



Universiteit  
Leiden  
The Netherlands

## **Geciviliseerde soevereiniteit? Kleine kaleidoscopie van civielrechtelijke onmacht en autonomie**

Kaptein, H.J.R.; Molier G., Slootweg T.J.M.

### **Citation**

Kaptein, H. J. R. (2009). Geciviliseerde soevereiniteit? Kleine kaleidoscopie van civielrechtelijke onmacht en autonomie. In S. T. J. M. Molier G. (Ed.), *Soevereiniteit en Recht. Rechtsfilosofische Beschouwingen* (pp. 305-343). Den Haag: Boom Juridische uitgevers. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/14004>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/14004>

**Note:** To cite this publication please use the final published version (if applicable).

# GE CIVILISEERDE SOEVEREINITEIT?

## Kleine kaleidoscopie van civielrechtelijke onmacht en autonomie

*Hendrik Kaptein*

### 1 INLEIDING

Soevereiniteit en civiel recht? Dat lijkt geen gelukkig paar, welke gelegenheid zich ook voordoet om er gedachten over te laten gaan. Soevereiniteit is immers in juridische zin een wezenlijk publiekrechtelijk begrip, tenminste, in gangbare betekenissen en opvattingen. In politiek-juridische zin zijn nog steeds drie betekenissen van soevereiniteit gezaghebbend: recht op hoogste competentie over elk ander persoon en lichaam binnen de rechtsorde, rechtsstatelijke beperking van die competentie door een constitutie en externe autonomie ten opzichte van andere staten.<sup>1</sup>

Daaruit blijkt al wat sinds Bodin wordt genoemd: de paradox van soevereiniteit.<sup>2</sup> Soevereiniteit is almacht, bij constitutie ingeperkt door recht. Waar ligt dan de eigenlijke almacht? Of: wie of wat heerst dan over de constitutie? Wat daarvan ook zij, die paradox schept wel een eerste analogie van publiek- en civielrechtelijke soevereiniteit. Want al kunnen burgers en maatschappijen (in juridische zin) soeverein zijn in het vrije genot van hun civielrechtelijke en rechtsvorderlijke rechten, die vrijheid is rechtens nooit onbeperkt. Denk aan inperking van contractsvrijheid en beperking van genot van eigendom. Of de analogie verdergaat, is nog maar de vraag. Wat overigens niet wegneemt dat dergelijke vrijheden, hoe vaak onoverdacht vanzelfsprekend ook, zeer groot kunnen zijn.

Dergelijke juridisering van soevereiniteit laat inderdaad zien dat het recht minstens zo soeverein is als de soeverein, of die nu de staat of de burger is. Dat geldt ook voor het civiele recht. Staatsrechtelijk bepaalt de burger dat civiele recht, door tussenkomst van

1 Zie voor een klassieke behandeling daarvan S.I. Benn, 'Sovereignty' in P. Edwards ed., *The Encyclopedia of Philosophy*, New York: The Macmillan Company & The Free Press 1967.

2 J. Bodin, *Six livres de la république*, Parijs 1576, en latere edities en vertalingen.

de democratisch aangewezen wetgever. Maar civiele soevereiniteit van diezelfde burger vindt tenminste op papier zonder meer grenzen, in ieder geval in het positieve civiele recht. Het mag dan zo zijn dat sinds Rousseau de burger alleen zichzelf gehoorzaamt en in die zin dus zowel publiek- als privaatrechtelijk volstrekt soeverein is, toch heeft hij zich in werkelijkheid gewoon te houden aan voorgegeven wetten en regels.

Ook is er nog een andere analogie. Constitutionalisering van publiekrechtelijke soevereiniteit hangt vanzelfsprekend samen met de overgang van individuen naar lichamen als soevereine instanties. Dergelijke lichamen zijn vergelijkbaar met civielrechtelijke maatschappijen of rechtspersonen, uiteenlopend van eenvoudige verenigingen van liefhebbers en stichtingen tot multinationale vennootschaps- en holdingconstructies. Bovendien kunnen dergelijke publiekrechtelijke en civielrechtelijke lichamen alleen analogisch een wil hebben, of hooguit een wil als gereguleerde resultante van individuele willen die in die lichamen bevoegdheden kunnen doen gelden.

Hier kan zelfs blijken dat civielrechtelijke soevereiniteit in zekere zin fundamenteler is dan publiekrechtelijke soevereiniteit. De al dan niet politieke ambtsdrager moet immers altijd eerst worden benoemd, als het goed is volgens geregelde procedures, vooraleer hij gebruik mag maken van zijn altijd beperkte soevereiniteit. De burger hoeft niet eerst te worden benoemd vooraleer hij rechtspersonen opricht en nog veel meer doet en laat om zijn civielrechtelijke vrijheden te verwerkelijken.

Zelfs kan de burger worden gezien als civiel soevereine wetgever en regeerder. Zo strekken overeenkomsten partijen tot wet (ook al staat dat niet meer letterlijk in de wet). Wie wil regeren, moet arbeiders in dienst nemen, en/of kinderen maken en er ook nog in slagen hen onder enig gezag te houden (al is het de vraag of te ver doorgevoerde analogie met gewone regering of zelfs tirannie goed is voor arbeiders, kinderen en hun werkgevers dan wel verwekkers).

Een (voorlopig) laatste analogie kan blijken uit het pendant van soevereiniteit van staten ten opzichte van elkaar in de praktijk van meer dan enkele civielrechtelijke rechtsverhoudingen. Als bekend bestaat die statelijke soevereiniteit vaak alleen op papier. Dan is de eigenlijke almacht aan de staat die op het slagveld de doorslag geeft. Nogal eens keert dat terug in civielrechtelijke verhoudingen, die niet worden beheerst door recht maar door winst- en verliesrekening, mede in termen van kansen dat rechters toch grenzen stellen aan wangedrag ten opzichte van nogal eens zwakkere partijen.

Zo is er tegen de schijn van het tegendeel in toch nogal wat analogie van publiek- en civielrechtelijke soevereiniteit. Maar is dit alles niet toch te analoog aan de achterhaalde vergelijking van het atoom met het heelal? (Waarbij de atomen staan voor de burgers en het heelal voor de staat, al doet de mateloosheid van aanspraken van rechtsgenoten op die zelfde staat wel eens anders denken.) Die analogie leek vruchtbaar, totdat de verschillen te groot werden om het beeld vruchtbaar te laten zijn. Kan hier wél soevereine

waarheid aan het licht komen? Brenninkmeijer schreef (om nog even te verwijlen in de sfeer van exacte wetenschap):<sup>3</sup>

‘Een van de kenmerken van rechtswetenschap is dat juristen hetzelfde lijken te doen als fysici die zich bezighouden met de bestudering van de elementaire materie in het kader van bijvoorbeeld de quantum-mechanica: de onderzoeker beïnvloedt met zijn onderzoek het object van onderzoek.’

Een oordeel over de toepasselijkheid van deze analogie wordt overgelaten aan de lezer. In ‘soevereine waarheid’ kwam al een andere dan juridische betekenis van soevereiniteit aan de orde. Johnson verwoordde die als volgt:<sup>4</sup>

‘2. Supremely efficacious

Be cool, my friend, and hear my muse dispense  
Some *sovereign* comforts drawn from common sense  
*Dryden.*’

Ook de civielrechtelijke betekenissen van die niet-juridische betekenis van soevereiniteit komen hier (hopelijk voldoende) aan de orde.

Hoe dan ook, één hoofdzaak zal hier voortdurend terugkomen, hoe vanzelfsprekend ook. Recht wordt nogal eens vereenzelvigd met dwang, niet alleen in achterhaalde rechtspositivisme maar ook door burgers en zelfs juristen. Als iets duidelijk wordt, dan is het wel dat materieel civiel recht en civiele rechtsvordering het bijna totale tegendeel zijn. Civiel recht verwerkelijkt soevereine vrijheden, in de meest uiteenlopende betekenissen en op de meest uiteenlopende manieren.

Zeer stelselmatig zullen de resultaten van spiegeling van deze en dergelijke begrippen aan civiel recht niet zijn. De opbrengst is eerder een kaleidoscopie van spiegeltjes en kralen aan denkbeelden en vermoedens, waaronder hopelijk toch doorschijnen enige schatten van de geest, of zelfs wel eens vergeten wezenskenmerken van civiel recht. (Te?) soeverein van de rechtswerkelijkheid verwijderd woordenspel wordt hier afgewisseld met waarheden die dezelfde rechtswerkelijkheid zich ter harte zou kunnen nemen. (Hopelijk krijgt Brenninkmeijer hier toch gelijk.) Problematisch is wél dat heel wat onder begrippen van soevereiniteit kan worden gebracht. Dat kan duiden op het overwegend

3 A. Brenninkmeijer, *Burgerlijk Recht als Publiekrecht*, introereede, Zwolle: Tjeenk Willink 1993, p. 14.

4 S. Johnson, *A Dictionary Of The English Language: In Which The Words Are Deduced From Their Originals And Illustrated In Their Different Significations By Examples From The Best Writers. To Which Are Prefixed, A History Of The Language, And An English Grammar*. In Two Volumes. London: 1755.

belang van dergelijke begrippen, of inderdaad leiden tot soevereine nietszeggenheid. Hopelijk wint ook hier de systematiek van de schijn van serendipiteit.

Nadere behandeling is ingericht als volgt, overigens zonder enige aanspraak op volledigheid. § 2 behandelt de soevereiniteit van civiel recht ten opzichte van de wetgever: hoe soeverein is die wetgever ten opzichte van de 'eigen' begrippen en de 'eigen' beginselen van civiel recht? Dergelijke beginselen lijken aan de wetgever beperkingen op te leggen. In het verlengde daarvan ligt de (voor de praktijk nogal eens bloedeloze) strijd tussen natuurrechtsleer en rechtspositivisme. Civiel recht lijkt in ieder geval soeverein in de zin van: niet definieerbaar in andere dan eigen termen. Afgezien van dergelijke theoretische overwegingen is civiel recht in ieder geval soeverein in de zin van: positief, en niet op enige denkbare termijn te vervangen door iets volkomen anders.

Materieelrechtelijke soevereiniteit van (rechts)personen komt aan de orde in § 3: zij kunnen soeverein hun eigen recht scheppen, bijvoorbeeld in termen van eigendom, overeenkomst of maatschappij. Zonder dergelijke soevereiniteiten kunnen zij zichzelf niet verwerklijken.

Maar zodra rechtsgenoten hun soevereine vrijheden daarin al te zeer misbruiken, zeker als dat ten koste gaat van henzelf en zolang zij als 'zwakkere partij' kunnen worden aangemerkt, is de rechter geneigd hen tegen zichzelf in bescherming te nemen. Zo worden de gevolgen voor particulieren van gevaarlijke financiële transacties nogal eens op banken afgewenteld, op grond van de idee dat die particulieren eigenlijk niet wisten wat zij deden (§ 4).

Dat lijkt haaks te staan op de schijnbaar irrationele zoektocht naar daders, in ieder geval als het gaat om schadevergoeding. Aansprakelijkheid van die daders lijkt immers hun soevereine wilsvrijheid in doen en laten te vooronderstellen. Het kan goedkoper zijn om die fictie te laten varen en schade te vergoeden uit algemene fondsen (§ 5).

Anderzijds lijkt het niet aanvaardbaar om alle veroorzakers van schade zo maar te laten lopen. Het klassieke antwoord daarop houdt in dat dergelijke daders strafrechtelijk kunnen worden aangepakt. Doordenking daarvan laat zien dat grenzen tussen civiel recht en strafrecht vaag zijn. Civiel- én strafrechtelijk is aanpak van daders wezenlijk, in ieder geval voor ernstige slachtoffers, of beter: benadeelden. Voor hen is anonieme schadevergoeding in ieder geval gevoelsmatig niet afdoende. Ook in die zin is civiel recht als recht niet soeverein (§ 6).

Ook de rechtsvordering is verre van een stelsel van geboden en verboden. Die rechtsvordering biedt talloze min of meer soevereine mogelijkheden voor rechtsgenoten om materieel recht (of het tegendeel er van) te verwerklijken (§ 7).

Bewijsrechtelijke partijautonomie kan op gespannen voet staan met materiële waarheid: gaat het om vrijheid van partijen om de rechter te overtuigen van hun eigen opvatting van de feiten of gaat het er om zo goed mogelijk vast te stellen wat echt is gebeurd (§ 8)?

Soevereiniteit van rechtzoekenden wordt in ieder geval ingeperkt door verplichte procesvertegenwoordiging. Die leidt niet altijd onverkort tot rechtsverwerkelijking, al was het maar omdat eigenbelangen van advocaten soevereiner kunnen zijn dan die van hun cliënten (§ 9).

Veel is geschreven over rechterlijke vrijheden ten opzichte van de wet. Toch blijken rechters tenminste op papier nogal wat sterker te zijn gebonden aan regels van materieel recht en rechtsvordering dan rechtzoekenden die zich tot hen wenden. Anderzijds blijkt hun vrijheid in de praktijk praktisch onbeperkt te zijn. Dat is niet altijd goed voor rechtsverwerkelijking (§ 10).

'Soeverein' kan inderdaad ook worden opgevat als 'volstrekt doelmatig' en in de lijn daarvan als 'boven elke kritiek verheven'. In allerlei opzichten blijken die soevereiniteiten van civiel recht nogal beperkt te zijn (§ 11).

Hoe dan ook, als begrip in verheldering van civielrechtelijke hoofdzaken is soevereiniteit wel degelijk zinvol gebleken. De staat waarvan de burgers de eigenlijke soevereinen zijn, biedt diezelfde burgers wezenlijke civiele soevereiniteit. Uiteindelijk gaat het alleen en uitsluitend om de soevereine vrijheid van die burgers als mensen. Overigens zouden die mensen soevereiner kunnen zijn over zichzelf, in ieder geval in beperking van de onmagtigheden van de nieuwe eistijd (§ 12).

## 2 STELSELMATIGE SOEVEREINITEIT VAN HET CIVIELE RECHT?

Als publiekrechtelijk begrip lijkt soevereiniteit in het civiele recht in de eerste plaats te maken te hebben met de democratische wetgever als enig gezaghebbende bron van civiel recht. Tenminste, zo staat die legislatieve suprematie in de boeken. Op grond van dat recht kunnen rechtsgenoten op hun beurt zelf recht scheppen, al dan niet met derdenwerking (zie daarover § 3). De rechter wordt geacht het civiele recht toe te passen op de feiten van het geval, als hij er al bij van pas komt (of moet komen). Gegeven principiële legislatieve suprematie heeft hij niet het hoogste, maar het laatste woord (zie § 10). Zo blijft soevereiniteit in het civiele recht een louter publiekrechtelijk begrip, tenminste, zolang het gaat over de wetten en het stelsel van het civiele recht.

Maar hoe vrij is die soevereine civiele wetgever eigenlijk? Civielrechtelijke begrippen als eigendom, overeenkomst, onrechtmatige daad, maatschappij en nog veel meer lijken ons trokken aan wetgevende willekeur. Het stelsel van dergelijke civiele begrippen lijkt een eigen soevereiniteit te hebben, en daarmee grenzen te stellen aan legislatieve autonomie en suprematie. Zo mag het huidig Burgerlijk Wetboek wel nieuw zijn ontworpen, maar de vrijheid van de wetgever werd en wordt toch beperkt door de onverzettelijkheid van elementaire civielrechtelijke begrippen waarzonder er geen civiel recht lijkt te kunnen zijn.

Deze conceptuele soevereiniteit moet worden onderscheiden van (nog verdergaande) propositionele of eigenlijk principiële soevereiniteit. Zonder begrip van eigendom geen civiel recht, zonder beginsel van *pacta sunt servanda* en zo veel meer beginselen evenmin. Civiel recht waarin dergelijke beginselen en hun stelselmatige samenhang geen rol spelen is eigenlijk niet voorstelbaar. Niet alleen moeten overeenkomsten worden nagekomen, ook moet schade worden vergoed, eigendom van anderen ontzien en nog veel meer. Anderzijds zijn dergelijke rechtsbeginselen niet zonder meer eenduidig. Bijvoorbeeld: al staat overal vast dat wanprestatie niet onbeantwoord hoeft te blijven, toch kan de principiële remedie net zo goed nakoming als schadevergoeding zijn.<sup>5</sup> Ook gelden rechtsvorderlijke beginselen. *Audi et alteram partem*, wie stelt, moet bewijzen, gegeven de principiële aanname van goede trouw totdat het tegendeel is bewezen, redelijke termijnen moeten gelden, er moet een onafhankelijke rechter zijn en nog veel meer.

