



Universiteit
Leiden
The Netherlands

**Van dode abstracties en de sprong die altijd durf is :
Scholten en het existentialisme**

Kwak, A.J.; Ellian, A.; Slootweg, T.; Smith, C.

Citation

Kwak, A. J. (2010). Van dode abstracties en de sprong die altijd durf is : Scholten en het existentialisme. In A. Ellian, T. Slootweg, & C. Smith (Eds.), *Recht, beslissing en geweten* (pp. 63-89). Deventer: Kluwer.
Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/16426>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/16426>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

Van dode abstracties en de sprong die altijd durf is

Scholten en het existentialisme

Arie-Jan Kwak

Volgens Paul Scholten bevat iedere toepassing van algemeen geformuleerde rechtsregels in een concrete casus een “irrationeel” element. Het nemen van een beslissing vergt altijd een keuze, een “sprong”, waarmee de kloof tussen het abstracte en het concrete worden overbrugd. Het idee van de sprong vinden we ook bij Sören Kierkegaard. Daarmee stuiten we op een belangrijke inspiratiebron van Paul Scholten: het existentialisme. In deze bijdrage wordt betoogd dat het werk van Scholten doordrenkt is van existentialistische thema’s. Ofschoon Scholten zich zeer bewust was van het feit dat objectiviteit van grote waarde is in het recht, bepleit hij dat de jurist recht en de gemeenschap alleen werkelijk dient als het recht contact houdt met “het behoren”. Dat vereist een gewetensbeslissing, en dus een keuze, van de rechter. Die keuzevrijheid gaat gepaard met verantwoordelijkheid en dit vergt een oprecht engagement met recht en rechtvaardigheid.

63

1 Inleiding

‘De oude waan, dat alle recht in de wet te vinden is, dat recht en wet synoniem zijn, ligt verbroken.’¹ Dit is de openingszin van een artikel van Paul Scholten over recht en levensbeschouwing uit 1915. Scholtens naam en faam als jurist en rechtstheoreticus is in belangrijke mate te danken aan het feit dat hij grondig afrekende met het in Nederland destijds nog niet geheel verslagen legisme – de leer dat de door de bevoegde wetgever afgekondigde wet de enige rechtsbron is in de rechtsorde – een afrekening die ruimte moest maken voor een rechtswetenschap die niet langer exclusief op objectiviteit is gericht, maar als vanouds de rechtvaardigheid of “gerechtigheid” als hoogste doel dient. In het bijzonder zijn *Algemeen Deel* heeft vervolgens veel invloed gehad; meerdere generaties juristen werden met dit boek opgeleid.

Het argument waarmee hij het legisme de wind uit de zeilen haalde was tweeledig. In de eerste plaats betoogde Scholten dat rechtswetenschap en rechtspraktijk niet goed te scheiden zijn, en dat de wetenschap in dienst staat van de rechtspraktijk: ‘Alle wetenschap van het positieve recht dient niet anders dan ter voorbereiding van het oordeel, dat de rechter op een gegeven ogenblik zal hebben te geven.’ (2010, 307) Hij betoogde dus ook dat alleen diegene die in de praktijk werkzaam is, een goede rechtswetenschapper kan zijn: ‘Want die wetenschap beheerst mede de hantering van het gegeven materiaal, dus de rechtstoepassing, en slechts hij die zich voor die toepassing verantwoordelijk voelt mag hier een oordeel uitspreken.’²

1 Scholten 2010, p. 137. In het navolgende zal ik naar drie vindplaatsen van de teksten van Scholten verwijzen. In de eerste plaats het werk gebundeld in *Dorsten naar gerechtigheid* onder redactie van Timo Slootweg van 2010. In de tweede plaats heb ik gebruik gemaakt van de uitgave van het *Algemeen Deel* oftewel de *Asser/Scholten* uit 1974 en tot slot ‘De structuur van de rechtswetenschap’, oorspronkelijk uit 1942, dat te vinden is in de *Verzamelde geschriften* uit 1949.

2 Scholten 1949, p. 137.

Het legisme predikte nogal eens een autonome positie van de rechtswetenschap ten opzichte van de rechtspraktijk, maar op zich hoeven de geesten zich hier nog niet te scheiden. Ook in de legistische traditie beschouwt men rechtswetenschap vaak als de “dienstmaagd” van de rechtspraktijk. Sterker nog, juist een scherpe scheiding tussen theorie en praktijk, en de kritische afstand die dit mogelijk maakt, kan noodzakelijk worden geacht om uiteindelijk de praktijk goed dienstbaar te kunnen zijn. Hoewel het haaks staat op het idee dat de rechtswetenschapper zich onpersoonlijk en waardeneutraal (of “waardenvrij”) verhoudt tot zijn object van onderzoek, hoeft ook Scholten stelling met betrekking tot de verantwoordelijkheid die de rechtswetenschapper heeft of zou moeten voelen voor de verwerking van het materiaal nog geen splijtzwam te zijn.

De tweede stap die Scholten maakt, kan de legist echter niet volgen. Hij betoogde dat de rechtspraktijk bestaat uit beslissingen en handelingen die nooit volledig door het recht als een systeem van algemene regels bepaald zijn. De nadruk ligt hier op *nooit*. Scholten bedoelt niet dat er nogal eens afgeweken wordt van wat de regels voorschrijven (wat ongetwijfeld het geval is) maar dat het *onmogelijk* is om de regels te volgen, in de letterlijke zin van het woord. Abstracte, algemeen geformuleerde rechtsregels kunnen niet precies voorschrijven hoe men in een concrete geval moet handelen. Ook al is een rechtsregel in abstracto helder en duidelijk, deze regel kan niet bepalen wat zij in de situatie waarin gehandeld moet worden precies betekent. Tussen het systeem van rechtsregels en de omstandigheden van een concreet geval gaapt een denkbeeldige kloof en toepassing vereist het overbruggen van deze kloof middels de beroemde “sprong” van Scholten:

Het concretiseren van algemene normen, de conclusie van de algemene regel tot het bepaalde geval is altijd meer dan zuiver logische arbeid. [...] Er is hier een keus, een daad die niet als een wetenschappelijk oordeel logisch kan worden verantwoord. [...] Ten slotte is die beslissing een sprong, die altijd durf is.³

Paul Scholten spreekt dus ook liever niet, zoals de legisten in zijn tijd deden, van een tegenstelling tussen “rechtstoepassing”, als er een wettelijke rechtsregel voorhanden is, en “rechtsvorming” als dat niet het geval is. Scholten geeft de voorkeur aan het begrip *rechtsvinding* want recht vinden we alleen in de feiten van het concrete geval in de context van het recht – ‘*Jus in causa positum*. In de feiten zelf ligt het recht.’⁴ – en niet als conclusie van een logische deductie uit een onder een (al dan niet wettelijk) gegeven rechtsregel geschaard feitencomplex. Dit is een thema dat in het werk van Scholten voortdurend terugkomt, het fundamentele uitgangspunt waarmee zich zijn opvattingen over de volle breedte laat begrijpen. Het primaat ligt bij de rijke complexiteit van de casus en ‘wie eenmaal van dit levend water geproefd heeft, verlangt niet meer terug naar de dorre streek waar enkel het begrip heerst.’⁵

Het idee dat het recht te vinden is in het concrete geval en niet het product is van een logische subsumptie van rechtsfeiten onder abstracte rechtsregels, geeft de rechter een bepaalde *vrijheid* ten opzichte van de regels. Met andere woorden, rechtsvin-

3 Scholten 2010, pp. 321, 323, 331. Vgl. voorts Scholten 1974, p. 130 en Scholten 1949, p. 449.

4 Scholten 1974, p. 9.

5 Scholten 2010, p. 148.

ding is een betrekkelijk “autonoom” proces. (Vgl. Wiarda 1999) Aan de andere kant betekent dit ook dat de rechter niet ter rechtvaardiging van een beslissing simpelweg naar de rechtsregels kan verwijzen. Het toepassen van een regel is altijd gebaseerd op een *keuze* waar hij en alleen hij *verantwoordelijk* voor is, en waar hij dan ook verantwoording voor moet afleggen in de vorm van een steekhoudende motivering. “Vrijheid”, “keuze”, “verantwoordelijkheid” – dit zijn de fundamentele steekwoorden van het filosofische existentialisme. In dit opstel zal ik Scholtens theorie van rechtsvin- ding analyseren met behulp een aantal centrale existentialistische thema’s zodat duidelijk wordt hoezeer Scholtens werk van deze thema’s doordrenkt is. De stelling die ik zal verdedigen is dat Scholtens opvattingen over het gezag van het recht uiteindelijk een sleutelrol spelen in zijn argumenten tegen het legisme.

2 **Existentialisme: drie thema’s**

In de existentialistische traditie wordt de mens gezien als een schepsel met twee aspecten die in spanning met elkaar zijn. Aan de ene kant is de mens een biologisch organisme dat voortgedreven wordt door lichamelijk diep verankerde driften en behoeften, zoals andere levende wezens. De mens is echter meer dan dat. De mens heeft, omdat hij zichzelf en zijn omgeving bewust is, het vermogen om te reflecteren op zijn instincten en driften; hij heeft zelfs het vermogen om deze te beheersen en te sturen. Met andere woorden, het zelfbewustzijn biedt de mogelijkheid om een zekere afstand tot onszelf te nemen en, als het ware van buitenaf, over onszelf en ons handelen na te denken. Sterker nog, we zijn in staat om op grond van het zelfbeeld en persoonlijke levensbeschouwing, die het product is van deze reflectie, ons (toekomstige) handelen aan te passen.

We kunnen handelen op grond van een systematische opvatting over wie we zijn, en wie we willen worden. We worden nooit helemaal bepaald door onze natuur. Maar we zijn daarmee ook nooit helemaal identiek aan onszelf, omdat we ons zelf steeds weer opnieuw kunnen overstijgen en opnieuw vormgeven. ‘Im Menschen ist Geschöpf und Schöpfer vereint,’ schrijft Friedrich Nietzsche in *Jenseits von Gut und Böse*, de mens is tegelijkertijd schepsel en schepper.⁶ Dat betekent echter dat de mens geen “essentie” heeft – *de* mens bestaat niet, er bestaan alleen concrete individuen die het mens-zijn voortdurend opnieuw uitvinden in een poging om zelf iets van zich zelf en hun leven te maken.

Met andere woorden, ‘de persoon is geen ding, geen substantie, geen voorwerp.’⁷ Jean Paul Sartre: ‘Er bestaat dus niet zoiets als de menselijke natuur. [...] De mens is niet alleen slechts zoals hij zichzelf denkt, maar ook zal zoals hij zichzelf wil, en zoals hij zichzelf ontwerpt nu hij er eenmaal is, zoals hij wil worden nu hij eenmaal bestaat; de mens is niets anders dan wat hij van zichzelf maakt.’⁸ Kortom, *existentie gaat vooraf aan de essentie*. Dit is het, op zich nog betrekkelijk oncontroversiële, uitgangspunt van het existentialisme.

6 Nietzsche 2006, p. 225.

7 Heidegger 1998, p. 73. Zie voorts pp. 66 en 146.

8 Sartre 1967, p. 13.

Deze filosofische antropologie heeft echter belangrijke consequenties en in de filosofische uitwerking daarvan neemt de controverse toe. Het unieke vermogen tot transcendentie van het hier en nu, maakt de mens *vrij* op een manier die voor andere schepsels in de natuur niet gegeven is. De levende natuur om ons heen is de willoze speelbal van instincten in zich, en de elementen buiten zich. De dode natuur is zelfs niet meer dan lijdend voorwerp – louter object. Alleen de mens kan door reflectie op zijn handelen en op zijn omgeving meer zijn dan een slaaf van zijn dierlijke driften en reflexen. Dit vermogen maakt het mogelijk voor de mens om zich te bevrijden uit de ketenen van de natuur en om deze zelfs (tot op zekere hoogte) aan zich onderwerpen. De mens is *subject* en daarmee vrij.

