

[*Ontwerp: gelieve niet te citeren*]

## Rechtspreken

*Frank van Dun\**

### I

Rechtspreken is wat een rechter als zodanig, dus *als rechter*, geacht wordt te doen. Historisch beschouwd is rechtspraak evenwel geïnstitutionaliseerd, ingekapseld in heerschappelijke, monolithische, vaak bureaucratische structuren die ook andere doeleinden dan de rechtvaardige beslechting van geschillen dienen. De eisen die de organiserende macht stelt aan het “rechterlijke ambt” zijn niet altijd verzoenbaar met die van de roep om recht. Het laat zich raden hoe rechterlijke ambtenaren, goedschiks of kwaadschiks, geneigd zijn te oordelen in gevallen waar eisen van rechtvaardigheid en gerechtigheid in conflict komen met de voorschriften en bestaans- en werkingsvoorwaarden van het regime waaraan zij hun inkomen en maatschappelijke status danken. Als gezagdragende vertegenwoordigers van het regime staan zij in een geheel andere verhouding tot de onderdanen dan een rechter tot de rechtzoekenden. Als afgestudeerden van door het regime gefinancierde opleidingsinstellingen die inspelen op maatschappelijke relevantie en de eisen van de arbeidsmarkt (ook de personeelsbehoeften van de overheid), hebben zij geleerd meer oog te hebben voor de wisselvallige werkelijkheid dan voor de onveranderlijke structuren van de realiteit.

Het is bijgevolg moeilijk de essentiële kenmerken van het rechtspreken terug te vinden in de geïnstitutionaliseerde rechtspraak. Het is nodig heel wat “rechtspraktijk” en daarbij horende ideologie en retoriek tussen haakjes te plaatsen, als wij ons een zuiver beeld van rechter, rechtspraak en recht willen vormen en van de redenen voor het prestige dat zij ooit genoten hebben.

---

\* Vakgroep Grondslagen en Geschiedenis van het Recht, Universiteit Gent.

### *Heersend recht*

Wie macht heeft kan, binnen de grenzen daarvan, zijn beslissingen doen naleven en afdwingen. Ter zake van de regeling van conflicten onder hun onderdanen hebben heersers voor zichzelf, hun agenten en functionarissen altijd al verregaande monopolieprivileges afgedwongen en de daaruit voortvloeiende inkomsten gretig geïncasseerd. Mettertijd hebben zij en hun agenten ook een typische elite- en heersersmentaliteit ontwikkeld, gekoesterd en geïnstitutionaliseerd in onderwijs en opleiding, heerschappelijke diensten en daarbij aanleunende professionele corporaties, die toezien niet alleen op het rekruteringsveld en het carrièreverloop van de agenten maar ook op hun orthodoxie en orthopraxis.

Heerschappelijke beslissingen horen thuis onder de noemer “regeren” (Latijn *regere, dirigere*, vandaar ‘recht’ en ‘droit’). Iemands “recht” is hetzij wat hij regeert, dus onder zijn controle heeft, hetzij de organisatie van zijn regeermacht. Regeren kan zowel zaken (in het bijzonder, grondgebied) als mensen tot onmiddellijk voorwerp hebben. Zijn mensen het voorwerp dan impliceert ‘recht’ het onderscheid tussen meesters en knechten, overheden en onderdanen. Voor de knechten of onderdanen verschijnt recht dan als de hiërarchische bevelstructuur waar zij willens nillens aan onderworpen zijn, met inbegrip van de gunsten en permissies die hun oversten gebeurlijk aan hen toestaan. In deze context is wat men gemeenlijk ‘rechtspraak’ noemt vooral een machtswoord, een uitspraak [in naam] van de heerser (*rex*).

### *Sprekend recht*

In het Westen (toen nog het Christendom) heeft evenwel de idee ingang gevonden dat “recht” een begrip is van dezelfde orde als “waarheid”. Recht staat tegenover onrecht, precies zoals waarheid staat tegenover onwaarheid. En precies zoals men waarheid dient te zoeken en gebeurlijk kan vinden, precies zo dient men recht te zoeken en kan men het eventueel vinden. In deze betekenis is rechtsvinding een uiting van intelligentie en erkenning van de realiteit der dingen, in het bijzonder van de reële voorwaarden van het menselijke bestaan en samenleven—zoals Thomas

van Aquino<sup>1</sup> het verwoordde, “de redelijke participatie van de mens in de eeuwige wet”. Rechtspreken is dientengevolge naar waarheid spreken (*verum dicere*, vandaar het *verum dictum* of verdict van de rechter).

Rechtspreken is spreken<sup>2</sup>—en spreken is altijd *plechtig* spreken (*iurare*). Het is een rationele, logische uiting waarbij de spreker de verplichting op zich neemt zijn standpunten toe te lichten, met argumenten te verdedigen, eventueel te herzien in het licht van aangevoerde tegenargumenten, en de consequenties van de conclusies waartoe hij uiteindelijk komt te aanvaarden. Het in die zin gesproken woord (*ius*, wat gezegd is, wat afgesproken is) bindt de spreker maar niet noodzakelijk enige andere persoon. De bedoeling van de spreker zal wel zijn anderen te doen inzien dat hij gelijk heeft, maar dat moet dan gebeuren met relevante argumenten, niet met drogredenen, leugens, misleidingen, geweldpleging, intimidatie, of andere niet-argumentatieve tussenkomsten.

Rechtspreken is spreken over recht en onrecht in concrete situaties met de daarin betrokken partijen of hun vertegenwoordigers als volwaardige gesprekspartners. Het is spreken over wat rechtvaardig is en over wat onrechtvaardig is, enerzijds over wat gedaan werd om de rechtmatige orde der dingen in de voorliggende zaak hetzij te vrijwaren en te versterken hetzij al dan niet met opzet te verstoren of te verhullen, anderzijds over wat vooralsnog moet gedaan worden om de verstoorde rechtsorde in de mate van het mogelijke te herstellen. Daarenboven heeft rechtspreken echter de specifieke en uitdrukkelijke bedoeling uit te monden in een de partijen bindende uitspraak—een beslissing derhalve tot aanvaarding waarvan de partijen gehouden zijn op grond van het feit dat zij als sprekers niets als recht kunnen inroepen wat geen recht is, of omdat zij zich daartoe vrijelijk tegenover elkaar verbonden hebben.