Dergelijke beginselen lijken aan publiekrechtelijke, wetgevende soevereiniteit principiële grenzen te stellen. Want geen civiele wetgeving is denkbaar zonder dergelijke beginselen (al lijken rechtseconomen en anderen daarover weleens anders te denken). Hetgeen natuurlijk niet wegneemt dat in meer dan marges van civiel recht wél publiekrechtelijke soevereiniteit is te vinden. Te denken valt niet alleen aan detaillering, maar ook aan recent consumentenrecht en vergelijkbare legislatieve hervormingen, overigens nogal eens onder nationale soevereiniteit weer beperkende Europeesrechtelijke invloeden.

Van daaruit is het nog maar een kleine stap naar een minimale natuurrechtsleer. De natuur, het wezen van het civiele recht zou met dergelijke beginselen zijn gegeven. Dan is legislatieve soevereiniteit beperkt tot variatie en nadere invulling naar tijd, plaats en uiteenlopende opvattingen en belangen.

Dworkin's rechtsleer biedt als bekend zelfs nog enige ruimte voor hervorming van civielrechtelijke beginselen, als gevolg van de voortgang van de kettingroman van het recht, op weg naar een optimaal *reflective equilibrium* van alle juridische en feitelijke gegevens ter zake samengevat in een coherente theorie.<sup>6</sup>

Een dergelijke theorie is de eigenlijke en hoogste werkelijkheid van het civiele recht. Het beginsel van legislatieve suprematie speelt daarin niet meer dan een beperkte rol, naast vele andere materiële en formele beginselen. Soverein is dan niet langer enige bron, zelfs niet de formele wetgever, maar uiteindelijk alleen het stelsel, de samenhang. Hercules heet de bovenmenselijke superrechter die het allemaal in zijn hoofd heeft. Althans, volgens Dworkin, die – anders dan nogal eens wordt aangenomen – met zijn beeldspraak

5 Zie voor een schier onuitputtelijke opsomming van inderdaad niet allemaal even vanzelfsprekende rechtsbeginselen J. Gijssels, 'Algemene rechtsbeginselen zijn nog geen recht', *Rechtskundig Weekblad* (33) 15 april 1989.

6 Zie daarover H.J.R. Kaptein, 'Taking Dworkin Seriously', *Rechtsfilosofie en Rechtstheorie* 1978, p. 1-17 en H.J.R. Kaptein, *Ethiek tussen twijfel en theorie*, Amsterdam: Rodopi 1985.

niet alleen de rechter, maar het gehele civiele recht tematiseert, in epistemologische of zelfs ontologische zin: 'het recht is wat het moet zijn'.<sup>7</sup> Daartegenover staan varianten van rechtspositivisme, van Harts antwoord op Dworkin tot en met MacCormicks meest recente verwoording van institutionele rechtstheorie.<sup>8</sup> Kenmerkend voor dergelijke positivismen is hun afstand van Austiniaanse of zelfs Kelseniaanse opvattingen die toch proberen om civiel recht terug te brengen tot een enkele formele bron. Toch blijft het de vraag of dergelijke opvattingen er in slagen om een publiek soevereiniteitsbegrip als bepalend voor civiel recht aannemelijk te maken.

Geen verschil van mening lijkt te bestaan over de onmogelijkheid om civiel recht (en recht in het algemeen) te definiëren in niet-juridische begrippen. De kern van het probleem is bekend: zelfs een strikt positivistisch rechtsbegrip in termen van enige bron van recht moet uitgaan van de juridische relevantie van die bron. Dus zijn er geen gegevens van hogere soevereiniteit dan het civiele recht zelf. Dat voert weer terug naar de eigen soevereiniteit van civielrechtelijke begrippen als eerder uitgelegd. Ook in die zin is civiel recht onherleidbaar soeverein.

Anderzijds zijn geen geslaagde pogingen bekend om civiel recht in algemene termen te onderscheiden van ander recht. Tegen elke algemene definitie van civiel recht in algemene termen zijn tegenvoorbeelden bedacht, niet alleen met betrekking tot civielrechtelijke rollen van overheden. Bovendien dient het civiele recht al lang publiekrechtelijke doelen, bijvoorbeeld als het gaat om bevordering van maatschappelijke rechtvaardigheid.<sup>9</sup> Te denken valt hier ook aan publiekrechtelijke dimensies van civiele rechtsvordering (zie § 7). Daarmee zijn afgrenzingen nog niet vaag, maar kennelijk niet scherp genoeg om een eenduidige begripsbepaling van civiel recht mogelijk te maken.

Het praktisch belang van deze en dergelijke uiteenzettingen, al dan niet in termen van het eindeloze conflict tussen natuurrechtsleer en rechtspositivisme mag overigens niet worden overschat. Voor de praktijk zijn zij grotendeels van onwaarde.<sup>10</sup> Afgezien daarvan lijkt de strijd tussen natuurrechtsleer en rechtspositivisme te zeer op het even theologische als bloedeloze Eutyphro-dilemma: is iets recht vanwege de gezaghebbende afkondiging, of berust de gezaghebbende afkondiging op het recht?

7 Zie daarover in ieder geval ook J. Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, Oxford UK: Oxford University Press 1980, hoofdstuk 1.

8 Zie H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, Oxford UK: Clarendon Press (1961) 1994 en D.N. MacCormick, *Institutions of Law: An Essay in Legal Theory*, Oxford UK: Oxford University Press 2008.

9 Zie met name over het vermogensrecht, G.E. Langemeijer, *De gerechtigheid in ons burgerlijk vermogensrecht*, Zwolle: Tjeenk Willink 1985. Zie ook later hier over rechtspraak ter bescherming van zwakke partijen.

10 Zie daarover P. Abas, *De betekenis van de feiten: iets over de betekenis van de feiten in theorie, praktijk en onderwijs*, Arnhem: Gouda Quint 1985.



In die praktijk lijkt een ander begrip van civielrechtelijke soevereiniteit belangrijker: de ontwijfelbare heerschappij van het positieve civiele recht. Hegeliaans, of niet, tenminste in die zin is het geldende civiele recht het beste recht dat er is. Doorbreking van publiekrechtelijke begrippen van soevereiniteit in het civiele recht lijkt compleet als wordt vastgesteld dat voor diezelfde praktijk simpelweg geldt: het laatste of eigenlijk hoogste woord van de Hoge Raad. Finaliteit van des Hogen Raads uitspraken (voor zover bestand tegen nog hogere rechters) is nog geen onfeilbaarheid, maar ook dat onderscheid is praktisch niet van groot belang.<sup>11</sup> Wie het civiele recht wil hervormen en dus hoogste rechters van zijn gelijk wil overtuigen, zal in het algemeen met een beroep op natuurrechtelijke beginselen en andere inzichten niet ver komen (zie verder over de civiele rechter § 10).

De vraag blijft: wat is dat dan eigenlijk, het kennelijk 'zelfsoevereine' civiele recht? Zijn dat de Stenen Tafelen van wetboek en (vooral) jurisprudentie, die gelijk de Bijbel en bijbehorende exegesen de heiligheid van het civiele recht uitmaken? Wie juristen al dan niet in ambtsuitdossing in hun taalgebruik en andere bezigheden gadeslaat, zou het kunnen denken. (Juristen laten zich graag portretteren tegen achtergronden van handboeken, als waren zij de schriftgeleerden van de Nieuwe Kerk). Maar voor civiel recht geldt natuurlijk en misschien nog meer dan voor ander recht: kijk maar, er staat niet wat er staat. Civiel recht kan niet worden vereenzelvigd met enige 'eigenlijke' betekenis van de wet, laat staan van de jurisprudentie.<sup>12</sup>

Civiel recht, soeverein of niet, is hoe dan ook geen tekstueel gegeven van een hogere werkelijkheid (al lijkt Dworkin dat er wel van te maken). Werkelijkheidsgetrouwer is een ander beeld van recht.<sup>13</sup>

'Don't love the law. It will inevitably disappoint you. Understand that the law is a tool, a mechanism, a construct. It is a false idol like so many others in life. In one respect, there really is no such thing as "The Law." What we call the law is a process, a group of people, some ideas, precedents, books. Don't respect the law, unless it merits your respect.'

Dershowitz lijkt te zinspelen op fundamentele kritiek op traditionele civielrechtelijke begrippen en praktijken als verwoord in *legal realism* en *Critical Legal Studies*. Wat daarvan ook zij, duidelijk is in ieder geval dat dergelijke fundamentele kritieken een moralistische ondertoon hebben: recht en rechtspraktijk zijn *window dressing* die hun

11 Zie over dat onderscheid natuurlijk Hart, *The Concept of Law*.

12 Zie voor discussie daarvan in termen van *originalism* H.J.R. Kaptein, 'Living Originalism: On The Compatibility Of Framers' Meaning With The Constitution', in P.B. Cliteur & A.J. Kwak ed., *Holy Writ: Interpretation in Law and Religion*, 2009, en andere bijdragen in dezelfde bundel.

13 A. Dershowitz, *Letters to a young lawyer*, New York: Basic Books 2001, p. 22.

pretenties van recht en rechtvaardigheid niet waarmaken. Dan verliest recht eigen soevereine waardigheid en verdwijnt het in een veelheid van eigenlijk alleen psychologisch, sociologisch en economisch benaderbare menselijke en maatschappelijke verschijnselen.

Recht verdient als zodanig geen respect. Respect verdient wat uiteindelijk menselijke waarde heeft. Daarmee verliest civiel recht, of welk recht dan ook, uiteindelijk elke eigen soevereiniteit in de zin van: uiteindelijk gezag. Dat is geen onbelangrijke vaststelling, in ieder geval tegen de valse schijn van schriftgeleerdheid.

### 3 MATERIËLE SOEVEREINITEIT IN EIGEN KRING

Niet alleen Austiniaanse rechtstheorieën gaan uit van het nog steeds gangbare misverstand dat recht dwang is. Ook nu nog wordt te vaak gedacht, gezegd en geschreven dat waren mensen engelen, recht niet nodig zou zijn. Juist het civiele recht toont soeverein het tegendeel aan. In *civilibus quod civi placuit legis habet vigorem*. Civiel recht is niet in de eerste plaats dwang, maar een complex van materieelrechtelijke en rechtsvorderlijke mogelijkheden tot schepping van rechtsverhoudingen vanuit en tot soevereiniteit van de civiele burger en de rechtspersoon (waarbij burgerschap moet worden begrepen in ruimere dan publiekrechtelijke zin). Binnen perken (waaronder in ieder geval de beheersing van het gehele civiele recht door grondrechten en maatstaven van redelijkheid en billijkheid) kan de burger vrij kopen en verkopen, overeenkomsten aangaan of niet, maatschappijen oprichten en weer doen verdwijnen, trouwen, scheiden als dat vervolgens toch beter uitkomt en nog veel meer. In het rijk van de civielrechtelijke werkelijkheid genieten soevereine rechtsgenoten vergaande partijautonomie. (Al evenmin geringe soevereiniteit van rechtsgenoten in de rechtsvordering komt in § 7 nader aan de orde.) Materieel worden civiele rechtsverhoudingen eigenlijk alleen beperkt door de (tenminste Nederlandsrechtelijke) eis van waardeerbaarheid van vermogensrechtelijke belangen op geld. ('Souverein' was eertijds ook de naam van verschillende gouden en zilveren munten van uiteenlopende waarde, net als het Engelse 'sovereign' voor pond als geldswaarde.) Bagatelzaken kunnen leiden tot eindeloze procedures, zolang zij wettelijke ondergrenzen tenminste in termen van geld overstijgen. Dramatische hoofd- en hartzaken als het verlies van een kind zijn uitgesloten, zolang tenminste naar Nederlands recht een menselijk leven als zodanig niet waardeerbaar is in geld.<sup>14</sup> Anderzijds leert niet alleen recente schadejurisprudentie hoe rekbaar die grens is.)

<sup>14</sup> Zie bijvoorbeeld de geruchtmakende zaak van het in een ziekenhuiszwembad omgekomen kind, waarin de Hoge Raad ondanks overduidelijke feiten zelfs geen verklaring voor recht over aansprakelijkheid wilde afgeven: HR 9 oktober 1998, *NJ* 1998, 853 ('Jeffrey').

Zo scheppen soevereine burgers rechtsverhoudingen waarmee overheden zich niet in elk opzicht mogen bemoeien. Hier gaat het dus niet om de soevereine staat tegenover de onderdanige burger, maar om de soevereine burger tegenover een dienende staat (bijvoorbeeld als het gaat om toepassing van civielrechtelijke dwangmiddelen). Ten laatste sinds Rousseau wordt de soevereiniteit van de staat uiteindelijk afgeleid van de soevereiniteit van de burgers. Hier lijken de rollen omgedraaid: de civielrechtelijke soevereiniteit van de burgers bestaat bij de gratie van de staatsmacht. Natuurlijk is de soevereiniteit van rechtsgenoten in civiele zaken niet onbeperkt. Maar daarin onderscheiden zij zich niet wezenlijk van de publiekrechtelijke soevereiniteit van overheden, die tenminste in rechtsstaten ook haar grenzen kent.

Sterker nog: rechtsgenoten scheppen zelf recht. Dat begint al met de overeenkomst. Denk aan de antieke tekst van artikel 1374 lid 2 BW: de overeenkomst strekt partijen tot wet. Vele (mogelijke) betekenissen van die bepaling blijven hier buiten beschouwing, hoofdzaak is het rechtskarakter van de overeenkomst, ook nog naar huidig recht, mits natuurlijk is voldaan aan een aantal voorwaarden en eventueel ook jegens derden. Zo is de burger zelfs zijn eigen civiele wetgever.

Bovendien kunnen rechtsgenoten door overeenkomst een zekere soevereiniteit over elkaar verwerven. Voor zover rechtsgeldig overeengekomen kunnen zij elkaar min of meer soeverein bevelen van alles te doen en te laten. De arbeidsovereenkomst scheidt een durende gezagsverhouding, waarin de werkgever optreedt als ware hij de soeverein van zijn arbeiders. Weer onderscheidt het gegeven van grenzen dit civielrechtelijk gezag niet wezenlijk van de publiekrechtelijke soeverein, die immers ook niet onbeperkt is. Overigens steekt het publieke gezag ook in dit opzicht nogal eens gunstig af bij te vaak op de werkvloer beleefde tirannie.

Andere civiele soevereiniteit blijkt uit eigendom (en in mindere mate uit bezit). Door *prima occupatio* en natrekking tot en met overeenkomst en vererving kan de burger eigendommen verwerven. Een, of misschien wel hét wezenskenmerk van eigendom, ondanks alle hedendaagse civielrechtelijke en publiekrechtelijke (waaronder in ieder geval strafrechtelijke) beperkingen van het genot ervan is beschikkingsbevoegdheid, soevereine vrijheid met betrekking tot de eigendom. De rechtsgenoot mag met wat van hem is binnen redelijke perken doen wat hij wil. De oude Romeinen stelden zelfs uitdrukkelijk de soevereiniteit van de burger in zijn eigendom.<sup>15</sup> Zo is de sfeer van eigendommen en bezittingen het eigen rijk van de *civis* als *princeps*, of tenminste een materieel deel er van.

