



Universiteit
Leiden
The Netherlands

**Recht en vrede bij Hans Kelsen : een herwaardering van Kelsens
rechtsfilosofie : juridisch pacifisme als stilzwijgende betekenis van zijn
Zuivere Rechtsleer**

Notermans, M.E.

Citation

Notermans, M. E. (2016, March 24). *Recht en vrede bij Hans Kelsen : een herwaardering van Kelsens rechtsfilosofie : juridisch pacifisme als stilzwijgende betekenis van zijn Zuivere Rechtsleer*. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/38607>

Version: Corrected Publisher's Version

License: [Licence agreement concerning inclusion of doctoral thesis in the Institutional Repository of the University of Leiden](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/38607>

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

Cover Page



Universiteit Leiden



The handle <http://hdl.handle.net/1887/38607> holds various files of this Leiden University dissertation

Author: Notermans, Mathijs

Title: Recht en vrede bij Hans Kelsen : een herwaardering van Kelsens rechtsfilosofie : juridisch pacifisme als stilzwijgende betekenis van zijn Zuivere Rechtsleer

Issue Date: 2016-03-24

2. Rechtvaardigheid en vrede

De idee van rechtvaardigheid van gedaante verwisseld*

2.1. Inleiding: Kelsen en Wittgenstein

In het eerste hoofdstuk van zijn recente boek *The Idea of Justice* (2009) citeert Amartya Sen de samenvattende stelling uit het voorwoord van de *Tractatus Logico-Philosophicus* (1921) van Ludwig Wittgenstein, te weten: “what can be said at all can be said clearly, and what we cannot talk about we must pass over in silence”. In een voetnoot (en eerder in zijn inleiding) merkt Sen daarbij op dat Edmund Burke in het Britse Parlement ook al veel eerder (in 1789) had betoogd dat het moeilijk is om over bepaalde zaken te spreken, maar (in tegenstelling tot Wittgensteins latere stelling) dat het onmogelijk is om daarover te zwijgen. De moeilijke zaak waarover Burke destijds niettemin uitgebreid en eloquent had geredeneerd betrof zijn eis tot een gedwongen afzetting van een hoge functionaris, waarbij Burke – onder aanroeping van “the eternal laws of justice” – zijn eis onderbouwde met een opsomming van meerdere gevallen van evident onrecht waarvoor deze functionaris verantwoordelijk was geweest. Het feit dat we – net zoals Burke – dikwijls gemakkelijker toestanden van manifest onrecht onder woorden kunnen brengen dan het wezen van volmaakte rechtvaardigheid kunnen benoemen is volgens Sen (in zijn voorwoord) een redelijk uitgangspunt voor een kritische discussie over en benadering van de idee van rechtvaardigheid.¹

Welnu, in dit artikel wil ik op enigszins vergelijkbare wijze de idee van rechtvaardigheid benaderen, niet door middel van het door Sen bedoelde negatieve onderzoek van die idee (‘diagnosis of injustice’) maar wel met behulp van de vernietigende – doch alles behalve nihilistische – kritiek daarvan door de twintigste-eeuwse Oostenrijks-Amerikaanse rechtsgeleerde Hans Kelsen (1881-1973). Zijn relativistische benadering van de idee van rechtvaardigheid, waarin die idee van gedaante moet verwisselen (‘metamorphosis of justice’) om een realiseerbare waarde van een maatschappelijke orde te worden, zal ons – zo concludeer ik althans in

* Dit artikel is eerder gepubliceerd in *Algemeen Nederlands Tijdschrift voor Wijsbegeerte* 103(2), 2011, pp. 87-105, en is met toestemming van Amsterdam University Press opgenomen in dit proefschrift.

¹ Sen 2009, pp. vii, 1, 31.

par. 6 – dichtbij een verschijningsvorm van rechtvaardigheid brengen die welhaast als vanzelfsprekend kan worden ervaren. En juist in onze liberale en pluriforme democratie zal die benaderingswijze weleens van een meer bevredigende waarde kunnen blijken te zijn dan een transcendente theorie van rechtvaardigheid die speculatieve uitspraken doet over de essentie van volmaakte rechtvaardigheid, waarover wij mensen het – ook volgens Sen – soms wel, maar om onvermijdelijk conflicterende redenen vaak niet volledig eens kunnen worden.²

Het uitgangspunt dat aan Kelsens concept van recht en rechtvaardigheid ten grondslag ligt, is het dualisme van zijn en behoren, werkelijkheid en waarde. Aan de hand van een ogenschijnlijk onbeduidende voetnoot van Kelsen zal ik dit niettemin belangrijke fundament³ van zijn rechtstheorie en rechtvaardigheidskritiek bespreken. Het betreft voetnoot 62 in de *Allgemeine Theorie der Normen* waarin hij de positie van Wittgensteins *Tractatus* afwijst.⁴ Wittgenstein wordt door hem niet zozeer bekritiseerd als degene die het dualisme van zijn en behoren ontkent, maar eerder als degene die loochent dat behoren-proposities enige betekenis hebben. Interessant is dat zowel Kelsen als Wittgenstein indirect is verbonden met het logisch-positivistische project van de *Wiener Kreis* en beiden een vergelijkbaar ontwerp voor ogen hebben van een zuivere wetenschap waarin geen plaats is voor metafysica en het transcendente.⁵ Kelsen wil alleen de rechtswetenschap zuiveren door een *Zuivere Rechtsleer* te ontwikkelen, terwijl Wittgenstein alle filosofie wil zuiveren door haar om te vormen tot *zuivere taalkritiek* (4.00.31).⁶

In zijn streven naar filosofische zuiverheid is Wittgenstein in zijn *Tractatus* echter radicaler. Volgens hem is de wereld slechts dat wat het geval is

2 *Ibid.*, pp. ix-x, 160.

3 Wróblewski 1981, p. 509.

4 Hoewel een vergelijking tussen Kelsen en de 'latere' Wittgenstein (van o.a. de *Philosophical Investigations*) interessant zou kunnen zijn, beperk ik mij hier niettemin tot de 'vroegere' Wittgenstein (van de *Tractatus Logico-Philosophicus* en zijn voordracht over ethiek); niet alleen omdat Kelsen zelf enkel verwijst naar de *Tractatus*, maar tevens omdat zijn filosofie en epistemologie meer verwantschap vertonen met het vroegere werk van Wittgenstein dan met het latere. Voor zover ik weet, wordt in de literatuur over Kelsen – de enkele keer dat daarin wordt vergeleken met Wittgenstein – ook alleen verwezen naar de *Tractatus* (zie voetnoot 5 en 68).

5 Hack 2003. In dit boek wordt Kelsens *Zuivere Rechtsleer* in de context geplaatst van de analytische filosofie en het logisch-positivisme van de *Wiener Kreis*; in het bijzonder wordt zijn filosofie en epistemologie vergeleken met die van Wittgensteins *Tractatus*. Zie voorts Jabloner & Stadler (Hg.) 2001. Zie ten slotte voor een vergelijking tussen Kelsen en de 'vroegere' Wittgenstein: Ruiter 1997.

6 Wittgenstein 1961, de genoemde getallen verwijzen naar de stellingen.

(1) en valt zij alleen in feiten uiteen (1.2). Mensen maken zich beelden van feiten (2.1) en het logische beeld daarvan is de gedachte (3). Omdat slechts de proposities die feiten afbeelden zin hebben (3.3), is alleen de gedachte een zinvolle propositie (4). De zuivere methode van de filosofie is daarom:

to say nothing except what can be said, i.e. propositions of natural science – i.e. something that has nothing to do with philosophy – and then, whenever someone else wanted to say something metaphysical, to demonstrate to him that he had failed to give a meaning to certain signs in his propositions. (6.53)

Wittgenstein meent dat de zin van de wereld buiten haar ligt. De feiten zijn zoals ze zijn en gebeuren zoals ze gebeuren; *in* de wereld is er geen waarde (6.41). Om die reden bestaan er ook geen morele proposities. Zinvolle proposities kunnen immers niet iets transcendenten uitdrukken (6.42). De moraal kan niet in taal worden uitgesproken, omdat de moraal de werkelijkheid transcendeert (6.421). Behoren-proposities zijn onzinnig, aldus Wittgenstein.

