

# Bewerkte Heruitgave van Recht en Levensbeschouwing

Paul Scholten

DPSP Annual Article in  
Progress

ISSN: 2667-2790

Digital Paul Scholten Project

<https://paulscholten.eu/>



## Article Info

Category: edited reissue

Article in Progress

## Voorwoord van de bewerker

Het artikel *Recht en Levensbeschouwing* is voor het eerst gepubliceerd in *Synthese* (1915, p. 1 e.v.), daarna verscheen het in *Beschouwingen over Recht* (1924 1-61) en tenslotte werd het opgenomen in *Verzamelde Geschriften*, Deel 1 (1949, no 2, 120-162). De nummers tussen haakjes in de tekst verwijzen naar de paginanummers van de publicatie in de *Verzamelde Geschriften*.

Het artikel is bewerkt en voorzien van verklarende eindnoten door Liesbeth Huppel-Cluysenaer. De bewerking omvat een omvangrijke hertaling en verduidelijking van de tekst. De retorische vragen en dubbele ontkenningen zijn in veel gevallen vermeden. Bij verwijzende voornaamwoorden is in de gevallen waarin hierover onduidelijkheid ontstond, de verwijzing expliciet gemaakt. De bewerking laat daarmee zien hoe de tekst ten behoeve van de Engelse vertaling geïnterpreteerd is.

Uit Scholten's gebruik van persoonlijke voornaamwoorden blijkt duidelijk dat in zijn tijd vrouwen een geringe plaats hadden in de wereld van het recht. Aanpassing aan een modernere visie is hier achterwege gelaten omdat het de tekst anachronistisch zou maken.

Niet steeds zijn de cursiveringen van het origineel in de bewerking overgenomen. Soms is een andere manier gebruikt om nadruk te leggen. Cursiveringen zijn in de bewerking tevens gebruikt ter vervanging van Scholten's gebruik van aanhalingstekens ter indicatie van termen met een specifieke theoretische betekenis. De tekst is ingedeeld in genummerde, arbitrair samengestelde blokken. Daarmee wordt het mogelijk om tekstverwijzingen te maken in web lay-outs zonder pagina indeling. Verder wordt het daarmee mogelijk om een zij-aan-zij weergave te maken waardoor de originele tekst vergeleken kan worden met de bewerking en de Engelse

vertaling. Deze zij-aan-zij presentaties zijn in te zien op paulscholten.eu. In de blokken is de alinea-indeling van Paul Scholten bewaard gebleven.

De eindnoten zijn hoofdzakelijk door de bewerker gemaakt. De voetnoten die Scholten zelf maakte, zijn opgenomen tussen de eindnoten. Steeds is daarbij aangegeven dat het een noot is die Scholten maakte.

LH

#### INHOUDSOPGAVE

#### Voorwoord van de bewerker

#### § 1 Recht en wet

#### § 2 Wet en feiten

#### § 3 Sociologische rechtsbeschouwing

#### § 4 Rechtsvinding. Ideële factoren

#### § 5 Rechtsvinding. Reële gegevens

#### § 6 Recht en levensbeschouwing

#### Bibliografie

#### Eindnoten

1

#### § 1 Recht en wet

De oude opvatting<sup>1</sup>, dat al het recht in de wet te vinden is en dat recht en wet synoniem zijn, wordt tegenwoordig niet meer aangehangen.

Het leek zo eenvoudig en vanzelfsprekend. De wetgever stelt vast wat recht is. Men kan er over twisten, hoe hij aan de regels komt, die hij verkondigt en of hij daarbij ethische normen volgt of slechts uitdrukt wat de bestaande machtsverhoudingen met zich meebrengen. Men kan ook van mening verschillen over de vraag of degenen die zich met wetgeving bezig houden slechts neerschrijven wat in het belang is van hun opdrachtgevers en of het de willekeur van die opdrachtgevers is, die bepaalt of een rechtsregel wordt uitgevaardigd of niet, dan wel dat zij slechts in regels proberen te formuleren wat een hoger recht hun beveelt. Dat enkel en alleen door degenen die de wetten maken bepaald wordt wat recht zal zijn, leek echter vast te staan. Pas de wetgever maakt een regel tot recht: *positief recht*, zei men dan vaak, maar dit was volgens de meeste mensen niet nodig, omdat alle recht immers positief was. In overeenstemming met de oude traditie, waarin wet en gewoonte altijd als bronnen van recht waren aangewezen werd ook aan de gewoonte nog steeds een plaatsje gegund in de leer van de rechtsbronnen. Maar bij die vermelding bleef het meestal; beslissingen van rechtsgeschillen op grond van gewoonte bleven zeldzaam. De wetgever toonde zijn suprematie door de gewoonte enkel als rechtsbron te erkennen wanneer de wet ernaar verwijst. Wel waren er altijd mensen, die aan die suprematie twijfelden. Zij brachten bescheiden bedenkingen in het midden of verdedigden een enkele voorzichtige beperking van de almacht van de wetgever. De overgrote meerderheid bleef echter overtuigd van de allesoverheersende positie van de wetgever.

2

De wetgeving<sup>2</sup> regelde trouwens in de eerste plaats de wetgeving zelf en creëerde daarmee tevens nieuw werk voor de wetgever. We zezen al op de bepaling dat de gewoonte alleen als recht geldt, wanneer de wet ernaar verwijst. Onze opvatting van codificatie, dat wil zeggen het idee dat alle regels die betrekking hebben op een bepaald onderwerp in één alles omvattend wetboek samengebracht moeten worden, was op deze zelfde gedachte gebaseerd. Het burgerlijk wetboek diende alle regels over de burgerrechtelijke verhoudingen te bevatten, het wetboek van koophandel over de handelsrechtelijke. Dergelijke codificatie beoogde niet alleen het geven van een vastere omlijning aan de bestaande rechtsregels, dat wil zeggen het creëren van éénheid van recht, maar vooral om het scheppen van rechtszekerheid. Omwille

3 van deze rechtszekerheid moest aan iedere regel, die niet via het wetboek gesanctioneerd was bindende kracht worden ontzegd. Uitdrukkelijk spreekt de wet Algemene Bepalingen voor Wetgeving<sup>3</sup>(121) uit dat de rechter, die beweert dat hij geen beslissing kan geven over een bepaald geschil vanwege “stilzwijgen, duisterheid of onvolledigheid van de wet”, zich aan rechtsweigeren schuldig maakt en dat zijn kritiek op de wet slechts een “voorwendsel” is. Dit betekent dat de wet stelt voor ieder rechtsgeschil de oplossing te bevatten. Deze opvatting ligt ook ten grondslag aan het instituut van cassatie. Cassatie beoogt eenheid te creëren in de jurisprudentie over rechtsvragen, maar staat de Hoge Raad alleen bij schending van de wet toe om de beslissingen van een lagere rechter te vernietigen. De beperking tot gevallen van schending van de wet is alleen zinnig als men aanneemt dat ieder rechtsgeschil tot een vraag van wetstoepassing is te herleiden. Meer voorbeelden zouden genoemd kunnen worden. Ik hoop echter dat dit niet nodig is om aan te tonen dat de overtuiging dat wet en recht identiek zijn, door onze wetgever werd onderschreven, net als door vele andere wetgevers in vroege en meer recente tijden.

Door de opvatting dat alle recht uit de wet is te putten als wetsbepaling te formuleren, kreeg deze grote invloed. Wat wil men nog meer dan dat de wet bevat ook bepalingen over zich zelf bevat en dat de eerste daarvan is dat alle recht uit de wet is af te leiden. Tegelijkertijd echter zal iemand, die aan de waarheid van de uitspraak dat alle recht uit de wet is af te leiden twijfelt, niet door de wet worden overtuigd van de juistheid ervan. De laatste jaren is precies die twijfel alom gerezen en hiermee is de relatie tussen recht en wet geproblematiseerd.<sup>4</sup> Het eerste punt, waaromtrent men tot andere inzichten kwam, was juist dat feit van de opslorping van het gehele recht door de wet. Overal drong de mening door, dat er recht is naast<sup>5</sup> de wet, dat de wet niet zonder hiaten is, niet *lückenlos*, zoals de Duitsers zeggen.

4 Het begon met een bestudering van de verhouding van de rechter tot de wet. De trage gang van het wetgevingsproces leidde ertoe dat de rechter meer vrijheid nam. Dit maakte de vraag los in hoeverre dit de rechter veroorloofd was. Men ging nadenken over de taak van de rechter. De rechter heeft de wet toe te passen, daarover was en is men het eens. Maar hoever gaat die verplichting, is dat zijn enige taak en wat is dat eigenlijk *toepassen van de wet*? Tot de publicatie van het mooie betoog van Oscar Bülow over *Gesetz und Richteramt*<sup>6</sup>, die nu alweer dertig jaar oud is, had men zich in de 19e eeuw over dergelijke vragen weinig het hoofd gebroken. Men beschouwde het als vanzelfsprekend, dat de rechter niets anders deed dan de abstracte regel toepassen op het concrete geval. Zijn taak was het uitzoeken van het geval om het vervolgens te schuiven in het hokje, dat door de wetgever was opgesteld. Automatisch volgde dan de gewenste oplossing, de beslissing van het rechtsgeschil. Zuiver intellectueel werk dus, zonder enige eigen beoordeling of waardering. Niemand heeft deze gedachte scherper geformuleerd dan Montesquieu:

Maar de rechters van een land zijn, niet meer dan de mond die de woorden van de wet spreekt, willoze wezens, die aan de kracht en strengheid van de wet geen afbreuk kunnen doen. (122) (vert. J.H.)<sup>7</sup>

En wat van de rechter gezegd werd, gold ook voor de rechtswetenschap, die als taak had de rechter voorlichting te geven en de rechtsvragen, waarvan het antwoord niet eenvoudigweg uit de wet was af te lezen, op te lossen. De rechtswetenschap werd geacht niets anders te doen dan de in de wet neergelegde gedachten nader uit te werken en toe te lichten — de wet te interpreteren, zo gezegd. Toen men echter tot een nauwkeuriger analyse van de taak van de rechter kwam, bleek weldra anders.

5 Om een voorbeeld te geven. De wet bepaalt, dat een scheiding van tafel en bed kan worden uitgesproken wanneer er sprake is van buitensporigheden van de ene echtgenoot jegens de andere. Wat zijn buitensporigheden? Volgens de Hoge Raad: “handelingen onbestaanbaar met het begrip van huwelijkstrouw en met een dragelijk samenleven”, volgens een ander rechtscollege: “handelingen en bejegeningen van zodanige grievende en krenkende aard dat verdere samenleving onhoudbaar moet worden geacht”, of: “dat verdere goede

verstandhouding redelijkerwijze niet kan worden verwacht”. Dat is dus nog interpretatie, dat wil zeggen een nadere bepaling van het wettelijk begrip buitensporigheden. Maar wat doet de rechter nu, als hij dit voorschrift toepast? Slechts vaststellen wat er gebeurd is en de aldus vastgestelde feiten onder de wettelijke regel subsumeren? Natuurlijk niet. Wanneer hij immers heeft vastgesteld dat de man bijvoorbeeld zich voortdurend bedrinkt, dan moet hij vervolgens nog beslissen of dat gedrag daadwerkelijk in strijd is met een dragelijk samenleven en of het grievend en krenkend van aard is. Hij moet dat gedrag waarderen, het toetsen aan normen, die de wet hem niet geeft. Er bestaat dus een behoren — een rechtens behoren — dat niet in de wet is neergeschreven. Tussen de beide delen van de traditionele taak van de rechter schuift een derde, die het belangrijkste is: de taak om de regel vast te stellen, waaraan het gedrag van de betrokkene behoort te voldoen. Het komt vaak voor dat de wetgever het door het gebruik van ruime termen zoals buitensporigheden aan de rechter overlaat het eigenlijke recht te vinden. Zo'n rekbare inhoud van wettelijke regels komt niet alleen voor bij sommige bijkomstige voorschriften, maar juist bij de fundamentele regels van onze manier van omgaan met elkaar. Men kan daarbij denken aan het beginsel van de goede trouw, dat het contractenrecht beheerst. De rechter zal moeten vaststellen wat de goede trouw eist. Een ander voorbeeld is dat men van een verplichting, die bij overeenkomst is aanvaard, bevrijd is, als men door overmacht verhinderd is hem te vervullen. Door de oorlogstoestand is men op dit moment vaak gedwongen om van deze regel gebruik te maken. Maar, wanneer is er overmacht?<sup>8</sup> Volgens de heersende leer is er sprake van overmacht wanneer men al datgene heeft verricht dat redelijkerwijze kan worden geëist. De wet zegt zeker niet expliciet wat bij iedere overeenkomst redelijkerwijze verlangd kan worden en dit is ook op geen enkele wijze door onderzoek van tekst of geschiedenis uit de wet te halen. Tenslotte het begrip schuld. In verband met een(123)vordering tot schadevergoeding bij bijvoorbeeld een auto-ongeluk zal de rechter moeten uitmaken of de aanrijding aan de schuld van de automobilist is te wijten. Wat onderzoekt hij daarvoor? Allereerst stelt hij vast wat er is gebeurd, bijvoorbeeld met welke vaart de auto reed, of er signalen gegeven zijn, of de chauffeur aan de goede kant van de weg gebleven is, etc. Maar met de vaststelling van al deze feiten is de beslissing nog niet gegeven. Hiervoor zal het gedrag van de aangesproken partij moeten worden getoetst en gewaardeerd. De rechter zal moeten bepalen, wat de automobilist *behoorde* te doen. Wie begrijpt hoe fundamenteel de betekenis van begrippen als schuld en goede trouw is, zal inzien dat *rechtstoepassing* altijd meer is dan louter *wetstoepassing*. Dat geldt voor het privaatrecht, maar ook in het strafrecht is op kleinere schaal hetzelfde verschijnsel te constateren. Naast de opzettelijke doodslag is het door schuld veroorzaken<sup>9</sup> van de dood strafbaar gesteld. De wet bevat echter geen regels voor de vraag wanneer een verzuim of onhandigheid zo ernstig moet worden afgekeurd, dat de dader met straf moet boeten voor het door hem veroorzaakte maar niet gewilde gevolg..

- 8 Het is van belang hierbij steeds in het oog te houden dat het in al deze gevallen gaat om *rechtspraak* die van de rechter wordt gevraagd. De rechter moet beslissen welke handelingen echtgenoten niet jegens elkaar *mogen* plegen, waartoe contracterende partijen tegenover elkaar *verplicht* zijn en wanneer ze gedaan hebben wat zij *moesten* doen, welke zorg men in het algemeen voor eens anders goed en veiligheid *behoort* te hebben. Wie niet wil aannemen, dat het volledig willekeurig is hoe de rechter deze vragen beantwoordt en dat hij evengoed a als b zou kunnen zeggen, moet het bestaan van een recht naast of achter de wet erkennen.<sup>10</sup> Rechtsnormen, die niet door een ander orgaan zijn geformuleerd als een bevel aan de rechter, maar die gevonden moeten worden. Dat de rechter hierbij niet naar willekeur beslist is iets dat men enkel als overtuiging kan uitspreken, maar niet kan bewijzen. Degene echter die er van uitgaat, dat er een behoren of plicht bestaat, onafhankelijk van wat daarover achteraf door een derde *naar willekeur* wordt geoordeeld, zal er niet alleen zeker van zijn, dat de normen voor ons handelen niet louter en alleen door de wet worden gegeven, maar ook dat die ongeschreven normen *rechtsnormen* kunnen zijn. In elke rechterlijke beoordeling speelt het recht achter de geschreven wet altijd door de gecodificeerde wet heen.

9 Heeft men dit eenmaal ontdekt, dan ziet men spoedig in, dat dit niet enkel bij de hier bedoelde voorschriften het geval is, maar eigenlijk overal, waar recht wordt toegepast. Zo zijn er allerlei vragen, waarop de wetgever niet slechts, zoals hierboven behandeld, een heel ruim gesteld antwoord geeft en het daarbij aan de rechter overlaat om de bedoelde betekenis nader in te vullen, maar waarop hij gewoon *geen* antwoord geeft. In het strafrecht geldt hiervoor de regel (124) dat, als de wet zwijgt, de daad straffeloos is. Is er kortom geen wettelijke regel aan te halen, die overtreden is, dan gaat de dader vrij uit, hoe afkeurenswaardig zijn daad ook moge zijn. In het privaatrecht daarentegen moet de rechter ieder geschil beslissen. Het staat hem niet vrij het antwoord te geven, dat de wet zwijgt en dat hij het ook niet weet. In ons internationaal privaatrecht is een treffend voorbeeld van zo'n lacune te vinden, namelijk het ontbreken van een regeling van de burgerrechtelijke verhoudingen tussen de onderdanen van verschillende staten. Wij hebben over dit onderwerp op dit moment verschillende traktaten, maar deze regelen slechts enkele onderwerpen, terwijl ook lang niet alle beschaafde staten 10 zijn toegetreden. Engeland en de Verenigde Staten houden zich buiten deze traktaten. Maar afgezien van deze traktaten bevat onze wet over deze omvangrijke materie, dus over de vele van rechtsvragen, waartoe het internationale verkeer tussen de burgers van verschillende staten aanleiding geeft, over hun overeenkomsten, huwelijken en vererving slechts vier, algemeen gehouden, voorschriften. Er staat, dat voor de Nederlander de wetten die betrekking hebben op zijn burgerlijke staat verbindend zijn, ook als hij zich in het buitenland bevindt. De vraag of een Nederlander, die in het buitenland woont, meerderjarig is, of hij mag huwen, wiens toestemming daarvoor nodig is etc., wordt met andere woorden naar Nederlands recht beslist. Verder staat er dat met betrekking tot onroerende zaken de wet geldt van de plaats waar zij gelegen zijn en dat de juridische vorm wordt beoordeeld naar de wetten van het land waar de handelingen zijn voltrokken. Tenslotte wordt bepaald dat het Nederlandse burgerlijk recht voor vreemdelingen op dezelfde manier geldt als voor Nederlanders zolang niet uitdrukkelijk het tegendeel is bepaald. Verder staat er niets. Op basis van analogie kan men nog concluderen dat voor de vreemdeling in Nederland de bepalingen van zijn eigen land 11 gelden, voor zover het gaat om zijn burgerlijke staat. Het is daarom de vraag hoe bijvoorbeeld de inhoud van de contractuele verbintenis bepaald moet worden bij een koopovereenkomst tussen een Duitser en een Nederlander die in Engeland is gesloten. Moeten de gevolgen daarvan beoordeeld worden naar Duits, Nederlands of Engels recht? Welk huwelijksgoederenrecht geldt als bijvoorbeeld een Hollander trouwt met een Amerikaans meisje. Heeft dit huwelijk wat betreft het vermogen de gevolgen, die onze wet voorschrijft of die van de wet van de staat waartoe de vrouw behoort? En hoe is het met het erfrecht? Al deze vragen zijn *rechtsvragen* waarop de rechter een antwoord moet vinden. Uit de wet kan hij dit niet putten.

We spraken hierboven van conclusies op basis van analogie. Ook bij een analogische wetstoepassing speelt iets anders dan dat eenvoudigweg een geval onder een regel wordt gesubsumeerd. Er is daarbij meer aan de hand dan simpel logisch redeneren. Traditioneel wordt aangenomen, dat men zijn toevlucht mag nemen tot analogie, als men via een interpretatie van de wet geen resultaat blijkt te kunnen bereiken. Bij analogie valt een aan de rechter voorgelegd geval niet onder de door de wetgever vastgestelde regels, maar toont (125) verwantschap met een geval dat wel wettelijke is geregeld. De rechter meent reden te hebben die regel bij analogie toe te passen. Dit is in juridische geschilbeslechting een heel gebruikelijke manier van redeneren. Als men deze redeneerwijze analyseert blijkt dat de rechter om tot een nieuwe regel te komen eerst moet opklimmen tot een algemenere, waarvan het verwante wetsvoorschrift een uitvloeisel is, om dan van daaruit af te dalen tot de nieuwe norm, die hij opstelt. De wet stelt bijvoorbeeld voor Nederlanders vast dat de vraag of zij meerderjarig zijn moet worden beantwoord volgens de Nederlandse wet. Maar stel nu dat het omgekeerde geval zich voordoet: voor een Nederlandse rechter rijst de vraag, of een Zwitser, die hier woont, meerderjarig is op zijn 20ste jaar, zoals de Zwitserse wet bepaalt, dan wel op zijn 21ste, zoals in onze wet staat. De rechter neemt nu bij analogie aan, dat ook voor Zwitsers 12

de bepalingen van hun nationale wet gelden voor de vaststelling van hun persoonlijke staat, net zoals dat voor Nederlanders in de wet is vastgesteld. Maar waarop baseert de rechter dit? Op geen andere, dan dat hij de vrijheid meent te hebben een regel van onze wet over de persoonlijke staat van Nederlanders uit te breiden tot een ieder, van welke nationaliteit ook. Maar of de rechter die vrijheid heeft, of hij dat *te recht* doet, daarvoor zal in laatste instantie niet de wet — van wie wij immers veronderstelden, dat deze zich over de zaak niet uitlaat — niet beslissend zijn maar de rechters eigen waardering. Er is dus verschil tussen de analogische manier van redeneren en de gewone wetstoepassing. Bij een directe toepassing van de wet wordt een concreet oordeel uitgesproken, dat feitelijk al in de abstracte regel van de wet was vervat. Als de wet iedereen, die zich aan diefstal schuldig maakt, strafbaar verklaart en de rechter maakt uit, dat Jan gestolen heeft, dan is zijn conclusie, dat Jan dus strafbaar is, al in de wettelijke bepaling opgesloten. Als de rechter echter analogie gebruikt, past hij een regel toe, die niet expliciet in de wet is te vinden en er ook niet logisch uit is af te leiden. Het zijn andere normen dan die van de wet die zijn beslissing, beïnvloeden. De rechter zal analogie aanvaarden of verwerpen afhankelijk van de vraag of de regel, die hij uitbreidt, uitvloeisel is van een algemene ongeschreven norm, dan wel een bijzonder voorschrift is.

Tenslotte. Ook bij de interpretatie, die men altijd heeft gezien als specifiek voor het werk van de rechter en de hem informerende rechtswetenschap, speelt de toetsing van het resultaat aan niet door de wet geformuleerde normen een grote rol. Zodra men gaat interpreteren, laat men in feite de leer varen dat wet en recht hetzelfde zijn. Keizer Justinianus — die net als iedere codificator geneigd was de betekenis van de wet te overschatten — wist wel, wat hij deed, toen hij het schrijven van commentaren op zijn wetboek verbood. Wie het waagde dat gebod te overtreden, werd gestraft en zijn boeken werden verbrand. Alleen voor de wetgever, dat wil zeggen voor de keizer zelf, zou het gepast zijn om bij gerezen twijfel een nadere invulling te geven van de betekenis van de wet. Hij wist wel wat hij deed (126) — immers iedere interpretatie voegt iets toe aan de wet. Over interpretatie methoden is veel getwist. Het is hier niet de plaats om op die twist in te gaan. Een ding staat wel vast: interpretatie van de wet is niet een onderzoek naar de bedoeling van degenen, die de wet maakten. Dat is ook helemaal niet mogelijk bij de veelhoofdige wetgevers van tegenwoordig. Interpretatie houdt een vaststelling in van de betekenis van de wet. Daarbij kunnen sommigen meer en anderen minder ruimte geven aan het oordeel van de rechter, men kan zich gebonden voelen aan het spraakgebruik, aan de betekenis van de woorden van de wet in het dagelijks leven, de geschiedenis van het tot stand komen van de bepaling, de traditie, of welke factor dan ook, die bij het interpreteren een rol speelt. Niemand echter kan ontkennen, dat bij de afweging van de verschillende factoren de eigen opvatting van de rechter over het gewenste resultaat, bewust of onbewust invloed uitoefent en dat hij dit resultaat toetst aan niet in de wet geschreven normen i.e., aan wat naar zijn oordeel *behoort* recht te zijn. Dit komt doordat niemand in staat is een hiërarchie aan te geven tussen de verschillende factoren, die bij de interpretatie een rol spelen. Voor niemand is duidelijk wanneer de woorden van de wet de doorslag moeten geven of juist de geschiedenis van de wet of het doel ervan beslissend moeten zijn. Er zijn nogal wat mensen — vooral in Nederland — die sterk hechten aan de in de wet uitgesproken formulering. Maar ook zij moeten hun toevlucht nemen tot andere middelen van interpretatie als de woorden van de wet niet duidelijk zijn. Ook zij moeten dan dus tot de conclusie komen, die ik hierboven aangaf. Het verschil tussen hen en hun tegenstanders is een kwestie van meer of minder, het is gradueel, niet principieel. Ook ten opzichte van hen blijft overeind staan dat wetsinterpretatie voor een groot deel iets anders is ander dan intellectueel werk en dat de overtuiging omtrent wat *behoort* een grote rol speelt.

