



## Rechtvaardigheid versus welvaart

**Auteur(s):**

Wijck, P.W.van.

*De auteur is verbonden aan de Faculteit der Rechtsgeleerdheid van de Universiteit Leiden en aan de directie algemene justitiële strategie van het ministerie van Justitie.* [P.W.vanwijck@law.leidenuniv.nl](mailto:P.W.vanwijck@law.leidenuniv.nl)

**Verschenen in:**

ESB, 88e jaargang, nr. 4397, pagina 136, 21 maart 2003

**Rubriek:**

Boekbespreking

**Trefwoord(en):**

rechtseconomie

*Recht moet worden gericht op welvaart van individuen en niet op abstracte rechtvaardigheidsbeginselen.*

**Recht en rechtshandhaving moeten worden beoordeeld op basis van een welvaartseconomische analyse. Aan rechtvaardigheidsbeginselen mag geen zelfstandig gewicht worden toegekend. Deze prikkelende stelling wordt verdedigd door Kaplow en Shavell in hun boek *Fairness versus welfare*<sup>1</sup>.**

### Slechter af door rechtvaardigheid

De reden waarom er volgens Kaplow en Shavell bij de beoordeling van recht en rechtshandhaving geen zelfstandig gewicht mag worden gehecht aan rechtvaardigheidsbeginselen, is dat dit ten koste gaat van de maatschappelijke welvaart. Sterker, het kan ertoe leiden dat alle individuen slechter af zijn. Dan kan met recht de vraag worden gesteld: voor wie is dat rechtvaardig? Een beleidsmaker heeft in elk geval flink wat uit te leggen indien hij zich bij de vormgeving van recht en rechtshandhaving laat leiden door rechtvaardigheidsbeginselen waardoor burgers slechter af worden. De auteurs werken hun stelling uit via een welvaartseconomische analyse die twee stappen omvat. Het begint met positieve analyse: wat zijn de effecten van recht en rechtshandhaving? In de tweede stap gaat het om normatieve analyse: zijn die effecten wenselijk? De toetssteen daarbij is de maatschappelijke welvaart. Deze wordt exclusief bepaald door de welvaart van de individuen. Daarbij wordt een breed welvaartsbegrip gehanteerd. Alles wat een individu positief waardeert, dus niet alleen door hem geconsumeerde goederen en diensten maar bijvoorbeeld ook omgevingskenmerken en de welvaart van andere individuen, levert een bijdrage aan zijn welvaart. En alles wat een individu negatief waardeert doet daaraan afbreuk. Rechtvaardigheid krijgt in het boek een tamelijk specifieke invulling. Het gaat om evaluaties die niet exclusief, of zelfs helemaal niet, gebaseerd zijn op (de invloed van beleid op) de welvaart van individuen. Meer specifiek: bij de vaststelling van een rechtsregel kan bijvoorbeeld rekening worden gehouden met de vraag of de eigenschappen van die regel voldoen aan bepaalde beginselen, los van de vraag welke consequentie de regel heeft voor gedrag en welvaart. Een voorbeeld biedt de dadelijk te bespreken 'corrective justice'. Aan de hand van het aansprakelijkheidsrecht, het contractenrecht, juridische procedures en rechtshandhaving wordt de problematiek besproken.

