Paul Scholten en de 'rule of law'

Wim Borst*

1 Inleiding

Het levenswerk van Paul Scholten heeft zich bewogen langs een aantal sporen. Zijn werk op het gebied van het burgerlijk recht en de rechtsmethodologie (het 'Algemeen Deel') is wel het bekendst. Op de achtergrond ervan staat zijn werk op rechtsfilosofisch gebied, samengebracht in deel I van zijn Verzamelde Geschriften (hierna te noemen: VG I). En het rechtsfilosofisch oeuvre moet op zijn beurt weer worden gezien tegen de achtergrond van nog drie andere, onder juristen wellicht wat minder bekende elementen van Scholtens werk:[1]

- veel lezingen over actuele maatschappelijke, politieke en kerkelijke vraagstukken, onder andere voor de NCSV,[2] artikelen in tijdschriften als *Eltheto, Onze Eeuw, De Schakel* (waarvan hij in 1916 met Ph.A. Kohnstamm medeoprichter was),[3] *Algemeen Weekblad voor Christendom en Cultuur, Woord en Wereld* en bijdragen aan diverse bundels; alles bijeengebracht in de Verzamelde Geschriften deel II (hierna: VG II);
- in WO II 'een der geestelijke middelpunten van het verzet';[4]

* Mr. W.I. Borst is senior-beleidsadviseur bij het Ministerie van Justitie, Directoraat-Generaal Rechtshandhaving. Dit artikel is een bewerking van een voordracht, gehouden op 8 november 2003 tijdens een studiebijeenkomst over Paul Scholten. De auteur geeft hier zijn persoonlijke zienswijze.

1 Zie het herdenkingsnummer WPNR nr. 5314, 30 augustus 1976, p. 465-609; en N.H.M. Roos, Paulus Scholten, in: T.J. Veen & P.C. Kop, Zestig juristen, Zwolle 1987, p. 244-251.

2 NCSV: Nederlandse Christen Studenten Vereniging.

3 Volgens H. Hofstee Pzn., Het bijbels personalisme van prof. dr. Ph.A. Kohnstamm (diss. Groningen), Assen 1973, p. 46 en 64. *De Schakel* was het orgaan van de in 1915 gestichte 'Godsdienstig Democratische Kring', aldus Ph.A. Kohnstamm, *Democratie in de branding*, Amsterdam, z.j. (1938), p. 9, 49 en 138.

4 Aldus H.R. Hoetink in de *Winkler Prins Encyclopaedie*, zesde druk, deel 16 (1953), p. 493: 'Na de bezetting in 1940 stond hij aanstonds vooraan onder hen, die aan het nederlandse volk geestelijke weerbaarheid bijbrachten', aldus G.E. Langemeijer (De wijsbegeerte des rechts en de encyclopaedie der rechtswetenschap sedert 1880, Amsterdam 1963, p. 67). Zie voor nadere gegevens over Scholtens rol in de oorlog: het register op *Onderdrukking en Verzet Nederland in oorlogstijd*, 4 delen, Arnhem/Amsterdam z.j.

- verschillende functies in het kerkelijk leven, onder andere bijdragen aan het nieuwe reglement van de Nederlands-Hervormde Kerk (uit 1951)[5] en voorzitter van het Nederlandsch Bijbelgenootschap.[6]

Dit opstel gaat over Scholtens rechtsfilosofisch werk. Na Langemeijer en Kisch lijkt de belangstelling daarvoor goeddeels weggeëbd. Kisch heeft Scholtens rechtsfilosofische werk compact samengevat in RMTh 1952.[7] Uitvoeriger samenvattingen zijn gegeven door mijzelf[8] en door J.J.H. Bruggink in zijn, overigens primair methodologisch georiënteerde, proefschrift.[9]

Het meest opvallende van Scholtens rechtsfilosofische werk is wel dat het niet voor rechtsfilosofen geschreven is. Dat geldt althans voor het merendeel van de artikelen in het eerste deel van de Verzamelde Geschriften. De meeste zijn zelfs niet in de eerste plaats voor juristen geschreven. Wie dat wil, kan dit gemakkelijk zelf verifiëren: bij elk artikel in de VG is vermeld in welk tijdschrift het oorspronkelijk gepubliceerd is. Tijdschrifttitels als *Synthese* (een met *De Schakel* verwante brochurereeks),[10], *Onze Eeuw* en *Woord en wereld* zijn onder juristen geheel onbekend. Scholten ontwikkelde zijn 'rechtsfilosofie' primair ten overstaan van een niet-filosofisch en niet-juridisch forum. Bruggink verdisconteert dit gegeven in zijn eerder genoemde proefschrift onvoldoende. Natuurlijk, ook van iemand die rechtsfilosofie bedrijft ten overstaan van een niet-juridisch publiek mag je consistentie en wetenschappelijke verantwoording verlangen. Maar elke tekst moet ook verstaan worden vanuit zijn context (Bruggink zal de laatste zijn om dat te ontkennen). En gezien die context wringt het om Scholtens oeuvre op de (rechts)filosofische snijtafel te leggen (zoals Bruggink doet), nu het immers niet voor het rechtsfilosofische laboratorium was bedoeld. Terecht merkt Langemeijer op dat 'een rechtsfilosofisch stelsel zich uit zijn werken slechts bij wijze van indirecte gevolgtrekking (laat) afleiden'.[11]

Deze laatste stelling brengt ons meteen op een aantal andere, min of meer van het voorgaande afgeleide of daarmee verwante kenmerken van Scholtens rechtsfilosofische werk. Het gaat om echte, wezenlijke problemen, geen 'l'art pour l'art', het zijn meer 'worstelingen' dan 'beschouwingen'. Het

5 Hierover Paul Scholten en de Commissie voor beginselen der Kerkorde. doctoraalscriptie kerkgeschiedenis van mr H. Oostenbrink-Evers (1991).

6 J.J. Kijne & F. Visser, De Nieuwe Vertaling van het Nederlandsch Bijbelgenootschap, Amsterdam 1952. p. 23-24 (en de foto tegenover p. 13); G.J. Scholten, WPNR 5314 (1976). p. 478.