Vrijheid is echter tegelijkertijd een zegen en een last. Niet voor niets beschrijft Sartre dat de mens *gedoemd* is om vrij te zijn: met de vrijheid komt verantwoordelijkheid. 'De belangrijkste consequentie [...] is dat de mens, veroordeeld vrij te zijn, het gewicht van de hele wereld op zijn schouders torst: hij verantwoordelijk voor de wereld en voor zichzelf als zijnswijze.'⁹ Het individu kan dus ook worden aangesproken op zijn handelen en op de achterliggende motieven en/of het achterliggende levensplan. Ieder mens moet zijn handelen in termen van goede redenen kunnen rechtvaardigen en uiteindelijk in termen van een (betrekkelijk) systematische opvatting van goed en kwaad.

De individuele verantwoordelijkheid geeft gewicht aan het leven, handelen is nooit vrijblijvend. Dit gewicht is echter soms zo ondragelijk dat mensen terugdeinzen en de verantwoordelijkheid afschuiven op abstracte entiteiten als God, Natuur of Natie. Het is altijd verleidelijk te doen wat "men" wil zodat de verantwoordelijkheid kan worden afgeschoven naar iets buiten jezelf, maar de existentialist wijst er op dat een ieder bewust of (half-) onbewust weet dat hij zichzelf geweld aan doet als hij dit handelen niet kan inpassen in zijn eigen diepste overtuigingen en levensplan. Existentialisme is dan ook een filosofie die zich in belangrijke mate bezig houdt met ethische vraagstukken en dilemma's.

Hiermee komen we aan bij een derde fundamenteel thema van het existentialisme. Consequent handelen op grond van een consistent zelfbeeld en een zelf gekozen levensbeschouwing is niet eenvoudig. De neiging om het roer van ons leven uit handen te geven om daarmee verantwoordelijkheid te ontlopen, is groot en regelmatig zelfs onweerstaanbaar. Wanneer we hier aan toegeven, en het is onvermijdelijk dat we dit met enige regelmaat doen, dan ervaren we volgens de existentialist onwillekeurig schuld en weten we ons te kwader trouw. Met andere woorden, we krijgen last van ons geweten. Het is niet de ander buiten ons die ons aanspreekt op onze verantwoordelijkheid maar iets *in* ons. De opdracht die de existentialist ons geeft, is om kwader trouw te vermijden. Ontken je vrijheid niet en neem je verantwoordelijkheid; denk na over wie je bent en wat je doet en *sta* voor je diepste overtuigingen en levensbeschouwing.

Het klassieke ideaal van individuele integriteit krijgt daarmee een nieuwe invulling. Er ligt geen mensbeeld klaar dat we moeten verwerkelijken, er is geen uitgestippeld levenspad dat we maar hoeven uit te wandelen. We zijn allemaal uniek en we leven op een unieke plek in een unieke tijd, waarin we niets anders kunnen doen dan streven naar een *authentieke* levensinvulling – een bij je persoon, plaats en tijd pas-

9 Sartre 2003, p. 682.

send levenspad dat betekenis geeft aan jouw leven. De levensbeschouwing op grond waarvan je eenheid en consistentie geeft aan je zelf, is niet dieper te funderen dan op een fundamentele ongebonden keuze. Wat de inhoud van je deze gekozen opvatting van een goed leven vervolgens ook is, het gaat er om dat je je oprecht engageert met deze overtuigingen, er consequent naar handelt en de verantwoordelijkheid daarvoor ten volle aanvaardt.

Keuze, vrijheid en verantwoordelijkheid. Wat de thema's van het existentialisme onderling verbindt, is de stelling dat de mens geneigd is zijn handelen te rechtvaardigen in termen van abstracties: abstracte entiteiten zoals een "zelf" of "natuur" die hij vervolgens tot object maakt, of "reïficeert". Vervolgens wordt de mens door deze abstracties, die hij zelf geschapen heeft, geleefd. Met andere woorden, hij doet alsof hij door deze abstracties bepaald wordt, in de plaats van andersom. Het primaat ligt voor de existentialist echter niet bij abstracties maar bij de complexe feitelijke leefwereld hier en nu, waar onze abstracte hersenspinsels daar nooit een onfeilbare leidraad kunnen vormen voor ons handelen. Dat geldt voor alle abstracte ethische theorieën en het geldt evengoed voor onze levensbeschouwingen voor zover we die tot een consistent, en dus betrekkelijk abstract, geheel van overtuigingen hebben gerationaliseerd. Scholten is een overtuigd christen, maar ook de (abstracte) Goddelijke geboden al dan niet in de vorm van kerkelijke dogma's, maken het niet mogelijk om persoonlijke verantwoordelijkheid te ontlopen. Er is, zoals gezegd, volgens Scholten altijd een kloof die een "sprong" vereist.

Maar in een rechtsstaat regeren wetten en niet personen: *the rule of law and not by men*. In een rechtsstaat willen we dus dat ons handelen wordt geregeerd door algemeen geldende en dus abstracte rechtsregels, vooral het handelen van de overheidsrechter die over ons beslist. Heeft Scholten geen oog voor de waarden en belangen die daarmee gemoeid zijn? Hoe beter Scholten ons kan overtuigen van het feit dat heel goed weet wat hier op het spel staat, hoe interessanter zijn uiteindelijke positie is. Ik wil daarom Scholtens opvattingen over rechtswetenschap en de zoektocht naar objectiviteit in het recht vrij uitvoerig schetsen zodat de rol voor subjectiviteit in het recht nader reliëf krijgt.

3 'Het recht zoekt naar regelen, naar abstracties'

De mens wil weten, wil wetenschap, en het uniek menselijke vermogen tot transcendentie maakt dit mogelijk. Het zoeken van verklaringen voor onze waarnemingen, doen we door ons voor te stellen hoe wat we zien anders had kunnen zijn. We zijn in staat tot "contrafactisch" redeneren: we moeten ons alternatieven kunnen voorstellen om überhaupt de vraag naar het waarom van de fenomenen te kunnen stellen.¹⁰ Dit vergt een bewustzijn dat enige afstand kan nemen van het directe hier en nu. De transcendentie van het feitelijke, en het vermogen om middels de rede op onze directe ervaring van de wereld te reflecteren, heeft vleugels gekregen in de moderne wetenschap. Met name het succes van de natuurwetenschappen in het verklaren en uiteindelijk ook beheersen van de natuur, heeft haar vooronderstellingen en methoden ook tot de norm gemaakt van de wetenschappen die de mens en zijn cultuurproducten onderzoeken, waar Scholten het recht toe rekent. Scholten is daar op zich niet

¹⁰ Vgl. Unger 2007, p. 96.

tegen het hanteren van deze methoden, mits we ons de beperkingen van dit perspectief maar bewust blijven. Scholten betoogt zelfs dat rechtswetenschap in belangrijke mate op een vergelijkbare wijze te werk gaat als de natuurwetenschappen.

In 'De structuur der rechtswetenschap' uit 1942 stelt hij de rechtswetenschap voor als een wetenschap die zich, net als de natuurwetenschappen, bezig houdt met 1.) de systematische analyse en ordening van onze waarnemingen, 2.) het ontwerpen van theorieën die onze werkelijkheid zowel in abstracte vorm pogen te beschrijven als verklaren en 3.) het toetsen van deze theorieën middels nieuwe waarnemingen. Deze praktijk wordt zonder twijfel mogelijk gemaakt door het menselijk vermogen tot transcendentie en tot contrafactisch redeneren; zonder komen we onmogelijk tot theorieën die onze waarnemingen verklaren, of tot waarnemingen die onze theorieën bevestigen of falsifiëren. Wetenschap vereist dus het innemen van een standpunt waarin actief en bewust het concrete hier en nu overstegen wordt, zodat we in termen van algemene begrippen en onderscheidingen – in termen van een abstracte theorie – naar de wereld kunnen kijken. Scholten karakteriseert deze *view from nowhere*¹¹ als een “toeschouwershouding”. De wetenschapper blijft “buiten” (of mooier misschien nog: “boven”) wat hij probeert te verklaren, om zo een waardeneutraal perspectief op het object van onderzoek te verkrijgen. Deze houding laat zich contrasteren met wat hij noemt een “deelnemershouding” die een neutrale blik onmogelijk maakt omdat het gevoel dan blijft overheersen. Als men het subjectieve *niet* ontstijgt dan blijven de beschrijving en de ontdekte verklaring willekeurig, volgens deze moderne standaardopvatting van wetenschap.¹²

Ook voor de rechter geldt dat hij zijn subjectieve gevoelens en persoonlijke voorkeuren moet overstijgen, vandaar het idee van de gebondenheid van de rechter aan het recht als iets dat buiten hem gegeven is. De rechter moet op onpersoonlijke wijze beslissen op grond van de feiten en kennis van het recht want ‘het subjectieve moet zoveel mogelijk worden buitengesloten.’¹³ Maar dan moet het recht wel kenbaar en eenduidig toepasbaar zijn en daaruit volgt als vanzelf de eis om het recht te beschrijven. Zodra deze beschrijving systematisch gebeurt, wordt de rechtswetenschap geboren, schrijft Scholten. Maar wat onderscheidt vervolgens het werkkerrein van de rechtswetenschapper van die van andere wetenschappen? Met andere woorden, wat is het typisch juridische *object* van onderzoek? Scholten blijkt hier een eerste uitgangspunt te delen met het legisme of rechtspositivisme dat hij bestrijdt: de rechtswetenschap onderzoekt het geldende “positieve” recht, oftewel het recht als een “gegeven grootheid”.¹⁴

Dit uitgangspunt laat zich het beste begrijpen als we ons realiseren waarin het recht zich onderscheidt van de moraal. Het recht wordt door middel van machtsuitoefening door een daartoe bevoegde autoriteit gehandhaafd (in onze politieke orde: de staat) en daarin ligt een belangrijk verschil met de moraal. Moreel juist handelen laat zich immers niet afdwingen want moraliteit hangt af van de juiste gezindheid: van goede wil. Het recht daarentegen eist gehoorzaamheid onder bedreiging van een sanctie. ‘Zo niet goedschiks dan maar kwaadschiks,’ wil de uitdrukking. De burger

11 Nagel 1989.

12 Scholten 2010, p. 364.

13 Scholten 2010, p. 332.

14 Scholten 1949, p. 433

moet zus of zo handelen en desnoods gehoorzaamt hij alleen maar omdat hij bang is voor de door het recht aangekondigde consequenties. Het recht vraagt dan ook alleen om *uiterlijke* gehoorzaamheid, in tegenstelling tot de moraal die vraagt om *internalisering* van bepaalde waarden en principes. Met andere woorden, de moraal vraagt om gehoorzaamheid op grond van de innerlijke overtuiging van de juistheid van het gevraagde handelen.

Maar juist ook omdat burgers door het recht worden gedwongen om desnoods tegen hun zin te gehoorzamen, vraagt het recht om objectivering of “positivering” in de wet. Het recht heeft meer dan de moraal behoefte aan zekerheid: ‘Geheel het positieve recht is een strijd tegen de onzekerheid. In wet, rechtspraak en wetenschap ligt een schat van menselijk kunnen, van cultuur, die altijd weer dienst doet om recht te vinden en recht te handhaven. Zonder dat was er chaos.’¹⁵ De mens verdraagt geen onzekerheid omtrent het recht, schrijft Scholten, en in alle menselijke samenlevingen vinden we dus instituten die het recht vaststellen of positiveren zodat de leden van de gemeenschap weten wat het recht voorschrijft.