### Aansprakelijkheidsrecht

Op grond van het aansprakelijkheidsrecht moet iemand die schade toebrengt aan een ander die schade in bepaalde gevallen vergoeden. Hierdoor wordt het gedrag van potentiële schadeveroorzakers en slachtoffers beïnvloed, bijvoorbeeld doordat zij meer zorg betrachten om schade te vermijden. Wanneer de daarmee te behalen reductie in verwachte schade de toename in zorgkosten overtreft, wordt de maatschappelijke welvaart bevorderd. Vanuit welvaartseconomisch perspectief zou het aansprakelijkheidsrecht moeten leiden tot gedrag waarbij de som van de verwachte schade en de zorgkosten wordt geminimaliseerd. Dat impliceert dat in sommige gevallen schade zal blijven bestaan. Vanuit rechtvaardigheidsperspectief kunnen drie beginselen van belang zijn. Bestrafing: daders behoren te betalen voor de door hen veroorzaakte schade. Compensatie: slachtoffers behoren hun schade gecompenseerd te krijgen. 'Corrective justice': de dader moet de door hem veroorzaakte schade aan het slachtoffer vergoeden, zodat zowel bestrafing van de dader als compensatie van het slachtoffer plaatsvindt. Kaplow en Shavell bespreken de keuzes die op grond van de onderscheiden benaderingen gemaakt zouden moeten worden in een aantal gestileerde situaties. Ze presenteren een eenvoudig model waarin alleen de potentiële dader invloed heeft op het al dan niet ontstaan van schade. In de meest eenvoudige variant ontstaat zeker schade als de potentiële dader geen voorzorg betracht om schade te voorkomen terwijl er zeker geen schade ontstaat als hij wel voorzorg betracht. De auteurs kijken naar drie manieren waarop aansprakelijkheid geregeld kan zijn: geen aansprakelijkheid, risicoaansprakelijkheid en schuldaansprakelijkheid. Bij schuldaansprakelijkheid moet alleen schade worden vergoed indien te weinig voorzorg is betracht ten opzichte van een gestelde norm. Bij risicoaansprakelijkheid moet de schade altijd worden vergoed. Ze beginnen met 'reciproque ongevallen' waarin een individu soms in de dader- en soms in de slachtofferrol zit. Hij is soms een automobilist die voetgangers kan aanrijden en soms een voetganger die door automobilisten kan worden aangereden. Voor dergelijke ongevallen komen zij tot de conclusie dat alle individuen slechter af zijn wanneer op grond van rechtvaardigheidsbeginselen een aansprakelijkheidssysteem wordt gekozen dat afwijkt van het systeem dat op grond van welvaartseconomische argumenten gekozen zou zijn (zie kader). Bij niet-reciproque ongevallen zijn niet alle individuen slechter af maar komt wel de maatschappelijke welvaart lager uit.

### Contractenrecht

Op grond van het contractenrecht kunnen partijen bindende afspraken maken. Vanuit welvaartseconomisch perspectief is het bevorderen van de welvaart van de contractpartijen het doel van contracten. Het contractenrecht biedt prikkels die richtinggevend zijn voor het gedrag van de contractpartijen. Uit welvaartsoogpunt zouden contracten moeten worden nagekomen wanneer dat bevorderlijk is voor de welvaart van de partijen en anders niet. Vanuit rechtvaardigheidsperspectief wordt vaak gesteld dat beloftes moeten worden nagekomen. In aansluiting daarop wordt wel gepleit voor 'specific performance' als regel: nakoming van contracten kan worden afgedwongen bij de rechter. Uit welvaartsoogpunt scoort specific performance slechter dan vergoeding van het positieve contractsbelang. In het laatste geval moet degene die zijn verplichting niet nakomt een schadevergoeding betalen waardoor de andere partij even goed af is als wanneer de overeenkomst gewoon was nageleefd. Laatstgenoemde is dus even goed af, terwijl het positief contractsbelang de andere partij de ruimte geeft om niet na te komen als hij daarop vooruit gaat, bijvoorbeeld doordat hij hoge kosten vermijdt of in kan gaan op een beter bod.

### *Juridische procedures*

In de rechtseconomische benadering worden juridische procedures primair gezien als middel waarmee mensen hun recht tot gelding kunnen brengen. Het vooruitzicht dat een rechtszaak kan worden aangespannen zet aan tot gewenst gedrag. Zo heeft bijvoorbeeld het aansprakelijkheidsrecht een preventieve werking, omdat in voorkomende gevallen via de rechter het betalen van een schadevergoeding kan worden afgedwongen. Verschillende regels met betrekking tot de toegang tot juridische procedures (elke partij draagt eigen proceskosten, subsidies die de toegang tot de weg naar het recht openen, verbieden van procederen) worden geanalyseerd aan de hand van eenvoudig voorbeeld. Het voorbeeld luidt in termen van een schadebedrag, verschillende hoogten van de kosten die 'de dader' moet maken ter voorkoming van schade, proceskosten van het slachtoffer en de dader. Uit welvaartsoogpunt zou een zodanige regeling moeten worden gekozen dat de som van de kosten minimaal is. Op rechtvaardigheidsgronden kan een andere regel worden gekozen. Zo wordt op die gronden wel verdedigd dat iemand aan wie schade is toegebracht in staat zou moeten zijn om een zaak aan te spannen tegen degene die de schade heeft veroorzaakt. De welvaart kan echter lager uitvallen wanneer de keuze van regels niet wordt afgestemd op de daarmee te bereiken gedragseffecten. Verder wordt ingegaan op de nauwkeurigheid van juridische procedures. Wanneer bekend is dat rechters ex post zullen proberen de schadevergoeding zo goed mogelijk op de werkelijke schade af te stemmen, kan dat ertoe leiden dat potentiële schadeveroorzakers de door hen te nemen voorzorgsmaatregelen ook zo goed mogelijk afstemmen op de daarmee te vermijden schade. De enigen die dat kunnen, zijn schadeveroorzakers die ex ante informatie hebben over de omvang van de schade waar hun gedrag toe kan leiden. Vanuit oogpunt van preventie heeft het alleen in die gevallen zin dat de rechter probeert de schade zo nauwkeurig mogelijk vast te stellen. Wanneer potentiële schadeveroorzakers geen ex ante informatie hebben, kan de mate van preventie niet afhangen van inspanningen om ex post de schade zo nauwkeurig mogelijk vast te stellen. In dergelijke gevallen is per saldo een kostenbesparing te behalen wanneer met gestandaardiseerde schadevergoedingen zou worden gewerkt.