Maar, volgens Kelsen (in voornoemde voetnoot), heeft een behoren-propositie wel degelijk betekenis:

The person who utters it means something, and the person to whom it is addressed can understand it. For it is possible that someone *ought* to do something, even though he does not do it, has not done it, or will not do it. In light of the fact that there exists such a thing as morality and law, it cannot be denied that besides Is there exists something different, Ought, and that it is *meaningful* to distinguish between Is and Ought.⁷

Als mensen behoren-proposities in taal kunnen uitspreken en anderen de daaraan gegeven betekenissen kunnen begrijpen, dan moet toch ook de wetenschap in staat zijn om kennis te nemen van dergelijke proposities. Voor Kelsen valt de wereld als object van kennis daarom uiteen in twee zinvolle sferen, die van het zijn én het behoren, waar mensen werkelijkheid respectievelijk waarde aan toekennen. De sfeer van het behoren ligt niet aan gene zijde van onze kenbare wereld, maar loopt in de wereld parallel aan de sfeer van het zijn. Dat ons feitelijke doen in de realiteit niet altijd overeenkomt met wat we normaliter behoren te doen, impliceert noch dat

⁷ Kelsen 1991, pp. 310-311, voetnoot 62. Vgl. Hack 2003, p. 109, waar ook voornoemde voetnoot wordt besproken.

we ons van de norm geen beeld kunnen maken noch dat de norm geen betekenis heeft.⁸ De norm is de zin van een menselijke wilsact, welke is gericht op het voorschrijven van menselijk gedrag. De talige uitdrukking van de norm is een behoren-propositie waarin die wil tot uitdrukking wordt gebracht, aldus Kelsen.⁹ De wereld is dus niet enkel wat het geval is (feit), zoals Wittgenstein beweert, maar ook wat het geval behoort te zijn (norm). Op zinvolle wijze kan door feiten de 'reële' wereld gedacht en door normen de 'ideale' wereld gewild worden.

Hoewel Kelsen het recht in het rijk van het behoren situeert, blijft hij om twee redenen toch trouw aan het (rechts)positivisme. Ten eerste beschouwt hij rechtsnormen als door mensen vastgesteld. Alleen een positieve norm die feitelijk door een menselijke wilsact is geponeerd, kan als kennisobject dienen. Uit het feit dat positieve normen door de menselijke wil zijn gesteld, volgt bovendien de willekeurige inhoud van dergelijke normen. Een rechtsnorm kan derhalve welke gedraging dan ook voorschrijven. Ontkent men de menselijke oorsprong of de materiële willekeur van normen, dan wordt een boven- of buitenmenselijke bron en dus een natuurrechtelijke rationaliteit erkend, hetgeen strijdig is met het positivisme.¹⁰ Ten tweede houdt hij streng vast aan het dualisme van zijn en behoren:

Die logische Unterscheidung zwischen Sein und Sollen und die Unmöglichkeit im Wege einer logischen Schlussfolgerung aus dem Bereich des einen in den des anderen zu gelangen, ist eine der wesentlichen Positionen der Reinen Rechtslehre. Sie ist eine Lehre von dem, was positiv-rechtlich sein soll, nicht von dem, was natürlich ist, ihr Gegenstand sind Normen, nicht die natürliche Wirklichkeit.¹¹

De natuurlijke werkelijkheid moet derhalve strikt worden onderscheiden van de normatieve bestaanswijze. De eerste is de reële sfeer van het zijn en de tweede de ideële sfeer van het behoren, welke nooit tot elkaar te herleiden zijn.¹² Deduceert men uit een zijn een behoren of leidt men uit feiten normen

8 In zijn toekenning van wetenschappelijke betekenis aan normen en waarden onderscheidt Kelsen zich van het logisch-positivistische project van de *Wiener Kreis*. Zie Hack 2003, pp. 74-75, 130.

9 Kelsen 1991, p. 2.

10 *Ibid.*, p. 4.

11 Kelsen 1968a, p. 614.

12 Cliteur & Ellian 2009, p. 127.

af, dan wordt de natuurrechtelijke denkfout gemaakt waardoor men ten onrechte in de natuur het recht denkt te vinden.¹³

Het feit dat Kelsen het recht als een behoren opvat, betekent evenwel niet dat hij onderzoekt wat het recht behoort te zijn. De *Zuivere Rechtsleer* bestudeert het recht zoals het werkelijk is, namelijk als een normatieve orde; moreel waarden doet zij het niet.¹⁴ Met het dualisme van zijn en behoren als grondstelling legt Kelsen de fundering voor de constructie van een zuivere en daarmee waarde-neutrale rechtswetenschap, waarmee hij tegelijk de grondslag van het natuurrechtelijk bouwwerk wil ondergraven. Zijn en behoren onderscheiden is niet alleen zinvol, het is zijns inziens zelfs onzinnig als men deze sferen vermengt. Maar als waarde en werkelijkheid zo streng van elkaar moeten worden onderscheiden, kan de rechtswetenschap dan nog wel iets *waardevols* over de rechtvaardigheid van het recht zeggen, of wordt ook haar dan op Wittgensteiniaanse wijze het zwijgen daarover opgelegd?¹⁵

2.2. Vragen en antwoorden

Voordat ik Kelsens vraag naar de rechtvaardigheid ga behandelen, kom ik even terug op zijn zojuist besproken voetnoot in de *Allgemeine Theorie der Normen*. Daarin verwerpt hij het standpunt van Wittgenstein dat behoren-proposities onzinnig zijn en er geen morele proposities bestaan. Als geestverwant van de *Wiener Kreis* en geestelijk vader van de *Reine Rechtslehre* had Kelsen het er bij kunnen laten slechts het positieve recht als object ten grondslag te leggen aan zijn onderzoek en dus de vraag naar de rechtvaardigheid uit zijn geestesarbeid weg te laten. Toch heeft hij dat nooit gedaan en heeft integendeel zijn leven lang dikwijls over de omstrede kwestie van rechtvaardigheid van gedachten gewisseld.¹⁶ Uit Kelsens levenslange

13 Wróblewski 1981, pp. 515-516.

14 Kelsen 1967, pp. 1, 67-69.

15 Vgl. mijn eerdere artikel: Notermans 2008, pp. 50-53 (dit proefschrift, hfst. 3, pp. 54-57).

16 Ter illustratie noem ik hier de volgende drie zelfstandig verschenen werken van Kelsen over rechtvaardigheid: *Die philosophische Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus* (1928); *What is justice? Justice, law and politics in the mirror of science, Collected essays* (1957); en *Die Illusion der Gerechtigkeit. Eine kritische Untersuchung der Sozialphilosophisches Platons* (1985) (postuum verschenen); en niet te vergeten: *Das Problem der Gerechtigkeit*, welke uitvoerige tekst is opgenomen als appendix in de tweede, volledig herziene en uitgebreide editie van Kelsens hoofdwerk: *Reine Rechtslehre* (1960).

onderzoek, waarin hij de vele antwoorden op de rechtvaardigheidsvraag kritisch is nagegaan, blijkt dat hij:

das Problem der Gerechtigkeit ernst nahm, Sätze über die Gerechtigkeit nicht von vornherein als 'sinnlos' ansah, wofür er durchaus eine philosophische Basis [nl. Wittgensteins positie] hätte angeben können, sondern stets zu prüfen bereit war, welchen Gehalt diese Sätze haben.¹⁷

Van Wittgenstein kan ook niet worden gezegd dat hij het bestaan van ethische problemen heeft ontkend, getuige de volgende stellingen in de *Tractatus*: "We feel that even when all *possible* scientific questions have been answered, the problems of life remain completely untouched" (6.52); "There are, indeed, things that cannot be put into words" (6.522). Volgens hem echter, kunnen dergelijke problemen niet onder woorden gebracht, niet uitgesproken worden. In de zuivere (taal van de) wetenschap daarentegen, bestaat 'het raadsel' niet en zijn alle mogelijke vragen noodzakelijk beantwoordbaar (6.5). Alle zinvolle zijnsproposities kunnen immers de gehele zijns wereld in kaart brengen. Inzake de natuurwetenschappen huldigt Wittgenstein daarom een overtuigend antisceptische mening:

Scepticism is *not* irrefutable, but obviously nonsensical, when it tries to raise doubts where no questions can be asked. For doubt can exist only where a question exists, a question only where an answer exists, and an answer only where something *can be said*. (6.51)

Maar wat betreft de ethiek meent Wittgenstein dat waar geen antwoord kan worden uitgesproken, geen zegbare (zinvolle) vraag kan worden geformuleerd (6.5).¹⁸

Desondanks stelt Kelsen in *Was ist Gerechtigkeit?* deze onbeantwoordbare en eeuwige vraag der mensheid, al weet hij als moreel scepticus dat ook hij nooit een definitief antwoord zal vinden. Hij leidt de vraag naar rechtvaardigheid daarom als volgt in:

No other question has been discussed so passionately; no other question has caused so much precious blood and so many bitter tears to be shed; no other question has been the object of so much intensive thinking by the most illustrious thinkers from Plato to Kant; and yet, this question

¹⁷ Walter 1996, p. 210, waar ook naar onderhavige voetnoot 62 wordt verwezen.

¹⁸ Wittgenstein 1961, de genoemde getallen verwijzen naar de stellingen.

is today as unanswered as it ever was. It seems that it is one of those questions to which the resigned wisdom applies that man cannot find a definitive answer, but can only try to improve the question.¹⁹

Welnu, op welke manier formuleert Kelsen zelf deze moeilijke vraag? Vooraleerst kan worden bekritiseerd dat in een logische analyse vragen in de vorm ‘wat is...?’ bij meerduidige ideële begrippen eigenlijk moeten worden vermeden. Gevraagd kan worden *wat* een substantiële zaak, zoals een ‘boom’, *is*, als duidelijk is wat de term ‘boom’ aanduidt. Indien echter onduidelijk is waar een ideëel begrip precies aan refereert, dan is de vraag naar het *wezen*, het *zijn*, ervan misplaatst. Van het begrip ‘rechtvaardigheid’ wordt op zo verschillende manieren gebruik gemaakt dat het logischerwijs verschillende betekenissen kan hebben. Zo kan dat begrip enerzijds verwijzen naar een algemeen morele – en daarmee ‘buitenjuridische’ – waarde, zoals het rechtvaardige doel in het leven, waarvoor ook wel de term ‘gerechtigheid’ wordt gebruikt, anderzijds kan het een specifiek ‘binnenjuridische’ norm aanduiden waaraan een bepaalde wet of uitspraak van de wetgever respectievelijk rechter moet voldoen. De kritiek is dus dat Kelsen onderscheiden betekenissen door elkaar gooit en morele gerechtigheid verwart met juridische rechtvaardigheid, terwijl hij kennelijk met name de rechtvaardigheid in laatstbedoelde zin op het oog heeft.²⁰ Met deze kritiek in het achterhoofd kan Kelsens vraagstuk ‘wat is rechtvaardigheid?’ nu worden behandeld.

Rechtvaardigheid is, zijns inziens, primair een potentieel kenmerk van een sociale orde, secundair een menselijke deugd daar een mens pas rechtvaardig is indien hij zich overeenkomstig een rechtvaardige orde gedraagt. Een samenleving is rechtvaardig wanneer ze het gedrag van burgers zo ordent dat al haar burgers gelukkig zijn. Rechtvaardigheid betekent dan dus – in Plato’s zin²¹ – sociaal geluk dat door een sociale orde wordt verzekerd. Maar als rechtvaardigheid geluk betekent, is de volgende vraag:

19 Kelsen 1971, p. 1. De oorspronkelijke Engelstalige versie van zijn essay *Was ist Gerechtigkeit?* (1953) is gebaseerd op Kelsens afscheidsrede als hoogleraar aan de Universiteit van Californië, gehouden op 27 mei 1952 te Berkeley. Deze is online te beluisteren op: <http://gradlectures.berkeley.edu/lecture/what-is-justice>.

20 Ross 1957, pp. 565-566. Zie recentier Van Schilfgaarde 2006, pp. 170-172.

21 Plato (2005) identificeert in zijn *Politeia* rechtvaardigheid zodanig met geluk dat volgens hem slechts de rechtvaardige gelukkig kan zijn en de onrechtvaardige ongelukkig (p. 354a); dat daarom alleen in de rechtvaardige samenleving, in de ‘Ideale Staat’, het geluk van allen kan worden verzekerd (p. 420c); en wel slechts onder leiding van degene, de ‘Filosoof-Koning’, met het meest rechtvaardige en daarmee gelukkigste karakter van allen (p. 587e).

‘wat is geluk?’ Wordt nu onder ‘geluk’ het subjectieve gevoel verstaan, dan zijn conflicten tussen het geluk van het ene individu en dat van het andere onvermijdelijk. Daarom kan geen rechtvaardige orde bestaan die ieders individuele geluk kan verwezenlijken.²² Ter illustratie van deze stelling noemt Kelsen onder meer het beroemde *Salomo's Oordeel*. Zelfs indien men – uitgaande van Bentham's formule en zijn subjectieve waardering van geluk – rechtvaardigheid beschouwt als ‘het grootste geluk voor het grootste aantal mensen’,²³ dan is een rechtvaardige orde nog steeds onmogelijk, omdat verschillende individuen zeer verschillende ideeën erop nahouden van wat het grootste geluk voor het grootste aantal uitmaakt. Om die reden kan het door een samenleving verzekerde geluk niet geluk in subjectief-individuele zin, echter alleen geluk in objectief-collectieve zin behelzen.²⁴ Het geluk in deze laatste betekenis houdt niet meer in dan de behartiging van bepaalde belangen die door het maatschappelijk gezag als waardevol worden erkend. Volgens Kelsen moet de betekenis van de idee van rechtvaardigheid deze radicale ‘metamorfose’ ondergaan, wil zij een mogelijke eigenschap van een maatschappelijke orde kunnen worden. Het gevolg is dat “the idea of justice is transformed from a principle guaranteeing the individual happiness of all subjects, into a social order protecting certain interests socially recognized by the majority as worthy of being protected.”²⁵

Aan welke belangen hechten we de grootste waarde? En omgekeerd, in welke waarden stellen we het grootste belang? Dit zijn vragen die opduiken in geval van een belangenconflict dat uiteindelijk neerkomt op een waardenconflict. In geval van zulke conflicten, waarin de behoefte aan rechtvaardigheid zich juist voordoet,²⁶ verandert de vraag naar rechtvaardigheid onvermijdelijk in het onbeantwoordbare en onoplosbare probleem

22 Kelsen 1971, pp. 1-2.

23 Bentham 1996, hfst. I. In zijn *Introduction to the Principles of Morals and Legislation* formuleert Bentham zijn ‘utiliteitsprincipe’ ook nog als volgt: “Ethics at large may be defined, the art of directing men's actions to the production of the greatest possible quantity of happiness, on the part of those whose interest is in view” (Idem, hfst. XVII).

24 Kelsen 1971, p. 4. Hij vergelijkt deze ‘metamorfose’ van de betekenis van geluk met die van vrijheid: “Since genuine freedom (...) from any kind of social (...) government is incompatible with any kind of social organization, the idea of freedom must cease to mean absence of government; it must assume the meaning of a special form of government (...) exercised by the majority – if necessary against the minority of the governed individuals. The freedom of anarchy turns to the self-determination of democracy”. Vgl. *Het maatschappelijk verdrag* van Rousseau 2002, boek I, hfst. 6-8, waar de onbeperkte ‘natuurlijke vrijheid’ van de mens wordt vervangen door zijn ‘burgerlijke vrijheid’ die wordt beperkt door de algemene wil (de meerderheid).