Wat wij hierboven zeiden over het zoeken van het recht in gevallen, waarin de wetgever dit de rechter uitdrukkelijk opdraagt, geldt ook hier. In iedere rechtstoepassing speelt dit een rol. De rechter is alleen de ene keer meer dan de andere keer in zijn vrijheid beperkt door de in de wet geformuleerde normen. Wanneer de wetgever duidelijk voor de rechter beslist, heeft deze zich bij die beslissing neer te leggen en moet hij blijven binnen de perken, die de wet stelt.

16

Vanuit dit perspectief op rechtstoepassing is de informerende taak van de rechtswetenschap anders dan traditioneel wordt gesteld. Er is niet één enkel gegeven: de wet. Analyse van de wet is niet de enige taak van de rechtswetenschap. Taak is het zoeken van het recht, het vinden van de rechtsnormen. De wet is daarbij èn hulpmiddel èn grens. Hulpmiddel, voor zover het oordeel dat de wetgever heeft geformuleerd van nut kan zijn bij het onderzoek naar de vragen waarover de wet zwijgt. Grens, voor zover een bindende uitspraak van de wet het vrije onderzoek beperkt. Dit wordt hieronder nader uitgewerkt. Eerst wordt nog een andere kant van deze kwestie belicht. (127)

## § 2 Wet en feiten

De uitspraak dat er recht is dat niet in de wet staat is ook nog op een andere manier van belang.

Wanneer we van *geldend* recht spreken, kan dit op twee manieren begrepen worden.. Het kan dat we doelen op de rechtsnormen, die gevolgd behoren te worden — maar wij kunnen ook het oog hebben op de rechtsnormen, die men werkelijk volgt. Men heeft vaak gedacht dat deze twee opvattingen samenvielen: de wet schrijft voor wat behoort te geschieden en dit wordt door de daartoe aangewezen autoriteiten gehandhaafd. Niemand ontkent dat er altijd onrecht wordt gepleegd, maar het anders handelen dan de wet beveelt, werd gezien als onrecht, waartegen met de door de wet zelf aangegeven middelen kan worden gereageerd en ook zal worden gereageerd. De laatste tijd echter is men tot de conclusie gekomen, dat deze voorstelling toch niet juist is, hoe eenvoudig en aantrekkelijk hij ook lijkt. Er is heel wat recht naast de wet, dat erkend, gevolgd en gehandhaafd wordt. Er zijn omgekeerd heel wat wetsvoorschriften, die tot een dode letter zijn geworden. Wanneer de breuk tussen wat in de wet staat te lezen en wat in werkelijkheid als recht wordt geëerbiedigd eenmaal is opgemerkt, komt hij steeds weer terug in het blikveld.

17

We noemen enkele voorbeelden. Het allerbelangrijkste voorop. In de Grondwet is niets te vinden over het parlementaire stelsel, dat de grondslag is van onze staatsinrichting. Wij zijn er allemaal van overtuigd dat er tussen regering en volksvertegenwoordiging overeenstemming hoort te bestaan over de hoofdlijnen van het staatsbeleid. En toch, waar staat het in de Grondwet? Sinds de parlementaire strijd van 1868 staat vast dat zodra ten gevolge van de uitslag van de verkiezingen of door andere oorzaak er geen overeenstemming meer is tussen de Tweede Kamer en de regering en de kamer het vertrouwen in de regering opzegt, de regering niet *kan* en staatsrechtelijk ook niet *mag* blijven zitten. Vast staat ook, dat ministers verantwoordelijk zijn voor de regeringsmaatregelen die ze nemen en zich er tegenover de kamer niet op kunnen beroepen dat ze gehandeld hebben conform de persoonlijke wens van de koning. Ministers hebben daardoor nooit de vrijheid een regeringsdaad aan een beoordeling door de kamer te onttrekken met een beroep op de zelfstandigheid van de koninklijke macht. Op dit soort regels wordt bedoeld als gesproken wordt over een parlementair stelsel. En wat staat daarover dan in de Grondwet?<sup>11</sup> Er wordt gesteld dat de koning de ministers benoemt en ontslaat naar welgevallen, dat hij de uitvoerende macht heeft, dat het hem vrijstaat een door de Staten-Generaal aangenomen wetsontwerp al of niet te sanctioneren. Het is duidelijk dat uit deze wetsbepalingen het reëel geldende recht niet kan worden afgeleid.(128) De Grondwet was gestoeld op de gedachte van een constitutionele monarchie waarin de koning soeverein is en door de volksvertegenwoordiging beperkt wordt in de uitoefening van zijn macht. De werkelijkheid is nu echter anders. De wet behield de oude formules, terwijl het recht veranderde.

18

De Grondwet biedt verschillende voorbeelden van zulke veranderingen. Men zou nog steeds de vraag, of de Grondwet subsidiëring van bijzonder onderwijs<sup>12</sup> toelaat kunnen beschouwen als een vraag over de interpretatie van art. 192 Gw.<sup>13</sup> Niemand echter die een beschrijving van geldend recht beoogt te geven, zal zijn ogen sluiten voor het feit, dat sinds 1889 de wetgever

de praktijk van subsidiëring heeft aanvaard en dat het de algemene overtuiging is dat dit ook zo behoort te gebeuren. In het licht van deze feiten is het niet vol te houden dat de Grondwet anders bepaalt. Naast deze voorbeelden, die toch werkelijk niet over kleinigheden gaan, zijn er vele andere te geven. Rondom de Grondwet is een reeks gewoonten opgekomen en zijn er gevestigde overtuigingen ontstaan, die buiten de letter van de wet vallen of zelfs er mee in strijd zijn en die op dezelfde wijze in acht worden genomen en gehandhaafd als de wettelijke voorschriften zelf. Moeten deze daarom niet opgevat worden als onderdelen van het geldend recht?

- 19 Als we onze aandacht verplaatsen naar het privaatrecht, blijkt dat ook onze vermogensrechtelijke en familierechtelijke verhoudingen niet uit de wet te kennen zijn. Kijk bijvoorbeeld naar het contractenrecht. De wet geeft op di terrein algemene regels, die iedereen vrij laten om binnen bepaalde grenzen de concrete inhoud van rechtsbetrekkingen zelf vast te leggen. Degene die zich op de hoogte wil stellen van het bestaande recht zal alleen op deze algemene voorschriften letten en de contractsbepalingen onbelangrijk vinden. Maar dit wordt anders als de uitzondering regel wordt en de regel uitzondering. Stel dat bijvoorbeeld de wet de mogelijkheid open laat dat een bepaalde bevoegdheid bedongen mag worden of dat van een bepaalde regel mag worden afgeweken en dat het de gewoonte wordt die bevoegdheid of afwijking van het wettelijk voorschrift in contracten op te nemen. Wat is dan het geldend recht: het wetsvoorschrift of wat normalerwijze contractueel bedongen wordt? Dit soort gevallen komt vooral veel voor, wanneer het contract aan een specifiek vormvereiste is gebonden, b.v. door een notaris moet worden opgemaakt, waardoor er in praktijk vaste formulieren worden gebruikt. De wet zegt bijvoorbeeld dat degene, die de eerste hypotheek op een goed heeft, bedingen mag dat hij gerechtigd zal zijn het goed te verkopen als de schuldenaar in gebreke blijft met de betaling van aflossing of rente. De hypotheekakte wordt opgemaakt door een notaris en ik vermoed dat er onder de duizenden akten van eerste hypotheek, die de notarissen verlijden, niet één is, waarin het beding niet voorkomt. Wat is nu geldend recht: dat de eerste hypotheekhouder wel of dat hij niet gerechtigd is te verkopen?
- 20 Van een ander voorbeeld is sprake als belanghebbenden zich verenigen en een soort modelcontract opstellen. (129) Zij formuleren dan van hun kant de regels, die zij bij het sluiten van hun overeenkomsten zullen volgen. Assuradeurs hebben dat al tijden geleden gedaan en ook de Amsterdamse en Rotterdamse beurscondities bevatten eigengemaakt recht. In latere jaren zijn tal van bedrijfstakken gevolgd, zoals de handel in effecten, koffie, graan, bloembollen, en olie. Elke bedrijfstak heeft zijn eigen voorwaarden en elk door een lid van de bedrijfsvereniging gesloten contract wordt geacht die voorwaarden te bevatten. Welke bron moet nu voor het assurantierecht en voor het handelsrecht bestudeerd worden? De in de contracten opgenomen condities of de wet? Er kan ook een internationale regeling zijn. Weliswaar staat er in onze wet een bijzonder groot aantal bepalingen over het instituut van de averij-grosse (het evenredig verdelen over schip, vracht en lading van de kosten die gemaakt zijn bij reddingsoperaties, zoals bijvoorbeeld het overboord gooien van een deel van de lading), maar de reders besloten internationaal een eigen regeling te maken, die natuurlijk niet op alle punten met die van onze wet overeenstemt. Het is vervolgens gebruikelijk geworden om in elk contract te bedingen, dat de verdeling van de kosten bij averij-grosse zal geschieden conform deze zogenaamde York-Antwerp-rules. Wederom kan gevraagd worden wat nu de bron is waaruit het recht met betrekking tot averij-grosse geput moet worden: uit de internationaal overeengekomen regeling, die nooit tot wet is geworden of uit de wet, die meestal opzij wordt gezet? Tot slot: er kan er een regeling zijn, die oorspronkelijk door een bepaalde autoriteit is vastgelegd ten behoeve van bepaalde verhoudingen, waarin hij als contractspartij optreedt, maar die vanwege het gezag dat er vanuit gaat in een veel wijdere kring navolging krijgt. Zo heeft bijvoorbeeld de minister van Waterstaat algemene voorschriften opgesteld, die in acht genomen dienen te worden bij de aanbesteding van werken ten behoeve van de Staat. Het is echter gewoonte geworden om naar deze voorschriften te verwijzen in andere aanbestedingscontracten. Behoren deze regels nu niet tot
- 21



het recht van aanbestedingscontracten? In al deze gevallen hebben wij met normen te maken, die weliswaar de contractuele relaties beheersen doch niet krachtens een bevel van de overheid maar omdat partijen zich er vrijelijk aan onderwerpen. Hebben deze regels voor partijen niet dezelfde betekenis als de regels van aanvullend recht, die door de wetgever worden opgesteld en die slechts gelden voor zover partijen er in hun contract niet van zijn afgeweken? In beide gevallen gaan partijen op basis van hun vrije wil een bijzondere rechtsverhouding met elkaar aan, waarbij zij zelf bepalen waartoe zij in hoofdzaak verplicht zullen zijn, terwijl voor het overige hun verhouding wordt beheerst door een reeks van abstracte voorschriften, die door anderen zijn opgesteld en die automatisch door het aangaan van de overeenkomst in werking treden zonder dat de partijen zich alle bijzonderheden van die regeling realiseren. Zijn dus de op contractuele basis opgestelde algemene regels niet even goed recht als de wettelijke regels van aanvullend recht? En als de contractuele regels wel worden ingeroepen, nageleefd en gehandhaafd en de regels van aanvullend recht niet of slechts bij uitzondering, zijn dan niet de contractuele regels het eigenlijk levende recht?

22 In het familierecht zien we iets vergelijkbaars. Niemand zal nog beweren dat de bepaling van het burgerlijk wetboek, dat de vrouw haar (130) man gehoorzaamheid verschuldigd is, heersend recht is in Nederland. Niet omdat de bepaling niet afdwingbaar is. Als men zou willen, zou er wel een weg te vinden zijn om het voorschrift enige realiteitswaarde te geven. Men zou bijvoorbeeld ongehoorzaamheid van de vrouw als een buitensporigheid kunnen beschouwen, op grond waarvan een scheiding van tafel en bed kan worden gevraagd. Toch is dat zelfs nooit geprobeerd. Ook op het gebied van het huwelijksgoederenrecht geldt wat hierboven van het contractenrecht gezegd werd. Buiten het gebied van het eigenlijke kapitaalbeheer, merkt men weinig of niets van de wettelijk vastgestelde handelingsonbekwaamheid van de vrouw.<sup>14</sup> Wat weet een arbeidsvrouw ervan of een vrouw uit de kleine middenstand? De wet regelt dat in het huwelijk tussen man en vrouw een algehele gemeenschap van goederen zal heersen en geeft partijen de mogelijkheid om anders te bedingen. Huwelijkse voorwaarden worden ook tussen mensen die niet heel erg rijk zijn steeds meer gewoonte. Nu is het nog niet zover, maar het kan zover komen, dat er meer mensen trouwen met huwelijkse voorwaarden, dan zonder. Zou men dan nog steeds menen, dat het wettelijk bepaalde huwelijksgoederenrecht het heersende Nederlandse recht voor deze verhouding is?

23 In het familierecht is ook een duidelijk voorbeeld te vinden van hoe de rechtspraak soms met het wettelijk recht omgaat. Ik heb het nu niet over de vraag, hoe de rechter met de wet hoort om te gaan, maar over hoe hij het feitelijk doet. De uitkomst, die men bij de bestudering van de jurisprudentie vindt, is op zijn zachtst gezegd soms wel enigszins anders dan men bij lezing van de wet zou verwachten. Zo bepaalt de wet bijvoorbeeld dat echtscheiding bij onderlinge toestemming niet is toegelaten. Toch is bekend dat het niet moeilijk is in Nederland in onderling overleg te scheiden, mits één van de partijen zich maar de beschuldiging van overspel of kwaadwillige verlating laat welgevallen. Hoe kan dat? De zaak is zeer eenvoudig. In 1883 bepaalde de Hoge Raad dat ook in echtscheidingszaken de algemene regel geldt dat een bekentenis volledig bewijs is. Wanneer dus de vrouw de man van overspel beschuldigt, en deze het feit bekent, moet de rechter de echtscheiding uitspreken. Nog simpeler gaat het als de man eenvoudig wegblijft en verstek laat gaan, zoals dat heet. De leer van de Hoge Raad is door de lagere rechtbanken volledig aanvaard. Zo werd zelfs een echtscheiding uitgesproken tegen een man, die uitdrukkelijk tegen de beschuldiging protesteerde, maar er tegelijkertijd aan toevoegde, dat hij de beschuldiging toch maar zou erkennen, aangezien hij even graag van zijn vrouw af wilde als zij van hem. Men kan deze rechtspraak betreurenswaardig vinden en net als de auteur van dit artikel van oordeel zijn, dat het hier gaat om een technisch onjuiste interpretatie van de wet. Toch zal men moeten erkennen dat de opvatting zozeer is ingeburgerd, dat deze niet meer genegeerd kan worden en dat het onmogelijk is om bij een beschrijving van ons echtscheidingsrecht te volstaan met een opsomming van de wettelijke gronden en daaraan toe te voegen dat echtscheiding bij onderling overleg (131) *niet* toegestaan

24

is. Het feitelijk geldende recht kan *niet* uit de wet alleen worden afgeleid. Hoe moeilijk het is om deze waarheid steeds in het oog te houden, blijkt uit de toelichting bij het wetsontwerp, dat minister Regout indertijd indiende om een einde te maken aan wat ook volgens hem een misbruik van jurisprudentie was. Hij herinnert in dit wetsontwerp aan het feit dat de rechtspraak van de Hoge Raad algemeen is aanvaard, maar als hij ter ondersteuning van wat hij voorstelt een beroep doet op het buitenland, geeft hij een beschrijving van het daar geldende recht enkel en alleen aan de hand van de wet en verzuimt er rekening mee te houden, dat ook in bijvoorbeeld Frankrijk langs omwegen wordt bereikt wat ook daar de wetgever verbiedt, namelijk de echtscheiding bij onderlinge toestemming. De memorie stelt dat wat in Nederland rechtens geldt, nergens anders geldt. De minister vergelijkt daarbij ons werkelijk toegepaste recht met de buitenlandse wet en niet met het recht, dat rechtspraak en gewoonte op die wet baseren. Het laat zien hoezeer de leer dat de wet de enige rechtsbron is de juristen in het bloed zit, althans de Nederlandse juristen. In Frankrijk is het anders. Daar is men zich volkomen bewust van de grote betekenis van de rechtspraak voor het rechtsleven.

25 Ik heb een paar sprekende voorbeelden gegeven om aan te tonen hoe men het levende werkelijke recht<sup>15</sup> niet kan kennen uit de wet alleen en hoe daarvoor ook de jurisprudentie een nimmer te verwaarlozen bron is. Er zouden nog heel veel voorbeelden aan kunnen worden toegevoegd. Voor de jurist is dit niet nodig en voor de leek zou het saai worden. Ik hoop met het weinige dat ik aangevoerd heb te kunnen volstaan om duidelijk te maken dat wie wil weten wat het geldende recht is zich niet kan beperken tot de bestudering van de wet. Men moet nagaan wat er van de wet gemaakt is niet alleen door rechtspraak en bestuur, maar vooral ook door de aan het recht onderworpen burgers. Recht is een reëel verschijnsel van macht in de samenleving, zoals tegenwoordig weer opnieuw wordt benadrukt. Het gaat ook hier weer om een verplaatsing van het zwaartepunt voor het rechtswetenschappelijk onderzoek, om een verandering van het inzicht in de betekenis van de wet. De wetenschap richt zich niet langer op de beschrijving en systematisering van abstracte regels, maar op feitelijk onderzoek van concrete aspecten van de samenleving, op de rijke werkelijkheid en niet op de droge abstractie. Wie eenmaal van dit levend water geproefd heeft, verlangt niet meer terug naar de dorre streek waar enkel het begrip heerst. De wet is dan niet meer de norm, die gehoorzaamheid eist, maar de samenvatting van wat in de werkelijkheid geschiedt. Daarbij is het dan vooral belangrijk om na te gaan, in hoeverre de samenvatting die in de wet gegeven is aan de werkelijkheid blijft beantwoorden. Wet en werkelijkheid vallen nu eenmaal niet samen.<sup>16</sup>(132)

26

### § 3 Sociologische rechtsbeschouwing

De twee richtingen in de recente rechtswetenschap, die ik hierboven met enkele voorbeelden schetste, zijn het op één punt eens: recht en wet zijn niet identiek. Voor beide is recht meer dan een verzameling regels, waaraan door een bepaalde autoriteit gezag is verleend. In de visie van geen van beide richtingen kan de rechtswetenschap volstaan met een beschrijving en systematisering van wettelijke regels. Volgens geen van beide opvattingen wordt recht enkel *gemaakt* door de wetgever. Maar voor de rest zijn beide richtingen duidelijk verschillend. Ze vertegenwoordigen twee verschillende visies op het recht. De ene opvatting ziet het recht als idee, dat wil zeggen als een richtsnoer voor handelen en een taak, die behoort te worden vervuld. De andere opvatting ziet recht als een verschijnsel, dat wil zeggen als een verhouding tussen mensen, waardoor de één macht uitoefent over de ander. In de eerste visie is de wetsformulering een poging de rechtsidee te omschrijven, in de tweede visie beschrijft de wet iets wat gebeurt. In de eerste visie is de rechtswetenschap een normatieve wetenschap, die zoekt naar regels voor wat de mensen behoren te doen en die een afweging maakt met betrekking tot de doeleinden die mensen nastreven. In de andere visie is de rechtswetenschap onderdeel van de sociologie en beschrijft het juridische aspect van de menselijke samenleving.

27 Iedere vraag van recht kan op deze twee manieren worden beschouwd. Stel dat men zich afvraagt of een beslissing van de hoogste rechter, de Hoge Raad, de lagere rechtscolleges bindt, dat wil zeggen vraagt naar de dwingende betekenis van een precedent. Degene, die op die vraag ingaat vanuit een normatieve beschouwingwijze zal nagaan of naar de wet, naar ongeschreven recht of naar welke rechtsbron dan ook, de rechter de Hoge Raad *moet* volgen. Vanuit een sociologische beschouwingwijze zal echter nagegaan worden welke invloed de uitspraken van de Hoge Raad op lagere colleges hebben. Bij de vraag of een gewoonte de wet buiten werking plaatst, zal men vanuit de normatieve visie proberen te bepalen wat de verhouding tussen gewoonte en recht behoort te zijn, terwijl vanuit de sociologische visie onderzocht zal worden of het feitelijk voorkomt dat wetten door gewoonten buiten gebruik worden gesteld. Over een bepaalde kwestie kan een rechtsleer tot stand zijn gekomen, die algemeen door rechters en auteurs als juist wordt aanvaard, en in de praktijk wordt gehandhaafd. Men spreekt dan van een heersende leer. Een sociologische jurist zal het bestaan van zo'n heersende leer niet alleen constateren, maar daarmee ook tegelijkertijd als recht aanvaarden, terwijl degene, die in het recht een norm ziet, zich gedwongen ziet de leer te toetsen aan wat volgens hem bron van recht is. Komt hij dan tot de conclusie dat de heersende leer onjuist is, dan kan deze leer voor hem geen rechtskarakter hebben, hoeveel anderen daarover ook anders hebben beslist.

28 Het is echter niet zo, dat de ene jurist de normatieve beschouwingwijze volgt en de andere de sociologische. Iedereen die recht handhaaft, toepast of er over schrijft, iedereen wiens handelen voor de rechtswerkelijkheid van belang is, gebruikt beide methoden door elkaar. Wél zal natuurlijk de een meer dan de ander geneigd zijn het hoofd(133) te buigen voor de realiteit, ook in het rechtsleven. Aan het dualisme echter onttrekt niemand zich.<sup>17</sup>

De vraag is echter of men niet verplicht zou zijn om een van de beide methoden boven de andere te verkiezen en vervolgens consequent door te voeren. Dit is voor beide opvattingen verdedigd. De vraag, in hoeverre vanuit de normatieve opvatting van het recht rekening gehouden moet worden met wat feitelijk als recht wordt gevolgd en gehandhaafd, zal hieronder nader behandeld worden. Eerst zal ik stilstaan bij de opvatting van degenen, die de sociologische beschouwing voor de enig mogelijke, althans voor de enig wetenschappelijke houden. Voor hen is de wet de uitdrukking van machtsverhoudingen en geeft de rechtswetenschap een beschrijving van de juridische kant van de samenleving. Met betrekking tot de beschrijving meent men dat alleen als louter gelet wordt op wat gebeurt de rechtswetenschap zich zal verheffen tot een tak van de natuurwetenschap. Velen zien dit – ondanks Rickert<sup>18</sup> – nog steeds als het hoogste door een wetenschap te bereiken ideaal. Veel juristen — en zeker niet de minst aanzienlijke — hebben de laatste tijd deze opvatting verdedigd. De opvatting heeft veel aanhang in zowel Frankrijk als Duitsland en wordt daar als geheel nieuw beschouwd. We willen er echter graag aan herinneren dat in Nederland een soortgelijke gedachtegang al verdedigd is door de enige jaren geleden overleden hoogleraar Hamaker. In het hieronder opgenomen citaat is sprake van precies dezelfde ontkenning van het normatieve van het recht, die ook te vinden is bij de latere sociologen en die getypeerd kan worden als empirisme<sup>19</sup> in de rechtswetenschap.

