

# ‘Sociale vrede’ als kelseniaanse voorstelling van rechterlijke rechtvaardigheid

Mathijs Notermans\*

## 1 Inleiding

Onderzoek naar een kelseniaanse voorstelling van rechterlijke rechtvaardigheid lijkt op het eerste gezicht strijdig te zijn met het zuiver theoretische onderzoek van de geestelijk vader van de *Reine Rechtslehre* zelf. Bij nadere beschouwing blijkt deze *prima facie*-tegenstelling schijn te zijn vanwege de paradoxale werking die van Kelsens zuivere rechtstheorie uitgaat. Ook Herrera is, in zijn recente inleiding op Kelsens rechtsfilosofie, op deze paradox gestuit. Daarin concludeert hij dat de waarde van de zuivere rechtstheorie tegengesteld blijkt te zijn aan de vooronderstellingen die ten grondslag liggen aan de zuivere theorie zelf: ‘une théorie qui se voulait avant tout “connaissance pure” présente, surtout, une signification politique’. Uiteraard lijkt een dergelijke waardering van de theorie de doelstellingen van zijn auteur tegen te spreken wanneer deze niets anders dan een zuivere theorie van het recht voor ogen had. Echter, zo merkt Herrera terecht op, ‘l’intention d’un auteur n’est pas un argument théorique’.<sup>1</sup> Bovendien kan de ‘stille’ intentie van een auteur een andere zijn dan men op grond van zijn theorie zou verwachten, getuige Wittgensteins filosofische brief aan de uitgever van zijn *Tractatus Logico-Philosophicus*, waarin hij verklaarde dat, hoewel zijn boek zweeg over ethiek, de betekenis ervan toch vooral ethisch was.<sup>2</sup> Met Herrera meen ik dat Kelsens theorie in die zin vaak (te) eenzijdig is opgevat en dat de politieke en ethische waarde van zijn rechtstheorie zelden voldoende is geëxpliciteerd.

Door drie paradoxale effecten van Kelsens werk aan te tonen wil ik in dit artikel laten zien dat onderzoek naar een kelseniaanse voorstelling van rechterlijke rechtvaardigheid niet alleen mogelijk, maar ook zinvol is. De

\* Studeerde rechten en filosofie. Junior docent rechtsfilosofie, Faculteit der Rechtsgeleerdheid, Radboud Universiteit Nijmegen. De auteur dankt Edith Brugmans, Thomas Mertens en Ronald Tinnevelt voor hun waardevolle commentaar.

1 Herrera 2004, p. 96. Zie ook zijn uitgebreide studie over Kelsen: Herrera 1997.

2 Wittgenstein 1991, p. 177.

eerste paradox vindt zijn oorsprong in Kelsens geformaliseerde en waarde-vrije rechtsbegrip, dat de rechter onverwachts confronteert met zijn morele verantwoordelijkheid voor de materiële waardering van het recht (par. 2). De tweede paradox ontstaat uit Kelsens gerationaliseerde concept van relatieve rechtvaardigheid, welk concept de rechter zelfs dwingt tot een absolute gewetensovertuiging van de morele juistheid van zijn oordeel (par. 3). De derde paradox vindt zijn basis in Kelsens idee van geobjectiveerde 'sociale vrede', waardoor de rechter zich juist rekenschap geeft van de subjectieve en irrationele eisen van rechtvaardigheid (par. 4). Uit mijn analyse van deze drie schijnbare tegenstellingen zal blijken welke verrassende voorstelling van rechterlijke rechtvaardigheid gemaakt kan worden op grond van Kelsens zuivere rechtstheorie (par. 5).

## 2 Spreken en zwijgen

'Spreken is zilver, zwijgen is goud', zo luidt een bekend spreekwoord. Het betekent niet dat spreken altijd slechter is, wel dat zwijgen soms beter is. Het is een spreuk die op het lijf van Wittgenstein geschreven is. Zo vat hij de zin van zijn *Tractatus*<sup>3</sup> in het voorwoord als volgt samen: 'What can be said at all can be said clearly, and what we cannot talk about we must pass over in silence.' Dat wat duidelijk gezegd kan worden, zijn stellingen van de natuurwetenschap die de werkelijkheid logisch afbeelden. Dat waarover niet kan worden gesproken, zijn metafysische oordelen van de filosofie die de werkelijkheid transcenderen. De zuivere filosoof moet daarom spreken in natuurwetenschappelijke stellingen en dient de ander te bekritisieren indien hij de logische grenzen van onze wereld en taal overschrijdt. Hoewel Wittgenstein bekend dat deze filosofie voor die ander onbevredigend kan zijn – 'He would not have the feeling that we were teaching him philosophy' – meent hij toch dat zij de enig zuivere is (6.53). Hiermee ontkent hij overigens niet het bestaan van onuitsprekelijke zaken. Dergelijke zaken die zich aan gene zijde van onze taal en wereld bevinden, kunnen niet in woorden worden gevat, maar 'tonen zich' enkel als 'het mystieke' (6.522). Voor ethiek (en recht) houdt dit in dat goed en kwaad (recht en onrecht) zich weliswaar manifesteren, echter niet binnen de grenzen van de feitelijke bespreekbare werkelijkheid. 'It is clear that Ethics cannot be put into words. Ethics is transcendental' (6.421), aldus Wittgenstein. Een waardeoordeel, bijvoorbeeld een morele (juridische) veroordeling van moord, gaat namelijk de loutere beschrijving van de natuurlijke werkelijkheid te boven. Als we een dergelijk oordeel vellen, verwijzen we naar iets *bovennatuurlijks* dat noch een feitelijke toestand uitdrukt, noch logisch dwingend uit een

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

feitelijke toestand volgt. Sterker nog: ‘No state of affairs has, in itself’, wat Wittgenstein noemt: ‘The coercive power of an absolute judge.’<sup>4</sup> Omdat we over morele zaken niet op wetenschappelijke wijze kunnen spreken, is het zuiverder daarover te zwijgen.

In tegenstelling tot Wittgenstein, maakt Kelsen de behoren-proposities van recht (en ethiek) wel bespreekbaar. Volgens de auteur van *Reine Rechtslehre* zijn we namelijk in staat om zowel een natuurlijke als een normatieve betekenis aan de wereld te verlenen. Een feitelijke daad – zoals moord – is altijd een natuurlijk fenomeen dat oorzakelijk wordt gedetermineerd, en een gebeurtenis die zintuiglijk kan worden ervaren. Een dergelijke handeling is op zich, als natuurverschijnsel, object van recht noch van rechtswetenschap. Deze daad verandert pas in een ‘slechte’ daad, ‘een misdaad’, als gevolg van een normatieve interpretatie. De juridische betekenis van deze daad wordt ontleend aan een rechtsnorm, *in casu* artikel 289 Sr, waarin staat dat moord een misdrijf is. Door de norm wordt een juridische betekenis aan de feitelijke daad verleend, zodat de daad overeenkomstig de norm kan worden geïnterpreteerd. ‘The norm functions as a scheme of interpretation’, aldus Kelsen. Anders gezegd: ‘The judgment that an act of human behavior, performed in time and space, is “legal” (or “illegal”) is the result of a specific, namely normative, interpretation.’<sup>5</sup> Het recht en de rechtswetenschap hebben als object deze rechtsnormen, die in tijd en ruimte gepleegde menselijke handelingen als (on)rechtmatig kunnen kwalificeren.

