Begrip en karakter van het recht bij Prof. Mr. Paul Scholten (1875-1946)

door W.L. Borst

EUR, 1976

INHOUDSOPGAVE

Hoofdstuk I	Inleiding en verantwoording	blz. 1
Hoofdstuk II	De contouren van het rechtsbegrip	blz. 3
	drie omschrijvingen	blz. 3
	drie grenzen	blz. 6
	intermezzo: Scholtens manier van filosoferen	blz. 6
	ethiek	blz. 7
	intermezzo: het geweten	blz. 8
	logica	blz. 9
	intermezzo: recht <=> gerechtigheid	blz. 11
	geschiedenis en samenleving	blz. 12
	taalwetenschap	blz. 14
Hoofdstuk III	De opbouw van het rechtsbegrip	blz. 16
	componenten	blz. 16
	ethiek	blz. 16
	logica	blz. 17
	macht	blz. 18
	bestanddelen	blz. 20
	regel	blz. 20
	beslissing	blz. 20
	verhouding	blz. 20
	elementen	blz. 21
	beginselen	blz. 22
	persoonlijkheid	blz. 22
	gemeenschap	blz. 23
	intermezzo: dialectiek	blz. 24
	gelijkheid	blz. 25
	gezag	blz. 26
	axioma's of adagia	blz. 27
	gerechtigheid	blz. 28
Hoofdstuk IV	Recht en mensbeeld	blz. 29
	psychologisch	blz. 29
	filosofisch	blz. 29
	Descartes	blz. 29
	Kant	blz. 29
	Augustinus	blz. 30
	theonomie	blz. 31
	bijbels-theologisch	blz. 32
	het geweten	blz. 32
Hoofdstuk V	Recht en Staat	blz. 34
	theorieën	blz. 34
	universalistische	blz. 34
	individualistische	blz. 35
	Scholtens opvatting	blz. 36
	grenzen	blz. 37
Hoofdstuk VI	Het recht van het recht	blz. 39
	oorsprong van het recht	blz. 39
	zin van het recht	blz. 40
	doel van het recht	blz. 41
	billijkheid	blz. 41
Hoofdstuk VII	Rechtswetenschappen	blz. 43
Literatuurlijst		blz. 47

Hoofdstuk I. Inleiding

Wie zich A.D. 1976 zet aan de bestudering van het rechtsfilosofisch werk van Paul Scholten moet daar wel steekhoudende redenen voor hebben. Het mag immers, gezien de invloed van zijn Algemeen Deel in de serie Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht (1e druk 1931, 2e druk 1934, herdruk 1954 en 1975, deze laatste bewerkt door G.J. Scholten; bij het maken van deze scriptie had ik alleen de eerste druk tot mijn beschikking) wel haast algemeen bekend worden verondersteld. Bovendien: er is al zo veel over hem geschreven (zie de literatuurlijst). Waarom dan tòch deze scriptie?

Ten eerste is daar de grote invloed van Scholten. Voorts: de oorspronkelijkheid van zijn denkbeelden, die bij geen enkele "school" zijn onder te brengen (vgl. red. NJB in NJB 1945, p. 375 e.v.). Ten derde: door recente discussies (Ter Heide, Van Dunné, Van Schellen, Aris, Wiarda, Van Gerven, Huiskes) is Scholten weer midden in de belangstelling komen te staan. Ten vierde: Het Alg. Deel geeft slechts enkele facetten van het totale rechtsfilosofisch denken van Scholten, zodat wie met Scholtens ideeën kennis wil maken, niet kan volstaan met de bestudering van alleen dat Alg. Deel. Ten slotte: de verwantschap van geloof en levensbeschouwing van Scholten en mij, die hem voor mij interessanter maakt dan enige andere rechtsfilosoof. Om misverstanden te voorkomen: het christelijk geloof is geen levensbeschouwing of filosofisch systeem. "La foi, c' est le lien personnel avec Jésus-Christ." (Tournier, Bible et médicine, Neuchatel / Paris, 1955, p. 224). Maar de Bijbel bevat wel de antwoorden op tal van vragen, waarmee mensen door de eeuwen heen hebben geworsteld, o.a. in de filosofie. Gods Woord heeft gezag op elk terrein van het leven en denken (Koopmans, Wat zegt de Bijbel? Amsterdam 1941, p. 20). Vandaar dat Hobbes' idee van een geestelijk verstaan van de bijbelse boodschap (zie Van Eikema Hommes, Hoofdlijnen van de Geschiedenis der Rechtsfilosofie, Deventer 1972, p. 92, hierna te citeren als "Hommes") niet juist kan zijn. Het is mijn overtuiging en ervaring, dat deze bijbelse antwoorden naar wetenschappelijke maatstaven minstens even valide en betrouwbaar zijn als de filosofische.

Het doel dat mij voor ogen staat is tweeledig: ten eerste een systematische samenvatting en analyse van Scholtens werk, ten tweede het leveren van een bijdrage aan de recente discussie, met waar nodig en mogelijk een aanvulling om open gebleven of later gerezen vragen te kunnen beantwoorden. Het rechtsfilosofisch werk staat centraal, de "methode" komt slechts zijdelings ter sprake. Ik meen dit te mogen doen, omdat dit laatste, mede door de recente herdruk van het Alg. Deel, voor een ieder eenvoudig toegankelijk is. Alleen voor zover de bestudering van de methode licht kan werpen op de vragen die hier aan de orde zijn, zal zij ter sprake komen (vgl. het voorwoord bij de 1e

druk van het Alg. Deel, p. V: “Tenslotte geloof ik, wordt alleen door bezinning op de methode den jurist het inzicht nader gebracht wat recht eigenlijk is.”).
Op advies van drs. H. Brand van de Erasmus Universiteit heb ik eerst geheel zelfstandig het relevante werk van Scholten bestudeerd, mij daarbij beperkend tot het eerste deel van zijn Verzamelde Geschriften (Zwolle, 1949, hierna te citeren als “V.G. I”). Dit deel is immers “gevuld met artikelen, welke meerendeels van rechtfilosofischen aard zijn” (aldus de samenstellers G.J. en Y. Scholten en M.H. Bregstein in het voorwoord). Daarna heb ik, wederom in chronologische volgorde, de kritieken en recensies (in RM Themis, RMTh, NJB, WPNR, AAe en diverse boeken) onder de loep genomen. De meeste van deze kritieken betreffen de “methode” en vallen dus eigenlijk buiten het bestek van de scriptie. Wat hierboven werd gezegd over het Alg. Deel geldt ook voor Scholtens dissertatie (Schadevergoeding buiten overeenkomst en onrechtmatige daad, Amsterdam G.U. 1899), ook deze zal slechts zijdelings ter sprake komen.
Er ligt immers, chronologisch en geestelijk (Meijers en Y. Scholten hebben er op gewezen, dat Scholten tijdens of rond de Eerste Wereldoorlog overtuigd christen werd, WPNR 5314, p. 474 resp. 482) een vrij grote afstand tussen deze dissertatie en de eerste rechtsfilosofische publicaties, die in 1915 verschijnen.
Al het onderstaande is, indien er geen bronvermelding bij staat, ontleend aan V.G. I. Vindplaatsen geef ik alleen bij (a) citaten uit V.G. I, (b) aanvullende en ondersteunende literatuur en (c) kritieken en commentaren. Ten slotte: bij het maken van deze scriptie heeft mij voortdurend het woord van Langemeijer voor ogen gestaan: “Slechts mene de jonge jurist niet, dat die wijsheid bij de enkele lezing van zulk een boek (van Scholten, WB) in hem overvloeit.” (Inleiding tot de Studie van de Wijsbegeerte des Rechts, 3^{e} dr. Zwolle 1973, p. 166). Waarvan akte!

Hoofdstuk II. De contouren van het rechtsbegrip.

Al dadelijk valt het op, wanneer we over recht gaan spreken, dat Scholten weigert een definitie te geven van “recht”. Ook van de elementaire rechtsbegrippen (bv. “eigendom”) kan en wil hij geen definitie geven. Wel schetst hij zoveel lijnen, dat men zich een duidelijk beeld kan vormen van wat recht is. In elk artikel komt een ander facet ter sprake, worden vroegere ideeën herhaald, verduidelijkt, aangevuld.

De eenvoudigste omschrijving van “recht” is: recht is een regeling van verhoudingen tussen mensen (Alg. Deel 1931, p. 112). Iets nader uitgewerkt: een regeling van de verhouding van individu en gemeenschap en van individuen onder elkaar in een bepaalde gemeenschap (a.w. p. 25).
Hiermee neemt Scholten al dadelijk stelling tegen de definities van Plato en Kant. Plato stelt: recht is de aanwijzing van de plaats van de leden in het geheel (vlg. Schmidt, Philosophisches Wörterbuch, Leipzig 1931/New York 1943, p. 326, hierna te citeren als “Schmidt”; Von Aster, Geschichte der Philosophie. Leipzig/Stuttgart 1935, p. 71-75, hierna te citeren als “Von Aster”; Hommes p. 12-16). Kant daarentegen: recht is de beperking van mijn vrijheid door die van de ander en omgekeerd (vert. van mij, WB) (vgl. Hommes p. 146, Schmidt p. 219, Von Aster p. 292). Deze definities hangen samen met het mens- en wereldbeeld. Bij Plato staat de gemeenschap primair (universalisme), bij Kant de enkeling (individualisme). Scholten zoekt naar een harmonie van individu en gemeenschap. (Ik kom hierop terug bij de bespreking van het mensbeeld, hoofdstuk IV.) De tegenstelling tussen individu en gemeenschap, welke men meestal “oplost” door één van beide primair te stellen, te verabsoluteren, is volgens hem in principe opgelost in het evangelie: enerzijds iedere mensenziel van oneindige waarde, anderzijds de eis van absolute naastenliefde. Anders gezegd: nooit mag in filosofische zin de enkeling worden opgeofferd ter wille van de gemeenschap (wel in praktische zin, want het kan soms noodzakelijk zijn dat men zijn leven opoffert, bv. in tijden van oorlog), de samenleving mag geen dictatuur uitoefenen over de enkeling (zie verder de bespreking van recht en staat, hoofdstuk V), maar tegelijkertijd is er de morele eis, dat ik mijn belang ondergeschikt maak aan dat van mijn medemens, dat ik de ander liefheb als mijzelf.

De tweede stap bij de ontwikkeling van het rechtsbegrip is, dat het recht wordt gezien als een samenstel van regels die gelden (Alg. Deel p. 130). “Gelden” heeft twee betekenissen: ten eerste “gevolgd worden”, ten tweede “gevolgd moeten worden”, “van kracht zijn”. Ook hier zet Scholten zich af tegen theorieën die een van beide aspecten willen benadrukken ten koste van het andere. De theorie, die het “gevolgd moeten worden” voorop stelt, wordt door hem niet uitvoerig besproken. Wel komt de andere leer

uitvoerig aan de orde: recht als feitelijk verschijnsel, de wet is een beschrijving van wat er in de samenleving gebeurt. Dit is de sociologische rechtsleer en de daaraan verwante naturalistische rechtsleer (Hamaker, Marx, Engels met het historisch-dialectisch materialisme; vgl. over Hamaker: Hommes p. 254-255, over Marx en Engels: Hommes p. 233-238, Von Aster p. 365-366, Van Gelder, Spoorzoeken in de bonte wereld van geloven en denken, Amsterdam 1965, p. 190). Scholten werpt hiertegen de volgende bezwaren op:

1- recht is niet een "zijn" maar een "behoren" of nauwkeuriger gezegd (in een later opstel): recht overbrugt de kloof tussen zijn en behoren, heft de spanning op, niet langs theoretische weg (zoals Ter Heide wil: Iudex Viator, AAe 1967, p. 3 e.v.), maar langs praktische weg, nl. in de beslissing zelf (Alg. Deel p. 132).

2- het is niet nodig om alles tot één principe te herleiden, we kunnen en moeten ons in de wetenschap tevreden stellen met een dualisme, een tweespalt, niet verder te herleiden tot een monisme. Dit dualistisch denken is zeer fundamenteel bij Scholten, we zullen in de loop van het betoog nog vele soortgelijke dualismen vinden.

3- absolute objectiviteit is onmogelijk, de jurist, historicus of socioloog die denkt volkomen "kleurloos", objectief of waardevrij wetenschap te beoefenen, vergist zich. Sterker nog: zuiver empirische rechtswetenschap is niet alleen onmogelijk maar zelfs ongewenst. De rechtswetenschap behoort niet slechts een samenvatting te geven van wat is, maar ook richting te geven aan wat moet worden. De zgn. toeschouwershouding is, als het gaat om de beoefening van het positief recht, verwerpelijk. Toeschouwer mag men slechts zijn, als het gaat om vreemde rechtsstelsels of om rechtsgeschiedenis, maar zelfs dan mag de studie geen doel op zichzelf zijn: geen "l'art pour l'art", maar "non scholae sed vitae". De socioloog of historicus, die een onderzoek doet, vindt in feite niets anders dan wat hij al wist of vermoedde toen hij begon (een uitspraak die ik niet in al zijn scherpte voor mijn rekening zou durven nemen!). Vaak is het zelfs niet veel meer dan het konijn uit de hoed tevoorschijn toveren, dat de onderzoeker er tevoren zelf ingestopt had (zo volgens Scholten bv. de klassenstrijd van Marx).

4- (tegen het naturalisme van m.n. Marx en Engels) als alles zich ontwikkelt volgens natuurwetten met onvermijdelijke en onafwendbare noodzakelijkheid, waarom dan toch die oproep tot de klassenstrijd? Men is niet consequent!

De <u>derde</u> stap in de ontwikkeling van het rechtsbegrip: recht is niet alleen regeling van de menselijke verhoudingen, maar ook innerlijke ervaring, deel van het geestelijk leven van enkeling en gemeenschap.

Ook hier weer het dualisme: en-en, tegenover het of-of van anderen. Enerzijds de leer van Krabbe en Kranenburg (schitteren door afwezigheid bij Hommes, evenals o.a. Paul Scholten (!!), Willem Zevenbergen, Abr. Kuyper, A.F. de Savornin Lohman, Valkhoff, Langemeijer, Marcuse, Ulrich Huber, J. Eggens, Allen, Telders en de aan Hommes verwante Amerikaanse theoloog-filosoof F.A. Schaeffer), die recht identificeert met rechtsbewustzijn van de samenleving, anderzijds de leer van Kelsen e.a., die het recht identificeert met wet, geheel los van het innerlijke aspect. Deze laatste leer staat bekend als het positivisme of legisme. Andere positivisten (door Hommes genoemd, passim): Diephuis, Opzoomer, Land, Buys, Stammler, Amselek, Hart, waaraan toe te voegen (niet door Hommes genoemd) Zevenbergen (zie zijn Formele Encyclopaedie der Rechts-wetenschap, Den Haag 1925, p. 43-44, in welk boek ik overigens vele modern voorkomende gedachten vond) en Star Busman (RM 1924, p. 554-556, boekbespreking over Scholtens Beschouwingen over recht).

Deze innerlijke ervaring is de wortel en grondslag van het recht in het zedelijk leven. De leer van Krabbe stuit bij Scholten op de tegenwerpingen

1- dat de inhoud van het algemeen rechtsbewustzijn niet is aan te tonen,

2- dat het rechtsgevoel wordt misvormd en soms overstemd door andere motieven, zoals eigenbelang, groepsbelang etc.,

3- dat men in plaats van het algemeen rechtsbewustzijn dan als surrogaat neemt: de meerderheid beslist, hetgeen leidt tot de onaanvaardbare conclusie, dat goed is wat de meerderheid goed vindt. De meerderheid heeft niet per definitie gelijk, “gij zult de meerderheid in het kwade niet volgen”.

De leer van Kelsen, die (in navolging van Kant (vgl. Hommes p. 140) en Fichte (vgl. Hommes p. 153-154)) het recht als uiterlijk gegeven geheel losmaakt van de innerlijke ervaring, stuit tenslotte op het probleem, dat zij de gebondenheid van de mens aan het recht niet kan verklaren. Die gebondenheid berust dan op een hypothese, nl. de grondnorm. (Deze hypothetische grondnorm is later door Hart vervangen door en fictieve, zie Hommes p. 308 en diens kritiek daarop, p. 309). Maar, zegt Scholten, zodra we onderstellen gebonden te zijn *zijn* we niet gebonden (V.G. I p. 369). Het recht verliest (dus) zijn normatieve kracht, houdt dus op recht te zijn. Bovendien blijkt in de praktijk, dat recht en wet niet kunnen worden geïdentificeerd. Dit blijkt uit

(1) de ruime termen in de wet, “blanketnormen”, die door de rechter moeten worden opgevuld met buiten-wettelijke normatiek (bv. goede trouw, schuld, onrecht-matigheid, en in de nieuwere wetgeving: duurzame ontwrichting, redelijkheid en billijkheid en vele andere “Generalklausel”, zie G.J. Wiarda, Drie typen van rechtsvinding, Zwolle 1972, p. 28-43).

(2) er zijn stukken recht waar helemaal geen of bijna geen wetgeving is, bv. het IPR.

