

RECHT EN GERECHTIGHEID

8. RECHT EN GERECHTIGHEID. ¹⁾

Mijnheer de Burgemeester, President-Curator der Universiteit.

Mijne Heeren Wethouders,

Dames en Heeren leden van den Raad dezer gemeente.

Mijne Heeren Curatoren,

Dames en Heeren Hoogleraren, Lectoren, Privaat-Docenten, Studenten en Gij allen, die deze plechtigheid met Uw tegenwoordigheid vereert.

Zeer geachte Hoorders,

Heden herdenken wij den dag, dat vóór 300 jaar de instelling van Hooger Onderwijs te Amsterdam werd gesticht, waaruit onze Universiteit is gegroeid. Toch zijn wij niet voor deze herdenking samengekomen; wij hopen, indien de duisternis der tijden, die wij beleven, het niet belet, U ter plechtige en feestelijke herdenking van dit feit in den zomer samen te roepen. Thans bepaal ik mij tot de herinnering aan de aanleiding dezer vergadering: zij mocht niet ontbreken, waar ik wenschte dat de beteekenis van juist dézen verjaardag aan allen die tot onze Universitas behooren een oogen-blik helder voor oogen stond — zij mag niet worden uitgewerkt, waar ik mij voor het oogenblik wil beperken tot de vervulling van de taak, die op iederen dies op den Rector rust: een rede over een onderwerp van zijn wetenschap.

Als het een jurist is die met deze taak is belast, ligt het voor de hand — en is het dan ook vrijwel gebruik — dat hij U een oogenblik stelt voor een der principieele vragen van zijn vak — liever dan zich met U in een bijzonder probleem te vermeiden. Dat heeft zijn goeden grond. Want vooreerst bestaat het gevaar, dat de vreugde, die een „zich vermeiden" insluit, alleen aan den kant van den spreker zou zijn en hij Uw aandacht niet gedurende den voorgeschreven tijd zou kunnen vasthouden — in de eigenlijk juridische vragen heeft een gemengd publiek, hebben in het bijzonder vele vertegenwoordigers van andere wetenschappen, slechts uiterst geringe belangstelling — en in de tweede plaats is juist die bezinning op vragen van principieelen aard geschikt om datzelfde publiek in te scherpen, dat het recht ten slotte ieder raakt — en niet van ter zijde.

Ook ik onderwerp mij dus aan dit gebruik. Ik vraag Uw aandacht in dit uur voor enkele beschouwingen over Recht en Gerechtigheid.

¹⁾ Rede, gehouden ter herdenking van den 300sten verjaardag der Instelling van Hooger Onderwijs te Amsterdam op 8 Januari 1932, als Rector-Magnificus der Universiteit.

Van ouds heeft het recht een glans, een wijding van hogere orde. Klimmen wij op in rechtshistorische studie tot den aanvang van het rechtsleven der tegenwoordige cultuurvolken, dan komen wij overal op het gebied van het sacrale, een nauw verband van recht en religie valt aan te wijzen. Is daarvan iets gebleven in ons recht? in onze wetenschap van uitlegging van wetsartikelen, van beoordeeling van handelingen van het dagelijksch leven, van bestudeering van de constructie der staatsinrichting of het onderzoek van misdaad en beveiliging daartegen? Met de zedelijkheid was er een innige samenhang — zoo, dat de onderscheiding voor vroeger tijden veelal niet is te maken. Ook thans is het nog moeilijk haar scherp te formuleeren en over de wijze, waarop dit moet geschieden, bestaat allermintst eenstemmigheid. Doch is dat een gebrek aan kracht tot samenvatting, een te kort schieten in het vermogen tot uitdrukking — óf ligt de moeilijkheid der onderscheiding in het bezwaar der scheiding? Het zijn deze en soortgelijke vragen, die wijzen naar het zeer principieele probleem, dat ik U heden wil voorleggen: is wetenschappelijk alles gezegd met de beschrijving van het recht dat *is* óf kunnen we ook — anders dus dan als zuiver subjectieven wensch — spreken over het recht dat *moet* zijn. En zoo ja — is dit dan alleen van belang ter kritiek van het bestaande recht, of heeft het oordeel over wat *moet* zijn mede beteekenis ter bepaling van wat *is*? Het is déze vraag, die we op het oog hebben als we spreken van de gerechtigheid in het recht.

Driehonderd jaren geleden zou deze vraag geen vraag geweest zijn en lang daarvoor en lang daarna evenmin. Eerst de negentiende eeuw bandte de vraag der gerechtigheid buiten het recht. Vóórdien was het recht — dit geldt voor Middeleeuwen, voor Humanisten, voor de mannen der Verlichting — een deel van het groote geheel, dat den mensch voorschreef wat hij behoorde te doen. Het positieve recht — wet en gewoonte meestal — werd geplaatst in het groote kader van het natuurrecht. Hèt probleem was de vraag hoè dat natuurrecht, hoè gerechtigheid te vinden en dan vandaar uit de plaats van wat positief-rechtelijk bronnen van dat recht genoemd wordt aan te wijzen. Eerst het tijdvak van codificatie en historische school maakte de scheiding, het stelde het recht geheel op zich zelf en verklaarde het probleem der gerechtigheid, waarnaar eeuwen hadden gezocht, kortweg voor onoplosbaar.

En al waren er, en komen er juist in de 20e eeuw hoe langer hoe meer, die zich bij de laatste conclusie niet willen neerleggen, de afscheiding van recht en gerechtigheid bleef toch een resultaat, dat men niet wilde laten glijpen. Integendeel — de herlevende belangstelling in de rechtsphilosophie, die ten slotte altijd voor de vraag der gerechtigheid komt te staan, leidde tot de conclusie, dat bezinning over de rechtswetenschap de scheiding een sterker

grondslag gaf in den kentheoretisch aan te wijzen aard der wetenschap.

Immers — leert men veelal — men kan het recht op drieërlei wijze beschouwen, die alle wetenschappelijk verantwoord zijn, doch scherp uit elkaar moeten worden gehouden. Daar is voor eerst de methode die het recht ziet als handelingen en overwegingen van mensen, die die fysisch-psychische werkelijkheid historisch-sociologisch trachten te verklaren in verband met andere verschijnselen. Het is de methode van de rechtshistorie en ook van de rechtssociologie. Zij vraagt naar de wording der rechtsinstellingen en rechtsvoorstellingen, verklaart hun ontstaan causaal, genetisch. Daar is in de tweede plaats de eigenlijk-juridische methode, die de geldende rechtsregels ziet als een zin-vol geheel, dat uit zich zelf moet worden verklaard. Zij vraagt niet: hoe is het recht geworden, maar wat is recht en vindt in het antwoord op deze vraag tevens dat op die andere, die het sterkst nijpt en de eigenlijke stimulans is van iedere rechtswetenschap: wat is *rechtens*, wat moet in concreto in een bepaalde verhouding krachtens het recht geschieden. Niet genetisch-causaal, maar logisch-systematisch is deze methode der wetenschap. Daar is ten slotte de methode, die het recht *waardert*, vraagt, niet wat recht is, maar behoort te zijn, naar een maatstaf zoekt ter beoordeeling van het recht en die maatstaf dan aan het geldend recht aanlegt. Het is de methode van de wijsbegeerte van het recht, zij vraagt naar het recht van het recht, naar de gerechtigheid.

Een zuivere, scherpe scheiding van de drie werkwijzen — dit schijnt resultaat zoowel van historische ontwikkeling als van theoretische bezinning. Het goed recht der beide eerstgenoemde werkwijzen wordt algemeen erkend, dat van de laatste betwijfeld. Velen meenen dat iedere poging de gerechtigheid te zoeken van te voren tot mislukking gedoemd is. Men valt dan altijd weer terug in het natuurrecht — in de voorstelling, dat uit zeker beginsel logisch kan worden afgeleid wat recht behoort te zijn. En als de rechtswetenschap met uitzondering van de wijsbegeerte van Katholieken huize iets wil vasthouden, dan is het dit: Het natuurrecht is en blijft overwonnen. En ook al zou dit anders zijn — in ieder geval behoort uit het eigenlijk juridisch onderzoek de vraag naar de gerechtigheid volkomen verwijderd te blijven.