Zo beschouwd is het recht de orde van het gesprek, die *iurando*, door met elkaar te spreken, tot stand komt en gehandhaafd wordt—een orde, dus, die de

---

<sup>1</sup> Thomas van Aquino, *Summa Theologica*, I-II, Q.91, art.2, conclusio.

<sup>2</sup> “[Door] te spreken beslissen de rechters tussen ons over rechtvaardig en onrechtvaardig, want met het woord wordt over die dingen beslist.” Uit *Over het rechtvaardige*, 373b-d (Plato, *Verzameld werk*, deel V, Nieuwe, geheel herziene uitgave van de vertaling van Xaveer de Win, Kapellen en Baarn, 1999, p.499-500). Deze dialoog wordt als niet-authentiek beschouwd.

weerspiegeling is van de voorwaarden die gesprek mogelijk maken. Daarom wordt het ook ‘ius in objectieve zin’ genoemd. Het is de reële, objectieve orde van samenleven van de tot rede begaafde wezens die mensen zijn. Het menselijke aspect ervan komt precies tot uiting in het spreken en al wat spreken impliceert: niet alleen aansprakelijkheid en verantwoordelijkheid, maar ook intelligentie, ratio, logica, oordeelsvermogen, moreel besef, geweten en wijsheid.

Het gesprek, met zijn wederkerigheid van woord en wederwoord, staat als menselijke interactiemodus in scherp contrast met fysieke of psychische manipulatie of krachtmeting en de consolidatie of institutionalisering daarvan in structuren van eenzijdig bevelen en gehoorzamen. Daar heeft de orde van het gesprek—het recht dus—ten gronde niets mee te maken. Of enig machtswoord, enige daad van regeren, al of niet verenigbaar is met de reële rechtsorde is een open vraag, die alleen geval per geval een antwoord kan krijgen.

### *Samenleving, gemeenschap, maatschappij*

De rechtsorde of orde van samenleven van mensen is niet de meest bevattelijke orde. Veel mensen hebben er nauwelijks begrip van: hun levensbeschouwing wordt bepaald door de particuliere maatschappelijke en gemeenschapsstructuren waarin zij zijn opgegroeid.<sup>3</sup> Kenmerkend voor gemeenschappen is het feit dat hun leden een of meer waarden gemeen hebben en gewichtig normatief belang toekennen aan overgeleverde manieren om die te vrijwaren. Zij hebben weinig of geen formele hiërarchie of organisatie (geen regelgevende, bestuurlijke of uitvoerende organen), al zijn er uiteraard wel meer en minder invloedrijke posities en rollen, die echter meestal geen monopolies of privileges impliceren. Een gemeenschap voert geen beleid. Conflictoplossing is vooral een kwestie van bemiddeling door aanzienlijke leden. Kenmerkende sancties zijn stigmatisering, marginalisering en in extremis excommunicatie. Hun effectiviteit hangt af van het gewicht van de “communis opinio” in de individuele gedragskeuzes van de leden van de gemeenschap. Een

---

<sup>3</sup> Het onderscheid tussen “gemeenschap” en “maatschappij” is een klassiek thema van de moderne sociologie. Zie F. Tönnies, *Gemeinschaft und Gesellschaft*, eerste uitgave 1887. Alfred Schütz (*Der sinnhafte Aufbau der sozialen Welt*, 1932; *The Structures of the Life-World*, 1973) had meer oog voor het sociologische type “samenleving”.

taalgemeenschap, bijvoorbeeld, heeft per se geen andere norm dan die van het correcte taalgebruik, dat zij vrijwaart met uitingen van appreciatie of afkeuring.<sup>4</sup>

Maatschappijen zijn wel formele organisaties met gespecialiseerde regelgevende, bestuurlijke en uitvoerende organen, een hiërarchie van gespecialiseerde *posities* met vrij specifieke taakomschrijvingen. In plaats van waarden koesteren zij doelen; in plaats van normen benadrukken zij regels, bevelen en beleid. Conflictoplossing is naast bemiddeling ook beslissend optreden door bestuurders of gespecialiseerde functionarissen. Sancties zijn vooral promotie en demotie, bonussen en boetes, in extremis ontslag. De meeste maatschappijen hebben een contractuele basis. Een bijzondere categorie vormen evenwel de heerschappelijke maatschappijen (nu vooral staten maar ook de georganiseerde misdaad). Zij dwingen hun maatschappelijke orde desnoods met geweld af en maken aanspraak op controle over alle aspecten van het leven (ook het familieleven en de kinderen) van hun leden (of ondergeschikten, onderdanen) die in de ogen van het bestuur relevant zijn voor de werking van de maatschappij.

Gemeenschappen en maatschappijen zijn er in velerlei soorten en vormen en geen daarvan is noodzakelijk of onvermijdelijk. Zij zijn verschijningsvormen van het menselijke bestaan, niet de essentie ervan. Alhoewel sommige meer en andere minder aspecten van het leven of werken van hun leden bestrijken, zijn zij slechts in uitzonderlijke, meestal primitieve of kritieke omstandigheden allesomvattend.<sup>5</sup> Hun leden kunnen tegelijkertijd lid van andere gemeenschappen en maatschappijen zijn. Zij kunnen ook omgaan en samenwerken met mensen met wie zij geen achtergrond in welke gemeenschap of maatschappij dan ook delen. De

---

<sup>4</sup> In de moderne Westerse (en verwesterde) wereld zijn gemeenschapsstructuren gemarginaliseerd. Veel van wat voordien "gemeenschap" was, heeft zich goedschiks of kwaadschiks omgevormd tot maatschappij omdat de staat geneigd is alleen met formele organisaties te onderhandelen.