(3) soms geeft de wet geen directe oplossing voor een bepaald probleem. De rechter gaat dan te werk met behulp van de analogie, d.w.z. uit een wetsvoorschrift wordt een hogere, algemenere, niet in de wet neergelegde regel afgeleid, waaruit dan weer de beslissing wordt afgeleid voor het niet in de wet geregelde geval. Noch de beslissing over het geval zelf, noch de beslissing dàt er analogie toegepast mag (of moet) worden, volgt uit de wettelijke regel.

(4) iedere interpretatie voegt zelf weer iets aan de wet toe, de wet verandert terwijl zij wordt bewerkt door rechtspraak en doctrine. De pogingen van verscheidene grote wetgevers uit de geschiedenis (Iustinianus, Pruisisch landrecht van 1794, Napoleon, Robespierre, Montesquieu) om deze interpretatie te verbieden of weg te redeneren, zijn altijd ijdel geweest.

Het recht dus deel van het geestelijk leven van individu en gemeenschap. Wat het gezag wil opleggen, moet ook door de gemeenschap als recht ervaren en aanvaard (kunnen) worden, anders zijn het holle woorden. Die innerlijke ervaring waar Scholten op doelt, is de fundamentele scheiding van goed en kwaad, d.w.z. de ethiek of moraal.

Na deze begripsbepaling in drie fasen, komen we nu toe aan de grenzen of contouren van het rechtsbegrip, te weten ethiek, logica en taal.

Alvorens hierover te spreken, is het goed om nog even stil te staan bij een ander punt, nl. de methode van schrijven van Scholten. Het voorafgaande is hiervan reeds een illustratie. Niemand staat in een geestelijk of intellectueel vacuüm, zelfs de meest originele denker niet, iedereen staat in een bepaalde traditie, waardoor men niet bepaald maar wel beïnvloed wordt. Iedereen zoekt voor zijn denken aanknopingspunten, die dienen kunnen als startblokken van waaruit men verder kan gaan. Bij Scholten komt deze methode wel heel duidelijk naar voren. Iedere beschouwing begint met een uiteenzetting van een of meer theorieën. Vervolgens wordt aangetoond, waar deze theorieën vastlopen of tekortschieten. Zo wordt gaandeweg Scholtens eigen visie duidelijk. Deze visie is dan, zoals Langemeijer heeft opgemerkt, meer intuïtief-empirisch dan logisch-deductief (WPNR 5314, p. 557), of om met S. Gerbrandy te spreken, niet stelselmatig, maar “invallende gedachten” (Trouw/Kwartet 23-8-1975). Zijn filosofie is niet dogmatisch, niet statisch, niet gesloten. Elders (in RMTh 1950, p. 132 e.v.) heeft Langemeijer opgemerkt, dat Scholtens denken meer op synthese, Meijers’ denken daarentegen meer op analyse was gericht. Deze opmerking van Langemeijer is aangehaald door H. Drion (in WPNR 5314, p. 520 e.v.), die ook op andere verschillen

tussen Meijers en Scholten wijst, t.a.v. vragen van positief recht en rechtsvinding. De tegenstelling synthetisch denken - analytisch denken is terug te vinden in de tegenstelling paradoxaal denken - Aristotelisch denken (Van Dunné, Riskante rechtsvinding, oratie EUR 1974, p. 28).

Dan nu de grenzen van het rechtsbegrip.
"Het ethische krijgt in het recht zijn logischen vorm", aldus Scholten, V.G. I p. 312. Met dit citaat is kort en kernachtig weergegeven wat de grenzen van het rechtsbegrip zijn, nl. ethiek en logica. Daarnaast is er nog een derde grens, de historisch en sociologisch gegeven werkelijkheid. Ten slotte nog een verband, nl. met de taalwetenschap.

Allereerst dan een overzicht van de grenzen tussen recht en moraal (of ethiek) zoals Scholten die ziet. Afgewezen worden de volgende tegenstellingen:

a) recht betreft het uiterlijk handelen, moraal de innerlijke gezindheid.
b) recht kent niet alleen regels (plichten) maar ook rechten, bevoegdheden, verloven, moraal daarentegen kent alleen plichten.
c) recht kent uiterlijke dwang, moraal ook innerlijke (of alleen innerlijke).

Het onder b) genoemde criterium is te vinden bij Fichte (vgl. Hommes p. 154-155). Kant was de eerste die scheiding maakte tussen recht en moraal, maar beide waren toch, onder de oppervlakte, met elkaar verbonden in de zedelijkheid. Fichte deed ook dit verband teniet. Dit resulteerde in de 19e eeuw in de totale positivistische of legistiche scheiding van recht en ethiek, en de identificatie van recht en wet en staatswil. De bezwaren tegen dit positivisme zijn hierboven op p. 5-6 al ter sprake gekomen en worden hier niet herhaald.
Scholten komt dan tot de volgende criteria ter onderscheiding van recht en moraal:

1. de moraal beschouwt de handeling als uiting van een gezindheid, het recht daarentegen de gezindheid alleen voor zover die uit de handeling blijkt.
2. de moraal is concreet, beschouwt een enkele handeling, kent ook geen regels (citaat van Novalis: "Gesetze sind der Moral durchaus entgegen"), het recht is abstract, algemeen, stelt regels.
3. het recht is inter-individueel (inter-subjectief, of, om met Kisch, RMTh 1952 p. 529 e.v. te spreken: trans-subjectief), geldt tussen mensen, en het is relatief, gebonden aan de gegeven stof, de natuur, de historie en de algemene rechtsovertuiging. De moraal is individueel, persoonlijk en absoluut, volstrekt. Het ethisch oordeel berust op het geweten, is niet op anderen toepasbaar, het recht eist juist toepassing op anderen. Niettemin, aldus Scholten, kan het gebod van de liefde soms dwingen tot een oordeel over de daden van anderen, waarbij we dan wel de grootst mogelijke empathie moeten betrachten. Oordelen in empathie is

een eis van het leven in gemeenschap. Later heeft Schoordijk het empathisch en demystificerend rechtsdenken centraal gesteld in zijn rede over “Oordelen en vooroordelen” (Tilburg, 1972).

4. recht is logisch, rationeel, moraal is alogisch, irrationeel. Recht eist en onderstelt systematisering, moraal verdraagt geen systematisering (geen zedenleer!). “Het recht rationaliseert het zedelijk oordelen.” (V.G. I p. 271), de dogmatiek rationaliseert op zijn beurt het recht.
5. het recht eist slechts een onderwerping, een buigen voor de geboden, een conform gedrag. De moraal daarentegen eist een zelfstandige gewetensbeslissing, waarbij geboden slechts wegwijzers kunnen zijn.
6. recht eist verwerkelijking, is dus gebonden aan macht, voor de moraal is de al niet verwerkelijking irrelevant.

Recht en moraal zijn kwalitatief verschillend (dus niet zoals in de Middeleeuwen: recht = moraal + sanctie). In zekere zin staan ze tegenover elkaar. Niettemin is het toch ook zo, dat het recht wortelt in, berust op de moraal, d.i. de scheiding van goed en kwaad. Het verband tussen beide wordt gelegd door de rechtsbeginselen of adagia, axioma’s. Ook de billijkheid speelt een rol, waarover later. Over de inhoudelijke kant van de beginselen spreek ik in het volgende hoofdstuk, hier gaat het om de formele zijde, de beginselen als schakel tussen recht en ethiek. Het beginsel is niet regel, maar zit wel in het recht zelf, evenals de regel. Het beginsel is ook geen recht (Alg. Deel p. 83). Het is een zedelijke tendens in het recht (Alg. Deel p. 83), die boven het recht uit wijst naar de ethiek. Het beginsel is, i.t.t. de regel, een zó algemene uitspraak omtrent (goed en kwaad in) het recht, dat directe toepassing ervan door subsumptie (zoals beschreven in het Alg. Deel) niet mogelijk is. Het beginsel is een uitspraak omtrent het recht met een hoger abstractiegraad dan de regel en, anders dan de regel, niet van juridische maar van ethische aard (anders: Van Dunné, Normatieve uitleg van rechtshandelingen, diss., studenteneditie 1972, p. 61 noot 81).
In de wetenschap geeft de rechtsfilosofie de grens aan tussen recht en ethiek (zie uitvoeriger hierover: hoofdstuk VII).

Hier moeten we nog stilstaan bij de vraag: wat is het geweten? In formele zin antwoordt Scholten: het geweten is de grondslag van de moraal (en de moraal is de grondslag van het recht). Daarnaast speelt het een belangrijke rol in de beslissing van de rechter: zie par. 28 van het Alg. Deel. In de moraal vervult het geweten dezelfde rol als de rechter in het recht, maar met dit verschil, dat de rechter de feiten toetst aan de algemene norm nl. de wet, terwijl het geweten zulke wetten niet kent: het oordeelt geheel “casuïstisch”, intuïtief, irrationeel, van geval tot geval. Betekent dit, dat het geweten in het geheel

geen normen kent? Ik meen van niet. Immers ook Scholten erkent, dat het geweten kan dwalen, een mens kan zichzelf misleiden. Wat dan? Een ethiek of zedenleer als inhoudelijke richtlijn (zoals Kisch wil, RMTh 1958 p. 287 e.v., de boekbespreking van Langemeijers Inl. tot de studie van de Wijsbegeerte des Rechts, 1e dr. 1956)? Of kan het geweten, als men maar diep genoeg graaft, uiteindelijk toch niet dwalen (zoals Scholten ergens anders zegt)? Of is er een derde weg? Ouweneel (Operatie Supermens. Een bijbels-biologische blik op de toekomst. Amsterdam/Groningen 1975. p. 123) stelt: het geweten "is wel een juiste maar geen veilige norm. Het woord van God is de enige veilige, objectieve maatstaf". Ik sluit mij bij de derde oplossing aan. De parallel van het geweten en de rechter is m.i. de reden waarom de rechter in Scholtens beschouwingen zo'n centrale plaats inneemt, ondanks de meer pragmatische opmerking van Schadee (Het schip en zijn schulden. Oratie Rotterdam 1963), dat het gezonde rechtsleven zich buiten de rechtszaal afspeelt: "rechters zijn slechts ziekteverschijnselen". Evenzo Kisch in RMTh 1952 p. 529 e.v. en Langemeijer in WPNR 4180-4181 (allebei bespreking van Scholtens V.G). Het primaat van de rechter is dus niet kwantitatief maar principieel. Bovendien bezigt Scholten het begrip rechter in algemene zin: "tenslotte is ieder eigenlijk juristenwerk werkelijk of gedacht rechterswerk" (V.G. I p. 454; vgl. Alg. Deel par. 28) (aldus ook J. Wiarda in Wending 1951 p. 168).
In hoofdstuk IV zal ik uiteenzetten welke plaats het geweten heeft in Scholtens mens-beeld en welke functie het heeft bij de rechterlijke beslissing, m.n. bij strijd van wet en geweten.
De inhoudelijke zin antwoordt Scholten op de vraag: wat is het geweten (zie blz. 8): het geweten is het zedelijk oordeel dat wij zelven over eigen daden stellen (V.G. I p. 284). Maar ook dit geweten heeft niet het laatste woord: òf het is onderworpen aan een bovenpersoonlijk idee òf het is onderworpen aan God als persoonlijke hogere macht. Scholten kiest voor het laatste. De vraag of deze gebondenheid vrijwillig of noodwendig is (opgeworpen door Kisch RMTh 1952 p. 529 e.v. en herhaald in WPNR 5314 p. 546), bewaar ik tot hoofdstuk IV.

De tweede grens van het rechtsbegrip is de logica.
De logica heeft in het recht een tweeledige betekenis. Allereerst ligt er reeds een logische structuur in het recht zelf, dus los van de wetenschap van het recht. Het recht kan immers zichzelf niet tegenspreken, het is ondenkbaar, dat een bepaald gedrag tegelijk geboden en verboden zou zijn. Het recht vormt in zichzelf een logische eenheid, het is innerlijke consistent. Bovendien vormt het recht zelf begrippen, over welke de wetgever geen macht heeft. Vaak neemt de wetgever deze begrippen over. Deze staan dan a.h.w

boven het positieve recht, ze zijn voor de wetgever een gegeven. Nauwkeuriger gezegd: de begrippen wijzen boven het recht uit naar de logica. Er is hier een parallel met de beginselen:

- uit de regels klimmen we op tot de beginselen, die wel deel uitmaken van het recht (ìn het recht zitten), maar zelf toch niet recht zijn (niet vàn het recht zijn): ze verwijzen naar de ethiek;
- uit de regels klimmen we in andere richting op naar de begrippen, die ook weer een plaats vinden in het recht, maar zelf niet recht zijn, ze verwijzen naar de logica.

In de logica vinden we dan tenslotte de logische grondvormen of categorieën van de begrippen (Alg. Deel par. 14). De wetgever heeft noch over de beginselen noch over de categorieën macht, d.w.z. hij kan ze niet wijzigen of negeren.
Opvallend is, dat we de pendant van de logische grondvormen in de ethiek missen. Dit laat zich eenvoudig verklaren uit de aard van de ethiek volgens het citaat van Novalis: Gesetze sind der Moral durchaus entgegen. In de ethiek wordt juist niet verder gegeneraliseerd of gerationaliseerd, zoals in de logica, maar er wordt juist geïndividualiseerd, totdat we tenslotte terecht komen bij de enkeling en z'n geweten.
Vooruitgrijpend op hoofdstuk VII kan hier reeds gezegd worden, dat, zoals de rechtsfilosofie de grens tussen recht en ethiek aangeeft, de rechtsdogmatiek, rechtstheorie en rechtsmethodiek (of -methodologie) de grens tussen recht en logica aangeven.

Het tweede aspect van de logica in het recht: de rechtswetenschap is niet zo puur logisch als men soms denkt (of wenst). Hier gaat Scholten in debat met Kelsen en diens "reine Rechtslehre". Kelsen ziet het recht zelf als een a-logisch gegeven, de wetenschap daarentegen als de volledig logische bewerking van dit gegeven. Dat het recht zelf een logische structuur bezit, is hierboven reeds uiteengezet. Maar ook het tweede punt van Kelsen (de rechtswetenschap zuiver logisch) wordt door Scholten bestreden. Het recht is immers historisch en sociaal gebonden, het heeft een geschiedenis en een doel en een toekomst ("geldend recht is altijd wordend recht"). Dit feit kunnen en mogen we niet uit de rechtswetenschap elimineren, dat zou een verarming betekenen. Het recht moet begrepen worden in samenhang met alle historische en sociale gegevens. Zie hierover Ankum in NJB 1975 p. 1364: "Toch is een totaal onhistorische privaatrechtsbeoefening, zoals die na het overlijden van Scholten, Meijers en Van Oven steeds meer gebruikelijk wordt, een verarmde, onvolledige privaatrechtsbeoefening". Vgl. ook Van Ovens eigen pleidooi voor de rechtshistorie in RM 1935, p. 163-175 (boekbespreking van de 1e druk van het Alg. Deel).

Het recht in concreto moet ook worden gevonden in samenhang met al deze factoren: hier heeft Scholten juist het hele Alg. Deel over vol geschreven. De rechter, of meer i.h.a. de rechtsvinder, de beslisser, moet niet alleen rekenen met de tekst zelve der wet (= grammaticale interpretatie) en het systeem der wet (= systematische interpretatie), maar ook met de geschiedenis van het recht in z'n geheel, de historische ontwikkeling (= rechtshistorische interpretatie) en met het maatschappelijke doel van het voorschrift (= de sociologische of teleologische interpretatie; opvallend is, dat deze sociologische interpretatie nog nauwelijks kijkt naar de effecten van de toepassing van een voorschrift op de samenleving, iets wat juist in de moderne rechtssociologie zo sterk wordt benadrukt).

Naast de historische en sociale gegevens bevat het recht nog een derde irrationele factor: de gerechtigheid. Hiermee zijn we weer terug bij het vraagstuk van recht en ethiek. De verhouding van recht en gerechtigheid is in Scholtens denken zeer fundamenteel. Deze verhouding is dualistisch: de gerechtigheid is de zin van het recht, eist het recht, en omgekeerd. De gerechtigheid is een eis die aan het recht gesteld wordt, moet in het recht aanwezig zijn, maar gaat er niet in op, wijst boven het recht uit. De verschillen en de samenhang van recht en gerechtigheid kunnen als volgt worden samengevat:

1) De gerechtigheid is absoluut, het recht relatief (nl. gerelateerd aan historische en sociale gegevens etc.).
2) De gerechtigheid is wat men noemt het "ius constituendum", het vigerende of positieve recht. Gerechtigheid is het recht dat behoort te zijn, recht het recht dat is. Hier brengt Scholten toch wel een verfijning aan: gerechtigheid en recht kunnen en mogen nl. niet gescheiden worden (zoals het positivisme van de 19e eeuw consequent heeft gedaan), de gerechtigheid speelt een beslissende rol in het zoeken naar recht. Wie zegt, dat iets recht behoort te zijn, zegt daarmee eigenlijk, dat dat recht ìs, het andere is onrecht, behoort niet te zijn!
3) De gerechtigheid is het onbereikbare doel van het recht, het recht streeft altijd naar de gerechtigheid maar grijpt haar nooit. Het recht komt nooit verder dan het rechtmatigheidsoordeel, nooit tot het gerechtigheidsoordeel. Evenzo komt de wetenschap nooit aan het (absolute) waarheidsoordeel, slechts aan het juistheidsoordeel. De mens is immers eindig, beperkt, terwijl gerechtigheid en waarheid oneindig en absoluut zijn. Bovendien: de mens is zondig. De zonde is niet alleen een historisch feit (overtreding van Gods geboden, de mens wil zichzelf de wet stellen, zichzelf tot God zijn = autonomie), maar ook een kwade macht in enkeling en samenleving. Door die zonde is het goede, de gerechtigheid en de waarheid voor ons onbereikbaar geworden. De "gebrokenheid" van het leven duidt

op de breuk tussen het goede, dat wij wel willen en nastreven, en het kwade dat we tenslotte met al onze inspanningen bereiken. Ook deze gedachte van de zonde is essentieel in de rechtsfilosofie van Scholten, maar wordt meestal over het hoofd gezien, geen enkele schrijver rept er althans over.