Spreken over een norm, een behoren, is dus wel zinvol. Erkent men de zin van normen, dan kan men volgens Kelsen ook zinnige waardeoordelen uitspreken. Indien een geldige norm voorschrijft dat bepaald gedrag behoort plaats te vinden, kan het feitelijke gedrag al dan niet overeenkomen met de norm. Het oordeel dat gedrag conform de norm is, is een positief waardeoordeel. Het houdt in dat gedrag rechtmatig is. Het oordeel dat gedrag in strijd is met de norm, is een negatief waardeoordeel. Het wil zeggen dat gedrag onrechtmatig is. Zo vestigt een geldige norm, in overeenstemming waarmee bepaald gedrag behoort te zijn, een positieve of negatieve waarde. ‘The norm that is regarded as objectively valid, functions as a standard of value applied to actual behaviour.’ Naar Kelsens idee vormen normen de maatstaf voor zinnige waardeoordelen, terwijl feiten de maatstaf vormen voor zinnige realiteitsoordelen.

‘Value judgments affirming that an actual behavior conforms to an objectively valid norm and is (...) “good”, or does not conform and is

4 Wittgenstein 1965, p. 7.

5 Kelsen 2005, p. 3-4.

(...) “bad”, must be distinguished from judgments about reality that affirm (...) that something is and how it is.<sup>6</sup>

Het gedrag waarnaar het waardeoordeel verwijst, is een feitelijke handeling die deel uitmaakt van de realiteit. Echter, zo'n feit kan – in relatie tot een norm – als 'goed' of 'slecht' worden beoordeeld, zo'n feit kan een positieve of negatieve waarde hebben. De werkelijkheid kan dus op zinvolle wijze worden gewaardeerd.<sup>7</sup>

Desondanks trekt Kelsen, in vergelijking met Wittgenstein,<sup>8</sup> een zuivere scheidslijn waarachter hij er het zwijgen toe doet. Laat mij deze scheidslijn aanwijzen. Alleen door mensen geschapen normen en door normen gevestigde waarden kunnen object van recht en rechtswetenschap zijn. Normen die de maatstaf vormen voor waardeoordelen, zijn niet door bovenmenselijke maar door menselijke wilsacten geschapen, en al zouden ze door bovenmenselijke wilsacten geschapen zijn, dan nog zouden ze geadopteerd moeten worden door mensen en dus alsnog door mensen moeten worden gemaakt. Waarden, die door menselijke normen worden gevestigd, zijn dus wezenlijk willekeurig. Bovendien kunnen verschillende menselijke wilsacten tegengestelde normen scheppen, die tegengestelde waarden vestigen. Dat wat 'goed' is volgens de ene, kan 'slecht' zijn volgens de andere norm. Positieve rechtsnormen vestigen slechts relatieve waarden, ten aanzien waarvan het rationeel onmogelijk is te bewijzen welke van de waarden 'de ware' is, zodanig dat deze in waarheid boven alle verheven is. Over absolute, transcendente waarden kan de *Zuivere Rechtsleer* bijgevolg maar beter zwijgen. Rechtvaardigheid is volgens Kelsen een subjectief-irrationele waarde waarop men vaak aanspraak maakt als ware zij een absolute waarheid. Rechtvaardigheid blijkt een probleem te zijn dat rationeel-wetenschappelijk onmogelijk kan worden opgelost. Daar waar Wittgenstein in zijn *Tractatus* beseft dat 'onze levensproblemen' helemaal niet worden opgelost als alle wetenschappelijke vragen zijn beantwoord (6.52), daar wil Kelsen met zijn *Zuivere Rechtsleer* graag 'het leven dienen', maar dan slechts in dienst van objectieve waarheid. Want, zo zegt Kelsen:

'Man kann dem Leben dadurch dienen, dass man in unbestechlicher Objektivität das Wesen der Dinge und so auch das Wesen von Staat und Recht zu erkennen sucht, d.h. also durch *Wissenschaft*, oder

6 Idem, p. 17-18.

7 Zie voor Kelsens latere begrip van realiteit en waarde: Kelsen 1991, p. 58-62.

8 Zie voor de sterke gelijkenis tussen de filosofie van Kelsen en die van Wittgenstein: Hack 2003.

dadurch, dass man wollend und handelnd Werte verwirklicht, insbesondere Recht erzeugt und vollzieht: durch *Politik*.<sup>9</sup>

Kelsen wenst positief recht zonder waardering te beschrijven zoals het *is*, niet zoals het *behoort te zijn*. De zuivere theoreticus is waardevrij en als wetenschapper moet hij dat ook zijn. Hiermee ontkent hij niet dat recht iets met waarden te maken heeft. Integendeel, hij erkent dat rechtsnormen specifieke rechtswaarden vestigen en dat juridische oordelen, inhoudende dat bepaald gedrag (on)rechtmatig is, objectieve waardeoordelen zijn. Echter, terwijl de zuivere rechtstheorie de waardevestigende functie van normen constateert, bepaalt zij de waarde van deze functie niet. 'Eine solche Bewertung, die Antwort auf die Frage, wie das Recht sein soll, was das richtige, gerechte Recht ist', is een 'filosofische taak' die moet worden uitgeoefend door de rechtspolitiek die, 'da es sehr verschiedene Gerechtigkeitsideale gibt, dabei zu sehr verschiedene Ergebnisse kommen kann'.<sup>10</sup> In de zuivere rechtstheorie is spreken over rechtvaardigheid daarom zilver, daarover zwijgen goud.

In de 'onzuivere rechtspraktijk' daarentegen, wordt niemand minder dan de rechter, die handelend en willend waarden verwezenlijkt door recht te scheppen en toe te passen, gedwongen de waarde van het positief recht te bepalen. Zwijgen is geen optie, want ingevolge artikel 13 Wet AB, waarin staat dat 'de regter die weigert regt te spreken, onder voorwendsel van het stilzwijgen, de duisterheid of de onvolledigheid der wet, (...) uit hoofde van regtsweigering vervolgd [kan] worden', is het 's rechters plicht recht te spreken. Zijn rechtspolitieke taak dwingt hem ertoe de normatief inhoudelijke vragen 'hoe het recht behoort te zijn' en 'wat rechtvaardig recht is' te beantwoorden; politieke en ethische vragen dus, waarop de zuivere rechtstheorie geen antwoord geeft.

Een dergelijke rechtstheorie kan uiteraard rekenen op veel kritiek. Zo zou zij de rechtvaardigheid als zodanig in twijfel hebben getrokken of zelfs hebben vernietigd;<sup>11</sup> zij zou het behoren van de norm op een wijze hebben beschreven die 'geheel losstaat van wat het voor ons gevoel zou kunnen betekenen', dusdanig dat het formele oordeel dat gedrag volgens de norm (on)rechtmatig is, 'geheel de gevoelswaarde voor ons verliest, die daarmee van huis uit is verbonden'; kortom, het zou een rechtstheorie zijn, 'gezuiverd van al datgene dat het de moeite waard maakt om er een op na te houden'.<sup>12</sup> In zoverre de kritiek gericht is tegen Kelsens formele analyse van het wezen

9 Kelsen 1968a, p. 620-629.

10 Kelsen 1968b, p. 953.

11 Basta 2005, p. 1-14.

12 Langemeijer 1973, p. 137-138.

van het recht, onafhankelijk van de normatieve inhoud, is ze onterecht. Immers,

‘the analysis of the form establishes merely a formal framework for the cognition of the content of the law, but it does not intend to replace the knowledge of normative content by an analysis of the form of law’.<sup>13</sup>

De kritiek zou terecht zijn, als Kelsen zou beweren dat de normatieve inhoud niet tot het wezen van het recht behoort, maar dat zegt hij niet. De reden dat hij, in zijn zuivere analyse van het rechtsbegrip, zwijgt over de waardevolle inhoud van het recht, is juist gelegen in de wezenlijk onzuivere (rechtspolitieke) aard van die inhoud. De zuivere rechtstheorie biedt de ‘politieke’ rechter die op zoek is naar materiële rechtvaardigheid, daarom weinig houvast.