‘In abstracto dan, waaruit de concrete conclusie slechts door logisch betoog hoeft te worden getrokken,’ voegt Scholten daar aan toe.¹⁶ Het mogelijk maken van rechtszekerheid is de universele functie van wetgeving. Concrete beslissingen en uitspraken spelen echter ook een rol in het realiseren van rechtszekerheid omdat ook hieraan een voorspelling kan worden ontleend met betrekking tot de vraag hoe een rechter in een concreet geval zal reageren. Een rechter zal gelijke gevallen gelijk behandelen (de rechter is daartoe op grond van artikel 1 van onze Grondwet ook verplicht) en zal dus, waar mogelijk, naar analogie gaan redeneren. Dit is volgens Scholten de universele functie van rechtspraak en precedent.¹⁷ Gezamenlijk vormen wetgeving en rechtspraak het positieve of “gestelde” recht, en dit is het materiaal waar de rechtswetenschapper mee werkt.

Positiveren heeft in deze context echter twee betekenissen. Aan de ene kant vraagt het recht om een wetgever die de wet in het algemeen vaststelt en om een rechter die de betekenis van de wet in concrete gevallen nader bepaalt. Aan de andere kant moet het recht zich concreet *realiseren* in het handelen van de burgers, oftewel recht is pas recht als de burgers (en rechters) zich daadwerkelijk conform het gestelde regels gedragen. Hier spelen weer andere instituties in de gemeenschap een rol, waarbij we bijvoorbeeld moeten denken aan de handhaving van het recht door bestuurlijke instanties. Wetgeving, rechtspraak en bestuur die het recht positiveren in de zin van zowel vaststellen als realiseren, zijn in de liberale democratie onderdeel van de staat die het gezag heeft om het volk de wet op te leggen en deze vervolgens te handhaven: ‘In de staat, dat is in de rechtsvorm van het volk, ligt dat gezag waarvan wij spreken, het gezag van bepaalde mensen in een bepaalde historische situatie bij een bepaald volk. In hem is de verbinding van het abstract gedachte recht met historisch gegeven werkelijkheid, door hem moet het recht worden uitgebeeld.’¹⁸

15 Scholten 1949, p. 451. Zie voorts Scholten 2010, pp. 175 en 161.

16 Scholten 1949, p. 451.

17 Scholten 1949, p. 451.

18 Scholten 1949, p. 451.

De rechtswetenschapper heeft dus het “positieve recht” – het in een bepaalde samenleving in een bepaalde tijd gestelde *en* het verwerkelijkte recht – als onderzoeksobject. Scholten karakteriseert een en ander als volgt:

Wij houden ons aan het positieve recht, dat is het recht, dat omdat het recht is verklaart wat behoort te geschieden, maar tevens omdat het positief is, een stuk is der cultuur, in 's mensen werkelijkheid te kennen. De wetenschap van het positieve recht leert wat recht is nu, bij dit volk, dat recht is even goed als taal of kunst voorwerp van een onderzoek, dat naar waarheid tracht. Van dit recht kan worden gezegd, dat het geldt. Dat gelden brengt het werkelijkheids-onderzoek [...] in de werkplaats van de jurist. Zijn onderzoek is dus dubbel: bestaat die regel en wat houdt die precies in.¹⁹

70

Zoals gezegd, vertoont de methode waarmee de rechtswetenschapper vervolgens te werk gaat om dit onderwerp van onderzoek te beschrijven en te verklaren volgens Scholten meerdere overeenkomsten met de methode in de natuurwetenschappen. Ten eerste is daar de eis om compleet te zijn, en geen eenzijdig beeld te schetsen. Alle relevante gegevens moeten zo objectief mogelijk worden verwerkt, ‘niets van wat de ervaring aan de hand doet en van belang kan zijn, mag worden veronachtzaamd.’²⁰ Ten tweede wordt aan de rechtswetenschapper net als aan wetenschappers in het algemeen, de eis gesteld om “logisch-kritisch” te werk te gaan. Een wetenschappelijke theorie mag geen contradicties bevatten want uit een intern tegenstrijdige geheel laat zich immers iedere willekeurige conclusie afleiden. Een wetenschappelijke theorie moet dus een logisch consistent geheel zijn. Zodra het beschrijven van het positieve recht *systematisch* gebeurt, kunnen we volgens Scholten dan ook spreken van *rechtswetenschap*. Logisch-kritisch denken identificeert Scholten zelfs als de typische levenshouding van de jurist.²¹ En er is nog een derde overeenkomst:

Er is nog meer, ook het streven der wetenschap tot vereenvoudiging, om ieder oordeel zoveel mogelijk ondergeschikt te maken aan algemene oordelen, wordt bij de rechtswetenschap teruggevonden. De wetenschap vormt haar begrippen, die classificering der mogelijk maken. Doet de rechtswetenschap anders? En zit het niet al in het recht zelf?²²

Deze vraag is natuurlijk retorisch bedoeld. Het antwoord is volgens Scholten evident: ja, er zit systeem in het recht die een vereenvoudigde weergave mogelijk maakt. De beschrijving die de rechtswetenschap nastreeft, is volgens Scholten dus ook systematisch in die zin, dat men niet zozeer systeem oplegt aan het materiaal maar vooral ook systeem in het recht *vindt*.²³ Er is een, hoewel deze aan de oppervlakte niet altijd direct zichtbaar is, dieperliggende orde in het recht: ‘In het recht zit systeem. Doch het moet door wetenschappelijke arbeid worden blootgelegd. En tegelijk wordt het door die arbeid verfijnd en uitgewerkt.’²⁴ Scholten stelt ook dat het recht zijn systematische karakter ontleent aan het feit dat het een product van de menselijke geest

19 Scholten 1949, p. 463.

20 Scholten 1949, p. 461.

21 Scholten 1949, p. 462.

22 Scholten 1949, p. 462.

23 Scholten 1949, p. 456.

24 Scholten 1949, p. 457.

is, en deze streeft onwillekeurig voortdurend naar eenheid en consistentie. Hieruit volgt nog een belangrijk punt. Als er systeem zit in het bewustzijn (de geest) van het recht, dan zit er ook systeem in het positieve recht. Deze systematiek fungeert dan vervolgens weer als de toetssteen waarmee wetenschappelijke oordelen over het recht zich laten verifiëren of falsifiëren.²⁵ Rechtswetenschappelijke oordelen laten dus zich net als oordelen in andere wetenschappen kritisch *toetsen*.

Dat er systeem is in het recht en in het rechtsbewustzijn dat het voortbrengt, is voor Scholten een onomstotelijk *feit*; een feit ook zonder welke een rechtswetenschap niet denkbaar is. Er zit echter ook een normatief aspect aan het systematische karakter van het recht. Het recht *moet* een systematisch consistent geheel zijn omdat een intern tegenstrijdig rechtssysteem zijn ordenende functie niet kan vervullen. Een systeem dat tegelijkertijd een bepaalde handeling voorschrijft en verbiedt, kunnen we niet gehoorzamen. Sterker nog, uit een intern tegenstrijdig geheel van rechtsregels laat zich, zoals gezegd, willekeurig iedere conclusie over wat het recht eist afleiden en dat staat haaks op het streven naar rechtszekerheid. 'Hieruit volgt, dat het recht een eenheid, een systeem *moet* vormen.'²⁶

Het zoeken naar, en verder uitwerken en verfijnen van het aan het recht inherente systeem, is voor de rechtswetenschappers een herkenbaar doel. In het formuleren van dit doel kan Paul Scholten ook vandaag de dag ongetwijfeld nog steeds op veel bijval rekenen. Maar hoe gaat de rechtswetenschap dan precies te werk? Wat is de methode? Scholten betoogt dat de rechtswetenschap vooruitgang boekt door de *betekenis* van het positieve recht vast te stellen en daartoe staan er aan haar verschillende interpretatiemethoden ter beschikking:

[De rechtswetenschap] interpreteert de rechtsregels. [...] zij verklaart de door het gezag voorgeschreven regel, zoekt zijn draagwijdte te bepalen door historie en doel na te speuren, door de regel te passen in het systeem der overige, door de gebruikte woorden te analyseren, of door op andere wijze die regels te kneden, zo dat ze voor toepassing in voorgekomen of gedachte gevallen klaar liggen. [...] Zij vult het geraamte der op de wet of op andere wijze gezaghebbende regels aan met nieuwe uitspraken, die zijn in het oude besloten acht. En tegelijk "construeert" zij dat recht. Zij plaatst abstracties van bepaalde maatschappelijke verhoudingen onder regels, die regels weer onder regels van algemener strekking, en bouwt zo aan het geheel.²⁷

Maar nu nog even terug naar de rechter. We stelden al dat de rechter gebonden is aan het recht omdat 'het subjectieve moet zoveel mogelijk worden buitengesloten.' Dit vraagt, zoals gezegd, om een systematische beschrijving van het recht, zodat de rechter kan werken met een consistent systeem van algemeen geldende rechtsregels. Met een dergelijk systeem kan de rechter zijn persoonlijke oordeel overstijgen en een algemeen perspectief innemen zodat geabstraheerd kan worden van concrete personen en concrete omstandigheden. 'Het recht zoekt naar regelen, abstracties [...] De rechtswetenschap wil en moet naar het algemene streven, zij is daarom [...] op systematisering uit,' schrijft Scholten.²⁸ Zo kan er in het recht in het algemeen worden

25 Scholten 1949, p. 443.

26 Scholten 1949, p. 441.

27 Scholten 1949, p. 457.

28 Scholten 2010, pp. 175 en 161; voorts Scholten 1949, pp. 435-437 en 455.

geoordeeld vanuit beschreven rechtsregels. Het recht is zo objectief en onpersoonlijk, en het oordeel dat gebaseerd is op het recht ook; in tegenstelling tot de moraal die subjectief en persoonlijk is in de eerder genoemde zin.

Het recht is objectief en onpersoonlijk: een rechtsgemeenschap is duidelijk geen gemeenschap waarin concrete mensen van vlees en bloed zich in liefde (vaderlands-liefde en/of broederschap bijvoorbeeld) gebonden weten. Een dergelijke ideale gemeenschap is voor iemand als Scholten letterlijk niet van deze wereld. Een rechtsgemeenschap is een gemeenschap bij gebrek aan beter: een abstracte gemeenschap waarin autonome individuen onder algemene regels samenleven.

In die gemeenschap die om berekenbare zekerheid en dus om vaste regels vraagt, wordt de mens altijd tot een individu, de gemeenschap tot een macht, dat zijn abstracties, doch door en in abstracties wordt een heerschappij uitgeoefend, die de mens maar al te zeer gevoeld.²⁹

In dienst van de rechtszekerheid in de rechtspraktijk werkt de rechtswetenschapper aan de beschrijving en verfijning van deze abstracte gemeenschap. Hij streeft daarbij naar het doen van *toetsbare* uitspraken over het recht, en dus naar uitspraken met *wetenschappelijk* gezag die weer middels een wetenschappelijk betoog kunnen worden bestreden.³⁰ 'Ook het pogen datgene wat gevonden is voor de ander controleerbaar te maken door het voor hem te reproduceren in een logisch sluitend betoog, met beroep op een die ander toegankelijke ervaring, het te "bewijzen" is de rechtsgeleerde eigen.'³¹ Net als wetenschap in het algemeen, streeft de rechtswetenschap, kortom, naar toetsbaarheid en objectiviteit.

Rechtswetenschap begint met de voorwetenschappelijke ervaring van het recht en een aantal eenvoudige logische principes. Net als in alle andere wetenschappelijke disciplines is het uiteindelijke doel volgens Scholten om het denken in overeenstemming te brengen met de wereld, 'zodat de wereld zoals zij is 'in waarheid' gekend wordt, dat het menselijk denken deze wereld omvat.'³² Kort samengevat bereikt zij dit doel door de waarnemingen te analyseren en te classificeren aan de hand van de analyse ontworpen onderscheidingen en algemene begrippen waarmee deze waarnemingen zich laten ordenen. Aan de hand van die onderscheidingen en begrippen daarvan interpreteert de wetenschapper vervolgens het recht door de betekenis van de verschillende regels nader vast te stellen. De begrippen en interpretaties toetst hij vervolgens aan nieuw onderzoek in een wetenschappelijk debat. Zo bouwt men voortdurend verder aan een zo eenvoudig mogelijk systematisch geheel van begrippen en interpretaties; een wetenschappelijke theorie over het onderwerp van onderzoek: het positieve recht.