Dit gerechtigheidspostulaat moet evenmin als de leer der beginselen worden beschouwd als natuurrechtelijke theorie. In de eerste plaats ziet Scholten noch de gerechtigheid noch de beginselen als rechtsregels en kan zijn visie reeds hierom dus niet als natuurrechtsleer worden bestempeld. Bovendien protesteert hij meermalen tegen de natuurrechtelijke opvattingen: hij beschouwt die als een overschatting van ons vermogen om het absolute recht te kennen (evenzo Pitlo, Systeem van het privaatrecht, Haarlem 1968, 4e dr. p. 4) en te volbrengen. Ook hier weer komt de beperktheid en eindigheid van de mens om de hoek kijken. In de derde plaats ziet Scholten het recht als iets dat per definitie veranderlijk is, waarover zo meteen meer. Rest ons nog de vraag: wat is de kenbron van de gerechtigheid, hoe kennen we de gerechtigheid? Of zoals Langemeijer schrijft (WPNR 4180-4181, p. 110): “wat kan de rechtsfilosofie zeggen over de inhoud der gerechtigheid?” Het is goeddeels een zaak van intuïtie, het geweten speelt een grote rol. Maar omdat het recht de gemeenschap betreft, mogen en kunnen we niet bij het subjectieve oordeel blijven staan. We zoeken steun. Scholten wijst dan op

(a) de geschiedenis en het feitelijk gebeuren, waaruit we veel lessen kunnen opdiepen die ons houvast kunnen bieden in het zoeken naar de gerechtigheid in het heden.

(b) de bijbel, die ons niet kant en klaar vertelt hoe het moet, maar die, naast een stuk leerzame geschiedenis (zie onder a), ons in aanraking brengt met Jezus Christus, die zelf de Waarheid is.

(c) het heden, de feiten en omstandigheden, het oordeel van anderen, mensenkennis, het collectief rechtsbewustzijn; hiermee kunnen we ons eigen rechtsgevoel vergelijken en zo nodig corrigeren.

Scholten gebruikt deze drie factoren niet als normen maar als heuristische principes. Ook de vijf interpretatiefactoren bij de rechtsvinding (zie blz. 11) zijn geen van alle normatief, maar heuristisch. Uitdrukkelijk zegt Scholten dit t.a.v. de grammaticale interpretatie (Alg. Deel p. 53 noot 1), maar het geldt m.i. impliciet voor alle vijf factoren.

Met het bovenstaande heb ik gelijk de derde grens van het rechtsbegrip aangegeven: de kant van de geschiedenis en de sociologie. Deze grens wordt gemarkeerd door rechtsgeschiedenis en rechtssociologie, plus rechtsvergelijking en algemene rechtsleer: zie hoofdstuk VII.

We stuiten hier op het verschil tussen recht en zede (= gewoonte). Wat de betekenis van

de gewoonte voor de rechtsvinding is, is door Scholten uiteengezet in het Alg. Deel par. 21-25. Hier gaat het om de inhoudelijke verschillen. Deze kunnen als volgt worden samengevat:

1. In het recht constateren we een heftige reactie als er van de regel afgeweken wordt, als er inbreuk op de regel wordt gemaakt. Bij de zeden en gewoonten wordt niet zo heftig gereageerd op inbreuk op de regel. In gelijke zin ook Kuyper (Anti-Revolutionaire Staatkunde, Kampen, 1916, deel I p. 5): “Op wat goed of slecht is, reageert veler besef soms zeer zwak, op wat waarheid of leugen is reeds veel sterker, maar ’t sterkst is de reactie, zoo men voelt dat er onrecht plaats grijpt. Dit kan niet geduld.” Scholten brengt hier nog een verfijning aan tussen inbreuk op het materieel recht en inbreuk op het formeel recht en stelt dat de laatste in veel ernstiger mate als onrecht wordt gevoeld dan de eerste.
   Dit verschil tussen recht en zede is m.i. te vaag om hanteerbaar (operationeel) te kunnen zijn. Hoe moet je die reactie meten? in de kring van de dader, van de gelaedeerde of daarbuiten? plaatselijk, regionaal of landelijk (of zelfs internationaal)? was de gewoonte sterk of zwak? hoe sterk leefde de overtreden rechtsregel in het rechtsbewustzijn? wie heeft of hebben gereageerd op de inbreuk en hoe? was er veel of weinig schade en aan wat voor goederen? etc.
2. In het recht wordt een beroep op de gemeenschap gedaan om het recht (de regel) te handhaven, het onrecht te herstellen. In de zede ontbreekt dit: inbreuk op de regel wordt niet gecorrigeerd. Hier is een onderscheid tussen het burgerlijk recht en het strafrecht: in het burg. recht komt de getroffene zelf op voor de rechtshandhaving en eist herstel van het onrecht, in het strafrecht komt de gemeenschap (d.m.v. haar organen) direct in actie met het doel het onrecht te vergelden.
3. In het recht geldt een kwalitatief criterium: iets is recht of onrecht, ja of nee, zwart of wit. In de zede kan iets meer of minder sterk gelden, de verschillen zijn gradueel.
4. In het recht kennen we regel en beslissing en bevoegdheid, in de zede alleen regels. N.b.: dit moet niet verward worden met het door Scholten verworpen onderscheidend criterium van recht en moraal, nl. dat het recht zowel rechten als plichten zou kennen, moraal alleen plichten (zie hierboven blz. 7). Het gaat hier niet over recht en moraal maar over recht en gewoonte. T.a.v. de ethiek (zedelijkheid) heeft Langemeijer er op gewezen, dat we daar naast gedragsnormen ook idealen, deugden en gewoonten kennen (Inl. tot de Studie van de Wijsbegeerte des Rechts 1973 p. 211-212).
5. Het recht bindt samen, schept gemeenschap, maar tegelijk schept het afstand, het scheidt, stelt tegenover elkaar. De zede bindt samen, schept gemeenschap,

> Dit laatste wordt gedefinieerd als: gebondenheid, waarin de enkelingen tot geheel worden verenigd en toch zichzelf blijven. In het strafrecht wordt afstand geschapen tussen individu en gemeenschap, in het burg. recht tussen individuen onderling.

Als laatste punt van dit hoofdstuk de verhouding tussen rechtswetenschap en taalwetenschap.
Er zijn enkele punten van overeenstemming. In beide (taal en recht) zit een logische eenheid, ook de taal zelf zit tot op zekere hoogte logisch in elkaar. Deze logische structuur wordt er niet door de taalwetenschap in gebracht, zoals ook in het recht een logische structuur ligt, die er niet door de rechtswetenschap wordt in gebracht. De wetenschap kan deze structuur slechts aan het licht brengen. Dat er een systeem is, wordt door Scholten verklaard uit de logische structuur en functie van onze geest, ons denken, dat altijd zoekt naar het logisch harmoniseren, systematiseren en trachten te verklaren van de dingen. Dit systeem moet echter niet worden verstaan als een gesloten systeem, voor geen wijziging vatbaar, in zichzelf rustend, maar als een open systeem: het wijzigt voortdurend, het is altijd in beweging. Dit geldt zowel voor de taal als voor het recht. Wat dit laatste betreft: elke interpretatie voegt iets nieuws aan de wet toe, elke beslissing brengt een nieuw element in het systeem, verandering is voor Scholten een essentieel kenmerk van het recht. Wat de taal betreft: ook incorrect spreken kan correct worden. Anders gezegd: het zijn geen statische maar dynamische systemen.
Er is echter ook een groot verschil tussen recht en taal, dat is de gezagsfactor. Het recht veronderstelt en behoeft gezag. Het is immers niet voldoende om in abstracto te weten wat de regel is, wat mag en moet, maar we moeten in concreto weten wat rechtens is. Recht is niet alleen regel, maar ook beslissing en verhouding (zie het volgende hoofdstuk). Er is dus een gezag nodig, dat beslist wat rechtens is, een persoonlijk gezag, dat in staat is conflicten op te lossen, knopen te ontwarren of zo nodig door te hakken. In de taal ontbreekt dit gezag. Er is niemand, die bindend kan uitmaken hoe de taal is. Het wordt wel geprobeerd, d.m.v. algemene regels (Spellingsregels, richtlijnen e.d. zie bv. de bijlagen bij het handwoordenboek van Koenen/Endepols), maar deze regels worden door niemand afgedwongen, er is geen instantie die de regels handhaaft.
Een laatste punt van overeenstemming is te vinden in de wetenschap. Zoals de algemene rechtsleer (in de zin van A. Merkel, zie hoofdstuk VII) door rechtsvergelijking tracht te komen tot de meest fundamentele en algemene regels, die in elke samenleving, in elk rechtsstelsel gelden, tracht de algemene taalwetenschap te komen tot zinzicht en begrip van het verschijnsel taal d.m.v. talenvergelijking.
Vgl. verder voor nieuwere ontwikkelingen op het gebied van recht en taal Bax in Portret van de Juridische Faculteit Rotterdam, Deventer 1976, p. 17 e.v. (uit de school van de

functionele rechtsleer, die gebaseerd is op het analytisch positivisme, m.n. de taalanalyse van Wittgenstein, zie Van Dunné in dezelfde bundel p. 116).

Hoofdstuk III. De opbouw van het rechtsbegrip.

Na in het vorige hoofdstuk de grens van het rechtsbegrip te hebben aangegeven, komen we nu tot de inhoud ervan.
Hierbij stuiten we al aanstonds op een moeilijkheid. Scholten geeft nl. op verschillende wijzen inhoud aan het begrip. Hij onderscheidt, anders gezegd, verschillende soorten van elementen. Deze soorten krijgen niet verschillende namen. Ik meen dat het nuttig is om ze uit elkaar te houden en wil dan ook een onderscheid in terminologie maken, met het risico, dat ik daarmee een babylonische spraakverwarring ontketen. (Aardig voorbeeldje van zo'n spraakverwarring, op het gebied van strafrecht: zowel Van Bemmelen als Enschedé onderscheiden elementen en bestanddelen van het delict, maar wat de één elementen noemt, noemt de ander bestanddelen, en omgekeerd, zie Enschedé, Beginselen van Strafrecht, Deventer 1969 p. 82 en Van Bemmelen, Ons Strafrecht, Haarlem 1970 p. 98-100).
Ik wil hier dan spreken over resp.

- componenten
- bestanddelen
- elementen
- beginselen
- axioma's of adagia.

Allereerst de componenten, die ik zie als meest fundamenteel in de visie van Scholten. Het zijn er drie:

1e ethiek
2e logica
3e macht.

De eerste twee begrippen zijn hierboven al ter sprake gekomen, niet als componenten (inhoud) van het rechtsbegrip, maar als grenzen (vorm) ervan.
Scholten begint hier bij E. Huber, die macht, ethos (ethiek) en logos (logica) aangeeft als "elementen" van het recht (V.G. I. p. 290). In tegenstelling tot Hubers visie, zijn deze drie voor hem niet gelijkwaardig, ze kunnen niet op één lijn gesteld worden. De ethiek is en blijft voor Scholten altijd de "hogere afkomst" van het recht. Hij denkt binnen het klassieke filosofische model van het goede, het schone en het ware (verum, bonum, pulchrum), dat van Plato afkomstig is (Schmidt p. 459). Het recht heeft geen aparte plaats naast deze drie categorieën van de geest, maar ligt opgesloten in en komt voort uit de categorie van het goede, de ethiek, de scheiding van goed en kwaad (anders: Kuyper, AR-Staatkunde I, 1916, p. 4, die het recht een afzonderlijke plaats geeft naast

het goede, het ware en het schone). Het heeft, via de gerechtigheid en de billijkheid, een sterk ethische inhoud en gebondenheid (zie hierboven blz. 11).

Naast deze ethische component is er de logica. Het recht streeft altijd naar rationalisering (dit niet begrepen in psycho-analytische zin, als afweernechanisme, noch in economische zin, als mechanisering en reorganisatie van een productieproces, maar in logische zin: rationeel, doorzichtig maken, logisch ordenen, systematiseren, generaliseren). Het rechtsoordeel moet logisch verantwoord en dus ook logisch opgebouwd worden, het moet immers voor de rechtsgenoten aanvaardbaar zijn (vgl. Alg. Deel par. 27; Langemeijer heeft dus niet helemaal gelijk, als hij zegt, dat het “de verdienste van Ter Heide is, dit laatste desideratum (nl. van de praktische aanvaardbaarheid van de beslissing, WB) op de voorgrond te hebben geschoven”, NJB 1975 p. 1328, Scholten schoof het reeds 45 jaar geleden naar voren). Aanvaardbaarheid eist, dat de uitspraak begrijpelijk en controleerbaar, verifieerbaar is. Maar het rechtsoordeel streeft niet naar juistheid, maar naar rechtmatigheid. Zelfs een onjuist oordeel kan tenslotte rechtmatig zijn: dit is (o.a.) de betekenis van het beginsel van de kracht van gewijsde van een vonnis of arrest. Het recht streeft naar vrede, er moet eens een einde komen aan de rechtsstrijd. De controleerbaarheid van een rechterlijke uitspraak is dus niet geheel hetzelfde als de verifieerbaarheid (of falsifieerbaarheid in de moderne kennis- en wetenschapsleer) van een wetenschappelijke uitspraak.

De logica is wel van groot belang, maar niet beslissend, er blijft altijd een belangrijke irrationele of a-logisch factor, zowel in rechtspraak als in rechtswetenschap. Dat irrationele (het kwam hierboven p. 10 al ter sprake) zit dan enerzijds in de factoren bij de rechtsvinding, de “factoren bij de vaststelling van de zin der wet” (aldus de titel van par. 9 van het Alg. Deel), de gebondenheid aan geschiedenis en maatschappij, anderzijds in de sprong die de beslisser altijd doet en die altijd een intuïtief element bevat: het is een keuze die men wel kan en moet motiveren, maar die tenslotte toch persoonlijk is, met kan een andere nooit logisch dwingend overtuigen. De irrationele of ideële factoren zijn:

1. geweten
2. rechtsgevoel
3. levensbeschouwing (= opvatting omtrent waarden en normen)

(aldus het opstel over Recht en Levensbeschouwing, 1915).
Ook Kisch, RMTh 1952 p. 529 e.v., heeft er op gewezen, dat het rechterlijk oordeel in Scholtens visie een levensbeschouwelijk karakter heeft. Dit heeft overigens felle protesten uitgelokt van Van Houten, RM 1915 p. 608-616, en van Van Brakel, Themis 1924 p. 359-364. Beiden stellen, dat recht en levensbeschouwing (geloof) volkomen van

elkaar gescheiden dienen te worden. Dit positivistische standpunt is m.i. door Scholten in heel zijn oeuvre voldoende weerlegd. Fel protest kwam ook van Kranenburg, RM 1935 p. 535-539: “De verwijzing naar het christelijk geloof is het bankroet der objectieve rechts- en staatswetenschap.” Ik zou zeggen: inderdaad, dat is nu precies wat Scholten wil aantonen! Zgn. objectieve, neutrale, autonome wetenschap bestaat niet!
Wat betreft de invloed van ideële factoren in de rechtsvinding verwijs ik nog naar de opsomming van Van Gerven, Het beleid van de rechter, 1973, p. 156: evenwichtsgevoel, wijsheid, persoonlijke smaak, geweten, open geest, temperament, gezond verstand. Scholten gebruikt het beeld van Themis (par. 28 Alg. Deel): zij houdt haar blinddoek voor, maar moet toch meer doen dan alleen maar mechanisch de weegschaal aflezen. Na alles afgewogen te hebben neemt de rechter een eigen, zelfstandige beslissing. In een wat moderner beeld: de rechter is geen computer, hij doet meer dan afwegen, tellen en meten: hij kiest. Als dit irrationele element niet zou meespelen, zouden we de rechters kunnen vervangen door computers (Van Gerven t.a.p.).