Zo vooronderstelt eigendom vrijheid. Vooronderstelt vrijheid ook eigendom? Dan zouden er zonder eigendom geen soevereine burgers of zelfs maar mensen zijn. Min of meer Hegeliaans geredeneerd: de mens maakt zijn eigen omgeving met zijn eigendommen,

15 Zie M. Kaser & F.B.J. Wubbe, *Romeins privaatrecht*, Zwolle: Tjeenk Willink 1971.

zoals die omgeving vervolgens de mens soeverein maakt. Nog verder geredeneerd: zijn is in de wereld zijn. Zonder 'eigen' wereld kan de mens niet zichzelf zijn. 'Ik' en 'de ander' vooronderstelt mijn en dijn. Tenminste naar Nederlands recht wordt de eenheid van het huwelijk dan ook mede door de gemeenschap van goederen tot uitdrukking gebracht. (Vergelijk deze argumentatie met Frankfurts nadruk op het belang van aanneming van een niet-subjectieve buitenwereld, als vooronderstelling van subjectiviteit en intersubjectiviteit, als uitgelegd in § 8.)

Anderzijds is genot van eigendom niet alleen juridisch op velerlei wijzen gebonden aan beperkingen, maar kan het ook worden gezien als menselijke en maatschappelijke pathologie. Individuele eigendom zou hebzucht en afgunst alleen maar versterken en in ieder geval de gelijkheid van alle mensen in de weg staan. Psychologisch beschouwd zou eigendom uiteindelijk niet meer dan gevolg en oorzaak van collectief narcisme zijn. Ook in die zin kan 'het hebben van de zaak het einde van het vermaak' zijn. Dergelijke 'linkse' kritiek (bekend geworden door Rousseau en Marx, maar ook bij eerdere en latere denkers te vinden) staat dan tegenover 'rechts' Hegelianisme, waarin eigendom min of meer heilig is verklaard.<sup>16</sup>

Dan zijn er nog vele mogelijkheden tot soevereine rechtsverwerkelijking door op- en inrichting van maatschappijen (in civielrechtelijke zin). Liefhebbers kunnen hun activiteiten vormgeven en vastleggen in een vereniging, behartigers van goede doelen kunnen stichtingen oprichten, zelfs de enkele koopman kan een besloten vennootschap stichten, mits enige anderen daaraan willen meewerken. Al die mogelijkheden (en nog veel meer dat hier verder onbesproken blijft) maken rechtsgenoten nog soevereiner in hun mogelijkheden tot verwerkelijking van eigen rechten en belangen. Sterker nog: in ieder geval scheppen dergelijke maatschappijen de mogelijkheid om 'soeverein in eigen kring' te zijn. De koopman kan directeur-aandeelhouder van zijn besloten vennootschap worden, de voorzitter van een vereniging is toch nog net iets meer de baas dan de andere leden. De directeur kan zich gedragen als koning (of erger) jegens zijn ondergeschikten, net zo goed als de zelfgemaakte vader zijn kinderen kan (en soms moet?) koeioneren. Toegegeven: begrippen van soevereiniteit worden hier opgerekt. Maar toch gaat het erom dat civiel recht op veel en uiteenlopende manieren individuele en collectieve eigenmachtigheid kan scheppen en bevorderen.

In de gebruikelijke opvatting van Harts rechtstheorie worden *secondary rules* ten onrechte uitsluitend vereenzelvigd met constitutionele regels (*rules of recognition* en zo meer). Maar Hart stelde tegen Austin: recht en met name civiel recht bestaat voor een groot deel uit *secondary rules*. Die regels binden niet, maar verlenen en veranderen

16 Zie F. Savater, *Politica para Amador*, 1985 (*Goed samen leven: politiek voor mensen van morgen*, Utrecht: Bijleveld 1998, p. 109 e.v.), voor een belangwekkende inleiding in deze discussie, en in ieder geval F. Hirsch, *Social Limits to Growth*, Londen & Henley: Routledge & Kegan Paul 1977.

bevoegdheden. Daarom gaat het hier. Ook zo komen analogieën van staatsrechtelijke en civiele soevereiniteit aan het licht. Zij worden geleid door hetzelfde type regels.

Bovendien blijkt hier verwantschap met Kants onderscheid van hypothetische en categorische imperatieven. Inderdaad bestaat civiel recht voor een belangrijk deel uit hypothetische normen, van de vorm: 'Als x wil verwerkelijken y, dan moet hij z doen en a laten.' Wie gebruikmaakt van dergelijke vrijheden, scheidt daarmee categorische imperatieven voor zichzelf en voor anderen. Bijvoorbeeld: wie rechtsgeldig wil contracteren, dient bepaalde dingen te doen en te laten (al naar gelang de feiten en de omstandigheden van de zaak). Zijn er eenmaal verbintenissen, dan gelden die onvoorwaardelijk, totdat weer andere (rechts)handelingen en/of gebeurtenissen daaraan een einde maken.

Zo scheidt het recht talloze mogelijkheden om binnen redelijke perken civiele soevereiniteit te verwerkelijken. Een principiële grens aan soevereiniteit als handelingsvrijheid berust op de al dan niet contrafactische aanname van goede trouw, ofwel de civiele dimensie van de onschuldpresumptie. Kant verwoordde dit al als volgt:<sup>17</sup>

'Das angeborne Recht ist nur ein einziges. Freiheit (Unabhängigkeit von eines anderen nötiger Willkür), sofern sie mit jedes anderen Freiheit nach einem allgemeinen Gesetz zusammen bestehen kann, ist dieses einzige, ursprüngliche, jedem Menschen, kraft seiner Menschheit, zustehende Recht. Die angeborne *Gleichheit*, d. i. die Unabhängigkeit, nicht zu mehrerem von anderen verbunden zu werden, als wozu man sie wechselseitig auch verbinden kann; mithin die Qualität des Menschen, sein *eigener Herr (sui iuris)* zu sein, imgleichen die eines *unbescholtenen* Menschen (*iusti*), weil er, vor allem rechtlichen Akt, keinem Unrecht getan hat; ...'

Hier gaat het dus niet in de eerste plaats om soevereiniteit in mogelijkheden om recht en rechten te verwerkelijken, maar om de categorische imperatief om behoudens tegenbewijs de soevereiniteit van alle anderen te respecteren, als waren zij te goeder trouw. In ieder geval geniet eenieder elementaire soevereiniteit in de zin van: bekleed met het mensenrecht om te worden behandeld als waren zij volstrekt te goeder trouw. (Die soevereiniteit wordt overigens ook strafrechtelijk beschermd, tenminste door verbod en strafbaarheid van smaad en laster.) Anders dan wel wordt aangenomen heeft de (al dan niet civiele) onschuldpresumptie een veel bredere dan alleen bewijsrechtelijke strekking. Volgens Kant is de onschuldpresumptie inderdaad een wezenlijk deel van het enig aangeboren recht van de mens. Zo beschouwd gaat het vooraf aan alle andere civiele soevereiniteit.

17 In: *Die Metaphysik der Sitten: Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre* (1797), Berlin: Akademie-Ausgabe, Georg Reimer (1907) 1914, p. 237 e.v.

(Verder buiten beschouwing blijven hier belangwekkende analogieën van persoonlijke en statelijke soevereiniteit in het recht om met rust te worden gelaten.)

Zo is civiel recht niet in de eerste plaats dwang, maar mogelijkheid tot schepping van civiele soevereiniteit. Toch gaat dat alleen goed zolang iedereen zich houdt aan de regels. Ofwel: het gaat goed zolang de soevereiniteit van civiel recht als recht binnen redelijke perken en in het licht van zin en doel ervan wordt geëerbiedigd. Maar wat let rechtsgegoten, of zelfs advocaten en (rechterlijk) ambtenaren om civiel recht niet op te vatten als de soevereine regels van het spel en de juridische werkelijkheid, maar als deel van een complexe maatschappelijke werkelijkheid, in termen van hindernissen en ook wel hulpmiddelen tot verwerkelijking van willekeurige maar daarom nog niet altijd loffelijke doelen? Die kunnen uiteenlopen van verzekeringsvorderingen voor nooit verloren zonnebrillen en oprichting van rechtspersonen met als enig doel die na behoorlijke winst ten koste van crediteuren failliet te laten gaan tot regelrecht onrechtmatige rechtspraak als vaststaat dat verliezers niet in beroep kunnen gaan (zie ook § 10).

Dan wordt de (civiele) rechtsorde een nieuwe natuurtoestand, waarin het 'recht' van de juridisch best onderlegden en menselijkerwijs slechtsten zegeviert. Geciviliseerd civiel recht moet een zekere mate van dergelijk instrumentalisme kunnen verdragen. Anderzijds is zo bereikte individuele en in feite al te vaak onbeperkte soevereiniteit boven recht en waarheid miskennis, of eigenlijk verraad van ware civielrechtelijke soevereiniteit als uitdrukking van civiele solidariteit.

#### 4 FEITELIJKE ALMACHT EN ONMACHT VAN CONTRACTANTEN EN ANDERE CIVIELRECHTELIJKE AGENTEN

Al dergelijke civielrechtelijke soevereiniteiten vooronderstellen in ieder geval de mogelijkheid van niet-juridische vrijheid. Binnen uiterlijke en innerlijke perken moeten rechtsgegoten kunnen doen wat zij zelf willen, wil het zin hebben om civiel recht te beschouwen en te kunnen gebruiken als een complex van mogelijkheden om eigen soevereiniteit te verwerkelijken. Sterker nog: strikt determinisme als uitsluiting van wilsvrijheid op grond van predeterminatie van alle menselijk doen en laten (*hard determinism*) is niet verenigbaar met welke normstelling dan ook. Zelfs dwingende voorschriften vooronderstellen immers de menselijke mogelijkheid die op te volgen (*ought implies can*). Recht en rechtspleging in enige gebruikelijke voorstelling zijn zonder enige keuzevrijheid niet denkbaar.

Is menselijke vrijheid als vooronderstelling van (civielrechtelijke) soevereiniteit een relikwie uit een voorwetenschappelijk verleden? Hedendaagse neurologie en cognitieve wetenschap lijken immers te leren dat mensen beter kunnen worden begrepen als superingewikkelde computers, die in beginsel werken volgens natuurwetten. Ook de

opkomst van *artificial intelligence* suggereert dat mensen niet wezenlijk verschillen van machines. *Neurojurisprudence* moet rechtsgeleerdheid opstoten in de vaart der werkelijke wetenschappen. Daarmee lijken niet alleen de traditionele rechtswetenschap, maar ook elk gangbaar begrip van recht in termen van genormeerd en dus vrij menselijk doen en laten te verdwijnen in de coulissen van de geschiedenis. *Hard science* is de toekomst, 'hermeneutiek' het verleden.<sup>18</sup>

Nu is al vaker opgemerkt dat dergelijke debatten nogal abstract zijn en (hetgeen niet op hetzelfde neerkomt) voor de rechts- en menselijke praktijk niet veel uit lijken te maken. Bovendien staat de schijn van nieuwe wetenschap van de mens als machine eerder op gespannen voet met gevestigde natuurwetenschap dan dat zij er een deel van zou zijn. Bijvoorbeeld: zelfs een hoogontwikkelde tak van wetenschap als de mechanica kan op geen stukken na worden herleid tot enige wetenschap op moleculair, laat staan nog lager (of eigenlijk kleiner) niveau. Zo beschouwd heeft de oneindig complexere herleiding van menselijk denken en doen tot fysiologisch niveau op haar best een nogal programmatisch karakter. Behoudens tegenbewijs (waarvan de termijnen dus nog niet kunnen worden vastgesteld) kan het recht en de rechtspleging nog wel even uitgaan van het elementaire onderscheid tussen vrijheid en uiterlijke of innerlijke dwang.

Nu is het in het dagelijks leven vaak al moeilijk genoeg om vrijheid van dwang te onderscheiden. Uiterlijke dwang kan zichtbaar zijn, innerlijke dwang niet. Anderzijds kan weer geruststellen dat het tenminste juridisch niet gaat om filosofische debatten over verschillende begrippen van vrijheid, hoe belangwekkend die ook kunnen zijn.<sup>19</sup> Afwezigheid van dwang is voldoende. Wél kunnen bewijsrechtelijke problemen rijzen: bijvoorbeeld: hoe kan innerlijke dwang overtuigend worden aangetoond? Een dialogische oplossing van dergelijke problemen werd geboden door Hart: tenminste juridisch belangrijke vrijheid is gegeven met de afwezigheid van voor betrokkenen aanvaardbare verontschuldiging.<sup>20</sup>

Wat daarvan ook zij, de civiele rechter heeft al dergelijke wijsgerige vraagstukken op een even onverwachte als verbluffend eenvoudige manier opgelost.<sup>21</sup> De vrijheid als vooronderstelling van aansprakelijkheid van de gewone rechtsgenoot (in ieder geval de natuurlijke persoon) is omgekeerd evenredig aan kosten voor die rechtsgenoot verbonden

18 Zie R. Kane, *A Contemporary Introduction to Free Will*, Oxford: Oxford University Press 2005, voor een gezaghebbende inleiding tot deze vraagstukken.

19 Zie daarover in ieder geval I. Berlin, *Two Concepts of Liberty*, Oxford: Clarendon Press 1958, en G.G. MacCallum, 'Negative and Positive Freedom', *The Philosophical Review* (76) 1967.

20 H.L.A. Hart, 'Legal Responsibility and Excuses', in S. Hook ed., *Determinism and Freedom*, Londen: 1958.

21 Zie over Harts dialogische benadering van vrijheid, verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid bijvoorbeeld H.J.R. Kaptein, 'Rigid Anarchic Principles of Evidence and Proof: Anomist Panaceas Against Legal Pathologies of Proceduralism', in H.J.R. Kaptein, H. Prakken & B. Verheij ed., *Legal Evidence and Proof: Statistics, Stories, Logic*, Aldershot: Ashgate Publishing Co. 2009.

aan die aansprakelijkheid. Dat lijkt het paard achter de wagen gespannen. In klassieke opvattingen bepalen oordelen over vrijheid van rechtsgenoten mede de toepasselijkheid van materieel recht. Dat is ook nogal logisch, want ook hier geldt: *ought implies can*. De rechtspraak heeft dat inderdaad op zijn kop gezet. Oordelen over vrijheid worden bepaald door materieel 'rechtelijke' beginselen die al te treurige gevolgen van aannamen van wilsvrijheid verbieden. Ofwel: hier gebruikt de rechter vergaande vrijheid in vaststelling van feiten, op grond van bescherming van zwakke partijen.<sup>22</sup>

Hoe ongerijmd dat ook klinkt, en hoe onuitgesproken ook in rechterlijke motivering, toch laat recente rechtspraak verwerkelijking van dit beginsel zien. Denk aan het lot van particuliere beleggers in even lucratief lijkende als risicovolle beleggingszaken. Voor de hand ligt dat de (op zich onomstreden) zorgplicht van banken en andere aanbieders van beleggingsconstructies niet verder gaat dan informatieplicht. Zet de 'soevereine' belegger tegen beter weten in toch door, dan moet hij, al dan niet failliet, zelf maar op de blaren zitten. De Hoge Raad dacht er anders over en bood dan ook de helpende hand: zorgplicht kan betekenen dat willens en wetens opgedragen beleggingstransacties toch niet mogen worden uitgevoerd.<sup>23</sup> Doet de bank toch wat de klant zegt en loopt het verkeerd af, dan moet de bank betalen. Versluierd in slechts voor de echte kenners redengevende formules licht toch op het eigenlijke beginsel: civielrechtelijke soevereiniteit is mooi, zolang de gewone man er niet de dupe van wordt. Ongelijke machtsverhoudingen tussen partijen hebben hiermee natuurlijk ook te maken.

Dergelijke resultaatgerichte rechtspraak op grond van buitenrechtelijke maar daarom nog niet onredelijke beginselen is niet beperkt tot beleggingen door particulieren. In veel meer gevallen spreekt de rechter een eigen oordeel uit over maten van soevereiniteit van partijen, al is het maar stilzwijgend. Zo deinsde de Hoge Raad er niet voor terug om schadevergoeding door de verzekeraar van een brodeloze dader zeker te stellen door aan te nemen dat diens opzet niet was gericht op de mishandeling met blijvend ernstige gevolgen maar alleen op de 'lol' ervan.<sup>24</sup> Zo kon al dan niet wettelijke uitsluiting van verzekering op grond van eigen schuld worden omzeild, ten gunste van de benadeelde. Goochelen met feiten, wederom op grond van overigens ook hier onuitgesproken beginselen strekkend tot bescherming van zwakke partijen.