7 RMTh 1952. p. 529-545 (herdrukt in zijn Uitgelezen opstellen, Zwolle 1981. p. 385-403)

8 W.I. Borst. Begrip en karakter van het recht bij prof. mr. Paul Scholten. doctoraalscriptie EUR 1976. 50 p. Op aanvraag bij de auteur (digitaal) verkrijgbaar (e-mail: borst15@zonnet.nl)

9 J.J.H. Bruggink, Wat zegt Scholten over recht (diss. Utrecht), Zwolle 1983. hfdst. II (p. 43-111).

10 Aldus Kohnstamm. t.a.p.

11 Inleiding tot de studie van de Wijsbegeerte des Rechts. Zwolle 1956. eerste druk. p. 163

is niet in een bepaalde school te passen,[12] intuïtief, anti-rationalistisch, meer 'wijsheid' dan 'wijsbegeerte',[13] niet stelselmatig, maar 'invallende gedachten',[14] aldus de kwalificaties van uiteenlopende auteurs. Langemeijer en Drion hebben gesteld dat Scholtens denken meer op synthese, Meijers' denken daarentegen meer op analyse is (was) gericht.[15] Scholtens denken was niet dogmatisch, niet statisch, niet gesloten.

Scholten spreekt in VG I over 'recht' en 'staat' vanuit de protestants-christelijke levens- en wereldbeschouwing. Centraal in zijn rechtsfilosofie staat dat iemands levens- en wereldbeschouwing (mede) zijn denken over recht en ethiek en allerlei maatschappelijke en politieke vraagstukken bepalen. Reeds in het opstel 'Recht en Levensbeschouwing' (1915: zijn rechtsfilosofische 'visitekaartje'; de titel is een programma) poneert Scholten het innige verband tussen rechts- en levensopvatting: 'Wie meent [ze] te kunnen scheiden, schaadt beide, hij vervalscht zijn rechtsovertuiging, omdat hij het teruggrijpen op de hoogste waarde stelselmatig vermijdt [...].'[16] Volgens Scholtens personalisme (zie uitvoeriger hierna, par. 2) loopt de verbinding tussen levensbeschouwing ('Christelijk geloovig, dan wel op rationalistisch of empiristisch standpunt')[17] enerzijds en recht en politiek anderzijds via de *persoon* van de rechtsvinder respectievelijk de politicus. Hij bevestigt hiermee, beginnend in 1915, impliciet wat iets later, vanaf omstreeks 1930, door Dooyeweerd c.s. in de Reformatorische Wijsbegeerte – zij het ook anders uitgewerkt – met veel nadruk naar voren is gebracht, namelijk dat wetenschap fundamenteel wordt (mede)bepaald door geloofskeuzes. Overigens had ook Scholtens vriend en geestverwant Ph.A. Kohnstamm al in 1926 hetzelfde betoogd in zijn 'Het waarheidsprobleem. Grondleggende kritiek van het christelijk waarheidsbewustzijn'.[18] Over Dooyeweerd schrijft Scholten in 1937 dat diens werk 'op zichzelf [staat]' en 'afzonderlijke bespreking [verdient]'.[19] Aan die bespreking is hij helaas nooit meer toegekomen.[20]

12 Red. NJB 1945, p. 375 e.v.; I. Kisch. Boekbeschouwing over Verz. Geschr. Deel I en II, RMTh 1952, p. 529-545, herdrukt in Uitgelezen opstellen. Een bloemlezing uit het werk van prof. mr. I. Kisch. Zwolle 1981, p. 385-403; Bruggink (diss.), p. 108

13 Langemeijer. WPNR nr. 5314, p. 557

14 S. Gerbrandy, Trouw/Kwartet 23 augustus 1975

15 Langemeijer. RMTh 1950, p. 132 e.v.; H. Drion. WPNR 5314 (1976), p. 520 e.v. Voor een uitvoerige vergelijking van Meijers en Scholten zie H.I. Groenenboom. Scholten en Meijers, *de* tegenstelling. Een vergelijkend onderzoek van de rechtsopvatting van Scholten en Meijers tegen de achtergrond van de legistische rechtsopvatting. doctoraalscriptie EUR 1996

16 VG I, p. 161 (1915).

17 VG I, p. 218 (1918). Vgl. ook de slotalinea van par. 28 van het Algemeen Deel.

18 Haarlem 1926

19 VG II, p. 134, noot 1

20 Nergens in zijn geschreven werk is zo'n bespreking te vinden en G.J. Scholten (oudste zoon van Paul Scholten) heeft mij dit ook bevestigd in een gesprek dat ik met hem had naar aanleiding van mijn scriptie op 10 oktober 1983

2 Dialectiek en Personalisme

Een fundamenteel kenmerk van Scholtens benadering van het recht is het telkens terugkerend motief van de dialectiek of het dualisme. Reeds de lezer van het Algemeen Deel kan dit niet ontgaan. Maar ook in het rechtsfilosofische werk komt het motief telkens terug. Dit principe houdt bij Scholten in dat het recht en de daarmee verbonden verschijnselen niet tot één principe zijn te herleiden. Er is een these en een antithese, maar die worden niet, althans niet theoretisch/conceptueel, verenigd tot een synthese. Dus Scholtens dialectiek is in elk geval niet Hegeliaans. Dit is opgemerkt door onder andere Langemeijer en Kisch. Maar waar komt ze dan wel vandaan?
Langemeijer bekent dat hij niet weet waar Scholten zijn dialectiek aan heeft ontleend.[21] En Bruggink concludeert zelfs dat Scholten helemaal geen dialectisch denker was maar een christen-existentialist.[22]