Er is nog een andere reden, waarom computers de rechtspraak niet kunnen overnemen. Recht eist een beslissing, een beslissing eist een beslisser, die met z’n persoonlijk gezag de beslissing dekt, a.h.w. garant staat. We komen hier aan de derde component, de macht.
De gegeven beslissing moet ook afgedwongen kunnen worden, recht dat niet verwerkelijkt kan worden is nog wel recht, maar het boet in aan gezag en tenslotte aan verbindende kracht. Die verwerkelijking of handhaving eist macht, dwang, zo nodig geweld. Bovendien: recht beoogt vrede, er moet een einde komen aan de rechtsstrijd tussen burgers. Het geschil moet worden beslecht, maar als één van beide partijen weigert de beslissing te eerbiedigen of gehoorzamen is er nog geen vrede. De macht is dus nodig om de vrede te herstellen.
De macht dus component van het recht. Toch is de macht niet essentieel voor het rechtsbegrip. In het volkenrecht bv. was er lange tijd geen rechtsmiddel om het recht te handhaven (die middelen kwamen pas na de oorlog, dus na Scholtens overlijden), toch was er wel sprake van volkenrecht. Hier komen we weer terug op de twee aspecten van recht die we hierboven onderscheiden (blz. 4 e.v.): het uiterlijke aspect (recht als regeling van de verhouding tussen mensen, die van buitenaf tot ons komt) en het innerlijke aspect (recht als deel van ons geestelijk leven, ons rechtsbewustzijn). Het volkenrecht leefde duidelijk in de rechtsovertuiging van de volken, alleen een sanctie, dwanguitoefening (het uiterlijke aspect) ontbrak nog.
Tussen recht en macht bestaat een wederkerige relatie. Enerzijds kan het recht niet zonder macht, anderzijds kan de macht niet zonder recht. Het eerste is hier zojuist besproken, het tweede spreekt min of meer voor zichzelf. De macht moet worden

gereguleerd door recht, de machtsuitoefening mag niet ontaarden in willekeur. Dit betekent o.a. dat de machtsuitoefening ook gecontroleerd moet worden. Vgl. Van Wijk, Hoofdstukken van administratief recht, Groningen/Den Haag 1972, p. V: ”Men kan stellig met Peters poneren: Die Verwaltung bedarf des Rechts; maar met meer recht is de omgekeerde stelling te verdedigen: das Recht bedarf der Verwaltung”.

De verhouding van macht tot recht is tweeledig: ten eerste is er het verschijnsel van de macht in het recht, ten tweede staat er ook macht tegenover het recht.

Om met het eerste punt, de macht in het recht, te beginnen: Scholten verwerpt de theorieën die de Staat almachtig willen maken (Nietzsche, Macchiavelli, Plato, Hobbes, Hegel, Marx enz. enz.), ook de religieus getinte of theologisch gefundeerde die hetzelfde doen (Luther, vgl. Hommes p. 65). Hij kiest voor een controlemodel, waarbij de machthebbers of gezagsorganen jegens elkaar en jegens het volk verantwoording hebben af te leggen voor hun machtsuitoefening of hun beleid. Dit wil overigens niet zeggen, aldus Scholten, dat de democratische staatsvorm bij uitstek de christelijke of bijbelse zou zijn, zoals Karl Barth schijnbaar meent. Het recht is primair. Dit recht is een aspect van de verhouding individu-gemeenschap, waarover we reeds spraken (blz. 3). In deze verhouding kiest Scholten (tegen de collectivistische en individualistische modellen) voor het christelijke model van de naastenliefde met primaat van de enkeling boven de gemeenschap. Anders gezegd: een evenwichts- of harmoniemodel. De Staat mag nooit heersen over het individu, maar vindt altijd een grens waarbinnen het individu vrij moet blijven. Deze grens is de gewetensvrijheid, de verantwoordelijkheid van de mens tegenover God. (Zie ook hoofdstuk V).

Wat het tweede punt betreft, de macht tegenover het recht, hier komen we aan het vraagstuk van de gerechtvaardigde revolutie. Ook hier houdt Scholten vast aan zijn uitgangspunt, de persoonlijkheid. Revolutie kan slechts gerechtvaardigd zijn, als de persoonlijkheid (= de gewetensvrijheid) al te zeer in het gedrang komt. En dan nog alleen, als deze opstand tegen het gezag werkelijk voortkomt uit een innerlijke nood, gewetensdrang, die bijbels gefundeerd is. Om deze reden wijst hij de Franse revolutie (1789) en de Russische (1917) scherp af: ze brengen geen bevrijding van het individu, maar een ernstige inbreuk op de persoonlijkheid. De uitoefening van macht moet door de onderdanen ervaren kunnen worden als een bevrijding, door de machthebber als een ootmoedig aanvaarde gave, een dienst aan de onderdaan.

Het tweede punt: de bestanddelen van het recht. Scholten noemt er drie:

1. de regel
2. de beslissing
3. de verhouding

(zie WPNR 5314 p. 487 rechterkolom).

Recht is regel. Fundamenteel is het door Aristoteles aangegeven principe van de gelijke behandeling van gelijke gevallen (vgl. Hommes p. 24: de distributieve gerechtigheid). Evenzo de door het christelijk geloof aangegeven regel van de gelijkwaardigheid van alle mensen. Recht is een samenstel van regels, die gelden in een bepaalde tijd in een bepaalde samenleving (vgl. hoofdstuk II: drie begripsomschrijvingen). Ik ga hier niet weer op in na hetgeen in hoofdstuk II is besproken.

Deze regels vragen om toepassing: niet voldoende is, te weten wat in abstracto moet en mag, maar wat in concreto moet en mag, in een bepaalde verhouding. Ook dit is reeds behandeld. Anders gezegd: niet wat men i.h.a. moet en mag, maar wat ik hier en nu moet en mag in deze verhouding ten opzichte van de ander, is belangrijk te weten.

De beslissing grijpt dus in op de concrete verhouding. De rechtsverhouding (met een kleine woordspelling: de rechte verhouding) is het doel van zowel de regels als de beslissingen. De eerste definitie uit hoofdstuk II luidde immers: recht = een regeling van de verhoudingen tussen mensen. Die verhouding betekent: toerekening en toebedeling. Toerekening betekent verantwoordelijkstelling van de mens voor zijn daden, de mens ondervindt de gevolgen van zijn eigen daden. Toerekenen is aanspreken, aansprakelijk stellen. Wie in een verhouding jegens mij iets doet, wat hij niet behoort te doen, die kan ik ter verantwoording roepen en eisen het goed te maken.
Naast de toerekening staat de toebedeling. “In het recht wordt al datgene, wat de mens in de natuur aantreft en waarover hij in zijn belang kan beschikken, tussen de mensen verdeeld, het privaatrecht wijst aan, wie deze zaken tenslotte dienstbaar zijn, waarop hij recht heeft in subjectieve zin.”, aldus Asser van der Grinten 1, De Vertegenwoordiging, 1973 p. XV. Behalve regeling van de verhouding van de mens tot zaken (toebedeling van wat de mens in de stoffelijke natuur aantreft), is privaatrecht ook regeling van de verhouding tussen mensen onderling, het maakt uit waar ik recht op heb in mijn verhouding tot de ander.
Toerekening betekent “schuld”,
toebedeling betekent “subjectief recht”.

Dit alles eist toch nog een verduidelijking. Immers, zitten we hier niet wat eenzijdig te denken aan alleen maar het privaatrecht? Er is toch nog zo veel meer. Hierop antwoordt Scholten: privaatrecht en strafrecht staan tezamen als het “gemene”(= gewone) recht tegenover het staats- en bestuursrecht. Beide eerstgenoemde regelen het gedrag van de mensen, beide laatstgenoemde betreffen de wijze waarop de regels gevormd worden, de organisatie der samenleving.
Deze onderscheiding is aanvechtbaar (zie bv. Gerbenzon en Algra, Voortgangh des Rechtes, Groningen 1969 p. 295/296). Of het in Scholtens dagen opging kan ik niet beoordelen, in onze tijd gaat het zeker niet op. Het “bijzonder” recht (staats- en bestuursrecht) kan niet ondergeschikt gemaakt worden aan het “gemene” recht (burgerlijk recht en strafrecht), hoewel Belinfante dit nog wel leert (Kort begrip vaan het administratief recht, Alphen aan den Rijn 1971 p. 3). Rechtsgebieden als het fiscaal recht, het sociale verzekeringsrecht (over de rechtsgrondslag hiervan zie De Guasco e.a., het sociale verzekeringsrecht in Nederland, Alphen aan den Rijn 1971 p. 1), het milieurecht, het sociaal-economische recht (of ordeningsrecht), het volkenrecht e.a. hebben een eigen, niet herleidbare of ondergeschikte plaats in het geheel van het recht. Bovendien: wordt het menselijk gedrag wel beheerst door de wet? Of zijn er andere, sterkere motieven, zoals overlevingsdrang, zelfbehoud, eigenbelang, egoïsme, idealisme, altruïsme, moraal, fatsoen, vrees, etc. (vgl. Zonderland, Methode van het privaatrecht, 1974 p. 77-78 noot 247).

Alle drie, regel, beslissing en verhouding, zijn dus even primair in het recht, ze hangen wel met elkaar samen maar zijn niet tot elkaar te herleiden. De beslissing vloeit voort uit de regel maar ook omgekeerd: in een open, dynamisch systeem werkt de beslissing mee aan de vorming van nieuwe regels. Ook hier dus weer: geen monisme, geen poging om alles te herleiden tot één principe, maar een op gelijke voet naast elkaar bestaan van meer principes.

Het derde punt in dit hoofdstuk: de elementen van positief recht. Scholten noemt in het “gemeen” recht:

- bevel, norm, moeten, regel
- verlof, mogen, bevoegdheid, subjectief recht
- voorschrift, behoren (= het aanvullend recht)
- sanctie
- belofte, wilsverklaring, zullen
- gewoonte.

T.a.v. deze elementen kan ik zonder meer verwijzen naar de par. 3 t/m 7 van het Algemeen Deel, waar dit alles uitvoerig behandeld wordt.

In het staatsrecht wijst Scholten op

- de constitutie of grondwet
- de organieke wetten
- de conventies of staatsrechtelijke gewoonten.

Ook deze behoeven geen nadere toelichting.
Hierboven (blz. 16) wees ik er al op, dat Scholten het onderscheid tussen wat ik hier componenten, bestanddelen en elementen heb genoemd, niet uitdrukkelijk maakt. Toch is het er m.i. wel. Het is nl. een verschil in abstractiegraad: de componenten hebben een hogere abstractiegraad dan de bestanddelen en deze weer een hogere abstractiegraad dan de elementen.
Alle drie hebben ze gemeen, dat ze kleurloos zijn, d.w.z. ze hebben geen normatieve inhoud of betekenis ("kleur"). Dit is het kenmerkende verschil met de beginselen en de axioma's, die wel normatief zijn. Het tweede deel van dit hoofdstuk zal aan deze beginselen en axioma's besteed worden.

Scholten definieert de beginselen als "tendenzen welke ons zedelijk oordeel aan het recht stelt" (Alg. Deel p. 83), m.a.w. normatieve tendenzen in het recht (niet vàn het recht), die wel in een bepaalde richting wijzen maar op zichzelf nooit tot een conclusie of beslissing kunnen leiden. Tussen de beslissing en het beginsel ligt de regel.
Hij noemt vier beginselen:

1. de persoonlijkheid
2. de gemeenschap
3. de gelijkheid
4. het gezag.

Deze vier zijn de meest fundamentele grondbeginselen. Ontbreekt er een, dan is het recht geen recht meer. Op zichzelf zijn dit nog nauwelijks tendenzen te noemen, het zijn veeleer begrippen. Pas in het spanningsveld van de begrippenparen ontstaan de eigenlijke normatieve tendenzen, die we m.i. beter kunnen aanduiden als adagia of axioma's (waarover ik zal spreken na de behandeling van de vier "beginselen").
Deze vier beginselen zitten in ieder rechtssysteem, zijn universeel. Ze zitten in het recht, maar wijzen boven het recht uit naar de ethiek. Dat geldt vnl. voor de eerste twee. De gelijkheid verwijst naar de logica (aldus V.G. I p. 408), het gezag is veeleer een irrationele factor.
Dat Scholten met deze universele beginselen toch geen natuurrecht geeft, heb ik al op blz. 12 uiteengezet.

Over de verhouding van gemeenschap en individu sprak ik al (blz. 3), evenals over de principiële gelijkwaardigheid van alle mensen (blz. 20). Waar de erkenning van de

persoonlijkheid verdwijnt, houdt het recht op, recht te zijn. In de marxistische heilsstaat, waarin alle mensen zijn gelijkgeschakeld en opgegaan in de massa, is er dus geen recht. Vgl. over het marxisme/bolsjewisme: Schmidt p. 57-58 (“klassenlos, staatenlos, gewaltlos”); Holzapfel, Die duisternis voorstellen als licht. Over het wezen van het bolsjewisme. Franeker z.j. (“ein Erfahrungsbericht”); Ouweneel, Operatie Supermens p. 219-221 (over de Darwinistische wortels van het Marxisme). De waarde die achter het persoonlijkheidsbeginsel ligt is de vrijheid, m.n. de gewetensvrijheid (hierboven al besproken).

De tegenhanger van de persoonlijkheid is de gemeenschap. Hoe deze verhouding door Scholten wordt opgelost, kwam al enkele malen ter sprake. Deze beide, persoonlijkheid en gemeenschap, zijn niet tot elkaar te herleiden, zoals velen hebben geprobeerd. Enerzijds zijn daar de individualistische theorieën: Rousseau (vgl. Hommes p. 134-135) en Hobbes (vgl. Hommes p. 146-148) en Marx (Hommes p. 238, Van Dunné, Oratie p. 44), die het individu tot doel verheffen (seculiere verlossingsleer). Anderzijds de universalistische theorieën, die het individu geheel doen opgaan in de gemeenschap: Plato (vgl. Hommes p. 14), Hegel (Hommes p. 154-156), Spann, Litt. Het conflict wordt opgelost door het gebod der naastenliefde. Die naastenliefde is volgens Scholten dan ook de achter het gemeenschapsbeginsel liggende waarde (richting of betekenis).
Gemeenschap is: wederzijdse geestelijke verbondenheid. De ideale gemeenschap is de grondslag van het recht. In deze gemeenschap worden de individuen met elkaar verbonden, maar blijven toch zichzelf, ze gaan niet in de gemeenschap op (zoals in de universalistische theorieën).
Met dit idee, dat de liefde de grondslag is van de gemeenschap, heb ik geen moeite. Dit is anders bij de ook door Scholten aangehangen gedachte, dat de Decaloog (de “tien geboden”) de grondslag zouden vormen van ieder recht (V.G. I, p. 390). Acht van de tien geboden zijn immers negatief geformuleerd (“gij zult niet...”). Ik zie niet in, hoe een rechtsstelsel op een negatief fundament kan worden gebouwd (als ik weet wat ik nìet moet doen, weet ik daarom nog niet wat ik wèl moet doen). Dit wordt anders als deze negatieve voorschriften worden omgezet in positieve normen, bv. het gebod van de naastenliefde. Langemeijer (Inl. tot de studie van de Wijsbegeerte des rechts p. 211-217) heeft getracht de gulden regel (door hem geformuleerd als: eigen en andermans belangen met gelijk gewicht wegen, anders gezegd: wat gij niet wilt dat u geschiedt, doet dat ook een ander niet) tot uitgangspunt te maken, als de norm voor het zedelijk handelen, daarbij onderscheidend tussen normen en idealen. Als ideaal (nìet als norm) ziet hij het gebod van de naastenliefde. Mijn bezwaren tegen deze visie zijn

a) ”wat gij niet wilt..” is ook negatief geformuleerd, het legt een plicht tot onthouding op.

b) het “wat gij niet wilt..” vind ik nergens in de Schrift terug; daar heet het: “gelijk gij wilt dat u de mensen doen, doe gij evenzo” (Lukas 6:31 en Mattheüs 7:12), dus positief geformuleerd!

c) ook het kunstmatige onderscheid tussen normen en idealen vind ik niet in de Schrift terug: de naastenliefde is wel degelijk een verblindende norm. Dat wij deze norm niet kunnen volbrengen, zoals Langemeijer terecht opmerkt (p. 211) is het overtuigende bewijs van onze zonde, verdorvenheid, goddeloosheid, maar geeft ons niet het recht om de naastenliefde dan maar als onbereikbaar ideaal te bestempelen (en daarmee het gebod Gods krachteloos te maken).

Kisch’ opmerking (RMTh 1958, p. 292) dat de gulden regel inhoudsloos is, is dus wel juist. Tegen zijn betoog wil ik het volgende stellen:

a) de Schrift geeft uitvoerig inhoud aan dit algemene gebod.

b) als criterium voor het eigen geweten (zelfonderzoek), is het liefdegebod verpletterend concreet

c) er staat geschreven: “gelijk gij wilt dat u de mensen doen..”. Wie weet niet, hoe hij zelf graag bejegend wil worden??