<sup>5</sup> Vergelijk een taalgemeenschap met bijvoorbeeld de orthodox-joodse gemeenschap in Antwerpen; een duivenmelkers- of een verzekeringsmaatschappij met een kloosterorde of geïncorporeerde sekte. Politiek geïncorporeerde maatschappijen (zoals de door de Belgische staat gedefinieerde Belgische maatschappij) vertonen een tendens tot uitbreiding van hun bevoegdheid. Zie o.a. J.L. Talmon, *The Origins of Totalitarian Democracy* (1952); A. de Jasay, *The State* (1985).

laatstgenoemde omstandigheid brengt “de samenleving” als apart sociologisch type duidelijk in beeld.<sup>6</sup>

“Gemeenschap” en “maatschappij” zijn altijd particuliere ordes, alleen te begrijpen vanuit hun bijzondere geschiedenis. Er is niet zoiets als *de* universele maatschappij. Als er zoiets is als *de* universeel menselijke gemeenschap dan is dat de samenleving van mensen die niet noodzakelijk meer dan hun menselijke natuur, hun menszijn, als waarde of normatieve bron delen. De voorwaarden waaronder samenleven van mensen als mensen mogelijk is, zijn immers universeel, in wezen dezelfde overal en altijd waar er mensen zijn. Is de teloorgang van de ene of de andere gemeenschap of maatschappij niet meer dan een historisch *fait divers* dan zou de teloorgang van de samenleving het einde van de menselijke geschiedenis zijn. Daarom primeert voor de rechter als rechter de eis van samenleven op de eisen van handhaving van om het even welke gemeenschap of maatschappij.

Gemeenschappen en maatschappijen zijn, zoals andere menselijke werkelijkheden, in beginsel verenigbaar met de rechtsorde van het samenleven. Zij kunnen echter gebeurlijk ook onrechtmatig zijn, zowel in hun voorwaarden van lidmaatschap als in hun modus operandi. Noch de normen van een gemeenschap, noch maatschappelijke regelingen kunnen daarom voor een rechter meer zijn dan feiten die hij in het licht van het recht moet beoordelen. Voor de rechter verschijnen partijen als in beginsel vrije en gelijke personen, ongeacht hun behoren tot of aanzien in deze of gene gemeenschap, ongeacht hun lidmaatschap of positie in deze of gene maatschappij.

### *Rechtswetenschap*

De reële rechtsorde kunnen wij weliswaar miskennen maar desondanks blijft zij wat ze is, precies zoals de waarheid blijft wat ze is, hoezeer wij ons daaromtrent ook kunnen vergissen. Precies omdat het een reële orde is, kan het recht of *ius* het voorwerp zijn van een wetenschappelijke studie. Dat is de studie die de *jurist* maakt

---

<sup>6</sup> De omgang met en onder “vreemden” noopte de Romeinen tot de ontwikkeling van begrippen als *ius gentium* en *ius naturale*. In de middeleeuwen kregen zij een extra dimensie: als kinderen Gods zijn mensen, ondanks alle lokale particularismen, dragers van dezelfde fundamentele rechten.

tot wat hij is: een kenner van het recht die op systematische wijze recht en onrecht kan onderscheiden, ook daar waar leugens, dwalingen, al dan niet met ideologische grootspraak gevoerde partijdige belangenbehartiging en dergelijke de perceptie van het onderscheid in de weg staan. Zijn kennis is zoals alle wetenschappelijke kennis in haar intentie en finaliteit universeel precies omdat het object ervan, de rechtsorde, een universeel gegeven is. Al kunnen rechtmatig en onrechtmatig handelen zich op de meest verscheiden wijzen voordoen, het zijn niet de lokale, historische, maatschappelijke of culturele aankledingen die uitmaken wat recht of onrecht is. Door die sluiers heen kunnen kijken is een essentiële juridische vaardigheid.

Men mag de juridische studie niet verwarren met de studie die *legisten*<sup>7</sup> maakt tot wat zij zijn: kenners van heerschappelijke regelingen (het “positief recht”) die met grote precisie kunnen uitleggen wat door hun meesters toegestaan dan wel verplicht of verboden is. Voor een legist reduceert rechtswetenschap zich tot een hermeneutiek van machtswoorden (*lex*: de keuze van de heerser—van het Latijn voor kiezen: *legere*). Die hermeneutiek kan een veeleisende discipline zijn; zij is geen wetenschap van enige aan menselijke willekeur onttrokken realiteit en kan derhalve geen universeel geldige inzichten opleveren.

De kennis van de legist is nuttig voor wie zich zonder al te veel conflicten met het heersende gezag uit te lokken een weg door het oerwoud van wezenlijk willekeurige regelgeving wil banen. Wat de legist als ‘het recht’ beschouwt, zijn per slot van rekening niet meer dan de spelregels van de politieke maatschappij die zijn werkterrein is. Of die maatschappelijke regels en conventies al dan niet een sluier werpen over de realiteit van recht en onrecht is een vraag die hem hoogstens zijdelings interesseert.

Legisten minimaliseren graag wat hen onderscheidt van juristen. Zij gebruiken de taal van de jurist maar dan wel met fundamenteel andere betekenissen. De jurist kan zich bijvoorbeeld wel vinden in Montesquieus definitie van de wetten als “les

---

<sup>7</sup> Een etymologische explicatie van het onderscheid tussen juristen (“*ius*”) en legisten (“*lex*”) in mijn “The Lawful and The Legal” in *Journal des économistes et des études humaines*, VI, 4, 1995, 555-580.

rapports nécessaires qui dérivent de la nature des choses”.<sup>8</sup> Voor hem is de wet immers “wat geweten is”, zoals ook voor de natuurwetenschapper een natuurwet een belangrijk gekend principe van orde in de natuur is. Voor de legist daarentegen is de wet niets anders dan *lex*. Hij hangt het onderscheid tussen rechtmatig en onrechtmatig op aan het onderscheid tussen legaal en niet legaal.<sup>9</sup> Het onderscheid tussen recht en onrecht telt voor minder dan het onderscheid tussen wat al wel en wat nog niet geregeld is.

Het gevolg is dat waar de legistiek de wetenschap van het recht verdringt juridische begrippen terdege uitgehold en verbasterd moeten worden opdat zij in de ene of de andere legistische categorie zouden passen. Een persoonlijk recht (*ius* in subjectieve zin) dat zijn wortels heeft in de objectieve rechtsorde (*ius* in objectieve zin) is wat anders dan een door een overheid in haar wetgeving (*leges*) aan een of meerdere klassen van onderdanen toegekende persoonlijke keuzebevoegdheid (*privilegium*) of gunst, maar dat blijkt niet gerechtvaardigd uit de wijze waarop legisten over objectief en subjectief recht praten en schrijven. Waar de jurist als zodanig oog moet hebben voor het objectieve karakter van daden, daar kijkt de legist veeleer naar de maatschappelijke positie van de dader.<sup>10</sup> Als de hermeneutiek van de legist het nodig of nuttig maakt fictieve personen te erkennen alsof zij reële personen zijn dan moet dat voor hem wel betekenen dat aan reële personen niet meer realiteit toekomt dan aan fictieve: “De terminologie van natuurlijke en rechtspersonen steunt op [...] de gedachte dat mensen van nature rechtssubjecten zijn en de anderen hun persoonlijkheid of rechtsbevoegdheid ontleen aan het positieve recht. Deze voorstelling is onjuist omdat rechtsbevoegdheid geen aangeboren eigenschap van de mens is, maar een door het positieve recht verleende kwaliteit.”<sup>11</sup> Alsof de bevoegdheid rechtsbevoegdheid te verlenen een aangeboren of noodzakelijke eigenschap van het positieve recht is!