22 Zie al J. van Schellen, *Wat leert de Hoge Raad*: Deventer: Kluwer 1983, en latere publicaties van zijn hand; H.J.R. Kaptein, 'Hermetische of historische waarheid (en recht): remedies tegen opsluiting van feiten in processualisering en partijautonomie' in E.T. Feteris, H. Kloosterhuis, H.J. Plug & J.A. Pontier ed., *Alles afwegende ....: Bijdragen aan het Vijfde Symposium Juridische Argumentatie 22 juni 2007 te Rotterdam*, *Ars Aequi Libri* 2007, p. 375-383.

23 Zie in ieder geval HR 11 juli 2003, *RvdW* 2003, 123 ('Van Zuylen/Rabobank').

24 HR 6 november 1998, *NJ* 1999, 220 ('AEGON II').



Het blijkt ook uit 'De Nieuwe Eistijd'. Eertijds was het beginsel 'Ieder draagt de eigen schade, tenzij ...'. Nu is het uitgangspunt: 'Niemand draagt de eigen schade, tenzij ...'.<sup>25</sup> Daarachter schuilt een verwant en nog verder van recht, redelijkheid en billijkheid verwijderd beginsel: 'De anderen moeten mij betalen, tenzij ..., ik hoef niet te betalen, tenzij ...'. Vrijheid en de kosten ervan zijn er voor de anderen, eigen vrijheid wordt bij voorkeur alleen genoten als het iets oplevert. Die sferen rukken onmiskenbaar op, al zal de rechter het niet altijd honoreren. Rechtsgenoten redeneren dus min of meer als rechters: als het iets dreigt te kosten, kon en kan ik er niets aan doen, als ik er iets mee kan winnen, dan is alle relevante soevereiniteit alleen al daarom gegeven.

## 5 MAAR TOCH: DE ZOEKTOCHT NAAR DE SOEVEREINE DADER

Intussen valt op dat in ieder geval als het gaat om onrechtmatige daad de soevereiniteit van de dader praktisch geen grenzen kent, ook afgezien van risico-aansprakelijkheid. De dader draait op voor de schade, mits aan andere voorwaarden is voldaan, en daarmee wordt zijn soevereiniteit in de zin van schuld en dus van wilsvrijheid zonder meer aangenomen. Maar aansprakelijkheid betekent schadeplichtigheid en dus is die schijnbaar totale soevereiniteit in onrechtmatige daad alleen te rijmen met de omgekeerd evenredige verhouding van soevereiniteit en zieligheid indien de laedens (de veroorzaker van de schade) toch vrijuit gaat. Inderdaad is het (de mogelijkheid van) verzekering die er mede voor zorgt dat soevereiniteit in onrechtmatige daad nog steeds kan zegevieren. Natuurlijk zijn niet alle daders dermate soeverein in hun doen en laten (naar welke niet-juridische maatstaven dan ook) dat zij werkelijk schuldig zijn aan de schade. Zo gaat risico-aansprakelijkheid aan schuld zonder meer voorbij. Recente asbestzaken laten zelfs zien dat ook in Nederland daderschap niet eens vast hoeft te staan, wil sprake zijn van schadeplichtigheid.<sup>26</sup> Dat lijkt ongerijmd. Anderzijds mogen benadeelden niet met hun schade blijven zitten, Nieuwe Eistijd of niet. Ook schadefondsen bieden uitkomst. Schuldig in ruimere zin zijn alle verzekeringnemers en in mindere mate de belastingbetaler. Overigens kunnen verzekeraars en schadefondsen op hun beurt proberen de schade toch weer door daders te laten betalen, op grond van wettelijke en/of contractuele uitsluiting van aansprakelijkheid van verzekeraars bij opzet en (grove) schuld. Daaraan worden door de Hoge Raad weer grenzen gesteld, desnoods door te goochelen met feiten

25 Zie daarover H.J.R. Kaptein, 'Solidariteit door individualisering van aansprakelijkheid', in R.H. Stutterheim en N.F. van Manen ed., *Wie draagt de schade? De allocatie van risico's in het recht*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1998, p. 81-94 en andere, nog steeds actuele bijdragen aan dezelfde bundel.

26 Zie daarover C.J.M. Klaassen, 'Proportionele aansprakelijkheid: een goede of kwade kans?' *Nederlands Juristenblad* (22) 2007, en kritischer: J.H. Nieuwenhuis, 'Disproportionele aansprakelijkheid', *RM The-mis* 2006, p. 177-178.

van al dan niet soevereine wil zolang de uitkomst maar strekt tot bescherming van de zwakste partij.<sup>27</sup>

Betaling door of namens daders klinkt redelijk, maar de kosten eraan verbonden zouden toch anders kunnen doen denken. Vaststelling van daderschap kan immers ook in het civiele recht veel tijd en geld kosten, niet alleen door bewijsrechtelijke problemen.<sup>28</sup> De transactiekosten van een onrechtmatige daad zijn al lang veel hoger dan het totaal van de uitgekeerde schadesommen (zie verder § 11). Is het dan niet redelijker en voordeliger om schade te betalen vanuit een algemeen fonds? Dan hoeft alleen die schade zelf te worden vastgesteld en als vanouds wordt de schade uiteindelijk betaald door – nu nogal wat goedkoper uit zijnde – verzekerden dan wel belastingbetalers.<sup>29</sup>

Toch heeft dat iets ongerijms, tenminste, zolang wordt uitgegaan van enige soevereiniteit van daders in de minimale zin dat zij het ook hadden kunnen laten. Dergelijke wilsvrijheid is geen voorwaarde om schade te moeten betalen, toch lijkt het vooruitzicht van schadeplichtigheid en daaraan verbonden kosten en lasten (of de verzekeraar nu betaalt of niet) meer dan enkele mogelijke daders op het rechte pad te kunnen houden. (Te denken valt hier ook aan no-claim regelingen.) Het blijft natuurlijk de vraag of een dergelijk twijfelachtig preventief effect de vele kosten van de bovendien nogal eens contrafactische aanname van aansprakelijkheid op grond van soeverein daderschap rechtvaardigt. Bovendien lijkt het belang van preventie eerder een publiekrechtelijke kwestie. Vervagen daarmee grenzen tussen civiel- en strafrecht, ten koste van de soevereiniteit als eigenheid van het civiele recht (§ 2)? De (buitenwettelijke) opkomst van de privaatrechtelijke boete (schadestraf, *punitive damages*) wijst in dezelfde richting.

Vage grenzen tussen civiel en strafrecht of niet, toch lijkt een zonder meer loslaten van betaling door of tenminste namens daders niet aanvaardbaar. Waarom zouden anderen voor dergelijke schade opdraaien? Het gegeven dat dit al op grote schaal gebeurt, biedt niet zonder meer een goed antwoord. Artikel 6:162 BW lijkt toch een typisch voorbeeld van de 'eigen logica' van het civiele recht (§ 2). Het is uitdrukking van het rechtsbeginsel dat niemand de schade hoeft te dragen die een ander heeft aangericht. Dat is zelfs meer dan een rechtsbeginsel. Ook in het niet-juridische leven kunnen mensen elkaar alleen respecteren als zij zich voor schaden verontschuldigen en de gevolgen goedmaken.<sup>30</sup> Wie

27 Zie onder andere het eerder genoemde 'AEGON II'-arrest.

28 Zie bijvoorbeeld Kaptein, 'Living Originalism: On The Compatibility Of Framers' Meaning With The Constitution'.

29 Zie Kaptein, 'Living Originalism: On The Compatibility Of Framers' Meaning With The Constitution', onder andere over het inderdaad succesvolle *New Zealand Accident Compensation System* en vergelijkbare regelingen.

30 Zie voor een mede aan Strawsons denken, als oorspronkelijk verwoord in 1962, ontleende uitwerking van retributieve rechtvaardigheid in ieder geval H.J.R. Kaptein, 'Against the pain of punishment: on penal servitude and procedural justice for all' in H.J.R. Kaptein & M. Malsch ed., *Crime, Victims and Justice. Essays on Principles and Practice*, Aldershot: Ashgate 2004. Zie ook P.F. Strawson, 'Freedom and resent-

een ander beschadigt en vervolgens doet alsof er niets aan de hand is, ziet zijn slachtoffer niet voor vol aan. Dergelijke daders worden op hun beurt door slachtoffers en anderen niet voor vol aangezien. Zo is rechtens opgelegde schadevergoeding door daders voor slachtoffers mede een uitdrukking van een fundamenteel menselijk en maatschappelijk beginsel van retributieve rechtvaardigheid, als vooronderstelling van respect en zelfrespect.<sup>31</sup> Zonder dergelijk respect is er nog geen begin van persoonlijke en maatschappelijke soevereiniteit in de zin van: volstrekte volwaardigheid in mens-zijn en burgerschap. Dat mag abstract lijken, daarom is het niet minder belangrijk. De vraag is alleen of de praktijk van schadevergoeding er aan tegemoet komt. Bovendien – en daarom gaat het hier – lijkt dergelijke retributieve rechtvaardigheid eerder thuis te horen in strafrecht dan in privaatrecht. Nog afgezien van (minder fundamentele) overwegingen van preventie lijken daarmee principiële grenzen tussen civiel en strafrecht geslecht. Civiel recht leek soeverein ook in de zin van: afgegrensd van strafrecht. Maar een dergelijke grens lijkt even kunstmatig als onhoudbaar.

## 6 VERVAGING VAN GRENZEN TUSSEN CIVIELE EN STRAFBARE SCHADE

Toch is strafrecht als wezenlijk publiekrecht in ieder geval rechtsdogmatisch duidelijk van civiel recht afgegrensd en tenminste in die zin dus geen bedreiging van deszelve stelselmatige soevereiniteit. De ontwikkelingsgang daartoe is bekend. Bij de Oude Romeinen had tenminste een deel van het sanctierecht nog een duidelijk civielrechtelijk karakter. De straf bestond immers uit schadevergoeding aan de dader.<sup>32</sup> Opkomst van staatsabsolutisme sinds de late Middeleeuwen en de Verlichting leidde tot strafrecht als sanctiemiddel tegen aan de staat ongehoorzame burgers. Pas in de negentiende eeuw volgde codificatie van strafrecht en strafvordering als wezenlijk anders en afgescheiden van civiel recht en schadevergoeding voor benadeelden.<sup>33</sup>

Sinds de opkomst van *restorative justice* vanaf de tweede helft van de vorige eeuw lijkt een weg terug te worden ingeslagen. Niet alleen in Nederland worden strafrecht en strafvordering ontdaan van hun exclusieve gerichtheid op de verhouding van soeverein en onderdaan. De derde partij doet haar intrede: denk aan de Wet Terwee (schade-

ment', *Proceedings of the British Academy*, 1962, ook in P.F. Strawson, *Freedom and resentment, and other essays*, London: Methuen 1973.

31 Zie bijvoorbeeld J.J.M. van Dijk, *Slachtoffers als zondebokken*, Apeldoorn & Antwerpen: Maklu 2008, voor een actueel overzicht van een nog lang niet afgesloten ontwikkeling.

32 Zie onder andere H.J.R. Kaptein, 'Van ressentiment tot (zelf)respect: het sociaal cement van herstelrechtvaardigheid' in P.B. Cliteur & V. Van Den Eeckhout ed., *Multiculturalisme, cultuurrelativisme en sociale cohesie*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2001, p. 117-141.

33 Zie daarover bijvoorbeeld J.H. Dondorp, *Schuld en Boete: Enige grepen uit de geschiedenis van de onrechtmatige daad*, Amsterdam: Free University Press 1998.

maatregel), directe schadevergoeding door de staat die de kosten daarvan verhaalt op daders, spreekrecht voor benadeelden ter zitting en nog meer.<sup>34</sup> Duidelijk is bovendien dat rechten en aanspraken van benadeelden leiden tot wezenlijke inperking van statelijke soevereiniteit in vervolgingsbeleid, ofwel 'criminele politiek'.

Al vaak is opgemerkt dat dergelijke facilitering van door delicten benadeelden in een wezenlijk publiekrechtelijk stelsel niet goed past. Het is dan ook nog maar de vraag of benadeelden er veel aan hebben. Bovendien is strafrecht als publiekrecht hoe dan ook gericht op leedtoevoeging als wezenlijk voor straf, niet op schadevergoeding.

Zo lijken civiel recht en strafrecht te lijden aan een ongemakkelijke samenloop, zonder duidelijk uitzicht op een goede oplossing. Wezensvreemde elementen laten zich in hun eigen soevereiniteit nu eenmaal niet makkelijk mengen. Principieel lijkt het zelfs beter om schadevergoeding weer terug te brengen in de civiele rechtspleging (en procedurele, geldelijke en andere belemmeringen eindelijk weg te nemen). Civielrechtelijke aansprakelijkheid voor schade van daders kan evengoed worden vervangen door betaling uit schadefondsen (zie daarover al § 5). Mocht het toch nodig zijn om daders aan te pakken, dan kan dat aan het gangbare strafrecht worden overgelaten (denk hier bijvoorbeeld aan zaaksbeschadiging).

Vooronderstelling daarvan is wél dat die gangbare strafrechtspleging goede gronden heeft. Als bekend is zij gericht op niets anders dan leedtoevoeging. De zin daarvan staat niet vast. Pogingen tot legitimatie van die leedtoevoeging beroepen zich hoofdzakelijk op de noodzaak van preventie en/of vergelding. Geslaagd zijn zij intussen geen van alle en de enige legitimatie van de strafrechtspleging lijkt dan ook te zijn dat het zonder ook niet kan.<sup>35</sup>

Nog zinvoller is dan ook een veel verder gaande heroriëntatie van en in de strafrechtspleging, waarin schadevergoeding voor benadeelden (en ten gunste van geschade algemene belangen) voorop staat. Het hoort niet langer te gaan om strafrecht als sanctie door leedtoevoeging, tegen ongehoorzaamheid aan de soeverein, maar om door de publieke soeverein afgedwongen rechtsherstel ten gunste van de eigenlijke soevereinen, de burgers als benadeelden door misdrijf. Retributie moet weer worden begrepen in de oorspronkelijke betekenis, als terugbetaling, desnoods door dwangarbeid. Dat is strafrechtelijke vormgeving van het eerder genoemde beginsel dat schade door daders zelf moet worden vergoed (§ 5). Niet alleen kan een dergelijk geciviliseerd strafrecht goedkoper zijn dan de huidige praktijk (zowel in menselijke en maatschappelijke als in financiële termen),

34 Zie daarover bijvoorbeeld S. Schafer, *Compensation and Restitution to Victims of Crime*, Montclair NJ: Patterson Smith (1960) 1970; R.E. Barnett & J. Hagel ed., *Assessing the Criminal: Restitution, Retribution, and the Legal Process*, Cambridge Mass.: Ballinger Publishing Company 1977; R.E. Barnett, *The Structure of Liberty: Justice and The Rule of Law*, Oxford UK: Clarendon Press 1998.

35 Kaptein, 'Against the pain of punishment: on penal servitude and procedural justice for all'.

ook laat het zien dat grenzen tussen strafrecht en civiel recht, tenminste als het gaat om schadevergoeding, volstrekt kunstmatig zijn.

Hier blijkt dus een valse soevereiniteit van het civiele recht, in voor beide rechtsgebieden én voor mens en maatschappij schadelijke afscheiding van strafrecht (zie over vage grenzen tussen civiel recht en publiek recht in het algemeen al § 2). Wat zou het ideaal zijn? Schade-fondsen voor alle (minder ernstige) schaden waarbij niet zonder meer noodzakelijk is dat de dader zelf betaalt, eigenhandige schadevergoeding als er goede redenen zijn daders te straffen? Dat vooronderstelt vergaande maar daarom niet minder dringende hervorming van civiel recht én strafrecht. Enig verlies van onderlinge juridische soevereiniteit van rechtsgebieden kan daarbij ruimschoots op de koop toe worden genomen.