De zgn. dialectische tegenstelling tussen persoonlijkheid en gemeenschap wordt niet overbrugd door een synthese. Langemeijer (WPNR 5314 p. 557) merkt hierover op: ”van dialectiek in de zin van Hegel verschilt datgene wat hier bedoeld is reeds aanstonds door het ontbreken van de gedachte van de omslag van de these in haar antithese.” Evenzo Kisch in RMTh 1952 p. 529 e.v. en Langemeijer in WPNR 4180-4181. Is dit juist gezien? Vooreerst: het dialectisch proces vinden we niet alleen bij Hegel (zoals Schaeffer, Escape from Reason, London 1971 p. 40-42, en The God Who is there, London 1973 p. 19-20, suggereert). Ook Fichte (Von Aster p. 305, Schmidt p. 128) en Schelling (Von Aster p. 313-314, Schmidt p. 367) kenden het reeds (ze waren tijdgenoten van Hegel). Von Aster wijst voorts op Proklos (5^{e} eeuw na Christus) (p. 107-108). Nog dieper doorgravend schijnen we terecht te komen in de chinees-indische filosofische keuken: Van Dunné oratie p. 28 (vergelijkbare ideeën zijn te vinden bij Van Gerven, die het solidariteits-motief in het moderne westerse denken vergelijkt met dat in oosters en Afrikaans primitief rechtsdenken, zie zijn boekje Het beleid van de rechter).

Het dialectische proces gaat als volgt: er is een gegeven (these); dit gegeven roept zijn tegendeel op (antithese); vervolgens worden beide op hoger niveau verenigd tot een nieuw gegeven (synthese). Kort gezegd: “von der Thesis zur Antithesis und weiter zur Synthesis” (Schmidt p. 84). Dit proces is door Hegel tot methode verheven (Schmidt p. 178, Von Aster p. 324-325). Latere toepassingen van deze methode zijn te vinden bij Marx (vgl. Ouweneel, Operatie Supermens p. 219-220, Von Aster p. 366), Freud, Marcuse, Fromm (Van Dunné oratie p. 29-32), Sartre, Gadamer, Ricoeur (id. p. 45-48).

Toegepast op Scholtens rechtsleer: de these en de antithese zijn gelijktijdig aanwezig en er volgt geen synthese. Ook zijn de these en de antithese gelijkwaardig en niet tot elkaar te herleiden. Dit zelfde patroon is ook te zien bij de oude Griekse filosofie, nl. het vorm-materie motief. M.i. bestempelt Hommes dit ten onrechte dialectisch (p. 3).
Ik meen, dat het t.a.v. Scholten dan ook juister is, niet te spreken van dialectisch (zoals o.a. Van Dunné in NJB 1971, p. 815 en 821), maar van dualistisch, antithetisch, paradoxaal (Van Dunné oratie p. 28 e.v.) of polair (vgl. Schmidt p. 328 en Von Aster p. 313: "Polarität"). Huiskes (AAe 1971 p. 293-304) geeft blijk van een volkomen verkeerd begrip van Scholtens dialectiek. Hij meent het als volgt weer te kunnen geven: de these is het Sein (feit), de antithese het Sollen (norm), de synthese de concrete beslissing. Met wat ik hierboven schreef, is deze verminkte interpretatie m.i. voldoende weerlegd.

De gemeenschap berust op:

- gemeenschappelijke afkomst
- gemeenschappelijke taal
- gemeenschappelijke geschiedenis.

De gemeenschap bestaat in:

- huwelijk
- gezin
- de Staat
- de kerk
- de volken onder elkaar
- de mensheid in z'n geheel.

Hoe Scholten dit precies bedoeld heeft, is mij niet geheel duidelijk. Ik zou zeggen, dat grootheden als enerzijds huwelijk of gezin en anderzijds de volken onder elkaar of de gehele mensheid zich moeilijk met elkaar laten vergelijken...
Wat de Decaloog betreft, het zesde gebod (niet doden) en het achtste (niet stelen) worden door Scholten herleid tot het persoonlijkheidsbeginsel (de vrijheid). Het vijfde (eerbied voor de ouders) en het zevende (tegen de echtbreuk) worden herleid tot het gemeenschapsbeginsel (de liefde).

Als derde beginsel de gelijkheid. Ik wees reeds op het Aristotelische principe van de gelijke behandeling van gelijke gevallen (blz. 20): similia similibus. Dit beginsel verwijst naar de verdelende gerechtigheid. Omgekeerd vloeit uit de gerechtigheid voort, niet alleen de gelijkheid, maar ook de billijkheid. Dit is weer een verschil met Aristoteles, die de billijkheid ziet als een van de vier vormen der bijzondere gerechtigheid (Hommes p. 25), terwijl bij Scholten de gerechtigheid nu eens leidt tot de gelijkheid, dan weer tot de billijkheid (zie voorts hoofdstuk VI). De gelijkheid streeft naar eenheid, de billijkheid naar

verscheidenheid. Uit de gelijkheid vloeit voort de eis van evenredigheid. Dat leidt in het strafrecht tot vergelding, in het burgerlijk recht tot de eis van schadevergoeding bij rechtsinbreuk.
Hier komt een aardig, maar niet erg belangrijk meningsverschil naar voren: Scholten baseert hier de schadevergoeding op het gelijkheidsbeginsel (gerechtigheid en evenredigheid), terwijl ik in een opstel over “Schuld en risico in de producten-aansprakelijkheid” (juli 1975) de liefde (en dus, in de visie van Scholten, het gemeenschapsbeginsel) als grondslag der schadevergoeding heb aangegeven (blz. 8 van dat essay). (Overigens zou ik bepaalde uitspraken in dat opstel nu niet meer voor m’n rekening durven nemen, maar dit even terzijde.) Meer dan een curiositeit is dit meningsverschil niet. Het bewijst dacht ik wel, dat Langemeijer het goed gezien heeft, toen hij opmerkte (WPNR 5314 p. 557), dat Scholtens visie voornamelijk intuïtieve, onberedeneerde het sterkst naar voren.
Een laatste opmerking over het gelijkheidsbeginsel: dit, in combinatie met het persoonlijkheidsbeginsel, is volgens Scholten de grondslag van de grondrechten.

De tegenhanger van het gelijkheidsbeginsel is het beginsel van het gezag. Kisch (RMTh 1952, p. 529) heeft opgemerkt, dat gezag en gelijkheid geen tegenstellingen zijn. Zoals hieronder zal blijken, hebben ze in Scholtens visie in elk geval wel enkele tegengestelde kenmerken. Achter het gezagsbeginsel zit als doel de vrede en de orde. Recht moet uit zijn aard verwerkelijkt worden (zie hierboven blz. 8 en 18). Die verwerkelijking eist een daad, welke alleen gesteld kan worden door een persoon, die voor deze daad verantwoordelijk is en hem met zijn persoonlijk gezag dekt. Het gezag is dus inherent aan het recht. De belangrijkste gezagsdragers zijn de wetgever, de administratie en de rechter. Het gezag draagt de rechtsregel, het beginsel staat op zichzelf. Het gezagsbeginsel staat tegenover het gelijkheidsbeginsel, omdat het juist ongelijkheid betekent. Achter het gezagsbeginsel ligt de gehoorzaamheid, of misschien beter (hoewel Scholten dit niet zelf zegt): de onderdanigheid (Ouweneel, Operatie Supermens p. 123: “onderdanigheid is een houding die te allen tijde moet worden ingenomen (moet zijn: aangenomen, WB) - maar onderdanigheid is niet hetzelfde als gehoorzaamheid”). Hier komt een irrationeel element, tegenover het rationele van de gelijkheid. Men tracht dit conflict op te heffen door het invoeren van het meerderheidsbeginsel, waarbij dan de meerderheid het gezag vertegenwoordigt. Bij Scholten stuit dit af op de aard van het gezag:

1) gezag is immers een innerlijke zaak, meerderheidsmacht een uiterlijke
2) gezag betekent “behoren”, macht betekent “moeten”
3) gezag wordt gevoed door eerbied, macht door vrees.

Bovendien is de consequentie, dat de meerderheid altijd gelijk heeft, voor Scholten onaanvaardbaar (zie hierboven blz. 5).
Als macht functioneert zonder gezag is er tirannie, als gezag functioneert zonder macht anarchie. Het doorvoeren van het meerderheidsbeginsel leidt ten slotte tot ongelijkheid, omdat men relevante verschillen tussen individuen uit het oog verliest! Aldus bewerkt het gelijkheidsbeginsel ongelijkheid: summum ius summa iniuria.
Bovendien: de meerderheid is een onpersoonlijke grootheid, een aggregaat, terwijl bij Scholten gezag een zuiver persoonlijke zaak is, alleen en uitsluitend een natuurlijk persoon (= een mens) kan gezag hebben, kan soeverein zijn. Langemeijer (WPNR 5314 p. 556-557) noemt dit een verrassende zienswijze, ”bijzonder interessant”, door Scholten geponeerd “zonder verdere argumentatie. Blijkbaar was zij voor hem een axioma, voortgekomen uit zijn intuïtief inzicht in de kenmerken van het recht,” welk axioma in verband staat met het geloof.
Het bezwaar, dat alleen een mens gezag kan hebben, probeert men wel te ondervangen door het gezag te herleiden tot het individu of de persoon (individualistische staats-theorieën, zie blz. 23 en hoofdstuk V). Men zou zich dan vrijwillig onderworpen hebben aan de collectiviteit, d.m.v. een “contrat social” o.i.d. Maar in de visie van Scholten zijn gezag en persoonlijkheid niet tot elkaar te herleiden.

Naast deze vier universele grondbeginselen stelt Scholten allerlei andere beginselen van positief recht (axioma’s of adagia), die minder fundamenteel zijn en kunnen worden opgespoord door analyse van de wet. Ze liggen in de wet, waren er al toen de wet gemaakt werd. Ze grenzen aan de ratio legis, in die zin dat we van de regel opklimmen tot de ratio legis en vervolgens (in de richting van de ethiek) naar de beginselen van positief recht, de adagia. Achter en boven deze adagia staan dan weer de hierboven behandelde vier grondbeginselen. Tegenover de inductieve rechtsleer, die stelt dat de adagia a posteriori (achteraf) uit de wet worden afgeleid (aldus V.G. I p. 402), stelt Scholten, dat ze reeds van de aanvang af in de regel besloten lagen. Eén van de taken van de rechtswetenschap is het opsporen van deze beginselen. Hiervan heeft Scholten zelf een bijzonder fraai voorbeeld gegeven in zijn dissertatie over schadevergoeding buiten overeenkomst en onrechtmatige daad, Amsterdam G.U. 1899 (samengevat en besproken door Drucker in RM 1900 p. 162-165). Uit een groot aantal bepalingen uit het burgerlijk (en handels) recht en het strafrecht destilleert hij het beginsel van de schadevergoeding buiten o.d. en ovk: De volgende artikelen passeren de revue:

- BW 1403 lid 1 en 3, 1404, 1405, 625, 689, 699, 715, 1746 e.v., 1845, 1765, 1669
- WvK 374 (oud, thans 358), 423, 536, 538, 540, 541, 543 (alle sindsdien gewijzigd in 1924 i.v.m. het Aanvaringsverdrag van Brussel 1910), 91 en de avarij-grosse regeling

- BRv 732, 739
- GW 165, 166 (in 1899 waren dat de artt. 151 en 152)
- en de toen nog niet bestaande (ter vergadering van de NJV van 1886 voorgestelde) regeling van de schadevergoeding wegens voorlopige hechtenis, thans de artt. 89-93 Sv (onlangs uitgebreid).

In de loop van het betoog beroept hij zich op de volgende “rechtsvindingsfactoren”:

- het rechtsgevoel
- het rechtsbewustzijn
- de moraal, ethiek
- belangenafweging
- de billijkheid
- de ontwikkeling in de samenleving
- de rechtvaardigheid
- logica, rationaliteit
- buitenlandse wetgeving en rechtspraak
- economische argumenten
- esthetische constructie
- toekomstige wetgeving (Ontwerp Ongevallenwet 1901)
- wetsgeschiedenis
- doel der wet
- rechtsgeschiedenis, o.a. Romeins recht
- ratio der bepalingen
- gezond verstand, common sense
- tekst der wet
- jurisprudentie
- analogie
- nut
- analyse van de situatie die een artikel beoogt te regelen
- systematische eenheid der wet, logische consistentie
- buitenlandse schrijvers. Hier maakt hij een curieuze fout: De Duitse schrijver R. Merkel wordt bestreden met het Ned. WvK (diss. p. 114)...

Als we deze vier grondbeginselen gehad hebben (en de adagia), komt ten slotte altijd weer de gerechtigheid opduiken. Dit brengt ons bij de ethiek en ten slotte weer bij het geloof en de levensbeschouwing. Waar komt immers de kennis van goed en kwaad vandaan? Voor de christenen: uit de zondeval in Genesis 3. Of men beseft en erkent, dat de mens door zijn “afval van God” (aldus V.G. I p. 412) onderworpen is aan de macht der zonde, òf men blijft de mens beschouwen als fundamenteel goed (en dus te verbeteren: psychologie, anthropologie, psychiatrie, maatschappijverbetering etc.), òf men doet een sprong in het niets en werpt alle hoop en alle normatiek overboord (nihilisme, ook in allerlei moderne filosofie, vgl. Hommes p. 300).

Hoofdstuk IV. Recht en mensbeeld.

Het mensbeeld is in drie betekenissen op te vatten: psychologisch, filosofisch en bijbels-theologisch. In deze volgorde komen ze hier ter sprake.

De psychologische betekenis komt nergens expliciet aan de orde, maar kan weergegeven worden met het klassieke model

- wil: het conatieve of volitieve (volitionele) aspect
- gevoel: het affectieve of emotionele aspect
- verstand: ratio, cognitie of intellect.

Dit model, veel bekritiseerd maar niettemin nog steeds in gebruik in de psychiatrie en de psychologie, komt zoals gezegd, nergens uitdrukkelijk ter sprake. Ik ga er dan ook niet verder op in.

Uitvoerig spreekt Scholten over de tweede betekenis. Hij begint dan bij Descartes: “cogito ergo sum”, ik denk, dus ben ik. Dit “cogito” moet niet alleen cognitief worden opgevat: “auch das Wahrnemen, Fühlen, Willen sind in diesem Descarteschen Sprachgebrauch Akte des Denkens” (Von Aster p. 200). Het zijn (sum) is gefundeerd in het denken (cogito), het denken is primair. Het denken veronderstelt een subject dat denkt en een object (resp. “denkende und ausgedehnte Substanz”: Schmidt p. 79, Von Aster p. 200, 202-203), m.a.w. de subject-object relatie is het meest fundamentele gegeven in het menselijk zijn. Tegelijk staan zijn en denken tegenover elkaar, het denken wordt geïsoleerd. Kant bouwt hierop voort. Hij creëert een strenge scheiding tussen kenobject en kensubject. Het object wordt gekenmerkt door causaliteit: het hele denken over de natuur is te herleiden tot het schema van oorzaak en gevolg. Deze natuur, dit gegeven buiten de mens, is te kennen door ervaring (empirie, waarneming) en rede (ratio, de intellectuele verwerking van het waargenomene). Dit object maakt deel uit van het Sein. Tegenover dit object staat het kensubject. Zoals het object gekenmerkt wordt door causaliteit wordt het subject gekenmerkt door vrijheid, autonomie. Vgl. over dit natuur/vrijheid schema Hommes p. 58-60, 142-144, Von Aster p. 277, 291, Schaeffer, Escape from Reason p. 33, 42 en The God Who Is There p. 181. Deze vrijheid heeft een zedelijke strekking: het individu kan vrij kiezen. Deze moraal wordt gekend door de “praktische Vernunft”. Hiermee bevinden we ons in de sfeer van het Sollen, het behoren. Kant heeft deze tegenstelling tussen Sein en Sollen (empirisch en normatief, alethisch en deontisch) gemaakt tot het fundament van heel het denken. Er is bij hem geen brug tussen beide. Dit heeft geleid tot een totale uitbanning van het normatieve element uit alle empirische wetenschap (althans een poging daartoe),

wetenschap moet “waardevrij” zijn. Vgl. over Kants juridisch positivisme Hommes p. 152-153.

Scholten brengt hier als protesten tegenin:

1) de uitbanning van het normatieve uit de wetenschap is niet mogelijk (zie ook blz. 4), er blijft bv. in het recht altijd een element van gerechtigheid. Ook in elke andere wetenschap blijven a-logische waarderingselementen een rol spelen (althans in de empirische wetenschappen), volkomen objectiviteit is uitgesloten.
2) de ethiek van Kant leidt tot een bodemloos subjectivisme, dat ten slotte uitloopt op anarchie. Iedereen mag immers zelf weten wat hij doet, de mens is autonoom (Von Aster p. 290, Schmidt p. 219), er is geen intersubjectieve maatstaf. “De ontkenning der maatstaf is ten slotte een ontkenning der gemeenschap” (Beginselen van Samenleving, V.G. I p. 357).
3) er komt een scheiding tussen zijn en behoren, die niet wordt overbrugd, op geen enkele manier functioneel kan worden gemaakt. Anderen hebben getracht deze scheiding op te heffen, door het behoren geheel op te laten gaan in het zijn: de naturalistische theorieën (Hobbes, Marx, Engels). Maar ook hier is het leven (de natuur) weer sterker dan de leer, de scheiding van goed en kwaad kan nooit opzij gezet worden, het normatieve krijgt toch altijd weer een eigen plaats tegenover de natuur, het zijn.