Het antwoord is volgens mij te vinden bij Kohnstamm, collega, vriend en geestverwant van Scholten, en diens '(bijbels) Personalisme'. Scholten sluit zich in een opstel uit 1924 met zo veel woorden bij het 'Personalisme' van Kohnstamm aan.[23] G.J. Scholten en Y. Scholten (de beide zonen van Paul Scholten)[24] en G.E. Langemeijer[25] hebben gewezen op de banden tussen Scholten en Philip Abraham Kohnstamm (1875-1951; fysicus, filosoof, theoloog en pedagoog).[26]
Wat houdt dit 'Personalisme' respectievelijk de dialectiek bij Scholten in? De kloof, bijvoorbeeld tussen 'zijn' en 'behoren', tussen 'willen' en 'weten', tussen de diverse tegenover elkaar staande beginselen in het recht, tussen rechtspositivisme en natuurrecht, tussen geloof en rechtsbeoefening, wordt niet theoretisch overbrugd in een abstract-conceptuele synthese, maar

- via de naastenliefde
- via het geweten
- in de beslissing
- door het gebod
- in de rechtsvinding
- kortom: *concreet*, in de *persoon* van de rechtstoepasser (= bij Scholten: de rechter als prototype)

21 WPNR nr. 5314 (1976), p. 557
22 Bruggink (diss.), p. 90-92.
23 VG I, p. 268-269.
24 WPNR nr. 5314 (1976), p. 478 en 481
25 De wijsbegeerte des rechts en de encyclopaedie der rechtswetenschap sedert 1880, p. 68
26 Over 'dialectiek' bij Kohnstamm mijn artikeltje in Beweging 1981, p. 108-110 (eveneens op aanvraag digitaal verkrijgbaar bij borst15@zonnet.nl)

Aldus heel expliciet bijvoorbeeld VG I, p. 186 (1917): '[...] dat er van de prediking van Jezus naar onze vraag geen directe weg leidt. Indirect is die weg er wel: door de persoonlijkheid heen.' Evenzo p. 218-219 (1918): '[...] het verband tusschen Christendom en staatkunde, dat in den persoon, in den staatsman moet worden gevonden.' Dit nu is bij uitstek 'Personalisme'.
Enerzijds betekent dit een afwijzing van een redeneren vanuit een voorgegeven set van beginselen, deductief. Anderzijds betekent deze personalistische visie echter niet dat Scholten helemaal niet wil weten van zo iets als beginselen, zoals hieronder nog zal blijken. Scholtens afwijzing van de reductionistische theorieën (die alle verschijnselen trachten te herleiden tot één principe) valt vooral te duiden als nuchter realisme: het leven is nu eenmaal sterker dan de leer, alle 'ismen' doen de werkelijkheid geweld aan.[27] Daarnaast toont Scholtens afwijzing van zulke stelsels, die botsen met de naïeve – in de zin van voor-wetenschappelijke – ervaring, (weer) een parallel met de Reformatorische Wijsbegeerte met haar stelling dat elk 'isme' duidt op een verabsolutering van één aspect van de werkelijkheid.

Op deze plaats past nog een kritische kanttekening bij het Personalisme. Is het daaraan ten grondslag liggende, sterk normatief gekleurde mensbeeld, met zijn sterke nadruk op het geweten, niet te optimistisch?[28] Is in de werkelijkheid van het dagelijks leven – in de empirie – het belang niet dikwijls sterker dan het beginsel? De empirie komt er sowieso in Scholtens rechtsfilosofie en rechtsvindingsleer, ondanks zijn nadruk op de 'sociologische interpretatie', bekaaid vanaf. Ook zijn opmerking: 'In waarheid vindt de socioloog – voor zover het meer betreft dan enkel het verband tusschen bepaalde feiten, voorzoover hij "wetten" ontdekt, "beginselen" waarnaar de maatschappij zich beweegt, – niets anders dan zijn bezit reeds was toen hij tot zijn onderzoek uittoog,'[29] getuigt niet direct van een groot vertrouwen in de (waarde van de) sociologie.

3 Rechtsontologie: het rechtsbegrip

Het voorgaande is vooral een uitwendige schets van Scholtens denken. Het vervolg van dit opstel gaat over de inhoud van zijn rechtsfilosofie, de 'rechtsontologie' (Bruggink).

27 In iets andere bewoordingen Bruggink (diss.), p. 91: 'Scholten was vooral een gelovig en praktisch man. Als protestants gelovige zag hij de kracht van de mens gelegen in diens geloof en niet zozeer in diens rede. Als praktisch man was hij er op uit de gehele pluriformiteit van verschijnselen, die met het recht te maken hebben, naar voren te brengen, waarbij hij vooral het konkrete op het oog had.'

28 Vgl. N.F. van Maanen & E.H. Blankenburg, Het Openbaar Ministerie geautomatiseerd, Den Haag 1991, p. 81.

29 VG I, p. 134.

Kisch' samenvatting daarvan:[30]

1 het primaire karakter van het rechterlijk oordeel,
2 het morele karakter van het rechterlijk oordeel, en
3 het 'levensbeschouwelijke' karakter van het rechterlijk oordeel,

benadrukt terecht het belang van 'moraal' en 'levensbeschouwing' in Scholtens denken. Deze twee begrippen verwijzen naar respectievelijk Scholtens rechtsontologie en zijn Personalisme – de twee 'pylonen' waaraan heel Scholtens rechtsfilosofie hangt. Echter, Scholtens rechtsontologie is breder dan zijn methodologie. Het centraal stellen van het rechterlijk oordeel – zoals Kisch doet – is nog te veel methodologisch gekleurd.
Hiervóór heb ik al een en ander gezegd over Scholtens Personalisme. Hieronder doe ik een poging Scholtens rechtsontologie te schetsen. Ik onderscheid daarbij 'recht' en 'staat' (hoewel die niet te scheiden zijn). Allereerst het begrip van 'recht'.