---

<sup>8</sup> Montesquieu, *De L'Esprit des Lois*, aanvang van het eerste hoofdstuk van het eerste deel.

<sup>9</sup> “The Lawful and The Legal”, op.cit.

<sup>10</sup> Zo heeft, bijvoorbeeld, de politieke overheid—en niemand anders—“belastingrecht”. Cf. “Recht en Rechtswetenschap”, in F. van Dun (red.), *Over leven en recht*, Shaker Publishing, Maastricht, 2004.

<sup>11</sup> *Van Apeldoorn's Inleiding tot de studie van het Nederlandse Recht* (18de druk, W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle, 1985), p.59 (uit hoofdstuk 3, bewerkt door A. Hammerstein).



## *Rechtvaardigheid*

‘Rechtvaardig’ betekent vaardig in het tot stand brengen van recht en het voorkomen of bestrijden van onrecht. Rechtvaardigheid is bij uitstek de vaardigheid waar iemand over moet beschikken om waarlijk rechter te zijn. Het is weliswaar ook een algemene deugd, waarvan wij kunnen hopen dat iedereen ze bezit, maar voor wie rechter wil zijn is zij zonder meer noodzakelijk. Bovendien verwachten wij van rechters dat hun vaardigheid in het recht dermate ontwikkeld is dat zij ook in moeilijke, betwiste gevallen recht en onrecht kunnen onderscheiden en gepaste stappen voorstellen om de rechtsorde te versterken of te herstellen en de verstoring ervan naar omvang of duur te beperken. Een rechter moet dus een jurist zijn, een kenner van het recht, maar vooral ook iemand die rechtvaardig knopen kan doorhakken (*decidere*, afsnijden, afhouden) in conflicten waarin mensen zich op het recht beroepen.

Vaak horen wij beweren dat rechtvaardigheid ofwel niets met het recht te maken heeft ofwel de doelloorzaak van het recht is. Hoewel onderling tegenstrijdig zijn beide opinies courant in legistische milieus. De eerste vertolkt een (soms als *no-nonsense* gekwalificeerde) zuiver machtspolitieke visie die de vrijwaring van de maatschappelijk georganiseerde machtsuitoefening als de enige finaliteit van alle methoden van regeren beschouwt, inclusief de methoden van rechterlijke ambtenaren. De tweede opinie stelt dat rechtvaardigheid weliswaar het doel van regeren zou moeten zijn maar overigens een te gecontesteerde notie is om die functie te kunnen vervullen. Als een quasi-onvermijdelijk gevolg koppelt men daaraan het idee dat het aan de regering toekomt te beslissen welke notie van rechtvaardigheid haar wetten en regelingen zal informeren.

Wie echter beweert dat het recht het middel is om rechtvaardigheid te bereiken spant de kar voor het paard. Men zou evengoed kunnen zeggen dat geneeskunde (medische vaardigheid) het doel van de gezondheid is en gezondheid het middel om geneeskunde te realiseren. Dat is onzin. Medische vaardigheid veronderstelt het vermogen op correcte en systematische gezondheid en ziekte te onderscheiden, ook in moeilijke gevallen, en gepaste stappen voor te stellen om gezondheid te vrijwaren

en de aantasting ervan ongedaan te maken of binnen de engst mogelijke perken te houden. Hetzelfde geldt *mutatis mutandis* voor rechtvaardigheid en recht.

Voor legisten is rechtvaardigheid een gecontesteerd begrip omdat zij niet weten of willen weten wat het recht is. Hun maatstaf van “recht” is de heersende opinie, de opinie van de heersers—en dat is een opinie die van plaats tot plaats, van moment tot moment, van regime tot regime verschilt. Hun “recht” is altijd de *hier en nu* geldende regeling. Zozeer zijn zij de intellectuele—om niet te zeggen professionele—gevangenen van hun maatschappelijke omgeving dat zij graag voorbijgaan aan het feit dat *hun* maatschappij evenzeer als elke andere slechts een schimmig epifenomeen is in geschiedenis van de mensheid.

De rechter als jurist doet zijn werk in het gesprek. Alleen in de mate waarin hij erin slaagt de integriteit van die relatie onder de voor hem verschijnende partijen te waarborgen kan hij er aanspraak op maken een rechtvaardige uitspraak te doen. Zijn rechtbank is in intentie en finaliteit een hof van de rede. Dat was lange tijd—en is tot op zekere hoogte nog altijd—de leidende filosofische idee ten aanzien van de institutionalisering van de rechtspraak: mensen zouden op rechtbanken een beroep moeten kunnen doen om recht en rede te vrijwaren. Die idee impliceert dat argumenten naar hun logische verdiensten beoordeeld worden en pogingen tot intimidatie, bedrog en dergelijke onverbiddelijk geweerd. Ongeacht de graad van sociale, economische en politieke ongelijkheid in de maatschappelijke posities en functies van de betrokken partijen, zou de rechtbank een plaats moeten zijn waar de voorwaarden voor een eerlijk gesprek gerealiseerd zijn: vrijheid van spreken en rechtsgelijkheid en zelfs, via de praktijk van het beroep op vertegenwoordigers (advocaten) en deskundige adviseurs en getuigen, gelijkheid inzake intelligentie en argumentatieve vaardigheden.