Uiteindelijk vormt volgens Scholten de meest aanvaardbare, of in wetenschappelijke kring algemeen aanvaarde theorie het criterium waarmee wordt beoordeeld of nieuw verworven kennis daadwerkelijk juist is, of moet worden verworpen. 'Verwerpt zij een oordeel, dat zij vroeger uitsprak of dat haar door een onderzoeker als zijn vondst wordt voorgelegd, dan doet zij dit niet omdat zij dat oordeel niet waar,

29 Scholten 2010, p. 352.

30 Scholten 1949, p. 359.

31 Scholten 1949, p. 462.

32 Scholten 1949, p. 461.

maar omdat zij het niet juist (richtig) bevindt, d.w.z. omdat het in het geheel dat uit ervaring en denken is opgebouwd niet past, door dat geheel wordt uitgestoten. Object der wetenschap is niet de wereld, maar zijn de verhoudingen van ervaring en denken, waardoor de mens van heden zich de wereld begrijpelijk maakt.³³

Die wereld is een complexe levende wereld, vol rijke betekenisdimensies; dat is ook de wereld waarin de jurist moet werken, waarin hij het recht tot werkelijkheid moet maken door concrete beslissingen te nemen in concrete rechtsconflicten. Ten opzichte van onze dagelijkse wereld waarin warmbloedige (of heethoofdige) mensen in warme (of oververhitte) relaties op elkaar betrokken zijn, is het als een systeem van algemene regels kil en abstract. Het recht *moet* echter een abstract systeem zijn om zijn ordenende functie te kunnen vervullen. Het niveau van abstractie waarop het recht wordt onderzocht is echter nog variabel, Scholten identificeert verschillende *niveaus* van abstractie. Om een goed beeld te krijgen van het menselijk bouwwerk dat het recht volgens Scholten is, is het van belang om hier tot slot nader op in te gaan. Dan wordt ook duidelijk wat de keerzijde is van de abstracte gemeenschap waar de rechtswetenschap aan meebouwt.

Uitgangspunt is onze dagelijkse leefwereld, die is het meest concreet. Dit is ook een existentialistisch adagium, zoals ik al schreef. Het recht toont zich in onze dagelijkse leefwereld in allerlei gedaanten, de belangrijkste is misschien wel die van de concrete beslissingen die door de officials van het recht op grond van de rechtsregels genomen worden; zo nodig uitgevoerd met overheidsdwang. De rechtswetenschap houdt zich, zoals gezegd, bezig met de analyse van die beslissingen en het positieve recht waarop deze gebaseerd zijn. De rechtswetenschap bevindt zich zonder twijfel op een abstracter niveau dan 'het recht der werkelijkheid.' Het materiaal dat de rechtswetenschapper voor handen heeft om het recht te onderzoeken, is in concrete handelingen en beslissingen gegeven in die dagelijkse werkelijkheid, maar in de theorieën die ze ontwerpen tillen rechtswetenschappers het recht als het ware naar een hogere, abstractere eenheid.

Nog abstracter is echter, wat Scholten noemt, de 'rechtstheorie' die zich bezighoudt met de analyse van de algemene rechtsbegrippen die in de rechtswetenschap gehanteerd worden. Als eenheid van het recht een noodzakelijk element is van het menselijke geestesleven, dan is het toch noodzakelijk dat de verschillende rechtssystemen met elkaar kunnen worden vergeleken; dat zij met andere woorden zelf onderling weer een eenheid vormen. Scholten lijkt hier rechtsvergelijking op het oog te hebben, maar dat is niet zo. Hoewel we door middel van rechtsvergelijking leren dat er in vreemde rechtsordes andere rechtsregels gelden dan in de onze, op een abstracter systeemniveau zullen we overeenkomsten aantreffen die ons veel leren over wat structureel en wat incidenteel is in onze rechtsorde. Dat is de taak van de rechtstheorie.

The Concept of Law van H.L.A. Hart was voor Paul Scholten, als hij de publicatie daarvan in 1961 mee had mogen maken, waarschijnlijk een typisch voorbeeld van een rechtstheoretisch werk. De rechtstheorie heeft het "rechtsdenken" zoals onderwerp van onderzoek, dat wat universeel is in het recht, oftewel *the concept of law*: het rechtsbegrip. Het gaat dan niet om het rechtsbegrip zoals dat oprijst uit de bestudering van het Engelse Duitse of Chinese recht, maar om het rechtsbegrip zoals we dat

33 Scholten 1949, p. 461.

kunnen kennen uit de bestudering van iedere rechtsorde. De pretentie is het universele rechtsbegrip te ontdekken en de rechtstheorie komt dit op het spoor door een 'analyse van de aard van ons denken over recht.' Met andere woorden, 'de rechtstheorie vraagt wat recht is, de rechtswetenschap wat rechtens.'³⁴

Het meest abstract is tot slot de rechtsfilosofie. *A Theory of Justice* van John Rawls (1971) is een typisch voorbeeld want de rechtsfilosofie houdt zich bezig met onderzoek naar het meest algemene begrip dat voor het recht relevant is: rechtvaardigheid. Daarmee komen we aan bij een begrip dat we nog niet eerder tegenkwamen maar dat volgens Scholten cruciaal is voor goed begrip van het fenomeen recht. Nu we hier zijn aangekomen begint het beeld dat Scholten geeft van de rechtswetenschap echter fundamenteel af te wijken van de methoden en technieken van de natuurwetenschappen. Scholten betoogt dat het inherent is aan het object van de rechtswetenschap – aan het positieve recht dus – dat het gericht is op de verwerkelijking van rechtvaardigheid. In de natuurwetenschap wordt dit over het object van onderzoek – de natuur – niet aangenomen. Sterker nog, het succes van de moderne natuurwetenschap wordt over het algemeen juist verklaard uit de historische emancipatie van de wetenschap uit de verstikkende houdgreep van het (theologische) vooroordeel dat de natuurlijke orde ook een normatieve orde is.

Het recht is daarentegen wel degelijk een normatieve orde, het is het product van een menselijk geest die er iets mee probeert te bereiken. Om precies te zijn: rechtvaardigheid. In de woorden van Paul Scholten: 'Hoezeer onderdrukt, hoe vaag en onzeker ook, er blijft in de mens een haken naar gerechtigheid, en recht is alleen voorstelbaar als het met gerechtigheid op welke wijze dan ook verbonden wordt geacht.'³⁵ En de relatie tussen recht en gerechtigheid is wederkering, op haar beurt eist gerechtigheid volgens Scholten rationalisering in het recht: 'dat is het recht. Het ethische krijgt in het recht zijn logische vorm.'³⁶

Rechtsfilosofie bevindt zich ten opzichte van het recht op het meest abstracte niveau van kennisverwerving. Hoewel rechtvaardigheid voor de rechtsfilosofie een idee is dat 'voor een ogenblik op zichzelf wordt beschouwd,' kan gerechtigheid uiteindelijk echter alleen worden begrepen in verband met de werkelijkheid waaruit het voortkomt.³⁷ Gerechtigheid moet ook geen idee blijven, het vereist "positivering", oftewel verwerkelijking in de dagelijkse rechtspraktijk. En dat geldt ook voor de rechtstheorie en de rechtswetenschap, dat zijn meer dan zuiver intellectuele denkexercities. Het recht wil een maatschappelijk feit worden en de op verschillende niveaus van abstractie wordt daar door rechtswetenschappers, -theoretici en -filosofen aan gewerkt.

Abstracte kennis van het recht heeft dus zeker zijn nut en noodzaak. De rechtswetenschap is dienstbaar aan de rechtspraktijk door het recht te systematiseren waarmee het overzichtelijker en toegankelijker wordt. Bovendien worden tegenstrijdigheden en onvolkomenheden er uit gestreken, zodat het recht zich eenduidiger laat toepassen. De rechtstheorie en -filosofie kan de rechtswetenschap en die op zijn beurt weer de rechtspraktijk dienstbaar zijn in het analyseren van de algemene

34 Scholten 1949, pp. 444, 445 en 460.

35 Scholten 1949, p. 453. Zie ook pp. 439, 440 en 469.

36 Scholten 2010, p. 331; zie voorts pp. 352 en 353.

37 Scholten 1949, p. 469.

begrippen en onderscheidingen waarmee het recht zich laat ordenen. Het kan ons helpen deze begrippen en onderscheidingen weer beter te begrijpen of te verklaren, zodat ze hun ordenende functie kunnen vervullen. Maar het recht moet werkelijkheid worden, vanuit het abstracte en algemene komt het in de dagelijkse praktijk weer terug in de in onze concrete wereld hier en nu waar we conflicten proberen te beslechten en “vrede” zoeken want ‘vrede is wat het positieve recht zoekt.’ Vrede is volgens Scholten de “eschaton” van het positieve recht – een lokkend punt dat echter nooit helemaal wordt bereikt. Vrede is dus waar het uiteindelijk in de rechtspraak die de wetenschap ten dienste staat te doen is:

Vrede is nooit zonder orde, zijn kan ook intellectueel worden gezien (de bevrediging van zekere theorie) doch zij omvat meer, de mens in zijn geheel, de levende mens, niet alleen de denkende. En vrede is wat het positieve recht zoekt. Vrede is de gerechtigheid verwezenlijkt, vrede is ook de overgave aan het gezag, niet maar de onderwerping met tegenzin in het hart, maar de aanvaarding als een bevrijding. Als eschaton nooit bereikbaar (zoals ook de volledige orde nooit tot stand wordt gebracht) maar lokkend en richtend. Er is slechts gemeenschap als er vrede is.³⁸

75

Hier komen een aantal begrippen voorbij die volgens Scholten centraal staan in het goed begrijpen van het recht. Het recht is gericht op vrede wat een voorwaarde is voor het realiseren van gemeenschap. Vervolgens zijn er een paar middelen om die vrede van het recht te verwerkelijken. Het recht moet ordelijk, op orde zijn, het moet rechtvaardig zijn en het moet gezaghebbend zijn zodat de burger zich niet met tegenzin onderwerpt, maar het ‘als een bevrijding’ aanvaardt. Gemeenschap, orde, gerechtigheid en gezag. Hier ligt een complexe taak voor de rechter, dat is duidelijk. Om verschillende redenen kan het vinden van een oplossing in een concreet geval niet eenvoudigweg de subsumptie van de voorgelegde feiten onder een rechtsregel zijn om vervolgens een logische conclusie te trekken.