7 HET SPEL EN DE KNIKKERS: RECHTSVORDERLIJKE SOEVEREINITEIT  
VAN RECHTSGENOTEN ONDERGESCHIKT AAN DE SOEVEREINITEIT VAN  
MATERIEEL RECHT (EN RECHTVAARDIGHEID)

Zonder rechtsvordering is er geen materieel recht.<sup>36</sup> Procesrecht en formeel recht in het algemeen bieden zekerheid (bijvoorbeeld aan de hand van vaste regels die bepalen wat een testament is), dwang tot nadenken (omdat niet alles zomaar past in voorgeschreven vormen) en eerlijke geschillenbeslechting.<sup>37</sup>

Familierecht laat al zien dat scherp onderscheid van materieel en formeel civiel recht niet altijd goed mogelijk is. Dat doet er minder toe dan het gegeven dat de civiele rechtsvordering als materieel civiel recht niet in de eerste plaats neerkomt op een stelsel van dwingende regels, maar vergaande mogelijkheden biedt tot gebruik (en misbruik), tot de meest uiteenlopende doeleinden. Bijvoorbeeld: wil een rechtsgenoot bewijsrechtelijke zekerheid, dan gaat hij naar de notaris. Wie meent iets te mogen vorderen en niet dadelijk belet krijgt, stapt naar de deurwaarder, of laat het. Het staat rechtsgenoten immers vrij om vermeende vorderingen al dan niet voor de rechter te brengen, of op andere manieren af te doen, of gewoon te laten voor wat zij zijn. Ook in de civiele procedure is niet alles dwingend voorgeschreven. Welke processuele mogelijkheden worden gebruikt, welke niet? Wordt in beroep of zelfs in cassatie gegaan, of leert afweging van daaraan verbonden kosten en baten dat het beter kan worden gelaten? Zelfs een executoriale titel dwingt (behoudens derdenwerking) tot niets.

36 Voor zover nog nodig heeft Hart dat nog eens gezaghebbend uitgelegd in *The Concept of Law*.

37 Zie voor een fraaie uitleg daarvan ook A.M. Honoré, *About Law: An introduction*, Oxford UK: Clarendon Press 1995.

Die vrijheid geldt evenzeer voor processuele grondbeginselen. *Audi et alteram partem* bijvoorbeeld is een wezenskenmerk van een eerlijk proces, voor welk forum dan ook.<sup>38</sup> Maar een dergelijk beginsel dwingt pas als enig besluit tot enige procedure is genomen. Kenmerkend voor de civiele rechtsvordering is inderdaad dat rechtsgenoten dergelijke besluiten nemen, zonder statelijke dwang, als in de strafvordering. (Al kunnen die rechtsgenoten natuurlijk ook overheden zijn.) Wél wordt zo duidelijk dat de ene rechtsgenoot soevereine civielrechtelijke stappen kan zetten die de soevereine civiele vrijheid van weer andere rechtsgenoten als gedaagden kunnen beknotten.

Civielrechtelijke soevereiniteit van rechtsgenoten wordt dus ook door rechtsvordering geboden, niet alleen door materieel recht. De juridische en menselijke grenzen daarvan zijn een ander verhaal. Het is nu eenmaal niet zo dat de rechtsvordering neerkomt op *perfect procedural justice*, als het gaat om verwerking van materieel recht (en rechtvaardigheid). *Perfect procedural justice* is een stelsel van regels waarvan de verwerking zonder meer leidt tot resultaten in overeenstemming met het materiële recht.<sup>39</sup> Zo goed werkt de rechtsvordering nu ook weer niet. Bijvoorbeeld: de bank die een klant voorhoudt dat haar zakken dieper zijn als het gaat om het traineren van procedures doet op zich niets dat is verboden, ook al heeft de klant het grootste materieelrechtelijke gelijk van de wereld (zie ook § 9). Dergelijke mogelijkheden laten zien dat rechtsvordering geen *pure procedural justice* kan zijn. Die zou betekenen dat gehoorzaamheid aan de procedure elk eindresultaat wettigt. Het gaat niet om het spel, het gaat om de knikkers.<sup>40</sup> Soeverein behoort het materieel recht te zijn, boven de rechtsvordering.

Zo beperkt materieel recht en rechtvaardigheid de rechtsvorderlijke soevereiniteit van de vrije burger, tenminste, in beginsel. Dat is principiële beperking van processuele partijautonomie. De praktijk leert natuurlijk anders. Als het materiële recht (zie al § 3) biedt de rechtsvordering voor meer dan enkelingen een complex van mogelijkheden en soms ook hindernissen tot soevereine verwerking van niet altijd loffelijke doelstellingen. De soms even rauwe als schaamteloze werkelijkheid van de civiele rechtsvordering is – academisch uitgedrukt – nogal eens niet veel anders dan exteriorisering en instrumentalisering van recht in termen van pak- en winstkansen, hoe goed ook verpakt in de schijn van juridische heiligheid.<sup>41</sup>

38 Zie over de fundamentele, ook niet- of eigenlijk bovenjuridische betekenis van dit beginsel S. Hampshire, *Justice is Conflict*, Princeton NJ: Princeton University Press 2000.

39 Zie over dergelijke onderscheidingen uitgebreid J. Rawls, *A Theory of Justice*, Cambridge Mass.: Belknap Press of Harvard University Press (1971) 1999.

40 Anders bijvoorbeeld N. Huls, 'De rechter is geen waarheidsvinder, maar een motiverende beslisser?' *Nederlands Tijdschrift voor Rechtstheorie en Rechtsfilosofie* 2006, p. 3-7, met verwijzing naar Luhmann, en met name Hampshire, *Justice is Conflict*.

41 H.J.R. Kaptein, *Kwade Zaken*, Nijmegen: Ars Aequi 2006.

Wetgever en rechter werken overigens wél aan inperking van dergelijke soevereiniteit of eigenlijk: vals spel. In de nu ondernomen herziening (en hoognodige vereenvoudiging) van de civiele rechtsvordering staat niet langer de procedure, maar het resultaat voorop. Beginselen van goede procesorde krijgen in de rechtspraak steeds meer gezag, boven de mogelijkheid die (te veel) leetertjes van de wet bieden tot misbruik. Wettelijke substantiërings- en met name waarheidsplichten zijn gepaste (maar daarom nog niet altijd afdwingbare) beperkingen van partijautonomie (zie ook § 8). Recente rechterlijke procesverboden, hoe zeldzaam gelukkig ook, lijken in strijd met grondrechten op vrije toegang tot de rechter maar kunnen schadelijk misbruik van rechtsvordering doelmatig tegengaan.

Anderzijds is rechtsvordering ook publiekrecht. Rechtsvordering is (ook) in die zin niet 'soverein in eigen kring'. Behoorlijke rechtsvordering is een publiek belang, dat desnoods met hulp van de sterke arm (de deurwaarder of erger) wordt afgedwongen. In uiterste en hopelijk zeldzame gevallen heeft de overheid in die executie zelfs een zekere discretie. Zo kunnen civielrechtelijke ontruiming door de overheid ten gunste van rechthebbenden mede afhangen van daarbij betrokken publieke belangen, waaronder begrepen de kosten, voor zover die niet kunnen worden verhaald. In ruimere zin is rechtsvordering publiekrechtelijke regimentering van civielrechtelijke verhoudingen, met name als het gaat om afdwingbaarheid.<sup>42</sup>

Bovendien dwingt de rechtsvordering wel degelijk. Zo mogen rechtsgenoten niet alles doen en laten om hun civiele rechten of zelfs maar belangen te verwerklijken. In ieder geval geldt ook civielrechtelijk het verbod van eigenrichting, parate executie of niet. Ook dat is een publiek belang. Hoe dan ook, de overheid is hoedster van ieders civielrechtelijke soevereiniteit. In ieder geval in die zin is civiele rechtsvordering wezenlijk publiek recht.

Daarmee is soevereiniteit van de publiekrechtelijke wetgever op het gebied van de rechtsvordering nog niet gegeven. Die wordt in ieder geval ingeperkt door rechtsvorderlijke rechtsbeginselen, met betrekking tot redelijke termijnstelling, hoor en wederhoor en vergelijkbare fundamentele formele en processuele waarden (zie al § 2).

Intussen zullen nogal wat rechtsgenoten, al dan niet in zalige onwetendheid omtrent al dan niet soevereine rechtsvordering en partijautonomie, bij passende gelegenheid het procesrecht eerder willen omzeilen of eigenlijk in eigen hand willen nemen. Helemaal machteloos is de gewone burger daarin natuurlijk ook weer niet. Bijvoorbeeld (en ontleend aan een niet geheel vrijwillig meegemaakte maar daarom niet minder luide gedachtewisseling tussen twee jonge vrouwen in een Amsterdamse tram): kopers en eigenaren van roerende goederen zijn na afloop van de transacties en bijbehorende

42 Zie ook al Brenninkmeijer, *Burgerlijk Recht als Publiekrecht*.

rechtsovergangen niet altijd tevreden en gelukkig, hoe onbewust zij van al dat civiele recht ook zijn. Toch leert datzelfde civiele recht (hetgeen ook die kopers geacht worden te kennen) dat dergelijk ongeluk lang niet altijd kan leiden tot ontbinding dan wel schadevergoeding. Sommige gewone mensen lossen dergelijke problemen buiten(ge)rechtelijk op en dat leidt terug naar de (hier min of meer letterlijk opgetekende) woordenwisseling in de tram:

‘Heb ik bij de Seeman die bikini gekocht met me blinde harses ... die moet ik helemaal niet veels te klein wat een verschutting. (...) ’T was wel mooi helemaal 10 euro dat heb ik weer. Lekker.’ (Daarop vriendin:) ‘Ga naar de klantenservice als ’t druk is, als je je geld niet terugkrijgt ga je stennis schoppen en daar hebben hun geen trek in.’ Daarop koopster: ‘OK doen ik, lachen!’

Onrecht? Instrumentalisme (zie al § 3)? Misschien. Maar toch: ook zo scheidt de niet helemaal fatsoenlijke maar tenminste in enig opzicht ten opzichte van het grootwinkelbedrijf trots soevereine burger haar eigen civiele rechten. (Probleem is alleen dat ook anderen dergelijk gedrag vertonen, in het groot.)

#### 8 HET RECHT VAN DE FEITEN: ZONDER SOEVEREINE WERKELIJKHEID GEEN RECHT – DE CATEGORIEFOUT VAN BEWIJSRECHTELIJKE PARTIJAUTONOMIE

Tot nu toe stond voorop de civiele soevereiniteit van rechtsgenoten, zowel materieelrechtelijk als rechtsvorderlijk. Materieelrechtelijke soevereiniteit is natuurlijk met name betrokken op vergaande vrijheid in het scheppen van (rechts)feiten, met alle rechten en andere gevolgen van dien. Zelden geven die feiten aanleiding tot onenigheden, al helemaal niet gegeven het schier oneindige getal van dagelijks en minder alledaags doen en laten met civielrechtelijke gevolgen. Toch komt het voor dat partijen en/of derden zich in de afloop niet kunnen vinden. Dergelijke conflicten draaien als bekend voor het overgrote deel om betwiste feiten, niet om betwist recht (al lijkt dat in de juridische opleiding volstrekt te worden vergeten).

Na afloop van betwiste gebeurtenissen staan die feiten op zich vast, hoe moeilijk het ook kan zijn om die vast te stellen. Partijen staat het niet nog eens vrij van eerder gestelde feiten en gebeurtenissen te maken wat zij zelf willen. Zo ver reikt hun soevereiniteit niet. Voor de hand ligt immers de opvatting dat het in juridische conflictbeslechting in de eerste plaats moet gaan om de feiten zoals zij waren of zullen zijn en voor zover nog vaststelbaar. Daar tegenover staan twijfels aan ‘de objectieve werkelijkheid en waarheid’



als vooronderstellingen van een dergelijke opvatting van bewijsrecht.<sup>43</sup> Dergelijke epistemologische of zelfs ontologische twijfels moeten worden onderscheiden van andere, meer praktische problemen van feitenvaststelling, bijvoorbeeld met betrekking tot de betrouwbaarheid van getuigen of de waarschijnlijkheid van verschillende levenslopen als het gaat om de vaststelling van personenschade. Hoe dan ook, 'gedane zaken nemen geen keer' is een motto van bewijsrecht dat is gericht op de historische (en soms toekomstige) werkelijkheid. Partijen hebben hun soevereiniteit over de feiten verspeeld zodra die feiten in geding zijn. Het gaat er alleen nog om vast te stellen wat zij hebben gedaan en gelaten, aan de hand van werkelijkheden waarop zij niet langer greep hebben.

Die 'alledaagse' opvatting van feiten in juridische (en andere) conflictbeslechting staat haaks op de nog steeds min of meer heersende leer in het civiele bewijsrecht. Het zou niet gaan om de materiële waarheid ('wat werkelijk is gebeurd') maar om een formele waarheid. Die formele waarheid wordt niet bepaald door de historische, huidige en eventueel toekomstige werkelijkheid, maar door wat tussen partijen vast komt te staan, op grond van vervulling van bewijslasten, voor zover partijen het over de feiten waarop die bewijslasten zijn gericht niet eens zijn. Die formele waarheid lijkt te leiden tot herstel van partijautonomie of eigenlijk soevereiniteit van partijen in het civielrechtelijk bewijsrecht. In de formele opvatting zijn het immers partijen zelf die uitmaken wat zij inbrengen, of niet.<sup>44</sup> Rechtseconomisch beschouwd lijkt een formele waarheidsopvatting verkieslijk. Partijen moeten zelf het werk doen, de rechter hoeft zich niet moeizaam bezig te houden met de feiten maar kan achterover zitten en overwegen welk verhaal uiteindelijk de meeste indruk maakt.

Met de sinds enige tijd geldende waarheidsplicht volgens artikel 21 Rv. lijkt de wetgever aan dit conflict tussen formele en materiële waarheid een einde te hebben gemaakt.<sup>45</sup> Partijen moeten alle hen bekende feiten, omstandigheden en stukken ter zake aan de rechter laten zien, zo niet, dan kan de rechter 'doen wat hij geraden acht'. Het lijkt een principiële doorbreking van bewijsrechtelijke partijautonomie en formele bewijs- en waarheidsleer. In de praktijk is het een papieren tijger of zelfs 'padvindingsbepaling'.<sup>46</sup> De

43 Zie over die kwesties uitgebreider Kaptein, 'Rigid Anarchic Principles of Evidence and Proof: Anomist Panaceas Against Legal Pathologies of Proceduralism'.

44 Zie voor een welsprekende verdediging daarvan weer Huls, 'De rechter is geen waarheidsvinder, maar een motiverende beslisser!', meer in het algemeen Kaptein, 'Hermetische of historische waarheid (en recht): remedies tegen opsluiting van feiten in processualisering en partijautonomie', en voor een ook intern rechtsvergelijkende behandeling W.D.H. Asser, L.J.A. Damen & G. Knigge, *Partijautonomie of materiële waarheid?*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006.

45 Daarin als wel vaker voorgegaan door de Hoge Raad: HR 13 januari 1995, NJ 1997, 175 ('De Heel/Korver').

46 C.J.M. Klaassen, 'Spoken is zilver, zwijgen is fout: De waarheidsplicht van artikel 21 NRv', *Nederlands Juristenblad* 2002, p. 1450-1458.

rechter kan hier immers weinig afdwingen en zo blijft partijautonomie in de feiten alleen naar de letter van de wet beperkt.

Minder vaak is opgemerkt dat artikel 21 Rv. ook in die zin geen doorbreking is van de formele leer dat het nog steeds en uitsluitend gaat om feiten waarover partijen beschikken. Dat is ten gronde iets anders dan een waarheidsplicht gedefinieerd in termen van de historische en/of toekomstige feiten van de zaak. Een daarop gerichte waarheidsplicht zou normatief zijn bepaald, in termen van wat partijen van de zaak behoren te weten. Maar een dergelijke plicht zou een nog 'naakter' voorschrift zijn dan de geldende waarheidsplicht. Bovendien is het de vraag of de lijdelijkheid van de civiele rechter en dus zijn afhankelijkheid van partijen, hoe ook uitgelegd, verenigbaar is met een dergelijk beroep op 'de eigenlijke feiten van het geval'. Hoe zou hij die onafhankelijk van partijen moeten vaststellen?