Mijn doel zal zijn U heden aan te toonen dat dit resultaat onhoudbaar is, dat wij integendeel *in* het recht zelf geen stap kunnen doen en ook niet doen, zonder telkens weer bewust of onbewust ons de vraag der gerechtigheid te stellen.

Er is zeker niemand, die meer gedaan heeft voor de zuivere afscheiding der wetenschap van het positieve recht van rechtshistorie en sociologie eenerzijds en ethische beoordeelingen anderzijds dan de man, wiens helderheid en welsprekendheid ook wij onlangs hebben kunnen bewonderen en die gewoonlijk wordt aangeduid

als het hoofd der Oostenrijksche Staatsrechtschool, Hans Kelsen. In een van 1928 dateerende voordracht voor de Kant-gesellschaft¹⁾ heeft deze op overtuigende wijze betoogd dat van uit het positieve recht gezien ieder systeem van natuurrecht een onmogelijkheid moet heeten. Gegeven eenmaal het bestaan van een positief recht, zeggen wij gemakshalve van een wetgeving en onze onderwerping daaraan, is een daarnaast of daarboven staand natuurrecht volgens Kelsen niet denkbaar. Immers vooreerst onderstelt het positieve recht de mogelijkheid van dwang, het recht gaat uit van de gedachte dat er menschen zijn die niet gehoorzamen aan het bevel, dat hun rechtens wordt gegeven, dat sluit in zich dat het recht desnoods met behulp van dwang, en wel van in den Staat georganiseerden dwang moet worden verwerkelijkt. Het natuurrecht daarentegen steunt op de gedachte dat er zekere normen zijn, die door God of door de rede of de natuur gegeven zijn, die dus evengoed te kennen zijn als de regels der logica en geen dwang behoeven om te worden nageleefd. Natuurrecht is — aldus Kelsen

— altijd anarchisme, met het positieve recht niet vereenigbaar. In de tweede plaats sluit het bestaan van een positief recht het natuurrecht logisch uit, omdat het natuurrecht een absoluut behooren onderstelt, het positieve recht slechts een relatief behooren kent. Als goed neo-Kantiaan ontkent Kelsen ieder verband tusschen behooren en zijn, er is geen brug die van het een naar het ander voert. Het positieve recht kent alleen een relatief behooren. Iets is alleen rechtens geboden, omdat de wet het zegt, en de wet bindt alleen, omdat zij op de door de grondwet aangewezen wijze tot stand is gekomen. En de grondwet bindt weer, omdat zij overeenkomstig de vorige grondwet is vastgesteld. En zoo kunnen we doorgaan tot we komen tot 't punt waar herleiding niet meer mogelijk is en slechts een hypothese, een enkel gedachte Grund-norm het recht draagt. Positiefrechtelijk bewijsbaar is de Grund-norm niet. Het geheele „behooren" naar positief recht steunt dus op een onderstelling, hangt van die onderstelling af. Een dergelijk relatief behooren staat geheel naast het absoluut behooren van het natuurrecht; er is geen weg, die van het laatste tot het eerste leidt. Aanvaardt men eenmaal het positieve recht, dan is er voor het natuurrecht geen plaats. En ten derde: het geheel problematische van het natuurrecht wordt duidelijk als men bedenkt, dat het natuurrecht — en daarin stemt het met het positieve overeen — noodzakelijk zijn abstracte, algemeene normen moet concreetiseeren, individualiseeren. Het komt op de vraag aan of A. — hetzij dan naar natuurrecht of naar positief recht — tot zekere praestatie tegenover B. verplicht is. Dit ligt niet *in* de abstracte norm, maar dit kan alleen door een menschelijke handeling wor-

¹⁾ Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und der Rechtspositivismus.

den uitgemaakt. En daarmee wordt het natuurrecht tot *positief*. Immers als men niet aanneemt, dat de betrokkenen zelf precies weten wat behoort en dat natuurrechtelijk-behoorende ook willen,

— een volkomen onhoudbare onderstelling — moet er een derde zijn die dit uitmaakt. Doch dan wordt diens concrete weten en willen beslissend: van zijn kennis, van zijn zuiverheid van bedoeling wordt ook het natuurrecht afhankelijk. Met andere woorden

— doch ik waarschuw U. dat ik nu niet meer als tot nog toe Kelsen's betoog met zijn eigen woorden weergeef — ook het natuurrecht vraagt om een rechter, die met gezag oordeelt. En zoodra dat gezag wordt erkend, zijn wij niet meer in het natuurrecht doch in het positieve.

Het komt mij voor, dat dit betoog alle aandacht verdient. Het natuurrecht is herhaaldelijk „weerlegd", het steekt altijd weer het hoofd op. De historische weerlegging, die tegenover het absolutisme van het natuurrecht de altijd veranderende rechtsstof zelve stelt, stuit steeds weer af op de stelling, dat de wetenschap, hoe het recht is geworden, nooit een weerlegging zijn kan van een leer, hoe recht moet zijn. Het een raakt het ander eenvoudig niet. *Hier* wordt het natuurrecht aangevallen op eigen terrein — worden zijn gebreken uit logisch oogpunt bloot gelegd. Doch het is noodig in het oog te houden *wat* is aangetoond.

Naar Kelsen's eigen bedoeling: dat het natuurrecht als stelsel van normen, waaruit voor ieder gegeven verhouding de beslissing in concreto kan worden afgeleid, naast een positief recht, eveneens gedacht als zulk een stelsel, onbestaanbaar is. Het positief recht *is*, het natuurrecht dus *niet*. We kunnen een stap verder gaan. Ik laat Kelsen's beide eerste argumenten rusten. Een bespreking daarvan zou de geheele opzet van zijn stelsel moeten analyseeren en daartoe ontbreekt thans de gelegenheid. Ik sta alleen bij het derde nog even stil: een stelsel van natuurrecht is onmogelijk, omdat iedere bepaling wat rechtens is, de concrete daad van een mensch vraagt, dus positief wordt. In iedere concrete uitspraak: gij, A, zijt thans tot deze of gene handeling tegenover B. verplicht, zit een positief element, zij kan *nooit* uit abstracte normen van gerechtigheid alleen worden afgeleid. *Recht*, ieder recht, vraagt om realiseering, doch die realiseering is zonder het aanvaarden van de menselijke daad, het oordeel — waarvan *niet* is gewaarborgd dat het volledig aan de natuurrechtsnormen beantwoordt — niet mogelijk. Ik onderschrijf dat volledig — het is de reden waarom de stelsels van natuurrecht zoo onvruchtbaar zijn. Zij bereiken de werkelijkheid niet — pogen zij dat, dan hebben zij stof van elders noodig. Een stelsel van natuurrecht, dat het antwoord zou geven op iedere concrete vraag van behooren, is *onmogelijk*.

Doch als ik dat doe, dan moet ik er onmiddellijk naast stellen dat een stelsel van positief recht, waaruit de oplossing van ieder

rechtsgeschil, het antwoord op iedere vraag van twijfel voor een rechtsverhouding kan worden afgeleid, *even* onmogelijk is. Kelsen heeft de onhoudbaarheid aangetoond van een natuurrecht-stelsel, doch precies op hetzelfde punt, waar het schipbreuk lijdt, de verwerkelijking van het recht door het concrete oordeel, strandt ook het gesloten stelsel van positief recht, waaraan hij wel gelooft. En gelijk een concreet oordeel niet mogelijk is zonder het positief bepaalde van het recht te aanvaarden — zoo is het evenmin denkbaar indien het niet als de verwerkelijking van de gerechtigheid wordt gezien. Het oordeel van den rechter, de concrete beslissing van het individueele geval onderstelt de *^eza^*factor in het recht en daarmee de gebondenheid aan feitelijke verhoudingen, zij onderstelt evenzeer de gedachte, dat door haar de gerechtigheid wordt gediend, dat zij daaraan hare eigenlijken zin ontleent.

