Mr. dr. W.L. Borst[1]

Reactie op Poelstra & Verhulp, 'De Hoge Raad als rechtsvinder onder de Wwz: de sprong van Scholten in het arbeidsrecht'

TRA 2026/34

In de decemberaflevering van dit tijdschrift schrijven Poelstra en Verhulp over 'De Hoge Raad als rechtsvinder onder de Wwz: de sprong van Scholten in het arbeidsrecht'.[2] Zij betogen dat "zolang onvolkomenheden [in de wetgeving, WB] blijven bestaan (…) de Hoge Raad steeds opnieuw zal moeten balanceren tussen het dichten van leemtes en het bewaren van systematische consistentie. Dat is en blijft de essentie van de sprong van Scholten." Want tussen de abstracte regels van de wet en de omstandigheden van het specifieke geval gaapt een kloof en "om die kloof te overbruggen, moet de rechter een 'sprong' maken: een actieve, normatieve beslissing waarbij zijn geweten als leidraad fungeert", aldus de auteurs. Als ik hun bijdrage goed lees, vloeien de "sprong" en de plaats en functie van het geweten in de rechtsvinding bij Scholten voort uit de gebrekkigheid van de wet c.q. uit de noodzaak de "kloof" tussen wet en casus te dichten. Ik meen dat dat anders, breder moet worden gezien.

De betekenis van de "sprong" en de plaats en functie van het geweten in de rechtsvinding vloeien bij Scholten voort uit de combinatie van drie gegevens:

1. zijn visie op de aard van het recht als een morele categorie;
2. zijn opvatting van het geweten als onze "kenbron" van goed en kwaad; en
3. zijn opvatting van "de sprong" als een kennistheoretisch concept.

Ad 1: Scholten beschouwt het recht als "een provincie van het grote gebied van het goede";[3] wij zouden zeggen: als deelgebied van de ethiek. "Het recht wortelt in de scheiding van goed en kwaad."[4] Daaruit volgt dat het rechterlijk oordeel, of ruimer: elke juridische beslissing, ook een moreel oordeel is. Daarmee is niet gezegd dat het *uitsluitend* een moreel oordeel is; er spelen altijd vele andere factoren een rol mee in de juridische beslissing. En ook is de morele lading niet in alle gevallen even groot. Maar groot of klein, zij is er *altijd*, per definitie.

Ad 2: Het recht als oordeel over goed en kwaad roept de vraag op hoe wij goed en kwaad kennen en hoe wij die kunnen scheiden. Daarvoor wijst Scholten het geweten aan: "(E)igen innerlijke beleving, eenvoudiger: het geweten. Dit enkel is ons maatstaf en richtsnoer."[5] Dat vloeit voort uit Scholtens mensbeeld; maar het vergt te veel tekst om dat hier toe te lichten.

Voor morele oordelen is het geweten onze kenbron; dus ook voor rechtsoordelen. Ook hier geldt: natuurlijk is het niet de enige factor en natuurlijk is de rol van het geweten niet in alle gevallen even groot. Maar zij is er *altijd*, per definitie – en niet alleen als de wet tekortschiet of leemten vertoont.

Ad 3: Scholten beschouwt rechtsbeoefening c.q. rechtswetenschap als wetenschap.[6] En (empirische) wetenschap bestaat uit drie elementen: de waarneming (empirie), de redenering (logica) en de conclusie. Die conclusie is een *beslissing*. En die beslissing impliceert een besluit, een sprong, zo leert Kohnstamm in zijn boek *Het waarheidsprobleem* (1926),[7] waarnaar Scholten verwijst in (onder meer) het *Algemeen Deel*. In veel empirische wetenschap valt die sprong niet zo op, maar in het morele oordeel "is de beteekenis van dit derde element een geheel andere, is dit irrationeele juist het essentieele".[8] Dus ook in het recht. *Hier* ligt de aard en oorsprong van "de sprong van Scholten".
Het betreft een *kennistheoretisch* concept, dat niet voortvloeit uit de kloof tussen abstracte regel en concrete beslissing. Het geldt dus ook niet alleen voor de gevallen waar de wet een leemte vertoont. Volgens Scholten is er "altijd vrijheid", zit er in de beslissing ten slotte "altijd een sprong" en vormt *elke* juridische beslissing ook *altijd* (nieuw) recht.
"Men moet mijn werk in zijn geheel lezen", placht Scholten te zeggen (aldus Kisch).[9] Waarom? Het *Algemeen Deel* schetst de methode van het privaatrecht. Daarin zit een dubbele beperking: alleen de *methode* en alleen het *privaat*recht. Scholtens beschouwing daarover moet – uiteraard – gelezen worden in de bredere context van zijn visie