29

Gelijk de natuurwet de formule is, waarin we uitdrukking geven aan ons besef van de opeenvolging van het verband van de verschijnselen, zo is de rechtsregel uiting van ons door ervaring verkregen inzicht in de opeenvolging en het verband van de handelingen van de mensen in hunne verhouding tegenover elkander.<sup>20</sup>

Ik zal me onthouden van een principiële bestrijding van het empirisme, dat in dit citaat tot uitdrukking komt. Dat is hier niet aan de orde en heeft ook geen zin, omdat het hier gaat om twee verschillende tegenover elkaar staande levensbeschouwingen. Dit levert een strijd op, waarin we een van beide kunnen kiezen en waarin een dergelijke keuze volgens mij ook noodzakelijk is. Maar wij zullen elkaar niet kunnen overtuigen van de onjuistheid van de

30 keuze die we bestrijden.<sup>21</sup> Men kan van mening zijn dat *alles* wat er over recht te zeggen valt is gezegd wanneer er een beschrijving is gegeven van de gewoonten en gebruiken die ergens heersen en van de machtsmiddelen waarmee datgene wat in botsing met die gewoonten komt, wordt onderdrukt en wanneer tenslotte verslag is gedaan van de opvattingen van degenen die de macht uitoefenen of ondergaan. Men gaat er dan van uit dat er geen mogelijkheid is om die verschijnselen te toetsen of te waarderen, omdat daar geen maatstaf voor is. Dit betekent dat men macht en recht aan elkaar gelijk stelt. Wat be(134)hoort te gebeuren wordt volledig afgeleid uit wat gebeurt. Sinds Kant geldt dit als *de* methodische fout op het terrein van de ethiek. Trouwens een van de oude Romeinse juristen (Proculus) doceerde al dat men er niet zozeer op moest letten wat er in Rome gedaan werd, maar meer op wat er gedaan behoorde te worden.<sup>22</sup> Het verwerpen van de mogelijkheid om verschijnselen te waarderen loopt uit op een ontkenning van het behoren, dat wil zeggen een ontkenning van de plicht als iets dat een geheel eigen waarde vertegenwoordigt. Voor degenen, voor wie die waarde een primair gegeven is, waaraan niet te tornen valt, is die leer niet te accepteren. Maar zoals gezegd, ik zal hierop niet verder ingaan. Vanuit mijn perspectief kan ik mij beperken tot de uiteenzetting van een enkel punt. Volgens mij is het namelijk *onmogelijk* om een beschrijving van het recht te geven, die louter een beschrijving is van wat feitelijk gebeurt. Iedere poging om een zuiver feitelijke beschrijving te geven zal altijd weer in meerdere of mindere mate de invloed ondergaan van wat naar het oordeel van de schrijver behoort te geschieden. Echte objectiviteit is op dit punt onmogelijk.<sup>23</sup> Een beschrijving wordt onvermijdelijk aangevuld met een onuitgesproken erkenning van het normatieve. Dit moet nader worden toegelicht.

31 In iedere beschrijving ligt een waardering besloten. Omdat het niet mogelijk is en ook geen nut zou hebben om alles weer te geven, maakt iedereen die beschrijft een keuze uit de talrijke verschijnselen die zich voordoen. Het belangrijke moet van het niet belangrijke onderscheiden worden en daarvoor is een maatstaf nodig, die niet te vinden is in het materiaal dat waargenomen en verwerkt wordt. Daarnaast geldt nog op een geheel andere manier en specifiek voor de sociologie dat de beschrijving waardering uitdrukt. De auteur staat niet onverschillig tegenover hetgeen beschreven wordt. Het gaat hem aan hoe het daarmee gesteld is en hoezeer hij zichzelf ook mag voorhouden dat het bij het maken van een beschrijving enkel gaat om begrijpen en dat het er niet toe doet wat hem lief is of waar hij een hekel aan heeft, wat hij goed- of afkeurt, hij kan zich niet van zijn eigen betrokkenheid distantiëren. Dat wat een auteur beschrijft, wordt mede door hem zelf gevormd, ook al is het maar voor een klein deel. Hij kan er invloed mee uitoefenen op de inrichting van de samenleving. Met zijn beschrijving van de samenleving toont de auteur immers wat naar zijn oordeel de gebreken er van zijn en hiermee zal hij, ook al heeft hij op zichzelf geen propagandistische bedoelingen, de begeerte wekken om de samenleving te veranderen en te verbeteren in de door hem gesuggereerde richting. Niemand onttrekt zich aan dit soort invloeden. Daarom bestaat er geen

32 sociologie, die losstaat van een specifieke levensopvatting of voorop gesteld levensideaal.<sup>24</sup> Schijnbaar wordt streng wetenschappelijke beschreven wat is waargenomen, schijnbaar verdwijnt de auteur achter het materiaal, dat hem een bepaald resultaat afdwingt zonder dat van enige betrokkenheid van zijn kant sprake is. In waarheid echter vindt de socioloog, voor zover hij niet slechts een verband tussen bepaalde feiten aangeeft, maar *wetten* ontdekt en principes die maatschappelijke ontwikkelingen verklaren, niets anders dan waar hij al van uitging toen hij aan het onderzoek begon. De socioloog heeft voordat hij aan zijn onderzoek begint al een intuïtief inzicht in wat volgens hem fundamenteel is voor het maatschappelijk leven. Die fundamentele waarheid vormt deel van zijn persoonlijkheid<sup>25</sup> en is uitvloeisel (135) van wat hij begeert en wil. Van dit licht vervuld gaat hij de maatschappij onderzoeken en in alles ziet hij het terug, alles bevestigt het, elk onderzoek, elke naspeuring levert nieuwe feiten op die het steviger schragen. En de onderzoeker vergeet op die manier dat hij het is, die de feiten met zijn waarheid doordrenkt. Hij denkt omgekeerd dat de feiten hem die waarheid opdringen.

33 Dit alles is heel goed te zien bij de Marxistische sociaaldemocratie. Zoals bekend wordt in

deze opvatting aangenomen dat de productiewijze de grondslag is van de gehele samenleving en dat recht, kunst, moraal, godsdienst en wat verder nog als *ideologie* wordt aangemerkt in laatste instantie door deze productiewijze zijn bepaald. Ook wordt op deze wijze *bewezen* geacht, dat de tegenwoordige, kapitalistische maatschappij bezig is een socialistische voor te bereiden. Met de noodzakelijkheid van een natuurwet zal de *omslag* komen en zal het socialisme verwezenlijkt worden. Is het niet opvallend dat deze wetenschappelijk gefundeerde theorie leidt tot de verwezenlijking van een resultaat, dat de aanhangers ervan vurig begeren en waarvoor zij strijden met alle kracht, die in hen is? De opstellers van de nieuwe wetenschappelijke analyse, Marx en Engels, waren de strijd al begonnen, voordat zij hun theorie ontwikkelden. Is dat laatste niet opvallend nu het om een leer gaat, die een ontwikkeling wil beschrijven, maar tegelijkertijd het einde van die ontwikkeling voorspelt, — oh wonderlijke tegenstrijdigheid — en dat dan op het tijdstip, dat het ideaal is bereikt, dat het socialisme al eeuwen verdedigde, voordat het van *utopie* tot *wetenschap* werd verheven? Gaat het Marx in zijn wetenschappelijke werk en in zijn propaganda er niet primair om de waarde van het proletariaat absoluut te stellen en te laten zien dat de economische verheffing van de arbeider noodzakelijk is? Het historisch materialisme is niets anders dan de kijk op de geschiedenis van iemand voor wie de strijd voor het proletariaat een waarde vertegenwoordigt die door niets overtroffen kan worden. Vandaar dat deze opvatting door iedereen, die met hart en ziel aan die strijd mee doet wordt aangehangen. Hierin ligt de verklaring voor het moeilijk te begrijpen feit dat ook sterke en diepe geesten vrede hebben kunnen vinden in deze beschouwingwijze. Ze hebben zich mee laten slepen door de strijd voor het proletariaat. Al het andere heeft alleen waarde voor zover het bijdraagt aan die strijd en wordt door hen vanuit die strijd beoordeeld. Men meent te strijden voor een ideaal, dat naar wetenschappelijk inzicht het resultaat zal zijn van een noodzakelijke maatschappelijke ontwikkeling. Maar nog nooit heeft iemand zijn leven gegeven voor de verwerkelijking van een toestand omdat deze het resultaat zal zijn van een noodzakelijke ontwikkeling en dus zonder strijd ook zal optreden.

34

35

Men strijdt voor wat men wil, begeert of liefheeft. Niet het wetenschappelijke resultaat was het primaire en de strijd een gevolg, maar de strijd stond voorop, dat wil zeggen de overtuiging dat het socialisme behoort te komen, dat men dat wilde en eiste. De theorie was slechts de wetenschappelijke ondersteuning, die iedereen zo graag gebruikt en die men vooral in de 19e eeuw meende niet te kunnen missen. De wetenschap bepaalt echter niet het willen en wensen. Het wetenschappelijk oordeel wordt in tegendeel juist beïnvloed door de wil en de wens, dat wil zeggen door de overtuiging van wat moet en behoort.

Bij Marx is dat in zeer sterke mate het geval geweest. Dat kan ook bijna niet anders bij een man die de sociaaldemocratie tot een grote beweging gemaakt heeft. Zoiets doet men waarlijk niet met kleurloze theorieën. Hetzelfde echter geldt voor iedere socioloog. De Weense hoogleraar Menzel heeft een paar jaar geleden in een brochure aangetoond hoe in iedere sociologie een goede dosis natuurrecht zit.<sup>26</sup> Dit is zelfs waar voor de sociologen, die zich beperken tot het enkel constateren van een *ontwikkeling* in de maatschappij. In het begrip ontwikkeling ligt altijd besloten dat het om een verandering gaat van lager naar hoger, van minder naar beter, in een bepaalde richting, met het oog op een doel. De feiten alleen laten slechts een verandering zien; de richting waarin die verandering geacht wordt te gaan stemt altijd wonderwel overeen met wat de overtuiging van de onderzoeker verlangt.

36

Dit geldt in het algemeen voor iedere sociologie en iedere maatschappij-beschrijving en dus ook die, die het verschijnsel van het recht tot object kiest. Alleen daarom al is een neutrale rechtssociologische beschrijving onmogelijk. Bij rechtssociologie zijn er echter ook nog specifieke omstandigheden die tot gevolg hebben dat persoonlijke overtuigingen hier meer dan elders een rol spelen in het wetenschappelijke werk. Hier dragen namelijk niet alleen de algemene opzet van het onderzoek, de richting ervan, de hoofdbeginselen en de wetten dit persoonlijke stempel, maar de overtuiging van de auteur over wat behoort te geschieden zal doordringen in de details van zijn beschrijving van het recht dat daadwerkelijk gevolgd wordt.

Immers, wat wordt beschreven? Niet alleen de gewoonten, niet alleen de opeenvolging van

gebeurtenissen, maar recht, ook al is dat dan ongeschreven recht. Men kan niet volstaan met te zeggen: zó en zó doen de mensen normalerwijze en dit of dat gebeurt als zij afwijkend handelen. Het moet duidelijk zijn dat die handelingen geschieden met en uiting zijn van de overtuiging dat zo gehandeld *behoort* te worden. Hoe kan men anders gewoonten en sociale gebruiken onderscheiden van *gewoonterecht*? De onderzoeker leidt het volgen van de regels of normen af uit de handelingen. De jurist heeft zijn wetenschappelijke beschrijvings-taak pas volbracht, als hij uit de feiten de regel heeft gelicht, als hij in staat is de veelheid van feiten als verschillende verschijningsvormen van die ene norm te zien. En dit werk ondergaat stellig in hoge mate de invloed van de eigen overtuiging van de onderzoeker. Dit blijkt duidelijk als men let op het verschil, dat er op dit punt bestaat tussen een beschrijving van het recht van vroeger of van een vreemd volk en dat van eigen land en eigen tijd. (137)

37 De rechtshistoricus verhoudt zich niet anders tot het onderwerp van zijn onderzoek dan andere geschiedschrijvers. Uit wat hij schrijft blijkt zijn visie op het wereldgebeuren. Zijn persoonlijke standpunt komt naar voren in de hoofdlijnen en in de wijze waarop hij zijn werk inricht. Hij kan het recht niet beschrijven zonder al een idee van recht te hebben en dat bij de ordening van zijn materiaal te gebruiken. Zoekt de rechtshistoricus, zoals vaak gebeurt, naar een les voor het heden - dan zal zijn visie op het recht onvermijdelijk naar voren komen in wat hij als les aanmerkt. Toch kan de rechtshistoricus bij het beschrijven van de details zo objectief zijn als maar mogelijk is voor een mens. Het materiaal interesseert hem louter en alleen als wetenschapper. Zijn onderzoek dient geen persoonlijk belang. Hij zal zich er met pijnlijke nauwgezetheid op toeleggen om een zo getrouw mogelijke afbeelding te geven en zich zo neutraal mogelijk op te stellen. In recente literatuur wordt het belang van een dergelijke neutrale beschrijving opnieuw benadrukt. Wie de geest van vroeger wil kennen zal er goed aan doen om, ook waar het om het rechtsleven gaat, zelf zo stil mogelijk te zijn en geduldig na te gaan wat de oude documenten hem te zeggen hebben over de rechtsopvattingen van toen, zonder zich af te vragen of hij het met die opvattingen eens is en of de mensen van toen, zelfs naar wat zij zelf toen als rechtsbron erkenden, wellicht anders hadden behoren te beslissen. Voor de historicus ligt het zwaartepunt niet bij de norm, ook al is die in de oude formulering bewaard gebleven, maar bij de wijze waarop de norm in de praktijk werd toegepast. Als men bijvoorbeeld onderzoek doet naar de invloed van het Romeinse recht in onze republiek van de 17e of 18e eeuw, dan is het weliswaar van belang om na te gaan, wat daarover te vinden is in plakkaten en keuren, maar de hoofdzaak is toch, wat er gebeurde in rechtspraak en praktijk. Bestudering van die plakkaten en keuren is belangrijker voor de vraag hoe rechters en justitiabelen zich toen tegenover de wet gedroegen dan voor de vraag naar de betekenis van het Romeinse recht. Wat maakt het uit wanneer naar het oordeel van nu de rechtscolleges van toen dat recht niet hadden *hoeven* te volgens, als ze dat nu eenmaal wel gedaan hebben? Gedane zaken nemen geen keer. Vaak heeft men dit punt over het hoofd gezien, zoals ook toen men regels van Romeins recht losmaakte van de tijd waarvoor ze geschreven waren en zich ging afvragen hoe moderne verhoudingen naar Romeins recht, beoordeeld zouden kunnen worden. Zoiets is misschien wel leuk, maar het is slechts Spielerei zonder enige wetenschappelijke betekenis. Zoiets is ook niet zonder gevaar, want men vergat dat een rechtsvoorschrift altijd de regeling is van een bepaalde concrete situatie van een bepaalde natie in bepaalde tijd en men ging boventijdelijke waarde toekennen aan iets dat alleen betekenis had voor een specifieke tijd. Men werd op die manier blind voor de samenhang van het recht met maatschappelijke omstandigheden en met de cultuur als geheel.

38 De rechtshistoricus moet dit allemaal voor ogen houden. Hij (138) moet vóór alles historicus zijn. Het is in de eerste plaats zijn taak om geduldig alles in zich op te nemen, af te wachten wat hem opvalt en een belangstelling hebben, die naar niets anders streeft dan naar weten.

39 Voor de jurist, die spreekt over eigen recht, dat wil zeggen het recht van zijn eigen land en tijd, is zo'n houding onmogelijk. Hij kan zelf ieder moment te maken krijgen met een verhouding zoals die, waarvan hij de regeling beschrijft. Zou *hij* dan ook zo moeten handelen? Zou men dat *van hem* mogen eisen? *Hem* dit kunnen aandoen? Dit zijn vragen die zich bij zijn

40 werk aan hem opdringen. Denkt men, dat die hem onverschillig zullen laten en dat hij er alleen maar wetenschappelijke belangstelling voor kan hebben? Dit kan ook gelden voor jou<sup>27</sup> roept ieder vraagstuk dat hij aanroert, hem toe. En wanneer het bijvoorbeeld gaat over een regeling voor een bepaald beroeps- of bedrijfstak, waartoe hij niet behoort, zodat de regels hem zelf niet direct zullen raken, zal dit recht van *zijn* land hem dan niet interesseren? Kan dat hem koud laten? Zeker, er zullen mensen zijn, die daar wel onverschillig tegenover lijken te staan, maar juist deze mensen zijn volkomen ongeschikt voor het maken van een beschrijving van recht en zullen dat ook niet gaan doen. Kan echter degene aan wie dat wel ter harte gaat zich beperken tot waarnemen en verklaren en het vermijden zijn eigen oordeel daar in mee te laten spreken? Wie dat denkt, zou het volgende moeten overwegen. Er zijn punten, waarbij men inderdaad met zekerheid kan zeggen dat een bepaalde regel als recht wordt gevolgd en gehandhaafd. Maar er zijn er ook, en niet zo heel weinig, waarbij zulk een vaststaand gebruik niet is aan te wijzen en waarbij de rechtsovertuiging van de één staat tegenover die van de ander. De een houdt vol dat dit, de ander dat juist het omgekeerde niet alleen recht behoort te zijn, maar ook *is*. Wat zal de schrijver, die het recht wil kennen, nu in zo'n geval doen? De historicus doet slechts mededeling van het verschil van mening. Hij zal zeggen dat men niet tot een definitieve oplossing van de vraag is gekomen. Maar wat doet de hedendaagse jurist? Van hem wordt verlangd dat hij de vraag beantwoordt wat recht *is*. Wanneer hij meedeelt dat er voorstanders zijn van een bepaalde opvatting en dat er ook mensen zijn, die er anders over denken, dan zal men hem vragen wat hij zelf vindt. En denkt men echt dat hij, als hij een vaste mening heeft over de zaak, deze niet al lang gegeven zou hebben? *Zijn* mening wordt als *het* recht verkondigd met de toevoeging ter wille van de wetenschappelijke nauwgezetheid, dat sommigen anders oordelen. Bovendien rijzen er tegenwoordig telkens weer *nieuwe* vragen, vragen, die op een bepaalde manier lijken op vroegere maar er toch niet identiek mee zijn. Ook voor zulke vragen bestaat het recht. Hoe kan men dat recht vinden door een beschrijving te geven van wat de rechtspraak beslist, de administratie eerbiedigt en de massa van betrokkenen volgt. Hier bestaat behoefte aan een regel, die men nimmer vindt door het verzamelen van feiten, hoe vlijtig men ook mag zoeken. (139)

41 Een rechtswetenschap, die een beschrijving geeft van feiten, gewoonten en rechtsovertuigingen en probeert zich daadwerkelijk tot zo'n beschrijving te beperken kan werkelijk echt nuttig zijn. Ik zal de eerste zijn om het te erkennen. Een dergelijke wetenschap kan echter niet *de* rechtswetenschap zijn. Er is sprake van eenzijdigheid als men aan die benadering de alleenheerschappij wil geven. Feiten kennen is goed en het is prima als men recht ook wil afleiden uit wat de realiteit toont. Maar laat men niet denken, dat daarmee nu ook alles is gezegd. Eenzijdige beschouwingen zijn vaak de nuttigste, als men maar van tijd tot tijd bedenkt, dat zij eenzijdig zijn. Het normatieve laat zich niet uit het recht verdrijven, stuurt men het de voordeur uit, dan komt het achter weer binnen.

42 Nog een enkel woord over de betekenis van de wet in dit verband. Degene, die meent dat de wet slechts een samenvatting bevat van wat de praktijk al leert, miskent, dat iedere wet niet enkel een verleden kent, waaruit hij is ontstaan, maar ook een doel. De wet bevat een leefregel, die in wezen bedoeld is om het handelen van mensen te bepalen. Dat dat niet altijd lukt kan worden toegegeven. Ook dat het belangrijk kan zijn om na te gaan in hoeverre een regel daarin geslaagd is. Het kan voorts zo zijn dat de betekenis van de wet voor de samenleving vaak is overschat, maar dit neemt niet weg dat het van vooringenomenheid getuigt wanneer men stelt dat die invloed altijd zal ontbreken. Naast ineffectieve wetten zijn er ook wetten aan te wijzen, die onmiskenbaar invloed op de samenleving uitoefenen. Dergelijke wetten zijn enerzijds resultaat van al bestaande gewoonten, maar anderzijds kunnen zij fungeren als wegwijzers naar de toekomst. De wet is product van machtsverhoudingen en tegelijkertijd norm voor menselijk gedrag. Het is goed om de wetgever het betrekkelijke van zijn macht voor te houden en hem duidelijk te maken, dat als hij de wet verandert het recht daarmee nog niet direct anders is geworden, dat het recht ook buiten toedoen van de wetgever om groeit en afsterft. Nooit zal men de wetgever er echter toe kunnen brengen om aan te

nemen, dat zijn wil voor het recht zonder belang is. Wat voor de wetenschap van het recht geldt, namelijk dat de vaststelling van wat recht is altijd beïnvloed zal zijn door de rechtsovertuiging van hem, die dat werk verricht, zal nog veel sterker gelden voor de wetgever, die zich niet probeert te beperken tot vastlegging van het feitelijk al bestaande, maar steeds voor ogen houdt dat hij qua functie geroepen is de machthebber te zijn die de regel maakt. Als er bij het werk van de man van wetenschap al geen sprake kan zijn van objectief waarnemen, omdat wil en waardering hier doorheen breken, is het nog veel minder aannemelijk om er van uit te gaan dat de wetgever niets anders zou doen dan waarnemen en formuleren, nu de laatste juist gericht is op willen en waarderen. Met het afwijzen van de opvatting dat de rechtswetenschap enkel beschrijvend is, is dus ook de opvatting verworpen dat de taak van de wetgever niet meer inhoudt dan het samenvatten van bestaande gewoonten.

(140)

43

Wel blijft dan de vraag of het willekeurig is wat in de wet wordt neergelegd of dat ook de wetgever moet gehoorzamen aan een norm en dus aan rechtsvinding moet doen.

#### § 4 Rechtsvinding. Ideële factoren

In hoofdstuk I is uiteengezet, dat er ook recht is buiten de wet om en dat de rechter dat moet vinden. In de strijd om een grotere vrijheid van de rechter, die daar beschreven werd, zal art. 1 van het Zwitserse wetboek van 1907 altijd een belangrijke mijlpaal blijven, omdat hier door de wetgever openlijk werd uitgesproken dat er recht is naast en buiten de wet om. Dit was niet helemaal nieuw, er waren wel oudere voorbeelden, maar deze hadden lang als verouderd gegolden. Geen codificatie in de tweede helft van de 19e eeuw had zo'n voorschrift bevat. Het Zwitserse wetboek is een overwinningsmoment geweest voor de stroming voor *vrij* recht. Art 1 luidt:

De wet is van toepassing op alle juridische vragen waarvoor hij wat betreft formulering of interpretatie bestemd is. Als uit de wet geen voorschrift kan worden afgeleid, moet de rechter beslissen naar gewoonterecht en, als dat er niet is, moet hij beslissen volgens de regel *die hij als wetgever zou opstellen*. Hij volgt daarbij de geldende leer en traditie. (vert. Ihc)<sup>28</sup>

44

De nadruk ligt vooral op de recursieve woorden. Veel mensen die zich tegen de traditionele onderwerping van de rechter aan de wet verzetten, hebben ze met gejuich begroet. Deze woorden kunnen echter ook nog van een andere kant worden bekeken. De rechter wordt erdoor op dezelfde hoogte gesteld als de wetgever. Dat is duidelijk. Maar kan men er omgekeerd niet ook uit lezen dat de wetgever dezelfde soort taak heeft als de rechter? De rechter mag niet willekeurig te werk gaan, hij moet *recht* zoeken. Alleen degenen die als wanhoopsdaad de conclusie trekken dat louter het humeur van een bepaalde individuele rechter beslist over goed of kwaad en recht of onrecht, twijfelen daar aan. De Zwitserse wet draagt de rechter uitdrukkelijk op om recht te zoeken. Indien een rechter krachtens bevel van de wetgever *vrij* recht toepast, (in gevallen zoals hierboven in blok 5 beschreven), omdat de wet een zaak aan zijn appreciatie overlaat, moet hij een beslissing geven *naar recht en billijkheid* (art. 4). Als de rechter een leemte in de wet aanvult is zijn taak niet anders. Handelen naar de regel, die de rechter opgesteld zou hebben, als hij wetgever geweest was in de taal van het wetboek synoniem aan beslissen naar recht en billijkheid. Wijst dit er niet op dat ook de wetgever recht zoekt? Als de rechter tot op zekere hoogte wetgever is, is dan ook de wetgever niet in zeker opzicht rechter? Geldt niet ook voor de wetgever dat hij beslist over de strijdende belangen, die bij hem om hulp aankloppen? Mogelijk zijn er verschillen tussen rechter en wetgever, maar geldt niet ook voor de wetgever dat er een maatstaf moet zijn, waarnaar hij recht vaststelt? Op die manier beschouwd is het beroemd geworden artikel van het Zwitserse wetboek mede daarom een mijlpaal (141) in de rechtsgeschiedenis, omdat de wetgever daarmee weer erkent, dat er een recht is dat hem bindt.