Overigens wordt daarmee de waarde van rechterlijke rechtvaardigheid als zodanig helemaal niet betwijfeld of vernietigd. Integendeel, het paradoxale effect is zelfs dat de rechter door Kelsens zogenoemd ‘gevoelloze’, formele rechtsbegrip onverwachts wordt geconfronteerd met ‘a conception of law as a cardinal attribute of conscience’. Het brengt de rechter de naakte rechts-waarheid en de harde rechtsrealiteit onder ogen:

‘the rugged, harsh truth of positive law submerged in an indiscrete white light, wounding to the eye, showing things as they are: (...) and this indiscrete white light brings about in the spectator, as a stupendous paradox, a horror of positive law’.

Door dit citaat van Bustamante y Montoro wordt glashelder voor welke gewetensvraag de rechter zich eigenlijk gesteld ziet: kan hij zomaar aanvaarden dat welke willekeurige inhoud dan ook geldig recht kan worden? Hoe streng formalistisch en waarde vrij Kelsen ook is, ‘his fairest message consists in having brought about a (...) thirst for justice, flooding positive law, revealed in all its “iniuria”, in a white light’.<sup>14</sup> Uit Kelsens wetenschappelijke ‘zuivering’ van het theoretische rechtsbegrip komt het recht paradoxalerwijs naar voren als een wezenlijke eigenschap van het ‘innerlijke gerechtshof in de mens’<sup>15</sup> om met Kants metaforische voorstelling van het geweten te spreken. Op de schouders van de rechter, in zekere zin de ‘verpersoonlijking’ of de ‘institutionalisering’ van ons geweten in de juridische

13 Weinberger 1986, p. 188.

14 Bustamante y Montoro 1947, p. 49-50.

15 Kant 1991, p. 233.

praktijk, rust dus de morele verantwoordelijkheid zo 'zuiver', zo gewetensvol mogelijk recht te spreken, opdat onze dorst naar rechtvaardigheid geleest kan worden.

### 3 Geweten en verantwoordelijkheid

Het 'zuivere' – in de zin van het absoluut rechtvaardige – oordeel acht Kelsen onmogelijk. De rechter die langs rationele weg een absoluut juiste waarde tracht te vestigen, bedriegt zichzelf en betrokken partijen, daar zijn oordeel nooit een tegengestelde en eveneens juiste waarde logisch uitsluit. Daarnaast kan de door hem gehanteerde norm, waaraan deze waarde gerelateerd is, nimmer in objectieve zin rechtvaardig zijn. De rechter die op rationele wijze aanspraak probeert te maken op een objectieve rechtvaardigheidsnorm, misleidt zichzelf en belanghebbende partijen, omdat deze in laatste instantie door emotionele factoren bepaald wordt. Het enige dat voor de rechterlijke rede overblijft, zijn relatief rechtvaardige oordelen, hetgeen impliceert dat hij geen rechtvaardig oordeel kan vellen met uitsluiting van de mogelijkheid van een tegengesteld rechtvaardigheidsoordeel. Bovendien blijft een dergelijk oordeel willekeurig en subjectief, want uiteindelijk afhankelijk van de individuele wil van het oordelende subject in kwestie.<sup>16</sup> Wat is dan in vredesnaam de morele zin van Kelsens theorie van relatieve rechtvaardigheid? In de laatste paragraaf zal ik aantonen dat relatieve rechtvaardigheid juist in naam van de vrede een rol kan vervullen. In deze paragraaf laat ik zien dat relatieve rechtvaardigheid aan het morele besef van de rechter hoge eisen stelt.

In *Was ist Gerechtigkeit?* vraagt Kelsen zelf naar de moraal van zijn verhaal. Is moreel relativisme niet amoreel of zelfs immoreel? Volgens hem is juist het omgekeerde het geval. Zijn bewering dat morele normen slechts relatieve waarden vestigen, betekent niet dat ze helemaal geen waarden vestigen. Moreel relativisme houdt in dat de absoluut goede of slechte moraal niet bestaat, maar dat er vele relatief goede en slechte morele systemen bestaan. Relativisme laat de individuele mens vrij om te kiezen voor een moraal, zodanig dat

'relativism imposes upon the individual the difficult task of deciding for himself what is right and what is wrong. This, of course, implies a very serious responsibility, the most serious moral responsibility a man can assume'.<sup>17</sup>

<sup>16</sup> Kelsen 1971, p. 4.

<sup>17</sup> Idem, p. 22.

Hier wordt op twee belangrijke zaken gewezen. Enerzijds is het individu belast met de moeilijke taak de morele beslissing te nemen wat goed en slecht is. Anderzijds is deze taak de zwaarste morele verantwoordelijkheid die een mens op zich kan nemen. Laat mij deze zaken onderzoeken. Het individu legt zich dus de moeilijke taak op te besluiten wat moreel goed en slecht is. Omdat een dergelijk besluit niet op grond van rationele kennis wordt genomen, moet het haast wel op geheel andere wijze tot stand komen. De kern van Kelsens rationele analyse van rechtvaardigheid kan daarom gaan ‘um die Offenlegung der Grenzen menschlicher *Erkenntnis* und damit um den Beginn jenes Bereiches, in dem das *Bekanntnis* beginnen muss’.<sup>18</sup> Een dergelijke analyse is vergelijkbaar met Kants kritiek van de zuivere rede, die in de kern neerkomt op begrenzing van de theoretische rede of kennis teneinde ruimte te maken voor het praktische weten of geloof.<sup>19</sup> Welnu, dit morele weten of geloof kan op twee grondslagen berusten:

‘Es kann ein höchstpersönliches Bekenntnis, die autonome Gewissensentscheidung eines Menschen sein oder sich auf den Glauben an eine transzendente Instanz – Gott – gründen.’<sup>20</sup>

Het individu kan beroep doen op zijn eigen morele weten, het geweten, of op het morele weten van een autoriteit boven hem: het geloof. Volgens Kelsen is de (on)bewuste overdracht van morele verantwoordelijkheid aan een hogere autoriteit, zoals een regering of in laatste instantie God, een teken van menselijke zwakte om deze verantwoordelijkheid zelf te dragen. Als de mens zijn toevlucht zoekt in iets boven hem, daar het makkelijker is om aan de moraal van een hogergeplaatste te gehoorzamen dan moreel eigen baas te zijn, is zijn wil onvrij en heeft hij geen keus. En, zo meent Kelsen:

‘The fear of personal responsibility is one of the strongest motives of the passionate resistance against relativism. Relativism is rejected and (...) misinterpreted, not because it requires too little, but because it requires too much.’<sup>21</sup>

