

Recht als *human condition*

Peter van Schilfgaarde

1 Inleiding. *Homo agens versus homo faber*

Wij leven in een wereld van schuivende coulissen. Meestal worden ze door anderen geschoven. Soms schuiven ze uit eigen kracht. Een enkele maal schuiven we zelf. De coulissen bepalen hoe wij de wereld om ons heen ervaren.

In dit stuk gaat het om de wereld van het recht, zoals deze enerzijds door de juristen, anderzijds door de justitiabelen wordt ervaren. Betoogd wordt dat tussen die ervaringen een structurele, niet te vermijden spanning bestaat. De vraag is dan of dat 'erg' is, of in elk geval 'betreurenswaardig'. Moeten wij (moet de gemeenschap) niet alles doen wat mogelijk is om die spanning te voorkomen en, waar zij toch optreedt, te verminderen? Bestaat niet het gevaar dat deze spanning, wanneer zij te groot wordt, leidt tot een 'kloof' tussen de burger en de maatschappij?

Het lijkt mij geen punt van discussie dat 'wij', de juristen zo goed als alle andere betrokkenen, oog moeten hebben voor deze spanning en de daarmee samenhangende problemen. Maar de kernvraag is of het 'erg' is of 'betreurenswaardig' dat die spanning bestaat. In dit stuk wordt het tegendeel verdedigd. Het gegeven dat deze spanning bestaat moet per saldo positief worden gewaardeerd. Die spanning, zo betoog ik, is de dragende kracht van het recht.

Een volgende vraag is wat de oorzaak is van de aangeduide spanning. Daaraan kunnen diepgaande, sociologisch georiënteerde beschouwingen worden gewijd. Zonder daaraan tekort te willen doen, concentreer ik mij in dit verband op één stelling: de oorzaak is gelegen in de tegenstelling tussen enerzijds de justitiabele als handelende mens – ik noem hem de *homo agens* – anderzijds de jurist als degene die als lid van de juridische beroepsgroep het recht 'maakt', dus als *homo faber*. Deze spanning kan nader worden gekarakteriseerd als de spanning tussen enerzijds het *existentiële* element van het recht, zoals dit tot uitdrukking komt in de beleving van het recht door de justitiabele of 'burger', anderzijds het *institutionele* element.

De term 'juridische beroepsgroep' moet bij het hier gezegde ruim worden genomen. Daartoe behoren degenen die als jurist of ambtshalve bij het maken, toepassen of uitleggen van juridische regels betrokken zijn: wetgevingsambtenaren, rechters, leden van het openbaar ministerie, advocaten, bedrijfsjuristen, academische juristen, enzovoort. Als 'ingewijden' zullen zij geneigd zijn met betrekking tot die regels een zakelijk, 'professioneel' standpunt in te nemen.

Aanvaardt men deze stellingen dan rijzen enkele vragen. Een daarvan is wat de betekenis daarvan kan zijn voor de rechtsontwikkeling en de rechtstoepassing. Een daaraan voorafgaande, meer principiële vraag is welke functie, die van de

Peter van Schilfgaarde

homo agens of die van de *homo faber*, bij het een en ander prioriteit behoort te hebben. In de gedachtegang die ik verdedig, ligt de prioriteit bij de functie van de *homo agens*. De jurist als *homo faber* behoort zich daarnaar te richten. Daarmee komt ook een belangrijke doelstelling van het recht, het streven naar rechtvaardigheid, in een ander licht te staan.

De stelling dat de functie van de handelende mens 'prioriteit' behoort te hebben leidt tot aanvullende gedachten, waarvan ik er drie noem. De eerste is dat de steeds weer opkomende kenschets van het recht als een systeem van regels misleidend is. Als kern van het recht moet worden aangemerkt het oordeel. In dit stuk wordt die gedachte uitgewerkt in deze zin dat het telkens moet gaan om een 'participerend oordeel'. De tweede is dat bij de 'vertaling' van het recht het grensgebied tussen jurist en justitiabele – tussen jurist en burger – nauwkeurig in het oog moet worden gehouden en waar mogelijk moet worden gecultiveerd. Dit leidt dan tot een derde gedachte: rechtstoepassing en rechtsontwikkeling kunnen – tot op zekere hoogte – worden gezien als een 'gedeelde verantwoordelijkheid' van jurist en burger. Deze thema's komen aan het einde van dit stuk aan de orde.

2 De *human condition* volgens Hannah Arendt

De titel van dit opstel houdt een verwijzing in naar *The Human Condition* van Hannah Arendt.¹ De in dit stuk verdedigde inzichten zijn inderdaad voor een belangrijk deel aan dat werk ontleend. In Arendts visie creëert de mens voortdurend, binnen de natuurlijke 'conditions' van geboorte en dood ('natality' en 'mortality'), zijn eigen 'conditions'. In verband met elkaar en tezamen genomen zijn deze te beschouwen als de *human condition*.² Tegen deze achtergrond kan ook 'het recht' worden gezien als een door de mens zelf – voor een bepaalde maatschappij – geschapen 'condition'.³

Arendt spreekt in dit verband van de *homo faber*. De term *homo agens* wordt, voor zover ik weet, door Arendt nergens gebruikt.⁴ In het oog moet verder worden gehouden dat Arendt, waar zij de termen *homo faber* en *work* (werk) gebruikt, in de eerste plaats denkt aan stoffelijke werken en bepaald niet aan recht als iets wat men kan 'maken'. Dat is – in haar opvatting – een 'delusion'.⁵ Ik meen echter dat haar opvattingen juist ook voor de verhoudingen die ik op het oog heb, van betekenis zijn. Zij zijn daarmee ook niet in strijd. De gedachte dat 'het recht' (slechts)

1 Hannah Arendt, *The Human Condition* (Chicago: University of Chicago Press, 1958). Geciteerd wordt uit de tweede druk (1998).

2 Ibid., 9.

3 C. Houwaard kiest in zijn mooie, nieuwe vertaling van 2009 (Amsterdam: Boom), voor 'conditie'. Ik geef de voorkeur aan 'condition' omdat deze term, naar mijn gevoel, meer ruimte biedt voor de dynamiek van de daarmee aangeduide betrekking.

4 Ook elders, andere disciplines daaronder begrepen, komt de term *homo agens* weinig voor.

5 Arendt, *The Human Condition*, 188, waar Arendt – in het hoofdstuk "The frailty of human affairs" – zich afzet tegen de 'delusion that we can "make" something in the realm of human affairs – "make" institutions or laws, for instance, as we make tables and chairs ...'.

een ‘gemaakt product’ is, bevestigt de meer radicale gedachte dat het recht als gemaakt product in de ‘frailty of human affairs’ (hopeloos) tekortschiet en dat het ‘maken’ daarvan in zoverre als een ‘delusion’ kan worden aangemerkt.

Dit opstel is niet de plaats om diep op de opvattingen van Arendt – hoe inspirend ook – in te gaan. Afgezien van het zojuist gezegde, beperk ik mij tot enkele nadere opmerkingen. De eerste is dat in haar uiteenzetting de term *vita activa* voorop staat.⁶ Het gebruik van deze term mag worden begrepen tegen de achtergrond van het klassieke onderscheid tussen *vita activa* en *vita contemplativa*. De betekenis van die termen en de relatieve ‘waarde’ die werd toegekend aan het daarmee aangeduide deel van het leven, is niet altijd dezelfde geweest. Voor de strekking van deze bijdrage is dat echter niet van belang.

Met de term *vita activa* duidt Arendt aan wat zij ‘three fundamental activities’ noemt: *labor*, *work* en *action* (arbeid, werk en handelen).⁷

Labor wordt door Arendt omschreven als ‘the activity which corresponds to the biological process of the human body’.⁸ Het gaat daarbij om de productie van voedsel en andere noodzakelijke voorwaarden voor het bestaan. De *human condition* van arbeiden is in de voorstelling van Arendt ‘life itself’, dat wil zeggen het biologische, natuurlijke leven.

De term *work* kwam zojuist al ter sprake. *Work* onderscheidt zich van *labor* doordat het correspondeert met het niet-natuurlijke deel van het bestaan. ‘Work provides an “artificial” world of things, distinctly different from all natural surroundings.’⁹ De hiermee corresponderende *human condition* is ‘worldliness’.¹⁰

Action ten slotte is, in de omschrijving van Arendt, de enige activiteit die zich direct tussen mensen afspeelt, zonder tussenkomst van dingen of materiaal. *Action* ‘corresponds to the human condition of plurality, to the fact that men, not Man, live on the earth and inhabit the world’.¹¹

Deze ‘condition of plurality’ speelt een belangrijke rol in Arendts betoog. Daarbij wordt *action* al snel in verband gebracht met *speech*. Hierbij grijpt Arendt terug op pre-socratische tijden, waarin *action* en *speech* als soortgelijke, gelijkwaardige en bewondering afdwingende activiteiten werden gezien. Met verwijzing naar een tekst uit de *Illias* spreekt zij over Achilles als ‘the doer of great deeds and the speaker of great words’.¹² Vervolgens wijst zij op het leven in de Griekse *polis*, de bakermat van de politiek, waar *speech* prioriteit kreeg boven *action*.¹³ Deze ver-

6 Arendt, *The Human Condition*, 7, 12.

7 Ibid., 7.

8 Ibid.

9 Ibid.

10 Zoals het Nederlandse ‘werelds’ heeft ook het Engelse ‘worldly/worldliness’ een naar zondigheid en frivoliteit verwijzende pejoratieve connotatie. Die is zeker niet bedoeld.

