

Redactionele kanttekeningen

De stelling van Protagoras

De grootste vooruitgang door Themis ooit geboekt, ligt alweer geruime tijd achter ons. Het was in de vijfde eeuw voor Christus. Door het optreden van de Sofisten werden recht en gerechtigheid voorwerp van een rationeel debat, waarin de kracht van het argument telt, en niet de macht van de spreker. Voordien was dat nog anders. Agamemnon vond het voldoende te wijzen op zijn hoge geboorte, toen hij van Achilles diens krijgsbuit, de schoonwangige Briseis, opeiste.

De belangrijkste onder de Sofisten is Protagoras uit Abdera (485-415 voor Chr.). Hij is de ontdekker van de algemene relativiteitswet. De mens is de maat van alle dingen. Wat een samenleving rechtvaardig vindt, is rechtvaardig voor die samenleving, en is dat zolang dat zo wordt gevonden.

Protagoras geldt als de grondlegger van de retorica, de techniek om de ander met behulp van argumenten voor jouw standpunt te winnen. Hij schreef een verhandeling onder de titel 'De kunst van het twistgesprek' (*τεχνη ῥηριστικων*) uitgaande van de stelling dat er over ieder onderwerp twee tegengestelde standpunten zijn (*δυο λογους ειναι μερι παντος πραγματος ἄντικειμενους ἄλληλους*).

Het feit dat hij publiekelijk twijfelde aan het bestaan van goden kwam hem in Athene te staan op een veroordeling wegens goddeloosheid. Anders dan zijn tijdgenoot Socrates paste hij voor een martelaarsrol, onttrok zich aan de executie van het vonnis en vluchtte naar Sicilië. Een sympathiek mens.

Dat hij aan de vergetelheid is ontsnapt dankt Protagoras vooral aan de bestrijding van zijn leer door Plato. Niet de mens, maar God is de maat van alle dingen (Wetten 716 c). Op zoek naar de Waarheid, de Schoonheid, de Gerechtigheid, dat is de opdracht. Plato beklagt het lot van hem die de Zon der Gerechtigheid heeft zien schijnen, en die na zijn terugkeer in de grot bij rechtbanken moet redetwisten over schaduwen van rechtvaardigheid met lieden die de rechtvaardigheid zelf nooit hebben aanschouwd (Politeia, 517 b).

Plato tegen Protagoras, de filosofie tegen de retoriek. Het spoor van deze strijd loopt door tot in onze dagen. Rechtspraak als *rechtsvinding*. Het verhaal is groots en meeslepend geschreven door Paul Scholten. En toch ligt in de eis om gerechtigheid, die aan het rechtsoordeel wordt gesteld, de aanklaging met het absolute' ¹ () 'Het recht is er, doch het moet worden gevonden, in de vondst zit het nieuwe'.

Nu wordt het beeld van rechtpraak als rechtsvinding enigszins vertroebeld door de omstandigheid dat van de drie daarbij betrokken partijen (eiser, gedaagde en rechter) er twee (eiser en gedaagde) niet in de eerste plaats belang stellen in het vinden van het recht, maar in de overwinning van hun standpunt. Dit is de retorische kant van de zaak. Procesvoering als de kunst om gelijk te krijgen, ook als men het niet heeft. Raak is dit gety-

1 Verzamelde Geschriften Deel I, p. 314

2 Algemeen Deel, derde druk, p. 12

peerd in de anecdote van de advocaat die een procedure gewonnen heeft, en dit zijn client per brief meedeelt met de woorden 'het recht heeft gezegevierd' Het antwoord volgt per kerende post 'Ga onmiddellijk in hoger beroep'

De stelling van Protagoras dat er in iedere zaak twee tegengestelde standpunten zijn klopt wat het civiele geding betreft Ze zijn er niet alleen, ze moeten er ook zijn De regels van het spel vergen van eiser en gedaagde dat zij elkaar confronteren met hun argumenten Vervolgens moeten zij trachten de argumenten van de ander te demonteren Een en ander op straffe van verlies van de zaak Dit verbale steekspel van de advocaten schijnt van lagere orde dan de rechtsvinding door de rechter Iets hiervan klinkt door in de woorden van Paul Scholten 'De verantwoordelijkheid van de advocaat is een andere, een mindere, dan die van de rechter Hij behoeft niet overtuigd te zijn, dat hij als rechter zou uitspreken wat hij als advocaat vraagt'³

De verantwoordelijkheid van de advocaat is zeker een andere, maar is zij een mindere? Dat de geschiedenis het burgerlijk proces heeft geschoeid op retorische leest, als *strijd* van argumenten, berust op diepe wijsheid De Zon der Gerechtigheid straalt alleen op het briefpapier van de Utrechtse universiteit De rechtvaardigheid van een vonnis is noodzakelijkerwijs relatief De beslissing kan niet rechtvaardiger zijn dan de krachtsverhouding van de over en weer aangevoerde argumenten gedooft En die krachtsverhouding komt het zuiverst tot uitdrukking door partijen in de gelegenheid te stellen elkaars argumenten te bestrijden De klassieke begrippen van het burgerlijk recht zijn *defeasible*, een term gemunt door de Engelse rechtsfilosoof H L A Hart⁴ De schending van een wettelijke plicht is een onrechtmatige daad, maar de gedaagde kan deze conclusie ontkrachten door een geslaagd beroep op een rechtvaardigingsgrond Een geldig exonerationbeding ontheft de verkoper van aansprakelijkheid, tenzij de koper succes heeft met zijn verweer dat de verkoper in strijd handelt met de goede trouw door zich achter dat beding te verschuilen

In deze visie ligt het zwaartepunt van het civiele geding in de confrontatie van de door eiser en gedaagde tegen elkaar aangevoerde argumenten Zij ondervindt stevige concurrentie van theorieën waarin rechtsvinding als autonome scheppingsdaad van de rechter een sterker accent krijgt Het argument van eiser dat gedaagde een wettelijke plicht heeft geschonden heeft geen andere waarde dan dat het de rechter helpt bij het zoeken van ongeschreven normen van behoren die hij voor de toepassing van art 1401 BW opstelt (Smits)⁵ Een verwijzing naar het beding 'de schadevergoeding zal zijn beperkt tot het bedrag van de koopprijs', moet voor de rechter aanleiding vormen deze 'lettertekens te bezien door de bril van de gerechtigheid' (Schoordijk)⁶

Het burgerlijk recht kan een hernieuwde inspiratie door de antieke retoriek goed gebruiken Procesvoering als *τεχνη ἐριστικῶν*, de kunst van eis en verweer Voordeel van deze benadering is, dat we worden gedwongen ons rekenschap te geven, hoe de argumentatielast verdeeld dient te worden De regel- en begripsvorming in het privaatrecht behoort te worden gekenmerkt door het streven naar een redelijke en voorspelbare verdeling van stelplicht en bewijslast Dit doel wordt slechts gediend wanneer zij door de rechter van geval tot geval, *ex aequo et bono* wordt bepaald

Het aardige van de stelling van Protagoras is overigens dat zij zich tegen zichzelf keert

3 Algemeen Deel, derde druk, p 134

4 The ascription of responsibility and rights, *Logic and Language*, first series, edited by A N G

5 *WPNR* 3591

6 Algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht naar het Nieuw Burgerlijk Wetboek, p 42

Over elk onderwerp zijn er twee tegengestelde opvattingen. Ook over de stelling van Protagoras en haar waarde voor het recht.

JHN