(1) In Scholtens visie is het recht noodzakelijk vanwege de zonde, 'tot afweer van het kwaad'.[31] Je kunt je afvragen wat daar nu mee gezegd is. Of, nog iets fundamenteler: wat zonde eigenlijk is? Immers, als de zonde in ons bestaan zo iets is als het water voor de vis, wat kunnen wij dan met die wetenschap? wat kan een vis doen met de wetenschap dat hij in het water zwemt? G.K. Chesterton noemt 'het feit der zonde' een 'feit zoo nuchter als aardappelen' en de 'erfzonde' 'nu juist het eenige punt der Christelijke theologie [...] dat werkelijk bewezen kan worden'.[32] De verbinding van 'recht' met 'zonde' maakt in ieder geval duidelijk dat we niet met iets volmaakts van doen hebben. Het volmaakte is – juist vanwege het feit van de zonde – onbereikbaar en het streven daarnaar, dat wil zeggen ook het streven naar een volmaakt recht, leidt dus makkelijk tot frustratie en eventueel zelfs tot overschatting (van eigen kunnen) en misleiding (van anderen), namelijk wanneer iemand zou pretenderen dat hij de ultieme oplossing van 'het raadsel recht' ('the quest for law') gevonden heeft. Dat neemt niet weg dat het streven naar het volmaakte recht – in Scholtens woorden: de gerechtigheid – steeds het doel van alle juridisch werk zal moeten zijn (zie hieronder).

(2) Recht is regeling van de verhouding tussen mensen, samenstel van regels die gelden. Het gaat hier om het 'positief recht'. Daarmee is tevens gezegd dat recht tijdelijk, veranderlijk, mensenwerk is.

30 RMTh 1952, p. 529-545; Uitgelezen opstellen, p. 385-403; overgenomen door Hoetink in de WP, zesde druk, deel 16, p. 493.
31 VG I, p. 181.
32 G.K. Chesterton, Orthodoxie, Utrecht z.j., p. 27-28.

(3) Het wortelt echter via de innerlijke ervaring, dat is het geestelijk leven van enkeling en gemeenschap, in de scheiding van goed en kwaad, dus in de moraal (ethiek). Hier hebben wij een kernpunt van Scholtens rechtsontologie te pakken.
Dit punt heeft nogal wat consequenties. De eerste wordt al meteen door Scholten zelf getrokken: als recht wortelt in de moraal, dan is recht dus niet louter conventioneel (= kwestie van afspraken onder mensen). Niet elke regel of afspraak die wij maken, kan het etiket 'recht' krijgen; zij moet voldoen aan een hogere norm. Het positivisme (Kelsen) wordt door Scholten subiet van de hand gewezen.
Een tweede consequentie trek ik voor eigen rekening: als recht wortelt in de scheiding van goed en kwaad, dan is het óók niet louter instrumenteel. Dit heeft consequenties bijvoorbeeld voor het debat over de doelen en functies van het strafrecht, in het bijzonder de spanning tussen 'instrumentaliteit' en 'rechtsbescherming' c.q. 'veiligheid of vergelding',[33] waarbij immers de kernvraag is: hoe instrumenteel kunnen wij met (straf)recht omgaan? Ik kom hier in paragraaf 5 op terug.

(4) De tien geboden zijn de 'grondslag van ieder recht'.[34] De vraag rijst hoe deze stelling – en de aanname van 'beginselen' van diverse slag en snit (zie hieronder) – zich verhoudt tot Scholtens afwijzing van 'natuurrecht'. Wat dit betreft heb ik weinig toe te voegen aan de beschouwingen van Bruggink.[35] Kort gezegd: ondanks de schijnbare verwantschap, is de notie van natuurrecht Scholten ten diepste te rationalistisch, te optimistisch ook; zijn definitie van 'recht' (zie hierboven) en zijn mensbeeld ('heteronomie', zie onder) staan aan een erkenning van zoiets als een natuurrecht in de weg.

(5) 'Gerechtigheid' is de zin en het (onbereikbare, vanwege de zonde) doel van het recht. Van daaruit ligt er een verband met mensbeeld en levensbeschouwing.
Wat het eerste (het mensbeeld) betreft, Scholten wijst de idee van de autonome mens af. In plaats daarvan poneert hij 'heteronomie' c.q. 'theonomie': de mens is in moreel opzicht geen 'eigen baas', hij is onderworpen aan Gods wetten. Dit is iets anders dan theocratie; Scholten wijst Luthers theocratische opvatting van de hand als verwerpelijke machtsverheerlijking[36] – hetgeen overigens volgens mijn medereferent van de studiebijeenkomst[37] dr.

33 Aldus de titel van de Nederlandse strafrechtsdagen 2003; zie de gelijknamige bundel onder redactie van P.L. Bal, G.E. Smaers & E. Prakken. Zwolle 2003
34 VG I, p. 390
35 A.w., p. 97-99 en 104-108
36 VG I, p. 195.
37 Zie de eerste voetnoot bij dit opstel

Huib Klink (theoloog) op een, toentertijd gangbare, karikatuur van Luthers denken berust. Eenzelfde afwijzing van theocratie is ook te vinden bij Kohnstamm.

Wat het tweede, de levensbeschouwing, betreft, de relevantie hiervan valt te illustreren aan de hand van Scholtens uitlatingen over de echtscheiding. Niet alleen in een rede op een theologenconferentie[38] maar ook bij de behandeling van het recht inzake echtscheiding in Asser I, Persoonenrecht,[39] komt Scholten met een expliciete verwijzing naar de bijbel (Mattheüs 19) respectievelijk naar de bijbelse waarde van het huwelijk. In een voordracht op 'een zomerconferentie'[40] stelt hij dat Jezus' uitspraken over de echtscheiding niet als wetten direct toepasselijk zijn (zoals J.J.L. van der Brugghen[41] kennelijk betoogt), maar dat het beginsel dat het huwelijk 'van den beginne' onontbindbaar is, wel ten grondslag behoort te liggen aan de wetgeving inzake echtscheiding. En in het Algemeen Deel[42] illustreert hij de verhouding tussen de rechter en de wet aan de hand van – wederom – de wetgeving inzake echtscheiding: de rechter die gelooft in de principiële onontbindbaarheid van het huwelijk zal de regels over echtscheiding wel toepassen (= 'het zedelijk a-priori der wet'), maar restrictief. Ten slotte komt in Scholtens studie over Groen van Prinsterer[43] nogmaals het bijbelse spreken over huwelijk en echtscheiding ter sprake in het kader van een betoog over het al dan niet verwijzen naar bijbelteksten als 'bewijsplaatsen' in de publieke discussie.