Ik hoop U dat aan het privaatrecht te kunnen bewijzen. Het komt mij voor, dat de rechtshistorie er wel bij zou varen, indien zij meer met de verschijnselen van het privaatrecht rekening hield. Zij richt zich te zeer naar het staatsrecht alleen. Ik ben overtuigd, dat de voorstelling: recht is een gesloten geheel van normen, de wil van een werkelijken of gedachten wetgever, nooit zóó wortel zou hebben geschoten, had men meer aandacht aan het privaatrecht gewijd. Had men dat gedaan, dan had men bemerkt, dat de overeenkomst niet bindt krachtens het bevel van den wetgever, maar als zelfstandige bron van verplichting staat naast de wet, die wel de grenzen der gebondenheid bepaalt maar haar niet scheidt; dat het grootste deel der privaatrechtvoorschriften in een codificatie van heden is aanvullend recht, d. w. z. dat haar werking afhangt van de betrokkenen, wat met de gedachte, dat zulk een voorschrift bevel is, niet is te vereenigen; dat ook in het dwingend recht onderscheid wordt gemaakt in het gewicht en de be-teekenis der bepalingen, waardoor sommige als „van openbare orde" worden gehandhaafd, ook indien naar regels van internationaal privaatrecht in het algemeen een anders luidende regel van buitenlandsch recht zou moeten worden toegepast, een onderscheid, dat een waardeering der normen onderstelt, die, indien zij alle gelijkelijk bindend waren, ontoelaatbaar zou zijn; dan was eindelijk dat internationaal privaatrecht zelf aanleiding geweest tot critiek op de stelling: recht is staatswil, het vreemd recht, als indirect door onzen wetgever gewild, te denken, zoo dikwijls het moet worden toegepast, is toch een al te gekunstelde voorstelling. En zoo zou ik kunnen doorgaan. Doch wat *hier* het meeste gewicht in de schaal legt: de beslissing van den rechter is altijd meer dan een toepassing van een stel gereed-liggende normen op een gegeven geval. Dit geldt voor ieder onderdeel van het recht, maar komt in het privaatrecht het beste uit. Het is van algemeene bekendheid dat de rechter niet alleen in de wet zoekt als hij een vonnis moet vellen — dat er leemten zijn in de wet, die hij aan-

vult. Doch, gelijk ik elders uitvoeriger heb betoogd¹⁾, dit is niet een gebrek van de wet, dat zoo veel mogelijk moet worden verholpen, het ligt in den aard van het rechterlijk oordeel zelf: rechts-toepassing is altijd rechtsschepping. Het concretiseeren van alge-meene normen, de conclusie van den algemeenen regel tot het bepaalde geval is altijd meer dan zuiver logische arbeid. Kelsen wil iedere overweging van doelmatigheid, van billijkheid verhouden van de beslissing die alleen naar het positieve recht gegeven moet worden. Ik stel daar tegenover, dat in iedere beslissing de ge-rechtigheid naar het oordeel van hem, die haar geeft, een woord meespreekt. Dat dat veelal niet blijkt komt daarvandaan, dat wat zich als simpele toepassing van wetsvoorschriften voordoet wordt aanvaard, omdat het aan het gerechtigheidsoordeel beantwoordt. Doch zoodra er twijfel komt, zoodra er een rechtsstrijd is, waarin voor ieder der partijen wat te zeggen valt, is dat anders. Dan vraagt de rechter — en moét hij naar den aard van zijn werk vragen — of het oordeel, dat hij zal uitspreken, hem *bevredigt*, dat wil zeggen of hij het als *gerechtigd* ervaart, dan weegt hij af, waardeert en kiest — wat een *zedelijk* oordeelen in zich sluit.

Laat ik dit eerst door een paar voorbeelden toelichten en het dan uit de ontleding van 's rechters taak nog nader duidelijk maken.

Ik kies daarvoor niet een voorbeeld, waar de rechter dit openlijk uitspreekt. Die zijn zeldzaam en moeten zeldzaam blijven. De ver-werkelijking der gerechtigheid *in* het recht eischt, dat de rechtspraak — ook al steunt zij ten slotte op het oordeel van den rechter: dat behoort zoo, dat måg niet anders, toch wordt geschraagd door argumenten die in de wetenschap van positief recht als deugdelijk worden erkend. Doch die argumenten zijn op zich zelf niet *beslissend*. Nemen wij een der bekendste arresten, waarschijnlijk wel het bekendste, van den H. R. uit onzen tijd. Ik bedoel dat van 31 Januari 1919 over de onrechtmatige daad¹⁾. Een boekdrukker had een bediende van een zijner concurrenten door giften en beloften overgehaald hem inlichtingen te verschaffen over al hetgeen ten kantore van dien concurrent geschiedde, hem copie te leveren van door deze gedane offerten, opgaaf van namen van klanten, die bestellingen deden of prijsopgave vroegen en zoo meer. Vraag: kan de concurrent schadevergoeding erlangen? De H. R. beantwoordde deze vraag bevestigend, hij brak daarbij met de constante jurisprudentie, die leerde dat onrechtmatig alleen is de daad door de wet verboden of de inbreuk op eens anders in de wet erkend recht. Op het oogeblik, dat de gedaagde boekdrukker handelde als ik omschreef, was er geen wetsbepaling, die hem zijn slinksche streken verbood. Niettemin, zegt de H. R., ook de handeling die strijdt met de goede zeden of met de zorgvuldigheid die in het maatschappelijk verkeer betaamt tegen eens anders

¹⁾ Zie mijn Algemeen deel in Asser's Handleiding blz. 100 vlg.

²⁾ N. J. 1919, 161: W. 10365.

persoon of goed, is onrechtmatig. Waarop steunt deze beslissing? Hierop: dat het art. 1401 B. W. geen grond geeft tot de beperkte uitlegging, omdat onrechtmatig niet gelijkwaardig is met „in strijd met een wetsbepaling" en omdat het artikel ontleend is aan den Code, de daar gebezigde uitdrukking: „Tout fait quelconque de l'homme" veel ruimer is en de invoeging van het woord onrechtmatig alleen geschiedde om te voorkomen, dat hij tot schadevergoeding werd veroordeeld, die krachtens eigen recht handelt. Dit alles is den juristen onder u overbekend. Doch het was ook in 1919 niet nieuw, het was al in 1887 door Molengraaf met weerlegging van andere opvattingen uitvoerig betoogd. Toch had de H. R. altijd anders geoordeeld, nog in 1905 had hij in een geval, dat toch ook een sterk sprekend staaltje van oneerlijke concurrentie opleverde de oude leer gehandhaafd en in 1910 had hij dat nogmaals gedaan in een geval, zoo treffend, dat de wetgevende machine in beweging kwam en in 1911 een ontwerp tot wijziging der wet werd ingediend. De argumenten, die toen nog voldoende werden geacht om de uitspraak te dragen, onrechtmatig is onwettig of strijdig met eens anders recht, argumenten die werden verondersteld maar niet uiteengezet, zoo van zelf sprekend werden zij geoordeeld, schoten thans te kort. Is dit nu een nieuw, theoretisch inzicht of is het de drang naar gerechtigheid, die hier 't bestaand recht omzet? Is het niet een oordeel over wat behoort te zijn, een oordeel van waardeering?

Nu bedoel ik hiermede geenszins dat het gerechtigheidsoordeel *alleen* den doorslag geeft. Slechts dit wil ik betoogen: in de beslissing van den H. R. gelijk in het rechtsoordeel in het algemeen zit voor een goed deel waardeering, streven naar gerechtigheid. Gelijk deze ook terug te vinden zijn in de instemming, waarmede het arrest allerwege in rechtsgeleerde kringen in den lande werd ontvangen: er was een gevoel van bevrijding in, een blijdschap, die wèl bij een gerechtigheidsoordeel, een overwinning der gerechtigheid, niet bij een logisch betere oplossing van de moeilijkheid past.