25 Kelsen 1971, p. 4.

26 Waar zich geen belangenconflicten voordoen, daar bestaat geen behoefte aan rechtvaardigheid, zo stelt Kelsen.

van rechtvaardigheid.²⁷ De rechtvaardigheidskwestie impliceert namelijk het probleem van waardenconflicten waarvoor geen rationele oplossing mogelijk is, vanwege het ontbreken van een objectieve rangorde van waarden. Het oordeel dat we in een bepaalde waarde het grootste belang stellen, is een waardeoordeel dat in laatste instantie door emotionele factoren wordt bepaald. Met deze emotivistische stellingname gaat Kelsen ervan uit dat een waardeoordeel uiterst subjectief en de geldigheid ervan slechts relatief is.²⁸ Wanneer we dus in geval van conflicterende belangen moeten beslissen aan welk belang we de grootste waarde hechten, dan is het

in the last instance, our feeling, our will, and not our reason; the emotional, and not the rational element of our consciousness which decides this conflict”, hetgeen betekent dat, “the answer has always the character of a subjective, and therefore only relative, judgment of value.”²⁹

Wat is nu eigenlijk het rechtvaardigheidsprobleem? Kelsen loochent niet het bestaan van een gemeenschap waarin meerdere (de meerderheid van) individuen feitelijk in hun waardeoordeel overeenstemmen. Rechtvaardigheid is, zoals gezegd, een mogelijk verschijnsel van een sociale orde. Maar hij ontkent wel de vermeende objectieve geldigheid van een positief waardesysteem en daarmee de gepretendeerde absolute rechtvaardigheid ervan. Hoewel redelijkerwijs niet kan worden vastgesteld wat de hoogste waarde is en de vraag naar rechtvaardigheid niet via de rede kan worden beantwoord, heeft de geschiedenis vele theorieën voortgebracht die pretenderen de hoogste waarde en de absolute rechtvaardigheid te hebben gevonden. Al deze voortbrengselen van de menselijke geest zijn echter metafysisch-religieuze of pseudo-rationele oplossingen van het probleem.³⁰ Voor beide typen antwoorden op de vraag naar rechtvaardigheid geldt,

27 Ofschoon de 'vraag' naar rechtvaardigheid hier lijkt te worden gereduceerd tot een kentheoretisch 'probleem', komt deze vraag tegelijkertijd neer op de moreelpraktische 'opgave' hoe dan toch aan die eeuwige behoefte aan rechtvaardigheid te kunnen voldoen. Zie Van Schilfgaarde 2006, pp. 164-165.

28 Cliteur & Ellian 2009, p. 129.

29 Kelsen 1971, pp. 5-7. Ter illustratie van de stelling dat een rationele rangorde van waarden ontbreekt, noemt Kelsen hier o.a. de volgende waardenconflicten: individu vs. natie, heiligheid v.h. leven vs. zelfbeschikkingsrecht, vrijheid vs. gelijkheid, individuele vrijheid vs. economische zekerheid en waarachtigheid vs. menselijkheid.

30 In *What is Justice?* brengt Kelsen enerzijds Plato (idee van het goede) en Jezus (prediking van de liefde) en anderzijds Aristoteles (*mesotes*-leer) en Kant (categorische imperatief) ten tonele als vertegenwoordigers van de metafysisch-religieuze respectievelijk pseudo-rationele theorieën van rechtvaardigheid.

volgens Kelsen, dat “the determination of these absolute values, and in particular the definition of the idea of justice (...) are but empty formulas by which any social order whatever may be justified as just.”³¹

2.3. Absolutisme en relativisme

Wie denkt veel verder te komen dan Wittgensteins onzegbaarheid van ethische proposities, komt vooralsnog bedrogen uit. Met Kelsens niets-zeggendheid van ethische formules is voorlopig weinig vooruitgang geboekt. Er zijn zelfs critici die menen dat Kelsen met zijn conclusie dat de absolute rechtvaardigheid niets anders is dan een lege formule de idee van rechtvaardigheid volledig heeft vernietigd. Hij heeft, zo luidt de kritiek: “die Gerechtigkeit als solche in Abrede gestellt,(...) sogar die ganze abendländische Denküberlieferung bezüglich der Gerechtigkeit unter einen grossen Fragezeichen gestellt.”³² Als in absolute termen kan worden gezegd wat rechtvaardigheid is, zou deze kritiek wellicht terecht zijn. Bovendien: Kelsen ontkent niet zozeer het bestaan van absolute rechtvaardigheid, maar bewijst veeleer dat de weg die de (westerse) traditie tot nu toe is gegaan niet begaanbaar is gebleken.³³ Kan de absolute rechtvaardigheid, zoals die traditie ons vertelt, eigenlijk wel langs rationele weg worden gerechtvaardigd?

Vast staat dat de mens van nature de behoefte voelt om zijn gedrag te rechtvaardigen. Hij beschikt immers niet alleen over een rede, maar ook over een geweten. In zijn rechtvaardigingsbehoefte probeert de mens echter door middel van zijn rede te voorzien. Als redelijk wezen verlangt hij dat zijn gedrag rationeel gerechtvaardigd kan worden. Volgens Kelsen is een rationele rechtvaardiging alleen mogelijk, indien kan worden bewezen dat een bepaald gedrag een passend middel is ter realisering van een verondersteld rechtvaardig doel. Onder de voorwaarde dat een bepaald doel rechtvaardig zou zijn, is een middel dat geschikt is om dat doel te bereiken dus gerechtvaardigd. Maar het geweten van de mens eist een onvoorwaardelijke en absolute rechtvaardiging van zijn gedrag en vraagt daarom of het ultieme doel ook gerechtvaardigd is. De moeilijkheid is nu

31 Kelsen 1971, p. 11. Zo worden door Kelsen o.a. de volgende formules van rechtvaardigheid als ‘inhoudsloos’ onthuld: Ieder het zijne (*suum cuique*), Kwaad met kwaad, goed met goed vergelden (*ius talionis*), Alle mensen zijn van nature gelijk (materiële gelijkheid), Gelijkheid van allen voor de wet (formele gelijkheid) en Wat gij niet wilt dat u geschiedt, doe dat ook een ander niet (de Gulden regel).

32 Basta 2005, p. 14.

33 Walter 1996, p. 213.

dat de rechtvaardiging van het hoogste doel of de hoogste waarde niet op rationele wijze kan worden aangetoond. Dat een uiteindelijk doel rechtvaardig zou zijn, kan slechts gerationaliseerd worden in de vorm van een aanname op grond waarvan rechtvaardiging van gedrag in voorwaardelijke en relatieve zin mogelijk is. De rede kan derhalve niet volledig in de behoefte van het geweten voorzien, omdat de eerste slechts kan zorgen voor een relatieve rechtvaardiging terwijl het laatste een absolute rechtvaardiging nodig heeft. Het tegenvallende resultaat is: "The absolute in general, and absolute values in particular, are beyond human reason, for which only a conditional, and in this sense relative, solution of the problem of justice, as the problem of justification of human behavior, is possible",³⁴ aldus Kelsen.

Aangezien het sterke geweten niet door de zwakke rede tevreden wordt gesteld, blijft het eindeloos zoeken totdat het ergens bevrediging kan vinden. In deze zoektocht naar een absolute rechtvaardiging kan de mens twee kanten op gaan. Aan de ene kant kan de mens zijn geweten tot rust brengen in metafysica of religie. Hij vervangt dan de rede door speculatie over of geloof in een transcendente wereld of God, waarvan de absolute waarde afkomstig zou zijn. Deze transcendente, bovenmenselijke zaken zijn echter ontoegankelijk voor het menselijk kenvermogen. De mens kan aan de andere kant de zwakheid van zijn rede ontkennen. Hij hoopt dan dat hij op 'rationele' wijze een of andere absolute waarde vindt waarmee hij vrede zou kunnen hebben. Deze hoop is echter gebaseerd op illusie of bedrog, omdat een dergelijke waarde simpelweg door emotie wordt gevormd.³⁵ Of de mens nu voor de metafysisch-religieuze of de pseudo-rationele kant kiest, volgens Kelsen blijft een absolute rechtvaardiging irrationeel.³⁶ De absolute rechtvaardigheid ligt aan gene zijde van de kenbare wereld en de menselijke rede, dus buiten empirie en logica om, want door de mens kan worden gedacht noch waargenomen een waarde die alle andere waarden noodzakelijk uitsluit. Verzint hij toch een formule, dan zegt (bewijst) deze niets en is de inhoud ervan leeg.³⁷

Kelsens vernietigende conclusie is vergelijkbaar met die van Wittgenstein in zijn *Lecture on Ethics* waarin laatstgenoemde iets tracht te zeggen over ethiek en absolute waarden. Maar die poging blijkt een hopeloos streven te zijn:

34 Kelsen 1971, pp. 8-10.

35 De idee dat morele waarde(oordele)n eerder voortkomen uit de emoties dan uit de (praktische) rede ontleent Kelsen aan het *Traktaat over de menselijke natuur* van Hume 2007, boek III, dl. 1.