11 Arendt, *The Human Condition*, 7.

12 Ibid., 25. *Illias* ix, 443.

13 Arendt, *The Human Condition*, 26.

Peter van Schilfgaarde

binding tussen *action* en *speech* keert nog vele malen terug, het meest geprononceerd in het hoofdstuk, getiteld: 'The disclosure of the agent in speech and action'. Verhelderend is in dit hoofdstuk de eerste zin: 'Human plurality, the basic condition of both action and speech, has the twofold character of equality and distinction.'¹⁴ Als *mensen* niet gelijk ('equal') zouden zijn, zouden zij elkaar niet kunnen begrijpen. Als zij zich niet van elkaar zouden onderscheiden, zouden zij spraak noch actie nodig hebben om begrepen te worden.

Een derde opmerking, wellicht de belangrijkste, betreft de relatie die Arendt legt tussen enerzijds handelen, anderzijds het beginnen van iets nieuws.¹⁵ Ieder handelen kan in Arendts visie worden geduid als een nieuw 'begin'. Een begin dat een eigen, vrije betekenis kan hebben, maar ook, samen met andere handelingen, van dezelfde persoon of van andere personen, zich kan laten kennen als een 'maken', en – zo voeg ik toe – zich kan verdichten tot een 'werk'.

Met die toevoeging zijn dan meteen twee dingen gezegd. Ten eerste dat de *homo agens* begripsmatig en tijdruimtelijk – dus in de tijd en de ruimte als één dimensie gedacht – aan de *homo faber*, in dit stuk de mens die het recht maakt, voorafgaat. De – nader toe te lichten – gedachte dat bij de rechtsontwikkeling en de rechtstoepassing de functie van de mens als *homo agens* prioriteit moet hebben op die van de *homo faber*, sluit hierbij aan. Mijn toevoeging impliceert verder dat de functie van de *homo agens* en die van de *homo faber* in dezelfde persoon verenigd kunnen zijn, ook wanneer die functie niet op dezelfde wijze tot uitdrukking komt. De hierboven aangeduide indeling in personen die wél en personen die niet tot de juridische beroepsgroep behoren, maakt dat al duidelijk: ook zij die als jurist het recht 'maken' zullen daarbij als persoon moeten handelen. Te bedenken valt verder dat de producten van de juridische beroepsgroep in beginsel ook voor de leden daarvan gelden.

In mijn betoog relateer ik, zoals boven aangegeven, de positie van de justitiabele aan *action*, het recht – als product van de *homo faber* – aan *work*. Met dat recht als product wordt de burger als *homo agens* geconfronteerd. *Speech* zie ik als een functie die de twee gebieden verbindt. De aan *speech* ten grondslag liggende taal, en de daaraan gerelateerde begripsvorming, verdienen daarom aandacht. De als *labor* aangeduide activiteit is voor mijn uiteenzetting niet van belang.

3 Recht als product van de *homo faber*

Tijdruimtelijk en begripsmatig gaat de *homo agens* aan de *homo faber* vooraf. Duidelijkheidshalve begin ik nochtans met het verband tussen het recht en de *homo faber*. Inderdaad moet ik dan spreken van 'het recht'. Daarmee geef ik aan dat het nu niet gaat om recht als idee maar om 'het recht' – positief recht, zo men wil – zoals dat werkzaam is binnen een rechtsstelsel in een bepaalde maatschappij.

14 Ibid., 175.

15 'Hannah Arendt is preeminently the theorist of beginnings.' Aldus de eerste zin van de 'Introduction' van Margaret Conovan bij *The Human Condition* (1998).

Beperken wij ons tot de moderne (westerse) maatschappij, dan is duidelijk dat we daarbinnen telkens te maken krijgen met een ingewikkeld, fijn vertakt rechtsstelsel. Om daarin op een klein deelgebied thuis te raken is een academische studie nodig en daarna nog veel ervaring en belangstelling. In het beste geval gaan academie en praktijk hand in hand. De ervaring wordt opgedaan in de praktijk. De academische belangstelling uit zich in talloze proefschriften, boeken, congresverslagen en artikelen in juridische tijdschriften. De noeste ijver waarmee jaar in jaar uit – in Nederland alleen al – vele honderden scribenten zich verdiepen in allerlei details, daarover standpunten verdedigen en andere standpunten bestrijden, dwingt bewondering af. De juridische literatuur is het laboratorium van de jurist. De ambitie om de steen der wijzen te vinden heeft niemand. Wel de ambitie om het debat gaande te houden en – vergeeflijke ijdelheid – daarin een rol te spelen.

In dit verband mag ik wijzen op de steeds weer terugkerende discussie over wat de bestudering en beoefening van het recht inhoudt of zou moeten inhouden. Waar liggen de grenzen? In een kort geleden verschenen nummer van het *WPNR* wordt op die vraag, toegespitst op het privaatrecht, uitvoerig ingegaan.¹⁶ Men spreekt over ‘New Legal Realism’, ‘Empirical Legal Studies’ en ‘evidence based law’. Niet iedere privatist zal zich tot deze benadering aangetrokken voelen. Weinigen zullen anderzijds ontkennen dat hiermee serieuze vragen aan de orde worden gesteld. Vragen bovendien die duidelijk maken dat de grenzen tot andere disciplines open en vloeiend zijn. En dan noem ik als ‘andere’ disciplines: biologie, neurologie, economie, sociologie, antropologie, ethiek, filosofie – een lijstje dat nog *ad libitum* kan worden uitgebreid.

Het bovenstaande illustreert hoezeer het recht, hoe men dat ook afbakt, een product van mensen is, van de menselijke geest, zo men wil. Daarmee bedoel ik niet dat ik bepaalde ‘buitenmenselijke’ rechtsbronnen, die voor velen belangrijk zijn, zoals geloof, religie of ‘de natuur’, wil uitsluiten. De bewering gaat niet verder dan de constatering dat veel menselijke inzet en denkkraft nodig is om het recht, of zelfs maar een klein deel daarvan, in kaart te brengen. In deze zin is het recht een *artefact*, een product van de *homo faber*, met een bepaalde structuur.

4 De *homo agens* en het recht

Dan nu de *homo agens*. In de opzet van dit stuk moet de term ‘handelen’, die in de uitdrukking *homo agens* besloten ligt, in een specifieke, aan Arendt ontleende betekenis worden genomen.¹⁷ Door te handelen (en te spreken) treedt de mens als onbevangen persoon de wereld tegemoet om zich daar, in de ‘publieke ruimte’,

16 Themanummer “‘Law and...’ bewegingen en hun relevantie voor het privaatrecht”, *WPNR* 6912 (2011).

17 Die op haar beurt schatplichtig is aan Heidegger.

Peter van Schilfgaarde

te doen kennen en zo zijn identiteit te vinden tussen andere mensen.¹⁸ De op deze wijze tot stand komende confrontatie met anderen is essentieel. Vandaar de hierboven geciteerde uitspraak van Arendt dat handelen (*action*) correspondeert met de 'condition of plurality'. In dat verband wijst zij ook op de uitdrukking *inter homines esse*, als een door de Romeinen gebruikt synoniem voor 'leven'.¹⁹

Aan dit 'doen kennen' moet – in de opvatting van Arendt – nog iets worden toegevoegd. De toevoeging is dat het eigene, dat zich doet kennen, door een of meer anderen in de samenleving ook wordt waargenomen en – belangrijker – bij hen iets teweegbrengt, waardoor 'verandering' ontstaat.

Het gaat dus om het handelen in de klassieke, bij Aristoteles en anderen, ook in het Latijnse *agere*, terug te vinden betekenis van 'in beweging zetten'.²⁰ Onmiddellijk gekoppeld aan dat in beweging zetten zijn de noties van 'vrijheid' en 'begin'. Daarbij moet 'vrijheid' genomen worden in de zin van ongebondenheid, onbevangenheid of het ontbreken van vooringenomenheid. Deze verbanden zijn bij Arendt uitdrukkelijk aanwezig. Ieder handelen is, zo benadrukt zij, een nieuw begin, een in vrijheid genomen initiatief, dat leidt tot nieuwe beweging. Zoals hierboven aangegeven spreekt zij in dit verband ook over 'the human condition of natality', de natuurlijke geboorte, het nieuwe begin, waardoor de mens onbevangen het leven binnenkomt.²¹ Dit nieuwe begin kan zich aan de wereld slechts kenbaar maken krachtens het vermogen van de nieuwkomer tot het beginnen van iets nieuws, dat wil zeggen tot handelen.