45

Maar — vraagt men wellicht — keren wij zo niet terug naar het natuurrecht? Van een



beschuldiging van natuurrechtelijke ketterij trek ik me op zichzelf niet zo heel veel aan. Er is een tijd geweest, dat het wel het ernstigste verwijt leek dat men een rechtsgeleerde kon maken. Dat is nog niet zo heel lang geleden, maar die tijd is nu toch wel voorbij. Wij hebben weer leren inzien, dat van de grote mannen van die beweging ook in onze tijd nog wel iets te leren valt. Ook is duidelijk dat de algemene opvatting dat die stroming door de historische school volledig is weerlegd, niet klopt. Het idee van een uit de rede van de mensen of de natuur van het recht zelf af te leiden recht waaraan de waarde van het positieve recht afgemeten zou kunnen worden, wordt namelijk niet *weerlegd* door een theorie over de ontstaanswijze van positief recht. Overigens, los hiervan, bepleiten wij zeker niet een terugkeer naar het natuurrecht. Dat zou trouwens ook onmogelijk zijn, omdat er niet slechts één opvatting van natuurrecht bestaat, maar vele richtingen. Meestal wordt als men van een terugkeer tot natuurrecht spreekt bedoeld op de opvatting dat er een stel regels is - het volmaakte recht - dat wij door onze rede zouden kunnen kennen of althans benaderen en dat neergelegd zou moeten worden in ons positieve recht. Deze opvatting is stellig niet de mijne. Ik ga echter verder, want ik ben ook geen aanhanger van het idee van een natuurrecht met wisselende inhoud, veranderlijk naar tijd en plaats, zoals met kracht verdedigd door de belangrijkste Duitse rechtsfilosoof van deze tijd, Rudolf Stammler, die, eigenaardig genoeg voor een Duitser, met name onder de jongere Fransen veel aanhang heeft verworven.

46

Het is hier niet de plaats om uitvoerig op Stammler's denkbeelden in te gaan.<sup>29</sup> Ik wil me er echter ook niet met een enkel woord van afmaken. Wanneer ik hem hier vermeld, is dat omdat ik voordat ik uiteenzet hoe naar mijn oordeel recht gezocht moet worden, mijn bedoeling wil verduidelijken aan de hand van de verwerping van twee opvattingen die verwant zijn aan de opvatting van Stammler.

47

Allereerst gaat het daarbij om de opvatting dat via redelijk denken een ideaal-recht gevonden kan worden, dat onvoorwaardelijk geëerbiedigd behoort te worden door alle volken en alle tijden. Een recht dat wij weliswaar nooit helemaal kunnen realiseren, zoals bijna iedereen toegeeft, maar dat wel te benaderen is. Voor mij is de veranderlijkheid van het recht een element zonder welke ik het recht niet kan denken. Die veranderlijkheid aanvaard ik, niet alleen als een verschijnsel dat tot op heden altijd is geconstateerd, maar ook als iets dat in de toekomst niet te overwinnen zal zijn. Aanvaard ik graag, had ik bijna geschreven, maar (142) ik hield mezelf tegen, want wie hoopt niet wel eens op rust, ook voor de samenleving? Zolang er geen volmaakte wereld is, zal er geen rust zijn. Zolang er zondige mensen op aarde leven, zal de begeerte naar verandering blijven en zal ook het recht telkens weer andere vormen aannemen. Recht heeft geen einddoel, noch als te bereiken ideaal, noch als regulatieve idee. Het einddoel zou opheffing van het recht betekenen. Zou een volmaakte wereld worden bereikt, dan zou recht overbodig zijn.

Hieruit volgt, dat geen enkele rechtsregel aanspraak kan maken op onvoorwaardelijke gelding, voor alle tijden en plaatsen. Er zullen regels zijn, waarvan wij ons moeilijk kunnen voorstellen, dat ze in de toekomst niet meer geëerbiedigd zullen worden. Toch is het in beginsel niet uitgesloten, dat veranderde omstandigheden ertoe zullen leiden dat deze regels opgeheven worden of zozeer beperkt en gewijzigd, dat wij ze niet meer zouden herkennen. De regel: gij zult niet doden mag van alle tijden zijn, iedere tijd kent zijn eigen uitzonderingen en beperkingen. Het behoeft helaas thans<sup>30</sup> niet te worden betoogd. In de uitzonderingen zit datgene besloten wat rechtens het meest belangrijk is.

48

Maar ik geloof ook niet in het objectief bestaan van een recht dat het enig-mogelijke en enig-juiste is voor een bepaald volk en een bepaalden tijd. Het oordeel van juist of onjuist met betrekking tot een rechtsregel kan in laatste instantie alleen gegeven worden vanuit een bepaalde levens- en wereldbeschouwing en zal daarom alleen gelden voor hen, die dezelfde levensbeschouwing hebben als degene die het oordeel gaf. Met degenen die een andere levensbeschouwing aanhangen kan men, zoals hieronder nog nader zal worden uitgewerkt, zeker overeenstemming bereiken, maar men kan niet van hen verlangen dat ze de rechtsregels zonder reserve aanvaarden. Stammler meent, dat een ieder aan wie alle feitelijke gegevens zijn

verschafft — en onder feitelijke gegevens verstaat hij de behoeften en begeerten van de mensen en negeert daarmee hun overtuigingen over wat recht behoort te zijn — met zijn methode door zuiver verstandelijk redeneren het enig mogelijke recht voor een bepaalden tijd kan vinden. In mijn ogen is dat een overschatting van wat door onze rede kan worden bereikt; het is puur intellectualisme. Stammler ziet het veranderlijke enkel in de behoeften en begeerten, terwijl volgens mij het veranderlijke ook ligt in de maatstaf, waarmee men oordeelt ofwel in het richtsnoer, dat men volgt. En het is onmogelijk *verstandelijk* uit te maken welk richtsnoer beter is en welke minder. Hier is het geven van een bewijs niet mogelijk en kan alleen sprake zijn van aanvaarden of verwerpen.

Tot zover de twee opvattingen die ik verwerp. Wanneer ik nu hieronder de factoren tracht aan te geven, die bij het zoeken naar recht van invloed horen te zijn, ben ik mij er volkomen van bewust, dat wat ik hierboven stelde ook voor mij zelf geldt. Ook de oordelen, die ik ga uitspreken — de oordelen over de wijze waarop recht gezocht moet worden zijn immers rechtsoordelen — alleen door degenen, die zich in levensbeschouwing verwant voelen aan mij, zonder reserve aanvaard kunnen worden. (143)

49      Eerst het ideële. De innerlijke ervaring in geweten en rechtsgevoel is volgens mij de belangrijkste ideële factor.

Begeer niet naar buiten te gaan, in het binnenste van de mens woont de waarheid.<sup>31</sup>

Deze woorden van Augustinus geven aan wat het beginsel zal moeten zijn voor iedereen, die naar een ‘behoren’ of ‘moeten’ zoekt. Als de grondslag van het recht ligt in de innerlijke ervaring, dat wil zeggen als het recht normatief is, zal degene die recht zoekt er niet aan mogen voorbijgaan. Wat men waarheid noemt in de sfeer van het ethische - het normatieve - kan niet worden bewezen, maar alleen innerlijk worden beleefd.<sup>32</sup> Voor eigen handelen is er geen hogere eis dan die van het geweten — geen bijtender afkeuring dan degene die innerlijk ervaren wordt. Wat het geweten ons volstrekt verbiedt, mogen wij nooit doen, ook niet in de context van de samenleving. Hier ligt de grens van het recht. Bovendien: ook als men zich een oordeel vormt over het gedrag van anderen helpt het om zich af te vragen hoe het eigen geweten zou reageren als men zelf zo handelde.

50      Naast het geweten is er het rechtsgevoel, dat wil zeggen de spontane, intuïtief geboren overtuiging tegenover het handelen van anderen. Het rechtsgevoel spreekt vooral dan als men dat handelen niet alleen afkeurt en verwerpt als zedelijk minderwaardig, maar ook naast deze morele afkeuring de overtuiging heeft dat dat handelen niet had mogen gebeuren en dat degenen die daartoe bevoegd waren het hadden moeten verhinderen. Wanneer wij een handeling *alleen maar* moreel afkeurenswaardig en slecht vinden dan beschouwen wij die handeling slechts als uiting van een bepaalde persoon en slaan geen acht op de gevolgen van dat gedrag voor anderen.<sup>33</sup> Wij kunnen over een handeling een vonnis uitspreken en zeggen dat het slecht was wat iemand deed, terwijl we volledig toegeven, dat het de dader volkomen vrij stond om te beslissen wat hij wel of niet zou doen en dus ook niemand geroepen achten zich daarmee te bemoeien. We spreken van *onrecht* wanneer die handeling naar ons oordeel niet alleen moreel verwerpelijk is maar ook niet mag worden geduld en zo mogelijk had moeten worden verhinderd of zo mogelijk ongedaan moet worden gemaakt door degenen die daartoe bevoegd zijn. Ons rechtsgevoel komt tegen bepaald handelen in opstand, zeggen wij. Daarmee wordt de pijn uitgedrukt die we ervoeren en het verlangen dat we voelen naar een reactie op zulk gedrag. Men moet over dit soort intuïtieve oordelen niet te geringschattend denken, ook al brengen ze zeker bepaalde gevaren met zich mee. Daarover hieronder meer. Iemand, die iets heeft meegemaakt dat bij hem de emotie opriep “dit is onrecht, ik kan dit niet accepteren”, *weet* hoe dit gevoel voor hem een waarheid is. Er is geen reden waarom zo’n oordeel van een lagere orde zou zijn dan een oordeel dat door denken is verworven. Hedendaagse voorbeelden laten ons persoonlijk ervaren dat het niet zozeer de moreel ernstige onrechtvaardigheid is die de emotie van onrechtvaardigheid oproept, maar datgene wat zich

51 op de grootste schaal voordoet en de meest vitale belangen van het grote publiek raakt.<sup>34</sup> Zo heerste er enige maanden geleden grote verontwaardiging. Eerst naar aanleiding van het proces van mevrouw Caillaux,<sup>35</sup> waarbij een groep intrigerende politici van verdacht allooï een overheersende rol speelde in de zaal waar recht ge (144)sproken dient te worden: een zaal gevuld met een op sensatie belust publiek, een rechter, die bang is die politici te mishagen en een jury, die zich kennelijk in strijd met de waarheid door de verdachte (een arriviste, die minister was geweest) een vrijspraak laat dicteren. Was dit niet pijnigend onrecht? Daarna de inval in België ik hoef daar niet verder over uit te weiden. Tenslotte de executie van Fourie.<sup>36</sup> Hier is geen sprake van een grof onrecht en wettelijk was het misschien wel te verdedigen. Toch schrijnend voor ons gevoel, met die vrouwen, die van het ene huis naar het andere ijlen om de man te zoeken, die de executie kan tegen houden, met die minister, die niet te vinden is, en tegenover dit alles het slachtoffer, zo volkomen rustig in geloofsvertrouwen en vervuld van het bewustzijn zijn plicht te hebben gedaan. Leerde onze ontroering ons niet, dat dit alles onrecht was, schandelijk onrecht? Hebben wij wetboek, tractaten of andere regels nodig om daar zeker van te zijn?

52 Het is belangrijk deze twee elementen van het intuïtieve inzicht in de rechtsidee goed voor ogen te houden. Zij mogen nooit genegeerd worden. Tegelijkertijd moet worden bedacht, dat een beroep op het geweten, met name een beroep op het rechtsgevoel gevaarlijk kan zijn en tot minder gewenste gevolgen kan leiden. Het geweten laat zich soms in slaap sussen of omkopen en er zijn mensen, die buitengewoon weinig last hebben van hun geweten. Ook zegt het geweten in de loop der tijd niet steeds hetzelfde. Voor de gelovige krijgt de stem in het binnenste een andere klank, omdat hij er de stem van God in meent te horen. Wijst dit alles er niet op dat de uitspraken van het geweten onzeker zijn? Wat de moraal betreft, hoef ik het verwijt van *bodemloos subjectivisme* niet te onderzoeken. Ik verwijs ik in dit verband naar La Saussaye's behandeling van deze beschuldiging in *Het Christelijk Leven*.<sup>37</sup> Voor het recht lijkt het bezwaar tegen de rol van het geweten ernstiger dan voor de moraal omdat het recht meer behoefte heeft aan vastheid. In werkelijkheid is het subjectivisme van het geweten echter minder belangrijk voor het recht dan voor de moraal. De gewetensuitspraak is nooit op zichzelf beslissend voor het rechtsoordeel. Het innerlijke morele oordeel mag en moet leidend zijn voor iedereen, die in welke hoedanigheid ook, naar recht zoekt, maar met alleen dit morele oordeel wordt geen *recht* tot stand gebracht. Er zijn zoveel andere bestanddelen die bij het rechtsoordeel in aanmerking genomen moeten worden, dat het gevaar voor bodemloos subjectivisme niet heel groot is. Er blijft iets subjectiefs in ieder rechtsoordeel. Zeker, gelukkig zou ik zeggen. Dat is nu eenmaal niet weg te nemen. Verder moet duidelijk zijn dat moraliteit en recht heel verschillend zijn in relatie tot een handeling. De moraal beoordeelt een handeling als de uiting van een gezindheid, terwijl in het recht de gezindheid alleen relevant geacht wordt voor zover deze in gedrag tot uiting komt. De moraal oordeelt concreet, één enkele daad wordt goed of slecht genoemd, terwijl het recht zoekt naar regels,(145) dat wil zeggen naar abstracties. Ook de moraal kent regels en abstracties. In de moraal gaat het hierbij echter om niet meer dan hulpmiddelen, die ondersteuning bieden bij de niet altijd gemakkelijke gang tussen doornige onzekerheden. Voor het recht daarentegen gaat het om noodzakelijke richtsnoeren, zonder welke men in den blinde rondtast. Het geweten oordeelt zonder wet, en in zekeren zin is waar, wat Novalis<sup>38</sup> zegt:

53

Wetten zijn in strijd met de moraal

Door de noodzaak van het maken van regels verliest de morele uitspraak in het recht zijn diepste betekenis. De morele betekenis vervlakt en vervaagt en daarmee vervalt ook het gevaar van subjectivisme. Het gevaar van het tegenovergestelde, dat wil zeggen dat het morele oordeel te weinig naar voren komt in de rechtsvorming, lijkt voorlopig groter.

Ook het rechtsgevoel<sup>39</sup> houdt een gevaar in. Dat gevaar is hier zelfs groter. Het intuïtieve oordeel dat iets onrechtvaardig is wordt soms lichtvaardig gegeven. Wie zich pijnlijk getroffen

voelt door een vermeend onrecht, zal later bij nadere bezinning wel eens moeten toegeven zich te hebben vergist. Antipathieën en sympathieën hebben grote invloed en het is niet altijd gemakkelijk zulke factoren buiten te sluiten. Zodra men persoonlijk de dupe wordt van onrecht, is het moeilijk onbevangen te oordelen. Als bij een machtsstrijd door een van de partijen onrecht is gepleegd, dan is het vaak moeilijk om aan te nemen dat die partij niet voortdurend onrecht pleegt. Latere gebeurtenissen worden dan snel ten nadele van die partij uitgelegd, terwijl hetgeen pleit tegen de andere partij wordt vergoelikt. Iedereen kent in deze oorlogstijden in zijn omgeving voorbeelden van personen, waarvan het oordeel op die manier misleid is. Hun emoties zijn waarschijnlijk even hevig bij vermeend onrecht als bij echt onrecht. Dit zal gebeuren. Daarom is het belangrijk om een in eerste opwelling gegeven oordeel nog eens grondig te heroverwegen en zich steeds zoveel mogelijk te wapenen tegen beïnvloeding door factoren, die niet ter zake zijn. Maar dit heft de kans dat het oordeel misleid is niet op. Toch blijft ondanks dit alles de grote waarde van de innerlijke overtuiging en van onberedeneerd beslissen in vragen van recht onaangetaast. Wie te veel twijfelt, vermijdt weliswaar het gevaar een vergissing te maken door een te grote emotionele betrokkenheid, maar hij blijft in slap aarzelen hangen, neemt geen beslissingen meer en raakt afgestompt in zijn rechtsgevoel. Niemand is gebaat bij een dergelijk verval in scepticisme.

54

De problematische kant van het oordelen naar rechtsgevoel zal eerder een rol spelen bij degene, die concreet recht zoekt, zoals bijvoorbeeld een rechter, die een leemte van de wet aanvult dan bij degene, die zich met het opstellen van regels bezig houdt. De rechter dient zich voor ogen te houden dat zijn uitspraak ook als uitvloeisel van een regel moet kunnen worden gedacht, omdat hij zich alleen op die manier hoedt voor het gevaar, zich blind te turen op de bijzonderheden van het geval. Toch maakt de binding van de beslissing aan het concrete geval de kans van beïnvloeding door nevenomstandigheden, zoals bijvoorbeeld medelijden met de zwakkere van de strijdende partijen, bepaald niet denkbeeldig. (146)

55

Er is nog een ander gevaar. Men hoort alleen van rechtsgevoel te spreken, als het gaat om een emotionele reactie op onrecht dat anderen is aangedaan. Het woord wordt echter misbruikt. Soms lijkt het gevoelselement een rol te spelen, terwijl in werkelijkheid andere factoren het oordeel bepalen. Er zijn namelijk situaties waarin degene die het oordeel velt zich zozeer vereenzelvigd met het resultaat dat hij als wenselijk heeft uitgedacht dat hij een verwerping van dat resultaat als onrecht beleefd. Dan is er echter geen sprake van een zuiver emotionele reactie op onrecht. Ik zal dit aan de hand van een voorbeeld verduidelijken. Enige jaren geleden speelde een rechtszaak, die in juridische kringen sterk de aandacht trok. Iemand had een vereniging tot erfgenaam benoemd, die de termijn waarvoor rechtspersoonlijkheid verleend was, bleek te hebben laten verlopen zonder tijdig voor verlenging te zorgen. De vereniging had daardoor de rechtspersoonlijkheid verloren en de vraag was of zij niettemin kon erven? Onze rechtspraak besliste in drie instanties van niet. Ik wil het hier niet hebben over de technisch-juridische kwesties, die in deze kwestie een rol spelen. Ik haal deze rechtszaak aan omdat door Hijmans is beweerd,<sup>40</sup> dat het rechtsgevoel leert, dat de vereniging het proces had moeten winnen. Dat lijkt me onjuist. Ik erken, dat in deze interpretatie-kwestie waarderings-oordelen meespelen. Aan de ene kant het belang van eerbiediging van het woord van de erflater, dat wil zeggen van diens individuele wil. Aan de andere kant het belang van regelmaat en zekerheid, dat ten grondslag ligt aan de regeling van de erkenning als rechtspersoonlijkheid. Ik begrijp, dat Hijmans het woord van de erflater wil handhaven zelfs indien dat ten koste gaat van regelmaat en zekerheid — ik zou als rechter hetzelfde doen. Maar dat het rechtsgevoel in dergelijke in hoofdzaak technische vragen de doorslag zou geven, betwijfel ik. Voelt men de beslissing van de Hoge Raad als onrecht — dan kan dit alleen het gevolg zijn van het getroffen zijn in eigen wetenschappelijke<sup>41</sup> overtuiging.

56

Hiermee is al aangegeven dat bij het zoeken naar de rechtsnorm niet alleen het intuïtieve element een rol speelt maar ook het rationele: de waardering van belangen, het afwegen van waarden en het toetsen van de verschillende middelen waarmee een bepaald doel kan worden bereikt. Voor de wetgever zal haast uitsluitend dit rationele element van betekenis zijn, want

57

bij wetgeving raakt het rechtsgevoel op de achtergrond. Het onrecht, dat de wetgever wil opheffen is minder concreet en raakt de mensen daardoor minder. Doordat het onrecht algemener is, is het minder emotionerend en ligt het verder van zijn werk als wetgever verwijderd. Voor de wetgever is de bepaling van doeleinden de hoofdzaak. Wanneer men een regel opstelt beoogt men daarmee een bepaald doel. Men wil een bepaald resultaat bereiken. Dit doel kan echter op zijn beurt weer als middel voor een ander doel beschouwd worden. Zoals we bij een causale keten telkens verder terug kunnen gaan en, naar de oorzaak van een oorzaak kunnen vragen, zo kunnen wij als (147) we een zaak teleologisch beschouwen telkens weer verder opklimmen en ieder doel weer als middel tot een hoger gelegen doel zien. De hoogste doeleinden uiteindelijk, die niet meer verder te herleiden zijn, hebben wij als gegeven te aanvaarden. We nemen ze aan. Ze vloeien voort uit onze levensbeschouwing of beter gezegd: het accepteren van die doeleinden maakt de kern uit van onze levensbeschouwing. Het kan voor degenen, die deelnemen aan het proces van rechtsvorming, van onschatbare betekenis zijn om zich deze hoogste doeleinden helder voor ogen te stellen en vanuit dat uitgangspunt de betekenis van de daaraan ondergeschikte doeleinden te bepalen, die de waarden van het leven vormen: natuur, schoonheid, kunst en wetenschap.

Het gaat hierbij niet om het maken van een systeem. De levenswaarden laten zich niet als in een herbarium keurig ieder op zijn eigen plaats opbergen. Zoals Rickert stelt:

De wetenschap keert zich noodzakelijk af van het leven.<sup>42</sup>

Zou men een systeem van waarden opstellen, dan zou dit alleen een verbale betekenis hebben. Immers bij mensen, die zich verwant voelen in hun visie op de hoogste doeleinden, kan er toch een sterk verschil bestaan in hun waardering van de betekenis van kunst voor het individuele en het maatschappelijke leven. Al blijft het dus altijd bij een grove benadering, toch kan er wel iets van een enigszins samenhangende visie op de levenswaarden worden bereikt.