De wettelijke waarheidsplicht, voor zover de praktijk zich er al aan houdt, lijkt de formele bewijs- en waarheidsleer niet echt te kunnen doorbreken. Zo blijven partijen ook bewijsrechtelijk soeverein. Maar dat neemt de schijn van ongerijmdheid van een dergelijke waarheidsleer niet weg. Hoe kan het zijn dat civiele gedingen niet worden beslecht op grond van de feiten van het geval, maar op grond van wat partijen er al dan niet in strijd met de historische werkelijkheid voor de rechter van weten te maken? Alleen al op grond van mogelijke bewijsnood komen die twee noties echt niet op hetzelfde neer (hoezeer ook bewijslasten kunnen worden omgekeerd).<sup>47</sup> Terecht stelde Schoordijk dat een dergelijke formele of eigenlijk processuele waarheid aan gewone mensen niet te verkopen is.<sup>48</sup> Of zijn die zo naïef dat zij nog geloven in een objectieve werkelijkheid die kan vaststaan onafhankelijk van wat waarnemers of zelfs betrokkenen er van maken? Asser en vele anderen stelden dat er in het civiele geding drie waarheden zijn: die van de twee partijen en die van de rechter.<sup>49</sup> Met dergelijke (niet altijd sterk onderbouwde maar daarom niet minder gangbare) epistemologische of zelfs ontologische twijfels aan de werkelijkheid of eigenlijk relativismen blijft de formele waarheidsleer inderdaad als enige mogelijkheid over. Zo lijken twijfels aan 'de' werkelijkheid alsnog de bewijsrechtelijke partijautonomie of soevereiniteit van de partijen in het geding te bevestigen.

Intussen kan weerlegging van al te naïeve epistemologische en ontologische relativismen met betrekking tot juridisch relevante werkelijkheden niet leiden tot weerlegging van de

47 Zie daarover ook in verband met het drogredelijk *argumentum ad ignorantiam* H.J.R. Kaptein, 'Geen bewijs is ook bewijs? Rechtsvordering ad ignorantiam als criminele ufologie' in E.T. Feteris, H. Kloosterhuis, H.J. Plug & J.A. Pontier ed., *In het licht van deze overwegingen*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2004, p. 233-242.

48 H.C.F. Schoordijk, 'De verwezenlijking van het materiële recht in het civiele proces', *Nederlands Juristenblad* 2004, p. 162-167.

49 Zie bijvoorbeeld Asser, 'Factfinding in het civiele proces: een andere invalshoek' in Asser, Damen & Knigge, *Partijautonomie of materiële waarheid?*

formele, processuele waarheids- en bewijsleer. Als er toch zoets kan zijn als objectieve of tenminste intersubjectieve feiten in rechtsgedingen, dan blijft wél over de ongerijmdheid van juridische feitenvaststelling in strijd met de historische feiten. Maar dat is geen sterk tegenargument, hooguit een uitdrukking van de onverenigbaarheid van formele en materiële bewijsleer.

Het echte tegenargument ligt ergens anders. Zonder betrekking op enige (soevereine) werkelijkheid onafhankelijk van partijen verwordt elk rechtsgeding over betwiste feiten tot voortzetting van het materiële conflict in metaconflict. Het gaat er immers niet om vast te stellen wat is gebeurd (of nog zal gebeuren), het gaat er alleen om de rechter volgens de regels van het spel zo goed mogelijk te overtuigen. In een dergelijk metaconflict verdwijnt rechtspleging in strijd: 'in de strijd om de waarheid is strijd de enige waarheid' (vrij naar Tagore). Partijen worden niet afgerekend op wat echt is gebeurd (hetgeen vaak genoeg een zonder meer zinvolle notie is), maar op de kwaliteit van bewaking van hun bewijsrechtelijke posities en meer nog op hun retorische vermogens, voor zover kwade trouw in voorstelling en vooral weglating van zaken niet de doorslag geeft.

Zo kan de materiële civiele soevereiniteit van rechtsgenoten niet vaststaan, tenminste, niet langer als die ten processe wordt betwijfeld. Daardoor is die materiële soevereiniteit nogal wat minder, en soms ten onrechte inderdaad helemaal niets waard. Die prijs is te hoog, zelfs voor zoets schijnbaar verhevens als soevereine partijautonomie in het civiele bewijsrecht. Sterker nog (en filosofischer maar daarom niet minder aannemelijk geredeneerd): zelfs kan worden volgehouden dat welke soevereiniteit dan ook de aanname van enige objectieve werkelijkheid vooronderstelt.<sup>50</sup>

'... our recognition and our understanding of our own identity arises out of, and depends integrally on, our appreciation of a reality that is definitively independent of ourselves. In other words, it arises out of and depends on our recognition that there are facts and truths over which we cannot hope to exercise direct or immediate control. If there were no such facts or truths, if the world invariably and unresistingly became whatever we might like or wish it to be, we would be unable to distinguish ourselves from what is other than ourselves and we would have no sense of what in particular we ourselves are. It is only through our recognition of a world of stubbornly independent reality, fact, and truth that we come both to recognize ourselves as beings distinct from others and to articulate the specific nature of our own identities. How, then, can we fail to take the

50 H.G. Frankfurt, *On Truth*, New York: Alfred A. Knopf 2006, p. 100 e.v.

importance of factuality and of reality seriously? How can we fail to care about truth? We cannot.'

Ook de werkelijkheid moet soeverein zijn, in de zin van: wezenlijk meer dan wat mensen ervan maken. Als de werkelijkheid niet meer is dan wat wij ervan maken, niet meer is dan formele waarheid in de rechtsvordering, dan blijft er geen 'ik' en 'wij' over die van wat dan ook iets kunnen maken. Dan verdwijnt alles in Heraclitische flux: ongrijpbare strijd om niet bestaande waarheid. Dat hangt samen met het wezenlijke onderscheid van genese (procedure enzovoort) en geldigheid (toets van waarheid, onafhankelijk van verschillende manieren waarop die waarheid kan worden gevonden).<sup>51</sup>

Zo lijken Schoordijks gewone mensen toch gelijk te krijgen. Het rechtstheoretisch én praktisch conflict over de grondslagen van bewijsrecht is daarmee nog niet beslecht. Hier doemden al op de contouren van contrasten tussen Benthams anomische bewijsleer:<sup>52</sup> het gaat niet om de regels van bewijsrecht, het gaat om de feiten ter zake, op wat voor manier ook vastgesteld) en formele, processualistische bewijsleren waartegen Bentham en zijn geestverwanten in theorie en praktijk tot de dag van vandaag ten strijde trekken.<sup>53</sup> In lijn daarmee ligt de mogelijkheid dat ook in civiele zaken niet alle onderzoek wordt overgelaten aan partijen. Een buitenstaander merkte treffend op:<sup>54</sup>

'Omdat er bij een civiele procedure geen officier van justitie is die het onderzoek leidt, moeten de partijen zelf de bewijzen aandragen. Civiel recht heeft daardoor vaak iets koddigs.'

Het OM heeft ook in onbeduidende strafzaken vergaande onderzoeks- (en andere) bevoegdheden. De rol van datzelfde OM in civiele zaken is praktisch verdwenen, maar waarom zou de overheid (ook als niet-betrokken partij) niets mogen en moeten onderzoeken in civiele zaken waarin veel op het spel kan staan? Of desnoods de rechter, die daarmee een deel van de last van zijn lijdelijkheid zou kwijtraken? Zo zou onverdiende

51 Zie daarover uitgebreider H.J.R. Kaptein, 'Freeze! Over het ongrijpbare onderscheid tussen genese en geldigheid', in E.T. Feteris, H. Kloosterhuis, H.J. Plug & J.A. Pontier ed., *Met Recht en Reden: Bijdragen aan het Derde Symposium Juridische Argumentatie 18 juni 1999 te Rotterdam*, Nijmegen: Ars Aequi Libri, 2000, p. 35-42.

52 J. Bentham, *An Introductory View of the Rationale of Evidence: For the Use of Non-Lawyers as well as Lawyers* (1812) in J. Bowring & J. Mill ed., *The Works of Jeremy Bentham*, Edinburgh: William Tait 1843, vol. 6, en: Bentham, *Rationale of Judicial Evidence, Specially Applied to English Practice* (1827), in Bowring & Mill ed., *The Works of Jeremy Bentham*, vols. 6, e.v.

53 Zie bijvoorbeeld Kaptein, 'Rigid Anarchic Principles of Evidence and Proof: Anomist Panaceas Against Legal Pathologies of Proceduralism'; B. Schafer, 'Twelve Angry Men or One Good Woman? Asymmetric Relations in Evidentiary Reasoning' in H.J.R. Kaptein & al. ed., *Legal Evidence and Proof*, Aldershot: Ashgate Publishing Co. 2009.

54 P. de Greef, 'Het vurenhouten blokje van de Grote Knutselkoning', *de Volkskrant* (8 augustus 2005), p. 2.

bewijsnood kunnen worden goedge maakt, om toch het recht te laten zegevieren. *Panopticum iuris civilis*? (Eerder kwam al aan de orde hoe rechters hun formele en feitelijke vrijheden bij gelegenheid uitbuiten om toch inquisitoir recht te spreken: zie § 4 over de rechterlijke constructie van opzet en schuld, en verder § 10).

9 MACHT EN ONMACHT VAN DE RECHTZOEKENDE: PLENIPOTENTIARIS CIVILIS OF PROOI VAN PROCURAAAL PARASITISME?

De meeste rechtsgenoten zullen deze theoretische of zelfs principiële overwegingen weinig zeggen. Min of meer onbewust genieten zij hun civielrechtelijke soevereiniteit, die vaak zo veel groter is dan zij zelf denken. Meestal gaat dat goed, totdat zij als eisers of gedaagden al dan niet binnen de kaders van de burgerlijke rechtsvordering en fatsoen meer voelbaar in aanraking komen met het civiele recht. Dan zijn zij hun soevereine vrijheid grotendeels kwijt. Afgezien van gedingen voor de kantonrechter mogen zij niet zelf procederen. De wetgever heeft immers in paternalistische wijsheid tot het procuraat besloten. Dat staat overigens haaks op het in de *common law* onbetwiste grondrecht om zelf voor de rechter te mogen verschijnen.

Dergelijk verlies aan elders grondrechtelijk verankerde soevereiniteit wordt ingegeven door gebrekkige kennis van recht en wet bij de gemiddelde rechtsgenoot. Montesquieu legde al uit dat eenvoudig en dus algemeen begrijpelijk recht niet doelmatig en rechtvaardig kan zijn (al doet de schijn van reductie van het hele civiele recht tot de redelijkheid en de billijkheid wel eens anders denken).<sup>55</sup> Wie gelijk heeft, kan het op eigen kracht dus niet altijd krijgen. 'Eenieder wordt geacht de wet te kennen' is pas echt een fictie als het aankomt op procederen. Vandaar het procuraat, om alsnog het recht te doen zegevieren.<sup>56</sup>

Confidentialiteit tussen advocaten en hun cliënten dient ervoor te zorgen dat die cliënten mét advocaat niet slechter af zijn dan zonder. Partijen kunnen immers goede redenen hebben om onwelkome feiten te verzwijgen (ondanks de overigens tamelijk ongevaarlijke waarheidsplicht van art. 21 Rv., zie al § 8). Advocaten moeten in vertrouwen alle feiten ter zake te weten kunnen komen, willen zij hun cliënten behoorlijk bij kunnen staan. Zo zijn zij soevereine meesters van verborgen feiten, die bij bewijsnood tot ontrecting van wederpartijen kan leiden. Een partij kan immers weten dat zij gelijk heeft, in de hopeloze wetenschap dat alleen de zwijgende wederpartij beschikt over toetsbare gegevens daartoe (zie al § 7 over onverdiende bewijsnood).

55 C.-L. de Montesquieu, *De l'esprit des lois* (1748 en latere edities).

56 Zie in ieder geval M. van Stipriaan Luiscius, *De advocaat*, 's-Gravenhage 1930; D. Luban, *Lawyers and Justice: An Ethical Study*, Princeton NJ 1988; Kaptein, *Kwade Zaken*.

Duidelijk zal zijn dat dergelijke confidentialiteit in civiele zaken strookt met opvattingen van formele waarheid en bijpassende partijautonomie (§ 8). In de mate dat dergelijke opvattingen al dan niet op grond van artikel 21 Rv. toch minder aannemelijk zijn, zou ook confidentialiteit moeten wijken.

Wél past civiele confidentialiteit bij de opvatting dat advocaten niet alleen de rechtspositie van hun cliënten moeten behartigen, maar ook hun belangen in ruimere zin. Afgezien van confidentialiteit dienen daartoe nog veel meer middelen en wegen die niet direct in strijd komen met wet en recht. Rechtsvordering, de arena van de advocaten, is nu eenmaal geen *perfect procedural justice*. Het materieelrechtelijk resultaat ervan kan dan ook nogal eens minder daglicht verdragen (zie al § 7).

Hoe dan ook, dergelijke belangenbehartiging door advocaten voor cliënten zorgt ervoor dat niet iedereen die gelijk heeft, dat ook krijgt. Wederpartijen zorgen maar voor zichzelf. Die soevereiniteit wordt zonder meer aan hen overgelaten. De vraag is alleen hoe soeverein zelfs de belangen van de eigen cliënt zijn. Meer dan eens wekt de advocatuur de indruk de eigen geldelijke belangen nog net iets belangrijker te vinden. Dan regeert het geld het recht, en niet (zoals het hoort) het recht het geld.<sup>57</sup>

‘The ambition of law is to resolve conflict, exchanging the coin of private (and public) violence for its own currency. For idealists, law’s currency is justice, and it resolves conflict by reference to morally grounded rights. For cynics, law’s currency is currency.’

‘Soeverein’ is dus niet alleen eertijds de naam van verschillende gouden en zilveren munten van uiteenlopende waarde (zie § 3), maar ook en eigenlijk het geld zelf. Zo worden te veel advocaten, in naam dienaren van het recht maar in feite kooplui

‘... de souverains dienaers, die om schandelijk gewin brochten in desolacie duutvercoren kinderen.’<sup>58</sup>

Zo zijn cliënten inderdaad als kinderen, paternalistisch overgeleverd aan niet altijd welwillend procuraat.

Bovendien is rechtsbijstand, voor zover al in dienst van rechtzoekenden, niet eerlijk verdeeld. De verheffing van die gewone mensen uit hun civielrechtelijke achterstelling

57 C. Kutz, ‘Why We Obey the Law (Review of Jules Coleman, *The Practice of Principle*)’, *Times Literary Supplement* (3 juni 2003), p. 26.

58 M. van Vaernewijck, *Van die beroerliche tijden in die Nederlande, en voornamelick in Gendt (1566-1568)*, F. Vanderhaeghen ed., Gent: 1872-1881, deel 1, p. 277, als geciteerd in: M. De Vries en L.A. Te Winkel ed. (bewerkt door E.E.M. Beijck & al.), *Woordenboek der Nederlandse Taal*, ‘s-Gravenhage & Leiden: M. Nijhoff, A.W. Sijthoff, Henri J. Stemberg: 1882 (Den Haag: Sdu Uitgevers: 1998).

door wetgeving en rechtspraak heeft een grote vlucht genomen (zie al § 4 over rechterlijke bescherming van zwakkere partijen). Maar als het erop aan komt, hebben te veel gewone mensen op hun rechten het nakijken. Rijken kunnen nu eenmaal betere advocaten betalen dan armen. Zo zijn de eigenlijke soevereinen van de civiele rechtsbedeling toch nog steeds de juristen en de mensen met (verkeerd) geld, ondanks alle mooie woorden over de advocaat als onontbeerlijk dienaar van de rechtsstaat. Dat is volksverduistering, rechtsbederf en erger: compounding van maatschappelijke onrechtvaardigheid.<sup>59</sup> Soeverein verheven boven gewonere mensen zijn advocaten bovendien in hun bescherming tegen civiel- en strafrechtelijke aansprakelijkheid. Voor zover cliënten en anderen er al achter komen dat zij verkeerd zijn behandeld, zijn hun kansen van slagen in (tucht) rechtelijke procedures gering. Nergens werkt het recht zo goed als in bescherming van advocaten en andere juristen tegen de boze buitenwereld. In ieder geval is tuchtrecht voor advocaten weinig meer dan folklore.<sup>60</sup> Zo beschouwd genieten deze 'dienaren van het recht' maten van juridische immuniteit die eertijds slechts toekwamen aan kerkelijke en statelijke soevereinen. (Ook hier is het rechtsbedrijf de Nieuwe Kerk, niet alleen in aankleding.)