Van het individu dat wordt teruggeworpen op de gewetensvraag wat rechtvaardig is, wordt inderdaad veel vereist. In de wetenschap dat het enkel een relatief en subjectief antwoord kan krijgen, is het niettemin het enige wezen dat deze fundamentele vraag kan én moet beantwoorden. En per saldo ontkomt het daar niet aan als het besluit te gehoorzamen aan een

18 Walter 1996, p. 231.

19 Kant 2005, p. 117.

20 Walter 1996, p. 231.

21 Kelsen 1971, p. 22.



hogere autoriteit, bijvoorbeeld aan God, want ook die overgave is dan zijn eigen persoonlijke besluit. Deze moeilijke taak is, naar Kelsens idee, de ware zin van morele autonomie, die van de moreel autonome mens veel vraagt:

‘Er muss darauf verzichten, seine Gerechtigkeit auf eine rationale Erkenntnis zu stützen, und er kann sich nicht auf eine transzendente Autorität, die ihm diese vermittelt, berufen. *Was ihm Quelle verbleibt, ist sein einsames Gewissen.*’<sup>22</sup>

Maar hoe functioneert, volgens Kelsen, dit geweten? Zoals gezegd, maakt de mens aanspraak op absolute en objectieve rechtvaardigheid, terwijl zijn oordeel ten gronde relatief en subjectief is. Achter deze pretentie van absolute rechtvaardigheid en objectiviteit schuilt de behoefte van de mens om zijn gedrag te rechtvaardigen. Deze innerlijke drang, die gedreven wordt door het geweten, onderscheidt mens van dier.

‘Man’s external behavior is not very different from that of animals. The big fish swallow the small ones (...). But if a human fish (...) behaves in this way, he wishes to justify his behavior before himself as well as before society, to appease his conscience by the idea that his behavior in relation to his fellow man is right.’<sup>23</sup>

Bovendien stelt Kelsen dat de mens zijn gedrag rationeel probeert te rechtvaardigen. Echter, op het moment dat de rechtvaardiging wordt gerationaliseerd, kan de rede niet meer in de behoefte van het geweten voorzien. Want het geweten eist altijd een absolute rechtvaardiging, terwijl de rede aan een dergelijke eis nooit kan voldoen. Elke rationalisering van het rechtvaardigheidsprobleem leidt op deze manier noodzakelijk tot een relatieve oplossing en elke absolute oplossing ligt in Kelsens reductionistische visie onvermijdelijk in het rijk van willekeur en emotie.<sup>24</sup> Deze plaats past bij het uitgangspunt van zijn wetenschappelijke theorie, namelijk het strenge dualisme tussen rede en emotie, weten en willen, ‘met het gevolg dat daar waar geen sprake kan zijn van strikt wetenschappelijk weten, willekeur heerst’, en dat daar waar gesproken wordt van irrationeel weten, emotie de overhand heeft. Kelsens ‘sciëntistische schema’, waarin het recht zuiver wetenschappelijk wordt beschreven, laat dus geen ruimte voor ‘het soort weten dat aan de orde is bij rechtspraak’.<sup>25</sup>

22 Walter 1996, p. 232-233.

23 Kelsen 1971, p. 8.

24 Idem, p. 10-11.

25 Brugmans 2006, p. 287-288.

In zijn postuum gepubliceerde *Allgemeine Theorie der Normen*, zegt Kelsen toch iets over de morele autonomie van de rechter en de gewetensbeslissing die deze moet nemen.<sup>26</sup> Daarin stelt hij dat het rechterlijk oordeel niet in één onmiddellijke (rationele) beweging voortvloeit uit een algemene wet, maar pas tot stand komt door middel van een autonome (irrationele) act van erkenning – dus een soort ‘sprong’ à la Scholten.<sup>27</sup> Om tot een individuele rechtsnorm te besluiten, moet de rechter eerst de waarde van de geldigheid van de algemene rechtsnorm erkennen. De erkenning van de geldigheid van de algemene norm is dus een noodzakelijke voorwaarde voor het stellen van de geldige individuele norm. Van belang is dat Kelsen in dit opzicht geen verschil ziet tussen recht en moraal:

‘The so-called autonomy of morality consists in the fact that this recognition of the validity of the general norm is a necessary condition for the positing of the corresponding individual norm’.

Hij schrijft de ‘zogenoemde’ morele autonomie, omdat volgens hem de autonomie er niet in bestaat dat individuen zelf bevoegd zijn tot het stellen van algemene morele normen.

‘The so-called *autonomy of morality* consists only in the fact that the application of a general moral norm to a concrete case (...) is conditional upon the recognition of the validity of the general norm for the concrete case on the part of the individuals whose behaviour is decreed to be obligatory by the general norms of the moral order.’<sup>28</sup>

Het moreel autonome individu is dientengevolge vrij zichzelf aan de morele wetten te onderwerpen en zich overeenkomstig deze voorgeschreven wetten te gedragen. Onderwerpt het zich daaraan, dan vooronderstelt het de waarde van de geldigheid van die morele orde. In de rechtsorde is het met de autonomie van het rechtssubject en de rechter in wezen niet anders gesteld. De geldigheid van de gehele rechtsorde steunt immers in laatste instantie op een door een denkact vooronderstelde grondnorm, die door hen in alle vrijheid ook niet gedacht kan worden.

‘Volgens Kelsens theorie is er geen absolute plicht om aan de wet, of ruimer, het recht te gehoorzamen, noch voor de rechtsonderhorige, noch voor de rechter (...). Omdat het op geen enkele wijze mogelijk is

26 Zie ook Kelsens vroegere begrip van de rechterlijke beslissing als ‘authentieke interpretatie’: Kelsen 2005, p. 348-356.

27 Scholten 1974, p. 75-76.

28 Kelsen, 1991, p. 237-239.

de rechtsorde te verbinden met een bovenwillekeurige instantie, is er uiteindelijk geen externe autoriteit waaraan het individu in het algemeen en de rechter in het bijzonder gehoorzaamheid verschuldigd is.<sup>29</sup>

Dit betekent dat de rechter in elk concreet geval wordt teruggeworpen op de gewetensvraag naar de morele waarde van het geldige recht, waarmee de vraag naar de rechtvaardigheid van dat recht onafscheidelijk verbonden is. De beantwoording van deze vraag – de moeilijke taak om een zo ‘zuiver’ mogelijk oordeel te vormen en te beslissen wat rechtvaardig is – kan derhalve als de zwaarste rechterlijke verantwoordelijkheid worden beschouwd. Temeer daar Kelsens begrip van relatieve rechtvaardigheid en willekeurige rechtsgeldigheid laat zien dat het uiteindelijk van het autonome en subjectieve rechtvaardigheidsbesef van de rechter afhangt welke relatief rechtvaardige norminhoud hij tot geldig recht wil maken. De zuivere rechtstheorie confronteert de rechter met zijn eigen verantwoordelijkheid voor het recht en toont ons dus ‘dat wij ons niet kunnen verschuilen achter rationalisaties die doen voorkomen alsof rechterlijke oordelen steunen op bovenmenselijke instanties’. Deze theorie maakt ons bewust van het feit ‘dat rechtspraak mensenwerk is’ en dat de legitimiteit van ‘het werk dat wordt geleverd’,<sup>30</sup> afhankelijk is van menselijke waardering en erkenning.