58

Nauw verbonden hiermee is de vraag in hoeverre de gemeenschap geroepen is de levenswaarden te bevorderen en in hoeverre het beter is dit aan het individu over te laten. Dit is zelf ook weer een vraag van waardering. Mogelijk is de tegenstelling individuum-gemeenschap, dat wil zeggen de gemeenschap als iets dat er enkel is ter wille van de vervolmaking van het individu of als een waarde in zichzelf, niet de meest principiële tegenstelling tussen de verschillende wereldbeschouwingen, zoals de jonge Duitse schrijver Radbruch<sup>43</sup> beweert. Voor het recht is deze tegenstelling echter van eminent belang en bepalend voor de rechtsvorming. De geschiedenis van de staatsleer vanaf de Grieken tot op heden laat dat zien. Weliswaar is in het Evangelie de opheffing van deze tegenstelling een gegeven (iedere mensenziel van oneindige waarde enerzijds — de volstreekte eis van naastenliefde anderzijds) maar hoe dit in concreto toepassing moet krijgen is in het geheel niet duidelijk. Naast de keuze van de doeleinden is hier het vinden van het goede middel ter bereiking van het gekozen doel aan de orde. Op dit punt speelt het subjectieve een kleinere rol en is er makkelijker overeenstemming te bereiken tussen mensen die voor het overige fundamenteel verschillende visies aanhangen. Indien bijvoorbeeld is besloten dat de arbeider op zijn oude dag recht heeft op verzorging van staatswege, dan is het een vraag van simpele rechts-techniek of dat nu het beste kan via een staatspensioen of een verplichte verzekering. Het lijkt overdreven wanneer van zo'n tegenstelling iets principiëls wordt gemaakt. Het is inderdaad overdreven, al moet worden toegegeven, dat bij een gedetailleerde uitwerking er toch weer principieel-gekleurde tegenstellingen kunnen rijzen. Dergelijke(148) regelingen zijn zó ingewikkeld en hebben zulke ingrijpende gevolgen voor andere gebieden, dat er telkens problemen kunnen rijzen, die alleen van uit een bepaald principieel oogpunt kunnen worden beoordeeld. Hoe eenvoudiger de vraag is, hoe minder kans daarop bestaat. Neem bijvoorbeeld de kwestie of bij een werkstaking de werkgever recht op schadevergoeding heeft krachtens de arbeidsovereenkomst. Degene die het *pacta sunt servanda* zwaar laat wegen, dat wil zeggen

de ethische betekenis van de gebondenheid aan het eenmaal gegeven woord (ik ga niet verder terug), zal eerder geneigd zijn dit recht aan de werkgever te geven dan degene voor wie de economische verheffing van de arbeider niet alleen dient om hem moreel te verheffen, maar ook een doel op zich is.<sup>44</sup> De vraag die overblijft als eenmaal het beginsel is geaccepteerd dat er geen recht op schadevergoeding is, namelijk of dan de contractverhouding verbroken is of geschorst, is een vraag van juridisch-technische aard, waarvan de oplossing wordt gevonden door een zuiver wetenschappelijke redenering.

59 Op basis van deze korte aanduiding van de ideële elementen van het recht mag duidelijk zijn, dat het niet mogelijk is om te spreken van *de* rechtsidee zonder daarbij uit te gaan van een bepaalde levensbeschouwing. Daarbij moet dan nog bedacht worden, dat ik in het geheel niet ben ingegaan op de opvatting van hen die vanuit hun wereldbeschouwing hele andere bronnen van normen over wat behoort erkennen dan de door mij genoemde: innerlijke ervaring, rechtsgevoel, rationele bezinning op levenswaarden en de verwezenlijking daarvan. Zij zien in de Bijbel niet een onmisbaar middel tot versterking en loutering van het eigen innerlijk leven - een licht op onze weg, ook bij het zoeken naar recht - maar een bundel wetten die ook in onzen tijd direct toepasselijk zijn en achten zich onvoorwaardelijk gebonden aan de voorschriften van hun kerk.<sup>45</sup> In het licht van dit soort opvattingen lijkt een zoektocht naar de schat van het recht hopeloos. Hoe kunnen we het goede, en juiste recht voor deze tijd voor ons volk vinden als wij onderling zo verdeeld zijn qua fundamentele beschouwing? Als wij ook maar iets in die richting blijken te kunnen bereiken, en ons zoeken niet geheel zonder resultaat blijft, dan komt dat doordat wetgevers — meer in het algemeen iedereen die bij de rechtsvorming betrokken is — recht niet vrij kunnen scheppen vanuit hun eigen rechtsidee, maar daarbij gebonden zijn aan reële gegevens die voor iedereen op dezelfde manier een objectief gegeven zijn.<sup>46</sup>

60

## § 5 Rechtsvinding. Reële gegevens

Tot nu toe hielden wij ons bezig met het ideële in het recht, namelijk met onze overtuiging omtrent wat behoort en de intuïtieve en rationele elementen ervan. We moeten ons nu echter realiseren dat een overtuiging alleen als recht kan worden gedacht als deze gericht is (149) op implementatie in een bepaalde tijd voor een bepaald volk. Dat is de taak van elk denken over recht. Als die implementatie niet intreedt, blijkt het uiteindelijk niet te gaan om recht. Hiermee keren we van het ideële terug naar de feiten.<sup>47</sup>

Eugen Huber heeft onlangs een belangrijk artikel geschreven over *Die Realien der Gesetzgebung*.<sup>48</sup> De schrijver is onder juristen bekend als de man van het veelgeprezen Zwitsers Burgerlijk Wetboek van 1907, dat in alle opzichten *zijn* werk is. We zijn daarom vanzelfsprekend geïnteresseerd in wat hij te zeggen heeft over de kunst van het zoeken naar recht door de wetgever. Recht is een regeling van machtsverhoudingen. De rechtsorde moet een beslissing geven over de belangen van mensen wanneer hun behoeften en begeertes botsen. Dat is de stof, waarin de rechtsidee werkzaam is. De maatschappelijke verhoudingen zijn veranderlijk en voortdurend in beweging — de wetgever moet telkens nieuwe stof regelen. In dit alles blijft niets hetzelfde volgens Huber, behalve, dat de wetgever in zijn regeling van de stof afhankelijk is. Zoals de kunstenaar gebonden is aan de materie die hij bewerkt, het marmer of het hout, zoals hij anders zal en moet werken bij het maken van een gravure dan bij een ets, zo is ook degene die recht zoekt gebonden aan de realiteit.<sup>49</sup> Is het mogelijk om over die realiteit algemene uitspraken te doen? Huber meent van wel. Hij meent dat dit op drie manieren kan geschieden en houdt zich achtereenvolgens bezig met de mens, de natuur en de overlevering als zaken die voor de wetgever een gegeven vormen. Met de mens: iedere rechtsorde is gebonden aan de tegenstelling gezond-ziek, volwassen-onvolwassen, terwijl ook met de intellectuele en morele eigenschappen rekening gehouden moet worden. Huber wijdt belangrijke beschouwingen aan de vraag hoe dat moet gebeuren. Deze zijn hier

61

niet direct relevant, evenmin zijn bespreking van feiten die betrekking hebben op aspecten van het leven in de samenleving, die los van hun mogelijke wettelijke regulering aandacht vragen, zoals geslachtsverhoudingen, bloedverwantschap, plaatselijk verband (nationaliteit- en ras-eigenaardigheden) en gemeenschappelijke arbeid. Ook aan zijn behandeling van de natuur (klimaat, productiewijze e.d.) zullen wij stilzwijgend voorbijgaan. Voor ons is vooral van belang wat Huber over zijn derde groep van gegevens opmerkt: de overlevering. Wie een rechtsregel opstelt, staat nooit voor een tabula rasa, waarin hij kan griffen wat hem behaagt. Aan iedere rechtsorde gaat een eerdere rechtsorde vooraf. Een volk zonder recht moet nog gevonden worden.

62 Ik zal het artikel van Huber niet op de voet volgen. Ik wil namelijk (150) verder gaan dan hij en niet alleen de wetgeving, dat wil zeggen het geldende positieve recht als feitelijk gegeven behandelen, maar ook de rechtsovertuigingen van een bepaald volk omdat deze van belang zijn voor de mogelijkheid om het te vormen recht daadwerkelijk te realiseren. Maar het moge duidelijk zijn, dat een deel van de gedachten, die nu volgen, aan zijn opstel is ontleend.

Het recht beoogt verwezenlijking. Het is daarbij aan de voorwaarden van die verwezenlijking gebonden. Men heeft wel gezegd dat de wetgever alles kan, behalve van een man een vrouw maken. Dat is een dwaze gedachte. Geen wetgever maakt van een agrarische staat een industriestaat. Hij kan wel rechtsregels in het leven roepen, die een bestaande tendens in die richting bevorderen, maar uiteindelijk is zijn invloed van secundair belang. De wetgever kan nooit aan de feiten voorbij gaan en het bestaande recht behoort tot die feitelijke gegevens.

63 Velen zijn zo naïef om te denken dat als de mensen nu maar eens allen verstandig waren en allen van goede wil, het uiterst eenvoudig zou zijn een volmaakte rechtsorde in het leven te roepen. Ook heel wat mensen, die in het algemeen niet zo naïef zijn, denken op die manier. Bijvoorbeeld degenen die menen dat als vrouwen maar zouden kunnen meestemmen, alles op slag anders zou worden. Ik ben zeker geen tegenstander van vrouwenkiesrecht, maar ik vrees, dat invoering daarvan niets dan teleurstelling zal brengen aan mensen die zo denken. Al het utopisch denken gaat uit van dit denkbeeld dat een plotselinge verandering mogelijk is. Veel mensen geloven, dat als de sociaaldemocraten maar eens aan de macht kwamen, de samenleving ineens, plotseling, geheel anders zou worden. Ik denk echter dat al zaten er in Nederland 100 sociaaldemocraten in de Tweede Kamer en 50 in de Eerste<sup>50</sup> het toch nog een hele tijd zou duren vóór ook maar een deel van de productiemiddelen was gesocialiseerd. Er is in de rechtsorde een continuïteit, die nimmer sterk verbroken wordt. Het mag zo zijn dat revoluties een staatsgezag omver kunnen werpen, toch ziet de samenleving er de volgende dag niet heel anders uit dan tevoren. Niet alleen feitelijk, ook qua rechtsregels. Misschien is één dag na de revolutie de verandering zelfs nog wel het sterkst waarneembaar. Maar wat plotseling tot stand wordt gebracht, houdt geen stand en na enige jaren keert het oude terug. Men kan voor de grote veranderingen die hebben plaats gegrepen in het geestelijke en maatschappelijk leven wél bepaalde periodes aanwijzen, waarin de fontein van nieuwe ideeën hoog opspoot, maar het duurt jaren en jaren voordat die opvattingen in het rechtsleven doordringen. De invloed van de Franse revolutie op het privaatrecht is daarvan een sprekend voorbeeld. Het laat ook goed zien hoe weinig van de radicale wijzigingen die men doorvoerde blijvend was. Onder meer zou het gehele familierecht worden omgegooid: iedere ongelijkheid bij de vererving moest worden opgeheven, in en buiten echt geboren kinderen zouden rechtens op dezelfde wijze worden behandeld, het huwelijk moest opzegbaar zijn. Er kwamen wetten, die dit alles tot stand brachten — echter tien jaar later, toen de Code Civil werd (151)geredigeerd,<sup>51</sup> werd het grootste deel van dit alles, voor zover het al niet verdwenen was, weer opgeruimd. De afschaffing van de voorrang van de eerstgeborene bij vererving bleef. Het huwelijksrecht van de Code was stellig niet geheel gelijk aan dat van het ancien régime, maar vertoont toch meer overeenstemming daarmee dan met de revolutionaire wetgeving van de periode daartussen: het buiten echt geboren kind werd weer naar zijn donkere rechtspositie van vroeger teruggezet.

Maar de continuïteit van het recht is niet alleen af te lezen aan de betrekkelijk geringe betekenis van revoluties voor de rechtsontwikkeling. Hij blijkt ook uit de aanpassing die het bestaande op allerlei manieren ondergaat bij het doorbreken van nieuwe gedachten. Oude vormen krijgen nieuwe betekenis door ze bruikbaar te maken voor nieuwe doeleinden. De leus nieuwe zakken voor nieuwe wijn is voor de rechtsvorming niet van toepassing. Toen algemeen het inzicht doorbrak dat er ook als degene die de schade toebracht niets te verwijten viel, toch een verplichting tot schadevergoeding kon bestaan, was het de vraag hoe men dat kon implementeren. Door het begrip *schuld* sterk te verruimen en door de bewijslast om te keren zodat degene die voor de schade werd aangesproken zijn onschuld moest bewijzen in plaats van dat de tegenpartij de schuld van hem moest bewijzen, kortom: door kleine middeltjes, die schijnbaar alles in hoofdzaak bij het oude lieten. Dit is een klein voorbeeld uit het rechtsleven van de laatste tijd. Zien wij in het groot niet hetzelfde gebeuren in de verhouding tussen werkgever en arbeider? Het blijft een dienstverhouding, een contractuele verplichting om arbeid te verrichten tegen een loon, maar door invoeging van allerlei elementen, in veel gevallen door dwingende rechtsregels, zoals verzekeringsplicht, collectief contract en gedwongen arbitrage, verandert de rechtsinhoud van de verhouding. We staan hier nog midden in een ontwikkeling. Zijn ook die gevallen, die ik in hoofdstuk II besprak — waar het recht veranderde terwijl de wet hetzelfde bleef — niet allemaal voorbeelden om te laten zien, hoe nieuw recht wordt verkregen door het bestaande recht om te buigen? Het nieuwe, dat waarschijnlijk verworpen zou zijn als het plotseling kant en klaar als nieuw was voorgesteld, wordt aanvaard als het zo langzaam binnendringt. Dan de straf. Zijn er niet in de loop der tijd èn nieuwe strafdoelen gekomen met behoud van de oude vorm èn nieuwe strafsoorten gekomen terwijl het doel hetzelfde bleef? Verandering van beginsel met vormbehoud en verandering van vorm met behoud van beginsel, maar beide op zichzelf genomen vormen van aanpassing. Ik doe slechts enkele grepen. De continuïteit werkt sterk door wanneer vreemd recht en bloc wordt overgenomen. Dat komt niet veel voor in de geschiedenis van het recht, maar de receptie van het Romeinse recht in West-Europa in de middeleeuwen is er een opvallend voorbeeld van. Is een dergelijk geheel nieuw recht enige tijd in werking, dan blijkt heel veel van het oorspronkelijke, afgeschafte recht te zijn overgebleven. Allerlei nieuwe gerecipieerde instituten hebben dan rechts(152)gedachten overgenomen uit het recht, dat vroeger gold. Een Romein zou het Romeinse recht van de 18e eeuw bijvoorbeeld niet als het zijne hebben herkend, een Middeleeuwer zou bij goed speuren in het schijnbaar Romeinse recht heel wat inheems hebben teruggevonden. En ten slotte, ik wil hier kort zijn, blijkt de continuïteit in de techniek, dat wil zeggen in de juridische begrippen, die bij de opstelling en handhaving van de regels worden gebruikt. De onze zijn nog steeds voor een goed deel van Romeinse oorsprong. Ook de bestaande juridische begrippen vormen voor wie nieuw recht opstelt een gegeven grootheid, waarmee hij rekening heeft te houden.

Voor het nieuwe recht is het oude recht een gegeven, dat aangevuld, gewijzigd en verbeterd wordt, maar nooit geheel afgeschaft. Denk bijvoorbeeld aan de eerbiediging van verkregen rechten, het overgangsrecht en de noodzakelijkheid om bij iedere hervorming *partieel* te werk te gaan, zodat de relatie uitgewerkt moet worden met de delen van de bestaande rechtsorde, die niet zullen worden opgeheven. Deze voorbeelden geven aan dat er continuïteit bestaat.

Daarmee komt het belang naar voren van de geschiedenis voor de rechtsvorming. Daar is veel strijd over gevoerd. Tegenover hen, die eerbiediging van het *historisch geworden* prediken en die de historische lijn willen continueren, staan de neokantianen,<sup>52</sup> die onverbiddeijk volhouden, dat men uit feiten nooit tot normen kan concluderen, dat wil zeggen dat uit wat gebeurd *is* nooit afgeleid kan worden wat gebeuren *moet*. Wellicht is dit juist. Wellicht, maar wij houden ons hier niet bezig met de vraag in hoeverre voor een volk een bepaald feit normatieve betekenis kan hebben. In ons persoonlijk leven kan een feit zó luid tot ons spreken, dat wij er een aanwijzing van God's wil in menen te moeten zien en het voor onszelf normatieve betekenis geven. Hier is niet aan de orde of zoiets zich ook in het leven van een volk kan voordoen, zoals de anti-revolutionaire Staatsleer betoogt.<sup>53</sup> Het is duidelijk



dat het moeilijk is om aan te geven hoe men die werking Gods in de geschiedenis zou kunnen vaststellen. Het gaat bij het volksleven om iets collectiefs, waarbij de innerlijke ervaring die in het persoonlijk leven aan feiten dwingende betekenis geeft, niet van toepassing is.<sup>54</sup>

67

Hoe dat verder ook zijn mag, als men het heeft over de betekenis van de historische ontwikkeling voor rechtsvorming, ligt het zwaartepunt ergens anders. In iedere rechtsregel komen twee zaken samen: de rechtsidee en de te regelen verhouding. De historische ontwikkeling hoort bij het tweede element. Het recht regelt niet verhoudingen in abstracto, maar verhoudingen zoals ze historisch tot stand zijn gekomen. Het gaat om de concrete verhoudingen tussen mensen en die zijn mede bepaald door het vroegere recht. Het is niet de vraag of (153)wij met het verleden *behoren* te breken om ons te kunnen distantiëren van gebeurtenissen en personen, zoals Prof. Krabbe ons op het hart bindt, maar of wij in het recht met het verleden *kunnen* breken. Denk bijvoorbeeld aan de vraag naar de meest gewenste staatsvorm van *ons* land op *dit* ogenblik. Zou men die vraag kunnen beantwoorden zonder rekening te houden met de historisch gegroeide betrekkingen tussen ons volk en ons koningshuis? Of neem de regeling van ons familierecht. Ook die kan niet gedacht worden zonder de huidige regeling te zien als resultaat van een ontwikkeling van eeuwen, of zonder rekening te houden met biologische gegevens van geslachtsdrang en moederliefde. Degene, die meent dat hij uit het niets kan scheppen, komt bedrogen uit. In waarheid kan hij slechts het bestaande vervormen. Bij het ontwerpen van nieuw recht moet gelet worden op dat wat historisch is ontstaan, niet omdat de ontstaansgeschiedenis op zich zelf genomen van belang is voor het begrip van recht, maar omdat die ontstaansgeschiedenis een deel vormt van de stof, die in het recht verwerkt moet worden. Hiermee predik ik geen conservatisme. Het is waar dat vaak een beroep gedaan wordt op de geschiedenis vanuit behoudzucht. Daar voel ik niets voor. Of de historische lijn al of niet wordt verbroken hangt overigens ook niet van ons af, maar wordt door de geschiedenis zelf bepaald. Wij weten niet of hetgeen wij nu willen vernieuwen blijvend zal zijn of een waan van de dag zal blijken te zijn geweest. Wij kunnen overigens meestal zelf niet eens goed overzien wát in een op een bepaald ogenblik gewenst recht nieuw is en wat slechts voortzetting of opleving van het vroegere is. Vaak blijkt dat pas achteraf. Ook ik ben meestal een beetje achterdochtig wanneer er een beroep wordt gedaan op dat wat historisch is gegroeid. Dit neemt echter niet weg, dat bij de gegevens, waarmee in de rechtsvorming rekening gehouden moet worden ook de ontstaansgeschiedenis hoort en dat de wetgever gedwongen kan zijn nieuwe opvattingen in een traditionele vorm te gieten, liever aanpassing te zoeken om een langzame voorbereiding op het nieuwe te bereiken, dan dat het oude weg te vagen om er een volledig uitgewerkt nieuw recht voor in de plaats te stellen. Wanneer hij zo te werk zal moeten gaan en hoever die verplichting tot aanpassing gaat, kan niet in het algemeen gezegd worden, evenmin als in het algemeen kan worden uitgemaakt hoeveel invloed op het recht aan bijvoorbeeld nationaliteit moet worden toegekend.<sup>55</sup>

68

Tenslotte is ook de macht om de regels te kunnen laten eerbiedigen een realiteit die van belang is voor de rechtsvorming. In de huidige tijd komt dat meestal er op neer dat men zoekt naar een regel die door de betrokkenen als recht zal worden erkend. Dit betekent dat ook rekening moet worden gehouden met de rechtsopvattingen van de betrokkenen.

69

Het is van belang om ook hier weer een onderscheid te maken tussen de uitspraken van moraal en van recht. Degene, die een handeling in morele zin afkeurt (154) met de opmerking: “dat is niet goed”, kan het mogelijk niets schelen wanneer degene die de handeling verrichtte er zelf anders over denkt. Wanneer hij toch probeert die persoon van zijn schuld te overtuigen, zal het voor zijn oordeel niet uitmaken of die poging slaagt of niet. Bij het recht is dit anders. Natuurlijk niet in de zin dat het voor de rechter van belang is of één van de partijen of beide zijn vonnis als onrecht verwerpen. Dat is hun zaak, niet de zijne. Maar niemand die rechtsregels vormt, of het nu de wetgever is of de rechter,<sup>56</sup> kan er op den duur onverschillig tegen over staan of zijn rechtsregels daadwerkelijk als recht zijn te handhaven. Wie een rechtsbeslissing neemt, terwijl hij zich er van bewust is dat deze niet nageleefd zal gaan worden zal moeten toegeven, dat het oordeel weliswaar *zijn* overtuiging omtrent recht

weergeeft, maar geen recht tot stand brengt. Het dualisme in het recht dwingt ertoe om bij het zoeken naar de norm dit machtselement als gegeven te accepteren. Een rechtsregel beoogt implementatie. Recht is niet alleen norm, maar ook sociaal verschijnsel. Een norm, die gedurig straffeloos wordt overtreden, is na verloop van tijd geen rechtsregel meer. In de huidige tijd berust de afdwingbaarheid van het recht voor een belangrijk deel op het feit dat de regels als recht erkend worden door degenen die er aan zijn onderworpen. Die erkenning kan de regel zelf betreffen, maar ook de rechtscheppende bevoegdheid van de autoriteit die de regel uitvaardigt. Daarom omvat de stof, die bij de rechtsvorming bewerkt wordt, ook de vraag naar de waarschijnlijkheid van die erkenning, dat wil zeggen de vraag naar de rechtsopvatting van degenen voor wie de regel bestemd is. Dit element is niet altijd even belangrijk, het belang kan verschillend zijn naar gelang de aard van de regelingen of de feitelijke macht van de organen die de regelingen maken. Maar het speelt altijd een rol. Zelfs de sterkste macht is niet in staat een volk een regel op te dringen, die in flagrante strijd is met bestaande overtuigingen.

70

Met de nadruk die op deze manier gelegd wordt op de bestaande rechtsovertuigingen<sup>57</sup> nemen we stelling tegenover twee opvattingen die daarmee in strijd zijn. Net als bij de vraag naar het belang van rechtsgeschiedenis nemen we zowel stelling tegen degenen die er een normatieve betekenis aan toekennen als tegenover degenen, die het belang ervan geheel ontkennen. De laatsten stellen simpelweg dat wat goed is en behoort nooit af kan hangen van hoe anderen — al zijn deze ook nog zo hoogstaand — daarover oordelen. Stammler bijvoorbeeld maakt ergens<sup>58</sup> de vergelijking met iemand die op de vraag of zijn horloge goed loopt antwoordt dat het gelijk loopt met de klok van de kerktoren. Hoe gebruikelijk zulke verwijzingen ook mogen zijn, ze missen betekenis. Dit al helemaal wanneer men over normatieve betekenis spreekt, zouden we daaraan willen toevoegen. Toch kunnen de bestaande rechtsovertuigingen in verband met de rechtsidee een belangrijk gegeven zijn, dat bij het zoeken naar het juiste recht niet mag worden verwaarloosd. Het beroep op de bestaande opvattingen, de in het volk levende overtuigingen en dergelijke komt veel voor in de gevallen waarin het aan de rechter is opgedragen een uitspraak naar billijkheid te geven. Uit de overeenstemming met die (155) overtuigingen kan men zeker niet zonder meer concluderen dat de uitspraak inderdaad billijk is. Toch heeft de rechter, die van de wetgever de opdracht kreeg voor een bepaald geval een passende regel te vinden, gelijk, als hij zich afvraagt of *zijn* rechtsopvatting kans heeft door de betrokkenen te worden aanvaard. Doet hij dat niet, dan zal zijn uitspraak in dat ene geval dat hij berecht wel bindend zijn, maar niet recht zijn in een meer algemene zin.

71

In de tweede plaats nemen we stelling ten opzichte van diegenen die de rechtsovertuiging zelf als norm-scheppend beschouwen. Wij stuiten hier op de opvattingen, die de laatste jaren met kracht onder juristen zijn gepropageerd door Mr. Krabbe. Voor hem is het rechtsbewustzijn<sup>59</sup> de enige rechtsbron.