Het oordeel van gerechtigheid, zeide ik, geeft niet *alleen* den doorslag. De beslissing in ieder rechtsgeschil wordt niet gevonden en behoort ook niet te worden gevonden door een intuïtief oordeel naar billijkheid of gerechtigheid. Integendeel daar zijn talrijke factoren waaraan hij, die recht zoekt, zich onderwerpt: de woorden der wet, haar geschiedenis, de traditie, de uit de maatschappij opkomende eischen, het systeem der wet — en nog veel meer — maar het is niet juist, gelijk men 't wel voorstelt, dat de vraag naar gerechtigheid zich wel laat gelden bij de vaststelling der wet, doch als deze eenmaal vastgesteld is, met logisch-dwingende zekerheid uit al die factoren de beslissing in ieder geval kan worden afgelezen. Ook dan blijft de gerechtigheid hare eischen stellen. Er is niet een vaste volgorde waarin die factoren worden

geraadpleegd, zoodat de een slechts in aanmerking zou komen, als de andere geen baat brengt, de geschiedenis eerst, als de woorden twijfel laten en zoo voort, doch de beslissing, wie de voorkeur heeft, kan alleen in concreto worden gegeven in verband met het gewicht dat zij voor dat bepaald geval in den schaal werpen. Achter ieder dier gezagsfactoren zit wat ik een rechtsbeginsel heb genoemd, een gedachte waaraan een volk waarde is gaan hechten, die neergelegd is in zijn recht of daarin wordt verondersteld, een gedachte — die, omdat zij zelve niet is rechtsregel niet als zoodanig mag worden gehanteerd en „toegepast” naar het heet, doch die telkens weer *in* de toepassing wordt erkend. Achter de interpretatie naar de woorden der wet ligt de gedachte van het gezag van de wetgevende autoriteiten, van den vorst eerst, van de volksvertegenwoordiging later, van de onderwerping daaraan ter wille van de orde en zekerheid, achter de traditie de gehechtheid aan het eenmaal bestaande, het bewustzijn veiliger te gaan op oude paden, de overtuiging, dat er continuïteit zit in de ontwikkeling van het recht, dat het als levensvorm der gemeenschap niet willekeurig kan worden veranderd, achter het beroep op de eischen van het verkeer omgekeerd de erkenning van de noodzakelijkheid van samenhang van recht en maatschappelijk leven, achter de systematische uitlegging, de logische structuur van onzen geest, de behoefte aan eenheid, de noodzakelijkheid dat wat we doen zooveel mogelijk logisch te kunnen samenvatten en begrijpen. Telkens komt het eene beginsel in strijd met 't andere, een goed deel der rechtsregels is bepaling hunner grenzen, doch dit verhindert niet, dat haast in iederen rechtsstrijd het een tegenover het ander kan komen te staan. Dan is de beslissing waardeering — die waardeering richt zich zoo naar het concreet geval als naar de overtuiging, *zóó* en niet anders *behoort* het naar de gerechtigheid. Er is hier een keus, een *daad* die niet als een wetenschappelijk oordeel logisch kan worden verantwoord. Tusschen positief recht en gerechtigheid kan strijd zijn — ik kom daar zoo straks op terug — doch ook *in* het positieve recht gaat de strijd om de gerechtigheid. En het eigenaardige is, dat de gerechtigheid niet alleen niet altijd *wint*, maar het zelfs niet altijd *moet* winnen, juist ter wille van de gerechtigheid.

Doch ook daarover zoo straks. Ik wil eerst laten zien hoe zij niet altijd wordt geëerbiedigd. Dan wordt de kritiek kritiek op grond van den eisch der gerechtigheid. Dan neemt de wetenschap de taak der rechtspraak over. Ik denk aan het Mark is Mark arrest van 2 Januari 1931¹⁾. Een Nederlandsche vennootschap leent van een in Duitschland wonende weduwe van Hollandsche origine in 1908 of 1911 geld tegen 5% rente; van de hoofdsom in 125.000 mark niet terug betaald, als in 1924 de geldleening

i) N. J. 1931, 261.

wordt opgezegd. De uitleenster vraagt thans het geleende geld, de mark berekend tegen 60 cent, terug; de vennootschap meent met betaling van het verschuldigde, omgerekend naar de waarde van de mark na het Duitse Aufwertungsgesetz van 1922, dat is ongeveer één honderdduizendste van een cent te kunnen volstaan. Het Nederlandsche recht is op de verhouding toepasselijk. Nu weet ik wel dat in deze procedure allerlei vragen zitten, vragen van uitlegging van art. 1793 B. W.: slaat de regeling daar gegeven ook op leeningen in buitenlandsch geld, omvat de „geldspecie" waarvan het artikel spreekt, ook papiergeld en zoo meer — doch de hoofdvraag bleef toch: gaat de gebondenheid aan de overeenkomst zoo ver dat zij tot onderwerping verplicht, ook indien door de uitvoering de gelijkheid van partijen geheel is verbroken, of heeft zij dan een grens? Het beginsel der gebondenheid aan het gegeven woord, dat de uitleenster dwong tevreden te zijn met terugbetaling in *marken* en tot de qualificatie mark = mark als naam van de leer, die het arrest huldigt, aanleiding gaf en de gedachte, dat een overeenkomst als deze in het maatschappelijk verkeer uitruil van praestaties beoogt, dat er dus tus-schen deze praestaties een zekere evenredigheid moet bestaan — zij botsen tegen elkaar. Een „zekere" evenredigheid, want wel wordt partijen overgelaten zelf uit te maken wanneer de evenredigheid aanwezig is, is verbreken daarvan door later ingetreden omstandigheden op zich zelf niet voldoende om de gebondenheid aan de overeenkomst op te heffen, doch er zijn altijd regelingen geweest, die aan die gebondenheid een grens stelden, als al te groote onevenredigheid de strekking der overeenkomst in haar maatschappelijke beteekenis blijkt te verijdelen. Het blijft dan toch maar waar: dank zij de uitspraak van den H. R. die de vennootschap gelijk gaf, kreeg deze in 1908 of 1911 een waarde in Hol-landsch geld van 75.000 gulden — gaf zij in 1931 daarvan *niets* terug. Zulk een uitspraak verduwen wij niet gemakkelijk.

Had ik moeten vonnissen, ik zou anders hebben beslist. Ook over de gronden ontleend aan tekst en geschiedenis van art. 1793 B. W. denk ik eenigszins anders dan de Hooge Raad, doch dit doet thans niet ter zake, ik weet dat ik in hoofdzaak daarom de vennootschap zou hebben veroordeeld, omdat ik meen dat het beginsel, dat overeenkomsten binden, dat ook ik zou willen hoog houden, moet wijken, indien zijn handhaving tot een zoo treffend onbillijke uitspraak leidt. Art. 1374 B. W., dat de gebondenheid uitspreekt, stelt de grens door de verwijzing naar de goede trouw. Te goeder trouw kan de vennootschap zich niet aan de overeenkomst vastklampen.

„Equality is equity" is een van de beginselen van het Engelsche equityrecht, dat merkwaardige instituut, dat zich ginds naast de

!) Zie Meijers' noot in de N. J. op het arrest.

daar niet op wetgeving maar traditie steunende common-law ontwikkelde. Als de common law tot resultaten leidde als in deze door den Hoogen Raad aanvaard, dan stond in de Middeleeuwen en nog geruimen tijd daarna in Engeland de weg naar de Kanselarij open, die in Equity naar een voor de gerechtigheid te verantwoorden oplossing zocht. Het recht mocht niet ingaan tegen reason en conscience. Voor minachting der reason is in ons sterk gerationaliseerd rechtsstelsel niet te vreezen, doch het beroep op de „conscience" zou ook nu nog passen. Conscience beteekent in dit verband geweten, de equity-rechter hield de betrokken partij voor, dat hij niet mocht handelen als hij wenschte, ook al was dat naar het gemeene recht volkomen geoorloofd, omdat hij zijn geweten niet met zulk een handeling mocht bezwaren. De equity werd zelf weer tot een systeem van regels en rechtsmiddelen, het beroep op de gerechtigheid werd ook in Engeland teruggedrongen naar het kader van een als stelsel gedacht recht, al behield het juist bij het gebruik van equity-middelen zijn kracht, maar merkwaardig is het, dat de Engelsche rechter, die in een soortgelijke zaak als die wij bespraken oordeelde als de Hooge Raad — anders dan de Duitsche, de Fransche, de Zwitsersche hoogste rechter — de winnende partij den raad gaf van het vonnis dat hij kreeg geen gebruik te maken. Is het niet eene herinnering aan het oude beroep op de conscience, toen de rechter in equity ook de partij, die een zaak voor den gewonen rechter gewonnen had, voorhield, dat hij zijn vonnis niet mocht executeeren, omdat good conscience het verbood? Het is jammer, dat de H. R., wien hier een gelegenheid was gegeven die hij, dank zij ons cassatiesysteem, niet altijd heeft, de gerechtigheid in het recht te handhaven, die gelegenheid heeft laten voorbijgaan.

