



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Fenomenologie van de gewetensbeslissing: twee varianten

Smith, C.E.; Ellian, A.; Slootweg, T.

Citation

Smith, C. E. (2010). Fenomenologie van de gewetensbeslissing: twee varianten. In A. Ellian & T. Slootweg (Eds.), *Recht, beslissing en geweten* (pp. 181-200). Deventer: Kluwer.
Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/17600>

Version: Not Applicable (or Unknown)

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

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/17600>

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

Fenomenologie van de gewetensbeslissing: twee varianten

Carel Smith, UL

Scholtens fenomenologische analyse van het rechtsoordeel als gewetensbeslissing levert de paradox op van het geheel autonome individu dat geheel onderworpen is aan het van hogerhand gegeven bevel. Ofschoon het rechtsoordeel volgens Scholten zowel intellectueel als zedelijk bevredigend moet zijn, heeft het geweten het laatste woord. Hoe het geweten kan oordelen over subtiele rechtskundige kwesties blijft in zijn analyse echter onduidelijk. Aan de positie dat onze innerlijke overtuiging bepalend is voor de juistheid van de gewetensbeslissing kleeft bovendien het bezwaar van fundamentalisme. Er is een andere fenomenologie van het rechtsoordeel mogelijk, met het geweten, niet als individuele kenbron van goed en kwaad, maar als institutie die in en door het handelen van de gemeenschap vorm krijgt. De gewetensbeslissing is een beslissing in vrijheid, maar één die is begrensd door de institutie.

1. Drie oneliners en één threeliner

Oneliners beheersen niet alleen de politiek, maar vaak ook het academische debat, al worden zij daar niet gebruikt om de complexe werkelijkheid te versimpelen, maar om de ingewikkelde theorie in een formule te vatten ('survival of the fittest', 'E=MC²', 'meaning is use'). De rechtsgeleerde Scholten heeft de Nederlandse rechtstheorie verrijkt met maar liefst drie *oneliners*: het recht als een "open systeem", het rechtsoordeel als "sprong", en ten slotte de uitspraak dat in de feiten het recht ligt (*ius in causa positum*). De laatste uitspraak is, strikt genomen, niet afkomstig van Scholten,¹ maar hij heeft aan deze maxime een zodanige draai gegeven, dat zijn methodologische kijk op rechtsvinding er pregnant mee tot uitdrukking wordt gebracht. Eigenlijk zou aan dit rijtje ook nog de term "rechtsvinding" kunnen worden toegevoegd, de term die sinds zijn *Algemeen Deel* ingeburgerd is geraakt om het proces van rechterlijke oordeelsvorming aan te duiden. De crux van deze term zit in het suffix 'vinding' en de bijzondere betekenis die Scholten hieraan geeft, blijkt uit zijn raadselachtige *threeliner*: 'Het recht is er, doch het moet worden gevonden, in de vondst zit het nieuwe'.² De *oneliners* en *threeliner* zijn in Scholtens rechtsvindingstheorie nauw verbonden – zij zijn, zou men kunnen zeggen, de uitdrukking van verschillende perspectieven op het verschijnsel van de rechterlijke oordeelsvorming zoals Scholten die ziet.

Ik acht Scholtens *Algemeen Deel* nog steeds het mooiste dat in Nederland over rechterlijke oordeelsvorming is geschreven en meen dat het zich kan meten met het beste dat elders over dit onderwerp is verschenen.³ Dat betekent niet dat zijn kijk op rechtsvinding onomstreden is. In het gesecculariseerde academische debat van de laatste decennia vormt met name de rol die het geweten volgens Scholten speelt in de oordeelsvorming een punt van kritiek. Ik deel die kritiek en wil in deze bijdrage onderzoeken in hoeverre de invulling die Scholten aan het geweten geeft in overeenstemming is met de overige onomstreden methodologische uitgangspunten van zijn rechtsvindingsleer.

¹ Zie voor de geschiedenis van deze maxime L. Winkel, 'De rol van algemene rechtsbeginselen in het Romeinse Recht', *Ars Aequi* 1991-10, pp. 69-78.

² P. Scholten, *Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. Algemeen deel*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1974, p. 12.

³ Zie hierover o.m. mijn *Feit en rechtsnorm. Een methodologisch onderzoek naar de betekenis van de feiten voor de rechtsvinding en legitimatie van het rechtsoordeel* (diss. Leiden), Maastricht: Shaker 1989, i.h.b. hfst. 1.7.

2. Het dubbele karakter van het recht

Als rechtsfilosoof die sterk is beïnvloed door de taalhandelingsfilosofie, vind ik de paragraaf die Scholten wijdt aan het recht als open systeem intrigerend. Hij verwerpt daar de leer van de logische geslotenheid van het recht, niet op grond van het empirische gegeven dat het recht of de wet soms leemten vertoont, maar op grond van het gegeven dat een systeem van regels, zoals het recht, om verwerkelijking vraagt en dus om concrete beslissingen:

Het recht is een geheel van normen, niet echter van normen (...) die gelden onafhankelijk van plaats en tijd, maar van normen die haar gezag ontleen aan bepaalde historische gebeurtenissen (...) Het zijn voorts normen, die om toepassing vragen en ten slotte weder van die toepassing afhangen.⁴