Het ‘praktische tekort’ waar Kelsens rechtstheorie aan lijdt, vul ik hier aan met Scholtens opvatting over rechterlijke rechtvaardigheid. Kelsen kan in zijn zuivere theorie van het recht geen zin geven aan de absolute rechtvaardigingseis van het geweten. Hoewel Scholtens rechtsbegrip niet ver van dat van Kelsen af staat, wijst Scholten wel op de zin van deze eis. In zijn visie is de irrationele beslissing van de rechter wezenlijk moreel van aard: ‘Als moreel oordeel is het rechterlijk oordeel een intuïtief, niet door rede en redenering bepaald oordeel in het concrete geval.’ En juist in de beslissing omtrent het concrete geval ligt volgens Scholten de rechtvaardigheid in het recht, zodanig dat in elke rechterlijke beslissing de rechtvaardigheid meespeelt: ‘Er is in het recht geen stap te zetten zonder bewust of onbewust de vraag naar de gerechtigheid te stellen’. Dit betekent overigens niet dat hij gelooft in abstracte en absolute rechtvaardigheid, want ook voor hem wordt het antwoord op wat rechtvaardig is, in laatste instantie bepaald door ‘een hoogstpersoonlijke, intuïtieve en irrationele’ beslissing, waarbij ‘het individuele geweten dat hier spreekt’, een belangrijke rol speelt.<sup>31</sup> Dit betekent daarentegen wel dat de gewetensvolle rechter, die van iedere

29 Brugmans 2006, p. 286-287.

30 Brugmans 2006, p. 288.

31 Brouwer 2004, p. 49-50.

concrete rechtszaak een gewetenszaak maakt, tegen beter rationeel weten in, zelf volkomen overtuigd moet zijn van de absolute rechtvaardigheid *in concreto*.

Laat mij Scholtens gedachtegang nader uitwerken. In zijn *Algemeen Deel* zegt hij eerst het volgende over de rechterlijke uitspraak:

“Gij behoort” of “gij behoort niet” (...), dat is de kern van iedere uitspraak van de rechter (...). Zulk een woord kan alleen hij uitspreken, die in eigen geweten ervan overtuigd is (...); ieder goed rechter streeft er altijd weer naar dat op te leggen, wat hij in eigen geweten verantwoord kan.’

Iets verderop wordt de noodzaak duidelijk van de absolute overtuiging van de rechter:

‘Juist omdat de beslissing een gewetensbeslissing is, is zij volkomen vrij van willekeur. Alleen dan is een uitspraak verantwoord, als de rechter kan getuigen: ik kan niet anders.’

Ten slotte beantwoordt Scholten de vraag waarom de rechter absoluut overtuigd moet zijn van de enig mogelijke uitspraak:

‘Het antwoord ligt (...) in zijn verantwoordelijkheid. De uitspraak is niet de enige binnen het rechtssysteem en wellicht had een ander anders beslist, maar voor *hem* is, omdat het een gewetensbeslissing is, iedere andere oplossing uitgesloten. Doch zulk een gewetensbeslissing kan men alleen vellen, indien men zich van zijn verantwoordelijkheid bewust is, indien de rechter met zijn werk ernst maakt.’<sup>32</sup>

In de absolute rechtvaardigingsdrang van het geweten die de rechter dwingt de juistheid van zijn concrete beslissing voor zichzelf en voor anderen moreel te verantwoorden, situeert Scholten de rechtvaardigheid. Echter, zo stelt hij:

‘Boven dit betrekkelijke komen we niet uit. Het absoluut juiste, dat een algemeenheid zou zijn, bereiken wij niet. Ja, we kunnen de betrekkelijkheid nog verder doorvoeren. Bij een kleine verschuiving der feiten zouden we wellicht anders oordeelen dan we deden – de gebrekkigheid van ons oordeelen maakt dat we weten, dat we kun-

32 Scholten 1974, p. 130, 133-134.

nen falen. En toch ligt in den eisch om gerechtigheid, die aan het rechtsoordeel wordt gesteld, de aanraking met het absolute.<sup>33</sup>

Naar mijn idee wijkt Scholtens paradoxale stelling niet ver af van Kelsens zuivere rechtstheorie. Zij voegt integendeel zelfs een beter inzicht toe inzake het paradoxale effect dat uitgaat van Kelsens gerationaliseerde begrip van de subjectiviteit en relativiteit van alle rechtvaardigheidsoordelen. Juist dit zuiver theoretische inzicht wijst de moreel autonome rechter op zijn moeilijke taak en zware verantwoordelijkheid om – hoewel dat misschien *in abstracto* onmogelijk is – dan toch *in concreto* zo ‘zuiver’ mogelijk te oordelen. In de ‘onzuivere rechtspraktijk’ betekent dit bovenal dat de rechter, gezien zijn morele autonomie, zich gewetensvol van zijn taak moet kwijten, en dat hij, gezien zijn macht over het recht, zich ten volle bewust behoort te zijn van zijn verantwoordelijkheid voor het recht. Echter, met het gegeven dat het oordeel van de rechter ook dan geen absoluut rechtvaardige waarde kan vestigen, moeten we ons volgens Kelsen uiteindelijk tevreden stellen. Maar als dat zo is, kunnen we dan niet beter onze (te) hooggespannen verwachtingen van rechterlijke rechtvaardigheid naar beneden bijstellen en genoegen nemen met een ‘bescheidener’ finaliteit van rechtspraak?

#### 4 Recht(vaardigheid) en vrede

Al levert de rechtspraak voor belanghebbende partijen onmogelijk dé absoluut rechtvaardige norm op, juist in haar mogelijke gerichtheid op een relatief vredige beslechting van hun onderliggende belangenconflicten, ziet Kelsen haar ultieme doel.<sup>34</sup> Immers, een verdere moraal van Kelsens verhaal is dat zijn moreel relativisme specifiek morele waarden met zich meebrengt, te weten verdraagzaamheid en vreedzaamheid, welke waarden hij samenvat onder de noemer van ‘sociale vrede’.<sup>35</sup> Vanuit rationeel oogpunt gezien zijn er namelijk enkel belangen- en waardeconflicten, die men maar op twee manieren kan beslechten. Hetzij door de waarde van het ene belang te verkiezen boven die van het andere, hetzij door een compromis te sluiten tussen gelijkwaardige belangen. Aangezien het rationeel onmogelijk is aan te tonen welke waarde absoluut waardevoller is, kan de tweede ‘redelijkere’ manier als rechtvaardiger worden beschouwd. Niettemin geeft Kelsen toe dat ook sociale vrede slechts relatief, niet absoluut, rechtvaardig is. Geschillenbeslechting door (minnelijk) te schikken is alleen rechtvaardig op voorwaarde dat vrede als hoogste waarde wordt erkend. Toch

33 Scholten 1949, p. 314.

34 Herrera 2004, p. 28.

35 Kelsen 1971, p. 22.

is vrede wel de minst subjectieve vorm van rechtvaardigheid. Niet slechts één subject kent waarde toe aan vrede, maar alle subjecten hechten eraan dat aan hun belangen recht wordt gedaan. In overdrachtelijke zin: voor het individu zou 'the best of all possible worlds' een wereld zijn waarin het de belangenoorlog zou hebben gewonnen nadat het zichzelf als overwinnaar zou hebben uitgeroepen, terwijl voor alle individuen 'the least worst of all possible worlds' een wereld zou zijn waarin allen de belangenoorlog zouden hebben gewonnen nadat zij samen de vrede zouden hebben getekend.