Onder de Nederlandse rechtsgeleerden wordt de afgelopen jaren getwist over de vraag, of er nog wel een grondwet moet zijn, d.w.z. of er een wet moet zijn, die moeilijker te veranderen is dan andere en die ook voor de gewone wetgever bindend is. Krabbe heeft met al de felheid van zijn sarcasme en al de gloed van zijn hartstocht getracht zijn vakgenoten van de noodzaak te doordringen om dat bijzondere karakter aan de wet, die de grondslag vormt van onze staatsorganisatie, te ontnemen. Hij stelt dat men door het wijzigen van de grondwet af te laten hangen van bijzondere waarborgen (volstreekte meerderheid, nieuwe verkiezingen), de mogelijkheid vermindert dat het rechtsbewustzijn doordringt in de wetgeving waardoor de meerderheid aan een minderheid gebonden wordt en het heden ondergeschikt gemaakt wordt aan het verleden. Hij stelt dat men door het wijzigen van de grondwet af te laten hangen van bijzondere waarborgen (volstreekte meerderheid, nieuwe verkiezingen), de mogelijkheid vermindert dat het rechtsbewustzijn doordringt in de wetgeving waardoor de meerderheid aan een minderheid gebonden wordt en het heden ondergeschikt gemaakt wordt aan het verleden. Rechtsbewustzijn betekent hier kennelijk de overtuiging van de meerderheid over wat recht

behoort te zijn. Als men echter de argumenten voor zijn opvatting analyseert, dan vindt men daarbij niet, zoals men op basis van het bovenstaande zou mogen verwachten, het argument dat het rechtsbewustzijn van de meerderheid van ons volk die verandering in de Grondwet wenst. Krabbe heeft hier geen onderzoek naar gedaan en het zou vermoedelijk een negatief resultaat hebben opgeleverd: het grote publiek staat namelijk opvallend onverschillig tegenover de kwestie. Het zijn dus slechts opvattingen van Krabbe zelf. Het is zijn eigen rechtsbewustzijn en overtuiging, slechts door een minderheid gedeeld in dit geval, op basis waarvan hij zijn tegenstanders toevoegt dat zij *het recht* niet hebben om de doorwerking van het rechtsbewustzijn van de meerderheid tegen te houden. Volgens Krabbe's eigen systeem had hij dat alleen mogen beweren, als bewezen was dat de meerderheid er net zo over dacht.

72

Krabbe kent hoge waarde toe aan het rechtsgevoel. Zelf een man met een krachtige spontane overtuiging over wat recht behoort te zijn, wil hij ook de overtuiging van anderen geëerbiedigd zien. Hierdoor komt hij er toe lijkt me om hun mening en, waar die niet eenstemmig is, die van de meerderheid te bestempelen als recht. Het rechtsbewustzijn van de meerderheid moet volgens hem zegevieren. Hiertegen vallen twee bezwaren in te brengen. Allereerst dit: zelfs al is het rechtsgevoel bron van recht, dan is daarmee nog niet gezegd dat *iedere rechtsovertuiging*,<sup>(156)</sup> ofwel iedere wens naar nieuw recht uit deze bron afkomstig is. Ten tweede is er geen enkele waarborg, dat waar meerder- en minderheid tegenover elkaar staan, de eerste het recht aan haar kant heeft. De term rechtsbewustzijn wordt door Krabbe zowel gebruikt voor wat wij hierboven rechtsgevoel noemden als voor de mening van de meerderheid omtrent recht. Dit werkt verwarrend. Zo komt men tot de hierboven aangegeven tegenstrijdigheden. De Leidsche hoogleraar acht de ethische waarde van het rechtsgevoel hoog, maar vat daar vervolgens de rechtsopvatting van de meerderheid onder. Op die manier vergeet hij dat dit puur empirisme is — kortom een ontkenning van het ethische — om iets recht te noemen louter en alleen *omdat* een meerderheid er zo over denkt. Krabbe vergelijkt het rechtsgevoel met het schoonheidsgevoel<sup>60</sup> en stelt dat we evenmin als we iets lelijk kunnen noemen wat wij in ons innerlijk als mooi ervaren, recht of onrecht kunnen noemen wat we maar willen. De vergelijking is gevaarlijk, maar aangezien de schrijver hem zelf maakt, is het geoorloofd hem te vragen of hij denkt dat iets mooi is omdat een meerderheid dat vindt. Al zeggen nog zoveel mensen dat iets mooi is, dan voelt men daardoor nog geen emotie van schoonheid. Op die manier vindt men niet de norm, ook niet in het recht. Aangezien het bij het rechtsoordeel gaat om een ethisch oordeel, dat anders dan het esthetische of zuiver morele oordeel aanspraak maakt op de mogelijkheid van de implementatie ervan in een bepaalde groep, kan niet onverschillig worden voorbij gegaan aan de mening van die groep. Die mening is echter niet de grond van dat oordeel en al helemaal niet de enige grond, maar behoort tot de stof waarop het oordeel betrekking heeft.

73

De relatie tussen degene die deelneemt aan het proces van rechtsvorming en de groep waarop zijn werk betrekking heeft is vergelijkbaar met die tussen een partijleider en zijn partij. De leider geeft de koers aan en maakt voor zichzelf uit in welke richting hij stuurt, maar tegelijkertijd moet hij weten of de partij zich in die richting laat sturen. Daarvoor is het nodig, dat hij weet wat er in de partij omgaat en dat hij een *feeling* heeft over de mate waarin hij zijn wil zal kunnen opleggen. Maar ten slotte is zijn wil beslissend. In de huidige tijd hebben mannen als Dr. Kuyper en Mr. Troelstra beide deze gave in hoge mate. Zij dwingen hun partijen hen te volgen, terwijl de partij de indruk heeft zelf die richting te hebben gekozen. Ook al gebruikt de wetgever andere middelen dan de partijleider, hij, en ook anderen die meewerken aan de rechtsvorming doen er goed aan hun voorbeeld te volgen.

Wie een rechtsnorm zoekt, moet zich er bewust van zijn dat wat als regel wordt aangewezen *een macht* moet uitoefenen in het sociale leven. Zoals het recht als verschijnsel niet kan worden beschreven zonder aanvulling vanuit het normatieve, zo zal het recht als norm niet gevonden kunnen worden zonder rekening te houden met de feitelijke macht die er van uitgaat.<sup>61</sup> (157)

74

## § 6 Recht en levensbeschouwing

Er is met het bovenstaande een schets gegeven van de ideële en reële gegevens die bij het zoeken naar recht een rol spelen. Hoewel het een keuze is hoe belangrijk men de reële gegevens vindt, is ook duidelijk dat niemand ze geheel terzijde mag schuiven. Terwijl de moraal een absoluut oordeel uitspreekt, heeft het recht juist omdat het interindividueel geldt altijd iets relatiefs. Men kan dit relatieve aan de ene kant als een gebrek zien, aan de andere kant betekent het dat we ondanks onze hopeloos uiteenlopende keuzes en versplinterde levensbeschouwingen toch tot op zekere hoogte een recht kunnen vinden dat iedereen behoort te erkennen. Tot op zekere hoogte, want er blijven verschillen, waarover het niet lukt overeenstemming te bereiken. Er komt een moment, waarop het betoog stukt over de vraag, waarom deze regel het juiste middel is ter bereiking van dat doel, deze gemeenschappelijk erkende waarde hoger moet worden gesteld dan die. Dat is het ogenblik waarop men het ondanks alle gebondenheid aan de stof, natuur, geschiedenis en algemene rechtsovertuiging niet eens kan worden. Oordeel staat dan tegenover oordeel, levensbeschouwing botst tegen levensbeschouwing. Er is geen objectieve waarheid voor het recht. Beter uitgedrukt, er is alleen objectieve waarheid voor zover men fundamentele waarden wil aanvaarden, die noch rationeel zijn te bewijzen noch op basis van waarneming kunnen worden aangetoond. Een religieuze en een empirische levensbeschouwingen zijn fundamenteel tegengesteld, om slecht één principiële tegenstelling te noemen. Beide hebben een verschillende opvatting van recht. Geen van beide heeft het recht om *eigen* recht als *het* recht aan andersdenkenden op te leggen. Beide opvattingen moeten zoveel mogelijk ieder tot hun recht komen. Eerbiediging van de overtuiging van anderen: dat is altijd doel en eer van de ware vrijzinnigheid geweest.<sup>62</sup>

75 X-Men zou zich kunnen afvragen of dit niet leidt tot verslapping van overtuiging. Als men erkent dat er in het recht alleen objectieve waarheid te vinden is voor degenen, die uitgaan van dezelfde levens- en wereldbeschouwing en als men daarbij predikt dat de overtuiging van anderen geëerbiedigd moet worden, betekent dit dan niet dat men de eigen overtuiging prijs geeft? Is het niet bloedeloos en gemis aan geestkracht om van iedere opvatting het betrekkelijke in te zien? Is er ooit een rechtsovertuiging geweest die algemeen aanvaard is en daadwerkelijk tot richtsnoer van het handelen is geworden, die van begin af aan stelde dat een andere rechtsovertuiging mogelijk ook juist was? Deze vragen zijn terecht, zeker wanneer men heel wat slappe liberale rechtsfilosofie in aanmerking neemt. Het is echter helemaal niet de bedoeling om scepticisme aan te prijzen of twijfel te zaaien wat betreft de zekerheid van overtuigingen. Wie in moeizaam doorworstelen waarheid heeft gevonden en daarbij ervaren heeft dat waarheid een mens meer overvalt, dan dat hij hem door eigen inspanning veroverd, zal niet makkelijk toegeven, dat wat volgens hem waar is, mogelijk ook (158) onwaar kan zijn. Hij staat in voor wat volgens hem waar is, is er volledig zeker van, en denkt er niet over om daar een vergelijk over te treffen. Maar tegelijkertijd zou hij niet weten waar hij het recht vandaan zou halen om anderen te dwingen naar zijn waarheid te leven. Het is niet onze bedoeling om net als Lessing's Nathan<sup>63</sup> de beslissing over wat waar is aan de toekomst over te laten. Wij moeten kiezen en doen dat ook. Als een ander echter anders gekozen heeft dan mogen we hem wel proberen te overreden, maar we hebben niet het recht onze eigen keus aan hem op te leggen. Voorts zijn de keuzes, die in het recht een rol spelen veelal zo subjectief, dat zelfs als er overeenstemming is bereikt over fundamentele punten partijen toch in de uitwerking altijd weer uit elkaar kunnen gaan. Het recht is niet te vinden door eenvoudigweg een stel regels te deduceren uit een fundamentele waarheid. Daarvoor zijn de verhoudingen veel te gecompliceerd.

76 Over recht kan niets als objectieve waarheid worden vastgesteld. Toch bestaat de behoefte dat vastgesteld wordt wat recht is. De functie die het recht in de maatschappij heeft maakt rechtszekerheid noodzakelijk. Men wil van tevoren weten, welke gevolgen het recht aan een bepaald handelen zal verbinden. Misbruik van de machtsverhoudingen, die door het recht

worden gecreëerd, kan alleen worden tegengegaan, als de bevoegdheid van de machthebbers nauwkeurig wordt begrensd. Onzekerheid over het toepasbare recht leidt tot het ontstaan van willekeur en verslapt de daadkracht — men weet niet hoever men kan gaan. Het recht kan niet bestaan zonder formulering, dat wil zeggen zonder de wet. Zoals een heerser zijn wil aan een volk oplegt, zo wordt ook het recht opgelegd als het bevel van een bepaald, met gezag bekleed persoon. Op zichzelf is dat goed. Er zijn in de samenleving veel situaties van weinig belang, waarin het er minder op aankomt, wát wij doen, dan dat wij allen hetzelfde doen en dat de een op de ander kan rekenen. Maar ook wanneer het om grote vragen gaat, waarbij beschouwingen tegenover elkaar staan en de ene rechtsovertuiging met de andere botst, bestaat er de behoefte aan een beslissing door het gezag. Er moet, ook al is het slechts voor het oog, een éénheid zijn. Dit leidt soms tot het doordrijven van een opvatting, maar in verreweg de meeste gevallen tot een compromis, met name in de huidige parlementaire staten waarin de wetgeving via veelhoofdige vertegenwoordigende lichamen tot stand komt.

77 Ook al is strijd onvermijdelijk, eens moet er vrede komen en deze is alleen te realiseren als van weerszijden wordt toegegeven. De schoolstrijd toont dat aan. Men kan respect hebben voor de kracht waarmee de rechtse <sup>64</sup> partijen zich verzet hebben tegen wat in hun ogen onrecht was, maar nu is het ogenblik aangebroken van nog een enkele concessie, waarna de onvervulde wensen opgeborgen moeten worden voor later. Dit niet omdat men overtuigd is, ook niet omdat men weet dat men toch niet had kunnen krijgen wat men vroeg vanwege de heersende opinie, maar als een toegeven, ter wille van de vrede. Het is opvallend, dat achteraf beide partijen vaak volkomen tevreden zijn met het verkregen compromis(159) en geen verandering meer wensen. Het belang van de vrede wordt dan uiteindelijk hoger geacht dan het verlies, dat door de concessie werd geleden.

Maar, zolang die tevredenheid nog niet is ontstaan zal er iedere keer dat een meerderheid de minderheid zijn visie op recht oplegt, voor het bewustzijn van degene wiens rechtsovertuigingen niet in de wet zijn opgenomen, een breuk zijn tussen het recht dat in de wet thuishoort en het recht zoals het in de wet is geformuleerd. De abstracte formulering van regels, waarvan de wetgever zich bedient en noodzakelijkerwijze ook moet bedienen, vergroot die breuk. Soms bestaat die breuk voor allen en niet slechts voor minderheidspartijen of opvattingen. De abstracte formulering maakt het onmogelijk recht te doen aan de rijke veelheid van het leven en daarom kan het gebeuren dat een wettelijke bepaling in negenennegentig van de honderd gevallen weliswaar volstaat, maar in het honderdste geval tot onrecht leidt. Maar ook dan moet de wettelijke bepaling worden toegepast. Geconfronteerd met een onbuigzame en rigide formulering van de bepaling en het feit dat het leven voortdurend verandert met de bijbehorende rechtsgevolgen, kan degene die het recht toepast tot de conclusie komen dat het recht, dat op grond van zijn overtuiging van toepassing is, slechts een persoonlijke wens is die indruist tegen de gecodificeerde wet en een kritiek op de inhoud ervan bevat, met andere woorden er aan vasthoudt dat recht en wet samenvallen. Toch kan het voorkomen, dat degene op wie de wet wordt toegepast of die, als rechter, de wet toepast, die toepassing niet slechts ervaart als iets dat voelt als onrecht, maar als iets dat niet alleen geen recht *zou behoren te zijn* maar ook werkelijk geen recht *is*. Het recht omvat noodzakelijk ook een behoren. Het is principieel onmogelijk om een onderscheid te maken tussen het recht, dat op een bepaald ogenblik op een bepaald geval behoort te worden toegepast en het recht, dat voor die verhouding geldt. Van wenselijk recht kan men alleen spreken als het om een min of meer verre toekomst gaat. Beweert men dat een bepaalde regel op een bepaald ogenblik recht zou behoren te zijn, dan beweert men daarmee dat die regel recht is, dat wil zeggen de norm is voor die concrete verhouding. Dat het dan niet slechts gaat om wenselijk maar om werkelijk recht is blijkt wanneer de wetgever de rechter of de betrokkenen vrijlaat. Dan zijn de sluizen opengezet en stroomt de rechtsovertuiging binnen. Het mag zo zijn dat de wet dijken opwerpt, waardoor het de rechter wordt verhinderd de stroom zijn weg te laten zoeken, maar via *ombuiging* en *interpretatie* dringen de rechtsovertuigingen toch in de wetstoepassing door en is het vaak slechts een kwestie van tijd

78

dat de wet omver wordt geworpen. Er kan hier niet verder worden ingegaan op de vraag in hoeverre dit *mag* en rechter en bestuursorganen de wet hebben te eerbiedigen bij hun zoektocht naar recht. Slechts twee opmerkingen. Allereerst is van belang dat rechters de afwegingen van de wetgever hebben te eerbiedigen, ook in situaties waarin de wet hun opdraagt zelf het recht te vinden. De bestaande wet behoort voor hen tot de stof, die zij bewerken. Verder, hier nauw mee samenhangend, is het ongewenst, als rechter of bestuur vrij worden gelaten met betrekking tot vragen, die direct samenhangen met principiële tegenstellingen van opvatting in het volk. In de huidige(160) tijd behoren dergelijke tegenstellingen in het parlement te worden uitgevochten of door compromis te worden bijgelegd en niet door de rechter te worden beslist. Van de rechter verwacht men onpartijdigheid, eerbiediging van ieders overtuiging, terwijl zulke vragen alleen te beantwoorden zijn vanuit een bepaald standpunt, partijdig, zo men wil, maar dan niet in ongunstige zin. De eigen overtuiging van de rechter zal in het algemeen zijn uitspraken kleuren, maar dan gaat het om een tint of nuance, terwijl hij bij dat soort tegenstellingen duidelijk kleur moeten bekennen. In dat soort kwesties is iedere oplossing door de wet a priori beter dan geen oplossing, ook al wordt daarbij een bepaalde levensbeschouwing opzij geschoven.

Wetgeving is belangrijk. Orde en zekerheid vereisen gehoorzaamheid aan de wet. Ook wie meent, dat de beslissing in de wet niet de goede is, wie zich in zijn rechtsovertuiging gekrenkt voelt, zal de wet hebben te volgen. Die gehoorzaamheid heeft echter grenzen. Het recht vertegenwoordigt niet de hoogste waarde. Het tragisch conflict tussen het volgen van het geldende recht en het leven naar eigen rechtsovertuiging kan zo hoog oplopen, dat de oplossing enkel in het eigen geweten is te vinden. Het is onmogelijk te verlangen dat mensen het recht onvoorwaardelijk volgen. De Latijnse spreuk “Summum jus summa injuria”,<sup>65</sup> is zeker waar in de betekenis, die Stammler eraan gegeven heeft: het recht als de hoogste wet is het grootste onrecht. Wat ik met een goed geweten niet mag en niet kan doen, zal ik ook niet doen omdat de wet het eist. Men zal God meer gehoorzamen dan de mensen. Als dit soort verzet algemeen wordt kan het tot revolutie leiden. Revolutie zal nooit wettelijk gefundeerd kunnen zijn: de wet veronderstelt en moet ook wel veronderstellen, dat gehoorzaamheid aan de wet de hoogste plicht is. Maar vanuit iemands rechtsovertuiging kan revolutie volkomen gerechtvaardigd zijn. Gewetensvrijheid is grond en grens van het recht. De macht van het recht heeft geen vat op het geweten.

Men moet echter niet te snel aannemen dat er een dergelijk conflict bestaat. Het is nu eenmaal onvermijdelijk dat wij moeten accepteren dat er regels zijn die als *recht* gelden, terwijl we ze niet als *recht* erkennen. Onze levensbeschouwingen zijn te verschillend en onze intuïtief aanvaarde waarden en idealen lopen te zeer uiteen, dan dat iemand volkomen kan bereiken wat hij zou wensen, ook niet als de gebrekkigheid van de wetgeving en de traagheid van de rechtsvorming overwonnen zouden zijn. Als men de overtuiging heeft dat het recht fundamenteel hervormd zou moeten worden, dan kan men er beter naar streven anderen van de eigen overtuiging te doordringen dan te proberen het recht te veranderen. Het laatste zou alleen uiterlijke betekenis hebben en onrecht kunnen inhouden ten opzichte van andersdenkenden. Het is beter om te strijden voor de eigen levens-idealen en levenswaarden dan ze door rechtsregels proberen op te leggen aan anderen. Wordt de strijd om levensidealen gewonnen, dan zullen deze zeker in het recht doordringen. Tegelijkertijd is het belangrijk om de eigen levensidealen toch ook niet uit het oog te verliezen als men bijdraagt aan rechtsvorming. Het is begrijpelijk als men schroomt om religieuze (161) overtuigingen naar buiten te brengen en dergelijke delicate innerlijke gevoelens liever slechts binnenskamers uit. Het leidt echter onvermijdelijk tot schade voor die religieuze overtuigingen zelf als men denkt dat daar in de samenleving niet over gesproken moet worden en dat men ze bij de rechtsvorming hoort te negeren. Degene die denkt rechts- en levensopvatting te kunnen scheiden, brengt beide schade toe. Hij verdraait zijn rechtsovertuiging, doordat hij stelselmatig vermijdt terug te grijpen op de hoogste waarde en in plaats daarvan een andere waarde, die

voor hem minder belangrijk is, tot de hoogste maakt, zoals bijvoorbeeld het geluk van het grootste aantal mensen.<sup>66</sup> Hij verhindert op die manier dat zijn levensbeschouwing zijn gehele leven kan doordringen en kan groeien als een boom die zijn takken naar alle kanten uitstrekt. Dit beschadigt niet alleen het individu, maar ook het recht. Weliswaar mag het recht nooit propaganda-middel zijn voor religie, maar recht dat vanuit een religieuze levensbeschouwing is gevormd zal anders zijn dan recht dat gevormd is vanuit een empiristische levensbeschouwing.

81

Recht en levensbeschouwing hangen heel nauw samen. Er is in het recht slechts waarheid te vinden voor zover men uitgaat van dezelfde levensfilosofie. Onze levensidealen bepalen immers wat wij als recht erkennen.

In de huidige tijd is er een roep om nieuw recht. De rechtsproductie is fabelachtig.<sup>67</sup> De eisen stijgen echter, naarmate ze vervuld worden. Veel mensen verlangen een nieuwe rechtsorde, een hervorming van de hele samenleving. Ze denken dat als die hervorming tot stand is gebracht, er vrede zal heersen onder de mensen, dat de schoonheid zal herleven en mogelijk ook de religie. Zij vergeten daarbij, dat de rechtsorde niet het primaire is. De vraag of een bepaalde rechtsorde nastrevenswaardig is hangt uiteindelijk af van wat we in het leven als hoogste waarde erkennen. In hoeverre het als ideaal gestelde recht kan worden benaderd of verwezenlijkt, hangt af van de mate waarin de daarmee samenhangende levensbeschouwing in de samenleving is aanvaard.

Het is mijn innige overtuiging, dat slechts een nieuwe religiositeit<sup>68</sup> ons kan doen opklimmen uit de ellendig verbrokkelde cultuur van nu. Wordt die ons gegeven, dan zal ook een nieuwe levensstijl gevonden worden voor staat en samenleving, voor bedrijf, handwerk en kunst. Zonder dat zijn alle pogingen daartoe tot mislukken gedoemd. Slechts wanneer een dergelijke nieuwe religiositeit is gerealiseerd zal het mogelijk zijn gezamenlijk te komen tot een beter recht, dat wil zeggen een recht, waarin de breuk tussen wat geldt en wat naar algemene overtuiging moet gelden minder groot zal zijn dan nu.

Een nieuwe religiositeit — niet een nieuw geloof. Wie van de waarheid, in het Evangelie geopenbaard, ook maar iets heeft begrepen, weet dat in het Christendom onuitputtelijke rijkdom ligt besloten.

82

Moge die herleving ons geschonken worden.

## Bibliografie

- \* Augustinus, Aurelius. *Aurelii Augustini Opera. 4,1: De doctrina Christiana; De vera religione*. Turnholti: Brepols, 1954.
- \* Boekholt, P. Th. F. M., and E. P. de Booy. *Geschiedenis van de school in Nederland: vanaf de middeleeuwen tot aan de huidige tijd*. Assen: Van Gorcum, 1987.
- \* Borst, Wim. 'Three Intuitive Concepts in Scholten's Oeuvre: "Rechtsgevoel", "Rechtsbewustzijn" and Conscience'. *DPSP Annual Volume III (2023 2022)*.
- \* Bülow, Oskar, and Johann Braun. *Gesetz und Richteramt (1885); Ueber das Verhältnis der Rechtsprechung zum Gesetzesrecht (1906)*. Berlin: BWV, Berliner Wissenschafts-Verlag, 2003.
- \* Chantepie de la Saussaye, P. D., and K. H. Rossingh. *Het christelijk leven*. Haarlem: F. Bohn, 1922.
- \* Cicero, Marcus Tullius, and Walter Miller. *Cicero De Officiis, with an English Translation*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1961.
- \* Durkheim, Émile. *The Division of Labor in Society*. Translated by George Simpson. New York: Free Press, 1984.
- \* Groenenboom, Harry. 'Paul Scholten's View on the Judicial Decision and the Danger of Bottomless Subjectivism'. *DPSP Annual Volume III (2023 2022)*.
- \* Hamaker, Hendrik Jacob, Cornelis Willem Star Busmann, and Willem Leonard Pieter

Arnold Molengraaff. *Verspreide Geschriften ... Verzameld Door Mr. W.L.P.A. Molengraaff En Mr. C.W. Star Busmann*. Haarlem, 1911, etc, 1911.