4 “De beslissing is een sprong die altijd durf is”

Wiarda schrijft in zijn invloedrijke boek *Drie typen van rechtsvinding* dat in zijn ervaring als rechter moeilijke gevallen eerder uitzondering dan regel waren, omdat de meeste wettelijke voorschriften duidelijk voorschrijven wat de rechter moet beslissen. Een rechter die belangeloos en zonder vooringenomenheid luistert naar de betrokken partijen, en die probeert om de wetgever zo goed mogelijk te begrijpen, kan zijn beslissing redelijk eenvoudig baseren op een rechtsregel. Zo is rechtsvinding, volgens Wiarda, over het algemeen “heteronoom”. Alleen als de argumenten elkaar in evenwicht houden, zal de rechter “autonoom” moeten beslissen: ‘De vrijheid neemt toe naarmate geen der in het interpretatiemateriaal besloten argumenten een zodanig overwicht bezit dat de doorslag daarmee is gegeven, zodat overwegingen ontleend aan billijkheid, rechtszekerheid, afweging van maatschappelijke en persoonlijke belangen, bij het te beslechten geschil betrokken, een beslissende rol gaan spelen.’³⁹

38 Scholten 1949, p. 468.

39 Wiarda 1999, pp. 19-27.

Heteronome rechtsvinding is rechtsvinding waarin de persoon van de rechter als het ware achter de feiten en de regels kan “verdwijnen,” het is “objectieve rechtsvinding” in die zin dat de beslissing gebaseerd wordt op een zuiver logische redenering waarin een beschrijving van de waargenomen feiten eenvoudigweg onder de geschreven (en dus objectief “gegeven”) rechtsregels worden gebracht. Dit klinkt heel plausibel, maar de werkelijkheid is helaas volgens Scholten niet zo eenvoudig. Het probleem is namelijk dat waardeneutrale waarneming en beschrijving onmogelijk is:

In iedere beschrijving ligt een waardering. Wie beschrijft kiest uit de talrijke verschijnsels, die zich aan hem voordoen. Het is hem niet mogelijk en het zou voor hem geen nut hebben deze alle weer te geven, hij schift het voor hem belangrijke van het niet belangrijke. Daarvoor moet hij een maatstaf gebruiken, die hem door de stof zelf, die hij bewerkt, niet wordt gegeven.⁴⁰

Hier komen we bij een typisch existentialistisch thema. De suggestie dat de mens op een belangeloze, niet vooringenomen wijze de feiten en de geschreven rechtsregels als het ware “mechanisch” kan “registreren,” om vervolgens op strikt logische wijze een beslissing te deduceren, is misleidend. De impliciete vooronderstelling hier is dat zowel de (rechts-) wetenschapper als de rechter het perspectief van een volstrekte buitenstaander kan innemen, een “toeschouwershouding” zoals Scholten het noemt. De mens mag dan in staat zijn tot het transcenderen van het particuliere geval, het ligt niet in zijn vermogen om *elke* situatie te overstijgen om zo een ‘perspectiefloos perspectief’ te bereiken. De mens wordt in zijn zucht naar kennis bovendien altijd geleid door *interesse*, door een specifiek kennisbelang: ‘De auteur staat niet onverschillig tegenover zijn stof, het is hem niet hetzelfde hoe deze is – hij mag zich nog zo voorhouden, dat het hem enkel om begrijpen, niet om liefhebben of haten, goed- of afkeuren te doen is, hij *kan* er niet buiten blijven.’

De registratie van de feiten en de regels, gebeurt niet alleen vanuit een bepaalde interesse waardoor onwillekeurig en onbewust een schifting plaatsvindt tussen wat (op grond van het kennisbelang) relevant is en wat niet, het gebeurt bovendien vanuit de “horizon” van een bepaald voornemen, van bepaalde verwachtingen en vooronderstellingen, en van een bepaalde voorkennis.⁴¹ Vanuit deze horizon kunnen de feiten en de regels pas voor ons als betekenisvol, als geordend in een zinvol verband, verschijnen.⁴² Wat men vervolgens waarneemt is echter altijd relatief aan dit perspectief en, aldus een veel aangehaalde uitspraak van Nietzsche, ‘es gibt nur ein perspektivisches sehen, nur ein perspektivisches erkennen.’⁴³ Wij kunnen ons *eigen* perspectief proberen te ontstijgen om het daarmee (wellicht) te verrijken, maar we kunnen niet *ieder* perspectief te boven komen. Er is geen *view from nowhere*, we moeten ergens staan.

Vervolgens is ons perspectief op de feiten en regels die we aantreffen door en door “tijdelijk”, mens-zijn is onontkoombaar “in-de-tijd-zijn”.⁴⁴ Dit klinkt triviaal, maar het is bij nader inzien een bijzonder ingrijpende constatering.⁴⁵ Alle menselijke cul-

40 Scholten 2010, p. 151.

41 ‘De uitleg van iets is naar zijn aard gefundeerd door voor-hebben, voor-zicht en voor-begrip. Uitleg is nooit een onvooringenomen opnemen van een bij voorbaat gegeven iets.’ Heidegger 1998, p. 199.

42 Gadamer 1960.

43 Nietzsche 2004, III 12.

44 Heidegger 1998.

45 Vgl. Unger 2007, pp. 94-97.

turele voortbrengselen zijn relatief aan een betekenisverlenend perspectief in de tijd en zijn dus ook tijdelijk in deze diepe zin. Er is geen plek boven de ruimte noch boven de tijd verheven waarin noch de mens noch zijn culturele artefacten een universele en eeuwige essentie hebben. Paul Scholten aanvaardt dit existentialistische uitgangspunt en ziet het recht als een verschijnsel in de tijd, een geheel van positieve regels geldend voor een bepaalde gemeenschap op een bepaald grondgebied. Een rechtssysteem is niet statisch, maar dynamisch en dus aan constante verandering en ontwikkeling onderhevig.⁴⁶ Deze ontwikkeling kent bovendien geen noodzakelijk begin- of eindpunt, en heeft zelf dus ook geen essentie. De Hegeliaanse en Marxistische pretentie de dieperliggende logica van de historische ontwikkelingen te kennen, verworpt Scholten expliciet.⁴⁷

De mens is, net als het recht dat hij collectief voortbrengt, onwillekeurig plaats en tijdgebonden, oftewel tijdelijk en ruimtelijk bepaald. Een boven tijd en ruimte verheven standpunt, een standpunt van waar we universele en eeuwige (absolute) kennis kunnen opdoen, is onbereikbaar. De menselijke waarneming is echter niet alleen niet perspectiefloos, de mens is ook nooit helemaal onbevooroordeeld. Onwillekeurig zit in zijn perspectief altijd een oordeel over wat hij waarneemt en leert kennen, een oordeel dat mede bepaald wordt door wat ik eerder noemde zijn kennisbelang, door zijn specifieke interesse in het onderwerp van onderzoek. Het idee dat feit en norm – “zijn en behoren” – zich in onze waarneming van feiten en rechtsregels laten scheiden, is precies één van die abstracties die Scholten bestrijdt: ‘zijn en behoren ontmoeten elkaar in het recht. Wij kunnen het ook zo formuleren: het oordeel der rechtswetenschap is waarde- en werkelijkheidsoordeel. Die scheiding van beide – hoe nuttig ook voor de analyse van en inzicht in de menselijke geest – is niet [...] het eindwoord.’⁴⁸

Scholten betoogt dus dat we nooit van een algemene regel tot een concrete beslissing komen zonder een ethisch oordeel, zonder een niet in de regel besloten overtuiging omtrent wat in het voorliggende concrete geval behoort te gebeuren. Omdat het recht zich in beslissingen en handelingen wil realiseren, ‘liggen zijn en behoren altijd zo door elkaar gestrengeld [...] dat dus een beschrijving van hetgeen is, nooit mogelijk is zonder tegelijk de overtuiging wat behoort te laten meespreken, althans wanneer het betreft het recht ener gemeenschap, waaraan de auteur zelf deel heeft.’⁴⁹ We kunnen dus niet als het ware van een afstand onbevooroordeeld of neutraal naar een geval kijken als we weten dat we ons een mening moeten vormen op grond waarop we zullen moeten handelen. De conclusie is dus nogmaals dat we niet zuiver registrerend en logisch redenerend tot een beslissing kunnen komen:

Naar mijn mening is de toeschouwershouding, zodra het betreft de geesteswetenschappen en het geestelijk leven, onmogelijk en ook ongeoorloofd. [...] Wel kunnen we *pogen* de houding aan te nemen, doch die poging is zelf een deelneming, een slap en onwillig deelnemen, maar we hebben niet te kiezen of we in of er buiten willen staan. We zijn er altijd in, ook als we “begrijpend” alleen maar “verklaren”.⁵⁰

46 Scholten 1949, pp. 447 en 452.

47 Scholten 2010, p. 159.

48 Scholten 1949, p. 465.

49 Scholten 2010, p. 362.

50 Scholten 2010, p. 364.

Kortom, rechtsvinding is het vaststellen van de feiten en de regels en dat laat zich alleen *in abstracto* scheiden van een oordeel over wat behoort te gebeuren in het voorliggende geval. De beslissing moet bovendien effect hebben in de samenleving, de regel op grond waarvan de beslissing wordt genomen moet, aldus Scholten, ‘een macht zijn in de het sociale leven.’ De regel moet dus overeenstemmen met de overtuigingen in de groep over wat behoort te gebeuren zodat we niet onverschillig aan mening van de groep voorbij mogen gaan. Die mening, of publieke opinie, is echter één van de aspecten die de rechter ook moet beoordelen en meenemen in zijn afweging, al mag het niet de grondslag voor beslissing vormen.⁵¹ Hier ligt wel één van de aspecten die misbruik van de rechterlijke macht ten behoeve van de eigen politieke en morele overtuigingen beperkt: ‘Eigen overtuiging kan niet als recht worden opgelegd indien zij niet als zodanig [...] aanvaard wordt door de gemeenschap.’⁵²

Niet alleen de rechterlijke macht is overigens zo beperkt in zijn vrijheid, dat geldt evengoed voor de wetgevende macht. Recht is daarmee volgens Scholten dus ook niet gelijk aan de staatswil; de staat is net als iedereen aan het recht onderworpen. Scholten:

Wie een rechtsregel vermag af te kondigen, staat ook zelf onder die regel. De regel mag product van zijn geest zijn, zodra hij geldig heeft bekomen heeft hij een geestelijke realiteit ook tegenover hemzelf. [...] Dit is alleen begrijpelijk, als we het recht verstaan als een behoren dat niet is in de macht van de mens. De logische gebondenheid heeft geen zin indien zij niet óók is een ethische gebondenheid – niet iedere inhoud kan in de voorhanden vorm worden gegoten.⁵³

Het rechtsbewustzijn in de gemeenschap beperkt dus zowel de ruimte van de rechter als die van de wetgever. Als de vertegenwoordigers van de macht van de staat willen dat de rechtsregel daadwerkelijk gevolgd wordt, dan moet deze regel niet te ver afstaan van wat in de samenleving als recht en onrecht wordt beschouwd.

Tegelijkertijd is Scholten echter heel beducht voor de mening van de massa; hij weet heel goed dat hier een levensgroot spanningsveld ligt. Een typisch existentialistisch thema ook, de massa – of zoals Heidegger schrijft: “het men”⁵⁴ – wordt in deze traditie als de belangrijkste bedreiging gezien voor authentiek handelen van het individu. Volgens Scholten is het volgen van de publieke opinie in een “waarlijke” gemeenschap geen probleem, omdat een gemeenschap waarin de leden zich werkelijk door liefde verbonden weten, geen enkel individu die gemeenschap zal beschadigen. Iedereen zal verantwoordelijk omgaan met de macht en bevoegdheden van de staat die deze gemeenschap vertegenwoordigt. Het gevaar ontstaat doordat we op het niveau van de natiestaat nooit kunnen spreken van een echte gemeenschap; een dergelijke gemeenschap kan in het ondermaanse zelfs niet bestaan voor een christen als Scholten. Volmaakte gemeenschap “waarin de liefde waarlijk is” bestaat alleen in de stad van God en dat betekent dat we realistisch moeten zijn: de massa is soms kwaadaardig.

51 Scholten 2010, p. 173.

52 Scholten 1949, p. 464.

53 Scholten 1949, p. 453.

54 Heidegger 1998, pp. 169-174.

In de dagelijkse praktijk van het recht heeft de jurist dus niet te maken met de gemeenschap zoals deze zou moeten zijn, maar zoals deze feitelijk is: 'verdeeld, gebroken, telkens uiteenvallend, individu tegenover individu, individu tegenover menigte.'⁵⁵ Met andere woorden, spreken van een gemeenschap is over het algemeen weer één van die theoretische abstracties die Scholten relativiseren wil omdat het de structurele verdeeldheid en het conflictueuze karakter van onze samenleving onzichtbaar maakt (of zelfs om ideologische redenen bewust verhuult). De rechtsgemeenschap is zonder twijfel een abstracte gemeenschap, gebaseerd op een (betrekkelijk) logisch consistent bouwwerk van algemene regels waarin individuen door middel van de staatsmacht tot gehoorzaamheid worden gedwongen. Maar Scholten herinnert ons er voortdurend aan dat dit product van ons denken middels een kloof gescheiden wordt van de feitelijke werkelijkheid dat het wil ordenen.