Toegespitst op het recht als *human condition* wil dit zeggen dat het gaat om de mens die als justitiabele of burger de publieke ruimte betreedt, zich daar in zijn handelen geconfronteerd ziet met het recht, zoals dat door anderen in elkaar gezet en beheerd wordt. De 'plurality' krijgt daarbij een extra accent doordat de mens *achter* de burger, in zijn confrontatie met de justitiële instellingen, te maken krijgt met de mensen die zich achter die instellingen bevinden en deze doen functioneren. Dikwijls zal dit niet meer dan een formeel contact zijn, maar het kan ook anders lopen. Hierin zit dan al dadelijk een uitdaging, van beide kanten. Bij de justitiële instelling zal daarbij het accent blijven liggen op het *institutioneel belang*. Voor de burger kan dat belang alleen in een verwijderd verband een rol spelen. Bij hem zal het dikwijls gaan om een als 'existentieel' aan te duiden *beleving*.

In de rechtssfeer krijgt ook het 'in beweging zetten' een eigen betekenis. Al dadelijk in deze zin dat de handelende persoon door zijn optreden zijn wederpartij, slachtoffer of politieke tegenstander in die sfeer trekt en zo diens identiteit nader bepaalt. Meer uitgesproken in geval van conflict, doordat hij het justitiële apparaat in beweging zet. Daarbij doet zich vervolgens de vraag voor of dit initiatief

18 Arendt, *The Human Condition*, 50 e.v.; zie ook Antoine M. Hol, 'Adjudication and the Public Realm. An Analysis Based on the Work of Hannah Arendt', *Utrecht Law Review* 1 (2) (2005): 40-55.

19 Arendt, *The Human Condition*, 7-8.

20 *Ibid.*, 177, 189.

21 *Ibid.*, 9. In dit verband mag gedacht worden aan het 'genitum, non factum' uit het Latijnse credo.

een verandering moet of kan teweegbrengen in het recht als artefact. Is er sprake van iets nieuws waarop de rechtsbedeler een nieuw antwoord moet vinden? Kortom: de vraag naar rechtsontwikkeling.

Stel ik op deze wijze, in de geest van Arendt, de handelende mens tegenover het gemaakte werk, product van de *homo faber*, dan wordt duidelijk dat het intreden van een zekere spanning onvermijdelijk is. Daarover gaat de volgende paragraaf. Over de betekenis van het een en ander voor rechtsontwikkeling en de rechtstoepassing maak ik in dat verband nog enkele opmerkingen. Het existentiële aspect komt in de daarna volgende paragraaf aan de orde.

5 Spanning als dragende kracht van het recht

Doel van de maker is het gereed product dat met een zekere duurzaamheid de mens van dienst moet zijn. Bij de handelende mens staat de handeling zelf en de daaraan inherente 'zelfverwerkelijking' voorop. De in dit verband weinig voorkomende uitdrukking *homo agens* gebruik ik om dit aspect, deze tegenstelling tot de *homo faber*, te accentueren.

Kan enerzijds worden betoogd dat de toepassing van het recht als artefact tot spanning leidt, goed vol te houden is anderzijds dat het recht nu juist dient om die spanning te beteugelen. Dit is het ordeningsaspect van het recht. Handelingen (nalatigheden daaronder begrepen) die het recht niet tolereert, moeten worden gecorrigeerd. Andere handelingen binnen de rechtssfeer moeten door het recht worden begeleid. 'Eigenrichting' is in de rechtsstaat een *no go*. Hoe dat ook zij, de begeleiding zal niet altijd verwelkomd worden en correctie zal zelden, niet althans door de gecorrigeerde, met veel enthousiasme worden begroet. Het permanente karakter van de spanning tussen de twee werelden, die van de *homo agens* in het recht en die van de juridische *homo faber*, is daarmee gegeven.

In de inleidende paragraaf tot dit stuk poneerde ik de stelling dat deze spanning kan worden aangemerkt als een positief te waarden, structureel aanwezige 'condition' van het recht, nader aan te duiden als de *dragende kracht* van het recht. Als volgt licht ik dat toe. Het recht is en blijft een gemaakt product. Een zekere ontwikkeling is mogelijk, de praktijk bewijst dat, maar het systeem van het recht, zoals dit door rechtsgeleerden wordt uitgedrukt en verduidelijkt, is op behoud gericht. De mens daarentegen ontwikkelt zich voortdurend. Als *homo agens* brengt hij telkens weer iets nieuws, een nieuw begin. Dat nieuwe is voor het recht de broodnodige voeding. Zonder aandacht voor dat nieuwe zou het recht in zichzelf gekeerd en statisch blijven. Het zou daarmee zijn functie als begeleider en corrector (verdelend, vereffenend of bestraffend) verliezen. Een gevolg daarvan zou zijn dat het recht ook zijn ordenende functie zou verliezen. Voor de jurist zou het gevolg zijn dat hij, meer dan hem lief is, zou gaan voldoen aan de karikatuur van de ijdele, zich geleerd voordoende knutselaar. Willen we dit alles niet, dan moeten de *acta* van de *homo agens* bepalend zijn voor de *agenda* van de juridische *homo faber*.

Peter van Schilfgaarde

Spanning dus als de dragende kracht van het recht. De polen van die spanning zijn enerzijds de individuele mens, die in de samenleving zijn individualiteit probeert te vinden, anderzijds het recht als artefact. Aandacht daarvoor is een centrale opgave, zowel van de rechtspraktijk als van de rechtstheorie. Mijn bedoeling is niet daarmee tekort te doen aan andere factoren, die voor een juist begrip en een juist functioneren van het recht van belang zijn: ethisch besef, gevoel voor verantwoordelijkheid, integriteit, respect, vertrouwen, democratische grondslag, enzovoort. Mijn bedoeling is speciale aandacht te vragen voor de met deze spanning samenhangende, telkens weer in vele toonaarden gesignaleerde 'kloof' tussen enerzijds het recht zoals het geldt en geldend wordt gemaakt, anderzijds de beleving van de individuele burger voor wie het recht bestemd is. Ik spreek daarbij van het recht als artefact omdat ik de nadruk wil leggen op het 'gemaakte' van het recht. Ik gebruik vervolgens de term 'dragende kracht' om aan te geven dat het mij gaat om de spanning – duw- én trekspanning – als element van de 'overspannende constructie'. Daarbij heb ik dus niet de constructie van het gemaakte recht als zodanig op het oog. Wat ik op het oog heb, is de constructie van de brug tussen enerzijds het gemaakte recht, anderzijds het recht zoals dit door de burger wordt ervaren.

Schrijf ik in dit verband dat de *acta* van de *homo agens* bepalend behoren te zijn voor de *agenda* van de juridische *homo faber*, dan heeft dat betrekking op de wijze waarop het recht moet worden toegepast en de rechtsontwikkeling moet worden gestuurd. Op beide gebieden spelen autonome factoren een rol. Het systeem, zoals dat historisch is gegroeid, is altijd mede bepalend. Andere niet of moeilijk te beïnvloeden factoren hangen samen met ontwikkelingen in de bredere wereld – Europa bijvoorbeeld – waarin wij leven. Een en ander neemt niet weg – en de hier verdedigde beschouwingwijze brengt dat mee – dat bij de rechtstoepassing en de sturing van de rechtsontwikkeling nauwkeurig moet worden gelet, met of zonder sympathie, op wat de mensen, de justitiabelen *doen*. In dat *doen* zit de voortdurende vernieuwing van de maatschappij, waar het recht op moet aansluiten. In zoverre behoort de functie van de *homo agens* prioriteit te hebben op deze gebieden, boven die van de jurist als *homo faber*.

6 Rechtvaardigheid als regulatief principe. Gerechtigheid als existentiële ervaring

De aan de orde gestelde thema's doen onvermijdelijk een daarmee verband houdende, meer algemene vraag rijzen: wat is het doel van het recht? Waarnaar streven de rechtsbeoefenaars? Zij die iedere neiging tot cynisme weten te onderdrukken zullen antwoorden: het recht streeft naar rechtvaardigheid of, iets bescheidener, beoogt een bijdrage te leveren tot een betere, meer rechtvaardige samenleving. Rechtvaardigheid is voor de jurist – en niet alleen voor hem – een teken van hoop. Maar de onmiddellijk opdoemende, nadere vraag is wat in dit verband onder rechtvaardigheid moet worden verstaan. Naast de 'rechtvaardigheid' spelen ordening, rechtszekerheid, doelmatigheid, misschien ook – in de

geest van Kant – zedelijke vrijheid een rol. Daarnaast meer alledaagse, (rechts)politieke overwegingen zoals de eisen van het handelsverkeer, ‘precedentwerking’, bescherming van de zwakkeren, bescherming van ‘de maatschappij’, enzovoort. Ook deze alledaagse variëteit aan doelstellingen moet in het systeem worden ondergebracht, wat de zaak niet doorzichtiger maakt. Men kan natuurlijk al deze doelstellingen en de daarmee verbonden belangen in één greep nemen en de uitkomst van dat geheel als de ‘rechtvaardigheid’ van het recht aanduiden.²² Wij zijn dan dicht in de buurt van het aristotelische begrip rechtvaardigheid, dat verbonden is aan ‘het midden’, zoals dit gevonden wordt door een proportionele afweging van verdiensten en belangen.²³ In de context van wat ik wil betogen, gaat het dan om een afweging van de verdiensten en belangen van de rechtstreeks betrokkenen, *naast* de belangen die meer in het algemeen met de onderscheiden doelstellingen zijn verbonden. Op zichzelf genomen lijkt dit een bruikbare opvatting. Maar betekent dit niet dat de rechtvaardigheid van het recht op zijn best een compromis is?

