisch perspectief. Civilisten staan traditioneel nogal onverschillig tegenover de sociale context waarbinnen de contractrechtelijke beginselen hun werking krijgen.

6 Ter afsluiting

Het gedachtegoed van Hannah Arendt uit 1958 heeft naar mijn stellige overtuiging zeggingskracht voor onze hedendaagse maatschappij. Aan het slot van deze bijdrage moet ik echter nog wel de vraag³³ beantwoorden op welk van de drie door Arendt onderscheiden domeinen van het *vita activa* de door mij behandelde privaatrechtelijke schuldvergeving thuis hoort.

Is het eigenlijk niet een volkomen apolitiek middel om de consument te recyclen in de doorgedraaide massaconsumptiecultuur? Destijds voorzag Arendt al de opkomst van de consumptiemaatschappij als een verlengde van het arbeidsproces. Arendt had een scherp oog voor de behoeften die mensen worden aangepraat door de reclame, waardoor de soeverein kiezende burger verschaalt tot een consument wiens behoeften voortdurend kunstmatig worden opgezweept. De sinds het begin van de zestiger jaren enorm toegenomen kredietverlening aan particulieren heeft de consumptiemaatschappij nog alomvattender gemaakt. Door zijn kredietverplichtingen is de moderne mens even sterk verbonden met de status quo als door middel van zijn arbeidscontract. Hier verschijnt de eendimensionale mens van Herbert Marcuse als variant op het *animal laborans*. Niet te ontkennen valt dat de passieve slachtofferrol van de consument de ene zijde is van de medaille, en de voortploeterende arbeider de andere zijde van de medaille die 'levensonderhoud' heet.³⁴

Maar het is eveneens denkbaar de schuldkwijtschelding te zien als een artefact dat gecreëerd is door en voor de *homo faber*. De beperking van de aansprakelijkheid voor schulden, die de schone lei in feite biedt, is niets anders dan een manier om het nemen van financiële risico's te faciliteren. Hier verschijnt de burger, die als een soort ondernemer *primair* aan zijn eigen

33 Mij indringend gesteld door Bert van Roermund in zijn kritiek op een eerdere versie van dit artikel.

34 Breier, Arendt, p. 39.

belang denkt. Het behartigen van het algemeen belang is niet zijn zaak. Hij is meer *bourgeois* dan *citoyen*. Met de publieke zaak komt het volgens de ondernemer wel goed via het mechanisme van de *invisible hand*. Ook dit mensbeeld is moeilijk te verenigen met Arendts visie op de burger die actief betrokken is bij de vormgeving van de politieke inrichting van de samenleving.

Alhoewel aan deze beide proposities een zekere plausibiliteit niet te ontzeggen is, plaats ik de schuldvergeving niettemin in het publieke domein van het handelen waar burgers gezamenlijk vorm geven aan de maatschappij waarin ze leven. De *schone lei* appelleert juist aan de actieve zijde van de consument. Dit nieuwe rechtsprincipe transformeert de passieve deviant die de schuldenaar in het traditionele incassotraject is, in een actieve burger die zijn recht opeist om weer als volwaardig burger te kunnen participeren. Er wordt niet aan de crediteur gevraagd om barmhartig te zijn en zijn debiteur te vergeven. Ten slotte zie ik de kwijtschelding van schulden evenmin als een antikapitalistisch strijdmiddel om de almacht van het grootkapitaal te beteugelen.

Schuldvergeving als rechtsprincipe zie ik als een welbewuste rechtspolitieke keuze om burgers een kans te geven om hun vrijheid te heroveren. Het politieke karakter van de vergeving komt tot uitdrukking doordat de debiteur die een *schone lei* wil hebben, zijn goede trouw in de openbaarheid, tegenover een rechter en zijn crediteuren moet aantonen. Hij kan op zijn gedrag publiekelijk worden 'afgerekend'. Het verkrijgen van de *schone lei* is geen vanzelfsprekendheid, maar moet worden verdiend. Het recht op schuldvergeving appelleert aan actief burgerschap.³⁵

Ik zie de *schone lei* gedachte, de Nederlandse vertaling van de Amerikaanse *fresh start doctrine*,³⁶ goed passen in Arendts' filosofie, waarin de menselijke mogelijkheid om steeds opnieuw te beginnen centraal staat. Het is appèl aan de burger om zijn eigen zelfstandige plaats in de wereld weer in te nemen. Het is een uitdrukking van de menselijke vrijheid tot handelen in een wereld waar geld steeds belangrijker wordt.

35 Zoals onder anderen beschreven door Bas van Stokkom, *De Republiek der weerbaren*, Den Haag 1992.

36 Zie bijvoorbeeld Karin Gross, *Failure and forgiveness. Rebalancing the bankruptcy system*, New Haven/London 1997.