(6) Wat de 'structuur' van het recht betreft noem ik ten slotte nog Scholtens spreken over 'beginselen van samenleving'. Hij doelt daarmee op vier constitutieve begrippen van de rechtsstaat:[44]

- persoonlijkheid
- gemeenschap
- gelijkheid
- gezag

Deze staan telkens in 'dialectische' verhouding tot elkaar: persoonlijkheid tegenover gemeenschap en gelijkheid tegenover gezag.[45] 'Persoonlijkheid'

38 VG I, p. 390-391.
39 Achtste druk. 1947, p. 247-254.
40 VG I, p. 218-219 (1918).
41 Negentiende-eeuwse politicus, Minister van Justitie 1856-1858.
42 Eerste druk. 1931. p. 179; ook al op p. 90-91, over 'het zedelijk a priori der wet'.
43 'Er staat geschreven, er is geschied'. VG II. p. 144 (1937).
44 VG I, p. 330-379. Scholten gebruikte de term 'beginselen' helaas in uiteenlopende betekenissen. Bruggink (diss.), p. 96-99, spreekt daarom in dit verband van 'beginselen van het vijfde niveau'.
45 Uitvoeriger over deze vier begrippen: Kisch, a.w. (1981), p. 394-397 (die spreekt van 'gezichtspunten'); Langemeijer, a.w. (1963), p. 68-69.

en 'gemeenschap' verwijzen naar de ethiek, 'gelijkheid' naar de logica; gezag heeft een sterk irrationele component 'Persoonlijkheid' in combinatie met 'gelijkheid' is de grondslag van de grondrechten, aldus Scholten (grondrechten opgevat als de klassieke vrijheidsrechten; voor de oorlog was er nog geen sprake van 'sociale' grondrechten). Ik noem het constitutieve begrippen, want zonder een van deze is recht geen recht meer, aldus Scholten. Tegelijk geven ze een specifieke inhoud aan het rechtsbegrip en tevens richting aan het staatsbegrip (de rechtsstaat, zie hierna).

(7) Samenvattend: Scholtens rechtsontologie kent als het ware een hiërarchische opbouw, die als volgt schematisch zou kunnen worden weergegeven:[46]

Gods Woord
|
geweten
|
scheiding van goed en kwaad, moraal, ethiek
|
'beginselen van samenleving' (te weten 'persoonlijkheid' en 'gemeenschap'), plus 'gerechtigheid'
|
rechtsbeginselen, beginselen van positief recht, axioma's, adagia ('zedelijke tendensen in het recht, die boven het recht uit verwijzen naar de ethiek', 'normatieve tendensen in (maar niet: ván) het recht', verbindende schakel tussen recht en ethiek, niet van juridische maar van ethische aard)
|
ratio legis
|
regels

4 Rechtsontologie: de staat

Dan nu Scholtens spreken over de staat. Hierover is meer te zeggen dan Brugginк[47] doet. Wij bevinden ons hier nog steeds in de sfeer van de rechtsontologie.

(1) De staat is gegeven ter wille van de zonde. Ook hiervan is de vraag, wat daarmee nu wel gezegd is. Het is een fundamentele stelling. Hiermee is immers gezegd dat de staat slechts tijdelijke waarde heeft, geen deel is van

46 Scholten zou dit soort schema's waarschijnlijk te statisch, te gesloten vinden.
47 Diss. p. 110-104.

de scheppingsorde. De mens, het individu, daarentegen heeft eeuwigheidswaarde. Dezelfde gedachte komt in iets andere bewoordingen bij herhaling terug bij Kohnstamm in diens bundel *Democratie in de branding*.[48] Hij erkent volmondig dat 'de zonde hoeksteen is van eigen democratische overtuiging' en voegt er nadrukkelijk aan toe dat dit zowel voor hemzelf geldt als voor Scholten.[49] In dit verband citeert hij de woorden van Christus: 'Wat baat het een mens als hij de gehele wereld wint, maar schade lijdt aan zijn ziel?'[50] en benadrukt daarmee het beginsel van de persoonlijkheid.[51] Uit het axioma van de zonde vloeit onder meer voort (aldus Kohnstamm) dat niemand recht of geschiktheid heeft om over een ander te heersen en dat dus

> 'de bevoegdheid en de verplichtingen van elken functionaris, van elken machthebber nauwkeurig worden omschreven, dat evenzeer wordt vastgesteld aan wien en hoe hij verantwoording schuldig is. Dat is de juiste [...] kern van de [...] theorie van de scheiding der staatsmachten. Aan dat beginsel zal bij de groeiende staatsmacht in den komenden tijd weer veel meer dan voorheen aandacht moeten worden geschonken.'[52]

De ideeën van Kohnstamm kunnen goed dienen ter verduidelijking en aanvulling op het denken van Scholten over recht en staat, maar het gaat het kader van dit artikel te buiten om hier nader op in te gaan.[53]

(2) Met het voorgaande hangt ten nauwste samen Scholtens afwijzing van de Franse en de Russische revolutie. Deze brachten immers geen bevrijding van het individu maar leidden tot ernstige inbreuken op de 'persoonlijkheid': de persoon, het individu werd geofferd – zelfs tot op de guillotine en in de strafkampen – aan het collectief.[54] Ook Scholtens aandeel in het verzet kan gemakkelijk van hieruit worden verstaan. 'Du bist nichts, dein Volk ist alles' is immers ten enenmale onverenigbaar met de waarde van de individuele persoonlijkheid zoals Scholten die verstond. En ten slotte is ook zijn afwijzing van alle individualistische en collectivistische staatstheorieën van hieruit vanzelfsprekend.