Deze abstracte gemeenschap van het recht is niet een ideale gemeenschap, dat schreef ik al eerder. Het is zelfs een gemeenschap die het realiseren van een meer substantiële gemeenschap moeilijker maakt omdat het structureel kiest voor het beschermen van het individu tegenover de groep. In een volmaakte gemeenschap is dat niet nodig, maar het individu mag niet gedwongen worden zich willoos te conformeren aan de wil van de massa. Hoewel de mens een sociaal wezen is en hij dus streeft naar het "het samen één zijn" – in een waarlijke gemeenschap gaat de individuele persoon niet op in de gemeenschap.⁵⁶ Scholten:

Het is waar, dat de mensch alleen in het geheel leeft, van het geheel afhankelijk is, maar omdat dat geheel niet is *ware* gemeenschap, kan hij er ook niet waarlijk persoon zijn, heeft hij behoefte aan zijn persoonlijk recht tegenover wat in deze tegenstelling niet gemeenschap maar menigte moet heeten.⁵⁷

Dit is een kernthema van het existentialisme: de individuele vrijheid wordt verdedigd tegen de conformismedwang van de menigte die de individu reduceert tot een rader in de machine en iedere persoonlijkheid ontnemt. Of het nu gaat om fascisme, communisme, of het consumentisme van de kapitalistische vrije markt, het existentialisme verdedigt een principieel individualisme tegenover ieder vorm van collectivisme. Dit principiële individualisme is ook een fundamenteel beginsel – misschien wel *het* fundamentele beginsel – van de moderne liberale rechtstaat. De individuele vrijheid van het autonome individu die zich mag, zelf moet verweren tegen iedere macht die hem zijn individuele menselijke waardigheid en verantwoordelijkheid wil ontnemen is het alfa en omega van de moderne liberale rechtstaat. Of zoals Scholten het uitdrukt: de individuele, zich zelf bepalende mens is 'de steun en uitgangspunt van iedere rechtsleer, van geheel het staatsleven.'⁵⁸ Even verderop in hetzelfde artikel:

55 Scholten 2010, p. 351. Heidegger 1998, p. 229, spreekt van de staat van 'vervallenheid' waarin de mens onwillekeurig verkeert als hij zich in de wereld tussen anderen beweegt: 'De vervallenheid tot de wereld betekent het opgaan in het met-elkaar-zijn voorzover dit door gepraat, nieuwsgierigheid en ambigüiteit beheerst wordt.'

56 Scholten 2010, p. 348.

57 Scholten 2010, p. 350.

58 Scholten 2010, p. 340.

In het recht worstelt de mens in een nimmer eindigende kamp om zich zelf te handhaven, om persoon te zijn of liever te worden, om zich te bevrijden uit de ketenen, waarin de *anderen*, die in hem niet hun naaste zagen maar een voorwerp van uitbuiting, hem klonken, om een vorm te vinden, waarin iets van een ware gemeenschap wordt benaderd.⁵⁹

In het beschermen van de individu tegen de menigte, ligt voor Scholten ook de betekenis van democratie. Democratie is gefundeerd op het idee van een principiële individuele gelijkheid van alle burgers, iedere grens tussen minder- of meerderwaardige leden van de gemeenschap wordt uitgevlakt. Iedere burger is een gelijkwaardig lid van de democratische gemeenschap: 'van de rechtsgemeenschap mag geen lid als minderwaardig uitgesloten zijn.'⁶⁰

Het idee van democratie impliceert ook dat het boven de burgers gestelde gezag zijn onderdanen als gelijkwaardige en vrije burgers serieus neemt door verantwoording af te leggen voor haar handelingen en beslissingen. Dat geldt voor de wetgever die het volk representeert en haar dus verantwoording schuldig is. Dat geldt ook voor de rechter die beslissingen moet motiveren en grondvesten op de door de volksvertegenwoordiging afgekondigde wet. Naast gelijkheid, verantwoordingsplicht is vervolgens ook vrijheid, in het bijzonder de vrijheid van geweten, een fundamenteel aspect van de democratie: 'Wie van het recht van de mens spreekt, spreekt van zijn vrijheid. [...] Democratie ten slotte kan wijzen op de erkenning van de individuele mens, van een punt, waar ieder menselijk gezag halt houdt, van gewetensvrijheid.'

De waarlijke gemeenschap is een "eschaton", schrijft Scholten, een lokkend punt aan de horizon dat we (in het aardse bestaan) nooit helemaal kunnen bereiken, maar waar de mens desondanks voortdurend naar streeft. Dit is waar het menselijke rechtvaardigheidsgevoel op gericht is als het zich laat gelden in het recht. In het recht wordt voortdurend gestreefd naar werkelijke gemeenschap waarin we ons door broederschap, door liefde, gebonden weten. Dat moge zo zijn, in een liberale democratie eist het rechtvaardigheidsgevoel volgens Scholten echter ook dat ieder individu door het recht wordt beschermd als hij gedwongen wordt te buigen voor de wil van anderen, voor de wil van de massa. Ergens moet een machtige instantie belast worden met deze taak en dat is de moderne staat. Om deze bescherming, en daarmee een rechtstaat, mogelijk te maken, moet iedere burger dus buigen voor het boven hem gestelde gezag: 'Wie van het recht van de mens spreekt, spreekt van zijn vrijheid, doch die vrijheid bestaat slechts voor zover hij voor dit gezag buigt. Zonder gezag geen recht.'⁶¹

In tijden van betrekkelijke chaos en anarchie kan het verlangen naar orde en veiligheid leiden tot een verheerlijking van de macht, van een sterke man die orde op zaken stelt. Scholten noemt dit echter een surrogaat: 'In zijn diepste wezen vraagt de mens om gezag [...] macht zonder gezag heeft geen andere waarde dan handhaving der orde.'⁶² Maar wat onderscheidt macht van gezag? Gezag betekent in de eerste plaats dat er ergens een eind wordt gemaakt aan de discussie en er een beslissing wordt genomen op basis waarvan vervolgens gehandeld kan worden. De wens die

59 Scholten 2010, p. 352.

60 Scholten 2010, p. 385.

61 Scholten 2010, p. 385.

62 Scholten 2010, pp. 369-370.

iedereen meestal wel deelt in rechtsconflict, is de wens het conflict te boven te komen zodat iedereen weer verder kan met z'n leven; we willen, kortom, *closure*. Het recht onderscheidt zich van de moraal omdat het recht belooft dat de dialoog ergens wordt kortgesloten, dat de knoop zal worden doorgehakt middels een machtswoord waarin wordt gezegd wat het recht hier en nu van ons eist – wat in concreto recht is – en wat we op grond daarvan verder moeten gaan doen. Het recht vraagt dus 'om gezag dat beslist.' Scholten:

Het menselijke, feilbare, dikwijls aangevochten, gezag is nodig omdat de mens in zijn gebrek-kigheid tegelijk *en* recht behoeft en dit recht niet vermag te grijpen, zó dat het steeds naar alle zijden voor ieder onafwijsbaar voor ons staat. [...] Ons rechtsbewustzijn zelf dicteert ons dat dit moet worden uitgemaakt, wij zoeken een gezag, dat beslist. Het recht vraagt de daad. Dat gezag is een gegeven van het recht, wie er mee belast is zal een historisch-concrete situatie aanwijzen. [...] En geen recht, geen gemeenschapsleven ook, zonder gezag.⁶³

Maar wat maakt het uiteindelijke machtswoord gezaghebbend? Met andere woorden, wat zoeken we als we niet louter ordehandhaving door middel van de uitoefening van macht verlangen? Het is verhelderend om, als we deze vraag willen beantwoorden, even stil te staan bij het verschil tussen het gezag van de staat en het gezag van de wetenschap. Het gezag van de wetenschap is een persoonlijk gezag. Al zouden we er de tijd en energie voor hebben, we kunnen wetenschappelijke kennis niet zelf toetsen en beoordelen, en dus nemen we de juistheid van dergelijke kennis aan op grond van het gezag van de persoon die namens de wetenschap kan spreken. Hij heeft er voor doorgeleerd, zeggen we dan maar, en we geloven de wetenschapper op zijn woord. Maar we doen dat niet zomaar. We aanvaarden de waarheid van een bepaalde wetenschappelijke theorie of stelling op grond van het feit dat we de *persoon* en de instituties – wetenschappelijke titels, de instanties zoals de universiteit, het wetenschappelijke veld – waarin deze persoon werkt vertrouwen. En dat vertrouwen is betrekkelijk groot; de wetenschap heeft in onze moderne maatschappij een enorm prestige. Wetenschappelijke kennis is echter niet onfeilbaar, een integere wetenschapper kan niet meer doen dan de huidige stand van de wetenschap vertolken. Hij heeft niet het laatste woord.

Ook de beslissingen die door de overheid worden genomen kunnen maar tot op zekere hoogte zelf toetsen. We kunnen ook nooit echt goed beoordelen of de beslissing die door een vertegenwoordiger van de overheid wordt genomen inderdaad rechtmatig en rechtvaardig is, en of het ook daadwerkelijk zal leiden tot *closure* die we wensen. Als we gehoorzamen dan doen we dat omdat we afgaan op het gezag van de beslissers. Gezag betekent volgens Scholten dat 'het uitgesproken oordeel niet om zijn *inhoud* maar om de *auteur* van wie het afkomstig is, geëerbiedigd wordt.'⁶⁴ Het gaat hier dus óók om vertrouwen in een bepaalde persoon en de instituties die deze vertegenwoordigt – in dit geval die van de liberaal-democratische rechtstaat. Het gaat dus niet om een uitspraak op zich want 'een uitspraak, een dood geworden woord, heeft nooit beslissend gezag. Achter het woord zoeken we een persoon. Is die

63 Scholten 1949, pp. 448-450 en 454.

64 Scholten 1949, p. 459, cursief toegevoegd.

er niet, dan verbleekt het gezag. Achter wet en recht zoeken wij een [persoon] die ons onvoorwaardelijk beveelt.'⁶⁵

Sinds het werk van Scholten is gezag een taboe-onderwerp geworden, gezag is tegenwoordig een fenomeen waar argwanend naar wordt gekeken, maar voor Scholten is het een fundamenteel ingrediënt van een goed functionerende rechtsorde. We kunnen speculeren waarom het begrip een slechte reputatie heeft gekregen en dan lijkt het feit dat het woord vaak alleen in formele zin werd gebruikt een rol te spelen. Formeel gezag kan overeenkomen met louter machtsuitoefening door een formeel daartoe bevoegde instantie, maar dan heeft het met echt gezag volgens Scholten niet veel te maken. Ook speelt wellicht een rol dat het idee van het vrije autonome individu zich moeilijk laat verenigen met het idee dat dit individu zich onderwerpt aan het oordeel van een ander omdat hij kennis en ervaring mist om dit oordeel te toetsen. De neiging bestaat in een moderne liberale democratie uit te gaan van de fictie dat iedere burger alles kan beoordelen en dat gezag dus in beginsel onnodig is. Het formele gezag heeft de taak de burger te *overtuigen* zodat hij nooit tegen zijn wil of zijn verstand hoeft te handelen. We hebben genoeg aan redelijkheid; gezagsgetrouwheid is eerder een vloek dan een zegen. De belofte van de liberale democratie en de rede is dat gezag iets van het verleden kan zijn.