36 Kelsen 1971, pp. 10-11.

37 Cliteur & Ellian 2009, p. 128.

My whole tendency and I believe the tendency of all men who ever tried to write or talk Ethics (...) was to run against the boundaries of language. This running against the walls of our cage is perfectly, absolutely hopeless. Ethics so far as it springs from the desire to say something about the ultimate meaning of life, the absolute good, the absolute valuable, can be no science. What it says does not add to our knowledge in any sense.³⁸

Als we ook maar iets over het absolute willen zeggen, overschrijden we zowel de grenzen van de wereld als die van de zinvolle taal. De grenzen van de zuivere taal (logica), die Wittgenstein in de *Tractatus* aanduidt, wijzen immers tevens de grenzen van de wereld aan (5.6). Hieruit volgt zijn onzegbaarheids-stelling: "We cannot think what we cannot think; so what we cannot think we cannot say either" (5.61).³⁹ Het onlogische is het ondenkbare en is dus het onzegbare.

Zoals gezegd, gelooft Kelsen wel in een zegbare ethiek als zinvolle wetenschap, maar niet in een wetenschappelijke vaststelling van absolute waarden in het algemeen en van absolute rechtvaardigheid in het bijzonder. In zijn streven loopt ook hij tegen de wanden van de kooi op en kan niet anders dan tot de slotsom komen dat binnen deze kooi alle waarden, inclusief de rechtvaardigheid, relatief zijn. Hij is van mening dat relativisme het onvermijdelijke gevolg is van een rationele wetenschap die zich zuivert van metafysica en het transcendente. Absolute morele waarden die noodzakelijk voor iedereen gelden, kunnen niet bewezen worden zonder toevlucht te nemen tot het transcendente. Het is derhalve Kelsens "rejection of any kind of metaphysical argument which also compels him to object against any attempt to establish absolute moral values."⁴⁰

Het absolutisme dat hij verwerpt, is de metafysische zienswijze die het bestaan aanneemt van een absolute realiteit onafhankelijk van de menselijke kennis. Met deze aanname correspondeert ook de mogelijkheid van absolute waarheid en absolute waarden. Deze mogelijkheid wordt ontkend door het relativisme dat alleen relatieve waarheid en relatieve waarden erkent. Het relativisme is namelijk de empirische beschouwingswijze die veronderstelt dat de realiteit als kenobject slechts in de menselijke kennis bestaat en dus afhankelijk is van het kennende subject. Bovendien is Kelsen ervan overtuigd dat een waardeoordeel in laatste instantie niet door rationele kennis van de realiteit maar door menselijke emotie tot stand

38 Wittgenstein 1965, pp. 11-12.

39 Idem 1961, de genoemde getallen verwijzen naar de stellingen.

40 Bondy 1964, p. 54.

komt. Dientengevolge hangt de betrekkelijke geldigheid van een dergelijk oordeel enkel van het bewogen subject af. Alle morele waarde(oordele)n moeten daarom als irrationeel en relatief worden beschouwd.⁴¹ Dit brengt Kelsen ertoe sceptisch te staan tegenover de hele westerse denktraditie betreffende de absolute rechtvaardigheid:

If the history of human thought proves anything, it is the futility of the attempt to establish, in the way of rational considerations, an absolutely correct standard of human behavior (...). If we may learn anything from the intellectual experiences of the past, it is the fact that only relative values are accessible to human reason (...). Absolute justice is an irrational ideal or, what amounts to the same, an illusion – one of the eternal illusions of mankind.⁴²

Absolute rechtvaardigheid kan, naar zijn mening, gewoon nooit worden gerechtvaardigd. De vraag is of hij hiermee, zoals wordt beweerd, de rechtvaardigheid *als zodanig* in twijfel trekt.⁴³

2.4. Natuurrecht en positief recht

Als absolute rechtvaardigheid een irrationeel ideaal of een eeuwige illusie is, dan rijzen de rechtsfilosofische vragen of het recht wel rechtvaardig *kan zijn* en, zo ja, of het rechtvaardig *behoort te zijn*. Deze vragen betreffen dus de specifiek juridische betekenis van het begrip rechtvaardigheid, welke betekenis een juridisch normatieve standaard aanduidt. Uit Kelsens definitie van rechtvaardigheid als ‘mogelijke eigenschap van een rechtsorde’ volgt dat een rechtsorde niet noodzakelijk, van nature rechtvaardig behoeft te zijn. Onrechtvaardig recht is nog steeds positief recht. Het voor velen onbetwistbare vereiste dat positief recht rechtvaardig *zou moeten zijn*, wordt door Kelsen wel degelijk onderschreven.⁴⁴ Ergens schrijft hij dat als de idee van rechtvaardigheid enige functie zou hebben, zij zou moeten fungeren als model om goed recht te maken en als criterium om goed van slecht recht te

41 Kelsen 1971a, pp. 198-199.

42 Idem 1971, p. 21.

43 Basta 2005, p. 3.

44 Kelsen 1947, p. 390.

onderscheiden.⁴⁵ Desalniettemin vraagt hij zich af wat rechtvaardig recht eigenlijk betekent.

In de natuurrechtstheorie vervult het zogenaamde 'natuurrecht' de functie van rechtvaardigheidsmodel en behoort het 'positieve recht' conform dat model te worden vervaardigd. De natuurrechtstheorie kent zowel een metafysisch-religieuze als een pseudo-rationalistische stroming,⁴⁶ die beide beweren dat uit de natuur in het algemeen respectievelijk de menselijke natuur in het bijzonder een volmaakt rechtvaardige samenleving kan worden afgeleid. De eerste stroming gelooft dat de natuur door God is geschapen en de natuurlijke wetten afkomstig zijn van Gods wil. Door de wetgevende natuur te analyseren, kan men de in de natuur aanwezige wetten ontdekken. Rechtvaardige wetten zijn immanent aan de natuur, daar Gods goedheid zich in de natuur heeft uitgedrukt. Kelsen weerlegt de metafysisch-religieuze rechtstheorie met het argument dat de natuur, als causaal gedetermineerd feitencomplex, geen wil heeft en daarom niet als wetgevende instantie kan optreden. Iemand die meent uit feiten normen, uit zijn behoren te kunnen deduceren, begaat een logische denkfout. De tweede stroming gaat ervan uit dat de natuur van de mens met een rede is begiftigd en dat de oorsprong van de natuurlijke normen in de menselijke rede is gelegen. Door de voorschrijvende rede te onderzoeken, kan men de in de rede inwonende normen vinden. Rechtvaardige normen zijn immanent aan de menselijke natuur, omdat de rede van de mens van nature goed is. Kelsen spreekt de pseudo-rationalistische rechtsleer tegen met de verklaring dat de menselijke rede, als beschrijvend en begrijpend denkvermogen, geen prescriptieve kracht heeft en om die reden niet tot voorschrijvende daden kan overgaan. Normen die het gedrag van mensen voorschrijven kunnen slechts voortkomen uit de menselijke wil, niet uit de menselijke rede. In Kelsens woorden:

To detect norms of human behavior in human reason is the same illusion as to deduce them from nature. Hence it is not astonishing that the various followers of the natural-law doctrine deduced from nature or found in human reason, the most contradictory principles of justice.⁴⁷

45 Idem 1971b, p. 295.

46 In *What is Justice?* voert Kelsen Robert Filmer en John Locke op als traditionele representanten van de metafysisch-religieuze respectievelijk pseudo-rationele natuurrechtstheorieën.