### *Rechtshandhaving*

De bespreking van rechtshandhaving is toegespitst op het strafrecht. Aan het realiseren van een pakkans voor crimineel gedrag zijn kosten verbonden. Het daarmee te behalen voordeel zit vooral in de afschrikking van criminele activiteiten en van de daaruit voortvloeiende schade die slachtoffers lijden. Uit welvaartseconomisch perspectief is de optimale sanctie die sanctie die leidt tot het zo gunstig mogelijke saldo van schade en kosten ter vermindering van schade. Bezien vanuit rechtvaardigheidsperspectief wordt in het algemeen gesteld dat sancties proportioneel moeten zijn aan de ernst van het delict. De hoogte van de sanctie is dus afhankelijk van kenmerken van het gepleegde delict, en niet van de consequenties die sancties hebben voor (toekomstig) gedrag. Er zijn vraagtekens te plaatsen bij de consistentie van deze benadering. Bij delicten gaat het om ongewenst gedrag. Juist die ongewenstheid rechtvaardigt een sanctie. Maar als niet-proportionele sancties tot minder delicten leiden, levert dat dan geen rechtvaardiger wereld op? Het beantwoorden van die vraag vergt aandacht voor de consequenties van sanctiestelling. Kaplow en Shavell illustreren de redenering aan de hand van een cijfervoorbeeld, waarbij de consequenties van een proportionele sanctie worden vergeleken met een sanctie die op basis van een welvaartseconomische benadering zou worden gekozen en waarbij potentiële criminelen van criminaliteit afzien. In het laatste geval zijn er alleen potentiële slachtoffers en potentiële criminelen. Omdat proportionele sancties er niet toe leiden dat alle criminaliteit wordt afgeschrikt, zijn er dan wel slachtoffers en criminelen. Sommige criminelen worden gepakt, anderen niet. Proportionele sancties leiden er niet alleen toe dat de gezamenlijke welvaart lager uitvalt, ook de verdeling van het welvaartsverlies is bedenkelijk. De slachtoffers en de gepakte criminelen zijn slechter af, terwijl de niet-gepakte criminelen beter af zijn. Het is op z'n minst opmerkelijk wanneer een rechtvaardig geachte sanctiestelling alleen niet-gepakte criminelen tot voordeel strekt. De ironie van het verhaal wil dus dat juist op welvaartsverhoging gerichte sancties rechtvaardiger uitpakken. De kloof tussen beide benaderingen kan overigens worden verkleind door de proportionaliteit van sancties vanuit een ex ante perspectief te benaderen, waarbij de verwachte sanctie (pakkans maal strafmaat) moet worden afgestemd op de ernst van het delict.