1 Mr. dr. W.L. (Wim) Borst was tot 2023 werkzaam als beleidsadviseur bij het Ministerie van Justitie en Veiligheid te Den Haag op het gebied van rechtshandhaving en keteninformatisering. Hij publiceert regelmatig over het werk van Paul Scholten.

2 R.D. Poelstra & E. Verhulp, 'De Hoge Raad als rechtsvinder onder de Wwz: de sprong van Scholten in het arbeidsrecht', *TRA* 2025/105.

3 *Recht en moraal* (1927), *Verzamelde Geschriften Deel I*, Zwolle 1949, p. 288.

4 *Rechtsbeginselen* (1935), *Verzamelde Geschriften Deel I*, p. 405; en *Afscheidsrede* (1945), *Verzamelde Geschriften Deel I*, p. 503.

5 *Gerechtigheid en recht* (1918), *Verzamelde Geschriften Deel I*, p. 220.

6 *De structuur der rechtswetenschap* (1942), *Verzamelde Geschriften Deel I*, p. 432-470.

7 Ph.A. Kohnstamm, *Het Waarheidsprobleem. Grondleggende kritiek van het christelijk waarheidsbewustzijn*, Haarlem: H.D. Tjeenk Willink & Zoon, 1926, onder meer p. 234.

8 *Recht en moraal* (1927), *Verzamelde Geschriften Deel I*, p. 287.

9 H.U. Jessurun d'Oliveira (red.), *Uitgelezen opstellen. Een bloemlezing uit het werk van Prof. mr. I. Kisch*. Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1981, p. 385-386.

op recht en staat in algemene zin. Die visie is te vinden in Scholtens *Verzamelde Geschriften, Deel I (en II)*. Het *Algemeen Deel* is niet een samenvatting daarvan. Maar, zo constateerde Kisch ook al (in 1952), "de lateren lezen dat werk niet in zijn geheel" – en dat is "een onvermijdelijkheid". Dat geldt niet alleen voor Poelstra en Verhulp, voeg ik eraan toe: hun beschouwing is min of meer exemplarisch voor hoe Scholten vandaag de dag veelal gelezen en begrepen wordt. Vandaar deze reactie. Spreek ik daarin dus een verwijt uit naar hen? Laat het vooral een aanvulling mogen zijn.[10]

10 Voor nadere toelichting moge ik voor de onderwerpen die in de onderhavige dialoog aan de orde zijn, verwijzen naar drie van mijn opstellen over het werk van Scholten. In chronologische volgorde: 'De dialectiek bij Paul Scholten: haar aard, oorsprong en bronnen', *NJLP* 2019/1, p. 48-65; 'Het geweten van de robotrechter. Een verkenning in het grensgebied van recht en ICT', in: Tijs Kooijmans e.a, *Op zoek naar evenwicht. Liber Amicorum Marc Groenhuijsen*, Deventer: Wolters Kluwer 2021, p. 41-54; en: 'Three intuitive concepts in Paul Scholten's oeuvre: "rechtsgevoel", "rechtsbewustzijn" and conscience', https://paulscholten.eu/research/article/three-intuitive-concepts-in-scholtens-oeuvre-rechtsgevoel-rechtsbewustzijn-and-conscience/#title18.