Aangenomen dat Kelsens theorie van relatieve rechtvaardigheid leidt tot de waarde van sociale vrede, is de volgende vraag wat dit betekent voor de rechtspraak. In het recht doet zich bovenal het probleem van rechtvaardigheid voor. In het recht vindt namelijk een voortdurend menselijk conflict van belangen en waarden plaats. En juist daar, waar zich belangen- en waardeconflicten voordoen, verwordt rechtvaardigheid volgens Kelsen tot een onoplosbaar probleem. Zonder dergelijke conflicten zouden mensen überhaupt geen behoefte hebben aan rechtvaardigheid. Het rechtvaardigheidsprobleem is onoplosbaar omdat een objectieve rangorde van waarden onmogelijk op rationele wijze is vast te stellen. In het recht staan belanghebbende partijen daarom steeds tegenover elkaar: slachtoffer versus misdadiger, aanklager versus verdediger, eiser versus gedaagde, overheid versus individu; en dat wat respectievelijke partijen aan de rechter voorleggen, is in wezen een belangenconflict. Zo'n conflict

'exists when one interest can be satisfied only at the expense of the other; or, what amounts to the same, when there is a conflict between two values, and when it is not possible to realize both at the same time'.

Nochtans wordt in zo'n geval van de rechter gevraagd dat te doen wat hem is opgedragen: 'to decide which one is more important, or in other terms, to decide which is the higher value, and finally: which is the highest value'.<sup>36</sup> Voor zover de rechter een rechtvaardigheidsoordeel als antwoord op respectievelijke rechtsvragen velt, is zijn waardeoordeel subjectief en relatief van aard. Het eeuwige verlangen naar absolute rechtvaardigheid lijkt derhalve nooit te kunnen worden bevredigd.

Dit blijkt heel duidelijk uit Kelsens analyse van een bekende interpretatiemethode, te weten de 'techniek van belangenafweging', die is gebaseerd op de stelling dat ieder rechtsgeschil in essentie een geschil van belangen impliceert.

<sup>36</sup> Idem, p. 4.

‘Aan deze stelling ligt de gedachte ten grondslag dat elke algemeen geformuleerde rechtsregel gebaseerd is op een afweging van individuele en/of collectieve belangen. Deze stelling wordt onder meer verdedigd door aanhangers van een belangrijke stroming binnen de rechtstheorie, de *Interessenjurisprudenz*.’

Als met rechtsnormen bepaalde belangen worden behartigd, dan moet in een concreet geschil de rechter onderzoeken welke belangen dat zijn en de gevonden belangen tegen elkaar afwegen. Deze onvermijdelijk irrationele en subjectieve afweging geschiedt door middel van de ‘weegschaal-methode’.

‘Argumenten die voor het behartigen van een bepaald belang spreken en argumenten die tegen een bepaald belang spreken (...) worden op de weegschaal gelegd. De argumenten laten dan de wijzer naar een bepaalde kant doorslaan.’<sup>37</sup>

De gedachte achter deze rechterlijke interpretatiemethode verwoordt precies Kelsens visie op het onoplosbare probleem van de alomtegenwoordige belangenconflicten. Zijns inziens is de zogenoemde ‘techniek van belangenafweging’ (*Interessenabwägung*) niet zozeer de oplossing maar veeleer de formulering van het probleem. Deze theorie voorziet helemaal niet in een objectieve standaard waarmee het gewicht van belangen kan worden bepaald en op basis waarvan het mogelijk is het conflict te beslechten. Kelsen verwoordt:

‘It is impossible to derive this (...) standard from the norm that is to be interpreted, (...) or from the entire legal order, as has been asserted by the theory of the so-called “weighing of interests”. For the need for an “interpretation” results precisely from the fact that the norm to be applied or the system of norms *leaves open* several possibilities – and this means that it contains *no decision* as to which of the interests in question has a higher value than the others, but leaves this decision to an act of norm creation to be performed (...) in rendering a judicial decision.’<sup>38</sup>

Deze rechterlijke beslissing, die via een authentieke interpretatie door een wilsact genomen wordt, waardoor aan één bepaald belang de voorkeur wordt gegeven, is een subjectief en relatief waardeoordeel. De wens naar

37 Citaten uit en van Pontier 1998, p. 46.

38 Kelsen 2005, p. 352. Mijn cursivering.

een 'redelijkere' belangenafweging en daarmee naar een 'zuiverder' rechtvaardigheidsoordeel, lijkt daarom in geen geval te kunnen worden vervuld.

Echter, voorondersteld dat in een rechtsorde de sociale vrede als hoogste waarde wordt erkend, dan kan het schijnbaar onoplosbare probleem van rechtvaardigheid misschien worden opgelost. Vrede levert namelijk de rationele, minst subjectieve maatstaf ter vereffening van belangengeschillen. Ten eerste zijn in rationeel opzicht alle belangen gelijkwaardig en is welke voorkeur dan ook irrationeel. Ten tweede genieten alle subjecten liever een evenwichtige dan een onevenwichtige belangenbehartiging. De toestand dat het gewicht aan beide zijden van de weegschaal gelijk is, behoort overeenkomstig de vrede dus tot standaard genomen te worden. Een rechtsorde die vrede wil stichten, dient aan alle verscheidene en strijdende belangen zo veel mogelijk recht te doen. Door verdraagzaam te zijn, door mensen met verschillende waarden en belangen in politiek (democratie) en juridisch (hoor en wederhoor) opzicht te laten meetellen, door vreedzaam te zijn, en door conflicten tussen belangen en waarden zonder geweld maar met gezag te beslechten kan de sociale vrede en daarmee het objectieve geluk in een rechtsorde worden gewaarborgd.

Wat betreft de rechtspraak zou dit het volgende kunnen betekenen. Wanneer betrokken partijen met hun belangenconflict naar de rechter stappen, moet de laatste een zodanig 'zuivere' beslissing nemen, dat belangen in kwestie in gelijke mate worden bevredigd. De rechter behoort derhalve belanghebbende partijen in hun eigen waarde te laten en er tegelijk voor te zorgen dat zij met zijn oordeel vrede kunnen hebben. In naam van de vrede dient de rechter niet de verwezenlijking van de waarde van de ene partij boven die van de andere te stellen, maar een (minnelijke) schikking te treffen die beide partijen evenzeer tevreden stelt. De *vrederichter* is een bemiddelaar die tussen partijen een acceptabele overeenkomst tot stand brengt, waarvoor geldt dat een dergelijk akkoord pas aanvaardbaar kan zijn voor partijen, indien aan beide zijden ietwat van de eisen wordt toegegeven. Hiermee wordt niet zozeer bedoeld dat *vrederchtspraak* tot stand wordt gebracht door 'wat water bij de wijn te doen', maar veeleer dat haar realisering afhangt van de wezenlijk *bevredigende* beslechting van het geschil. De rechterlijke opdracht is verzoenend op te treden, zodat de vrede tussen partijen weer wordt hersteld.