Dit is te meer te betreuren omdat het hoogste rechtscollege tegenwoordig meest anders te werk gaat. Ik zie hier een rest van een anders terecht verlaten woordendienst.

Niet altijd wint dus de gerechtigheid, ook waar zij moet winnen — toch meen ik mij te mogen beroepen op ieder die aan rechtspraak deelgenomen heeft, of het niet zijn ervaring is, zoo bij introspectie als uit de discussies met mede-rechters, dat altijd door het al dan niet zwaarwichtig wetenschappelijke betoog heen de drang ging naar gerechtigheid, al begreep niet ieder die gelijk, of niet achter dat betoog lag een waardeering, een oordeel: *zoo moet* het, dat naar de beslissing in de eene of de andere richting drong. En wat van de rechtspraak geldt, geldt ook van haar critiek in de wetenschap.

Het is oude wijsheid. Zeide niet reeds een Romeinsch jurist — ik mocht er aan herinneren, toen ik hier voor jaren mijn inaugu-reele rede hield —: in omnibus rebus, quidem maxime autem in jure aequitas spectanda¹⁾? En Bodin — de man tot wien de ge-

!) D. L., 17, 90.

heele tegenwoordige leer van het recht als wil van den soeverein is terug te brengen — wist het ook wel: „La loi sans l'équité est un corps sans âme, d'autant qu'elle ne touche que les choses générales et l'équité cherche les circonstances particulières”¹⁾). Eindelijk Domat, toch zeker onder de voorloepers onder wetgeving een der grootsten: „Et c'est aussi dans le discernement de l'équité que consiste principalement la science du droit.”²⁾

Deze alle spraken van équité — dit woord had echter wijder beteekenis dan ons billijkheid, dat immers de gedachte aan een tegenstelling met recht oproept, het wordt juist door gerechtigheid vertaald.

Maar, zegt men wellicht, dat mag zoo zijn. het leert dan toch alleen, dat de rechter zich laat leiden door motieven die niet zijn van zuiver positief-rechtelijken aard, niet. dat hij er zich door *moet* laten leiden. Ik zou kunnen antwoorden dat hij altijd zoo heeft gehandeld en dat reeds een vermoeden oplevert, dat hij niet anders kan; dat het nog nooit gelukt is aan te wijzen, hoe door enkel logisch betoog uit de gegeven stof van rechtsvoorschriften de beslissing van ieder concreet geval zou moeten worden afgeleid, doch ik kan dat laten, omdat ik. ook als ik op het gebied blijf dat het positivisme van Kelsen zich zelf heeft gesteld: dat van de logische analyse, kan aantonen, dat rechtstoepassing zich uiteraard naar de gerechtigheid *moet* richten.

Wij kunnen dit ook zoo uitdrukken: *Gerechtigheid is de zin van het recht.* Subjectief wordt zij door den rechter in zijn beslissing ervaren, objectief ligt zij in het recht zelve. Laat ik dit toelichten door wederom bij Kelsen's betoog aan te knopen.

Kelsen maakt een scheiding tusschen een statisch en een dynamisch systeem van normen³⁾. In een statisch systeem vloeit uit de eene norm de andere voort, van de opperste, de grondnorm af tot de toepassing in concreto toe. Uit de norm der waarachtigheid het voorschrift „gij zult niet bedriegen,” uit deze norm weder „gij zult bij een koop de u bekende gebreken der zaak niet verzwijgen.” In een dynamisch systeem daarentegen geeft de grondnorm machtiging aan een bepaalden menschelijken wil om nieuwe voorschriften te scheppen. Met het voorschrift: „gehoorzaam uw vader en uw moeder” is nog geen enkel concreet bevel gegeven. Wat de ouders zullen willen, blijft onbekend, het is aan hen dit te bepalen. In het eerste geval dus ligt de meer concrete norm al opgesloten in de algemeene — in het laatste geeft de algemeene een bevoegdheid de concrete te scheppen. Een natuurrechtssysteem is statisch, een positief rechtelijk dynamisch,

¹⁾ Six livres de la république, blz. 713.

²⁾ Les lois civiles I, II, I.

³⁾ t. a. p. blz. 18.

omdat het gehoorzaamheid aan de krachtens de grondwet autoriteit hebbende personen voorschrijft. Het boven door mij -weergegeven argument van Kelsen tegen het natuurrecht, dat toepassing altijd door menselijke handeling moet geschieden, kan ook zoo worden geformuleerd, dat een statisch normensysteem onmogelijk is — er is altijd de wil van een mensch noodig om van den algemeenen regel te komen tot de concrete beslissing.

Doch deze conclusie heeft wijder gevolgen dan Kelsen zelf heeft gezien. Twee Hongaarsche geleerden. Barna Horvath en Julius Moor hebben dit aangetoond. Moor¹⁾ wees er op — en hij had hierin reeds een voorganger in Sauer²⁾ — dat òm tot rechtstoepassing te komen men van het gebeuren in meerdere of mindere mate moet abstraheeren, dat daarentegen de norm in gelijke mate moet worden geconcretiseerd. Daar is een regel over koop aan den eenen kant. Daar zijn getuigenverklaringen over zekere woorden gewisseld op een veemarkt anderzijds. Is het koop? De rechter kan de vraag slechts beantwoorden, indien hij uit het verslag over het gebeurde uitlicht, wat hij uit het oogpunt van de norm relevant acht. Er wordt geabstraheerd van al hetgeen den jurist als zoodanig niet raakt — anderzijds wordt de norm: men zal zich aan zijn koopovereenkomsten houden, concreet gemaakt, doordien in déze handelingen een koop wordt herkend. Horvath³⁾ betoogt terecht, dat dit in den aard der logische subsumptie bij rechtstoepassing zelf ligt, gegeven is de major, doch de minor, de feiten, zijn niet gegeven, maar worden uit de gegevens met behulp van den major gezocht. De oude spreuk die 's rechters functie aldus formuleerde: „da mihi facta, dabo tibi jus" geeft de verhoudingen gebrekkig weer — wàt facta zijn bepaalt het jus: wat jus is mede de facta.

Hierop voortbouwend heeft Moor in den feestbundel, die onlangs Kelsen ter eere van zijn vijftigsten verjaardag is aangeboden⁴⁾, uitvoerig uiteengezet, dat zoodra men het recht wil zien als een gesloten systeem van normen, dat altijd weer het karakter van natuurrecht aanneemt, dat in de beslissing steeds weer nieuwe positieve door de feiten bepaalde elementen in dat systeem indringen, dat het daardoor in beweging en ontwikkeling blijft. Ik erken dat met hem, maar wil er nu op wijzen, dat dit alles ook insluit, dat degeen, die oordeelt in iedere concrete beslissing, zich naar zijn oordeel over gerechtigheid richt. Immers, als het vinden van de concrete beslissing mede is het vormen van de norm, kàn het niet anders dan dat de zin van die norm, die is een gerechte regeling der verhouding te geven, mede de beslissing bepaalt.

*) Das Logische im Recht. Revue internationale de la theorie du droit II, 193

²⁾ Grundlagen des Prozessrechts, blz. 58 vlg.

•) Gerechtigkeits und Wahrheit, Revue intern. IV, 8 vlg.

⁴⁾ Gesellschaft, Staat und Recht (1931) blz. 58 vlg.

Er liggen niet normen gereed, waaronder de gevallen moeten worden gerangschikt, doch voor ieder gegeven gebeuren moet het passende recht worden vastgesteld. Wie recht zoekt, heeft altijd tot zekere hoogte macht over het recht. Daarin ligt de mogelijkheid van keus, doch ook de noodzakelijkheid datgene te verwerkelijken, wat in de concrete verhouding als recht wordt gezien. Het inzicht: *déze man moet betalen — gene deed iets ongeoorloofds*

— dat is het einddoel dat de rechter ziet, daarnaar zoekt hij een weg. De zin van het recht zelf legt dat den rechter op, hij kan niet anders.