Paul Scholten gelooft daar niets van: 'geen recht zonder gezag.' Hij betoogt dat gezag onmisbaar is in een gemeenschap, zonder gezag kan geen samenleving overleven. Maar dan moet het wel werkelijk *gezag* zijn en dus een persoonlijk gedragen gezag zijn:

Het gezag van de wet en van iedere leer is onmisbaar; maar het is relatief *en* het vermindert, verdwijnt ten slotte, als het niet wijst op een persoonlijk, dus innerlijk, niet intellectueel aangaard gezag van degene, die leer of wet inspireert.⁶⁶

Dit is een fundamenteel punt. Het *formele* gezag van de wet en de algemene regels die daar te vinden zijn, het *formele* gezag van de staat, het *formele* gezag van de rechter, het zijn allemaal dode *abstracties* zolang niet concrete personen van vlees en bloed deze tot leven wekken door middel van een persoonlijk "innerlijk" engagement. Het gaat hier dus niet om een intellectuele aanvaarding of een louter uiterlijk conformisme, maar om een, zoals we nu zouden zeggen, oprecht *commitment* met de waarden en normen die de beslissing dragen en een oprechte betrokkenheid met de personen aan wie deze wordt opgelegd. We willen zien dat de gezagsdrager het echt meent, dat het hem menens is; dat hij, met andere woorden, niet onverschillig is en spelletjes met ons speelt.⁶⁷ We willen dat hij, kortom, *echt* is – authentiek – dat hij werkelijk *staat* voor wat hij zegt en doet.

We herkennen hier het stokpaardje van Kierkegaard dat vele generaties existentialistische literatuur heeft geïnspireerd. In zijn boek *The present age* laat Kierkegaard zich zeer kritisch uit over de zuiver nominale en abstracte wijze waarop zijn Kopenhaagse tijdgenoten het Christelijke geloof belijden. Kierkegaard vond hen willoze

65 Scholten 2010, pp. 374-375.

66 Scholten 2010, p. 375.

67 Vgl. Scholten 2010, p. 365.

kuddedieren die de normen en waarden van de groep volgden alsof de groep een zuiver externe autoriteit over het individu uitoefent. De waarden en normen werden echter niet werkelijk van binnenuit beleefd en aanvaard. Zijn stadgenoten deden volgens Kierkegaard ook geen enkele poging om de abstracte dogma's en voorschriften te begrijpen in concrete contexten waarin concrete keuzes moeten worden gemaakt; contexten waarin dogma's en voorschriften pas hun werkelijke betekenis tonen omdat ze alleen in concreet menselijk handelen tot leven kunnen komen. De individuele verantwoordelijkheid sneeuwt volkomen onder. Een mens die gedachteloos en kritiekloos abstracte dogma's of theorieën volgt, schuift zijn verantwoordelijkheid af op abstracties. Kierkegaard *verwijft* zijn stad- en tijdgenoten onoprechtheid, en het verwijft treft iedereen die zijn persoonlijke verantwoordelijkheid voor zijn handelen probeert te ontlopen door naar lege abstracties buiten zichzelf te verwijzen.⁶⁸

Interessant is overigens in dit kader de verklaring die Kierkegaard gaf voor het feit dat God zijn zoon Jezus stuurt om de mensheid de goede boodschap en verlossing te brengen. De leer moet niet een geheel van abstracte regels en verhalen zijn maar moet concreet worden *voorgeleefd* door een mens van vlees en bloed – door een *mens* dus die de volgelingen als zodanig kunnen herkennen. Jezus is de “God/mens” die uit het eeuwige tot de mens komt en daarmee *in* de tijd en *in* de ruimte. Met andere woorden, Jezus is God met een menselijk gezicht, wat de mens de mogelijkheid geeft om het gezag van God te leren kennen en aanvaarden. (Kierkegaard) ‘Achter het woord zoeken we een persoon’ en met Jezus verscheen er daadwerkelijk een mens van vlees en bloed die het woord van God voor de volgelingen tot leven wekt door een werkelijk concreet engagement met het Goddelijke liefdesgebod; een leer waar hij zelfs bereid was voor te sterven. Maar dat terzijde, terug naar ons eigenlijke onderwerp: het recht.

De rechter, en de rechtswetenschapper die de rechter dient, stelt vast wat behoort te gebeuren op grond van wat het recht en de rechtvaardigheid in een specifiek geval eisen. De burger moet gehoorzamen, desnoods kwaadschiks, de rechter is met formeel gezag bekleed. Het uitoefenen van gezag kan echter uitmonden in machtsmisbruik. Scholten laat daar geen misverstand over bestaan, en om dergelijk misbruik te voorkomen worden de bevoegdheden, net als het recht door de rechtswetenschap en –theorie, en de rechtvaardigheid door de rechtsfilosoof, zo precies mogelijk omschreven en vastgelegd in formele regels. Dat is belangrijk, maar er zijn grenzen aan de zekerheid die we kunnen bereiken:

Gezag is niet voor meting, niet voor omschrijving vatbaar. Wordt het vastgelegd, door bepaalde regelen omschreven, bij tegenstreven gehandhaafd, dan boet het iets van het wezenlijke in en is onvermijdelijk de mogelijkheid van botsing tussen macht en gezag geboren, het evenwicht tussen beide verbroken.⁶⁹

Mensen staan bij alles wat zij doen ‘niet in betrekking tot een groep, een maatschappij, dat zijn ook weer abstracties, maar tot een zeer bepaalde persoon.’⁷⁰ Zo is gezag ook een verhouding van een bepaalde persoon tot een bepaalde persoon en deze ver-

68 Kierkegaard 1962, p. 85.

69 Scholten 2010, p. 383.

70 Scholten 2010, p. 348.

houding betreft bovendien de *gehele* persoon en niet alleen zijn intellectuele vermogens. Als je er in puur verstandelijke, formele termen naar kijkt, dan mis je een belangrijk aspect van wat gezag is want gezag is immers je overleveren aan het oordeel van iemand anders. Als we intellectueel volkomen overtuigt zijn, dan volgen we niet het gezag maar onze eigen wil en 'gehoorzamen kunnen we niet aan onszelf, maar aan een ander.'⁷¹ Het is belangrijk om ons te realiseren dat gezag zich ook handhaaft als het verstand tegensputtert. Het is een relatie, een band tussen mensen met een gevoelsdimensie:

Waarlijk gezag heeft slechts hij, die zich in liefde verbonden weet met de gemeenschap die hem volgt. Hoe gemakkelijk maakt het tekort aan liefde gezag tot macht alleen, de drager van gezag tot een machthebber. De taal tekent: gezag draagt men als een last, macht heeft men als een bezit. Zodra het gezag zijn doel in zich zelf zoekt, houdt het op gezag te zijn.⁷²

Gezag wordt alleen gevoeld en gevolgd als het overtuigend is, als er zich achter het bevel een persoon met een bepaalde betrokkenheid en oprechte *overtuiging* toont: 'Zonder inhoud, zuiver formeel, spreekt het behoren ons niet aan, is het in werkelijkheid geen behoren.'⁷³ Met andere woorden, al is de mens zelf niet verstandelijk overtuigt, hij volgt de oprechte overtuiging van een persoon die hij gelooft en *vertrouwt* omdat deze de bevoegdheid en de kennis heeft om het te beoordelen en te beslissen, *en* omdat deze oprechte betrokkenheid en de oprechte overtuiging toont met betrekking tot de juistheid van zijn oordeel. Dat is volgens Scholten gezag.

Gezag komt dus met verplichtingen. Het is geen doel in zichzelf maar staat in dienst van orde en gemeenschap. Gezag eist ook een deelnemershouding: realiteitszin, betrokkenheid, verantwoordelijkheid, rechtvaardigheid en oprechte overtuiging. Voor de rechter speelt het formele gezag van het recht als grond voor zijn beslissingen vervolgens wel degelijk een belangrijke, vaak zelfs doorslaggevende rol: 'Het behoren, de gerechtigheid zoekt vorm in historisch bepaalde verhoudingen. Het gezag werkt *in* het recht, het heeft de beslissing binnen het recht. [...] wie het gezag laat gelden tegen het recht, moet wel *heel* zeker zijn.'⁷⁴

Maar het volgen van het recht is desondanks altijd een *keuze*. Het recht als abstract systeem van regels stelt wat er in zijn algemeenheid wenselijk is, maar het bepaalt niet, het *kan* niet bepalen, wat er in dit specifieke voorliggende geval besloten moet worden. Rechtsvinding is geen zuiver logische denkexercitie waarin de jurist zich als een soort "subsumptie-apparaat" tot het recht en de feiten van het geval verhoudt. Het is de jurist die bepaalt en die handelt. Het recht wordt niet *passief* toegepast, maar vergt een actieve beslissing dat toepassen van het recht in dit geval juist is. In tegenstelling tot wat Wiarda schrijft, beweert Scholten dat juristen dit in de praktijk ook zo ervaren, concrete beslissingen laten zich niet direct uit abstracte regels en theorieën over het recht afleiden.⁷⁵ Regels en theorieën moeten geconcretiseerd worden en dat is altijd meer dan zuiver logische arbeid. 'Er is hier een keus, een daad die niet

⁷¹ Scholten 2010, p. 379.

⁷² Scholten 2010, p. 383.

⁷³ Scholten 2010, p. 376.

⁷⁴ Scholten 2010, pp. 351 en 384.

⁷⁵ Scholten 2010, p. 360.

als een wetenschappelijke oordeel logisch kan worden verantwoord.⁷⁶ In deze context gebruikt Scholten ten slotte Kierkegaards beroemde metafoor van de sprong:

Van het betoog tot de beslissing is ten slotte een sprong, die wetenschappelijk verstaanbaar moet zijn, maar wetenschappelijk niet *geheel* is verantwoord.⁷⁷

Ervaring (of waarneming) en logisch denken alleen rechtvaardigen nooit de concrete beslissing in het concrete geval. Er is een *wilsbesluit* nodig om tot handelen over te gaan. Zoveel mogelijk los maken van het subjectieve, waardering ook van wat anders is dan de auteur zelf, het is nodig, maar het heeft altijd een grens.⁷⁸ (Kierkegaard) 'Zeker, het subjectieve blijft,'schrijft Scholten in zijn Algemeen Deel. In de concrete beslissing zit uiteindelijk altijd iets van de "geest" van degene die beslist en die op grond van die beslissing handelt.⁷⁹ Het persoonlijke oordeel is een onuitroeibaar aspect van de rechtspraktijk.

85

Recht doen is de taak van de rechter [...] het rechtsoordeel is meer dan waarneming en logisch betoog – het is nooit herleidbaar tot die twee. Het is niet een wetenschappelijk oordeel, het is een wilsverklaring: zo moet het. Het is ten slotte een sprong, gelijk iedere daad, ieder zedelijk oordeel dat is.⁸⁰

Ergens houden de redenen op en komen we uit bij botsende "levensbeschouwingen" of "gewetensovertuigingen".⁸¹ Een levensbeschouwing is een betrekkelijk geordend geheel van hoogste doeleinden die niet meer te herleiden zijn, maar die betekenis aan ons leven verschaffen, die bepalen wie we zijn of willen worden. Deze hoogste doeleinden vloeien voort uit onze levensbeschouwing; of liever: 'hun aanvaarding is onze levensbeschouwing zelf. Zich deze klaar bewust te worden, van haar uit de betekenis van haar ondergeschikte doeleinden te bepalen, de waarden van het leven: natuur, schoonheid, kunst, wetenschap te schatten, het kan voor hem die aan de rechtsvorming deelneemt, van onberekenbaar nut zijn.'⁸² In de laatste instantie is dit de grond van onze beslissingen en als hier het persoonlijke en het recht strikt wordt gescheiden, zoals de legist eist, worden zowel persoon als recht daardoor beschaaid: 'Hij verhindert zijn levensbeschouwing zijn gehele leven te doordringen, de boom kan niet naar alle zijden zijn takken uitstrekken, zijn groei wordt belemmerd.'⁸³

De verinnerlijkte levensbeschouwing of gewetensovertuiging is wat de persoon als het ware op de rails houdt: 'Zijn keus is een keus in vrijheid, maar juist daarom in gebondenheid, uiterlijk en innerlijk. Dat is zijn plicht.'⁸⁴ Met de vrijheid komt echter verantwoordelijkheid, en de rechter moet de beslissing voor zichzelf in zijn geweten

76 Scholten 2010, pp. 321 en 323.

77 Scholten 1949, p. 462.

78 Scholten 2010, p. 363.

79 Scholten 1974, p. 135. Vgl. voorts Scholten 1949, p. 462.

80 Scholten 1974, p. 130.

81 Scholten 2010, pp. 174 en 357.

82 Scholten 2010, p. 164.

83 Scholten 2010, p. 164.

84 Scholten 1974, p. 134.

kunnen verantwoorden. ‘Die beslissing is ten slotte een gewetensbeslissing.’⁸⁵ Het geweten is, als het ware, het ruwe materiaal waarop een ieder zijn levensbeschouwing baseert en dit is uiteindelijk de grond van de beslissing. Hier is geen “bewijs” meer mogelijk, het enige wat nu nog kan overtuigen, is de ernst, de oprechtheid en de hartstocht waarmee in concrete beslissingen en handelingen getuigen van deze levensbeschouwing. Gewetensvol handelen is handelen waar we met heel onze persoon, onze liefde, onze hartstocht en onze belangen voor staan.⁸⁶

‘De gewetensvrijheid is grond en grens van het recht. Haar kan de macht van het recht niet aantasten,’ maar, en dit is een fundamenteel punt voor Scholten, ‘het geweten oordeelt zonder wet.’⁸⁷ Het geweten oordeelt in een bijzonder geval waarin concrete mensen met concrete problemen worden geconfronteerd. Geen algemene wet kan vooraf volledig bepalen wat er te doen staat; niet alleen de wet in juridische zin, maar ook niet de levensbeschouwing als een gerationaliseerd geheel van waarden en normen (oftewel als ideologie). Kortom, het subjectieve blijft, is, als gezegd, onuitroeibaar.