Kelsen brengt de relatieve waarde van sociale vrede zelfs rechtstreeks in verband met de gevestigde rechtsorde. Over verdraagzaamheid en vreedzaamheid zegt hij namelijk het volgende:

'It stands to reason that no absolute tolerance can be commended by a relativistic philosophy of values; only tolerance within an establis-



hed legal order guaranteeing peace by prohibiting and preventing the use of force among those subjected to the order, but no prohibiting or preventing the peaceful expression of ideas.<sup>39</sup>

Uit dit citaat zou men kunnen concluderen dat hij hier slechts schrijft over een bepaalde rechtsorde die vrede onder haar subjecten waarborgt. Maar volgens Kelsen is elke positieve rechtsorde een monopolisering van het gebruik van geweld en daarmee een normatieve dwangorde die vrede in de samenleving afdwingt en handhaaft. Zo wordt in de rechtsorde rechtmatig geweld (sanctie) gebruikt teneinde onrechtmatig geweld (delict) tussen burgers tegen te gaan. Kelsen beschouwt het positieve recht daarom als:

‘an ordering for the promotion of peace, in that it forbids the use of force in relations among the members of the community (...). And hence one may say that law makes the use of force a monopoly of the community. And precisely by so doing, law pacifies the community.’<sup>40</sup>

Daar de maatschappij zich het alleenrecht van gebruik van rechtmatig geweld voorbehoudt, moet worden toegegeven dat het recht niet kan voorzien in een toestand van absolute vrede. Door middel van recht kan enkel een toestand van relatieve vrede ontstaan, waarin het gebruik van onrechtmatig geweld in bedwang wordt gehouden. ‘The peace of the law is not a condition of absolute absence of force, a state of anarchy; it is a condition of monopoly of force, a force monopoly of the community’,<sup>41</sup> aldus Kelsen. De gedachte is dat samenleven pas mogelijk is indien ieder individu zekere belangen – zoals leven, gezondheid, vrijheid, eigendom, enzovoort – van ieder ander respecteert, hetgeen betekent dat iedereen ervan behoort af te zien zich met geweld in andermans belangensfeer te mengen. Door de specifieke dwangmaatregelen van het recht wordt het individu tot het nalaten van een gewelddadige verstoring van andermans belangensfeer bewogen. In geval van een dergelijke inmenging reageert de maatschappij zelf met een soortgelijke doch normatieve inmenging in de belangensfeer van het individu dat verantwoordelijk is voor de verstoring. De rechtmatige sanctie wordt dus het onrechtmatige delict toegerekend, welke toerekening voortkomt uit het idee van vergelding. In een ordeloze gemeenschap echter, waarin de bevoegdheid tot gedwongen inmenging in de belangensfeer van burgers nog niet is gemonopoliseerd, bestaat geen waarborg tegen een

39 Idem, p. 22-23.

40 Kelsen 1961, p. 21.

41 Idem, p. 22.

gewelddadige verstoring van die sfeer. In zo'n gemeenschap 'there is no state of law which (...) is essentially a state of peace',<sup>42</sup> aldus Kelsen.

Maar als de sociale vrede inherent is aan elke positieve rechtsorde, impliceert de uitdrukking 'vredige rechtsorde' dan welbeschouwd een herhaling van woorden? Indien *recht* onafscheidelijk verbonden is met *vrede*, zijn 'vrederecht' en 'vrederechter' dan louter tautologieën en spreekt de rechter dan gewoon recht? Weliswaar vormt de vrede de rationele, minst subjectieve waarde van rechtvaardigheid, toch is zij niet meer dan een formele waarde van rechtvaardigheid, *doch* om die reden – naar mijn mening – niet minder waardevol. Net als de tautologie een literaire stijlfiguur is ter intensivering van een uitdrukking, zo kan de vrede een versterkende meerwaarde van het recht zijn. Relatieve vrede bezorgt de rechtsorde, die het geweldgebruik heeft gemonopoliseerd, een rechtvaardiging van dat geweld. Daarnaast betekent sociale vrede, die door de rechtsorde wordt gegarandeerd, een minimalisering van conflicten. Het paradoxale effect is wel dat door deze waardevolle tautologie het eeuwige probleem van (materiële) rechtvaardigheid, dat door de sociale vrede in ijle lucht lijkt te zijn opgegaan, weer even hard ter aarde wordt geworpen. Want, beseft ook Kelsen:

“Peace” need not mean “justice”, not even in the sense of a solidarity of interests (...). The longing for peace means, as a rule, a renunciation of the original ideal of justice. Yet any conception of justice obtained by cognition will justify any state of peace as constituted by any order at all, consequently any order of positive law.<sup>43</sup>

Voor de zuivere rechtstheorie is de sociale vrede het enig kenbare en rationele begrip van rechtvaardigheid, omdat dit innig samengaat met het objectieve begrip van het positieve recht. Dit neemt niet weg dat zelfs in de minst gewelddadige rechtsorde zich de meest onrechtvaardige toestanden kunnen voordoen. In de 'onzuivere rechtspraktijk' zal het menselijke verlangen naar (materiële) rechtvaardigheid, dat een irrationeel en subjectief ideaal blijft, daarom altijd en overal standhouden. Van de rechter zal dan ook worden verwacht dat hij in elk concreet geval juist dit overheersende verlangen in vervulling kan laten gaan. Hem rest de moeilijke taak en zware verantwoordelijkheid deze hoge verwachtingen zo 'zuiver' mogelijk te beantwoorden.

Het snakken naar een vredestoestand wordt dus in de praktijk overvleugeld door het rechtvaardigheidsverlangen. Niettemin is het eerste net zo primair als het snakken naar wat frisse lucht, ook al lijken wij, gewend als we zijn

42 Idem, p. 23.

43 Idem, p. 441.

aan onze 'vredige rechtsorde', dit te vergeten en is die zo vanzelfsprekend dat we het vaak niet nodig vinden de meerwaarde ervan te expliciteren. Ook Kelsen expliciteert de morele waarde van de vrede niet altijd.<sup>44</sup> En toch is zijn pacifistische voorstelling van recht en rechtspraak wezenlijk in en voor zijn rechtstheorie.

## 5 Conclusie

In mijn analyse heb ik gewezen op drie paradoxale effecten van Kelsens zuivere rechtstheorie. Gezien de *schijnbare tegenstellingen* besluit ik nu tot de *blijkbare voorstelling* van Kelsens notie van rechterlijke rechtvaardigheid. Uitgaande van zijn zuivere rechtsleer zou men zich namelijk een 'zuivere' vorm van rechtspleging kunnen indenken, die aan de 'zuiverheid' van het rechterlijk oordeel de sociale vrede als voorwaarde zou stellen. Ik stel me zelfs voor dat Kelsen de vrede als een *conditio tacita* voor de geldigheid van de gehele rechtsorde heeft beschouwd, net zoals hij de Grundnorm als *conditio per quam* en de effectiviteit als *conditio sine qua non* voor de geldige rechtsorde heeft aangezien.<sup>45</sup> Ofschoon in dit artikel is gebleken dat Kelsen wel op zuivere wijze over het recht spreekt maar verder zwijgt over de 'zuivere' wijze van rechtspreken, heb ik hier de prikkelende propositie te berde willen brengen dat zijn zuivere rechtsleer aan de 'zuivere' rechtspraak de stilzwijgende voorwaarde van de sociale vrede stelt. In een kelseniaanse voorstelling van rechterlijke rechtvaardigheid toont de vrede zich immers als impliciete conditie voor het 'zuivere' oordeel. Daarmee verschijnt in Kelsens leer de 'pacificerende rechtspraak' als verrassend toonbeeld van de 'zuivere' rechtspraak,<sup>46</sup> met dien verstande dat de sociale vrede geen voldoende maar wel een vanzelfsprekende voorwaarde blijkt te zijn voor rechtvaardige rechtspleging. Dat dit *mutatis mutandis* ook geldt voor Kelsens begrip van de gehele rechtsorde, zal het object vormen van volgend onderzoek.