Hij blijft daarbij, ik herhaal het ten overvloede nog eens, gebonden. Zoogenaamd vrij recht bestaat niet, het verschil tusschen wat men de vrije rechtschool heet en vroegere methoden is een verschil in graad en in inzicht in wat men doet. Er is gebondenheid in vrijheid, het best schijnt mij de verhouding uitgedrukt door de formuleering, die ik zoo even gaf, het oordeel *richt* zich in gebondenheid zoo aan de feiten als aan wet, gewoonte en wat dies meer zij, naar de gerechtigheid.

Ik herinner U nog eens aan de drie naast elkaar staande beschouwingwijzen der stof door de wetenschap: de causaal-genetische van rechtsgeschiedenis en sociologie aan den eenen kant

— de waardeerende, gerechtigheid zoekende in de wijsbegeerte anderzijds — daartusschen de logisch-systematische van de eigenlijke rechtswetenschap. Wij zien nu, dat de scheiding alles behalve scherp is. *In* de rechtswetenschap werkt het causale, empirische element, hier liggen de beteekenis zoo van maatschappelijke factoren als van de geschiedenis, ik spreek daarover vandaag niet, en *in* de wetenschap ook vraagt de gerechtigheid haar deel. Een logisch gesloten systeem, dat de rechtswetenschap zou bloot leggen, *bestaat* niet.

Indien gij mij tot zoover gevolgd hebt, mijne hoorders en ik althans eenigszins U heb kunnen meevoeren aan de draden van mijn betoog, dan komt allicht een vraag op Uwe lippen: alles goed en wel, gerechtigheid heeft haar plaats in het recht, maar: wat verstaat ge eigenlijk onder gerechtigheid? Ja wellicht vraagt ge nu ook: wat is eigenlijk recht? Recht als geheel van door een bepaalde autoriteit uitgevaardigde voorschriften kan ik mij voorstellen, doch dat is het volgens U niet, wat is het dan wel?

Ik beken dat deze vragen mij eenigszins in verlegenheid brengen. Niet omdat ik niet een heldere voorstelling van recht of gerechtigheid zou hebben. Ge moogt aannemen, dat iemand, die nu al zooveel jaren het recht gedoceerd heeft, zich bij die woorden toch wel een denkbeeld vormt, maar omdat ik U noch van recht *nóch* van gerechtigheid een definitie kan of wil geven, U dus niet van hier laat gaan met de prettige voldoening van een wel omschreven voorstelling, die ge rustig kunt opbergen in Uw gehe-

gen. Definieeren is nooit anders dan rangschikken — het begrip, dat men bepalen wil, onder een meer omvattend begrip plaatsen met aanwijzing van het bijzondere waardoor het zich onderscheidt. Nu laten zich echter juist de meer algemeene begrippen niet op deze wijze rangschikken.

Van recht is evenmin een definitie mogelijk als van kunst of van wetenschap, van gerechtigheid evenmin als van zedelijkheid en waarheid. Iedere poging daartoe — hoe wenschelijk het soms zijn mag haar te ondernemen — is niet dan aanwijzing van een bepaalde zijde van een veelomvattend gecompliceerd verschijnsel.

Dit neemt niet weg dat de vraag, die ik U suggereerde, gerechtvaardigd is. Beter echter dan door een omschrijving hoop ik U te helpen door over de verhouding recht-gerechtigheid nog wat verder te spreken. Een korte aanduiding van beide — die dus geen definitie poogt te zijn — moge daarbij voorafgaan.

Recht — mogen we dan zeggen — is het geheel van positief geldende regels; gerechtigheid het behooren naar innerlijke overtuiging.

Recht het geheel van geldende regels, dat is al dadelijk niet juist: recht omvat ook de slechts individueel bepaalde verplichting uit een overeenkomst, ook de bevoegdheid die zelfstandige beteekenis heeft, doch als voorloopige aanduiding kan ik er mee volstaan, met de voorstelling van het dagelijksch leven klopt zij. Maar nu zit in dit „gelden" weer een probleem. Gelden wordt namelijk in dubbelen zin gebruikt; vooreerst als „gevolgd worden", dan als „gevolgd moeten worden".

Regels die gevolgd worden vormen het recht naar de sociolo-gisch-historische beschouwing, deze stelt alleen belang in het recht dat in werkelijkheid is omgezet; voor de juridische beschouwing kunnen zij nooit het geheel van het recht vormen, kan het gevolgd worden nooit met gelden synoniem zijn. zoolang niet *alle* recht gewoonterecht is geworden. Voor het *nieuwe* recht is hier geen plaats, met de positie der *wet* in onze samenleving van heden is de voorstelling, dat recht zou zijn wat geschiedt, direct in strijd. Zoodra wij voor een nieuwe beslissing staan helpt ons niet wat vroeger gebeurde in andere gevallen — het bevel van den wetgever is recht ook vóór het is toegepast. Hoe kan dan recht zijn wat gevolgd wordt?

Dus gelden als gevolgd moeten worden?

Inderdaad — als we dit nu maar niet beperken tot de wet en onze regels steunen op het geheel van gezaghebbende factoren voor hem die recht zoekt. De wetgever staat naar de juiste opmerking van G. Husserl, ¹⁾ op een afstand van het recht, hij poogt het te benaderen, de rechter staat er midden in. Recht is wat gezag heeft voor den rechter. Gezag heeft en behoort te hebben.

¹⁾ Zeitschrift für Rechtsphilosophie. Bd IV, blz. 173.

Recht vertoont voortdurend het dubbele karakter van zijn en behooren. Het recht *is* — geldend recht is een historisch, naar tijd en ruimte bepaald verschijnsel, het hangt af van allerlei in de werkelijkheid te constateeren feiten, doch het is niet een materieele en evenmin een psychologische realiteit. Het heeft realiteit als een gedicht, een compositie, als wetenschap of een uitvinding. Doch de eigenaardigheid van dit „zijn” is dat het tegelijk is een „behooren”, het geldend recht *eischt* iets van de gemeenschap waarvoor het geldt. Het recht maakt aanspraak ons hand«len te regelen ’). In dit aanspraak maken ligt, dat het niet is aan te wijzen als bewustzijnsinhoud — het recht geldt ook als niemand zich van zijn bestaan bewust is — dat zijn realiteit bestaat in een behooren, dat het het karakter heeft van voorschrift, bevel, norm. De brug tusschen zijn en behooren, die de Kantianen ontkennen, ligt in het recht.

Juist omdat het recht behooren is heeft het aan de gerechtigheid deel. Een „behooren” kunnen wij niet opleggen als hef ons niet innerlijk evident is, als we het niet als goed beamen. Natuurlijk weet ik wel, dat machthebbers het ten allen tijde gedaan hebben en nog doen, doch op den duur blijft geen recht, dat niet naar de overtuiging van hen voor wie het geldt verwerkelijking van gerechtigheid mogelijk maakt. De zin van het recht wordt niet opgeheven doordien het wordt misbruikt.

In het bevredigende van het oordeel naar rechten beleven wij dit verband met de gerechtigheid evenzeer als wij den samenhang van de beslissing met de factoren, waaraan zij gebonden is, door intellectueelen arbeid aanwijzen. In die ervaring raken wij aan de scheiding goed-kwaad, die even primair is voor onzen geest als de scheiding waar-onwaar, schoon-niet schoon. Iedere poging het zedelijk oordeelen zelf causaal te verklaren stelt zonder grond het primaat van de „reine Vernunft”. Waarom wij in ons zedelijk oordeel tot zekeren inhoud komen, kunnen v/e tot een bepaalde hoogte — en nog niet eens zoo heel ver — causaal verklaren, het oordeelen zelf bereiken wij in ons genetisch onderzoek nooit.

Doch is er geen strijd tusschen deze beide beweringen die ik LI voorhield: het recht een „zijn”, dus een verschijnsel, dat valt binnen de lijn der geschiedenis, dat voor causale verklaring vatbaar is als ieder ander en het recht een behooren, dat zich in zijn wezen aan die verklaring onttrekt? Hoe kan de innerlijke evidentie van aan tijd en plaats gebonden feitelijkheden afhankelijk zijn? Is het dan niet tóch waar, dat er geen brug is tusschen zijn en behooren? Mijn antwoord luidt vooreerst: wij leven in een gebroken wereld, het goede hebben wij evenmin in de hand als de waarheid. En dan: Recht is behooren *in een gemeenschap*. Wij zijn in het recht gebonden aan het oordeel van anderen. Dit

1) Vgl. Karl Larenz, Das Problem der Rechtsgeltung (1929), blz. 18 vlg.

sluit in, dat het innerlijk-evidente niet altijd recht is en omdat het niet recht is, toch ook weer niet *geheel* overeenkomstig de gerechtigheid.