### *Vrijheid en gelijkheid*

Het gesprek, de dialoog of argumentatie op tegenspraak, impliceert inderdaad een eigen ethiek waarvan de beginselen en normen in het gesprek zelf niet weerlegbaar

zijn.<sup>12</sup> Zij zijn dus hoegenaamd niet weerlegbaar—want hoe zou men iets kunnen weerleggen buiten het gesprek, zonder argumentatie? Tot die ethiek van de argumentatie behoren fundamentele rechtsbeginselen als het vermoeden van redelijkheid, onschuld en zelfbeschikking—kortom, vrijheid onder gelijken.<sup>13</sup> Die vermoedens zijn weliswaar in bijzondere gevallen weerlegbaar, maar kunnen niet zonder meer terzijde geschoven worden ten aanzien van iemand die om een gesprek vraagt of erin toestemt zich in een gesprek te verantwoorden.

Vrijheid onder gelijken karakteriseert niet alleen het gesprek maar ook de rechtsorde zelf. De rechtsorde, het objectieve *ius*, is immers niets anders dan de orde van samenleven van personen, mensen die bekwaam zijn te spreken, zichzelf in een gesprek te vertegenwoordigen of te doen vertegenwoordigen. Primair gaat het uiteraard om natuurlijke personen, de enige die in eigen naam kunnen spreken en handelen en een *eigen* leven leiden. Het recht is daarom voor alles natuurrecht, de orde van samenleven van natuurlijke personen. Het staat tegenover onrecht, dat een wanorde van personen is, in het bijzonder een wanorde die het resultaat is van het optreden van personen.

Ten opzichte van elkaar zijn natuurlijke personen vrij en gelijk. Zij zijn soortgelijk, dus van dezelfde natuurlijke soort, en bekwaam onafhankelijk van elkaar te denken, te menen, te spreken, te voelen, te handelen, te werken. Er is tussen twee natuurlijke personen geen a-priori gegeven hiërarchie en geen natuurlijk, aangeboren mechanisme via het welk de een de gedachten, meningen, woorden, spierbewegingen van een ander kan controleren. De fundamentele idee van het natuurrecht is dat die orde van personen voor die personen respectabel is—een orde die zij *behoren* te respecteren. Dat is geen arbitrair idee: het desbetreffende “behoren” is niet in een gesprek weerlegbaar.

De idee van rechtswetenschap behelst uiteraard in de eerste plaats de beschrijving en verklaring van die natuurlijke rechtsorde, maar het is een wetenschap die zoals elke andere alleen in gesprek kan gevalideerd worden. Zij is bovendien een

---

<sup>12</sup> Zie mijn *Het fundamenteel rechtsbeginsel, een essay over de grondslagen van het recht*, Kluwer-Rechtswetenschappen, Antwerpen, 1983 (heruitgave Murray Rothbard Instituut, Antwerpen, 2008)

<sup>13</sup> Zie mijn “Argumentation Ethics and The Philosophy of Freedom”, *Libertarian Papers*, I, 19 (2009), pp.1-32. Voor de precieze zin van vrijheid en gelijkheid, zie “The Lawful and The Legal”, *op.cit.*

menswetenschap—zoals men vroeger zei, een *morele* wetenschap. Dat betekent dat voor haar, zoals voor alle andere menswetenschappen en in contrast met wetenschappen van andere aspecten van de realiteit, beoefenaar en studieobject soortgelijk zijn, beiden evenzeer ingebed in de orde van het gesprek.

De kunst van de jurist bestaat er dientengevolge in aan natuurlijke personen uit te leggen hoe zij zich zouden moeten gedragen om de rechtsnorm “vrijheid onder gelijken” te respecteren. De specifieke taak van de rechter bestaat erin aan hem voorgelegde conflicten zo op te lossen dat de natuurlijke rechtsorde gehandhaafd, c.q. in de mate van het mogelijke hersteld wordt. Wie een ander doel dan de vrijwaring van die vrijheid onder gelijken prioritair geeft kan niet als rechter fungeren.

### *Recht en onrecht*

Onrecht is wat menselijke verhoudingen in wanorde brengt. De orde van het samenleven is de enige universele menselijke orde. Haar voorwaarden zijn overal en altijd dezelfde: wederzijds respect voor elkaars persoonlijke integriteit en eigenheid in leven en werk, aanvaarding van de ander als ander. Waar het op die punten misloopt, broeien conflicten die de samenlevingsorde ondermijnen en verstoren. Dan komt verwarring, in extremis oorlog<sup>14</sup>, in de plaats van orde.

Het onderscheid tussen recht en onrecht is even objectief, even reëel als het onderscheid tussen oorlog en vrede. De ergste gevallen van onrecht zijn die waarin mensen anderen als dingen of dieren behandelen. Op niet al te grote afstand volgen gevallen waarin mensen geen correct onderscheid maken tussen mensen. Dat gebeurt wanneer zij wetens en willens de ene loven of belonen, veroordelen of straffen voor wat een ander gedaan of gezegd heeft, of het werk of het eigendom van de ene behandelen alsof het van een ander was. Daar horen ook bij: gevallen

---

<sup>14</sup> Engels *war*, Frans *guerre*, van het Germaanse *werre* of *wirre*: verwarring, wanorde. ‘Oorlog’ (oorspronkelijk: noodlot, dus [onvermijdelijke] vergankelijkheid van orde; ook: verbreking van rechtsorde, dus onrecht) verwijst nu vrijwel uitsluitend naar maatschappelijk georganiseerde agressie—een aanduiding van het feit dat onrecht doen weliswaar strijdig is met het samenleven van mensen maar zeker niet met hun vereniging in maatschappijen. Zie “War Is The Health of The State”, Randolph S. Bourne’s onvoltooid essay uit 1918.

waarin mensen hun woord niet nakomen, de consequenties van hun daden van zich afwentelen. Dan volgen de gevallen waarin mensen uit nalatigheid of onzorgvuldigheid dat onderscheid tussen mensen en dingen of tussen de ene en de andere niet maken. En helemaal achteraan bengelen de gevallen waarin zij ‘per ongeluk’ die onderscheiden niet respecteren.

Voor een begrip van recht is het voldoende mensen van andere dingen en de ene mens van de andere te kunnen onderscheiden. Dat is geen *rocket science*—rechtvaardigheid en rechtspreken zouden vrijwel onmogelijk zijn als de fundamentele begrippen van recht ontoegankelijk zouden zijn voor de overgrote meerderheid van mensen.<sup>15</sup> Er zijn echter veel situaties waarin argumenten gebaseerd op recht het moeten opnemen tegen argumenten gebaseerd op geïnstitutionaliseerd onrecht. Dan is er heel wat integriteit en inzicht nodig om de *pax victoris* te onderscheiden van de *victoria pacis* die het recht is.