## Summary

Research into Kelsen's conception of judicial justice seems at first sight contradictory to his own *Pure Theory of Law*. Upon closer consideration this

44 Met uitzondering van Kelsens volkenrechtsleer, waarin hij de relatie tussen recht en vrede explicieter maakt.

45 Kelsen 2005, p. 193-214.

46 Zo is de diepste zin van Kelsens dubbele pleidooi voor enerzijds constitutionele rechtspraak in de nationale rechtsorde en anderzijds supranationale rechtspraak in de internationale rechtsorde, de verzekering van politieke en sociale vrede geweest. Cf. Kelsen 1968c, p. 1862-1868. Marcic 1966, p. 82-84.

*prima facie* contradiction turns out to be only an appearance due to the paradoxical effect that is produced by Kelsen's pure theory of law itself. By revealing three paradoxical effects of Kelsen's work in this article, I try to show that research into a Kelsenian representation of judicial justice is not only possible but also meaningful. The first paradox originates from Kelsen's formalised and value-free concept of law, which unexpectedly confronts the judge with his moral responsibility for the material valuation of the law. Secondly, a paradox arises from Kelsen's rationalised notion of relative justice, which in fact forces the judge to be absolutely convinced of the moral rightness of his judgement. The third paradox is a result of Kelsen's idea of objectivised 'social peace', by which the judge just realises the subjective and irrational demands of justice.

From my analysis of these three seeming contradictions in Kelsen's pure theory of law emerges an apparent Kelsenian representation of judicial justice. Starting from his pure theory of law it should be possible to conceive of a 'pure' form of administration of law, which would stipulate social peace as a condition for the 'purity' of a judicial judgement. I even imagine that Kelsen considered peace as a *conditio tacita* for the validity of the whole legal order, just as he regarded the basic norm as *conditio per quam* and effectivity as *conditio sine qua non* for the validity of the legal order. In any case, according to Kelsen's conception of judicial justice, social peace proves to be the implicit or tacit condition for a 'pure' judgement. With that this 'pacifying jurisprudence' can be understood as a surprising paragon of a 'pure' administration of justice, on the understanding that peace is not a sufficient but an obvious condition for a just administration of law. That this should also apply *mutatis mutandis* for Kelsen's concept of the legal order as a whole will be made subject of further research.

## Literatuur

D.N. Basta (2005), 'Hans Kelsens Fragwürdige Destruktion der Gerechtigkeit', in: T. Bruns & H. Stahl (red.), *Sprache – Literatur – Kultur: Studien zur slavischen Philologie und Geistesgeschichte*, Frankfurt (enz.): Peter Lang.

P.W. Brouwer (2004), 'P. Scholten', in: C.J.H. Jansen e.a. (red.), *Zestien juristen en hun filosofische inspiratie*, Nijmegen: Ars Aequi Libri.

E. Brugmans (2006), 'Rechterlijke ongehoorzaamheid als norm. Kelsens visie op de taak van de rechter', in: L.E. de Groot-van Leeuwen e.a. (red.), *De ongehoorzame rechter, Rechters versus andere rechters, de wetgever, de bevolking en het Europees recht*, Deventer: Kluwer.

A.S. de Bustamante y Montoro (1947), 'Kelsenism', in: P. Sayre (red.), *Interpretations of Modern Legal Philosophies, Essays in Honor of Roscoe Pound*, New York: Oxford University Press.

- P. Hack (2003), *La philosophie de Kelsen, Epistémologie de la Théorie pure du droit*, Helbing & Genève: Lichtenhahn.
- C.M. Herrera (1997), *Théorie juridique et politique chez Hans Kelsen*, Paris: Editions Kimé.
- C.M. Herrera (2004), *La philosophie du droit de Hans Kelsen: une introduction*, Québec: Les Presses de l'Université Laval.
- I. Kant (1991), *The Metaphysics of Morals*, Mary Gregor (introduction), Cambridge: Cambridge University Press.
- I. Kant (2005), *Critique of pure reason*, P. Guyer & A.W. Wood (vertaling en red.), New York: Cambridge University Press.
- H. Kelsen (1961), *General Theory of Law and State*, A. Wedberg (vertaling), New York: Russell & Russell.
- H. Kelsen (1968a), 'Was ist die Reine Rechtslehre?', in: H.R. Klecatsky e.a. (red.), *Die Wiener Rechtstheoretische Schule, Schriften von Hans Kelsen, Adolf Merkl, Alfred Verdross*, Band I, Europa Verlag, Wien (enz.): Universitätsverlag Pustet, Salzburg (enz.), p. 611-631. (Hierna vermeld als WRS I of II.)
- H. Kelsen (1968b), 'Was ist Juristischer Positivismus?', in: *WRS I*, p. 941-957.
- H. Kelsen (1968c), 'Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit', in: *WRS II*, p. 1813-1871.
- H. Kelsen (1971), 'What is justice?', in: *What Is Justice? Justice, Law and Politics in the Mirror of Science*, Collected essays, Berkeley (enz.): University of California Press, p. 1-24. (Hierna vermeld als WIJ.)
- H. Kelsen (1991), *General Theory of Norms*, M. Hartney (vertaling), Oxford: Clarendon Press.
- H. Kelsen (2005), *Pure Theory of Law*, M. Knight (vertaling 2<sup>e</sup> druk), Clark, NJ: The Lawbook Exchange Ltd.
- G.E. Langemeijer (1973), *Inleiding tot de studie van de wijsbegeerte des rechts*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink.
- R. Marcic (1966), *Verfassungsgerichtsbarkeit und Reine Rechtslehre*, Wien: Franz Deuticke.
- J.A. Pontier (1998), *Rechtsvinding*, Nijmegen: Ars Aequi Libri.
- P. Scholten (1949), 'Recht en gerechtigheid', in: G.J. Scholten e.a. (red.), *Verzamelde geschriften van wijlen Prof. Mr. Paul Scholten*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink.
- P. Scholten (1974), *Algemeen deel [1] door P. Scholten, Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink.
- R. Walter (1996), 'Hans Kelsen, die Reine Rechtslehre und das Problem der Gerechtigkeit', in: M. Beck-Mannagetta e.a. (red.), *Der Gerechtigkeitsanspruch des Rechts, Festschrift für Theo Mayer-Maly zum 65. Geburtstag*, Wien (enz.): Springer.

O. Weinberger (1986), 'Logic and the Pure Theory of Law', in: R. Tur & W. Twining (red.), *Essays on Kelsen*, Oxford: Clarendon Press.

L. Wittgenstein (1961), *Tractatus logico-philosophicus*, *The German Text of Ludwig Wittgenstein's logisch-philosophische Abhandlung*, D.F. Pears & B.F. McGuinness (vertaling), Londen: Routledge & Kegan Paul.

L. Wittgenstein (1965), 'Lecture on Ethics', *Philosophical Review*, jrg. 74, p. 3-12.

L. Wittgenstein (1991), *Geheime Tagebücher 1914-1916*, Wilhelm Baum (red. en documentatie), Wien: Turia & Kant.