#### 10 DE SOEVEREINITEIT VAN DE CIVIELE RECHTER

De rechter heeft niet het hoogste, alleen het laatste woord (al doet het optreden van sommige rechters wel eens anders denken). Tenminste in die zin heeft de rechter geen staatsrechtelijke soevereiniteit. Naar de beginselen van de machtscheiding heeft de (civiele) rechter geen andere taak dan het doen van gezaghebbende uitspraken in onenigheden over toepassing van de wet. (Benoeming van voogden en zo meer wordt hier buiten beschouwing gelaten.) Toch wordt tenminste in de rechtsfilosofie nogal eens aangenomen dat de civiele rechter op de stoel van de wetgever is gaan zitten. Bibliotheken zijn volgeschreven over gronden en grenzen daarvan, al dan niet in verband met even abstracte conflicten tussen rechtspositivisme en natuurrechtsleer.

In de praktijk staat natuurlijk allang vast dat (niet alleen) de civiele rechter ten opzichte van de wet vergaande soevereiniteit geniet. Dat lijkt doorbreking van statelijke of zelfs constitutionele soevereiniteit als bepaald door de machtscheiding, *checks and balances* of niet. Anderzijds kan democratische legitimatie ook worden geboden in rechterlijk beroep op redelijkheid en billijkheid, gegeven de gewenste worteling daarvan in algemeen gangbare rechtsopvattingen en -overtuigingen.

59 Zie ook H.J.R. Kaptein, 'Een wanordelijk rapport', *Nederlands Juristenblad* 2006, p. 1366, over het ook in dit opzicht waardeloze staatscommissierapport-Van Wijmen over de toekomst van de advocatuur.

60 Zie daarover uitgebreid Kaptein, *Kwade Zaken*, hoofdstukken IX en X.

Toch is de rechter aanmerkelijk minder soeverein ten opzichte van het materiële civiele recht dan gewone rechtsgenoten. Die gewone rechtsgenoten kunnen hun min of meer soevereine partij- en andere autonomie op de meest uiteenlopende manieren gebruiken en misbruiken, of al die mogelijkheden laten voor wat zij zijn. De civiele rechter, lijdelijk of niet, is gebonden aan wat partijen hem voorstellen en vragen.

Dat geldt dus ook voor de feiten van het geval. Rechtsgenoten bepalen immers hun civielrechtelijke posities door feiten te stellen. Dat gebeurt natuurlijk niet altijd opzettelijk of zelfs maar vrijwillig, bijvoorbeeld als het gaat om aandelentransacties met ongewenste gevolgen of om onrechtmatige daad. Als partijen voor de rechter staan, staan dergelijke feiten in beginsel vast, voor diezelfde rechter. Toch kan het moeilijk zijn om voldoende bewijs voor de rechter te krijgen. Dat leidt terug tot de discussie over formele dan wel materiële waarheid in de civiele rechtsvordering (§ 8). Ook gegeven het primaat van de materiële waarheid is de civiele rechter in de praktijk veroordeeld tot de bijdragen van partijen.

Civielrechtelijke vrijheid in de waardering van bewijs schept weer wél een zekere soevereiniteit in vaststelling van de feiten. Ook is er vrijheid in verdeling van bewijslasten, al dan niet buitenwettelijk op grond van redelijkheid en billijkheid. De rechter kan dergelijke vrijheden gebruiken op grond van *Vorverständnis* van de feiten van het geval. Dat is niet altijd ongevaarlijk, en vooronderstelt bovendien het primaat van de materiële waarheid (§ 8). Anders kan er helemaal geen redelijk (voor)begrip zijn van de feiten van het geval. Zelfs kan de gewenste uitkomst bepalend zijn voor 'vaststelling' van feiten (zie in ieder geval al § 4 en 5). De rechtswerkelijkheid laat hier bonte schakeringen zien, uiteenlopend van 'luie' Hoven die al dan niet gelijkwaardige partijen lijdelijk afrekenen op eigen inbreng, tot activistische kantonrechters die desnoods om alle regels heen schipperen om redelijke en billijke uitkomsten te verzekeren, desnoods tegen de feiten van het geval in (zie over rechterlijk activisme in feiten- dan wel 'feiten'vaststelling al § 4).

Ook afgezien van formele dan wel materiële waarheidsvinding zijn rechtsgenoten rechtsvorderlijk nogal wat soevereiner dan de civiele rechter (natuurlijk afgezien van hun onderwerping aan advocaten). Die rechtsgenoten bepalen immers of de rechter er wordt bijgehaald. Zo ja, dan kunnen die zelfde rechtsgenoten binnen redelijke grenzen de voortgang van het proces bepalen (al stelt recente herziening van de burgerlijke rechtsvordering aan chicanes enige grenzen).

Op zijn beurt heeft de rechter een zekere (maar daarmee nog niet soevereine) vrijheid in zijn oordelen over ontvankelijkheid, in ieder geval in kort geding. Bovendien kan de rechter (bijvoorbeeld) verzoeken tot aanhouding en uitstel honoreren, of niet. Recente rechtspraak biedt zelfs de mogelijkheid van procesverboden tegen al te chicaneuze rechtzoekenden (of zij die er voor willen doorgaan, zie al § 7). Bovendien geniet de rechter een zekere soevereiniteit in ambtshalve aanvulling van gronden, op welke (buiten-)juridi-



sche gronden dan ook.<sup>61</sup> Ook de mogelijkheid van rechterlijke matiging biedt een zekere rechterlijke vrijheid.

Hoe dan ook, in beginsel en volgens de regels is de vrijheid van de rechter nogal beperkt. In de praktijk kent zijn soevereiniteit in oordelen en veroordelen nogal wat minder grenzen. Dat geldt niet alleen voor de Hoge Raad (afgezien van nog hogere rechters, die civielrechtelijk nog geen grote rol spelen). Zijn woord heeft immers kracht van wet, hoe krankzinnig sommige uitspraken ook mogen lijken.<sup>62</sup> Lagere rechters kunnen door diezelfde Hoge Raad tot de orde worden geroepen, maar dat gebeurt natuurlijk niet altijd. Partijen laten appèl- en cassatiekansen nu eenmaal onbenut. Ook daarom zijn nogal wat rechterlijke uitspraken soeverein final, maar daarom nog niet onfeilbaar (zie al § 2). Anderzijds zijn er kantonrechters die beschermd door gebrek aan beroepsmogelijkheden *contra legem* goede dingen doen.<sup>63</sup>

In academische en juridische uiteenzettingen over al dan niet soevereine verhoudingen van de rechter tot wet en hogere rechtspraak wordt wel eens vergeten dat voor rechtzoekenden en andere betrokkenen de rechterlijke uitspraak als zodanig simpelweg soeverein is. Als de rechter is uitgesproken, is het voor gewone mensen gewoon afgelopen. Dat is in ieder geval voor de praktijk de overweldigende waarheid van zelfs de simpelste varianten van *legal realism*: uiteindelijk is recht niets anders, hogers of lagere dan wat de rechter doet. Juristen mogen twisten over de juistheid van die uitspraken, maar voor zover direct betrokkenen er al kennis van nemen is dat mosterd na de maaltijd en verder hooguit interessant voor de wetenschap. Op haar beurt is de invloed van de wetenschap op de rechtspraak betrekkelijk gering (wat ook zij van Brenninkmeijers quantumfysische vergelijking, als aangehaald in § 1).

Hoe dan ook, kritiek op rechters vooronderstelt dat hun uitspraken niet soeverein zijn ten opzichte van een behoorlijke materieelrechtelijke en rechtsvorderlijke motivering. Aan de hand van het recht en de feiten van het geval moet kunnen worden nagegaan of uitspraken kloppen, of niet. Als bekend en hier dan ook niet nader te behandelen doen over die argumentatie vergaand uiteenlopende opvattingen de ronde. Dworkins Hercules is de droom van volledige herleiding van de rechterlijke uitspraak tot een *grand theory of law*, toegepast op de objectief vaststaande feiten van het geval (zie al § 2). Die heteronomie staat tegenover volledige soevereiniteit van rechterlijke uitspraken ten opzichte van welk recht of zelfs welke feiten dan ook, als wel aangenomen in extreme varianten van *legal realism* en *Critical Legal Studies*. Daartussenin zweven gangbare ideeën als Scholtens

61 Zie C.E. Smith, *Ambtshalve aanvullen van rechtsgronden*, Nijmegen: Ars Aequi 2004.

62 Zie voor een al wat ouder maar daarom niet minder zorgwekkend rariteitenkabinet van dergelijke uitspraken R.P.J.L. Tjittes, *Rhythm & blues van het recht: kleine mensen in de greep van het grote recht*, Amsterdam: Balans 1996.

63 Zie bijvoorbeeld M. Kleijwegt, 'De elf Amsterdamse kantonrechters over de voorgenomen opheffing van hun gewone-mensen rechtspraak', *Vrij Nederland* (9 mei 1987), voor een nog steeds actuele sfeerschets.

rechterlijke sprong, ofwel de uiteindelijk soevereine afstand van het rechterlijk oordeel tot het recht en de feiten van het geval. Te denken valt ook aan de vermeende onherleidbaarheid van redelijkheid en billijkheid ('gestolde emotie') tot redelijke argumentatie. Dergelijke misverstanden berusten op verwarring van rechterlijke denkprocessen met de producten ervan in termen van redelijke argumentaties en conclusies.<sup>64</sup>

Hoe dan ook moet de kwaliteit van een rechterlijk uitspraak toetsbaar zijn in termen van redelijke argumentatie, of die bij de uitspraak uitdrukkelijk wordt geboden of niet. Ook voor verliezende partijen moeten rechterlijke uitspraken soeverein zijn, tenminste in de zin van herleidbaarheid tot argumentatie zonder aanzien des persoons, in termen van algemeen recht en de bijzondere feiten van het geval. Toch begrijpen nogal wat partijen weinig of niets van nogal wat rechterlijke uitspraken, hoezeer zij ook worden geacht de wet en de feiten van het geval te kennen. Dergelijk onbegrip berust niet alleen op mogelijke gebrekkigheid van geboden rechterlijke motivering en/of onredelijkheid van rechterlijke uitspraken. Juridische argumentatie is aan gewone mensen gewoon niet besteed. Niet alleen daarom is de geloofwaardigheid van rechterlijke uitspraken mede afhankelijk van rechterlijk gezag.

Uiteindelijk berust dat op grondeloos vertrouwen van rechtsgenoten in het soevereine woord van de rechter, en niet alleen op vrees voor executie. Het grondpersoneel van Vrouwe Justitia moet zonder meer geloofwaardig zijn. Rechtsgenoten moeten er dus op kunnen vertrouwen dat de rechter (anders dan een enkele andere vertegenwoordiger van het Hogere) soeverein onpartijdig en deskundig is, zowel in de feiten als in het recht, en gedreven door de vaste en niet aflatende wil om recht te doen.

Als bekend staat dat soevereine gezag van de rechter en daarmee de gehoorzaamheid van rechtsgenoten onder druk. Indirect betekent dat ook een aantasting van de soevereine staatsmacht, waarvan de rechter immers een wezenlijk deel uitmaakt. Hoe goed de zittende magistratuur in Nederland in ieder geval vergelijkenderwijs ook is, toch moet hard worden gewerkt om het soevereine gezag van de rechter te verzekeren. Soevereine verhevenheid van de rechterlijke macht boven niet altijd misplaatste kritiek vanuit de buitenwereld doet aan dergelijk herstel geen goed.

#### 11 GRENZEN AAN SOEVEREINITEIT ALS ONVOORWAARDELIJKE VERHEVENHEID, KWALITEIT EN DOELMATIGHEID

Hoe soeverein is het civiele recht in de zin van: boven elke kritiek verheven en volkomen doelmatig? Niet alleen hier is de niet malse kritiek op dat civiele recht al uitgebreid aan

64 Zie daarover bijvoorbeeld H.J.R. Kaptein, 'Scholtens rechterlijke sprong langs de meetlat van de logica' in E. Lissenberg, P.W. Brouwer, F. Jacobs & E. Poortinga ed., *De actualiteit van Paul Scholten*, Nijmegen 1996, p. 75-90; Kaptein, 'Freeze! Over het ongrijpbare onderscheid tussen genese en geldigheid'.

de orde geweest. Anderzijds werd in § 2 al opgemerkt dat het positieve civiele recht en de rechtspraktijk hun onvergelykelijke waarde ontleen aan het eenvoudige gegeven dat zij er gewoon, of eigenlijk: soeverein, zijn. Het ziet er niet naar uit dat zij binnen afzienbare tijd onherkenbaar worden hervormd of zelfs geheel en al vervangen. Maar in welke termen moet die soevereiniteit van civiel recht worden bepaald? Gaat het om economische doelmatigheid (zoals de normatieve rechtseconomie lijkt te stellen), en/of om de kwaliteit van het recht voor mens en maatschappij, of gewoon om rechtsverwerkelijking?

Die laatste maatstaf ligt het meest voor de hand. Maar als het gaat om verwerkelijking van positief civiel recht en eventueel van civielrechtelijke redelijkheid, billijkheid en rechtvaardigheid, al dan niet in natuurrechtelijke termen, dan lijkt civiel recht in ieder geval volstrekt soeverein in de zin van: alleen te beoordelen in eigen termen. Stilzwijgend gaan nogal wat juristen daarvan uit, in voorbijgaan aan andere mogelijke bijdragen van civiel recht en civiele rechtspleging aan mens en maatschappij. Ook zo worden recht en rechtspleging gesloten stelsels, in naam zichzelf verwerkeliijkend maar meer dan eens merendeels dienend tot het soeverein eigenbelang der civilisten.

Wat ook de maatstaven zijn, intern of extern, zij kunnen niet in vergelijking worden aangelegd. Dat is een ander gevolg van het gegeven dat civiel recht en rechtspraktijk er gewoon zijn en niet al dan niet tijdelijk kunnen worden afgeschaft en vervangen door iets anders. Zo beschouwd zijn oordelen over soevereine werking van civiel recht vergelijkbaar met oordelen over preventieve werking van strafrechtspleging. Alleen proefondervindelijke vaststelling en dus tenminste tijdelijke afschaffing van datzelfde strafrecht zou dergelijke oordelen kunnen staven, voor zover andere hindernissen er niet aan in de weg staan. Dat lijken in en buiten civiel en strafrecht te hoge prijzen voor vaststelling van dergelijke kwaliteitsoordelen.

Civiel recht is tenminste voor civilisten en andere juristen soeverein dat het een niet weg te denken deel is van de wereld waarin zij leven. Voor buitenstaanders ligt dat anders. Enerzijds zien zij recht en rechtspleging nog steeds als soeverein in de zin van: ontzagwekkend en dus eigenlijk zonder meer te gehoorzamen (al doen zij dat niet altijd). Anderzijds voldoet datzelfde civiele recht niet aan elementaire verwachtingen van recht en rechtsverwerkelijking. Eerder kwam al aan de orde dat niet iedereen die civielrechtelijk gelijk heeft dat ook krijgt (§ 9). Juristen liggen daarvan tenminste ambts- en beroeps halve niet altijd wakker. Het gaat immers niet om hun eigen rechten en belangen. Maar rechtzoekenden hebben terecht twijfels aan de soevereine werking van positief recht als het gaat om civiele rechtsverwerkelijking.