## //

Reëel recht en heerschappelijk recht zijn principieel verschillende dingen, die niet noodzakelijk samenvallen, ook waar heerschappelijk recht zich aandient als maatschappelijke ordening. Omdat recht een realiteit is—een aan elke menselijke willekeur onttrokken gegeven—en macht niet meer dan een werkelijkheid—een werking of werkzaamheid van mensen—kan dat samenvallen bovendien alleen tot stand komen door de macht dienstbaar te maken aan het recht.

De onderwerping van de heerschappij aan het objectieve recht was inderdaad lange tijd een hoofdmotief in het Westerse civilisatieproces. Twee wegen lagen open om de soevereiniteit van het recht te vestigen. Enerzijds kon men proberen de rechtspraak, zoals andere wetenschappelijke activiteiten, uit de greep van de heerschappelijke macht te houden.<sup>16</sup> Dat hield echter in dat de heersers veel van

---

<sup>15</sup> Zie Plato's *Protagoras*, 322c-e, p.24, in de hierboven in noot 2 geciteerde uitgave.

<sup>16</sup> Rechtswetenschap en natuurwetenschap zijn tot ontwikkeling gekomen onder de auspiciën van de Kerk, de oorspronkelijke “inrichtende macht” van de universiteiten en lange tijd de enige instantie voor de bevordering van onafhankelijk fundamenteel onderzoek naar de wetten van de natuur en van de menselijke wereld (“Gods plan”). De onafhankelijkheid van het juridisch onderzoek kreeg zware klappen, eerst door de opkomst van het vorstelijke absolutisme en later door de nationalisering van de rechtspraak (onder meer in de Franse Revolutie, cf. R. Monnier, “Le peuple juge”, in Ph. Boucher, *La*

hun prerogatieven en daarbij horende inkomsten zouden verliezen. Anderzijds konden men proberen de heerschappelijke macht om te vormen tot een loutere “rechtsmacht” in een “rechtsstaat”. Dat was vanuit heerschappelijk oogpunt een aantrekkelijker optie. In de rechtsstaat wordt rechtsspraak een aan het hoogste politieke (“wetgevende”) gezag onderworpen staatsmacht, een dienaar van de staat veeleer dan van het recht.

De uitvoering van geen van die projecten is een onverdeeld en duurzaam succes gebleken. Sedert zijn centralisering en democratisering<sup>17</sup> heeft de staat nagenoeg alle traditionele beperkingen van de heerschappij doorbroken. Gewoonterecht, oude rechten en vrijheden, ooit diepgewortelde religieuze overtuigingen, gemeenschapsverbanden en interne grenzen—zij hebben het moeten afleggen tegen de moderne Leviathan en zijn niet te stuiten regel- en beleiddrift.

Pascals vaststelling, “*Ne pouvant fortifier la justice, on a justifié la force*”, is in deze tijd van corporatieve, als naamloze vennootschap georganiseerde politiek nog altijd even relevant en pertinent als zij was in de zeventiende eeuw, toen het absolute vorstendom nog het heersende politieke model was en zich een rechtsgrond verzon hetzij in een delegatie van de goddelijke soevereiniteit aan de vorst hetzij in een overdracht van de volkssoevereiniteit aan de vorst per “maatschappelijk verdrag”. De moderne corporatieve staat heeft aan die ficties niet langer behoefte. Zijn vitale monopolies als organisatie van de wetgevende, uitvoerende, rechterlijke, gewapende, fiscale, monetaire en andere machten, zijn greep op onderwijs en wetenschappelijk onderzoek zijn hem genoeg. Wie zal hem nog tegenspreken? Het gros van de “intellectuele beroepen” wordt nu gevuld met mensen die voor het geheel of een groot deel van hun inkomen rechtstreeks of onrechtstreeks afhankelijk zijn van de staat. Reflexmatig zien zij in elk echt of verondersteld probleem een symptoom van hetzij een gebrek aan regulering hetzij een gebrek van

---

*Révolution de la Justice*, J.-P. De Monza, 1989, p.161-190). De succesrijke toepassing van wetenschap in militaire en industriële technologie bracht ook de wetenschap onder politieke controle, zoals President Eisenhower in zijn Farewell Address (1961) moest vaststellen: “A steadily increasing share [of research] is conducted for, by, or at the direction of, the Federal government.” Wetenschap is nu al te vaak een beleidsinstrument ten dienste van de heersers (en dus ook de waan) van de dag.

<sup>17</sup> Zie onder meer H.-H. Hoppe, *Democracy: The God That Failed. The Economics and Politics of Monarchy, Democracy, and Natural Order* (Transaction Publishers, New Brunswick & London, 2001)

de geldende regulering. De alternatieve diagnose, dat miskennen van de reële rechtsorde een bron van problemen kan zijn, lijkt wel geheel buiten hun begripsvermogen te liggen. De rechter als zodanig komt in hun voorschriften nauwelijks voor. Hoogstens krijgt hij een ambtelijke rol in het toezicht op de uitvoering van het beleid.

Vrijwel de enige resterende beperking van de politieke macht is de publieke opinie, die evenwel zelf een politiek manipuleerbare variabele is. Haar kweekschool is het onderwijs, een quasi-monopolie van de staat (als organiserende macht of financier). Even belangrijk is de rol van geselecteerde producten van dat onderwijs, niet alleen in de politiek, de staatsdiensten en het onderwijs zelf maar ook in andere “publieke media” (pers, radio, televisie, pressiegroepen, culturele sectoren, en dergelijke). Daar leeft de hedendaagse *nobilitas*<sup>18</sup>, dat allegaartje van “publieke figuren” en “publieke intellectuelen” die als spraak- en stemmingmakers, soms als hofnarren, de officiële, politiek correcte publieke opinie onder woorden brengen. Zij hebben spreekrecht in het openbare leven van de staat.<sup>19</sup>

Het is niet verwonderlijk dat onderwijs en media processen van inburgering en indoctrinatie zijn—inwijdingen in de regels van het maatschappelijke spel, die hun pupillen *en passant* ook leren de wereld te zien als een door de overheid te regelen probleemgebied. Waarschijnlijk is nooit of nergens het concept van de staat als opvoeder<sup>20</sup> op zo’n grote schaal toegepast als in de moderne Westerse wereld.

---

<sup>18</sup> Letterlijk: naambekendheid.