\* Hijmans, I. Henri. *De tweesprong der rechtswetenschap*. Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink, 1933.

\* Huber, Eugen. 'Über Die Realien Der Gesetzgebung'. *Zeitschrift Für Rechtsphilosophie in Lehre Und Praxis.*, 1914, 37–94.

\* Huppes-Cluysenaer, Liesbeth, Marjanne Termorshuizen-Arts, Cassandra Steer, and Paul Scholten. 'General Method of Private Law, English Translation of the First Chapter of the General Volume of the Asser-Serie on Dutch Civil Law, Written by Paul Scholten'. Edited by - L. Huppes-Cluysenaer. *DPSP Annual*, II: New Translations, Volume 1 (2020): 306–434.

\* Jansen, Corjo. 'Het 100-jarige bestaan van de Vereeniging voor Wijsbegeerte des Rechts'. *Netherlands Journal of Legal Philosophy* 48, no. 2 (2019): 165–84.

\* Jourdan, A. 'Politieke En Culturele Transfers in Een Tijd van Revolutie: Nederland 1795-1805'. *BMGN - Low Countries Historical Review* 124, no. 4 (1 January 2009): 559–79.

\* Kelsen, Hans. *The Natural-Law Doctrine before the Tribunal of Science*. Salt Lake City, Utah: University of Utah Press, 1949.

\* Krabbe, H. *Die lehre der rechtssouveränität. Beitrag zur staatslehre.*,. Groningen: J.B. Wolters, 1906.

\* Leendertz, A.C. 'De grond van het overheidsgezag in de antirevolutionaire staatsleer'. De Bussy, 1911.

\* Lessing, Gotthold Ephraim, Koster, Edward B. *Nathan de wijze: tooneel in 5 bedrijven*. Amsterdam: Maatschappij voor Goede en Goedkoope Lectuur, 1915.

\* Lokin, Jan. 'Die Rezeption Des Code Civil in Den Nördlichen Niederlanden'. *Zeitschrift Fur Europaisches Privatrecht* 2004, no. 4 (2004): 932–46.

\* Menzel, Ado. *Naturrecht und Soziologie*. Wien [etc.: Hof-Buchdruckerei, 1912.

\* Montesquieu, Charles de Secondat. *De l'esprit des lois*. Edited by Laurent Versini. Vol. I and II. Paris: Gallimard, 1995.

\* Novalis, Ria van Hengel, and Arnold Heumakers. *De blauwe bloem*. Amsterdam: Athenaeum-Polak & Van Gennep, 2006.

\* Novalis, and Gerhard Schulz. *Novalis Werke*. München: C.H. Beck, 1969.

\* Radbruch, Gustav. *Grundzüge der Rechtsphilosophie, von Gustav Radbruch, ...* Leipzig: Quelle und Meyer, 1914.

\* Rickert, Heinrich. *Die Philosophie des Lebens, Darstellung und Kritik der philosophischen Modeströmungen unserer Zeit, von Heinrich Rickert*. Tübingen: J.C.B. Mohr, 1920.

\* Savornin Lohman, Bonifacius Christiaan de, and A.C Leendertz. *De grond van het overheidsgezag in de antirevolutionaire staatsleer, door A.C. Leendertz*. S.l.: s.n., 1912.

\* Scheler, Max. *Der Formalismus in der Ethik und die materiale Wertethik (mit besonderer Berücksichtigung der Ethik Immanuel Kants)*. Halle a.d.S.: Max Niemeyer, 1913.

\* Scholten, Paul. '1. Kenmerken van Recht'. In *Verzamelde Geschriften van Prof. Mr. Paul Scholten*, I:1–119. Zwolle: Tjeenk Willink, 1949.

———. '3. Recht En Liefde'. In *Verzamelde Geschriften van Prof. Mr. Paul Scholten*, edited by G.J. Scholten, Y Scholten, and M.H. Bregstein, I:162–87. Tjeenk Willink, 1949.

———. '6. Recht En Billijkheid'. In *Verzamelde Geschriften van Prof. Mr. Paul Scholten*, edited by G.J. Scholten, Y Scholten, and M.H. Bregstein, I:225–81. Tjeenk Willink, 1949.

———. '7. Recht En Moraal'. In *Verzamelde Geschriften van Prof. Mr. Paul Scholten*, edited by G.J. Scholten, Y Scholten, and M.H. Bregstein, I:282–95. Tjeenk Willink, 1949.

———. '15. De Structuur Der Rechtswetenschap'. In *Verzamelde Geschriften van Prof. Mr. Paul Scholten*, I:432–70. Zwolle: Tjeenk Willink, 1949.

———. '17. Afscheidsrede'. In *Verzamelde Geschriften van Prof. Mr. Paul Scholten*, I:493–505. Zwolle: Tjeenk Willink, 1949.

———. '64. De Waarde van Het Romeinse Recht'. In *Verzamelde Geschriften van Prof. Mr. Paul Scholten*, edited by G.J. Scholten, Y Scholten, and M.H. Bregstein, III:170–89. Tjeenk



Willink, 1951.

———. *Algemeen Deel*. Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlandsch Burgerlijk Recht 1. Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink, 1934.

\* Stammler, R. *Theorie Der Rechtswissenschaft (Origineel 1911)*. BiblioLife, 2013.

\* Vlugt, W. van der, Rijksuniversiteit te Leiden and Faculteit der Rechtsgeleerdheid. *Mr. W. van der Vlugt's Belangrijkste geschriften: ter eere van zijn zeventigsten verjaardag verzameld door de leidsche Faculteit der rechtsgeleerdheid.*, 1923.

\* Weber, Max. *Politik als Beruf*, 2020.

## Eindnoten

1 Scholten verwijst hier naar het 19e-eeuwse rechtspositivisme, dat ontstaat in samenhang met het Burgerlijk Wetboek dat in 1838 in Nederland geïntroduceerd werd als uitvloeisel van het proces van eenwording en centralisatie dat voortkwam uit de Franse Revolutie, de Napoleontische bezetting van Nederland (1795) en de nieuwe orde in Europa na het congres van Wenen van 1814.

2 Wetgeving was een nieuw fenomeen in de nieuwe eenheidsstaat: Nederland. De Wet Algemene Bepalingen was de wet die het nieuwe fenomeen 'wetgeving' regelde. De wet werd aanvaard in 1829, maar trad in werking in 1838, hetzelfde jaar waarin het Burgerlijk Wetboek in werking trad. In 1830 was de scheiding tussen België en Nederland een feit zoals aanvaard door de grote mogendheden in Europa. Pas in 1839 werd de scheiding erkend door de Nederlandse koning Willem I.

3 Art 13 van de Wet Algemene Bepalingen, sinds 1838 nog steeds van kracht.

4 Een kwestie om over te theoretiseren, geen praktische. In de praktijk heeft wetgeving nooit zo gewerkt. Dat zal precies het punt zijn dat Scholten wil maken. In 1948 (twee jaar na het overlijden van Scholten) was er zo'n enorme overdaad aan jurisprudentie in afwijking/aanvulling op de gecodificeerde wet dat besloten werd tot het maken van een nieuw burgerlijk wetboek.

5 Scholten doelt hier niet op het *natuurrecht*, ook niet op het *levende recht* van de sociologie, maar op rechtsregels, die een noodzakelijk onderdeel zijn van de handhaving van het gecodificeerde recht, zie blok 5 e.v..

6 Bülow and Braun, *Gesetz und Richteramt (1885); Ueber das Verhältnis der Rechtsprechung zum Gesetzesrecht (1906)*.

7 Les juges de la nation ne sont que la bouche qui prononce la parole de la loi, des êtres inanimés qui n'en peuvent modérer pagina ni la force ni la rigueur. Montesquieu, *De l'esprit des lois*. Zie voor een kritische opmerking over dit citaat de appendix bij *General Method*, annotation no 9

8 Recht en Levensbeschouwing is geschreven gedurende de eerste wereldoorlog. Corjo Jansen beschrijft hoe de actualiteit van dit soort vragen tot de oprichting leidde van de Vereniging voor Wijsbegeerte van het Recht in 1918. "In de late herfst van 1918 kwam het einde van de Eerste Wereldoorlog.<sup>1</sup> Nederland was ontsnapt aan de verwoestingen van het slagveld. Toch waren de gevolgen van de oorlog desastreus voor de Nederlandse bevolking, de Nederlandse industrie, de Nederlandse handel en het Nederlandse geld- en bankwezen. E.M. Meijers (1880-1954) en P. Scholten (1875-1946) schreven al op 22 augustus 1914 in een artikel in het WPNR dat de wet ieder gezag verloren scheen te hebben. 'Met het tooverwoord "force majeure" meent men van al zijn verplichtingen bevrijd te zijn.' Zij spraken zelfs over 'de heerschende anarchie'. Partijen verbraken eenzijdig leveringscontracten zonder enige motivering. Banken weigerden toegezegde kredieten met de mededeling dat de tijd en de omstandigheden de nakoming niet toelieten. Rechteloosheid verdrong de wet en dit verschijnsel kwam voor in alle rangen en standen van de samenleving." Jansen, 'Het

100-jarige bestaan van de Vereeniging voor Wijsbegeerte des Rechts'.

9 Art 307 Wetboek van Strafrecht; dit gaat over fouten, het leuk vinden van een verpleegster die de dood van een patiënt veroorzaakt door het verkeerde medicijn toe te dienen.

10 Spreken van een recht achter de wet introduceert een metafysisch/supra naturalistisch perspectief in Scholten's werk en niet een sociologisch perspectief.

11 In 1915, inmiddels zijn de formuleringen aangepast.

12 Zie voor een korte uitleg van de grondwettelijke discussie over privéscholen de Engelse biografie van Paul Scholten op het Engelse gedeelte van de website.

13 *Recht en Levensbeschouwing* verschijnt voor het eerst in 1915. In 1917 werd de gelijke financiering van het confessioneel onderwijs aanvaard door het parlement: art 23 van de Grondwet. In hetzelfde jaar werd het algemeen kiesrecht voor mannen aanvaard. In 1919 werd algemeen vrouwenkiesrecht aanvaard.

14 In 1956 werd de wettelijke handelingsonbekwaamheid van de vrouw afgeschaft.

15 *Levend recht* verwijst naar de sociologische theorie van Eugen Ehrlich. In het postuum gepubliceerde onvoltooide werk '1. Kenmerken van Recht'. verwijst Scholten uitdrukkelijk naar Ehrlich. In dit eerste werk en ook in 'General Method'. gebruikt Scholten de term "recht der werkelijkheid" met een verwijzing naar Hijmans.

16 Deze zin is de opmaat voor paragraaf 3, waarin Scholten zijn visie op sociologisch onderzoek geeft. Scholten heeft een grote belangstelling voor sociale wetenschap. Hij verwerpt echter de gedachte van een rechtssociologie met een toenemend geheel van gemeenschappelijke kennis over de maatschappelijke praktijk van recht. Aan de basis van de sociologie liggen volgens Scholten namelijk verschillende levensbeschouwingen, die de blik van de onderzoeker beïnvloeden. Eenheid tussen de levensbeschouwingen ontstaat door compromissen voor specifieke concrete situaties, niet op algemeen niveau door empirisch onderzoek of door een historisch proces. Het zoeken van compromissen is een ethische opdracht en niet slechts pragmatiek.

17 xxx

18 Rickert verdedigde de nieuwe methode van het *Verstehen* voor de sociale wetenschappen. Deze methode legt de nadruk op de individuele betekenis van gebeurtenissen in tegenstelling tot de algemene benadering van de natuurwetenschappelijke methode. De individuele betekenis wordt begrepen vanuit een waardenperspectief. Scholten gaat in § 4 nader in op wetenschappen die expliciet vanuit een waardenperspectief werken en focust in § 3 op de naturalistische, d.w.z. empirische sociale en geesteswetenschappen die claimen zuiver beschrijvend te zijn.

19 Scholten gebruikt het woord naturalisme in de blokken 29, 72, 74 en 80. Tegenwoordig wordt deze term voornamelijk gebruikt om te verwijzen naar een stroming in de literatuur en schilderkunst die aan het einde van de negentiende eeuw begon. In die periode verwees de term ook naar een materialistische stroming in de filosofie, waarbij alleen de methode van de natuurwetenschap als wetenschappelijk werd erkend. Tegenwoordig wordt deze laatste stroming het best aangeduid met de term empirisme. Gegevens uit het lemma naturalisme in Wikipedia.)

20 Hier maakt Paul Scholten een tekstreferentie in de voetnoot: Hamaker, Busmann, and Molengraaff, *Verspreide Geschriften.*, VI, blz. 78.

21 Dat op het niveau van levensbeschouwingen een keuze noodzakelijk is, terwijl het onmogelijk is om – anders dan op zuiver persoonlijke wijze – vast te stellen welke keuze beter is, is cruciaal voor Scholten's opvatting waarin subjectivisme niet tot relativisme wordt, maar tot eis om verantwoordelijkheid te nemen voor eigen keuzes. Hij doet dat in dit artikel door expliciet zijn keuze mee te delen.

22 Paul Scholten zegt dit met een Latijns citaat : Non spectandum est quid Romae factum est quam quid fieri debeat (D.I.18,12). Hetzelfde citaat is ook te vinden in Stammler, *Theorie Der Rechtswissenschaft (Origineel 1911).*, hfst. I.

23 Deze redenering is de neerslag van ervaring met de rechtspraak waarin altijd weer blijkt hoe makkelijk feiten ter discussie kunnen worden gesteld en hoe onmogelijk het dan is het gelijk van één van beide partijen objectief vast te stellen, zolang partijen zichzelf niet tegenspreken.

24 Volgens Scholten is sociologie dus in zijn kern een politieke wetenschap.

25 In een online gepubliceerd interview met Dooyeweerd blijkt hoe men in zijn jeugd het begrip democraat gebruikte om een persoonlijke stijl te typeren.

26 Menzel, *Naturrecht und Soziologie*. Volgens Menzel komt Comte's positieve fase van de mensheid overeen met Plato's ideal State. Zie hierover ook Kelsen, *The Natural-Law Doctrine before the Tribunal of Science*; Kelsen., footnote 88.

27 Tua res agitur staat in het origineel.

28 Zie ook Scholten, *Algemeen Deel*. (blok 32); Das Gesetz findet auf alle Rechtsfragen Anwendung für die es nach Wortlaut oder Auslegung eine Bestimmung enthält. Kann dem Gesetze keine Vorschrift entnommen werden, so soll der Richter nach Gewohnheitsrecht und, wo auch ein solches fehlt, nach der Regel entscheiden, die er als Gesetzgeber aufstellen würde. Er folgt dabei bewährter Lehre und Ueberlieferung.

29 In zijn '17. Afscheidsrede'. uit 1946 geeft Scholten aan dat zijn inaugurele rede '64. De Waarde van Het Romeinse Recht'. uit 1907 geheel gebaseerd was op Stammler's gedachtengoed en dat hij diens gedachtengoed toch ook dan nog niet geheel verwerpt. Uit de verdere verwijzingen naar Stammler in '6. Recht En Billijkheid', '7. Recht En Moraal'. en '15. De Structuur Der Rechtswetenschap'. blijkt dat Stammler voor Scholten de belangrijkste representant van het ideële element in het recht is, maar ook dat Scholten diens rationalisering van dat ideële consistent afwijst. Voor Scholten betekent de erkenning van het belang van het ideële in het recht het besef van het noodzakelijk ontoereikende van het geldende recht en daarmee de veranderlijke aard ervan.

30 1915, Eerste Wereldoorlog.

31 Volledige citaat in Augustinus, *Aurelii Augustini Opera*. 4,1., 72: „Noli foras ire, in te iScholtenum redi; in interiore homine habitat veritas. Begeer niet naar buiten te gaan, maar keer terug in jezelf. In het binnenste van de mens woont de waarheid (vert. Ihc).

32 Dat waarheid in het ethische verwijst naar een andere kenbron dan waarneming van de buitenwereld en denken, is een kernpunt van Scholten's opvatting. Hij staat daarmee in een lange traditie die al aan te treffen is bij Aristoteles, die in zijn *Metafysica* verwijst naar "andere geestelijke activiteit" als grondslag voor ethiek. (M. 981b25). Dat die kenbron zuiver individueel is, niet gedeeld of overgedragen kan worden, vormt het krachtigste argument ooit voor de centrale positie van het individu in recht en ethiek.

33 Scholten maakt hier een onderscheid dat overeen komt met het onderscheid dat Max Weber in 1919 zal maken tussen een Gesinnungsethik en een Erfolgsethik in *Politik als Beruf*. en dat in 1913 gemaakt werd door Scheler, *Der Formalismus in der Ethik und die materiale Wertethik*.

34 Scholten ontwikkelt het begrip "rechtsgevoel" als een sociologische categorie. Zie de grote gelijkenis met Durkheim's mechanische solidariteit in hoofdstuk 2 van *The Division of Labor in Society*., uit 1893. Scholten verwijst niet naar Durkheim in zijn werk, maar wel naar Duguit in 'General Method'. Block 57/58. Duguit was geïnspireerd door het werk van Durkheim, zijn collega aan de universiteit van Bordeaux.

35 Joseph Caillaux (1863-1944) was leider van de Franse Radicale Partij en minister van Financiën, maar zijn progressieve opvattingen ten aanzien van het leger vervreemdden hem van de conservatieve partijen. Hij werd beschuldigd van corruptie, maar werd vrijgesproken door een parlementaire commissie. Henriette Caillaux (1874 -1943) was zijn tweede vrouw. Op 19-jarige leeftijd trouwde ze met

Léo Claretie, een schrijver die twaalf jaar ouder was dan zij. Ze hadden twee kinderen. In 1907 begon Henriëtte een affaire met Caillaux terwijl hij en zij nog steeds getrouwd waren. Ze trouwden in 1911. Hun gezamenlijke vermogen was ongeveer 1,5 miljoen frank waard, waardoor ze tot de rijkste echtparen van Frankrijk behoorden. De redacteur van de krant Le Figaro, Gaston Calmette, had een brief van Caillaux in bezit gekregen waarin hij leek toe te geven dat hij de afwijzing van een belastingwet had georkestreerd terwijl hij in het openbaar deed alsof hij de goedkeuring ervan steunde. Henriëtte Caillaux was bang dat Calmette andere privébriefjes zou publiceren die zouden aantonen dat Caillaux en zij een intieme relatie hadden gehad terwijl zij nog getrouwd waren met een ander. Een uitdaging tot een duel, zo vreesde ze, zou dan de enige manier zijn waarop haar man zijn reputatie kon verdedigen en dit zou het leven van haar en haar man vernietigen. Op 16 maart 1914 om 17.00 uur ging ze de kantoren van Le Figaro binnen, gekleed in een bontjas met haar handen in een bontmof, en vroeg Calmette te spreken. Toen haar werd verteld dat hij weg was, maar binnen een uur terug zou komen, ging ze zitten wachten. Calmette keerde om 18.00 uur terug met zijn vriend, de romanschrijver Paul Bourget en stemde ermee in om Madame Caillaux even te zien. Nadat ze naar Calmette's kantoor was gebracht, wisselde Henriëtte Caillaux een paar woorden met hem, haalde toen een .32 Browning automatisch pistool tevoorschijn dat ze in de mof had verstopt en loste zes schoten. Calmette werd vier keer geraakt en raakte ernstig gewond. Henriëtte Caillaux deed geen poging om te ontsnappen en weigerde in een politiebusje naar het hoofdbureau van politie te worden vervoerd. Ze stond er op daarheen te worden gereden door haar chauffeur in haar eigen auto, die nog steeds buiten geparkeerd stond. De politie stemde hiermee in en ze werd formeel aangeklaagd bij het bereiken van het hoofdkwartier. Gaston Calmette stierf zes uur nadat hij was neergeschoten. Het proces van Henriëtte Caillaux domineerde het Franse openbare leven. Het bevatte een beëdigde, buitengerechtelijke mondelinge getuigenis van de president van de Republiek, iets wat bijna overal een ongehoorde gebeurtenis in een strafprocedure was. Veel van de deelnemers behoorden tot de machtigste leden van Franse samenleving. Henriëtte werd verdedigd door de prominente advocaat Fernand Labori die de jury ervan overtuigde dat haar misdaad, die ze niet ontkende, niet met voorbedachten rade was, maar dat haar oncontroleerbare vrouwelijke emoties resulteerden in een crime passionnel. In 1914 werd ze vrijgesproken. Informatie ontleend aan wikipedia, lemma Caillaux.

**36** Aan het begin van de Eerste Wereldoorlog verklaarde de Zuid-Afrikaanse regering onder leiding van Louis Botha en andere voormalige Boerenstrijders tegen de Engelsen (wikipedia over de Second Boer War) zoals Jan Smuts, steun aan Groot-Brittannië en stemde ermee in om troepen te sturen om de Duitse kolonie Duits Zuidwest-Afrika (Namibië) over te nemen. In die tijd hadden drie tot vier jaar droogte de boerderijen in delen van Oranje Vrijstaat verwoest. De onderdrukking door de regering van de stakingen van 1913 en 1914 op de Witwatersrand vervreemde Afrikaner-arbeiders. Dit creëerde een vruchtbare voedingsbodem voor rebellie. Veel Boeren waren tegen het vechten voor Groot-Brittannië, vooral tegen Duitsland, dat voor velen hun land van afkomst was en dat sympathie had betoond voor hun strijd in de tweede Boerenoorlog. Een aantal van hen nam deel aan een oScholtentand die bekend staat als de Maritz-oScholtentand. Deze werd snel onderdrukt en in 1916 ontsnapten de leidende Boerenrebellanten ervan met lichte straffen (vooral vergeleken met het lot van de leidende Ierse rebellen van de PaasoScholtentand), d.w.z. met gevangenisstraffen van zes en zeven jaar en zware boetes. Twee jaar later werden ze vrijgelaten uit de gevangenis. Het enige doodvonnis was voor Jopie Fourie, een officier van de Active Citizens Force (ACF) bij de Union Defense Force, die zonder zijn aanstelling op te zeggen een bende rebellen leidde die 40% van de regeringsslachtoffers veroorzaakte. Zijn commando vuurde ook op Zuid-Afrikaanse veiligheidstroepen tijdens een korte wapenstilstand. Een Afrikaner-delegatie,

waaronder de toekomstige premier D.F. Malan, heeft tevergeefs een verzoekschrift ingediend bij de minister van Defensie, generaal Smuts, om clementie te verlenen. Fourie werd op 20 december 1914 zonder blinddoek geëxecuteerd. Informatie ontleend aan wikipedia, lemma Jopie Fourie

**37** Scholten verwijst hier naar pagina 89 e.v. in *Het christelijk leven.*, I. Op p. 89 geeft Saussaye een verwijzing naar Vinet, door wie een nieuwe toon zou zijn gebracht in theologie en christelijke vroomheid. Vinet ziet het geweten als de band die het centrum van onze persoonlijkheid met God verbindt. Vinet maakt de vergelijking dat het geweten is als de ambassadeur van God in ons binnenste. Saussaye bespreekt het verwijt van bodemloos subjectivisme op pagina 91 als iets dat uit de hoek komt van de “heren der objectieve waarheid”, die een strenge godsdienst van observatie aanhangen, strikt, streng en stipt, maar innerlijk onwaar. Hij zet tegenover deze heren naast Vinet ook Herrmann en Kierkegaard, als mensen die nooit beweren dat de mens waarheid vindt of in staat zou zijn innerlijke zedelijke strijd op te lossen. Zij beperken zich tot wat ze zelf als waarheid beleven.