### **Afsluiting**

De stelling dat bij de vormgeving van recht en rechtshandhaving geen zelfstandig gewicht mag worden gehecht aan rechtvaardigheidsbeginselen omdat dat ten koste gaat van de welvaart van de individuen, klinkt vergaand. Bij nadere beschouwing valt dat echter wel mee, omdat een heel breed welvaartsbegrip wordt gehanteerd. Wanneer mensen een voorkeur voor rechtvaardigheidsbeginselen hebben, spelen die mee wanneer recht en rechtshandhaving worden beoordeeld aan de hand van een welvaartseconomische analyse. In de voorbeelden, en dat mag als kanttekening gelden, wordt doorgaans een betrekkelijk smal welvaartsbegrip gehanteerd. Die voorbeelden komen daarom dicht bij een efficiëntie-analyse op basis van het Hicks-Kaldor criterium. Daarmee worden problemen met interpersonele nutsvergelijking, een onderwerp waar wel erg weinig woorden aan worden besteed, omzeild. Het feit dat de spanning tussen rechtvaardigheid en welvaart steeds wordt gepresenteerd aan de hand van eenvoudige cijfervoorbeelden, maakt het boek zeer toegankelijk. Maar het heeft tegelijk iets onbevredigends. Het doet de behoefte ontstaan aan een meer algemene modelmatige behandeling. Deze is overigens wel te vinden in artikelen waar het boek op is gebaseerd. Wat kan een beleidsmaker in de praktijk met de gedachten die in het boek ontvouwd worden? Het boek biedt een strak beoordelingskader. Het geeft aan dat bij de vormgeving van recht en rechtshandhaving moet worden gekeken naar de gedragseffecten en dat daarbij moet worden gestreefd naar zo gunstig mogelijke welvaartseffecten. Dit is te zien als een pleidooi voor een specifieke invulling van ex ante toetsing van rechtsregels. Tussen de droom van Kaplow en Shavell en de daad van de beleidsmaker staan echter praktische bezwaren in de weg. Er is dringend behoefte aan empirisch onderzoek naar de gedragseffecten van het recht. Los daarvan behoudt de waarschuwing van Kaplow en Shavell haar waarde: stel steeds de vraag of mooi klinkende beginselen in hun consequentie niet nadelig zijn voor de burgers waarop recht en rechtshandhaving betrekking hebben. Het boek is expliciet normatief. Het neemt stelling tegen deontologische benaderingen (plichtethiek) en pleit voor een teleologische benadering (doelethiek). De juistheid van handelen wordt bepaald door de consequenties die van dat handelen te verwachten zijn. Wat mij betreft is dit boek een absolute aanrader. Het is een erudiet verhaal met

een enorme breedte, waarin economie, recht en ethiek de hoofdrol spelen. Voor wie de prijs van het boek te hoog vindt, is er een goedkoper alternatief. Een eerdere versie is in 2001 als artikel (van 428 pagina's) verschenen in de Harvard Law Review. Het concept kan gratis worden gedownload<sup>2</sup>. Daarmee loopt u wel het risico dat u het boek alsnog wilt kopen, zo weet ik uit ervaring.

---

## Voorbeeld aansprakelijkheid

Elk individu is risiconutraal en bevindt zich een keer in de daderrol en een keer in de slachtofferrol. De activiteit van een dader brengt zeker schade ter grootte van € 100 toe aan een slachtoffer, tenzij de dader voorzorgsmaatregelen neemt om schade te vermijden. De kosten van voorzorg bedragen € 25 in sommige gevallen en € 150 in andere. Onder risicoaansprakelijkheid moet de dader altijd de schade vergoeden aan het slachtoffer. Hij zal daarom voorzorg betrachten indien de kosten van voorzorg lager zijn dan de anders te vergoeden schade. Deze uitkomst kan ook worden bereikt onder schuldaansprakelijkheid door dit systeem zodanig vorm te geven dat de dader dan en alleen dan schuldig is indien de kosten waarmee de schade vermeden had kunnen worden lager zijn dan de schade. Bij afwezigheid van aansprakelijkheid zal de dader geen voorzorg betrachten. Omdat elk individu een keer in de daderrol en een keer in de slachtofferrol zit, ondervinden alle individuen dezelfde invloed van de regeling van aansprakelijkheid. Wanneer de kosten van voorzorg € 25 bedragen zijn alle individuen beter af mét dan zonder aansprakelijkheid. Welk aansprakelijkheidsysteem dan het beste scoort is afhankelijk van de proceskosten die de systemen met zich brengen. Indien de kosten van voorzorg € 150 bedragen, zijn alle individuen beter af zónder aansprakelijkheid. De reden hiervoor is dat aansprakelijkheid in dit geval niet leidt tot voorzorg (zie boven), maar alleen tot juridische procedures en daaraan verbonden kosten. Indien op rechtvaardigheidsgronden voor risicoaansprakelijkheid zou worden gekozen en de kosten van voorzorg € 150 zijn, dan is dus iedereen slechter af. Daarbij gaat het met name om de gedachte dat daders de door hen veroorzaakte schade moeten vergoeden en dat slachtoffers de door hen geleden schade vergoed moeten krijgen.

---

<sup>1</sup> L. Kaplow en S. Shavell, *Fairness versus welfare*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 2002.

<sup>2</sup> [http://www.law.harvard.edu/programs/olin\\_center/papers/pdf/book/toc.pdf](http://www.law.harvard.edu/programs/olin_center/papers/pdf/book/toc.pdf)