Dit alles doet de vraag rijzen, of het dilemma Sein versus Sollen wel juist is. Is er niet een filosofische oplossing? Scholten komt dan terecht bij Augustinus.

Augustinus stelt het zijn primair t.o.v. het denken. Het zijn gaat aan het denken vooraf. Bij hem is er geen tegenstelling (dualiteit) van zijn en denken, maar een eenheid (triniteit) van zijn (herinnering), denken (begrip) en willen (liefhebben). Vgl. Von Aster p. 131: Sein-Leben-Erkennen, of: Sein-Wissen-Lieben. De subject-object relatie van Descartes en Kant is hier vervangen door een subject-subject relatie: het ik onderstelt of postuleert een gij, een naaste. Anders gezegd (Ebner, Gogarten, Heim, Brunner): Ich bin durch dich! Het gaat uiteindelijk niet om het denken, waarin de scheiding van subject en object wordt voltrokken, maar om het liefhebben, het willen of handelen, waarin de gemeenschap van subjecten bestaat. Deze liefde is tegelijk gave (de liefde tot zichzelf) en opgave (de liefde tot de naaste). Bestaansgrond van de mens is ten slotte niet het “cogito” maar het liefdegebod, zoals weergegeven in het evangelie: gij zult de Here uw God liefhebben boven alles en uw naaste als uzelf.

Anders gezegd: het ik bestaat niet, is niet, los van God en de naaste, het denken kan niet geïsoleerd worden. Vgl. Telders, WPNR 3362 (boekbespreking van Scholtens Beginselen van Samenleving).

Maar hier zit nu weer de breuk van de zonde: de liefde is een gebod, dat wij niet volbrengen. We weten wat we moeten doen, maar schieten tekort in het volbrengen, het

doen, het handelen. Het gebod nu, het behoren, is de brug die het kennen en het handelen verbindt. Dus niet: subject (Sollen) tegenover object (Sein), met een kloof die niet overbrugd kan worden, maar weten (kennen) tegenover handelen (willen), met een kloof (de zonde) die overbrugd wordt door het gebod. Eén stap verder (maar Scholten heeft deze stap niet met zoveel woorden gedaan) komen we bij het volgende model: enerzijds staat God, de Absolute (van wie Jezus zei: “Eén is de Goede”, Mattheüs 19:17), anderzijds staat de mens. Tussen God en mens staat de kloof van de zonde (Jesaja 59:2 “Uw ongerechtigheden zijn het, die scheiding brengen tussen u en uw God”), die door Jezus Christus wordt overbrugd (“die eenmaal om de zonden is gestorven als rechtvaardige voor onrechtvaardigen, opdat hij u tot God zou brengen”: 1 Petrus 3:18).

Wat is nu de betekenis van dit alles voor het recht?
Het belangrijkste is m.i. de verwerping van het postulaat van de autonomie. Deze autonome ethiek komt in conflict met de heteronomie van het recht. Heteronomie kan niet in autonomie worden gefundeerd: als de mens gebonden is aan zijn eigen wil (autonomie), dan is hij in feite niet gebonden. Dit is het kernprobleem van alle rechts- en staatstheorie, zowel de oudere (Kant, Fichte, Kelsen, Krabbe, Kranenburg, Rousseau, Marx, Hobbes enz. enz.) als de nieuwere stromingen. In de nieuwere rechtsfilosofie en rechtstheorie staan tegenover elkaar, enerzijds het analytisch positivisme (Bentham, Austin, Hart) en als uitloper daarvan de functionele rechtsleer (Ter Heide, Glastra van Loon, Van Schellen, Aris), anderzijds de sociologische richtingen (Von Jhering, Roscoe Pound, Wertheim). De eerste probeert recht en ethiek te scheiden (te “ont-ideologiseren”), de tweede is een waardenleer, die sociale en ethische waarden een plaats wil geven in het recht. Vgl. over dit alles Van Dunné in Portret van de Jur. Fac. R’dam 12 ½ jaar.
Ook deze nieuwere stromingen geven geen oplossing, ze zijn niets nieuws. Ze blijven steken in het aloude schema positivisme of waardenleer. Scholten komt met de oplossing van de theonomie. De mens is gebonden aan Gods geboden. (Aan de meer nauwkeurige omschrijving en uitwerking van deze gebondenheid is hij helaas niet toegekomen. Hij had dit willen doen in zijn slotwerk “Kenmerken van recht”, waarvan slechts het eerste hoofdstuk werd voltooid. Zie het voorwoord van de V.G., van G.J. en Y. Scholten en Bregstein). Theonomie sluit autonomie wel, heteronomie niet uit. Immers:

1) Gods gezag is de grens van het mensen-gezag, het gezag van de ene mens over de andere heeft een grens, nl. de gewetensvrijheid
2) “erkenning van gezag past den mensch” (V.G. I p.374), de gezagsverhouding en het gezagsbeginsel zijn even fundamenteel als de vrijheid en het persoonlijkheidsbeginsel. Gezag is gebonden aan een persoon, macht aan een plaats in de organisatie.

Tegenover het vrijheidsideaal van het individualisme en het gerechtigheidsideaal (gelijkheid) van het universalisme (collectivisme) stelt Scholten het liefde-ideaal (verzoening van individu en gemeenschap) van het christelijk geloof.

Ten slotte de derde benadering van het mensbeeld: de bijbels-theologische. Ook deze benadering komt bij Scholten niet expliciet ter sprake. Ik meen dit beeld toch impliciet te onderkennen. Hij spreekt nl. voortdurend over het geweten en de intuïtie en, minder vaak, over de devotie (de “aanraking met Jezus”, V.G. I p. 223, de “gemeenschap met God”, V.G. I p. 224, en andere plaatsen). Dit doet mij denken aan het driedelig mensbeeld, dat bij meer christelijke schrijvers te vinden is (“Youth Aflame”. A Manual for Discipleship. Collected and compiled by W. Pratney, Hurlach 1970, p. JS 1 - JS 4, met vermelding van andere schrijvers; Ouweneel Kanttekeningen bij Genesis Een p. 18, 26, 109, 94):

I. Lichaam, bestaande uit
    1. gebeente
    2. vlees
    3. bloed.
II. ziel, bestaande uit
    1. gevoel
    2. wil
    3. verstand
III. geest, bestaande uit
    1. geweten
    2. intuïtie
    3. devotie.

Aangezien Scholten hier niet uitdrukkelijk over heeft geschreven, ga ik er ook niet verder op in.

Als laatste onderdeel van dit hoofdstuk, moeten we nog twee vragen m.b.t. het geweten onder de loep nemen.
Ten eerste: is het geweten vrijwillig of noodwendig gebonden aan de Goddelijke normen of inspiratie? Kisch (RMTh 1952, p. 529) stelt de vraag en antwoordt daarop: vrijwillig. Het lijkt alsof hij later weer is gaan twijfelen, want in 1975 (WPNR 5314 p. 546) stelt hij de vraag opnieuw, nu zonder antwoord te geven. Scholten heeft de vraag onbeantwoord gelaten. Ik kies echter voor het antwoord: noodwendig. In de eerste plaats omdat Scholten duidelijk heeft gemaakt, dat vrijwillige gebondenheid geen gebondenheid is (zie blz. 31). In de tweede plaats o.g.v. een tekst, die ook Scholten eens aanhaalde (zij het in iets ander verband), V.G. I p. 417-418: Romeinen 2:14-15. Wat vrij geparafraseerd luidt

deze tekst: dat de niet-Joden, die de Thora niet hebben, een geweten hebben, dat tegen hen getuigt en hen beschuldigt, aanklaagt of verontschuldigt. Het geweten leert ons (a) dat er goed en kwaad is en (b) dat we het goede moeten doen en het kwade moeten laten. Dit is niet afhankelijk van vrijwillige onderwerping.

Tweede vraag: wat is de betekenis van het geweten bij de rechtsvinding? “Recht en geweten” zijn de twee polen van Scholtens werk (aldus J. Wiarda, Wending 1951 p. 161-173), de kloof tussen beide is de gerechtigheid, de brug over de kloof wordt gelegd in de methode van rechtsvinding (aldus Wiarda t.a.p.). Bij een conflict tussen wet en geweten laat Scholten de wet voorgaan, o.g.v. het “zedelijk a priori der wet” (Alg. Deel p. 91). Van Oven concludeert hieruit, dat de rechter dus soms tegen z’n geweten in zal moeten oordelen (RM 1935 p. 163-175). De wet wordt in Scholtens visie niet buiten toepassing gelaten maar restrictief geïnterpreteerd (Alg. Deel t.a.p.). Ook onjuist rechtersrecht wordt door Scholten aanvaard: Asser-Scholten I (Familierecht) 1947, p. 265. Buiten toepassing laten van de wet of anders toepassen (hoe dan?), zoals Van Dunné voorstelt (R en R 1974 p. 64) leidt tot rechtsongelijkheid (ongelijke behandeling van gelijke gevallen) en rechtsonzekerheid.

Hoofdstuk V. Recht en Staat.

Al enkele malen zijn we gestuit op het probleem van recht en staat. In Scholtens denken zijn allerlei onderwerpen zo met elkaar verweven, dat het uiteenrafelen (analyseren) ervan, zoals in deze scriptie geprobeerd wordt, haast onvermijdelijk leidt tot herhalingen en tot weinig fraaie heen-en-weer verwijzingen. De fragmenten over de staat, die totnutoe aan het licht kwamen, zullen hier meer systematisch worden behandeld.

Scholten begint zijn uiteenzettingen bij de universalistische theorieën: Fichte (vgl. Hommes p. 154), Hegel (id. p. 155-156), Stahl, Treitschke, Bismarck, Baumgarten. In deze theorieën wordt de staat verheven boven het individu, krijgt een grotere waarde dan de enkeling, wordt bij sommigen zelfs vergoddelijkt. Zie over Hegel ook Von Aster p. 328 en Schmidt p. 178. In deze theorieën wordt het recht geïdentificeerd met wet: recht = wet = staatswil (positivisme). De leer van Fichte wordt door Scholten frontaal bestreden met de argumenten

1) dat Christus in Zijn leer de mens boven de staat stelt: de menselijke ziel heeft eeuwigheidswaarde, de staat heeft die niet (vgl. Markus 8:36-37, WB), en
2) dat het recht niet alleen uiterlijke waarde en regeling is, maar ook deel van het geestelijk leven, innerlijke ervaring (zie blz. 4 e.v.).

Ook de leer van Luther, die het gezag ziet als rustend op een goddelijke uitverkiezing wordt verworpen. In Luthers visie is de macht een soort van subjectief recht, een prerogatief van de vorst, waarover hij geen rekenschap hoeft te leggen aan zijn onderdanen. Dit leidt tot conservatisme, staatsverheerlijking, absolutisme. De uitloper hiervan is te zien bij Louis XIV: “L’ état c’ est moi”.
Scholten stelt hier tegenover het objectief recht primair, waarin de gezagsdrager verantwoordelijk is voor het door hem gevoerde beleid aan andere gezagdragers en aan de onderdanen. Er is controle op de macht. Middelen van deze controle zijn:

- macht verdelen over meer mensen of groepen
- regeren d.m.v. compromis
- conflictoplossing leggen in handen van een onafhankelijke derde, zie bv. de administratieve rechtspraak
- openbaarheid van motieven, openheid van het bestuur
- differentie, veelvormigheid, verspreiding van macht.

Met Luthers leer worden tegelijk ook alle andere religieus of theologisch gefundeerde autoritaire theorieën verworpen.
Het idee van de absolute waarde van de staat stamt reeds af van Plato (vgl. Hommes p. 14-16). Ook hier weer het universalisme: de gemeenschap gaat boven de enkeling. De

staat wordt soeverein, d.w.z. de hoogste macht. Het individu moet zich geheel onderwerpen, is middel, de staat is doel.
Deze soevereiniteitsgedachte wordt in de 16e eeuw weer opgepikt door Jean Bodin (vgl. Hommes p. 63-64). Deze roept om een gezag, dat in staat moet zijn orde te scheppen en te handhaven. In zijn opvatting is de vorst wel gebonden aan het recht. Hij onderscheidt ius (natuurrecht), waaraan de vorst wel, en lex (positief recht) waaraan de vorst niet gebonden is. Deze gebondenheid van de vorst aan het recht wordt vervolgens weer tenietgedaan door Macchiavelli (vgl. Hommes p. 60-62, Von Aster p. 185-186). De persoonlijkheid verdwijnt uit het beeld (zo die al een rol gespeeld had), de staat moet zichzelf onvoorwaardelijk handhaven, ten koste van het individu. Het individu wordt platgewalst.
Hiertegen komt men in opstand, hetgeen resulteert in de revoluties. Deze eisen de soevereiniteit op voor het volk. Scholten ziet echter de volkssoevereiniteit als een contradictio in terminis. Soevereiniteit betekent gezag en gezag betekent onderwerping. Volkssoevereiniteit betekent dus, dat het volk aan zichzelf onderworpen is.

Een andere lijn die tegelijkertijd (17e en 18e eeuw) naar voren komt, is de lijn van het individualisme. Kant (vgl. Hommes p. 147) had de waarde van het individu beklemtoond door de mens te beschouwen, niet als middel, maar als doel. Ook Hobbes (vgl. Hommes p. 85-92, waar Hobbes' staatsleer aangeduid wordt als absolutistisch; vgl. verder Schmidt p. 186-187 en Von Aster p. 225-226) stelt het individu centraal, zij het dan op een negatieve manier: "homo homini lupus", er is staatsmacht nodig om de onderlinge vijandschap te beteugelen. De staat wordt in Hobbes' visie een contract, dat de burgers met elkaar hebben gesloten. Deze contractsgedachte vinden we ook bij Rousseau (vgl. Hommes p. 134, 136-139, Von Aster p. 271-272), die het "contrat social" ziet als een vrijwillige overeenkomst (Acte de volonté) van de burgers. Dit individualistische denken leidt ten slotte ook tot de volkssoevereiniteit. De burgers hebben immers vrijwillig een deel van hun soevereiniteit prijsgegeven, met als doel het bereiken van een hogere vorm van vrijheid. In positieve zin werkt deze individualistische leer door in de theorie van Locke (vgl. Hommes p. 113-116, 118), die geleid heeft tot U.S.A. constitutie: het individu heeft een eigen sfeer (privacy + property), waar de staat niet in mag treden. De grens wordt aangegeven door de grondrechten, die hierboven (blz. 26) werden beschreven als voortvloeiend uit de combinatie van persoonlijkheids- en gelijkheids-beginsel. Hier valt in het betoog overigens een kleine oneffenheid te bespeuren: de gewetensvrijheid wordt gezien als een product van calvinisme + liberalisme. Dit doet echter vreemd aan, als Scholten in hetzelfde opstel (Beginselen van samenleving) vermeldt, dat ... Luther zich op de Rijksdag te Worms beriep op het geweten (V.G. I p. 345 resp. 371).

Ook de leer van Marx wordt aangemerkt als individualistisch, slechts in schijn universalistisch. Doel is immers de bevrijding ("verlossing") van het individu (de arbeider): vgl. Hommes p. 238 en Van Dunné, oratie p. 44.
In de 19e eeuw wordt de leer der volkssoevereiniteit vervangen door die der staatssoevereiniteit. Kelsen, voortbouwend op Kant en Fichte, komt tot de identificatie van het recht, staat en wet. Het is de periode van het legisme of positivisme en van de grote codificaties. De bezwaren die Scholten oppert tegen de leer van Kelsen werden al op blz. 5 weergegeven en worden hier als ingelast beschouwd. Scholten formuleert ook nog een aantal bezwaren tegen de rechts- of staatssoevereiniteit zelf.
Soevereiniteit betekent immers gezag en gezag onderstelt een gezagsdrager, die in zijn visie slechts een mens kan zijn (zie blz. 27). Hij ziet gezag als een innerlijke eigenschap. Deze opvatting lijkt mij ook het meest in overeenstemming met de afkomst van het woord gezag. "Gezag" is afgeleid van "zeggen" (De Vries, Etymologisch woordenboek. Aula nr. 6, p. 84), vgl. ook zeggenschap. Autoriteit is, evenals het woord auteur, uit het Latijn afkomstig. Auctor en auteur kan slechts een persoon zijn, auctoritas of autoriteit is datgene wat van de persoon uitgaat. Recht en staat zijn abstracties en kunnen dus nooit autoriteit hebben. Bovendien: staatssoevereiniteit betekent staatsalmacht, absolute staatsmacht. Hiermee is de deur opengezet naar de totalitaire staat. De afschuwelijke gevolgen daarvan zijn zichtbaar geworden in Rusland (Lenin), Italië (Mussolini) en Duitsland (Hitler). In de totale staat bestaat geen recht meer, de principiële vernietiging van het individu is voltrokken: du bist nichts, dein Volk ist alles. Deze praktijk is, evenals de leer van Macchiavelli, ronduit anti-christelijk. De staat is niet meer aan recht gebonden. Staat = volk = Führer. Grondslag van deze verwording is, dat het recht is losgemaakt van z'n innerlijke wortel in het geestesleven, de scheiding van goed en kwaad.