**38** Tijdens zijn leven heeft de vroeg overleden Novalis (Georg Philipp Friedrich Freiherr von Hardenberg (1772 – 1801) niet veel gepubliceerd: *Hymnen an die Nacht*, de fragmentenverzameling *Blüthenstaubenkele* her en der in almanakken en andere tijdschriften verschenen gedichten en de politieke fragmenten *Blumen* en *Glauben und Liebe* in de *Jahrbücher der Preussischen Monarchie*. De rest van zijn oeuvre, veelal onvoltooid, werd postuum gepubliceerd. De bekendste zijn het romanfragment *Die Lehrlinge zu Sais*, de redevoering *Die Christenheit oder Europa*, de *Geistliche Lieder* en *Heinrich von Ofterdingen*. Het merendeel van Novalis' nagelaten werk (dat in zijn geheel uitgegeven is door Schulz in 1969: *Novalis Werke*.) bestaat naast brieven en dagboeken uit losse aantekeningen, gedachten, invallen, aanzetten tot artikels of fragmenten, uittreksels en commentaar, ideeën en ideetjes – een verbluffend veelzijdige, vaak zeer raadselachtige collectie die vele honderden bladzijden in beslag neemt. Schulz onderscheidt de geschriften in Lyrisch Werk, Episch werk, Heinrich von Ofterdingen en Theoretisch werk. Het door Scholten gegeven citaat komt uit het Theoretische werk, *Fragmente und Studien 1799-1800*, p. 561, no 186. Om een indruk te geven van het soort van tekst geef ik hieronder een bloemlezing uit de pagina's 560 tot 561 (no 186-190), waarbij ik me niet aan een vertaling waag. Aangezien Scholten in 1917 in het artikel 3. Recht En Liefde'. net als Novalis uitgebreid ingaat op Fichte, neem ik aan dat Scholten in deze periode werkte vanuit een inspiratie door Novalis. Gegevens voor deze noot voor een belangrijk deel ontleend aan Heumaker's nawoord bij de Nederlandse uitgave van Heinrich van Ofterdingen: *De blauwe bloem*.

182. Die Moral ist recht verstanden das eigentliche Lebensmoment des Menschen. Sie ist innig eins mit der Gottesfurcht. Unser reiner sittlicher Wille ist Gottes Willen. Indem wir seinen Willen erfüllen, erheitern und erweitern wir unser eignes Dasein und es ist, als hätten wir nur unsrer selbst willen, aus innerer Natur so gehandelt. Die Sünde ist allerdings das eigentliche Übel in der Welt. Alles Ungemach kommt von ihr her. Wer die Sünde versteht, versteht die Tugend und das Christentum, sich selbst und die Welt. Ohne dies Verständnis kann man sich Christi Verdienst nicht zu eigen machen - man hat keinen Teil an dieser zweiten höhern Schöpfung. (...)

185. (...) Die Kunst, auf eine *angenehme* Art zu *befremden*, einen Gegenstand fremd zu machen und doch bekannt und anziehend, das ist die romantische Poetik. Es gibt einen speziellen Sinn für Poesie - eine poetische Stimmung in uns. Die Poesie ist durchaus personell und darum unbeschreiblich und indefinissabel. Wer es nicht unmittelbar weiß und fühlt was Poesie ist, dem läßt sich kein Begriff davon beibringen. Poesie ist Poesie. Von *Rede (Sprach)kunst* himmelsweit verschieden.

186. In Fichtens Moral sind die richtigsten Ansichten der Moral. Die Moral sagt schlechthin nichts Bestimmtes - sie ist das Gewissen - eine bloße Richterin ohne Gesetz. Sie gebietet unmittelbar, aber immer einzeln. Sie ist durchaus

Entschlossenheit. Richtige Vorstellung vom Gewissen. **Gesetze sind der Moral durchaus entgegen.**

187. Der Sinn für Poesie hat viel mit dem Sinn für Mystizismus gemein. Er ist der Sinn für das Eigentümliche, Personelle, Unbekannte, Geheimnisvolle, zu *Offenbarende*, das Notwendigzufällige. Er stellt das Undarstellbare dar. Er sieht das Unsichtbare, fühlt das Unfühlbare etc. (...). Der Dichter ordnet, vereinigt, wählt, er findet - und es ist ihm selbst unbegreiflich, warum gerade so und nicht anders.

188. Das Gefühl der Gesundheit, des Wohlbefindens, der Zufriedenheit ist durchaus persönlich, zufällig und hängt nur indirekt von äußeren Umständen ab. Daher alles Suchen es nicht hervorbringt und vielleicht liegt hier der reale Grund aller mythologischen Personifikationen. (...)

190. Krankheiten besonders langwierige, sind Lehrjahre der Lebenskunst und der Gemütsbildung. Man muß sie durch tägliche Bemerkungen zu benützen suchen. Ist denn nicht das Leben des gebildeten Menschen eine beständige Aufforderung zum Lernen? Der gebildete Mensch lebt durchaus für die Zukunft. Sein Leben ist Kampf; seine Erhaltung und sein Zweck Wissenschaft und Kunst. Je mehr man lernt nicht mehr in Augenblicken, sondern in Jahren u. so w. zu leben, desto edler wird man. Die hastige Unruhe, das kleinliche Treiben des Geistes geht in große, ruhige, einfache und vielumfassende Tätigkeit über und die herrliche Geduld findet sich ein. Immer triumphierender wird Religion und Sittlichkeit diese Grundfesten unsers Daseins. Jede Bedrängnis der Natur ist eine Erinnerung höherer Heimat, einer höhern, verwandtern Natur.

39 Het is van belang er hier aan te herinneren dat Scholten in het rechtsgevoel twee elementen onderscheidt, het morele en het juridische. Hier lijkt het rechtsgevoel te verwijzen naar dat juridische element op zichzelf beschouwd.

40 Dit is waarschijnlijk een verwijzing naar Hijmans, *De tweesprong der rechtswetenschap.*, 60.

41 De begrippen technisch en wetenschappelijk verwijzen naar de in de volgende alinea geïntroduceerde sociologisch-functionele benadering.

42 Die Wissenschaft ist notwendig wider das Leben". De context van dat citaat is: "Het is echter zeker niet vastgesteld dat theoretisch gedrag het meest waardevolle gedrag is en dat wetenschap daarmee het hoogste cultuurgoed is of zelfs het hoogste goed in het algemeen. Misschien is het een terecht 'bezwaar' tegen de wetenschap dat het de mensen zo ver van het werkelijke, direct ervaarbare leven verwijderd. De aanhangers van sommige levensbeschouwingen staan niet alleen vijandig tegenover de wetenschap, maar tegenover alle cultuur, omdat beide zo ver van het leven staan. Of ze daarin gelijk hebben, gaat ons in deze context niet aan, maar wetenschappelijk gezien kunnen ze nooit "gelijk" hebben. Hun bezwaar tegen de wetenschap kan niet wetenschappelijk zijn. Alle wetenschap is noodzakelijkerwijs iets dat tegen het naakte leven als onmiddellijk ervaarbare realiteit ingaat. Hij die waarheid zoekt, blijft niet staan bij het leven zoals het geleefd wordt, ook niet als hij intuïtieve levensmetafysica of een andere wetenschap beoefent." (vert. Ihc: Allerdings ist gewiß nicht ausgemacht, daß das theoretische Verhalten das wertvollste von allen und dementsprechend die Wissenschaft das höchste Kulturgut oder gar das höchste Gut überhaupt sei. Vielleicht ist es ein "Einwand" gegen die Wissenschaft, daß sie den Menschen so weit vom lebendigen und unmittelbar realen Leben entfernt. Die Anhänger mancher Lebensphilosophie sind nicht nur der Wissenschaft, sondern aller Kultur wegen ihrer Lebensferne feindlich gesinnt. Aber ob sie recht haben, geht uns in diesem Zusammenhänge nichts an, denn wissenschaftlich könne sie nie "recht" haben. Wissenschaftlich kann ihr Einwand gegen die Wissenschaft nicht sein. Alle Wissenschaft ist notwendig etwas wider das bloße Leben in seiner unmittelbaren Realität. Wer nach Wahrheit sucht, bleibt nicht beim lebendigen Leben allein, gleichviel ob er intuitive Lebensmetaphysik oder eine andere Wissenschaft treibt.) Rickert, *Die Philosophie des Lebens.*, 115. Scholten wijkt in dit artikel af van Rickert

doordat hij diens kennisclaim van een *Verstehende* sociologie of geschiedenis verwerpt en er de nadruk op legt dat het persoonlijke bezinning is waardoor men zich bewust wordt van de hoogste doeleinden en de levenswaarden die daarmee hun nadere invulling verkrijgen. Mensen kunnen zich verwant voelen in visie, maar ook dan zullen er vaak onderlinge verschillen zijn. Mensen zullen ook vaak geheel verschillende keuzes maken, hetgeen tot fundamenteel verschillende levensbeschouwingen leidt. Er is volgens Scholten niet een historisch proces van vooruitgang van kennis mogelijk waarmee automatisch ook meer sociale eenheid ontstaat, omdat mensen blijvend zullen verschillen in hun doeleinden en waarderingen. Het is nodig om in concrete kwesties eenheid in de maatschappij te brengen door over de eigen opvattingen heen te reiken en compromissen aan te gaan. Eenheid zoeken is een ethische opdracht voor Scholten, die niet inwisselbaar is met een geloof in rationele vooruitgang. Inzicht in de gebrokenheid van de wereld en de beperkte mogelijkheden van de mensen maakt het mogelijk dat mensen elkaar in concrete oplossingen vinden.

43 In een voetnoot verwijst Scholten naar Radbruch, *Grundzüge der Rechtsphilosophie, von Gustav Radbruch, ...*

44 Scholten doelt hier op de principiële tegenstelling tussen een Gesinnungsethische oScholtentelling en een Erfolgsethische oScholtentelling, zie eindnoot 24.

45 Scholten lijkt hier te verwijzen naar de orthodoxe afscheiding van de Nederlands Hervormde Kerk van 1834. Scholten behoort tot de groep van Ethische Theologen, die zowel orthodoxe als liberale opvattingen in de Nederlands Hervormde Kerk bestreed. Over ethische theologie in Nederland zie Groenenboom, 'Bottomless Subjectivism'.

46 In de oorspronkelijke tekst van Scholten: "reële gegevens die uit den aard der zaak voor ieder hetzelfde zijn". Dit duidt op feiten die op dat moment in de samenleving niet ter discussie staan en dus "evident waar" genoemd kunnen worden. De modererende werking van realiteitszin als kern van het onderscheid tussen theorie en praktijk lijkt mij de kern van Scholtens bijdrage aan de rechtspraak.

47 Scholten hanteert het begrip feit zoals het een rol speelt in gerechtelijke procedures, dat wil zeggen gerelateerd aan specifieke praktische problemen: datgene waarvan partijen of de rechter daadwerkelijk uitgaan.

48 Scholten geeft hier de referentie Huber, 'Über Die Realien Der Gesetzgebung'.I, 39.

49 Scholten merkt in de voetnoot op: Deze opvatting heeft, zoals Huber terecht opmerkt, niets te maken met de opvatting dat de verhouding tussen realiteit en recht er een is van oorzaak en gevolg.

50 Vanaf 1888 tot 1956 was het aantal zetels van de Tweede Kamer 100 en van de Eerste Kamer 50.

51 Scholten lijkt hier te verwijzen naar de Verlichte periode in Nederland van de Bataafse Republiek (1795 tot 1805). In 1806 werden de Noordelijke Nederlanden omgevormd tot het Koninkrijk Holland, een satellietstaat van Frankrijk met de broer van Napoleon als koning. De Noordelijke Nederlanden hadden toen formeel nog het recht om hun eigen wetgeving te bepalen, wat resulteerde in een Nederlandse Code Civil die slechts gelding van van 1809 tot 1810, toen de Noordelijke Nederlanden volledig door Frankrijk werden geannexeerd. Gegevens ontleend aan Lokin, 'Die Rezeption Des Code Civil in Den Nördlichen Niederlanden'. In het derde hoofdstuk van Scholtens beroemde *Algemeen Deel*. (waarvan alleen het eerste hoofdstuk in het Engels is vertaald) wordt de geschiedenis van het Burgerlijk Wetboek behandeld. Daarin (blok 632) besteedt Scholten weinig aandacht aan de verlichte ideeën van de periode 1795 tot 1805. Meer over deze ideeën is te vinden in Jourdan, 'Politieke En Culturele Transfers in Een Tijd van Revolutie'.

52 Scholten geeft in de voetnoot aan dat voor Nederland in dit verband vooral aan

Mr. Van Vlucht gedacht moet worden. Zie voor diens geschriften *Mr. W. van der Vlucht's Belangrijkste geschriften*.

53 Scholten verwijst in de voetnoot naar het verdienstelijke proefschrift van A.C. Leendertz uit 1911, 'De grond van het overheidsgezag in de antirevolutionaire staatsleer'. En de kritiek daarop van B.C. de Savornin Lohman, *De grond van het overheidsgezag in de antirevolutionaire staatsleer, door A.C. Leendertz*.

54 Het hier gemaakte onderscheid tussen persoonlijk beleven en volksleven is van belang voor het onderscheid tussen Scholten's juridische en ethische geschriften (geweten) en zijn politieke geschriften (levensbeschouwing). Scholten's politieke Geschriften zijn te vinden in Deel 2 van de Verzamelde Geschriften.

55 Scholten lijkt hier te verwijzen naar wat hij over Huber schreef in blok 61.

56 In het Algemeen Deel maakt Scholten een duidelijk onderscheid tussen rechtsvorming via wetgeving en rechtsvinding via rechtspraak, tussen het nieuwe van algemene regels en het nieuwe van beslissingen. zie blok 51.

57 Scholten spreekt in blok 69 van "een volk en zijn overtuigingen", in blok 70 van de "rechtsovertuigingen van de menigte", ook van "heersende meningen". Uit wat volgt blijkt dat ook indien recht strijdig is met overtuigingen van een kleine minderheid het rechtskarakter van het recht problematisch wordt. Daarom is in de bewerking gekozen voor het neutrale 'bestaande rechtsovertuigingen/opvattingen of meningen'.

58 Het is niet gelukt uit te vinden waar dit staat in Stammler's werk.

59 Zie over de moeilijkheid om het begrip *rechtsbewustzijn* van Scholten te omschrijven en af te bakenen van de begrippen *rechtsgevoelen* *geweten* de analyse in Borst, 'Three Intuitive Concepts in Scholten's Oeuvre'. Aan deze mooie analyse kan het volgende worden toegevoegd. Terwijl de termen *rechtsgevoelen* *geweten* gemakkelijk in het Engels te vertalen zijn, is dit onbevredigend met betrekking tot *rechtsbewustzijn* omdat de Engelse vertaling ervan door *consciousness/awareness* de connotaties *gevoel*, *zelfreflectie* en *kennis* heeft en in verschillende contexten de interpretaties dus kunnen schuiven tussen empirisch, moreel en rationeel. Daarom is besloten het begrip onvertaald te laten en te behandelen als een sensibiliserend begrip dat de kern van Scholtens theorie aangeeft. Scholtens concept *rechtsbewustzijn* is van centraal belang om Scholtens "recht dat verder strekt dan het gecodificeerde recht" te begrijpen (blok 3). De vraag is: hoe kennen we die regels, hoe worden we ons ervan bewust? Volgens Scholten hebben we niet alleen een geweten en onderscheiden we goed van kwaad en ontwikkelen we niet alleen een rechtsgevoel over wat goed en noodzakelijk is voor de samenleving en beschermd zou moeten worden door de autoriteiten, maar weten we ook wat het betekent om deel uit te maken van een morele gemeenschap en om elkaar te beschermen in het grote goed dat iedereen in overeenstemming met zijn eigen morele standaarden kan leven. Het gaat Scholten er om hoe we moeten omgaan met het feit dat het geweten in een collectief niet zo spreekt als in het innerlijk van een persoon (blok 66), maar zich uit in veel conflicten. De bedoeling van recht is om die conflicten zoveel mogelijk te overbruggen. *Rechtsbewustzijn* verwijst naar de gerichtheid op het zoeken van deze bruggen en op de ervaring die men bij die zoektocht opdoet. Met deze visie staat Scholten lijnrecht tegenover Krabbe, die ervan uitgaat dat er zoiets bestaat als een collectief geweten. Scholten kan het met Krabbe eens zijn dat bij het zoeken naar recht soms de mening van de meerderheid gevolgd moet worden. Recht kan niet bestaan zonder het gebruik van macht. Maar het mag volgens Scholten duidelijk zijn dat dergelijke formele rechtsregels niet door de minderheid als materieel recht kunnen worden geaccepteerd (blok 48 en 77) en dat dit de legitimiteit van dat recht verzwakt. Vooral in de discussie over de visie van Krabbe op *rechtsbewustzijn* leidt de Engelse vertaling van het begrip *rechtsbewustzijn* tot veel verwarring. Achteraf gezien is duidelijk dat de in hoofdstuk 27 van 'General Method' gebruikte vertaling van *rechtsbewustzijn* door *conscience of law* geen recht doet aan Scholten's gebruik van dit begrip, ook niet als die vertaling wordt aangevuld tot *collective conscience of law*.



Ook *collective sense of justice/law* zou niet hebben voldaan. De versies aangevuld met *collective* zouden verwijzen naar een visie zoals die van Krabbe, de versies zonder deze aanvulling, *conscience of law/justice* of *sense of law/justice* zouden puur moreel zijn en niet meer verwijzen naar de ervaring die geput wordt uit het zoeken naar het niet gecodificeerde recht in de samenleving.

**60** Scholten verwijst hier ongetwijfeld naar Krabbe, *Die lehre der rechtssouveränität*. Zie verder Scholten, '19. Krabbe's Staatsidee'.

**61** Het is interessant om Scholten's opvatting op dit punt te vergelijken met de Grundnorm van Kelsen en de rule of recognition van Hart. Kelsen en Hart gaan stilzwijgend uit van de nationale eenheid van recht. Scholten legt de nadruk op het verschil van fundamentele opvatting dat in de rechtsvorming continu aan de orde is en overbrugd moet worden. Politiek leiderschap is daarom een ethische opdracht naar de eigen achterban toe en naar andere groepen.

**62** Scholten spreekt over ware vrijzinnigheid, waarbij de vraag rijst wat onware vrijzinnigheid is in de ogen van Scholten. Het lemma "vrijzinnig protestantisme" in Wikipedia bevat een beschrijving van vrijzinnig tegenover orthodox en bevat geen indicatie voor het onderscheid tussen twee vormen van vrijzinnigheid. Wel bevat deze Nederlandse versie een verwijzing naar het lemma "liberal Christianity" van de Engelse versie van Wikipedia: *Liberal Christianity, also known as liberal theology, is a movement that interprets and reforms Christian teaching by taking into consideration modern knowledge, science and ethics. It emphasizes the importance of reason and experience over doctrinal authority*. De laatste zin laat zien dat deze opvatting aan rede en waarneming een criterium ontleent om het doctrinaire standpunt te ondergraven. Uit het artikel *Recht en Levensbeschouwing* blijkt dat Scholten een dergelijk positivistisch standpunt verwerpt. Uit blok 59 van dit artikel blijkt dat Scholten een dergelijk positivistische houding verwijst aan de orthodoxie van schrift en kerk. Op basis van de context waarin de woorden 'ware vrijzinnigheid' gebruikt worden kan de conclusie getrokken worden dat er ook bij de vrijzinnige richting volgens Scholten een onderscheid gemaakt kan worden tussen een positivistische onware benadering en een niet-positivistische ware benadering. In de onware vrijzinnigheid worden dan in zijn visie de opvattingen van andersdenkenden geframed als in strijd met rede en waarneming en wordt aldus verhinderd dat die opvattingen in hun eigen niet-positivistische termen tot hun recht kunnen komen.

**63** Lessing's Nathan de Wijze beantwoordt de vraag van de sultan "Welke godsdienst is de beste: het jodendom, het christendom of de islam?" met een verhaal: Er was eens een koning die een ring bezat met een wonderlijke kracht. De ring maakt de drager ervan tot een goed en wijs mens, geliefd bij God en bij mensen. Hij heeft drie zonen die hem alle drie even lief zijn. Aan wie moet hij de ring toevertrouwen? Hij laat door een goudsmid twee ringen bijmaken en geeft zijn zonen ieder een schijnbaar identieke ring. Na hun vaders dood willen de broers toch weten wie de echte ring heeft. Ze gaan naar de rechter. De rechter zei dat niemand wist welke de echte ring was en gaf hen de opdracht ieder te leven alsof hun ring de echte was. De sultan zegt: "Dus, als ik het goed begrijp moeten joden, christenen en moslims zelf bewijzen dat hun godsdienst de ware is door daden van goedheid en vrede?" "Precies", zegt Nathan. Zie Lessing, *Nathan de wijze*.

**64** De schoolstrijd ging over de vraag of de openbare school neutraal moest zijn of ingericht kon worden naar gezindte. De door Scholten als "rechts" aangeduide partijen (aanvankelijk onder leiding van Groen van Prinsterer) waren voorstander van de inrichting van de openbare school naar gezindte. Het is belangrijk om hierbij aan te tekenen dat een belangrijk deel van het orthodoxe protestantse kamp voorstander was van de neutrale openbare school, zodat dit door hun samenwerking met de liberalen de wettelijke basis werd in Nederland. De wet bood wel de mogelijkheid om bijzondere scholen op te richten met private financiering. Naarmate de inrichtingseisen van scholen ingrijpender werden, werd de private financiering steeds meer tot een probleem en dit wakkerde de schoolstrijd opnieuw aan. Er werd een

protestantse politieke partij (de eerste partij in Nederland) opgericht onder leiding van Abraham Kuyper. Een compromis werd ontwikkeld vanuit liberale hoek bij het zoeken naar de benodigde tweederde ondersteuning van een Grondwetswijziging in 1887 voor een uitbreiding van het kiesrecht. Het compromis bestond uit een nieuwe uitleg van de onderwijswet van 1878 voor wat betreft de regeling van de bekostiging van het openbaar onderwijs door de overheid: *het feit dat in de wet de bekostiging alleen voor het openbaar onderwijs was geregeld, betekende niet dat bijzondere scholen geen bijdrage zouden kunnen ontvangen*. Eerder was dit door de liberalen die ruim in de meerderheid waren anders uitgelegd. Doordat de eerste verkiezingen na deze Grondwetswijziging tot een ruime meerderheid van katholieken en protestanten leidde kon in 1889 in de lager-onderwijswet de rechtsgelijkheid van openbare en bijzondere scholen tot stand gebracht worden. Dit betekende nog niet een gelijke behandeling. Deze kwam in 1917 tot stand in dezelfde Grondwet die ook het algemeen kiesrecht tot stand bracht. Gegevens ontleend aan Boekholt and Booy, *Geschiedenis van de school in Nederland*. Scholten heeft, als aanhanger van het idee van de neutrale openbare school, zijn ideaal proberen te realiseren als mede-oprichter van het Amsterdams Lyceum dat weliswaar een bijzondere school was maar voor alle gezindten open stond.

65 Cicero and Miller, *Cicero De Officiis, with an English Translation*, 1. 10. 33.; Stammler, *Theorie Der Rechtswissenschaft (Origineel 1911)*, hoofdstuk 1, 3.

66 Scholten verwijst hier kennelijk naar de filosofie van Jeremy Bentham.

67 Het kabinet Pierson (1897-1901) geldt als het kabinet van het begin van de sociale rechtvaardigheid: Waterstaatswet 1900, Leerplichtwet 1900, Woningwet 1900, Gezondheidswet 1901, Ongevallenwet 1901, Kinderwetten 1901, Militiewet 1901. Gegevens ontleend aan [parlement.com](http://parlement.com) over kabinet Pierson 1897 tot 1901.

68 Nieuwe religiositeit lijkt aan te sluiten bij Novalis' aspiraties. Zie eindnoot 29. Met wat in no 182 staat over de zonde stelt Novalis de discussie daarover, die veelal zoveel mogelijk uit de weg gegaan wordt, omdat het zo'n twistappel is, centraal. Daarmee lijkt tevens de nauwe samenhang met het probleem van rechtsvinding aangestipt.