47 Idem 1971, pp. 20-21. Waar Filmer in zijn *Patriarcha* (1680) de natuurlijke macht van koningen had verdedigd als de enige rechtvaardige regeringsvorm, daar kon Locke in zijn *Two Treatises of Government* (1690) het staatsbestuur alleen maar rechtvaardigen op de natuurlijke macht van de burgers.

Eigenlijk bedriegen volgelingen van beide natuurrechtelijke stromingen zichzelf, daar ze eerst bepaalde door henzelf veronderstelde normen aan de natuur of de rede toeschrijven om deze vervolgens daaruit af te lezen. Zoals een diaprojector beelden op het witte doek doet vallen die men zonder projectie van reeds ontwikkelde dia's niet kan zien, of zoals "ein Zirkus-Zauberer aus seinem Zylinder die Tauben und Kaninchen hervorholt, die er vorher hineingesteckt hat."⁴⁸

Evenals Kelsens positivisme welke vorm van metafysische speculatie dan ook afwijst, zo verwerpt zijn rechtspositivisme elke vorm van natuurrechtelijke tovenarij.⁴⁹ Het natuurrecht als zogenaamd vaststaand model van absolute rechtvaardigheid kan onmogelijk als juridische maatstaf worden aangenomen, omdat het niet kan dienen als objectieve waardemeter. Daarmee beweert Kelsen niet dat er geen rechtvaardigheid bestaat, maar dat in werkelijkheid verschillende en in potentie in tegenspraak zijnde rechtvaardigheidsprincipes worden voorondersteld. Hij ontkent noch dat de inhoud van positieve rechtsnormen (kan) worden bepaald door een of ander principe van rechtvaardigheid noch dat positieve rechtsnormen als rechtvaardig of onrechtvaardig (kunnen) worden beoordeeld. Zijn zuivere rechtstheorie kan daarentegen alleen een relatief karakter toekennen aan de rechtvaardigheid als waardemeter, dat wil zeggen dat een bepaalde rechtsnorm in relatie tot een bepaalde waarde gerechtvaardigd maar tot een andere evenzeer veroordeeld kan worden. Aangezien niet op objectieve wijze kan worden vastgesteld welke waarde de voorkeur heeft boven welke andere en Kelsen niet met twee maten wil meten, kan hij een positieve rechtsorde slechts afmeten aan haar formele geldingsgrond. In tegenstelling tot een natuurrechtsgeleerde die de geldigheid van de rechtsorde afhankelijk maakt van haar inhoudelijke rechtvaardigheid, staat de zuivere rechtsgeleerde erop dat de geldigheid van een rechtsorde niet wordt bepaald door haar materiële overeenstemming met een vastgestelde rechtvaardigheidsnorm, maar wel door haar formele overeenkomst met een vooronderstelde 'grondnorm'. "Sofern die Geltung des positiven Rechts in Frage steht, kommt keine andere Norma als diese Grundnorm, kommt insbesondere keine Gerechtigkeitsnorm in Betracht",⁵⁰ aldus Kelsen.

Het positieve recht is dus mogelijksterwijs rechtvaardig. Of en in welke mate het recht rechtvaardig is, hangt van de aangenomen meeteenheid af. Onder aanname van de grondnorm is positief recht noodzakelijkerwijs

48 Idem 1968d, p. 821.

49 Bondy 1964, p. 54.

50 Kelsen 1968d, p. 827.

geldig. De hypothetische grondnorm stelt dat het recht geldig is. Welke inhoud het recht krijgt, laat de grondnorm over aan het door de grondwet geregelde rechtsproces van wetgeving en rechtspraak. Een positieve rechtsorde kan daarom nooit in tegenspraak komen met haar eigen grondnorm, terwijl strijdigheid tussen het positieve recht en een rechtvaardigheidsnorm altijd tot de mogelijkheden behoort. Dat betekent dat de grondnorm enkel een geldigheidscriterium vormt, maar geen vast criterium is ter bepaling van de rechtvaardigheid van het recht. Ofschoon de natuurrechtsleer voorwendt “diesen Masstab als ein sicheres Kriterium der Gerechtigkeit oder Ungerechtigkeit eines positiven Rechts zu liefern”, is ze volgens Kelsen “weit davon entfernt, das feste Kriterium zu liefern, das von ihr erwartet wird.”⁵¹ Doordat een absolute standaard van juridische rechtvaardigheid voor onmogelijk wordt gehouden, kan echter elke positieve rechtsorde die bepaalde menselijke gedragingen beveelt als relatief rechtvaardig worden bestempeld. Is ieder recht ‘rechtvaardig’ recht, dan is ieder recht ‘recht’. Dit impliceert dat de uitspraak ‘rechtvaardig recht’ eigenlijk een (on-nodige) herhaling van woorden inhoudt. Kelsen geeft dit zelf(s) ook toe: “Das bedeutet aber, dass das Urteil, eine Rechtsordnung sei relativ gerecht, auf die Tautologie hinausläuft, dass diese Rechtsordnung Recht sei.”⁵² Het paradoxale is dat de oplossing van het probleem van nietszeggende formules van absolute rechtvaardigheid niet veelzeggend is. De uitkomst van de relatieve rechtvaardigheid leidt namelijk tot tautologieën waaruit niet veel valt op te maken.

2.5. Rechtvaardigheid en rechtmatigheid

Heeft Kelsen, in zijn zuivere streven naar een antwoord op de vraag naar rechtvaardigheid, de idee van rechtvaardigheid *als zodanig* weggezuiverd? Het is waar dat hij zich bereid heeft getoond een hoge prijs te betalen om de zuiverheid van zijn rechtstheorie overeind te houden, maar of hij daarmee de rechtvaardigheid *op zich* ten offer heeft gebracht staat nog te bezien.⁵³ Hoewel hij het ideaal van absolute rechtvaardigheid inderdaad heeft prijsgegeven, moet zijn idee van relatieve rechtvaardigheid nog op waarde worden geschat. Deze waardering van de zin van relatieve rechtvaardigheid wordt in ieder geval belemmerd door bovengenoemde paradox, op basis

⁵¹ *Ibid.*, p. 828.

⁵² *Idem* 1968a, p. 621.

⁵³ Basta 2005, p. 14.

waarvan men zou kunnen denken dat deze zin 'even onzinnig' is als de zin van absolute rechtvaardigheid. Daarnaast wordt deze waardebepaling bemoeilijkt doordat Kelsen koste wat kost de zuiverheid van zijn rechtsleer wil handhaven, waardoor de idee van rechtvaardigheid als het ware van betekenis moet veranderen. Deze 'metamorfose' gaat mijns inziens niet noodzakelijk ten koste van de rechtvaardigheid, de vraag is echter wel wat er nog van overblijft.