Scholten is echter niet bang voor een radicaal relativisme en subjectivisme van rechters en rechtswetenschappers. Al is het, in verhouding tot onze driedimensionale concrete leefwereld, een geheel van betrekkelijk vlakke (oppervlakkige) abstracte regels, het gezag van het recht wordt door juristen onwillekeurig sterk ervaren. Oordelen die we rechtvaardigen met behulp van het rechtssysteem zullen (als het goed is) ook vaak stroken met de levensbeschouwing en het geweten van de rechter. Scholten is niet zozeer bang voor rechterlijke willekeur en machtsmisbruik omdat ze het gezag van het recht niet serieus nemen, maar veeleer voor gewetenloze, mechanische rechtstoepassing. Het geweten laat zich immers soms gemakkelijk ‘in slaap sussen, omkopen, er zijn mensen die van hun consciëntie al buitengewoon weinig last hebben.’⁸⁸ En gewetenloze toepassing van abstracte regels, *dat* leidt volgens Scholten gemakkelijk tot het afschuiven van verantwoordelijkheid en machtsmisbruik:

Wie beweert dat hij zich alleen aan de wet en haar tekst houdt, haar als een knecht wil gehoorzamen, blijkt tegenover diezelfde wet in de praktijk het minst eerbiedig, springt er op de meest willekeurige wijze mee om. Wie zich onderwerpt aan een dode leer, gaat onherroepelijk heersen.’⁸⁹ ‘Alleen als we voor ogen houden dat we in het recht staan voor de scheiding tussen goed en kwaad’, dan zien we hoe het recht raakt aan het beste wat de mens heeft, daardoor is het altijd en voor iedereen een levend ding.⁹⁰

5 Conclusie

Het recht moet “leven” en geen “dode leer” worden. Scholten gebruikt in deze laatste citaten metaforen die we in zijn werk vaker tegenkomen. “Levend” is het recht als het een ethische dimensie behoudt, contact houdt met het behoren, en het is “dood” als het ieder contact met goed en kwaad verloren heeft. Het primaat ligt voor Scholten in onze dagelijkse wereld waarin we tot handelen worden gedwongen. Terwijl de for-

85 Scholten 2010, p. 335.

86 Scholten 2010, p. 335.

87 Scholten 2010, pp. 162, 177 en 385.

88 Scholten 2010, pp. 162 en 177.

89 Scholten 2010, pp. 369-370.

90 Scholten 2010, p. 439.

mules op basis waarvan beslist moet worden “onbuigzaam, onveranderlijk” zijn, verandert onze dagelijkse leefwereld echter voortdurend, dat is inherent aan het leven, en met haar verandert het recht. Het recht is *tijdelijk* in een fundamentele (existentiële) betekenis van het woord.

Om objectiviteit en/of rechtszekerheid in het recht mogelijk te maken, moet het recht zonder twijfel in zekere mate onbuigzaam en onveranderlijk zijn. Het legisme (of rechtspositivisme) dat Scholten bestrijdt, vergeet echter dat het recht het product is van ons gezamenlijke geestesleven – met zowel de nadruk op *geest*, als op *leven*. We kunnen de “gegevens” van het recht wel ‘voor zichzelf beschouwen’ en ze voor dat wetenschappelijke doel tijdelijk losmaken van de contexten waarin ze hun volledige betekenis krijgen, maar als we ze definitief losmaken van ruimte en tijd dan ‘verliezen ze daarmee hun wortels, ze worden dode dingen.’ Scholten betoogt echter dat het zelfs *onmogelijk* is om dode abstracties mechanisch toe te passen in een concreet rechtsgeschied. Onze abstracte, sterk gerationaliseerde denkconstructies worden door een diepe kloof gescheiden van de complexe, rijke en veranderlijke werkelijkheid die het wil ordenen. Het is volstrekt onmogelijk om ‘in een abstractie de rijke veelvuldigheid van het leven te vatten.’ We stuiten ‘altijd weer op de onmogelijkheid, de veelvuldigheid, de bontheid van het leven in algemene regels samen te vatten. [...] Wij worden nooit meester van de werkelijkheid, de rationalisering laat altijd een rest. Het ethische breekt toch weer door de logische vorm heen.’⁹¹

Het recht is dus een ingewikkelde verhouding van logische abstractie en onze “veelvuldige” en “bonte” leefwereld. Het recht laat zich niet scheiden van de werkelijkheid die het wil ordenen, en het onderscheid tussen recht en deze dagelijkse realiteit is op zichzelf een abstractie.⁹² Het recht moet worden gevonden in de concrete casus – *jus in causa positum* – en dit is het eigenlijke werk van rechters en dus van juristen in het algemeen. Dit vereist dat men van de abstracte gereed liggende regel komt tot de concrete hier toe te passen rechtsnorm, de regel voor het geval, die uit vele regels gevormd kan worden. Het vereist bovendien een zodanige samenvatting van de feiten dat de rechtsregel er inderdaad op “past”, toegepast kan worden. Dit is, ik herhaal het nog eens, geen zuiver intellectuele denkoefening, het vergt voortdurende keuzes en het maken van goede keuzes vereist een bepaalde “scherpzinigheid”. Dit oordelen beschouwt Scholten eerder als een kunst dan een techniek want het is ‘een vorm geven aan vage voorstellingen, ze tot recht doen kristalliseren, een schepping van vorm dus, die kunst kan genoemd worden.’⁹³

Willen we werkelijk gewetensloze toepassing van abstracte rechtsregels? Dat is volgens Scholten een *onmenselijke* eis die we niet mogen en zelfs niet kunnen stellen aan rechters. Bovendien *ought implies can*. Het mechanisch volgen van regels is niet alleen niet wenselijk, het is niet mogelijk. De samenleving en de partijen in het geding kunnen dit bovendien niet serieus willen. Natuurlijk moet de rechter onafhankelijk en neutraal zijn, natuurlijk is hij in zijn oordeel gebonden aan het positieve recht, maar dat impliceert niet dat hij zijn geweten moet uitschakelen. Scholten vreest geen rechterlijke willekeur want de beslissing moet altijd passen in het rechtssysteem, expliciet op grond van dat systeem worden gemotiveerd en bovendien worden aan-

91 Scholten 2010, pp. 164, 176 en 331,

92 Scholten 1949, p. 456.

93 Scholten 1949, p. 454-455.

vaard door de gemeenschap. Paul Scholten is meer beducht voor het misbruik door rechters die hun geweten in slaap laten sussen of zelf uitschakelen, dan voor rechterlijke willekeur en/of moralistische, of zelfs evangelische rechtspraak. 'Wie zich onderwerpt aan een dode leer gaat onvermijdelijk heersen.'⁹⁴ Uiteindelijk vreest Scholten nog het meest voor het *gezag* van het recht omdat dit in hoge mate afhangt van het gezag van haar vertegenwoordigers: de juristen in het algemeen en de rechter in het bijzonder.

Keuze, vrijheid, verantwoordelijkheid; in Scholtens werk spelen deze existentialistische begrippen in de achtergrond voortdurend een rol. Het recht is een abstracte gemeenschap en daarin spelen "dode abstracties" mede als product van een voortdurende rationalisering in de rechtswetenschap, -theorie en -filosofie een zeer belangrijke rol. Maar uiteindelijk ligt het primaat bij de handeling en zo komt Scholten tot het gebruik van het begrip dat Sören Kierkegaard beroemd maakt: 'Het recht vraagt een daad' en het is gelijk iedere daad een "sprong" in het diepe.⁹⁵ Het fundament van de beslissing ligt in het individuele geweten en de levensbeschouwing van de rechter dat "irrationeel" is in die zin dat het zich niet verder in de rede laat funderen, maar ten diepste een keuze is. 'Iedere goede rechter streeft er altijd weer naar dat op te leggen, wat hij in eigen geweten verantwoorden kan. In zover is ieder rechtsoordeel *irrationeel*.'⁹⁶ Maar Scholten laat de existentialistische eis dat we volledig verantwoordelijk zijn voor onze keuzes diep tot ons doordringen.

Geraadpleegde literatuur

Gadamer 1960

H.G. Gadamer, *Wahrheit und Methode*, Tübingen: Mohr Siebeck Verlag 1960.

Hart 1961

H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, Oxford : Oxford University Press 1961.

Heidegger 1999

M. Heidegger, *Zijn en tijd*, Nijmegen: Sun 1999.

Kierkegaard, 1962

S. Kierkegaard, *The Present Age and of the Difference Between a Genius and an Apostle*, trans. Alexander Dru, New York: Harper Torchbooks 1962.

Nagel 1989

T. Nagel, *The view from nowhere*, Oxford: Oxford University Press 1989.

Nietzsche 2004

F. Nietzsche, *Genealogie der Moral*, Berlin: Akademie Verlag 2004.

Nietzsche 2006

F. Nietzsche, *Jenseits von Gut und Böse*, Köln: Anaconda Verlag 2006.

Rawls 1971

J. Rawls, *A theory of justice*, Cambridge, Mass., London: Harvard University Press 1971.

Sartre 1967

J.P. Sartre, *Over het existentialisme*, Utrecht, Aartselaar: A.W. Bruna & Zoon 1967.

Sartre 2003

J.P. Sartre, *Het zijn en het niet: Proeve van een fenomenologische ontologie*, Rotterdam: Lemniscaat 2003.

Scholten 1949

P. Scholten, 'De structuur der rechtswetenschap' in: P. Scholten, *Verzamelde geschriften*, deel I, Zwolle: Tjeenk Willink 1949, pp. 432-470.

⁹⁴ Scholten 2010, p. 374.

⁹⁵ Vgl. Kuyper 1994, p. 205.

⁹⁶ Scholten 1974, p. 130.

Scholten 1974

P. Scholten, *Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerl k recht. Algemeen deel*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1974.

Scholten 2010

P. Scholten, *Dorsten naar gerechtigheid*, T. Slootweg (red.), Deventer: Kluwer 2010.

E. Kuypers 1994

E. Kuypers (red.) *De Levende Kierkegaard*, Leuven Apeldoorn: Garant 1994.

Unger 2007

R.M. Unger, *The Self Awakened: Pragmatism Unbound*, Cambridge, Mass., London: Harvard University Press 2007.

Wiarda 1999

G.J. Wiarda, *Drie typen van rechtsvinding*, 4e druk bewerkt door T. Koopmans, Deventer: Tjeenk Willink 1999.