48 Amsterdam z j (1938)

49 A w p 49, verwijzend naar 'het artikel van Prof P Scholten in De Schakel van Februari 1917' (waarmee bedoeld moet zijn het opstel 'Recht en liefde', VG I, p 162 e v)

50 Mattheüs 16:26, Markus 8:36, Lukas 9:25

51 A w, p 54, 56 en 60

52 A w, p 51

53 Een verschil lijkt daarin te zitten dat Kohnstamm niet wil spreken van 'gelijkheid' maar van 'gelijkwaardigheid' (a w, p 144). Volgens Kisch, a w (1981), p 396, wil Scholten met de begrippen 'gelijkheid' en 'gezag' te veel tegelijk aanduiden. Een ander verschil lijkt te zijn dat Kohnstamm meer expliciet opkomt voor de idee van 'democratie', bij Scholten daarentegen de 'rule of law' meer voorop staat; overigens gaat het bij Kohnstamm dan wel om democratie in materiële zin, waarmee hij dicht bij het concept van 'rule of law' uitkomt

54 Over de (gevolgen van de) Franse revolutie: VG I, p 212

Iets minder vanzelfsprekend is misschien zijn afwijzing van de volkssoevereiniteit en van de rechts- of staatssoevereiniteit.[55] De volkssoevereiniteit wijst Scholten af omdat het volk niet aan zichzelf onderworpen kan zijn. Hierachter ligt de aanname dat 'soevereiniteit' inhoudt een onderworpen zijn van iets of iemand aan iets of iemand anders; een standpunt dat taalkundig moeilijk bestreden kan worden.[56] En voorts dat 'gezag' uitsluitend gedacht kan worden in relatie tot een persoon en dus niet kan worden toegekend aan een abstractie. Deze laatste stelling wordt door Scholten niet nader beargumenteerd. Vanuit de etymologie van 'gezag' (is afgeleid van 'zeggen')[57] is deze opvatting echter wel te verdedigen, of op z'n minst te begrijpen.
Dezelfde aanname ten aanzien van 'gezag' ligt ten grondslag aan Scholtens afwijzing van 'rechts- of 'staatssoevereiniteit': 'recht' en 'staat' zijn abstracties, terwijl gezag alleen gekoppeld kan zijn aan een persoon.

(3) Positief loopt Scholtens staatsopvatting uit op een pleidooi voor een evenwicht tussen individu (persoonlijkheid) en gemeenschap. Centraal element hierin is de gewetensvrijheid; zij wordt zelfs 'de grond en grens van het recht' genoemd.[58] Een belangrijke notie is dat er grenzen zijn aan de macht van de staat. Scholten omschrijft als grenzen van de staatsmacht: het individu, het gezin en de kerk. Het eerste ziet op het beginsel van de persoonlijkheid, de beide andere op dat van de gemeenschap. Merkwaardig is dat andere niet-statelijke samenlevingsverbanden, zoals de school, het bedrijf, de vereniging, ontbreken. In de door Kuyper en de Reformatorische Wijsbegeerte ontwikkelde leer van de 'soevereiniteit in eigen kring' hebben deze een belangrijke plaats. Had Scholten er geen oog voor? Wat daarvan zij, 'staat', 'gezin' en 'kerk' zijn – anders dan de andere samenlevingsverbanden – gemeenschappen waar mensen in[59] geboren worden, waar zij (in elk geval in eerste instantie) niet zelf voor kiezen. Misschien dat Scholten ze daarom een andere plaats toekent dan de andere, meer vrijwillig gekozen samenlevingsverbanden. Dat de staatsmacht hier grenzen moet erkennen, betekent niet dat de overheid op die gebieden niets mag regelen (zie bijvoorbeeld het familierecht en de regels omtrent kerkgenootschappen), wel dat zij slechts een beperkte zeggenschap heeft in die sferen. Het gaat – alweer – om het afweren van staatsabsolutisme en het opkomen voor de rechtsstaat. Niet democratie is de christelijke staats-

55 Vgl. Brugginк, a.w., p. 101-102.
56 'Soevereiniteit' is afgeleid van 'supra-potestas', aldus A. Kuyper, Antirevolutionaire Staatkunde, eerste deel: De beginselen, Kampen 1916, p. 261.
57 J. de Vries, Etymologisch woordenboek, Aula nr. 6.
58 VG I, p. 160. Over de gewetensvrijheid ook Kohnstamm, a.w., passim.
59 'In' hier in de betekenis van het Engelse 'into'.

vorm bij uitstek, aldus Scholten, maar de rechtsstaat: 'meerderheidsmacht is voor de gewetensvrijheid even gevaarlijk als clericalisme'.[60]

5 Enkele lijnen naar de actualiteit

Scholten schreef in de eerste helft van de vorige eeuw. Zijn denkbeelden lijken echter, indien gelegd naast enkele recente thema's, verrassend actueel. In deze laatste paragraaf probeer ik kort nog een drietal lijnen te trekken vanuit Scholtens rechtsfilosofie naar de actualiteit.

(1) Allereerst naar het waarde- en normendebat. Wat zijn waarden en normen? Heeft de overheid daar wel een boodschap aan? Kan zij zich maar niet beter beperken tot het stellen van regels voor het gedrag in de samenleving, zonder zich te begeven op het gladde ijs van de moraal?
Scholtens rechtsontologie kan helpen bij het vinden van antwoorden op deze vragen. Rechtsregels zijn in deze opvatting (zie hierboven, par. 3) niet los te denken van 'hogere', ethische[61] normen en waarden.[62] Een 'waardevrije norm' is dus een contradictio in terminis: 'Het normatieve laat zich uit het recht niet verdrijven, stuur het de voordeur uit, het komt achter weer binnen'.[63] De kabinetsreactie op het WRR-rapport *Waarden, normen en de last van het gedrag*[64] lijkt dit ook zo te zien: 'Waarden staan [...] aan het begin van een keten die via normen tot concrete regels leidt.'[65]
Daarnaast laat het personalisme van Scholten (hierboven, par. 2) zien dat iemands waarden en normen verband houden met c.q. worden bepaald door zijn levensbeschouwing en geloof (of ongeloof). 'De overheid' is weliswaar – net als de staat, zie boven (par. 4) – een abstractie en abstracties hebben als zodanig geen waarden en normen. Maar als verband van overheidsdienaren hebben degenen die 'de overheid' belichamen (politici, magistraten, ambtenaren) die wel en zij leggen die niet af op het moment dat zij hun ambtsbezigheden gaan uitoefenen. De rechtsontologie en het personalisme van Scholten laten ons dus zien dat het een misvatting is, te denken dat de overheid zich zou kunnen 'beperken' tot het stellen van regels zonder zich te begeven op het gebied van ethiek en moraal (de 'waarden en normen').