Uiteraard kan men terecht kritiek hebben op Kelsens ambigue analyse van het begrip rechtvaardigheid in *Was ist Gerechtigkeit?*. Immers: "When Kelsen on the first page asks 'what is justice?' and on the second page declares that justice 'really means' social happiness, the reader is left without any justification for this postulate."⁵⁴ Maar omdat hij deze betekenis postuleert en zijn concept van rechtvaardigheid hier wordt onderzocht, wordt deze nu *for the sake of the argument* als uitgangspunt aangenomen. De eerste betekenis van rechtvaardigheid is dus 'maatschappelijk geluk'. Als men echter uitgaat van de oorspronkelijke zin van geluk, welke een subjectief gevoel aanduidt, dan is een rechtvaardige maatschappij onmogelijk. Het geluk van het ene individu conflicteert dan onvermijdelijk met dat van het andere. De zin van geluk moet daarom een verandering ondergaan van een subjectief-individuele naar een objectief-collectieve zin. Van een principe dat het 'subjectieve geluk' van alle individuen behoort te garanderen, wordt de betekenis van rechtvaardigheid omgevormd in een principe dat het 'objectieve geluk' van het collectief behoort te waarborgen. Een rechtvaardige samenleving moet het algemeen belang, dat wil zeggen de als waardevol erkende belangen beschermen. Maar deze betekenisvorm van rechtvaardigheid strandt op de moeilijkheid van belangen- en waardenconflicten. Deze strijd kan op rationeel wetenschappelijke wijze noch op absoluut rechtvaardige wijze worden beslecht, omdat de erkenning van bepaalde 'objectieve' belangen een subjectief en derhalve relatief waardeoordeel inhoudt, hetgeen altijd de verwaarlozing van andere (waardevolle) belangen tot gevolg heeft.⁵⁵ Vervolgens verliezen ook de absolute en natuurrechtelijke vormen van rechtvaardigheid hun betekenis vanwege hun metafysisch-religieuze of pseudo-rationele karakter. De absolute rechtvaardigheid als irrationeel ideaal moet van Kelsen daarom wel van gedaante verwisselen teneinde een zo objectief mogelijk idee van rechtvaardigheid te kunnen verwerven.

54 Ross 1957, p. 565.

55 Kelsen 1971, pp. 1-4.

Zoals gezegd, situeert hij zowel het probleem als de zin van rechtvaardigheid in gevallen van belangen- en waardenconflicten. Waar de belangen van mensen tegenstrijdig zijn, daar is behoefte aan rechtvaardigheid. Echter, net zo min als absolute rechtvaardigheid hier te behalen is, zo is volledige bevrediging van alle belangen ook niet haalbaar. Nu kan men, volgens Kelsen, de belangenstrijd slechts op twee manieren beëindigen:

either by satisfying one interest at the expense of the other, or by a compromise between the conflicting interests. It is not possible to prove that only the one or the other solution is just. Under certain conditions the one, under others the other may be just. If social peace is supposed to be the ultimate end – but only then – the compromise solution may be just, but the justice of peace is only a relative, and not an absolute, justice.⁵⁶

Het moge duidelijk zijn dat de eerste manier niet de ‘echte’ oplossing is, daar de verkiezing van het ene belang boven het andere uiteindelijk onrechtvaardig blijft. De tweede manier is evenmin de ‘ware’ uitkomst, omdat door de sluiting van het compromis de strijdige belangen niet volledig kunnen worden bevredigd. Bovendien is rechtvaardigheid in de gestalte van de sociale vrede ook slechts een relatief moreel doel dat in laatste instantie nooit kan worden geheiligd.

Toch is deze vorm van rechtvaardigheid, in de zin van ‘sociale vrede’, Kelsen wel heilig. Een relativistische waardeleer is volgens hem amoreel noch immoreel. Integendeel, de moraal van zijn verhaal is die van verdraagzaamheid en vreedzaamheid, kortom: iedereen zoveel mogelijk vrij en in ieders eigen waarde laten. Als moreel scepticus eindigt hij *Was ist Gerechtigkeit?* weliswaar met de bekentenis dat ook hij niet weet wat absolute rechtvaardigheid is waar de mensheid al eeuwen vurig naar verlangt. Hij moet zich ‘helaas’ tevreden stellen met relatieve rechtvaardigheid, te weten de rechtvaardigheid die *hij* van groot belang acht:

Since science is my profession, and hence the most important thing in my life, justice, to me, is that social order under whose protection the search for truth can prosper. ‘My’ justice, then, is the justice of freedom, the justice of peace, the justice of democracy – the justice of tolerance.⁵⁷

⁵⁶ *Ibid.*, pp. 21-22.

⁵⁷ *Ibid.*, pp. 22-24.

Echter, het belang dat Kelsen in de rechtvaardigheid van de sociale vrede stelt is niet alleen puur persoonlijk, maar – naar mijn mening – ook zuiver wetenschappelijk. De wetenschappelijke zoektocht naar objectieve waarheid is immers zijn belangrijkste streven.

Juist rechtvaardigheid in de gedaante van sociale vrede brengt hem dichter bij de door hem beoogde objectieve idee van rechtvaardigheid. Zoals bekend, hebben zijn inspanningen voor zuivere objectiviteit geleid tot waarderelativisme. De reden is dat “only relativism, which insists that opposite values can equally claim validity under certain conditions even though they cannot co-exist within the same system of values, can hope to achieve such objectivity as is humanly possible.”⁵⁸ Kelsen heeft gehoopt deze mate van objectiviteit te kunnen bereiken via de waarde van de sociale vrede. Ofschoon de *Zuivere Rechtsleer* een positieve rechtsorde onder alle omstandigheden weigert te verdedigen of te veroordelen, kan deze leer – empirisch en realistisch als zij is – evenwel bepalen onder welke omstandigheden een dergelijke orde haar aanspraak op geldigheid (en gehoorzaamheid) zo kan behouden dat zij ‘maatschappelijk werkzaam’ blijft.⁵⁹ Wel, de ervaring leert dat “only a legal order which does not satisfy the interests of one at the expense of another, but which brings about such a compromise between the opposing interests as to minimize the possible frictions, has expectation of relatively enduring existence.”⁶⁰ Is een positieve rechtsorde niet bij machte aldus de sociale vrede tussen haar burgers te garanderen, dan dreigt zij haar maatschappelijke werkzaamheid, en daarmee uiteindelijk ook haar objectieve gelding, te verliezen.

Toegegeven moet worden dat het oorspronkelijke ideaal van rechtvaardigheid, zoals dat hier is ontwikkeld, te weten dat van ‘maatschappelijk geluk’, iets anders betekent dan dat van ‘sociale vrede’ en dat door de betekenismetamorfose het probleem van rechtvaardigheid slechts ten dele is opgelost: niet elke vrede behoeft in die zin even rechtvaardig te zijn. Niettemin beschouwt Kelsen ook deze gedaanteverwisseling als een onvermijdelijke stap in de richting van rechtvaardigheid als een realiseerbare waarde van een sociale orde. Ervan uitgaande dat orde te verkiezen is boven anarchie, hetgeen uiteindelijk ook een relatief uitgangspunt blijft, ziet hij de idee achter deze zinsverandering als volgt: “if it is not possible

58 Bondy 1964, p. 55.

59 De term ‘maatschappelijke werkzaamheid’ ontleen ik aan Van Schilfgaarde 2006, p. 172, maar ik gebruik deze term hier – anders dan Van Schilfgaarde – in de sociologisch te bepalen zin van ‘effectiviteit’, zoals Kelsen zelf ook heeft bedoeld.

60 Kelsen 1947, p. 397.

to realize the ideal of perfect justice, let us establish a social order which guarantees at least peace. Such a social order is certainly better than no order at all, a state of anarchy.”⁶¹ Nu, het positieve recht blijkt in staat een dergelijke orde te vestigen, waarvan het primaire doel is ten minste de vrede tussen de burgers te verzekeren, in die zin dat bijvoorbeeld een rechterlijke uitspraak niet de absolute waarheid van de feiten vaststelt, maar wel een einde kan maken aan het conflict van belangen.⁶² Kan een positieve rechtsorde daarenboven een compromis tussen die conflicterende belangen en daarmee de sociale vrede realiseren – op welk moreel doeleinde een parlementaire democratie wezenlijk is gericht⁶³ – dan wordt daardoor de minst subjectieve vorm van rechtvaardigheid bereikt die maatschappelijk mogelijk is. Niet door met alle geweld de subjectieve belangen van de ene partij te willen bevredigen ten koste van de andere, maar door hun gelijkwaardige aanspraak op waarheid te tolereren en tot een vergelijk te willen komen, kan een oplossing worden gezocht die aan beide aanspraken recht doet. Maar zelfs deze tussenoplossing betekent dat: “if law is justice because law guarantees peace, it is just to apply the law, and unjust not to apply the law where it should according to its own intention.”⁶⁴ Van hieruit is het nog maar een kleine stap naar de meest objectieve betekenis van rechtvaardigheid: ‘rechtvaardigheid als rechtmatigheid’; de laatste gedaanteverwisseling die onherroepelijk leidt tot de tautologie: ‘rechtvaardig recht is rechtmatig recht, is recht’.