Anders en misschien te scherp gezegd: wij weten dat rechtvaardigheid bestaat maar wij weten niet wat het is. Zeker is in elk geval dat ‘rechtvaardigheid’ geen eenduidig begrip is. Wat in een bepaalde situatie voor de jurist als een rechtvaardige oplossing kan gelden, kan door een rechtstreeks betrokkene of een andere geïnteresseerde als een hoogst *onrechtvaardige* uitkomst worden ervaren. Ook in dit verband kan de tegenstelling tussen de *homo faber* en de *homo agens* verhelderend werken. In de institutionele sfeer, de sfeer van de juristen die als *homo faber* het recht maken, kan rechtvaardigheid functioneren als een – niet nauwkeurig te omschrijven – richtsnoer voor verantwoorde taakvervulling, dus als *regulatief principe*.²⁴ In de sfeer van de burger die als *homo agens* door een wet of een andere regeling wordt geraakt of door een beslissing wordt getroffen, ligt dat veel moeilijker. Van hem kan niet zonder meer worden verwacht dat hij zich aansluit bij dat weinig omliggende idee en zich daarmee vrijmaakt van zijn emoties en zijn persoonlijke overtuiging.

De uit deze gemengde gevoelens voortvloeiende onvrede komt in veel varianten voor. Een extreme variant leveren de gevallen op waarin personen met een volstrekt andere levensovertuiging de bestaande rechtsorde negeren of daar bewust tegen ingaan. Te denken is aan de terrorist uit overtuiging,²⁵ degene die ‘eer-

22 Aldus G.E. Langemeijer, *De gerechtigheid in ons burgerlijk vermogensrecht* (Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink, 1994), 6, waarbij bedacht moet worden dat Langemeijer in dat werk de termen ‘gerechtigheid’ en ‘rechtvaardigheid’ door elkaar gebruikt (p. 2).

23 Aristoteles, *Nicomacheïsche Ethiek*, V.3.

24 In de zin van Immanuel Kant, *Kritiek van de zuivere rede*, vertaling Jabik Veenbaas & Willem Visser (Amsterdam: Boom, 2004), 467 e.v., sparsim, en opnieuw 546 e.v. (‘Aanhangsel bij de transcendentale dialectiek’), sparsim, ook wel aangeduid als ‘regulatief idee’. Zie over waarheidsvinding als regulatief idee: Marc Loth, preadvies NJV 2012, 17.

25 Na de vondst van haar dagboek in 2007 kreeg de Nederlandse Tanja Nijmeijer internationale bekendheid als lid van de FARC, een Colombiaanse organisatie van vrijheidsstrijders, door anderen aangeduid als terroristische organisatie. In 2012/2013 nam zij namens de FARC deel aan onderhandelingen met de Colombiaanse regering.

wraak' als zijn plicht beschouwt, enzovoort. Mildere varianten zijn het vrijlaten van pelsdieren uit de hokken van een particulier bedrijf,²⁶ de hier en daar voorkomende bezetting van bedrijven, publieke terreinen en overheidsgebouwen,²⁷ de kraakbeweging, die vooral in de jaren zestig van de vorige eeuw actief was en af en toe nog is. Door het binnen deze varianten vallende gedrag wordt de rechtsorde voortdurend getest, wat op zichzelf al een zekere spanning oplevert. In dit verband mag ook worden genoemd degene die er een eer in schept als 'hooligan' op te treden.²⁸ Weer een andere categorie omvat de gevallen waarin mensen zich ergeren aan juridische regels, bestuurlijk handelen of rechterlijke uitspraken die zij afkeuren maar niet persoonlijk bestrijden. Ook binnen deze categorie komen natuurlijk veel varianten voor. Naast triviale zoals 'waarom mag ik hier geen 120 rijden?', ook meer serieuze ('waarom worden die bankbestuurders niet aangepakt?') en schrijnende ('wat voor land is dit dat een 18-jarige Angolese asielzoeker, die hier al acht jaar woont, zonder pardon dreigt terug te sturen naar Angola?').²⁹ Ten slotte de dagelijks voorkomende gevallen waarin mensen in hun persoonlijk of zakelijk leven de nadelige, voor hen onbegrijpelijke of naar hun gevoel (hoogst) onbillijke gevolgen van een regel of uitspraak ervaren. Voor de praktijkjuristen, die eraan gewend zijn dat de ene partij 'wint' en de andere 'verliest', is het enkele feit dat dit zo loopt geen reden tot opwinding. Voor hen zijn deze gevallen belangwekkend of niet. De belangwekkende vindt men terug in de juridische tijdschriften met commentaar van 'deskundigen'. Is de uitspraak verrassend of valt zij binnen het systeem? Heeft de rechter het goed begrepen of heeft hij misschien een (klein) steekje laten vallen? Voor de betrokkenen, en dan met name voor de in het ongelijk gestelde partij, zijn het dikwijls situaties die bij hen de vraag oproepen: 'Is dat nou gerechtigheid?'

De gegeven voorbeelden illustreren dat het gemaakte recht dikwijls leidt tot persoonlijke onvrede. Daarnaast maken zij duidelijk dat degenen aan wie deze onvrede knaagt, aan een algemeen begrip van rechtvaardigheid als regulatief principe niet veel hebben. Voor hen gaat het om een persoonlijke ervaring die, zoals ik betoog, een existentieel karakter heeft. Naast de term 'rechtvaardigheid' kennen wij in het Nederlands de term 'gerechtigheid'. Beter dan 'rechtvaardigheid' geeft naar mijn gevoel de term 'gerechtigheid' dit existentiële karakter weer. Bij voor-

26 Met als opmerkelijk gevolg dat een initiatiefvoorstel voor een 'Wet verbod pelsdierhouderij' (Kamerstukken 30 826) intussen (december 2012) door de Eerste Kamer is aangenomen.

27 Te noemen valt in dit verband de recente, wereldwijd verspreide Occupy-beweging, waarover Berend Roorda, 'Permanente Occupy-kampementen een blijvend probleem?' *NJB* (2012): 1720-25. Ook het optreden in februari 2012 van 'Pussy Riot' in een kathedraal in Moskou, dat leidde tot een veroordeling van twee bandleden tot twee jaar strafkamp. Binnen Nederland kregen we te maken met een tentenkamp van uitgeprocedeerde asielzoekers in Amsterdam-Osdorp. Bij vonnis van 28 november 2012 van de voorzieningenrechter werd de ontruiming gelast.

28 Vgl. Yoeri Kievits, *Rotterdam Hooligan* (Meppel: Just Publishers, 2012).

29 Mauro Manuel is uiteindelijk niet teruggestuurd maar heeft, na veel publieke en politieke comotie in 2010 en 2011, een studievizum voor (nog) één jaar gekregen.

keur spreek ik daarom van ‘gerechtigheid’ wanneer ik de persoonlijke ervaring van de burger op het oog heb.³⁰

7 Handelen, spreken, maken

Met verwijzing opnieuw naar Arendt vestig ik nu de aandacht op het verband tussen handelen en spreken enerzijds, tussen maken en spreken anderzijds.

Zoals hierboven aangegeven is het verband tussen handelen en spreken voor Arendt cultuurhistorisch bepaald en, zo interpreteer ik haar betoog, *self evident*. Hierbij moet opnieuw voor ogen worden gehouden dat Arendt ‘handelen’ (*action*) expliciet plaatst in de sleutel van een nieuw ‘begin’ door het zich doen kennen (‘disclosure’) van de handelende zelf, het daarbij aangaan van een relatie met anderen (‘plurality’) en het in beweging brengen van die anderen. Bezieet men het handelen vanuit deze (klassieke) gezichtshoek, dan is inderdaad het verband met spreken onmiskenbaar.

Mijnerzijds merk ik op dat ik juist ook een *self evident* verband zie tussen ‘recht’ en spreken. Daarmee dan ook tussen ‘recht als artefact’ – waarbij dus het ‘maken’ centraal staat – en spreken. Dat verband is er, onverschillig of men daarbij het accent legt op het ‘zeggbare’ dan wel het ‘onzeggbare’ van het recht.³¹

Denkt men dan nog eens na over de verhouding tussen het ‘werk’ (*work*) van de *homo faber* en het handelen van de *homo agens*, dan is in te zien dat aan dat ‘werk’ steeds ook een ‘handelen’ ten grondslag ligt. En dat geldt ook wanneer men het begrip ‘handelen’ opvat in de daaraan door Arendt gegeven pregnante betekenis van ‘disclosure’.