Ook daarom wordt het recht wel eens in eigen hand genomen. De werkelijkheid van civiel recht is zelfs in eigen termen niet zo soeverein doelmatig dat misbruik van juridische mogelijkheden praktisch onmogelijk is. Die instrumentalisering kwam al eerder aan de orde (onder andere in § 3 en 7). Al dan niet omdat zij zich rechtens tekort gedaan voelen,

of dat gewoon zijn, gaan rechtsgenoten, van eenvoudige burgers tot grote ondernemingen en overheden, op zoek naar mogelijkheden in strijd met wet en recht, zolang de winst- en verliesrekening van dergelijke overtredingen er aantrekkelijk genoeg uit blijft zien. Dat strookt met de ook al eerder vermelde Nieuwe Eistijd. Civiel recht is ook in die zin geen soevereine dwang dat het niet alleen talloze legale, maar ook nogal wat illegale gelegenheden schept om er beter van te worden: de rechtsorde als nieuwe natuurtoestand. Strafrechtelijke sancties op misbruik van civielrechtelijke mogelijkheden, bijvoorbeeld als het gaat om valsheid in geschrifte of zelfs meeneed, zijn hier evenmin zeer werkzaam. In ieder geval kost het geld om de rechtsgenoten civielrechtelijk binnen de perken te houden.

Ook daarom is de civiele rechtspleging een dure onderneming. Al jaren geleden is uitgerekend dat het totaal van uitgekeerde schadebedragen niet veel meer bedraagt dan de helft van de kosten gemoeid met afhandeling van voor vergoeding in aanmerking komende schaden, alleen al in de sfeer van onrechtmatige daad.<sup>65</sup> Het rechtsbedrijf lijkt hier soevereiner dan de eigenlijk te dienen rechten en belangen.

Bovendien groeit het civiel rechtsbedrijf gestaag, van wetgeving en jurisprudentie tot en met omzet van onderscheiden rechtshelpers. Soverein verheft het zich boven een maatschappij die kennelijk steeds minder in staat is om menselijke en civielrechtelijke verhoudingen zelf te regelen. Dat is de negatieve dialectiek van maatschappelijk wantrouwen en geloof in de soevereine werking van recht. (Juridisering is goed voor juristen-nering, maar niet zonder meer voor mens en maatschappij.)

Anderzijds moet niet worden vergeten dat de hedendaagse civiele rechtspleging in ieder geval in menselijke termen soverein is verheven boven hetgeen eertijds gold als civiel recht. Denk alleen al aan de verheffing van de werknemer binnen het arbeidsrecht, of in rechtsvorderlijke termen aan de toch onvergelijkbaar veel ruimere toegang tot het recht dan nog in de jaren 50 gebruikelijk was, ondanks alle hindernissen door verplichte procesvertegenwoordiging en zo meer (§ 9).

Toch blijft een elementaire beperking van de soevereine werking civiel recht min of meer onoverwinnelijk. Al eerder (in § 3) kwam aan de orde dat leven en dood als zodanig civielrechtelijk niet ter zake doen. Toch zijn die gegevens voor nogal wat mensen belangrijker dan (bijvoorbeeld) een verwijtbare tekortkoming in nakoming door een leverancier van een enkel wegwerpartikel. Als mensen zelf als wegwerpartikelen worden misbruikt, zwijgt het recht evenzeer. Toch nog maar eens Gouldner geciteerd (al geldt zijn treurige wijsheid natuurlijk niet alleen voor civiel recht):<sup>66</sup>

65 Zie bijvoorbeeld J.M. Barendrecht, *Transactiekosten in het aansprakelijkheidsrecht*, Tilburg: REOB/Universiteit Tilburg 1995.

66 A.W. Gouldner, *The coming crisis of western sociology*, London: Equinox Books 1971, p. 306 e.v.

‘One man may alienate the affection and love of another’s wife, but neither the wife nor the seducer is clapped into jail. A man may undermine the authority of another, violate his obligations as a friend, lie, and cheat, and misrepresent, all to his own advantage and all in flagrant violation of the other’s role “rights”. For the most part, all that the injured party can do is call upon his friends to rally round, ask that onlookers observe the violation of the elementary decencies, and seek the unorganized protection of his immediate community. (In other words, the victim is in serious trouble.) In the normal course of role relationships, one man can destroy the life work of another and, in the process, violate the most sacred role obligations, yet he may at most be subject only to frowns, criticism, or loss of reputation. But heaven help him should he deliberately walk off with the other man’s hat. The police apparatus would be mobilized, weapons inspected, warrants issued, jail keys turned.’

Soevereiniteit van civiel recht als volkomen kwaliteit en doelmatigheid staat niet gelijk aan volkomen kwaliteit en doelmatigheid van het menselijk leven.

12 GEEN EINDE AAN DE KALEIDOSCOPIE – DE UITEINDELIJKE SOEVEREIN IS DE MENS ZELF – KLEINE AGENDA

Deze kaleidoscopie of eigenlijk samen(sch)raapsel van beschouwingen over civielrechtelijke soevereiniteit kan ook na afloop geen aanspraak maken op enige soevereiniteit in de behandeling van de stof. Eerder vult het een grabbelton, met daarin hopelijk voor elk wat wils. Maar dat zijn het civiele recht en de rechtswerkelijkheid natuurlijk evenzeer. Bij gelegenheid graaien rechtsgenoten erin, en grijpen hun kans (of mis).

De logicus zal al lang zijn afgehaakt. Te soeverein vrij zwevende argumenten over civiel recht en soevereiniteit verdwijnen immers in het Münchhausen-trilemma.<sup>67</sup> Of de argumentatie loopt door tot in het oneindige (bij gebreke aan volstrekt vanzelfsprekende premissen), óf is circulair in aannahme van wat moet worden bewezen, óf wordt afgebroken op een willekeurig punt. In ieder geval het laatste dreigt hier te gebeuren. Verder kan hooguit worden aangevoerd dat het civiele recht nog steeds werkelijkheid is, vrij zwevend of niet. Daaraan zal logica weinig toe of af doen.

Toch zal duidelijk zijn geworden dat schijnbaar uitsluitend publiekrechtelijke begrippen van soevereiniteit ook civielrechtelijke betekenis hebben. Sterker nog: laatstelijk sinds de

<sup>67</sup> Genoemd naar een edelman die zich zelfs boven natuurwetten soeverein verheven achtte. Zie voor de klassieke bron daarvan H. Albert, *Traktat über kritische Vernunft*, Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck) 1968.

Verlichting (en daargelaten religieuze opvattingen van rechtgelovigen) wordt ervan uitgegaan dat staatssoevereiniteit uiteindelijk berust op niets anders dan de soevereine wil van de burgers. De soevereiniteit die burgers in die constitutie terugkrijgen, is voor een veel groter deel dan gewoonlijk aangenomen civielrechtelijk bepaald. Zowel materieel recht als rechtsvordering bieden burgers anders ongekeerde mogelijkheden tot verwerkelijking van hun vrijheden en daarmee van zichzelf.

Een dialectiek is hier natuurlijk in ieder geval dat verwachtingen van rechtsgenoten mede worden bepaald door de begrippen en beginselen van datzelfde civiele recht. Toch kunnen ook die verwachtingen mede uitdrukking zijn van diezelfde mens en maatschappij. Overeenkomsten moeten worden nagekomen, niemand kan meer rechten overdragen dan hij zelf heeft, schade moet worden vergoed, van andermans eigendom moet worden afgebleven en andere fundamentele beginselen zijn niet alleen rechtsbeginselen. Zij zijn ook een deel van het cement van de maatschappij en daarmee van de mens zelf.<sup>68</sup> Zonder dergelijk veel verdergaand dan positief recht, of dat nu wordt uitgelegd in termen van natuurrecht of niet, is er geen soevereiniteit, net zo goed als dat recht tenminste juridisch geen andere bron heeft dan de soevereine burger.

Zo biedt burgerlijke soevereiniteit niet alleen de democratische grondslag van alle civiele recht. Diezelfde burgers, als juristen, advocaten, rechters, wetgevers, partijen of gewoon als mensen zijn natuurlijk ook de enige feitelijke en ook in die zin soevereine bron van civiel recht. Uiteindelijk is immers ook het civiele recht niets anders dan een complex van menselijk denken en doen (zie al § 2). Al dat mensenwerk wordt ingegeven door min of meer (maar nooit geheel) verschillende opvattingen en ideeën van civiel recht: de dialectiek van wat civiel recht 'is' en wat er al dan niet instrumenteel mee wordt gedaan.

Zelfs dergelijk instrumentalisme, de 'eigen bovenwettelijke soevereiniteit in de nieuwe natuurtoestand', heeft het civiele recht tot nu toe redelijk weten te overleven. Zo veel mensen zetten zich uit zo veel verschillende, al dan niet onbewuste maar daarom niet minder loffelijke beweegredenen belangeloos in voor het menselijk goed van een civiele rechtspleging. Van hen hangt een goed deel van de civiele wereld af, zoals Eliot zo mooi verwoordde:<sup>69</sup>

'... for the growing good of the world is partly dependent on unhistoric acts; and that things are not so ill with you and me as they might have been, is half owing to the number who lived faithfully a hidden life, and rest in unvisited tombs.'

68 Zie Kaptein, 'Van ressentiment tot (zelf)respect: het sociaal cement van herstelrechtvaardigheid'.

69 G. Eliot, *Middlemarch: A Study of Provincial Life* (1872), Londen: Everyman's Library 1930.

Het is hun voortzetting van het merkwaardig wonderwerk van de civiele rechtsorde, dit eigenlijk onbegrijpelijk product van eeuwenoude wijsheid, een van de grote verworvenheden van de mensheid, dat verweven met zo veel domheid en kwade trouw toch tot op de dag van vandaag de beschaving schraagt.

Hun civiele samenwerking vooronderstelt een objectieve, of tenminste gemeenschappelijke werkelijkheid, tenminste voor zover die juridisch ter zake is. Dat gaat verder dan het belang van materiële waarheid in de rechtspraak (§ 8). Zonder niet-relatieve werkelijkheid en waarheid die soeverein is ten opzichte van wat verschillende mensen in hun eigen verschillende opvattingen van die werkelijkheid en waarheid denken (al dan niet naar het hen uitkomt), is er geen samenleving, laat staan recht. Dat blijft een soevereine waarheid over het belang van soevereine feitelijke waarheid.

Niet alleen civielrechtelijk gaat het om een samenleving van gelijken. Dat duidt op *the sovereign virtue of equality*.<sup>70</sup> Natuurlijk is civiel recht bij uitstek het rechtsgebied van de verschillende behandeling, al naar gelang ieders verschillende eigenaardigheden en (rechts)posities. Dat maakt het belang van gelijkheid niet minder belangrijk, tenminste in de fundamentele zin dat mensen alleen verschillend worden behandeld als daarvoor civielrechtelijk goede redenen kunnen worden geboden. In het recht gaat het om mensen, de één niet meer of minder dan de ander.

Minder valse soevereiniteit van het rechtsbedrijf als de Nieuwe Kerk zou daaraan kunnen bijdragen. Te veel juristen denken niet langer na bij een grondhouding die er eigenlijk op neer komt dat buiten het soeverein boven alles verheven rechtsbedrijf niets van betekenis is te vinden. De tenminste jegens de 'domme buitenwacht' te vaak valselijk hooggehouden schijn van heiligheid van het rechtsbedrijf en de bijbehorende soevereine verhevenheid boven alle kritiek staan haaks op de enige echte, uiteindelijke, soevereine taak van het (civiele) recht: het dienen van de soevereine mens, als mens.

Het soevereine motief van de jurist moet dan ook zijn: liefde voor het vak en voor de mensen die het aangaat.<sup>71</sup> Evenzeer moet elke omgang met recht, door juristen en door alle anderen, zijn bepaald door de liefde voor de medemens. Het wezenlijk onderscheid van persoonlijke en zakelijke verhoudingen doet daaraan niets af. Zonder respect van rechtsgenoten voor rechten en belangen van alle anderen als soeverein motief, met overigens alle ruimte voor verwerkelijking van eigen belangen, kan geen rechtsorde soeverein zijn.

Hoe kunnen die (min of meer gewone) mensen dat zelf doen? Voor zover zij daartoe zelfstandig in staat zijn, deel als ook zij uitmaken van materiële en immateriële (en inderdaad nogal eens negatieve) dialectiek van mens, maatschappij en recht? Zij kunnen een

70 Zie R.M. Dworkin, *Sovereign Virtue: The Theory and Practice of Equality*, Cambridge Mass. & Londen: Harvard University Press 2000.

71 J.J.M. van der Ven, 'Mens-zijn in het recht' in Roscam Abbing ed., *Om de mens: ethiek in wetenschap en beroep*, Leiden: Sijthoff 1968; Kaptein, *Kwade zaken*.

einde maken aan de Nieuwe Eistijd. Dat kan leiden tot minder recht (ook afgezien van uitwassen van claimcultuur een loffelijk streven) en zelfs tot meer rechtvaardigheid. Te veel al dan niet instrumentalistisch rechtsbedrijf wordt niet alleen aangedreven door plat winstbejag, maar ook door vals ressentiment. Niet alleen als het gaat om vergoeding van vermeende of ook wel echte schade wordt aansprakelijkheidsstelling te vaak meer aangedreven door narcistisch gekrenkte ego's dan door de redelijke wens om werkelijke kosten in rekening te brengen daar waar zij redelijkerwijs horen. Een niet gering deel van de (dus niet alleen autopoietische) explosie van civiel recht en rechtspleging wordt aangedreven door verkeerde eigenliefde, 'narcissisering' van de cultuur. Juristen en gewone mensen zouden er misschien toch goed aan doen om het standaardwerk van Lasch niet alleen daarop nog eens na te lezen.<sup>72</sup> (Zie ook al § 3 over Rousseau en Savater tegen uitwassen van eigendomsrecht.)

Te veel winstbejag ten koste van alles, gekrenkte ego's en nog veel meer (post-)modern gedrag van (te) gewone mensen duidt op gebrek aan persoonlijke soevereiniteit, tenminste in de zin van gezond zelfrespect. Wie zichzelf voldoende hoog acht, als werkelijk soeverein mens en medemens, heeft het niet nodig om (bijvoorbeeld) een anoniem wanpresterende leverancier juridisch lastig te blijven vallen in de trant van: 'Nu zal ik hem hebben ook, wat het kost kan mij niet schelen.' (Verstandige advocaten ontraden dergelijk gedrag, anderzijds is dat niet goed voor de portemonnee en kan het met dergelijk paternalisme dus meevallen.)

Persoonlijke soevereiniteit is natuurlijk ook (en eigenlijk heel eenvoudig, hoe moeilijk ook te verwerkelijken): zelfbeheersing. Epictetus schreef al: 'de enige werkelijke maar dan ook totaal soevereine, door geen uiterlijke machten in te perken vrijheid is de potentiële almacht van de met rede gewapende mens over zijn emotionele binnenwereld'.<sup>73</sup> (Zo keert Bodins paradox van soevereiniteit uiteindelijk weer terug: het gaat om soevereine vrijheid, maar die kan niet bestaan zonder redelijke inperking van willekeur.) Die ultieme soevereiniteit staat haaks op vals ressentiment en andere motoren van claimcultuur en juridisering. Zonder (al dan niet soeverein) recht zal het niet gaan, maar toch: hoe soevereiner de mens, hoe minder recht. Andere praktische aanbevelingen worden hier verder achterwege gelaten. Ook voor civiel recht geldt een laatste soevereine waarheid: Denk minder, leef meer.<sup>74</sup> Er is meer (soevereiniteit) in het leven dan alleen civiel recht. De mens zelf is de echte soeverein. Uiteindelijk gaat het niet eens om die verheven soevereiniteit. Het gaat erom wat wij er mee doen.

72 Zie *The Culture of Narcissism: American Life in an Age of Diminishing Expectations*, New York: Norton 1979.

73 Zie Epictetus, *Diatribai*, vertaald als *The discourses*, C. Gill & R. Hard, ed., London: Everyman/J.M. Dent 1910.

74 Ontleend aan Hamann. Zie daarover I. Berlin, 'The Magus of the North', *The New York Review of Books* (21 oktober 1993).