Kelsens metamorfose van de idee van rechtvaardigheid is voleindigd. Eindelijk heeft hij een betekenisvorm gevonden waarmee hij het probleem van rechtvaardigheid aan de onzekere sfeer van de subjectieve waarden kan onttrekken. Rechtvaardigheid, in de zin van rechtmatigheid, is de enige objectieve grondslag op basis waarvan men de orde van het recht, en daarmee de sociale vrede, kan handhaven. Rechtmatigheid is de formele rechtvaardigheid, de deugd die betrekking heeft, niet op de inhoud van het recht, maar op de toepassing van het recht. Zonder de rechtsinhoud te hoeven waarderen, kan men stellen dat het over het algemeen rechtvaardig

61 *Ibid.*, p. 397.

62 Herrera 2004, p. 28.

63 Kelsen 2006b, p. 196; zijn democratietheorie kan aldus worden begrepen: weliswaar vormt de maximalisering van individuele vrijheid ideologisch gezien het ultieme ideaal van de (parlementaire) democratie, maar omdat een zodanige vrijheid in de maatschappelijke realiteit onbereikbaar is, moet zij zich tevreden stellen met het in de werkelijkheid realiseerbare doel van de sociale vrede, opdat (door middel van het parlementaire proces van het sluiten van compromissen) in ieder geval zoveel mogelijk individuen tezamen vrij kunnen zijn (Idem, p. 204).

64 Kelsen 1947, p. 398.

is een rechtsregel toe te passen in alle gevallen waarin die regel – ingevolge haar inhoud – behoort te worden toegepast. Daarentegen is het onrechtvaardig een rechtsregel in bepaalde gevallen niet en in andere gelijke gevallen wel toe te passen. Rechtvaardigheid in de gedaante van rechtmatigheid voorkomt willekeur en waarborgt daarom de rechtszekerheid en -gelijkheid binnen elke positieve rechtsorde met welk moreel doeleinde dan ook. Desalniettemin maakt Kelsen nog steeds onderscheid tussen deze formele rechtvaardigheid die immanent is aan het recht en de materiële rechtvaardigheid die het recht transcendeert, hetgeen blijkt uit het volgende citaat:

Justice above the law is justice as an idea different from the law, a postulate directed at the law. The law should be just, although it is sometimes unjust. Justice under the law is justice as identical with the law. In this sense, law is always just. Justice under the law is a postulate of (...) the positive law (...) directed at the individuals subject to the law: to obey and to apply the law in the way the law intends to be obeyed and applied.⁶⁵

2.6. Conclusie: recht(matigheid) en vrede

Welnu, de enige idee van rechtvaardigheid waar Kelsen een objectief karakter aan kan toekennen, is de rechtmatigheid. Alleen in die betekenis is rechtvaardigheid wetenschappelijk zinvol. Omdat deze immanente rechtvaardigheid onder het recht valt of daarmee samenvalt, kan zij door de *Reine Rechtslehre* worden gekend en besproken. De formele aard van de rechtmatigheid verklaart dat zij niet veelzeggend is, want wat is 'vorm' anders dan 'iets dat inhoud mist'? Echter, net als de tautologie een literaire stijlfiguur kan zijn ter intensivering van een uitspraak, zo kan de rechtmatigheid een gestalte van rechtvaardigheid zijn ter versterking van het recht. Zo is de formele rechtmatigheid in staat een positieve rechtsorde gezag en gelding te verlenen in die zin dat ze de gelijke rechtstoepassing kan verzekeren zoals deze is verordend. Voor zover de tautologie ook een logisch begrip betreft, veroorloof ik mij hier nog een laatste vergelijking tussen Wittgenstein en Kelsen. Waar volgens de eerste de waarheden van de logica alleen van binnenuit kunnen worden gerechtvaardigd, of in Wittgensteins eigen aforistische

⁶⁵ *Ibid.*, p. 398.

stelling: “Logic must look after itself”,⁶⁶ daar kan volgens de laatste de rechtmatigheid van het recht slechts door zichzelf worden bepaald, of zoals Kelsen het zelf kernachtig verwoordt: “The law regulates its own creation.”^{67,68} Naar analogie van de logische tautologieën – de analytisch immanente waarheden van de logica – die door Wittgenstein als *zinloos* maar daarmee niet *onzinnig* worden betiteld,⁶⁹ kan de tautologische rechtmatigheid – de ‘binnenjuridische’ norm van de rechtvaardigheid – weliswaar als *inhoudsloos* maar daarmee nog niet *waardeloos* worden gekenschetst. Zo kan deze formele rechtvaardigheid in een liberale en pluriforme democratie een waardevol moreel alternatief bieden voor de inhoudelijke of natuurrechtelijke rechtvaardigheid.⁷⁰

De materiële rechtvaardigheid transcendeert daarentegen het recht en kan daarmee dus onmogelijk een bespreekbaar kenobject van de zuivere rechtstheorie zijn. Hoewel deze ‘buitenjuridische’ gerechtigheid,⁷¹ die boven het recht uitstijgt, bepalend kan zijn voor de rechtsinhoud, heeft zij vanwege haar subjectieve karakter geen wetenschappelijke betekenis. Haar belangrijke rol noch waarde voor het recht wordt door Kelsen gering-schat, maar de invulling respectievelijk de bepaling daarvan moet door zijn rechtstheorie worden overgelaten aan de ‘onzuivere rechtspraktijk’ van wetgeving en rechtspraak. Wil de ‘praktiserend jurist’ daarin toch nog trouw blijven aan het rationele – doch wellicht ook morele – streven naar zuivere objectiviteit, dan kan hij/zij zich laten leiden en inspireren door de minst subjectieve metamorfose van materiële rechtvaardigheid, te weten die van de ‘sociale vrede’. Met name in de rechtspraak waar recht dient te worden *gesproken* – en dus allesbehalve kan worden *gezwegen* – ‘toont’⁷² deze vorm van juridische rechtvaardigheid zich als de waarde van het recht waar de betrokken partijen zich – in een pluriforme samenleving – mogelijk het meest in kunnen vinden. Want waarop zou de rechtspraak in het algemeen anders gericht zijn dan primair op de vredige beslechting van geschillen tussen partijen? Het is dan ook misschien

66 Wittgenstein 1961, stelling 5.473.

67 Kelsen 1967, p. 221.

68 Vgl. Green 2009, pp. 23, 30 en idem 2003, pp. 397, 405.

69 Wittgenstein 1961, stellingen 4.461 – 4.4611 – 5.142 – 5.143 – 6.1 – 6.11.

70 Schneider 1996, p. 145.

71 De onderscheiden termen ‘binnenjuridische’ rechtvaardigheid en ‘buitenjuridische’ gerechtigheid ontleen ik aan Van Schilfgaarde 2006, pp. 170-172.

72 ‘Tonen’ als bedoeld in de *Tractatus* van Wittgenstein 1961: sommige zaken die zich niet laten zeggen of uitspreken, tonen zich daarentegen wel, zoals het ethische of het mystieke (stelling 6.522).

niet voor niets dat de gemakkelijkst toegankelijke (burger)rechter in de ons omringende landen⁷³ nog altijd een ‘vrederechter’, ‘juge de paix’ of ‘Friedensrichter’ wordt genoemd. Kennelijk is dat primaire doel van de feitelijke rechtspleging in ons eigen land zo vanzelfsprekend geworden dat daarover – in de naamgeving van de ambtsdrager althans – intussen wordt gezwegen.^{74, 75}

73 In België, Luxemburg, Frankrijk en Zwitserland: landen waarvan de rechtstelsels op de Franse *Code Napoléon* zijn gebaseerd.

74 In Nederland werd het ambt van vrederechter in 1838 afgeschaft. Het huidige ambt van kantonrechter komt er het dichtst bij in de buurt.

75 Vgl. mijn eerdere artikel: Notermans 2008, pp. 66-67 (dit proefschrift, hfst. 3, pp. 71-72).