Een en ander voert tot het inzicht dat men handelen en maken wel – in de geest van Arendt – tegenover elkaar mag zetten, ook in het recht, maar dat tussen deze twee, althans in het recht, een duidelijke verbinding bestaat. Die verbinding is, in de presentatie die mij voor ogen staat, het spreken of – meer algemeen – de taal.

Opgemerkt mag worden dat er vanzelfsprekend nog andere vermogens zijn dan alleen handelen, spreken en maken die voor de analyse van ‘de’ *human condition*, en zeker voor het recht als *human condition*, van belang zijn. Deze andere vermogens, zoals denken, willen, geloven, voelen en oordelen, kunnen ook worden genoemd als functies die het handelen en het maken verbinden. Zij worden in *The Human Condition* geheel of grotendeels buiten beschouwing gelaten. Dat is op het eerste gezicht verrassend. De reden daarvan is echter duidelijk. Die is hierin gelegen dat Arendt zich in dat werk uitdrukkelijk heeft willen beperken tot de

30 Meer uitvoerig over deze kwestie mijn opstellen ‘Recht, onrecht en gerechtigheid,’ *Rechtsfilosofie & Rechtstheorie* 35 (2) (2006): 162-77; ‘Law-Linked Justice and Existence-Linked Justice,’ *Ratio Juris* 31 (1) (2008): 125-49. In mijn ‘Feiten en Rechtsoordelen,’ *WPNR* 6396 (2000), wordt gerechtigheid beschreven als het meer abstracte doel van het recht, als ‘profetie’. In deze geest ook mijn ‘Ius Vigilantibus Scriptum,’ *WPNR* 6428 (2001).

31 Vgl. Peter van Schilfgaarde, ‘Recht als taalgang,’ *WPNR* 6843 (2010).

Peter van Schilfgaarde

functies die onder het klassieke begrip *vita activa* kunnen worden gebracht. Waarbij dan nog mag worden bedacht dat zij in dat verband aan het recht als *human condition* nauwelijks aandacht heeft besteed.

Voor ogen moet verder worden gehouden dat *The Human Condition* in 1958 is verschenen. Na enkele eerdere publicaties³² komt in 1978 – drie jaar na het overlijden van Arendt – *The Life of the Mind* uit.³³ In dit werk, dat uit twee delen bestaat, verdiept Arendt zich in ‘thinking’ en ‘willing’, functies die in de klassieke (middeleeuwse) traditie tot het als *vita contemplativa* aangeduide gebied werden gerekend. Arendts bedoeling was dit werk af te sluiten met een beschouwing over ‘judging’, maar zover is het nooit gekomen. Wel bevat de uitgave van 1978 een als ‘Judging’ aangeduide *appendix*, waarin excerpten uit haar ‘Lectures on Kant’s Political Philosophy’ zijn opgenomen. Hoe dit ook zij, ook in dit latere werk wordt geen bijzondere aandacht besteed aan het recht.

Anders dan Arendt spits ik mijn beschouwingen juist toe op het recht als *human condition*. Duidelijk zal zijn dat in het recht het vermogen om te oordelen een belangrijke rol speelt. Eerder heb ik betoogd dat het oordeel (en niet de regel, zoals dikwijls gedacht wordt) de kern uitmaakt van het recht, ook voor zover dit recht buiten de rechtszaal wordt gemaakt of beoefend.³⁴ De aan die opvatting ten grondslag liggende gedachte is dat het vasthouden aan regels – nuances daargelaten – noodzakelijk tot een niet met recht als werkzaamheid te verenigen verstarring leidt. In het oordeel daarentegen komt de creatieve, verantwoordelijkheid nemende mens tot zijn recht, ook wanneer hij zich in beginsel door de regel laat leiden.

In het hierna volgende speelt dan ook ‘oordelen’ een belangrijke rol. Het verband tussen oordelen en spreken kan daarbij zo worden uitgedrukt dat een oordeel, wil het in de werkelijkheid werkzaam zijn, moet worden uitgesproken. Oordelen en spreken vormen zo, tezamen genomen, het verbindende midden tussen handelen en maken. Afgezien van dit oordelen zal ik echter niet proberen de hierboven genoemde, andere functies, anders dan in het voorbijgaan, bij mijn betoog te betrekken. De aan Arendt ontleende beperking tot ‘handelen’, ‘spreken’ en ‘maken’, waaraan dan toegevoegd het ‘oordelen’, geeft mij de mogelijkheid de contouren van hetgeen ik wil betogen scherper naar voren te brengen.

32 In verschillende vormen uitgegeven en gebundeld. Daaronder Hannah Arendt, *Eichmann in Jerusalem* (New York: The Viking Press, 1963), waarin Arendt de uitdrukking ‘the banality of evil’ muntte. Daarover Klaas Rozemond, ‘De complexiteit van het kwaad,’ *Netherlands Journal of Legal Philosophy* 41 (1) (2012): 63-82.

33 Hannah Arendt, *The Life of the Mind* (New York: Harcourt, 1978). Zie ook Hannah Arendt, *Responsibility and Judgment* (New York: Schocken Books, 2003).

34 Zie daarvoor de in noot 30 hiervoor genoemde bijdragen van mijn hand.

8 Het oordeel van de *observer* of *spectator*

Centraal staat in mijn uiteenzetting de idee van ‘spanning’ als structureel aanwezige, positief te waarderen ‘conditie’ van het recht. De vraag is nu hoe deze spanning productief kan worden gemaakt. Voor de beantwoording van die vraag is een zekere distantie tot het thema nodig. Wat gebeurt er wanneer mensen enerzijds recht maken en toepassen, anderzijds de consequenties daarvan ervaren? In dit verband kunnen een ‘extern’ en een ‘intern’ perspectief worden onderscheiden. Men denke aan de ‘external observer’ van Hart.³⁵ Deze *observer* heeft een ‘external point of view’. Vanuit die positie kan hij geacht worden – in algemene zin, ongeacht de kwaliteit daarvan – tot een objectief, ‘impartial’ oordeel in staat te zijn. In de hier besproken context kan het dan gaan om zijn oordeel over het rechtsbedrijf en de uitwerking daarvan op de ‘burgers’ of ‘justitiabelen’.

De zo omschreven *observer* staat geheel buiten het rechtsbedrijf en de kring van justitiabelen. Maar ook daarbinnen kan de figuur van de *observer*, ook wel aangeduid als *spectator* of ‘toeschouwer’, voor de begripsvorming een rol spelen. Tot op zekere hoogte vervullen alle betrokkenen bij de rechtssfeer, de justitiabelen daaronder begrepen, die functie. Wat binnen die sfeer geschiedt, moet door alle betrokkenen worden beoordeeld. Onpartijdigheid wordt niet altijd verlangd maar speelt in bepaalde posities zeker een rol. Voor de positie van de rechter is dat zonder meer duidelijk. Maar ook voor hem hoeft dat niet te betekenen dat hij moet oordelen vanuit een denksfeer die geheel losstaat van de denksfeer van de overige betrokkenen. De rechter die dit nastreeft, zou zich onmiddellijk diskwalificeren. Mijns inziens hoeft de figuur van de *observer*, *spectator* of toeschouwer dit element ook niet te bevatten.³⁶ Van de rechter wordt ook niet verwacht dat hij denkt op een hoger of meer verheven niveau. In termen waaraan Arendts werk ons herinnert: ook hij moet oordelen binnen de kaders van een *vita activa*, aan hem wordt niet de eis gesteld dat hij zich voor beraad terugtrekt in een daarvan afgezonderd gedachte *vita contemplativa*.

In deze zin komt dan ook de figuur van de *spectator* bij Arendt aan de orde.³⁷ Wil men oordelen, zo betoogt zij, dan moet men zich noodzakelijk afzonderen van het te beoordelen schouwspel. De term ‘schouwspel’ mag men dan letterlijk nemen. Aan de hand van een citaat van Pythagoras en andere vroeg-Griekse opvattingen wordt namelijk deze stelling geïllustreerd door een verwijzing naar de toeschouwer bij een ‘festival’, zoals de Olympische Spelen en – overdrachtelijk – ‘the festival of life’. De toeschouwer neemt een eigen positie in, hij speelt niet mee. Deze afzondering is in Arendts analyse een voorwaarde, niet alleen om te kunnen oordelen maar ook om de betekenis van het spel te begrijpen. Daarmee verduide-

35 H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, 2nd edition (Oxford: Oxford University Press, 1994), 89-91.

36 Evenzo uitvoerig John Rawls, *A Theory of Justice* (Oxford: Oxford University Press, 1972), 183 e.v. voor de *spectator*. Ook Hart maakt duidelijk dat er gradaties in betrokkenheid zijn.

37 Arendt, *The Life of the Mind*, 92-98. Zie ook de reeks opstellen in Joke J. Hermsen & Dana R. Villsa, eds., *The Judge and the Spectator. Hannah Arendt's Political Philosophy* (Leuven: Peeters, 1999).