Wij blijven in de dialectiek, in het gesprek tusschen recht en gerechtigheid. In de beslissing zoeken wij de gerechtigheid, die het recht in zich opgenomen heeft. Ten slotte is die beslissing een sprong, die altijd een durf is.

Recht vraagt om gerechtigheid, doch ook gerechtigheid om recht. Gerechtigheid zoekt naar verwerkelijking van het goede; het goede in een gemeenschap. Een zich richten tot de gemeenschap onderstelt een algemeenheid van voorschriften. Aristoteles heeft reeds geleerd, dat het wezen van gerechtigheid bestaat in gelijke regels voor gelijke verhoudingen, het Christendom bracht de principieele erkenning der gelijkheid van de menschen en daarmee den grondslag voor de gelijke regeling, die de gerechtigheid beoogt. Middeleeuwen en nieuwere tijd bouwden er op voort. Om gelijk van ongelijk te scheiden behoeven we echter vaste, intellectueel te bepalen kenmerken. Zoo eischt de gerechtigheid rationaliseering, dat is het recht. Het ethische krijgt in het recht zijn logischen vorm¹⁾. Zoodra wij echter de verwerkelijking der gerechtigheid van den rechtsregel afhankelijk stellen, stuiten we altijd weer op de onmogelijkheid, de veelvuldigheid, de bontheid van het leven in algemeene regels samen te vatten, op de onmogelijkheid afdoende gelijk van ongelijk te scheiden. Wij worden nooit meester van de werkelijkheid, de rationaliseering laat altijd een rest. Het ethische breekt toch weer door den logischen vorm heen. Ook van die zijde beschouwd is natuurrecht een onmogelijkheid, het is overschatting van ons intellectueel vermogen, indien wij meenen een natuurrecht, een stel van regels van gerechtigheid, afdoende voor ieder geval, te kunnen opstellen. In den rijkdom van het werkelijke leven komt altijd weer het oogenblik, waarop de regel in den steek laet en wij naar gerechtigheid moeten oor-deelen: dat mag zijn overeenkomstig den regel, het mag toch niet.

En toch eischt de gerechtigheid het recht. Zonder recht, zonder algemeenheid dus van regels is geen gemeenschap mogelijk. Vandaar de altijddurende strijd, de poging altijd weer in en tegen de te algemeene regels d-e concrete gerechtigheden te grijpen, de noodzakelijkheid ook de regels te eerbiedigen en daarom soms op den koop toe te nemen wat in concreto niet het gewenschte schijnt. Hierop doelde ik, toen ik zooeven zeide, dat de gerechtigheid niet altijd moét overwinnen, juist ter wille van de gerechtigheid zelf.

Er komt nog iets bij. Zeide ik dat onze intellectueele krachten te kort schieten als we pogen gelijk van ongelijk te scheiden, als we naar de formuleering zoeken van den regel — ernstiger

1) Horvath t. a. p. blz. 37, ook blz. 17.

en bitterder nog is ons tekort aan zedelijke kracht het goede te willen. Wij wéten dat wij gerechtigheid móeten zoeken, wij ervaren dagelijks in ons geweten dat wij niet anders kunnen dan het te pogen maar tegelijk, dat wij het toch niet doen. Christelijk gesproken: daar is naast ons tekort aan intellectueele kracht de zonde, „want het goede, dat ik wil, doe ik niet, maar het kwade dat ik niet wil, doe ik”, zeide Paulus '). Natuurrecht is niet alleen overschatting van ons intellectueel vermogen, het is ook de grenze-looze usurpatie, die aan de natuurlijke goedheid van den mensch geloofd. Wij weten het gerechte niet in zijn algemeenheid, wij willen het ook niet — zelfs niet in concreto. Altijd weer verzet ons belang, onze neiging zich. Vandaar de behoefte aan het oordeel van den zooveel mogelijk belanglooze, vandaar dat iedere rechtsstrijd niet door betrokkenen maar door een buitenstaander moet worden beslist, dat het altijd weer diens taak is zich zooveel mogelijk los te maken van al wat invloed op zijn oordeel zou kunnen hebben. Geen recht zonder rechter — geen goed rechter, indien niet al wat niet ter zake is, al 't andere dan kennis der feiten en kennis van het recht en streven naar gerechtigheid aan zijn oordeel vreemd is; geen rechter ook, die dit ideaal verwezenlijkt. En ook daarom is er gebondenheid aan het recht: het subjectieve moet zooveel mogelijk worden buitengesloten, aan den drang naar gerechtigheid tegen den bestaanden regel in mag alleen worden toegegeven, als hij, die het oordeel velt, niet anders kàn, als een zich buigen voor den regel niet slechts zou zijn het aanvaarden van een uitspraak, die niet geheel bevredigt, maar van een die in rechtstreekschen strijd is met de overtuiging: dat mag niet.

De nieuwe rechtspraak over de goede trouw in overeenkomsten en over rechtsmisbruik illustreert dit. Hebben partijen zich ten aanzien van eenig punt in hun overeenkomst aan het oordeel van een derde onderworpen, leert deze, dan eindigt die gebondenheid, indien dat oordeel óf door de wijze waarop het tot stand kwam óf door zijn inhoud *kennelijk* in strijd met de goede trouw is. Partijen zelf stelden den derde aan, van te voren verklaarden zij zijn uitspraak bindend, zij hebben zich daaraan te houden, ook al zouden zij de onjuistheid kunnen aantoonen, doch het kàn, dat die uitspraak zoozeer indruischt tegen ons oordeel wat behoort, dat zij daarom ter zijde mag worden gesteld. En evenzoo is rechtsmisbruik alleen aanwezig, indien het recht wederom *kennelijk* in strijd met zijn doel is gebruikt, indien voor *déze* uitoefening van het recht geen enkele houdbare grond is aan te voeren.

Geenszins is dan ook de conclusie van ons betoog, dat het rechtsgevoel beslissend is. Als wij met dat woord de intuïtieve scheiding tusschen goed en kwaad aanduiden, dan geeft die intuïtie slechts dan den doorslag, indien zij zich weet te handhaven, ook

- i) Rom. VII : 20.

nà de gezette overweging van de aanspraak der gemeenschap, die ter wille van de zorg voor orde en vrede om een gestand doen van den regel, een egaliseering van het geval onder den regel — vraagt. Voor een goed jurist is — behalve andere intellectueele eigenschappen — niet alleen een sterk rechtsgevoel noodig, doch ook een intuïtief inzicht, hoever de noodzakelijkheid van algemeene regels de verbreking van den band ter wille van de gerechtigheid verdraagt.

Het gerechte in het recht dus alleen in de concrete beslissing. 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 kunnen falen. En toch ligt in den eisch om gerechtigheid, die aan het rechtsoordeel wordt gesteld, de aanraking met het absolute.

Ook hier ontmoet ik nog eens Kelsen's leer. Het recht is volgens hem een behooren, een Sollen, maar een behooren, gebonden ten slotte aan een hypothetische Grundnorm. Hij zegt: in rechte behoort ge, doch dit behooren steur.; altijd weer op een rechtsnorm, ten slotte de rechtsnorm, waarbij men in al maar verder herleiden terugkomt, op een onderstelde Grundnorm. Aan deze hypothese hangt het geheele recht. Doch op een onderstelling kan een werkelijk behooren niet gebouwd worden. De drang tot gehoorzaamheid, die door het Deutsche Sollen wordt uitgedrukt, bestaat alleen, indien wij niet door een onderstelling, maar in werkelijkheid worden aangesproken. Een „behooren" is slechts denkbaar, indien het onvoorwaardelijk dus absoluut ons als eisch is gesteld. Indien ik waarlijk iets *behoor* te doen dan sluit dat in, dat ik wat anders is *niet* behoer te doen. Ik kan zoo en ik kan ook anders is met iedere gedachte van een plicht, een behooren in strijd.