Tot zover de gebruikelijke lange aanloop Scholten, als inleiding op de uiteenzetting van z'n eigen ideeën. (Wie zei ook weer, dat "du choc des opinions jaillit la vérité"?).
Hoe denkt hij nu wel over de staat?
Allereerst de eenvoudige definitie van de staat: de staat = de juridische personificatie van de volkseenheid, de rechtsvorm van de volksgemeenschap. Het recht is primair t.o.v. de staat, zowel logisch als ethisch, het volk is op zijn beurt een prealabel gegeven van het recht. De eenheid van het volk eist:

1. een centraal gezag
2. algemene regels van het bestuur
3. algemene regels van maatschappelijk handelen

De regels van bestuur en die van maatschappelijk handelen vormen samen het recht.

Uit deze drie eisen volgt de noodzakelijkheid van de staat. Het recht heeft een innerlijk aspect, maar de staat is een zuiver uiterlijke grootheid. Macht en staat zijn geen constitutieve factoren van het rechtsbegrip, maar wel noodzakelijk voor de verwerkelijking van het recht. Schematisch weergegeven: recht eist een beslissing, dus rechtspraak, de beslissing eist een beslisser, iemand die met gezag geschillen kan berechten, de beslissing eist verwerkelijking en dus macht. Deze macht is of geeft de staat. Het staatsgezag betekent:

a) de staat maakt z'n eigen constitutie en

b) de staat oefent (zo nodig) fysieke macht uit over de burgers.

Hieruit volgt, dat de staat een eigen, zelfstandige betekenis heeft tegenover het recht en de mens, hij is niet te herleiden tot een van beide.

In de staat is het de overheid, die de macht over de burgers uitoefent. De overheid staat dus in de staat tegenover de burgers. Behalve beslissing, eist een samenleving ook leiding, bestuur en dus ook gezag en macht. De staat is slechts gegeven ter wille van de zonde (vgl. Koopmans, Wat zegt de Bijbel? p. 29). Dit punt staat bij A. Kuyper (AR Staatkunde, dl. I) geheel centraal, maar komt bij Scholten slechts terloops ter sprake. Er volgt uit, dat de staat als instelling dateert van ná de zondeval, de staat maakt dus geen deel uit van de scheppingsorde. Hieruit volgt dan weer, dat de staat ook maar tijdelijke waarde heeft, i.t.t. de menselijke ziel en geest, die onsterfelijk zijn en dus eeuwigheids-waarde hebben. Dit laatste wordt door Scholten weer wel duidelijk geleerd, en kwam al enkele malen ter sprake.

De overheid is onderworpen aan het recht en de rechtspraak: hier komt de plaats van de trias, het machtsevenwicht en de machtscontrole door de organen van de staat. Twee motieven staan hier tegenover elkaar: enerzijds de rechtshandhaving van het individu tegenover de staat (de overheid), anderzijds de noodzakelijke slagvaardigheid en armslag van de overheid tegenover het individu. Het eerste dringt in de richting van het rechtsprimaat, het tweede in de richting van het gezagsprimaat. De verhouding blijft al weer in het dualisme steken.

Ten slotte nog een punt, dat al enkele malen genoemd werd: de <u>grenzen</u> van de overheidsmacht.

De eerste grens, die t.o.v. het individu (= de gewetensvrijheid) (vgl. Koopmans, Wat zegt de Bijbel? p. 38-39, Ouweneel, Operatie Supermens p. 122-123) werd al genoemd. De tweede grens naar binnen is de grens t.o.v. het gezin. De opvoeding der kinderen is de taak van de ouders, die de overheid niet mag overnemen. Dit wil niet zeggen, dat er geen scholen door de overheid mogen worden gesticht en/of onderhouden, maar dat de kinderen niet mogen worden onttrokken aan de zeggenschap van de ouders, zoals in de

totalitaire regimes gebeurt. De ouders moeten in vrijheid kunnen beslissen over onderwijs en opvoeding van het kind.
De derde grens naar binnen: de grens tegenover de kerk. Scholten denkt hierbij niet aan een bepaald kerkgenootschap, maar aan alle kerkgenootschappen tezamen. De overheid mag zich niet mengen in de inhoudelijke taak der kerk. De staat, die gewoonlijk beschikt over de “Kompetenz-Kompetenz”, d.w.z. die bepaalt hoe ver haar macht t.o.v. anderen reikt, vindt in de kerk een orgaan (of organisme), dat z’n eigen competentie bepaalt. Sterker nog: de christen is in de eerste plaats christen, in de tweede plaats staatsburger. M.a.w. de kerk is primair tegenover de staat. Bovendien moet volgens Scholten de kerk door haar getuigenis kritiek oefenen op de staat. Dit leidt noodzakelijkerwijs tot conflicten, die echter niet in die zin mogen worden opgelost, dat de een gaat heersen over de ander. Deze hele visie doet sterk denken aan de leer der soevereiniteit in eigen kring, vgl. Hommes p. 68, Kuyper, AR Staatkunde I p. 265-271.
Als laatste nog een grens naar buiten: de grenzen tussen de volken onderling. De volken dienen elkaar te respecteren, meer nog, elkaar te helpen. Evenals tussen de mensen, dient ook tussen de volken de modus vivendi niet te zijn “leven en laten leven” maar “leven en helpen leven”. Want “ook de gemeenschap aller menschen is een gave Gods” (V.G. I p. 391), evenals het recht en de staat (d.i. het recht en de staat als instellingen, dus in abstracto).

Hoofdstuk VI. Het recht van het recht.

Het recht heeft, als elk verschijnsel, drie tijden:

1. het verleden: de oorsprong van het recht.
2. het heden: de zin van het recht.
3. de toekomst: het doel van het recht.

1. De oorsprong van het recht.

Scholten wijdt hier geen uitvoerige beschouwingen aan, die toch meestal niet meer (kunnen) zijn dan wazige speculaties over een mistig verleden. Hij stelt slechts, dat recht een noodzakelijk bestanddeel is van elke menselijke samenleving. Het is even elementair als de taal. Omgekeerd geldt ook: recht behoeft de taal, kan zonder taal niet bestaan, onderstelt dus taal. Voorts wordt nog gesteld, dat de rechter (de beslissing) logisch en historisch voorafgaat aan de wetgever (de regel). Rechtspraak en wetgeving zijn niet kwalitatief (principieel) verschillend, maar kwantitatief (gradueel). De verschillen kunnen als volgt worden samengevat:

1) Bij de rechtspraak gaat het uiteindelijk om het eigen oordeel van de rechter, dàt is doorslaggevend, want hij dekt de beslissing met z'n eigen persoonlijk gezag. Bij de wetgeving gaat het om het oordeel van de groep, het collectief rechtsbewustzijn. Dit betekent niet, dat recht geïdentificeerd kan worden met meerderheidswil, want het recht kan niet worden losgemaakt van z'n innerlijke aspect.
2) De rechtspraak betreft één concrete verhouding, de wetgeving een niet te overzien en ook nog niet bekend (maar in beginsel oneindig) aantal gevallen.
3) De rechtspraak betreft een situatie uit het heden (of het verleden), de wetgeving betreft een aantal situaties in de toekomst.
4) De rechtspraak vereist slechts de aanvaarding door de meerderheid, de wetgeving eist (althans in een democratische staatsvorm) de instemming der meerderheid. (vgl. p. 17)

De wetgeving is ten slotte voortgekomen uit de rechtspraak: er rijzen conflicten, deze moeten worden opgelost, een wijs man beslist. Later ontstaan er weer conflicten, er moet weer beslist worden, men gaat nu te rade bij de man met ervaring, die weet hoe het vroeger ging, het precedent ontstaat en leidt vervolgens tot vaste regels. (M.i. is ook deze redenering geheel speculatief).

De beslisser schept het recht nooit uit niets, hij beslist wat rechtens is in dit conflict. Het recht is er dus al vóór de beslissing, maar het moet gevonden worden. Betekent dit dat het recht prae-existent is, dat Scholtens visie dus te kenmerken is als metafysisch, platonisch, idealistisch, speculatief? (Vgl. Ter Heide, AAe 1967 p. 3-31 en Huiskes, AAe 1971 p. 293-304, die zeer sterk op Ter Heide georiënteerd blijkt te zijn). Niets van dit

alles. Want “de regels worden voortdurend vervormd” (Alg. Deel p. 160, geciteerd door Van Gerven p. 76), het recht ligt niet in het “noumenon” maar in de feiten zelf! (Alg. Deel p. 11, 15). Als in de tekst ook Van Dunné NJB 1971 p. 822. In tegenstelling tot Ter Heide geeft Van Schellen, ook een aanhanger van de functionele rechtsleer, blijk van aanzienlijk meer begrip van en waardering voor Scholten (NJB 1971 p. 1277 e.v. en 1309 e.v.): “de functionele rechtsleer vertrekt vanuit de positie die door Scholtens arbeid pas mogelijk is geworden”, “Ter Heide heeft het werk van Scholten niet die aandacht gegeven die het verdient”. Nog weer een andere aanhanger van de functionele rechtsleer (Aris, NJB 1971 p. 970 e.v.) veegt Meijers en Scholten op één hoop om zich vervolgens tegen beide af te zetten.

2. De zin van het recht.

Scholten noemt drie rechtvaardigingsgronden van het recht:

1. D.m.v. het recht kunnen en moeten ethische normen doordringen in de samenleving, de normen worden door het recht in de samenleving verbreid. Dit betekent, dat het recht dus zelf een voldoende hoog moreel gehalte moet hebben en dat het een sturende functie heeft in de maatschappij. Recht is niet alleen maar conservatief: achteraf bestendigen van ontwikkelingen in de samenleving, maar ook (soms) progressief: vooruit lopen op ontwikkelingen in de maatschappij. Scholten stelt in dit verband, dat er in het recht een ontwikkeling zit. Dit thema werkt hij niet verder uit, zodat ik moet gaan gissen: is dit in evolutionistische zin bedoeld? Ik weet het niet. Wel wil ik duidelijk stellen, dat het evolutionistische model, zoals in het recht in optima forma gehanteerd door bv. Pitlo in diens Evolutie in het privaatrecht, 2e dr. 1972, door mij wordt verworpen. De moderne onderzoekingen leveren steeds meer aanwijzingen, dat het bijbelse creationistische model juist is. Deze aanwijzingen liggen op de gebieden van biologie, geologie, paleontologie, anthropologie, geografie. Zie hierover Ouweneel, Kanttekeningen bij Genesis Een (1974) en Operatie Supermens (1975), met in beide boeken uitvoerige verdere literatuurverwijzingen.
2. Het recht is een middel om het kwaad in de samenleving te beteugelen, te onderdrukken. Op microniveau kan men het kwaad ontwijken, zich aan een bedorven relatie onttrekken, op macroniveau kan dat niet. Het recht heeft dus, evenals de staat, een functie ter wille van het kwaad.
3. Recht brengt ordening in de chaos van intermenselijke verhoudingen. Men wil vrede, vastheid, en hiervoor is nodig regel + dwang om de regel te handhaven. Niet alleen ieder mens, maar ook de gemeenschap zoekt houvast. Ze kan deze vinden in de formules van het recht.

Hieruit volgt, dat de gemeenschap recht eist, een gemeenschap zonder recht kan niet bestaan. En omgekeerd, het recht onderstelt gemeenschap. Recht onderstelt een meervoud van individuen, vgl. Pitlo, Systeem van het privaatrecht p. 1, Zevenbergen, Formele Encyclopaedie p. 35, 84.

3. Het doel van het recht.
Op blz. 11 zei ik al: de gerechtigheid is de zin van het recht. Wat daar gezegd werd over recht en gerechtigheid kan hier als ingelast worden beschouwd. Het ging daar over gerechtigheid in juridische zin, welke door Scholten wordt omschreven als: de norm waaraan het recht moet worden getoetst. Hij onderscheidt dit van de gerechtigheid in theologische zin, welke omschreven wordt als de toestand die aan het recht beantwoordt. Recht betekent dan (in deze bijbels-theologische zin): Gods gebod.
De gerechtigheid in juridische zin zit in het recht, maar gaat er niet in op, is er niet mee te vereenzelvigen. Uit de gerechtigheid vloeien twee, soms tegenstrijdige, tendenzen voort, nl. de gelijkheid en de billijkheid.

Aan het probleem van de billijkheid in of tegenover het recht heeft Scholten verscheidene beschouwingen gewijd, gebaseerd op Aristoteles (vgl. Hommes p. 25, Van Dunné oratie p. 38-39). De billijkheid wordt omschreven als: het conflict tussen recht (of beter: gerechtigheid) en regel (gelijkheid) in de concrete verhouding, of anders: het recht van de verhouding in concreto tegenover het recht i.h.a. in abstracto. Deze billijkheid kan nooit uit het recht worden verwijderd, de formule kan immers nooit alle denkbare gevallen bestrijken, er moet ruimte blijven voor afwijkingen. Omgekeerd geldt, dat ook de billijkheid naar generalisering streeft, naar formalisering. Dit laatste spreekt het sterkst in het Engelse equity, dat zich ontwikkeld heeft naast het common law (“if common law was the book, equity was a page of errata”: Marsh, Outlines of English Law, London 1967 p. 7). Ook in equity kreeg het precedent betekenis (zo ontwikkelde zich in equity het hele instituut van de trust, Marsh p. 284). Deze equity is een voorbeeld van het functioneren van de billijkheid tegenover het recht. Ook in het Romeins recht (ius honorarium t.o. ius civile, vgl. Kunkel, Römische Rechtsgeschichte, Köln 1972 6^{e} dr. p. 78-79) en in het Nederlands burgerlijk procesrecht (scheidsgerechten of arbitrage t.o. de gewone overheidsrechtspraak) zijn voorbeelden te vinden van de billijkheid tegenover het recht.
Daarnaast is er het verschijnsel van de billijkheid in het recht (bv. bij de rechtsvinding) en de billijkheid naast het recht (bv. in art. 1375 BW, de uitleg van overeenkomsten). Scholten stelt goede trouw gelijk met redelijkheid en billijkheid. Op dit punt verwerpt hij uitdrukkelijk de historisch-psychologische leer (Alg. Deel p. 137-138). De partijbedoeling

heeft geen normatieve, maar heuristische betekenis, vgl. de verschillende interpretatie-factoren, blz. 12.

In de billijkheid dringt de moraal het recht binnen. Wat hierboven gezegd is over recht en moraal wordt hier niet herhaald. Het is echter voldoende, om opnieuw te zien, dat recht en wet niet met elkaar vereenzelvigd kunnen worden.

Er is ook een verschil tussen gerechtigheid en billijkheid. De eerste is een categorie van hoger orde dan de laatste, eist volmaaktheid, betreft de samenleving in haar geheel; de laatste impliceert gebrekkigheid en betreft het individuele geval. In de billijkheid trachten wij dus te grijpen naar de gerechtigheid, zonder die ooit werkelijk te bereiken. De billijkheid vertegenwoordigt in het recht de moraal, zoals de gelijkheid de logica vertegenwoordigt, hoewel beide ook gezien worden als eisen van de gerechtigheid. Hier alweer het dualisme. Het recht is niet geheel te herleiden tot billijkheid of gerechtigheid (zoals de natuurrechtsleraars willen), maar de billijkheid kan toch ook niet uit het recht verwijderd worden (zoals de positivisten willen). Beide staan naast elkaar, zijn met elkaar verweven, werken op elkaar in, ontmoeten elkaar in de beslissing.

Ook Hommes wil aan de billijkheid een rol toekennen en wel als regulatief principe: p. 25 (Van Dunné oratie p. 39-40). Volgens hem mag de werking van de regulatieve principes echter niet ten koste gaan van de constitutieve, waaronder de rechtszekerheid. Ik vraag me af

1) of Hommes hier niet met de ene hand (constitutieve beginselen) terug neemt wat hij met de andere (regulatieve beginselen) heeft gegeven?

2) wie maakt uit wat constitutieve en wat regulatieve beginselen zijn? (vgl. Hommes, p. 284-285)

3) “what’s in a name?”, gaat Hommes hier niet teveel ontologiseren? M.i. is de visie van Scholten dynamischer, opener, dan die van Hommes, minder dogmatisch.

Bij Scholten is de gerechtigheid identiek met de transcendente rechtsidee, bij Aristoteles (en dus ook bij Hommes?) is de gerechtigheid een immanent rechtsbeginsel, vgl. Zevenbergen, Encyclopaedie p. 53-54, of een deugd. Transcendent betekent hier: boven de mens en de tijdelijke wereld uitgaand, bovennatuurlijk (hyper- of metafysisch) (Schmidt p. 425). Maar dit stempelt Scholtens rechtsleer nog niet tot een platonisch idealisme of een natuurrechtsleer, zoals ik al uitvoerig heb uiteengezet.

In tegenstelling tot Aristoteles, die de billijkheid beschouwt als een van de vier vormen van de bijzondere gerechtigheid, ziet Scholten ze dus duidelijk als twee grootheden van totaal verschillend niveau.