60 VG II, p. 7.
61 De vraag naar de aard van de moraal en het geweten, en naar de verhouding tussen recht en moraal, laat ik hier verder liggen. Hoewel ik Bruggink een heel eind kan volgen in zijn kritiek op het sterke accent bij Scholten op het irrationele in de ethiek, gaat hij mijns inziens te ver waar hij Scholten een 'voluntarist' noemt (a.w., p. 59).
62 De term 'waarden' vind je overigens bij Scholten nauwelijks, was toen niet actueel.
63 VG I, p. 139.
64 Kamerstukken II 2003/04, 29 454 nr. 2 (5 maart 2004).
65 Pagina 7.

Hiermee is uiteraard nog niet gezegd *hoe* de overheid daar dan, gegeven de pluraliteit van levens- en wereldbeschouwingen, precies mee om zou moeten gaan. De kabinetsreactie op het WRR-rapport *Waarden, normen en de last van het gedrag* staat geheel in het teken van de spanning tussen waardepluriformiteit en de noodzaak van zekere gemeenschappelijke waarden. Ook hier valt van Scholten te leren, als het gaat om de vraag of (en zo ja, hoe) het ook mogelijk is brede maatschappelijke en politieke consensus te bereiken over waarden en normen. Scholtens benadrukken van het levensbeschouwelijk karakter van het rechtspolitieke oordeel (zie hierboven, par. 1) doet vermoeden dat hij de kansen op consensus niet heel groot acht. Bij herhaling poneert hij de onverenigbaarheid van de diverse levensbeschouwingen – kuyperiaans gezegd: de 'antithese'. Bij Scholten fungeert zij echter niet als methodisch of politiek beginsel maar als feitelijke realiteit.[66] Deze onvermijdelijke botsing van levensbeschouwingen accentueert het belang van publiek en politiek debat – én van de erkenning van de vier 'constitutieve begrippen', tezamen 'de rechtsstaat' (zie hierboven, par. 3 onder (6)), die het debat mogelijk maakt maar er voor zijn voortbestaan tevens van afhankelijk is. Een dergelijke 'scholteniaanse' insteek klinkt ook door in genoemde kabinetsreactie: 'De democratische rechtsstaat biedt het kader waarbinnen niet alleen verschillende waarden naast elkaar kunnen bestaan, maar waarbinnen tevens onvermijdelijke waardeconflicten op vreedzame wijze kunnen worden opgelost'.[67]

(2) Een tweede punt (hierboven, par. 3 onder (3)), al even gesignaleerd), betreft de tendensen tot een meer instrumentele omgang met het (straf)recht, die zeker in de sfeer van het beleid altijd verleidelijk is. Instrumenteel denken over recht staat – zoals gezegd – op gespannen voet met de (volgens Scholtens rechtsontologie) intrinsiek normatieve aard van het recht. Reeds dat gegeven moet ons voorzichtig maken om in het strafrecht al te instrumentalistisch te gaan denken: recht is niet slechts een middel om een bepaald – al dan niet willekeurig te kiezen – beleidsdoel te bereiken, maar heeft een eigen intrinsieke waarde en doel (de gerechtigheid). Daar komt nog bij dat juist in het domein van het strafrecht instrumentalistisch denken riskant is: het wekt verwachtingen die gemakkelijk kunnen leiden tot teleurstellingen[68] en het is

66 Veelzeggend zijn in dit verband de titels van de diverse tijdschriften waarin hij publiceerde: 'Synthese'. 'De Schakel'

67 Pagina 4

68 Zie de waarschuwing van de Algemene Rekenkamer inzake de 'slechte aansluiting – zo niet kloof – tussen beleidsambities en uitvoeringspraktijk'. De Rekenkamer ziet dit 'als één van de grote risico's voor de geloofwaardigheid van de rijksoverheid en het vertrouwen van burgers in de overheid' (Algemene Rekenkamer: 'Tussen beleid en uitvoering: lessen uit recent onderzoek van de Algemene Rekenkamer' Kamerstukken II 2002/03, 28 831, nr 1-2, p. 11 en 14)

gevaarlijk voor de effectiviteit en integriteit van het 'middel'.[69] In zijn reactie op het WRR-rapport *Waarden, normen en de last van het gedrag* lijkt het kabinet dit te erkennen, waar het stelt 'dat normhandhaving nooit de panacee voor alle regelovertreding kan zijn'.[70] Scholtens rechtsontologie, met zijn aandacht voor de innerlijke, zedelijke dimensie van het recht, kan ons behoeden voor riskant, puur uitwendig instrumentalisme.[71]

(3) Tot slot een spannende Straatsburgse casus: het verbod van de Refah Partisi (Welvaartspartij). In 1991 won deze partij bij de algemene verkiezingen in Turkije 17% van de stemmen. Vier jaar later kreeg ze 22%; daarmee werd ze de grootste fractie in het Parlement. Ze vormde een coalitie en kwam in het kabinet. De procureur-generaal vorderde bij het Constitutionele Hof de ontbinding van de partij op de grond dat zij een centrum was van activiteiten in strijd met het grondwettelijke beginsel van de seculiere staat. De partij had immers zichzelf beschreven als in een heilige oorlog (*jihad*) en had gemeld dat ze de bedoeling had de theocratie en het Islamitische recht (*sharia*) te introduceren. Op 16 januari 1998 spreekt het Turkse Constitutionele Hof de ontbinding uit van de partij, onder verwijzing naar uitlatingen van partijleiders over het introduceren van gescheiden juridische systemen (een 'pluraliteit van rechtssystemen', dat wil zeggen verschillend recht voor moslims en niet-moslims) en de instelling van een theocratie, zo nodig met geweld; het Constitutionele Hof acht deze in strijd met het principe van de seculiere staat. Het Constitutionele Hof verwijst ook naar uitlatingen van andere partijleden, waaronder Parlementsleden, die invoering van de *sharia* bepleitten en in enkele gevallen ook het gebruik van geweld. De partij en enkele van haar voormannen, onder wie de premier, dienen een klacht in bij het EHRM wegens schending door Turkije van onder andere de artikelen 9, 10, 11, 14, 17 en 18 van het EVRM. In een tweetal uitspraken verwerpt het EHRM alle klachten.[72] Het acht het verbod, zeker nu de reële kans bestaat dat Refah haar politieke plannen kan implementeren,[73] 'noodzakelijk in een democratische samenleving' in de

69 Het gebruik van een voorwerp (middel) voor een doel waarvoor het niet bedoeld is, kan leiden tot schade aan dat voorwerp (middel) of aan andere voorwerpen of belangen. Zie het interview met Frits Rüter naar aanleiding van diens afscheidscollege in Justitiemagazine november 2003, p. 20-23, onder de kop 'Strafrecht is geen primair handhavingsmiddel'.