Peter van Schilfgaarde

lijkt zij meteen de positie van de speler. Beslissend is voor hem, zo betoogt Arendt, de opinie of het oordeel van de *spectator (doxa)* en alleen als afgeleide daarvan de roem (de andere kant van *doxa*). De ‘afzondering’ van deze *spectator*, zo merkt zij vervolgens op, is een heel andere dan de afzondering van de filosoof in zijn denkwereld. De tot oordelen geroepen *spectator* verlaat de wereld der verschijnselen niet. Wel trekt hij zich terug uit de actieve betrokkenheid met het spel. Hij trekt zich terug naar een bevoorrechte positie om het geheel te overdenken en zijn oordeel te geven. Maar dat oordeel, onpartijdig als het behoort te zijn, staat niet los van het oordeel van anderen (andere toeschouwers en ook de spelers, zo begrijp ik), met wie hij in contact staat en moet treden.

Bij deze beschouwing verwijst Arendt naar Kant, die in verband met het oordelen spreekt van een ‘sensus communis’ als basis voor een ‘erweiterte Denkungsart’³⁸, in Arendts interpretatie een door ‘common sense’ geleide wijze van denken (‘enlarged mentality’), die leidt tot een mede op de potentiële visie van anderen afgestemd oordeel.³⁹ Dit in tegenstelling tot de bij Kant uit de praktische rede voortvloeiende, met de wil samenhangende, categorische morele imperatief, die zonder enige mogelijke afwijking voor ieder individu geldt.

De zo omschreven ‘enlarged mentality’ als biotoop van het oordeel, sluit aan op de ‘condition of plurality’ die Arendt in *The Human Condition* aanwijst als de ‘condition’ die correspondeert met *action* (handelen) en *speech*. Voor mij is het belangrijkste element de daarin tot uitdrukking komende verbondenheid van de juridische beoordelaar, in potentie in elk geval, met de leefwereld en het oordeelsvermogen van degene die als justitiabele de publieke ruimte betreedt.

9 Participerend oordelen, aanraking met het existentiële element

Het zo nader bepaalde oordelen kan worden gekenschetst als ‘participerend oordelen’. De participanten zijn de medebeoordelaars en degenen wier handelingen of werken worden beoordeeld. Hoe die participatie zich precies voltrekt, hoeft hier niet te worden uitgewerkt. Aannemelijk is dat dit telkens afhangt van een reeks factoren, waaronder in elk geval het doel van de beoordeling, de te beoordelen stand van zaken, de onderlinge verhouding van degenen die als ‘spelers’ bij de beoordeling zijn betrokken en daartoe een bijdrage kunnen leveren, en het gebied waarbinnen de beoordeling plaatsvindt. In dit stuk gaat het om oordelen binnen het rechtsbedrijf en de kring van justitiabelen tegen de achtergrond van de daarbij intredende spanning.

38 Immanuel Kant, *Kritik der Urteils kraft*, par. 40. Hierbij moet ‘sensus communis’ niet als particulier zintuig worden begrepen maar – zo begrijp ik – als een a priori gegeven gemeenschappelijk vermogen om in het denken het denken van alle anderen op te nemen.

39 Deze ‘common sense’ wordt door Arendt in *The Human Condition*, 208-9, nog aangeduid als een zesde zintuig van de mens. In *The Life of the Mind* (‘Appendix Judging’), 265 e.v., wordt de kwestie meer uitvoerig besproken in relatie tot Kants meer ‘verheven’ idee van de ‘sensus communis’.

Het gaat dus om de spanning tussen enerzijds het *institutionele*, anderzijds het *existentiële* element van de aan de orde zijnde kwestie. Bezieet men nu het institutionele element tegen de achtergrond van het ‘participerend oordelen’, dan is in te zien dat men ook in de institutionele sfeer niet ontkomt aan de aanraking met de existentiële kant van de zaak. Zij die als professionals oordelen zijn ook ‘burgers’, die als zodanig ageren en – in privé of als professional – doelwit van juridische bemoeiing kunnen zijn. Alleen al daarom kan het door hen als professional te geven ‘juridische’ oordeel niet louter rationeel zijn. Verbinding, betrokkenheid en empathie moeten een rol spelen. Daarmee bedoel ik niet dat steeds alle emoties uit de persoonlijke levenssfeer in aanmerking moeten worden genomen, of dat steeds diep in de psyche van de justitiabele moet worden gedoken. Het blijft bij een ontmoeting in de publieke ruimte, ook wanneer het gaat om een procedure tussen twee of meer particuliere partijen. De betekenis hiervan is dat daarmee, ook voor de bestuurders en beheerders van het rechtsbedrijf, aan de spanning een existentieel element wordt verbonden.

Juist vanwege deze aanraking in de existentiële sfeer, zo kan men inzien, kan de spanning die ik op het oog heb, werkzaam zijn. Juist vanwege deze aanraking kan die spanning fungeren als de dragende kracht van het recht, zoals dit door juristen bedacht en door de burger ervaren wordt, van het recht dus als overkoepelend begrip. En juist vanwege deze aanraking raakt het recht aan de *human condition* in persoonlijke zin, kan vervolgens het recht zelf als een *human condition* worden geduid, en kan de hier bedoelde spanning op haar beurt worden aangemerkt als een positief te waarderen ‘condition’ van het recht.

Daaraan kan nu worden toegevoegd – en dat accentueert de positieve kant van de hier aangegeven spanning – dat daarmee ook een nieuwe mogelijkheid ontstaat voor de burger om zich in positieve zin tot de institutionele sfeer te verhouden, daaraan enige inspiratie te ontleen voor zijn eigen oordeel en daarmee in constitutieve zin bij te dragen tot het institutioneel georiënteerde oordeel.⁴⁰

De enkele bladzijden terug gestelde vraag was: hoe kan de spanning tussen het gemaakte recht en de wereld van de (handelende) burger productief worden gemaakt? Diezelfde vraag kan nu in deze vorm worden herhaald: hoe kunnen de positieve effecten van het participerend oordelen worden geoptimaliseerd?

In dit verband breng ik in herinnering dat in de opzet van dit betoog (participerend) oordelen en spreken, tezamen genomen, als het verbindende midden tussen handelen en maken kan worden aangemerkt. Bij de beantwoording van de nieuw geformuleerde vraag verdient derhalve, naast het oordelen, ook het verbindend vermogen van het spreken, dat wil zeggen van de taal, aandacht. Een groeiend besef dat verantwoordelijkheid voor dat oordeel moet worden gedeeld, kan een daarop aansluitende, positief te waarderen ontwikkeling zijn. In de hierna volgende paragrafen maak ik nog enkele opmerkingen over deze thema’s.

40 Hierover meer in Van Schilfgaarde, ‘Law-Linked Justice,’ 144-49.

Peter van Schilfgaarde

10 Middentermen

De taal en de daarmee samenhangende begripsvorming van de jurist zijn niet bij uitstek geschikt, zo kan men betogen, om de verbinding tussen jurist en burger tot stand te brengen. Op zichzelf is dat niets bijzonders. Voor alle wetenschappelijke en semiwetenschappelijke disciplines geldt dat zij noodzakelijk hun eigen begrippenstelsel creëren en dat daarmee ook de taal waarin gecommuniceerd wordt, verandert. Maar de vraag is dan: is daar niets aan te doen?

Daar is natuurlijk iets aan te doen. Veel zou het al helpen als juristen zich voortdurend van dit probleem bewust zouden zijn en de *perpetua voluntas* zouden hebben hun taalgebruik zo veel mogelijk aan dat inzicht aan te passen. Maar er zijn ook structurele mogelijkheden. Versleten begrippen kunnen door nieuwe, meer aansprekende vervangen worden. Begrippen die aansluiten bij maatschappelijk taalgebruik en maatschappelijk normbesef, begrippen die hun betekenis niet uitsluitend ontlenen aan juridisch taalgebruik, kunnen een extra accent krijgen. Termen en begrippen die vanouds een ethisch-maatschappelijke functie hebben vervuld, kunnen afgestoft en opnieuw gebruikt worden. Termen en begrippen die aan deze en daaraan verwante criteria voldoen, noem ik ‘middentermen’.

Als een voor de hand liggend voorbeeld uit het civiele recht noem ik de term ‘verantwoordelijkheid’ als tegenhanger van ‘aansprakelijkheid’. Verantwoordelijkheid kan tot aansprakelijkheid leiden maar er is geen rechtsregel die dat in algemene zin voorschrijft. Verantwoordelijkheid is een begrip met duidelijk kenbare maatschappelijk-ethische wortels. Voor zover het in de juridische sfeer een rol speelt, kan ook de burger zonder juridisch inzicht daarover meepraten. Aansprakelijkheid daarentegen is een juridisch-technisch begrip. Juristen kunnen ermee goochelen en doen dat regelmatig. De dreiging die daarvan uitgaat, is voor de niet-jurist niet goed te taxeren. Aansprakelijkheid dreigt daarmee te verworden tot een notie die weerstand wekt, antagonisme oproept en voorbarige indekking in de hand werkt. De dreiging van aansprakelijkheid belemmert soms het functioneren van instellingen en personen.⁴¹ Moet het recht – het civiele vermogensrecht in het bijzonder⁴² – noodzakelijk zo worden geformuleerd dat deze effecten optreden?