<sup>19</sup> Er is ook een veelheid van niet-officiële, niet noodzakelijk politiek correcte opinies. Zij komen aan het licht in opiniepeilingen als door de opiniepeilers geformuleerde en geïnterpreteerde meningen van naamloze mensen. Die peilingen dienen vooral het politieke marktonderzoek en om discrepanties ten aanzien van de officiële opinie signaleren. Het naamloze volk mag zijn stem uitbrengen; het moet niet geloven dat het ook spreekrecht heeft. Over het relevante onderscheid tussen *spraak* (logos, ratio) and *stem* (phonè, vox), zie Aristoteles, *Politiek*, I, 2, 1253a9–15.

<sup>20</sup> Vergelijk Plato’s “opvoeding van mensen tot wachters van de staat” (in *De Republiek*) en Rousseau’s “opvoeding van mensen tot burgers van de staat” (in *Du Contrat Social*). Beiden gingen ervan uit dat de enige manier om politiek rechtmatig te maken erin bestaat de natuurlijke mens af te schaffen en te vervangen door een artificieel product dat zich met het politieke regime vereenzelvt. In Hegels *Rechtsphilosophie* kreeg die transformatie zelfs het karakter van een onvermijdelijke lotsbestemming.

### *Legitimatiesurrogaten*

Toch houdt de staat vast aan de fictie dat hij eigenlijk niet meer is dan de behoeder van de rechtsorde en de rechten van mensen. Om die fictie aannemelijk te maken was het echter nodig een rechtsbegrip uit te vinden dat niet verwees naar de reële voorwaarden van het samenleven van mensen, wel naar de werkelijkheid van de staatsmacht. Zo bijvoorbeeld in de veelvuldig geciteerde uitspraak, *Entre le faible et le fort [...], c'est la liberté qui opprime, et la loi qui affranchit*<sup>21</sup>, die in haar oorspronkelijke context vrijheid en recht associeert met maatschappelijke machtspositie en privilege, en de wet met moreel plichtsbewustzijn<sup>22</sup>. Alsof alleen politici hun vrijheid gebruiken om te “emanciperen”, nooit om te onderdrukken; alsof alle andere mensen, die niet de ambitie hebben te regeren, per definitie tirannen in spe zijn; alsof rechters niet bekwaam of bereid zijn het verschil tussen respect voor en onderdrukking van vrijheid te zien wanneer zij met de neus op de feiten worden gedrukt.<sup>23</sup> Het signaal dat van de geciteerde slogan uitgaat is dat wie aan zijn recht niet genoeg heeft gerust bij de politiek mag komen aankloppen. Daar valt dan wellicht wel wat te regelen.

*Justifier la force* veronderstelt nu sedert enige decennia een beroep op “de mensenrechten”. Dat zijn echter geen rechten van mensen maar vlaggen waaronder politieke overheden, “rekening houdend met de organisatie en met de middelen van elk land”<sup>24</sup>, met instemming van collega’s in andere landen hun belemachtiging mogen uitbreiden. Weliswaar zijn spectaculaire acties tegen “schendingen van de mensenrechten” bijna altijd acties tegen door staten georganiseerde of gedoogde foltering, fysieke mishandeling, slavernij, genocide, en dergelijke, maar dat zijn precies fenomenen voor de veroordeling waarvan de mensenrechtendoctrine totaal overbodig is. Het gros van de activiteiten voor de legitimatie waarvan die doctrine wel nodig is, impliceert de uitbreiding van de belasting- en reguleringsmachten van

---

<sup>21</sup> “Du double travail de l'homme“, in *Œuvres du R. P. Henri-Dominique Lacordaire*, Poussielgue frères, Paris, 1872, Deel IV, p. 471-495. Het citaat staat op p.494.

<sup>22</sup> “Le droit est l'épée des grands, le devoir est le bouclier des petits.” *Ibid.*

<sup>23</sup> Overigens gaat de wet niet over sterke en zwakke *mensen*, maar over relationele *posities* die de politiek als “sterk” of “zwak” definieert (bijvoorbeeld, verhuurder versus huurder).

<sup>24</sup> UVRM, art.22



de politieke overheden over het dagelijkse leven en werken van mensen en hun niet-politieke verenigingen.

De mensenrechten zijn geen logische uitbreiding van de klassieke natuurlijke rechten die in eerdere officiële rechtenverklaringen zoals de Franse *Verklaring van de rechten van de mens en van de burger* van 1789 werden erkend. Zij zijn er mee in tegenspraak. In de natuurrechtelijke opvatting geldt voor iedere mens dat zijn lichaam, leven, werk of vrijheid meteen ook *zijn recht is*. In de mensenrechtendoctrine zijn zij gedegradeerd tot dingen waar mensen *recht op hebben*. Het is evenwel de politieke overheid die moet beslissen op wiens lichaam, leven, werk of vrijheid die mensen dan wel recht hebben. Dat is onvermijdelijk. De mensenrechten staan voor conflicterende aanspraken op schaarse goederen en diensten, waarvan er buiten Utopia nooit genoeg zijn om alle aanspraken te bevredigen. Iedereen die de geviseerde goederen of diensten beschikbaar heeft of zou kunnen hebben kan, wanneer dat politiek opportuun is, gedwongen worden om het ene of het andere “mensenrecht” van anderen veilig te stellen. Als iedereen zelf zou mogen bepalen tegen wie hij een mensenrechtelijke vordering heeft dan zou dat leiden tot een echte oorlog van allen tegen allen. De doctrine opteert daarom voor een geritualiseerde oorlog, een periodieke verkiezingsstrijd waarin partijleiders dingen naar de heerschappij over alle mensen in het machtsgebied van de staat.<sup>25</sup> Zo'n verkozen overheid zou dan op ordelijke wijze<sup>26</sup> de mensenrechten moeten rantsoeneren volgens de prioriteiten die zij stelt. Slechts nadat zij haar beleid in wetten heeft vastgelegd kan de onderdaan eventueel een beroep doen op het gerechtelijke apparaat om zijn mensenrecht “persoonlijk” af te dwingen, op grond van de status die de wet of een wettelijke reglementering hem ter zake toekent of van de “horizontale werking” die sommige mensenrechten zouden

---

<sup>25</sup> UVRM art.21(§3)