En zoo kom ik nogmaals tot de reeds meer besproken vraag: hoe is dit denkbaar, als de gerechtigheid zich in het recht — in het historisch gebonden geheel van *regels* — verwerkelijk? Een behooren *absoluut* en toch gebonden aan allerlei *relativiteit*?

Tegenover deze vraag zijn, naar mijn meening, drie houdingen mogelijk. We kunnen blijven volharden in scepsis, als Kelsen tusschen het behooren en het zijn een uiterst smal en wankel bruggetje bouwen van een onderstelling, een bruggetje dat ons niet houdt omdat een behooren, dat ons verplicht, niet steunen kan op een fictie die we zelf scheppen om dat behooren begrijpelijk te maken. Aan zulk een onderstelling kan niemand *gelooven* — voor wie zoo denkt wordt het recht een behooren dat geen behooren is, vandaar dat het zuiver juridisch bepaald heet, voor gerechtigheid geen plaats laat. Kelsen's bruggetje dient om over de

scepsis heen te helpen — het is daarvoor niet sterk genoeg. Anderen, de meesten misschien, pogen zelfs niet om zulk een brug te slaan, zij blijven in de scepsis, als zij over den aard van het recht reflecteeren. Meest echter vermijden zij dergelijke reflecties en handelen alsof er een behooren was dat hun dwingt, aanvaarden het in een donkeren aandrang zonder het te verklaren, binden zich zelf een blinddoek voor en weigeren zich van de vraag die ik stelde rekenschap te geven.

Dit is de eerste houding. De tweede is die welke Hegel en zijn volgers innemen. Zijn en behooren zijn voor hen momenten van het zelfbewustzijn, de dialectische tegenstelling heft zich zelven op. Denken wij aan het *doel* van de beweging van het zelfbewustzijn van den menschelijken geest, dan leggen wij den nadruk op het behooren; denken wij aan grond en oorsprong van dezelfde beweging dan is het het zijn! In de tegenstelling is de eenheid ¹⁾.

De derde eindelijk is die, welke meent dat het behooren een eisch is van hooger macht, die den mensch is opgelegd. Dan is het behooren, de eisch absoluut, maar zijn verwezenlijking in de werkelijkheid altijd relatief bepaald — er is verplichting tot gehoorzaamheid aan het absolute maar tegelijk gebondenheid, die telkens weer die verwezenlijking verhindert. Dat is de houding van het Christelijk geloof. Tusschen deze drie zal men een keuze moeten doen, een keuze waarbij wel onderstellingen en consequenties wetenschappelijk kunnen worden verantwoord, maar die zelve niet is zaak van wetenschap.

Voor mij is de keus niet twijfelachtig. Of beter gezegd: ik kan niet anders dan de derde aanvaarden. Afgezien van al het andere: hoe zou ik kunnen volharden in een scepsis, die mij den arbeid aan het recht, die mijn levensarbeid is, als volkomen zinloos doet zien? Zonder absoluut behooren geen gerechtigheid, zonder gerechtigheid geen recht.

En wat het Hegelianisme betreft: het zij met alle eerbied voor den geweldigen denkarbeit van Hegel en zijn volgers gezegd: de opheffing der dialectiek in de synthese schijnt mij of een spel, een begoocheling, of een overschatting van het menschelijk vermogen. Doch ik ga op deze dingen niet in. Een wetenschappelijk betoog is niet een getuigenis, doch het kan wel tot een punt leiden, waar niet anders dan een getuigenis meer mogelijk is. De goede smaak verplicht echter hem, die haar uitspreekt, het daarbij in een bijeenkomst als deze te laten.

Ook een verdere uiteenzetting, hoe ik mij die gebondenheid aan hooger macht denk, hebt gij op dit oogenblik van mij niet te verwachten. Slechts een enkel, sober woord hoe ik mij den samenhang van deze met de vraag van recht en gerechtigheid voorstel.

¹⁾ Larenz t. a. p. blz. 23.

De macht stelt alleen het *beginsel*, het beginsel in dubbelen zin als het meest fundamenteele, als datgene, dat nadere uitwerking behoeft. Het beginsel van de waarachtigheid, dat van de eerbiediging van den ander, dat van onthouding van geweld, ook het beginsel der gerechtigheid. Als ik het zoo uitdrukken mag, de beginselen der wet in theologischen zin. De weg daaruit tot de concrete toepassing in het recht is een lange, hij voert door al het historisch bepaalde, relateert voortdurend, laat ruimte voor ontelbare mogelijkheden tot dat het punt komt, waarop *nu* in deze gegeven omstandigheden, die dus alles omvatten van historische ontwikkeling en positieve rechtsregels, zoowel als van maatschappelijke verhoudingen en algemeen erkende opvattingen, de beslissing moet worden genomen. Die beslissing is ten slotte een gewetensbeslissing. En de gebondenheid aan eigen geweten is naar mijn opvatting weder niet te denken zonder de voorstelling, dat in dat geweten hooger macht spreekt. Zoo staat deze aan het begin en het einde van ieder zoeken van gerechtigheid in het recht.

Ik zou hiermee kunnen eindigen, doch ik moet nog even terug-keeren tot den aanvang van mijn rede. Ik herinnerde aan de donkere tijden, die wij beleven. Wordt het tegenover de strijdende machten in de wereld, tegenover het grandiose geweld van het historisch gebeuren nu al meer dan zeventien jaar lang niet een leeg woord, als wij van gerechtigheid in het recht spreken? Gaat er niet een roep om gerechtigheid door de wereld, zoo bewogen, zoo fel, dat het een dwaasheid wordt daartegenover van gerechtigheid te gewagen binnen den kring van het burgerlijk recht? Ja, wordt die roep om gerechtigheid in het laatste jaar niet een roep om mogelijkheid van leven voor zoo groote groepen, die zich benauwd voelen, dat alle reflectie over gerechtigheid moet verstommen? Is zwijgen over gerechtigheid thans niet het beste?

Laat mij op deze vragen twee dingen antwoorden. Het probleem der gerechtigheid *tegen* het recht is van alle tijden — het verschil tusschen de onze en vorige is slechts gradueel. Over de gerechtigheid die niet meer binnen de normen van het gegeven recht tot de concrete beslissing dringt, maar liever de vormen verbreekt om er andere, betere voor in de plaats te stellen, sprak ik niet, omdat aan de gerechtigheid in het recht beter haar aard kan worden gedemonstreerd. Het gerechte oordeel vraagt belangeloosheid, zeide ik. In een strijd, waarin wij zelf staan, kunnen we dat belangelooze oordeel niet vellen. Ten slotte gaat het in de groote vragen, waarop ik doelde, om dezelfde dingen, die ik als fundamenteel in het gerechtigheidsoordeel aanwees: het beginsel — de verwerking door intellectueelen arbeid der gegeven omstandigheden — de beslissing. Doch in den strijd om deze beslissing staan wij met geheel onze persoon, onze liefde, onze hartstocht, ook onze belangen. Wij zelf kunnen niet oordeelen waar

de grens ligt, als we deze motieven en ons oordeel over wat gerechtigd is pogen te scheiden. Ik ontken niet dat zulk een poging moet worden ondernomen, doch zij past toch zeker niet in een wetenschappelijk betoog als ik heden voor u heb trachten te houden.

En dan: als het om dezelfde dingen gaat — is het dan niet nuttig en noodig, dat wij ons juist in deze bewogen tijden om de diepere waarde van wat we hebben bekommeren? dat we inzien, dat in de kleine dingen van het dagelijksche leven, in handel en wandel van heden dezelfde drang naar gerechtigheid werkt, die soms tijds uitlaait in de hevige begeerte naar een betere samenleving of onuitdoofbaar brandt in onze vrees te verliezen wat wij ons kostbaarder erfgoed weten? Ten slotte, alleen als wij ons waarlijk verdiepen in het kader, dat ons is gesteld, hebben wij kans iets uit te graven dat op wijder veld van betekenis is. „Die getrouw is in het minste, die is ook in het groote getrouw: en die in het minste onrechtvaardig is die is ook in het groote onrechtvaardig ¹⁾”.

Ik heb gezegd.

1) Luk. XVI: 10.