Mijns inziens zijn er mogelijkheden om het accent anders te leggen. Het ondernemingsrecht geeft daarvan een goed voorbeeld. Sedert de jaren zeventig van de vorige eeuw kennen we daar het (toen vernieuwde) enquêterecht. Aansprakelijkheid speelt in de opzet van het enquêterecht een ondergeschikte rol. De aan de orde komende vragen zijn of er gegronde redenen zijn om aan een ‘juist beleid’ te twifelen en, zo ja, of er misschien sprake is geweest van ‘wanbeleid’. Wordt wanbeleid geconstateerd, dan kan dit leiden tot ‘voorzieningen’ maar een beslissing

41 Vrees voor aansprakelijkheid heeft geleid tot de per 1 juli 2012 in werking getreden Wet aansprakelijkheidsbeperking DNB en AFM enz. (*Stb.* 2012, 289).

42 In het strafrecht doen zich soortgelijke problemen voor, maar de context is een andere. Ik laat die kwestie hier buiten beschouwing.

over aansprakelijkheid hoort daar niet bij. De vraag naar de verantwoordelijkheid wordt naar voren gehaald, die naar aansprakelijkheid naar de achtergrond geduwd. Een belangrijk voordeel van deze aanpak is dat het debat zich in hoofdzaak richt op vragen waar de betrokkenen een gefundeerde mening over kunnen hebben, de technisch-juridische uitwerking daargelaten. De in dit proces ingebouwde 'vertaling' van het begrip verantwoordelijkheid naar de maatschappelijk-ethische (of bedrijfskundige) sfeer kan tot een daarop aansluitende herinterpretatie van dat begrip leiden.⁴³ Dit vergroot de kans dat het te geven oordeel – ook het eigen oordeel van de justitiabelen – zich ontwikkelt tot een 'participerend oordeel'. Daarmee neemt ook de kans toe dat de betrokkenen voor de uitkomst enig begrip kunnen opbrengen, ook al is deze voor hen niet onverdeeld gunstig.⁴⁴

Een term die in een vergelijkbaar verband een rol speelt is 'behoorlijk bestuur'. Het bestuursrecht kent algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Bij de formulering daarvan wordt – zo goed en zo kwaad als dat gaat – aangesloten bij buiten-juridisch taalgebruik. In het private vennootschapsrecht wordt van een bestuurder verwacht dat hij zijn taak 'behoorlijk' verricht. Een andere vraag is of hij, bij gebreke daarvan, aansprakelijk is. Niet zonder grond geldt in het vennootschapsrecht de regel dat daarvoor nodig is dat aan de betrokkene een '(voldoende) ernstig verwijt' kan worden gemaakt.⁴⁵

Een voorbeeld van een oude term die – opgestoft – een nieuwe functie kan vervullen, is 'zorgplicht'. 'Opgestoft', schrijf ik, want de term is niet nieuw.⁴⁶ Intussen geldt ook voor het begrip 'zorgplicht' dat het duidelijke wortels heeft in de maatschappelijk-ethische sfeer. Gebruik van dat begrip kan daarom de verbinding tussen die sfeer en de technisch-juridische sfeer bevorderen. In het effectenrecht is de zorgplicht een aantal jaren geleden op ruime schaal geïntroduceerd.⁴⁷ Opvallend is nu – en dat lijkt mij een goede ontwikkeling – dat dit begrip ook buiten dat gebied steeds meer aandacht krijgt, waarbij uitspraken van de Hoge Raad een belangrijke rol spelen.⁴⁸ Spreekt men over 'zorgplicht', dan kan er sprake zijn van een opmaat naar aansprakelijkheid of een andere civielrechtelijke sanctie maar dat hoeft niet. Het debat gaat primair over de verhouding tussen enerzijds de eigen verantwoordelijkheid van de wederpartij, anderzijds de aard en de omvang van de zorgplicht. In de uitwerking van deze basisgedachte komen dogmatisch-

43 In wezen is er geen verschil met de vertaling van juridische begrippen in een andere taal. Zie over de daarbij intredende betekenisontwikkeling C.I.B. Laske, 'Translating the Law,' *R.M. Themis* 173 (6) (2012): 265-77.

44 Intussen heeft vrees voor aansprakelijkheid ook in dit rechtsgebied geleid tot invoering (per 1 januari 2013) van een nieuw artikel 2:351 lid 5 BW, dat de aansprakelijkheid van onderzoekers beperkt.

45 HR 8 december 2006, *NJ* 2006, 659 (*Ontvanger/Roelofsen*).

46 Vgl. A.S. Hartkamp, 'Nieuwe gerechtigheidsgedachten in het vermogensrecht', *WPNR* 6843 (2010): 386.

47 Vgl. W.H.F.M. Cortenraad, 'Hoe bijzonder is de bijzondere zorgplicht?' *Ondernemingsrecht* 128 (2012): 700-710.

48 Laatstelijk HR 9 maart 2012, *NJ* 2012, 435 (*zorgplicht verzekeraar*).

Peter van Schilfgaarde

systematische fricties tussen de verschillende rechtsgebieden aan het licht.⁴⁹ Die moeten dus worden gerelativeerd. Ook dat is dan winst in het hier besproken verband.

Een klassiek voorbeeld levert ten slotte de term ‘goede trouw’. Eerder heb ik betoogd dat daarmee iets is misgegaan bij de invoering van het Nieuw BW in de jaren negentig van de vorige eeuw.⁵⁰ ‘Goede trouw’ is een door de eeuwen heen ontwikkeld en geijkt begrip, waarmee een norm voor behoorlijk handelen wordt weergegeven. De kern daarvan is dat gehandeld wordt vanuit een open, eerlijke gezindheid. ‘Goede trouw’ brengt daarnaast mee dat gehandeld wordt vanuit een instelling die niet uitsluitend op eigen voordeel is gericht, maar waarin ook rekening wordt gehouden met de belangen van anderen, waaronder in de eerste plaats de wederpartij bij een rechtshandeling. Dat aan een persoon die de rechtswereld betreedt (in termen van Arendt: in de wereld treedt en daar zijn identiteit vindt), de eis kan worden gesteld dat hij ‘te goeder trouw’ handelt, hoeft aan een juridische leek niet te worden uitgelegd, ook al kan in een concreet geval het perspectief van de een verschillen van dat van de ander. Bij de invoering van het Nieuw BW is echter in Boek 6 de term ‘goede trouw’ vervangen door ‘redelijkheid en billijkheid’. En passant is daarbij het accent verschoven van handelingsnorm naar beoordelingsnorm⁵¹ en dat is een verlies. De term ‘redelijkheid en billijkheid’ mist bovendien, cerebraal als hij is, het onmiddellijk aansprekend, beeldend vermogen van ‘goede trouw’. Een rudiment van dat begrip is weliswaar overgebleven in Boek 3 maar dat maakt de zaak voor een leek niet doorzichtiger. Het resultaat is in elk geval dat – onbedoeld naar ik aanneem – een belangrijke ‘midden-term’ is ontkracht. Hoopgevend is dan weer dat in de Europese sfeer een tendens bestaat om ‘good faith and fair dealing’ tot richtinggevende handelingsnorm te verheffen.⁵²

11 Gedeelde verantwoordelijkheid

Het begrip ‘verantwoordelijkheid’ speelde in de vorige paragraaf een belangrijke rol. Duidelijk mag zijn dat verantwoordelijkheids**besef** een belangrijke rol speelt bij het oordelen als handeling. De vraag is nu wat het verband kan zijn tussen dit besef en ‘participerend oordelen’. Ik maak daarover nog enkele opmerkingen.

Participerend oordelen kan deze vorm aannemen dat het oordeel van anderen, niet rechtstreeks betrokkenen, bewust in aanmerking wordt genomen. Een vorm

49 Vgl. A.G. Castermans & P.W. Den Hollander, ‘Dwaling tussen privaatrecht en publiekrecht,’ *WPNR* 6940 (2010). Ook *WPNR* 6954 (2012), bijzonder nummer over het tuchtrecht van de notaris tegen de achtergrond van de op hem rustende zorgplicht.

50 Peter van Schilfgaarde, ‘Over de verhouding tussen de goede trouw van het handelen en de goede trouw van het niet weten,’ in *Goed en Trouw. Opstellen aangeboden aan Prof. mr. W.C.L. van der Grinten* (Zwolle: Tjeenk Willink, 1984), 57-70. Opmerkingen in dezelfde geest kunnen worden gemaakt over de beperking van het begrip ‘eigendom’ tot stoffelijke zaken in het NBW. Aldus terecht J.Th. Degenkamp, ‘20 jaar nieuw BW; vanaf het begin verouderd?!’ *NJB* 2013/2, 87.