Hoofdstuk VII. Rechtswetenschappen.

Scholten onderscheidt, al dan niet uitdrukkelijk, de volgende rechtswetenschappen:

1. dogmatiek of rechtswetenschap i.e.z. = RD
2. rechtstheorie = RT
3. rechtsfilosofie = RF
4. algemene rechtsleer = AR
5. rechtsmethodiek of -methodologie = RM
6. rechtsgeschiedenis = RG
7. rechtssociologie = RS
8. rechtsvergelijking = RV.

De rechtsdogmatiek is de systematische samenvatting en kritisch-creatieve bewerking van de positieve rechtsstof (wetgeving, rechtspraak, gewoonte, andere bronnen van geschreven en ongeschreven recht zoals standaard-contracten, zgn. particuliere codificaties, traktaten), anders gezegd, de doctrine. Deze geeft aan, wat geldt, hier en nu, beschrijft een bepaald rechtssysteem naar z'n inhoud, geeft tegelijk richting aan wat het moet worden (het kritisch-creatieve moment).

De rechtstheorie daarentegen zoekt naar de vormen, de logische grondvormen of categorieën van het recht. Ze staat dus los van het positief recht. De verschillen tussen deze beide kunnen als volgt worden samengevat:

1/2) De RD beschrijft het recht van een bepaald volk in een bepaalde tijd, de RT de bouw van het rechtsdenken van vele volken en vele tijden.

3) RD betreft de inhoud, RT de vorm

4) RD zoekt de verscheidenheid of veelvuldigheid, RT de eenheid

5) RD zoekt de uitingen van de geest, RT de geest in en door de uitingen

6) RD vraagt: wat is rechtens, RT: wat is recht?

7) RD zoekt systematiek in het recht, RT vraagt: wat is systeem?

8) RD is rechtsvormend, RT niet

9) RD beoogt vrede, RT orde

10) RD is concretiserend, RT abstraherend

11) RD beschouwd het leven en handelen, RT het denken

12) RD zoekt naar regels, RT naar begrippen

Een treffend voorbeeld van RT naar de definitie van Scholten lijkt mij het bekende boek van Meijers: De Algemene Begrippen van het burgerlijk Recht (Leiden 1948/1958) en ook van Eikema Hommes, De Elementaire Grondbegrippen der Rechtswetenschap (Deventer 1972). Overigens rangschikt deze laatste schrijver m.i. ten onrechte ook Scholtens Alg. Deel onder de RT, zulks tegen de uitdrukkelijke bedoeling van Scholten, zie het voorwoord bij de 1^{e} druk van het Alg. Deel (Hommes p. 166).

De rechtsfilosofie houdt zich bezig met het richtig recht, de gerechtigheid, de vraag: wat moet het recht zijn?, dus de norm waarnaar het geldend recht wordt beoordeeld.
De algemene rechtsleer zoekt naar de gemeenschappelijke regels in een aantal rechtssystemen, naar de Grootste Gemene Deler (dit is AR naar de opvatting van A. Merkel). Dit i.t.t. de rechtstheorie, die niet naar regels zoekt maar naar begrippen, vormen.
De rechtsmethodologie tracht te komen tot een analyse van de rechtsvorming door de rechter, het rechtsvindingsproces. Hierover schreef Scholten het Alg. Deel in de Asser-serie (1e dr. 1931, 2e 1934/1954, 3e 1974). “Belang en invloed van dit werk, nu meer dan veertig jaar verschenen, en niet door de tijd achterhaald, zijn moeilijk te overschatten”, aldus G.J. Wiarda, Drie typen van rechtsvinding (Zwolle 1972) p. 24. “Scholtens methode is nauwelijks voor tegenspraak vatbaar”, aldus Langemeijer in Vooruitzichten der rechtswetenschap (1964) p. 1-30. “Het mooiste boek, dat de Nederlandse jurist in z’n boekenkast heeft staan” aldus Zonderland, Methode van het privaatrecht (1974) p. VI.
Zonderlands opmerkingen over de rechtsleer van Scholten lijken mij overigens onaanvaardbaar.

1) Zonderland noemt Scholtens visie tijdgebonden (p. VI). Deze opmerking lijkt mij voldoende weerlegd met de bovenstaande citaten van Wiarda en Langemeijer.
2) Hij bestempelt Scholtens rechtsfilosofie als een metafysisch idealisme (p. 78-80) (evenzo Ter Heide en Huiskes, zie blz. 39-40). Scholten gelooft echter niet in een onpersoonlijk idee, geest, rede (vgl. Schmidt p. 197) of dergelijke onzin, maar in de God van de bijbel, de Vader van Jezus Christus, “Die, als Persoon in Schepping en Geschiedenis geopenbaard, individu èn gemeenschap met zijn onvoorwaardelijke vorderingen tegemoet treedt” (Alg. Deel p. 179).
3) Hij noemt Scholtens methode gematigd positivistisch (p. 170). Kisch heeft al opgemerkt, dat er voor Scholtens rechtsleer niet een bepaald programmatisch slagwoord te vinden is (RMTh 1952, p. 529 e.v.), anderen hebben er op gewezen dat de overwinning over het juridisch positivisme in Nederland voor een groot deel te danken is aan het werk van Scholten: Langemeijer in Vooruitzichten der rechtswetenschap, Pitlo in zijn Systeem van het Nederlands privaatrecht, p. 54.
4) Het idee van een persoonlijk geweten is volgens Zonderland uit de tijd (p. 172). Voor Scholten is dit gebaseerd op het christelijk geloof en dàt verandert niet, Integendeel: christenen moeten zich “kunnen verzetten tegen de strooming van hun tijd” (V.G. I p. 173).

5) Zonderland geeft een gedetailleerd schema van de rechtsvinding. En dat kan nu juist niet, roept Scholten op bijna elke bladzijde van z'n Alg. Deel.

Juist de "methode" is de laatste jaren weer sterk in de belangstelling komen te staan. Dat Scholtens methode niet als "sociologisch-teleologisch" kan worden afgedaan (Van Dunné NJB 1971 p. 818) is inmiddels hopelijk wel duidelijk geworden. "Nadien hebben G. Wiarda, Schoordijk en Van Gerven hier nog beschouwingen aan toegevoegd, die bepaald niet alleen maar marginalia zijn", aldus Langemeijer NJB 1975 p. 1327.

Ik wil proberen een kort en kernachtig (om niet te zeggen karikaturaal) overzicht te geven van deze toevoegingen:

- Allereerst Langemeijer zelf, die de visie van Scholten heeft geseculariseerd, aldus Zonderland, Methode van het privaatrecht p. 81.
- Esser en Larenz (en in hun voetspoor in Nederland de functionele rechtsleer) hebben getracht een weer wat meer gesloten methode op te bouwen, aldus Langemeijer in Vooruitzichten der rechtswetenschap.
- G.J. Wiarda introduceerde het musicologische begrip "variëren op een thema" (Drie typen van rechtsvinding, blz. 62-63), Schoordijk het zgn. "empathisch en demystificerend rechtsdenken" (Oordelen en veroordelen, rede Tilburg 1972), Van Gerven het "waarde-denken" tegenover het "systeemdenken en het probleemdenken" (Het beleid van de rechter, 1973).
- Pitlo introduceerde de "evolutie in het privaatrecht" (aldus de titel van zijn boek over evolutietheorie en privaatrecht).
- Zonderland heeft het rechtsvindingsproces geheel trachten te rationaliseren en in een gedetailleerd model te vangen (z'n boek Methode van het privaatrecht).
- Van Dunné heeft aandacht gevraagd voor het politiek karakter van de rechterlijke beslissing: R en R 1974 p. 50 e.v. en in het Portret van de Jur. Fac. R'dam 12 ½ jr. p. 113-122.
- Zie ten slotte over de toepassing van Scholtens methode, m.n. de analogie, in het belastingrecht: de bijdrage van J. van Soest in Vooruitzichten der rechtswetenschap p. 293-332.

De rechtsgeschiedenis onderzoekt de historische ontwikkeling van het recht. Want "people will not look forward to posterity, who never look backward to their ancestors", aldus Burke, geciteerd in het Alg. Deel p. 48. De onhistorische methode van Suyling wordt fel bekritiseerd door Scholten in zijn bespreking van diens Inleiding, WPNR 2584 e.v., V.G. III p. 78-89.

De rechtssociologie onderzoekt de sociale gevolgen en achtergronden van de rechts-pleging. Deze is a.h.w. de actuele of contemporaine pendant van de rechtsgeschiedenis. De rechtsgeschiedenis kijkt wat meer naar de oorzaken, de groei, de rechtssociologie wat meer naar de gevolgen, nu en in de toekomst.

De rechtsvergelijking tracht door een blik over de nationale grenzen heen, licht te laten schijnen op juridische problemen in eigen land.
De rechtsdogmatiek bevat in zich elementen van de rechtstheorie, de rechtsfilosofie, de rechtsgeschiedenis en de rechtssociologie.
Over de “formele encyclopaedie der rechtswetenschap als inleiding tot de rechts-wetenschap” (titel van het boek van Zevenbergen, 1925) spreekt Scholten niet. Deze formele Encyclopaedie “geeft den omvang en de grenzen der rechtswetenschap aan, zij omschrijft voorts de innerlijke verdeeling van het recht, onthoudt zich echter van een overzicht der positieve rechtsstof”, Zevenbergen p. 10. Ze is dan ook geen zelfstandige wetenschap (id. p. 9). Voor materiële encyclopedieën zie men de bekende boeken van Van Apeldoorn, Van Kan, Bakels. Deze willen “een, zij het ook summier, overzicht geven van de positieve rechtsstof” (Zevenbergen p. 10).

Den Haag, 7 mei 1976.

Literatuurlijst.

Ankum	Prof. mr. J.C. van Oven 'doorlopend modern civilist en romanist tegelijk', NJB 1975 p. 1352-1365
Aris	De revolutie van de functionele rechtsleer, NJB 1971 p. 970 e.v., met antwoord van Van Dunné
Asser-Scholten	Algemeen Deel 1931 (1e druk)
Asser-Scholten	Eerste deel Personenrecht, eerste stuk Familierecht, 8e dr. 1947
Asser-Van der Grinten I	(De vertegenwoordiging), 4e dr. 1973
Aster, Von	Geschichte der Philosophie, 2e dr. 1935
Bax	Het eigenaardige van het juridisch denken in Portret van de juridische Faculteit Rotterdam, 1976
Belinfante	Kort begrip van het administratief recht, 3e dr. 1971
Bemmelen, Van	Ons Strafrecht dl. I, 4e dr. 1970
Brakel, Van	boekbespreking Scholtens Beschouwingen over recht, Themis 1924 p. 359-364
id.	boekbespreking Scholtens Beginselen van Samenleving, Themis 1936 p. 49
Drion, H.	Scholten en Meijers: een tegenstelling? WPNR 5314
Drucker	boekbespreking Scholtens dissertatie, RM 1900 p. 162-165
Dunné, Van	Verslindt de revolutie weer haar eigen kinderen? De zgn. functionele rechtsleer en Paul Scholten, NJB 1971, p. 813-829
id.	Normatieve uitleg van rechtshandelingen, studenteneditie, 1972
id.	Spijsverteringsproblemen van een revolutie, NJB 1972, p. 160 e.v.
id.	De waarde van de rechtsdogmatiek voor het privaatrecht, R & R 1974 p. 50-69
id.	Riskante rechtsvinding, rede Rotterdam 1974
id.	Weten en Geweten, berichten uit de Rotterdamse school, in Portret van de Juridische Faculteit R'dam 1976
Eikema Hommes, Van	De elementaire grondbegrippen der rechtswetenschap, 1972
id.	Hoofdlijnen van de geschiedenis der rechtsfilosofie, 1972 (in de tekst geciteerd als "Hommes p. ...")
Emmen	Recht, Volk en Kerk, Wending 1951 p. 173-181
Enschedé	Beginselen van Strafrecht, 1969
Etymologisch woordenboek, Aula nr. 6	
Gelder, Van	Spoorzoeken in de bonte wereld van geloven en denken, 10e dr. 1965
Gerbenzon en Algra	Voortgangh des rechtes, 1969
Gerbrandy, S.	Paul Scholten: tot nog toe meest invloedrijke jurist van deze eeuw, Trouw/Kwartet 23-8-1975
Gerven, Van	Het beleid van de rechter, 1973
Guasco, De, e.a.	Het sociaal verzekeringsrecht in Nederland, 1971
Heide, Ter	Iudex Viator, AAe 1967 p. 3-31
id.	De onafhankelijkheid van de rechterlijke macht, 1970
Holzapfel	Die duisternis voorstellen als licht en licht als duisternis. Over het wezen van het bolsjewisme. z.j.
Hora Siccama	boekbespreking Scholtens Alg. Deel, WPNR 3306-3307
id.	idem in Themis 1933 p. 328-346
Houten, Van	boekbespreking over Scholtens Recht en levensbeschouwing, RM 1915, 608-616 (speciaal aanbevolen!! WB)
Huiskes	Scholtens Alg. Deel, AAe 1971 p. 293-304
Kisch	boekbespreking over Scholtens Verz. Geschr. in RMTh 1952 p. 529 e.v.
id.	Scholtens rechtsleer: interpretatie en kritiek, NJB 1953 p. 100 e.v.

id.	boekbespreking over Langemeijers Inleiding tot de studie van de wijsbegeerte des rechts 1e dr., in RMTh 1958 p. 287-298
id.	Paul Scholten en de rechtsvinding, WPNR 5314
Koopmans	Wat zegt de Bijbel? (over volk, overheid, gezin, Israël, oorlog, toekomst) 1941
Kramer	Kisch over Scholten, NJB 1952 p. 886-888
Kranenburg	boekbespreking Scholtens Beginselen van samenleving, RM 1935 p. 535-539
Kunkel	Römische Rechtsgeschichte, 6e dr. 1972
Kuyper	Antirevolutionaire Staatkunde deel I, 1916
Langemeijer	Meijers en de rechtsdogmatiek, RMTh 1950 p. 132-148
id.	boekbespreking Scholtens Verz. Geschr. WPNR 4180-4181
id.	De wijsbegeerte des rechts en de encyclopedie der rechtswetenschap sedert 1880, 1963
id.	Recht en rechtsbeschouwing in de tweede helft der twintigste eeuw, in Vooruitzichten der rechtswetenschap, 1964 p. 1-30
id.	Josef Esser, probleemdenken tegenover systeemdenken, AAe 1967 p. 86-91
id.	Inleiding tot de studie van de wijsbegeerte des rechts, 3e dr. 1973
id.	'Na 50 jaar juridische journalistiek', NJB 1975 p. 1323-1334 (herdenkingsrede 50 jaar NJB)
id.	Paul Scholten en de rechtsfilosofie, WPNR 5314
Marsh	Outlines of English Law, 1967
Meijers	Herdenking van Paul Scholten, WPNR 5314 (overgenomen uit het jaarboek 1947-'48 der Koninklijke Nederlandsche Akademie van Wetenschappen)
id.	De Algemene Begrippen van het Burgerlijk Recht, 1958 (2e dr.)
Ouweneel	Kanttekeningen bij Genesis Een, 1974
id.	Operatie Supermens. Een bijbels-biologische blik op de toekomst. 1975
Oven, J.C. Van	boekbespreking Scholtens Beginselen van samenleving, NJB 1934 p. 266
id.	id. over het Alg. Deel in RM 1935 p. 163-175
id.	id. over Scholtens De struktuur der rechtswetenschap, NJB 1945 p. 375 e.v.
Pitlo	Het systeem van het privaatrecht, 4e dr. 1968
id.	Evolutie in het privaatrecht, 2e dr. 1972
Schaeffer	Escape from Reason 1971
id.	The God Who Is There 1970
Schellen, Van	Paul Scholten en de functionele rechtsleer, NJB 1971, p. 1277 e.v. en 1309 e.v.
Schmidt	Philosophisches Wörterbuch. 8e dr. 1931
Scholten, P	Schadevergoeding buiten onrechtmatige daad en overeenkomst, diss. Amsterdam G.U. 1899
id.	Verzamelde Geschriften 1949-1954. (Deel I in de tekst verkort aangehaald als "V.G. I p. ...").
Scholten, Y	Herinneringen aan mijn vader, WPNR 5314
Schoordijk	Oordelen en vooroordelen, rede Tilburg 1972
Soest, J. Van	Belastingrecht, in Vooruitzichten der rechtswetenschap 1964, p. 293-332
Star Busman	boekbespreking over Scholtens Beschouwingen over recht, RM 1924 p. 554-556
Telders	id. over Beginselen van samenleving, WPNR 3362
Tournier	Bible et médicine. 2e dr. 1955
Wiarda, G.J.	Drie typen van rechtsvinding, 1972
Wiarda, J.	Recht en geweten, Wending 1951 p. 161-173

id. Paul Scholten, in AAe 1971 p. 305-312
Youth Aflame! A manual for discipleship. Hurlach 1970
Zevenbergen Formele encyclopaedie der rechtswetenschap, 1925
Zonderland Methode van het privaatrecht, 1974
Wijk, Van Hoofdstukken van administratief recht, 2e dr. 1972