<sup>26</sup> In de praktijk loopt het wel eens mis. In haar streven om het mensenrecht op “huisvesting” te waarborgen vaardigde de Amerikaanse overheid onder President Carter de *Community Re-investment Act* uit. Onder Clinton kreeg die wet vleugels door strikter toezicht op de naleving ervan door de banken. De conjunctie van vraagstimulerend kredietbeleid en milieuvriendelijke maar aanbodbeperkende “ruimtelijke ordening” (nog iets waar mensen recht op hebben) leidde tot prijsinflatie voor woningen, overgewaardeerde hypotheeklen en, via de verpakking daarvan in mondiaal verhandelde “financiële producten”, tot de wereldwijde financiële crisis van 2008.

genieten. Zonder die basis in de wet zijn de gerechtelijke functionarissen van de staat hulpeloos—wat wil zeggen dat “de mensenrechten” geheel buiten de denkwereld van de rechter (als rechtspreker) vallen. Rechtszekerheid moet men niet verwachten: waar de wet een product van wetgeving is, is hij een wispelturig beest.

### *Vermaatschappelijking van de samenleving*

Als beleidsdoelstellingen ten gunste van door en ten behoeve van het beleid gedefinieerde groepen staan de “mensenrechten” voor een collectivisering (vermaatschappelijking) van de rechten van mensen. De kenmerkende ambitie van de moderne staat is inderdaad de politieke vermaatschappelijking van het samenleven: de transformatie van relaties tussen vrije en gelijke personen, families, gemeenschappen en verenigingen in relaties tussen onderdanen van hetzelfde heerschappelijke gezag. Niet de erkenning van de andere mens als andere én als mens maar de maatschappelijke pikorde zoals die *hic et nunc* bestaat, geldt als beslissend criterium. De *Rule of Law* maakt plaats voor de *Law of Rules*. In een maatschappij komen “rechten” en “plichten” immers primair toe aan in haar statuten en regels bepaalde posities en functies. Slechts bij coincidentie komen zij toe aan mensen, voor zover die toevallig de ene of de andere positie in het maatschappelijke schema bekleden. Dat hoeft geen probleem te zijn, tenzij er reden is om te twijfelen aan de rechtmatigheid van de voorwaarden van lidmaatschap of de *modus operandi* van de maatschappij in kwestie. Met betrekking tot een maatschappij zoals de staat, die georganiseerde dwangmacht is en dat ook dagelijks laat blijken, zijn er redenen te over voor dergelijke twijfels.

Legisten mogen bepaalde maatschappijen dan wel een fictieve persoonlijkheid toeschrijven, voor een jurist is een maatschappij altijd mensenwerk, hoogstens een object van recht, nooit een uiteindelijke drager ervan. Juridisch beschouwd zijn maatschappelijke regels als spelregels, uitingen van willekeur en daarom in rechte bindend alleen voor wie er wetens en willens mee instemt. Ook als wij de in de statuten en regels van een maatschappij gedefinieerde posities, rollen en functies verpersoonlijken (“de wetgever”, “de directeur”, “de belastingplichtige” en dergelijke), is het een intellectuele blunder de conventionele competentie- en taakomschrijvingen van die fictieve personen als per se *juridisch* relevante rechten

en plichten op te vatten—a fortiori, als rechten en plichten die voorrang hebben op die van natuurlijke personen. Dan zou de fictie—en dus de willekeur—voorrang krijgen op de realiteit, en netjes geregeld onrecht voorrang op het recht.

Vermaatschappelijking van de samenleving is meteen ook vermaatschappelijking van de mens. De oorspronkelijke betekenis van ‘animal sociale’ was dat menszijn alleen in samenleving met anderen mogelijk is. Pas laat in de geschiedenis ging men dat ‘sociale’ verstaan als ‘maatschappelijk’. Rousseau’s uitspraak “*La Société est un droit sacré*” was al een heiliging van de fictieve persoon van de staat en zijn al even fictief alter ego, de burger. Nochtans was die burger niet meer dan een in, voor en door de wet bepaalde rol in het maatschappelijke bestel. De zin van die constructie was precies de veelheid en diversiteit van mensen<sup>27</sup> te neutraliseren door hen in een volstrekt “gelijke” maatschappelijke positie te manoeuvreren met “gelijke” politieke competenties en taken. De fictie dat de burgers in hun onderwerping aan de wet slechts zichzelf gehoorzamen, kon dan dienen om hun “vrijheid en gelijkheid” uit te roepen—en dus ook de verenigbaarheid van de staat met de tot louter formule herleide fundamentele rechtsnorm. Die fictie impliceert dat mensen uitsluitend vrij kunnen zijn in de mate waarin zij zich met hun “burgerschap” vereenzelvigen. Zijzelf hebben in de staat geen eigen recht; zij zijn niet meer dan het materiaal waaruit de geniale wetgever zijn staat boetseert.<sup>28</sup>

Na Rousseau was het een kleine stap het louter politieke burgerschap uit te breiden tot economisch en cultureel burgerschap. De mens zonder papieren, ooit het symbool van vrijheid want ingeschreven op geen enkele belastingrol en nergens willens nillens geregistreerd of genummerd, zou eindigen als een paria.

Het is evident dat in een dergelijk opinieklimaat de rechtspraak weinig aanzien en weinig ruimte geniet om los van het beleid een eigen specifiek juridische bijdrage te leveren. In de mate waarin de rechterlijke ambtenaren zich vereenzelvigen met de heersende opinie zullen zij daar ook weinig problemen mee hebben. De ambtenaar

---

<sup>27</sup> Zie mijn “Concepts of Order”, in H. Bouillon & H. Kliemt, *Ordered Anarchy, Jasay and His Surroundings*, Ashgate Publishing, Aldershot, 2007, pp.59-92

<sup>28</sup> Rousseau’s “wetgever” had geen legaal geformaliseerde macht. Hij moest, als de publieke intellectueel *par excellence*, uiteraard wel invloed hebben opdat hij de “correcte” publieke opinie zou kunnen vormen en de heilsverwachtingen van het volk focussen op de staat.

die de plaats van Vrouwe Justitia heeft ingenomen, heeft precies tot taak eerst en vooral de wettelijke status van de gedingpartijen en hun daden en de daaraan gekoppelde wettelijke voorschriften vast te stellen. Rechtspreken is voor hem slechts aan de orde waar de wet zwijgt, het recht een restcategorie.