51 Met een daarbij passende, op die toepassing afgestemde – onpersoonlijke – omschrijving in artikel 3:12 BW.

52 DCFRI.-1:103.

daarvan vindt men in landen die – in het strafrecht, maar soms ook in het civiele recht – juryrechtspraak kennen. Het systeem heeft voor- en nadelen. De invoering daarvan in Nederland wordt wel eens geopperd maar de – op zichzelf begrijpelijke – vrees voor nadelen heeft ertoe geleid dat tot dusver geen serieuze poging tot invoering is gedaan. Intussen wordt in het strafrecht wel geëxperimenteerd met vormen van inspraak. Zo organiseert het openbaar ministerie sinds enige jaren bijeenkomsten waarin burgers worden uitgenodigd hun mening te geven over de aard van de straf en de strafmaat in bepaalde, actuele zaken. Men spreekt van ‘burgerfora’. De bedoeling is inzicht te krijgen in de gevoelens van de burger en daarop, zo mogelijk, aan te sluiten. De verkregen inzichten worden gebundeld bij het aanscherpen van de richtlijnen voor de strafmaat, waarmee het openbaar ministerie werkt.⁵³ Het spreekt vanzelf dat het openbaar ministerie per saldo zelf verantwoordelijk blijft voor de uitvoering van zijn taak. De gevolgde werkwijze bevat niettemin elementen van ‘gedeelde verantwoordelijkheid’, die het participerend karakter van het oordelen versterken.

In het civiele recht wordt in veel landen, waaronder Nederland, gewerkt met vormen van ‘mediation’. De reden dat voor ‘mediation’ gekozen wordt, is veelal dat men opziet tegen de onzekerheid, de lange duur en de kosten van een proces. Dit neemt niet weg dat men daarachter de gedachte kan zien dat partijen een gedeelde verantwoordelijkheid hebben om tot een oplossing van het geschil te komen. ‘Mediation’ neemt soms deze vorm aan dat in een bepaalde fase van de procedure door de rechter een poging in die richting wordt gedaan, al dan niet in het kader van een ‘schikkingcomparitie’. Zo kennen sommige gerechtshoven in Nederland de ‘comparitie na aanbrengh’, waarin de mogelijkheid tot schikking wordt onderzocht, nog voordat van grieven is gediend. Systemen waarin de rechter partijen verplicht hun geschil – geheel of gedeeltelijk – aan ‘mediation’ te onderwerpen zijn in het buitenland, waaronder de USA, bekend.

In het strafrecht kan men in dit verband ook wijzen op de toenemende aandacht voor het slachtoffer van een delict. Het in 2005 ingevoerde spreekrecht voor slachtoffers en nabestaanden is in 2012 uitgebreid.⁵⁴ Bemiddeling tussen het slachtoffer en de dader wordt opnieuw door volksvertegenwoordigers bepleit.⁵⁵ Ook in deze verschijnselen kan men een toenemende aandacht voor gedeelde verantwoordelijkheid zien.

Neemt men deze kwestie wat breder, dan kan men ‘gedeelde verantwoordelijkheid’ opvatten als een staatkundige vereiste. De betekenis daarvan – men spreekt wel van ‘participerende democratie’ – wil ik niet ontkennen. Mij gaat het echter niet om deze staatkundige vereiste maar – dichter bij huis – om de persoonlijke betrokkenheid van de burger als individu bij de oplossing van vragen die het recht als artefact oproept. Het besef dat er sprake kan zijn van ‘gedeelde verantwoordelijkheid’ leidt tot het inzicht dat de betrokken burgers in constitutieve zin kunnen

53 www.om.nl, geconsulteerd op 10 januari 2013.

54 Artikel 51e Wetboek van Strafvordering.

55 *De Volkskrant*, 27 november 2012.

Peter van Schilfgaard

bijdragen tot het institutioneel georiënteerde oordeel. Het verband tussen deze kwestie en de hiervoor besproken ‘middentermen’ bestaat erin dat het gebruik van middentermen aan die betrokkenheid ten goede kan komen.

12 Samenvatting

Recht als *human condition*. Met deze aan Hannah Arendts werk ontleende term heb ik op het oog het recht zoals dit de wereld van de juristen en de wereld van de justitiabelen (degenen die de werking van het recht in hun persoonlijk leven ervaren) verbindt. Ik gebruik de Engelse term ‘condition’ omdat deze meer dan het Nederlandse woord ‘conditie’ ruimte lijkt te bieden voor de dynamiek van die betrekking.

Op de – diffuus verlopende – grens tussen die twee werelden ontmoeten elkaar de handelende mens, die als justitiabele de publieke ruimte betreedt, en de jurist, die binnen die ruimte het recht ‘maakt’. De handelende mens duid ik aan met de term *homo agens*. Door het betreden van de publieke ruimte vindt hij daar als justitiabele of ‘burger’ zijn identiteit. De jurist laat zich als ‘maker’ van het recht kennen als *homo faber*. Bij deze ontmoeting behoort de *homo agens* op de voorgrond te staan omdat zijn handelen (telkens weer) een ‘begin’ inluidt en daarmee de vernieuwing brengt waarop het recht moet aansluiten.

De dynamiek waarover ik spreek, leidt tot een voortdurend aanwezige spanning tussen de twee werelden. Die spanning kan tot moeilijk beheersbare conflicten leiden maar moet per saldo positief worden gewaardeerd. Zij moet positief worden gewaardeerd omdat zij enerzijds het recht voor verstarring behoedt, anderzijds de justitiabele als mens alert houdt en zo mede het recht als *human condition* bepaalt. Anders gezegd: juist deze spanning kan worden aangemerkt als de ‘dragende kracht’ van het recht.

Als doel van het recht kan gelden de rechtvaardigheid. De in dit stuk bedoelde spanning vindt haar weerspiegeling in de beleving daarvan. Een institutioneel element valt daarin te onderkennen aan de kant van de juristen, een existentieel element aan de kant van de justitiabele. Dit verschil in beleving maakt duidelijk dat rechtvaardigheid moet worden opgevat als een regulatief principe in de zin van Kant, niet als een vaste of anderszins bepalbare grootheid. Beter dan in de term ‘rechtvaardigheid’ komt het existentiële element tot uitdrukking in de term ‘gerechtigheid’.

In het verlengde van het handelen ligt het spreken. Ook het recht moet worden gesproken. Zo kan het spreken – de taal – als een belangrijke, verbindende factor tussen de wereld van de juristen en die van de justitiabelen fungeren.

In het verlengde van het spreken ligt het oordelen. Oordelen is de taak van de jurist maar het is niet zijn privilege. Ook van de handelende mens die de publieke ruimte betreedt, wordt een oordeel verwacht. Tussen de oordelen van de ene

groep en die van de andere kan een brug worden geslagen. Daarvoor is nodig dat het oordelen zich ontwikkelt tot ‘participerend oordelen’.

Wil deze term betekenis krijgen, dan heeft dat ook gevolgen voor de formulering en de opbouw van het recht. Begrippen die aansluiting vinden bij ethisch-maatschappelijke noties – in dit stuk aangeduid als ‘midden termen’ – moeten worden gekoesterd. Waar mogelijk moeten zij in het rechtsbedrijf naar voren worden gehaald. Juridisch-technische begrippen kunnen dan in het recht een minder geprononceerde plaats innemen. Deze gedachte wordt met enkele voorbeelden geïllustreerd.

Aandacht voor de existentiële kant van de zaak kan in de rechtspleging leiden tot een zwaarder accent op betrokkenheid van de burger bij de geschiloplossing. Ik spreek in dit verband van ‘gedeelde verantwoordelijkheid’. Daarbij heb ik dan een figuur voor ogen die meer inhoudt dan een staatkundige vereiste.

Bij het een en ander moet niet uit het oog worden verloren dat een rechtsoordeel, zoals in het algemeen ieder oordeel, ook een handelingsmoment bevat. Het handelingsgehalte van het rechtsoordeel maakt ieder rechtsoordeel nieuw.

Beschouwingen over rechtsontwikkeling en rechtstoepassing zijn gewoonlijk gefocust op de werkzaamheden van professionele juristen. In de hierboven samengevatte zienswijze gaat de aandacht primair uit naar de burger als handelende mens. Wat hij doet of nalaat, is het uitgangspunt. Het juridisch-normatieve komt daarna. Daarmee wordt aan het rechtsbedrijf als zodanig een specifieke, eigen norm ten grondslag gelegd. De norm is dat het rechtsbedrijf dienstbaar moet zijn aan de individuele burger, zoals deze in de samenleving zijn identiteit moet vinden. Een consequentie is dat orde en rechtszekerheid minder aandacht krijgen en dat voor dogmatiek een andere, meer beperkte plaats wordt ingeruimd.

Vindt deze onderliggende normverschuiving plaats, dan kan zij bijdragen tot de acceptatie van het recht door de burger en daarmee tot de stabiliteit van de maatschappij als geheel. Aannemelijk is dat een ontwikkeling als bedoeld niet alleen bevorderlijk is voor het persoonlijk welzijn van de betrokkenen maar ook voor het functioneren van het juridisch apparaat. Vindt zij plaats, dan kan daarmee het verlies aan rechtszekerheid en dogmatische houvast (telkens weer) worden gecompenseerd.