70 Kabinetsreactie op het WRR-rapport Waarden, normen en de last van het gedrag, Kamerstukken II 2003/04, 29 454 nr. 2, p. 10 (5 maart 2004).

71 Een echo van Scholtens rechtsfilosofie op het terrein van het strafrecht is te vinden bij M.P. Vrij, leerling en geestverwant van Scholten (en Kohnstamm). Uitvoerig hierover E.F. Stamhuis, Protestantse bijdragen aan het Nederlandse stafrechtsdenken sinds 1880 (diss. Amsterdam VU). Amsterdam 1988, p. 141-153.

72 EHRM 31 juli 2001, AB 2002, 179; EHRM (Grand Chamber) 13 februari 2003, AB 2003, 152, beide m.nt. M.J. Kanne.

73 Vgl. M.J. Kanne, NJCM-Bulletin 2004, p. 322.

zin van de (leden twee van de) genoemde artikelen. Want het door de Welvaartspartij voorgestane model van de samenleving is onverenigbaar met 'fundamental principles of democracy', de 'ideas and values of a democratic society', het 'democratic ideal that underlies the whole of the Convention'.

Het arrest laat zich uitstekend analyseren en verklaren vanuit Scholtens rechtsontologie zoals hiervóór geschetst in paragraaf 3 en 4. Het Hof staat – kort gezegd – op de bres voor de 'rule of law'. Ofschoon het EVRM die toetsingsgrond niet kent, verwijst het Hof er een- en andermaal naar in beide uitspraken, ook al moet het zich daarbij behelpen met een beroep op de preambule. En de 'rule of law', daar ging het ook Paul Scholten om. De Refah Partisi streefde een totalitaire Islamitische staat na, waarin – in de terminologie van Scholten – 'persoonlijkheid' en 'gelijkheid' (samen de basis van de grond- c.q. mensenrechten!) achter de horizon zouden verdwijnen. Het model kent principieel geen ruimte voor individuele vrijheid, legt specifieke religieuze voorschriften dwingend op aan alle leden van de maatschappij en streeft naar introductie van een 'pluraliteit van rechtssystemen', dat wil zeggen verschillend recht voor moslims en niet-moslims; het al dan niet behoren tot een bepaalde groep bepaalt je rechten, er bestaat geen 'gelijkheid voor de wet' voor ieder lid van de samenleving. Dit model was volgens het EHRM zozeer in strijd met de fundamentele democratische principes die aan het EVRM ten grondslag liggen en deed zozeer afbreuk aan de 'rule of law', dat de partij, ofschoon op dat moment aan de regering (!), verboden mocht worden.

Terzijde: het omgekeerde is evenzeer essentieel voor de rechtsstaat: 'Een individu kan zich in onze maatschappij niet achter de groep verschuilen alsof zijn gedrag buiten zijn eigen invloed tot stand komt'.[74] Een commentaar in *NRC Handelsblad* van 21 oktober 2003 over het 'cultureel verweer' in de strafrechtspleging zegt hetzelfde in iets andere bewoordingen: 'In een rechtsstaat kunnen daders hun misdaden niet afschuiven op de cultuur van hun groep, want zij zijn als individu verantwoordelijk'; alweer: persoonlijkheid en gelijkheid in geding als constitutieve begrippen van onze rechtsstaat (zie hierboven, par. 3 onder (6), ditmaal in het kader van de strafrechtspleging.

De Refah-casus maakt ook het belang van Scholtens relativering van meerderheidsmacht (zie het slot van par. 4 van dit opstel) nog eens indringend duidelijk. Het gaat in deze casus immers niet om democratie in de betekenis van meerderheidsmacht, maar om 'fundamental democratic principles', dus – als gezegd – vooral om de rechtsstaat. De Refah-partij had al eenderde van

74 Kabinetsreactie op het WRR-rapport Waarden, normen en de last van het gedrag. Kamerstukken II 2003/04, 29 454 nr 2, p 8.

de stemmen en was volgens peilingen op weg naar een tweederde meerderheid in het Turkse Parlement. Met 'democratie' in de zin van beslissen bij meerderheid van stemmen (de formele democratie) was dus niets mis. Ook het huidige Nederlandse kabinet lijkt bij Scholtens opvatting aan te sluiten waar het stelt: 'Democratie mag niet uitmonden in een dictatuur van de meerderheid'.[75]

Summary

This article summarizes the legal philosophical thinking of Paul Scholten's, a protestant-christian scholar (1875-1946; professor of law at Amsterdam University). The three main characteristics are:

1 the idea of 'biblical Personalism', the origin of which has puzzled several authors; the author argues that Scholten derived it from Philip Abraham Kohnstamm, physicist and (self-taught) philosopher, theologian and pedagogue, a contemporary, colleague and personal friend of Scholten's;
2 the assumption that one's views on (the nature and structure of) law are influenced by one's world view; and
3 the moral nature of law, which according to Scholten follows from the structure of the concept of law (the ontology of law).

The author claims that Scholten's thinking can be of value in contemporary discussions, which is demonstrated by the current debate on values and norms, by the ongoing debate on law enforcement and the nature and functions of criminal law, and by the ECHR decisions in the case of the Turkish Refah Partisi (ECHR 31-7-2001 and 13-2-2003).

75 Kamerstukken II. 2003/04. 29 279. nr 1. p. 13 (kabinetsstandpunt inzake WRR-rapport nr 63 over 'De toekomst van de nationale rechtsstaat'. Den Haag 2002)