Deze beslissingen zijn echter niet het resultaat van logisch voortredeneren: '[I]edere beslissing, ook die welke zogenaamd naar de woorden geschiedt, is tegelijk toepassing en schepping'. De toepassing wordt immers altijd meebepaald door het oordeel van degene die beslist:

Logisch dwingend is een uitspraak slechts als propositio major en minor gegeven zijn. De minor: A. heeft gekocht, die de rechter gebruikt als hij tot betaling van een koopprijs veroordeelt, stelt hij zelf op. Het is *zijn* beslissing, dat hier koop is en in die beslissing ligt al het oordeel over de regels van koop.⁵

Dit klinkt nogal radicaal – want, zou men zich kunnen afvragen, heeft de rechter in de standaardgevallen, of wat in de literatuur *easy* of *plain cases* worden genoemd,⁶ eigenlijk wel een keus? Is het niet misleidend om te spreken van de beslissing van de rechter als '*zijn* beslissing', waar iedere *andere* beslissing in feite neerkomt op een eigenmachtig optreden van de rechter met voorbijgaan aan de evidente betekenis die de regels in het geldende recht bezitten? De Engelse rechtsfilosoof H.L.A. Hart heeft de bindende kracht aan de formule van de wet fraai uitgedrukt in zijn kritiek op het regelscepticisme. Ofschoon zich volgens hem altijd gevallen voordoen waarbij twijfel bestaat of de betreffende rechtsregel van toepassing is, bestaat over de toepasbaarheid van de regel in veel gevallen consensus:

The plain case, where the general terms seem to need no interpretation and where the recognition of instances seems unproblematic or 'automatic', are only the familiar ones, constantly recurring in similar contexts, where there is general agreement in judgments as to the applicability of the classifying terms.⁷

In vergelijkbare zin stelt G.J. Wiarda dat de rechterlijke activiteit voor wat betreft de *rechtsvinding* in de meerderheid van de gevallen als volledig heteronoom kan worden gekarakteriseerd, dat wil zeggen, als een proces waarbij de rechter door middel van een eenvoudig syllogisme tot zijn beslissing komt.⁸ In deze gevallen zeggen we dat de

⁴ Scholten 1974, pp. 76.

⁵ Scholten 1974, p. 76..

⁶ O.m. H.L.A. Hart in *The Concept of Law*, Oxford: Oxford University Press [1961] 1994 en R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Harvard Mass.: Harvard University Press 1977.

⁷ Hart 1994. p. 126.

⁸ En dus *nadat* de rechter omtrent de feitelijke geschilpunten tot een beslissing is gekomen: G.J. Wiarda, *Drie typen van rechtsvinding*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink [1963], derde herziene druk 1988, p. 19/20.

regel “letterlijk” op het geval van toepassing is, dat wil zeggen, dat het geval onder de standaardbetekenis valt die de regel naar juridisch of gewoon spraakgebruik heeft.⁹

De binding aan de wet begint dus ongetwijfeld met de binding aan de woorden van de wet – een binding die in de standaardgevallen de rechter geen vrijheid geeft anders te beslissen. Maar volgens Scholten is toch *iedere* beslissing zowel toepassing als schepping? Nu is Scholten zich terdege bewust van de bindende kracht van de (wets)formule – de in woorden gevatte rechtsregel.¹⁰ Het punt voor Scholten is dat het rechtsoordeel altijd meer is dan de uitspraak wat krachtens het regelsysteem recht is. De rechter drukt in zijn oordeel niet alleen uit wat in een bepaald geval recht “is”, maar tevens wat in dat geval recht “behoort te zijn”: de gedraging *is* niet alleen onrechtmatig in de zin van de wettelijke bepaling (een vaststelling die in een standaardgeval door alle rechters gelijkelijk zal worden gemaakt), maar *behoort* ook als zodanig te worden aangemerkt. Het recht heeft volgens Scholten dan ook een dubbel karakter – een belangrijk terugkerend thema in het *Algemeen Deel* – doordat het tegelijk behoort tot de sfeer van het feitelijk gebeuren als tot die van het behoren. Recht, aldus Scholten, is zowel een feit als een norm, een “Sollen”, maar een “Sollen” gebonden aan een “zijn”.¹¹

Het dubbele karakter van het recht kan ook langs andere weg aangetoond worden, iets dat opmerkelijk genoeg is gedaan door de rechtspositivist Hart in zijn kritiek op de Scandinavisch Rechtsrealist Alf Ross.¹² Deze herleidde de notie van “juridische gelding” van rechtsregels tot twee empirisch verifieerbare gegevens: tot het feitelijke gebruik dat rechters onder bepaalde omstandigheden van een regel maken en tot een bepaald “gevoel” of “emotie” dat hun gebruik van die regel begeleidt (de psychologische ervaring van zich gebonden te voelen aan de regel).¹³ Dat, zegt Hart, is de reductie van regels tot regelmatigheden in gedrag en begeleidende gevoelens, maar deze benadering gaat voorbij aan het interne, motiverende karakter van regels. Als rechters verklaren dat een regel een regel van geldend recht is, *voorspellen* zij niet hun eigen gedrag, terwijl zij er evenmin hun gevoel van binding aan de regel mee *beschrijven*. Zij brengen ermee tot uitdrukking dat zij de regel *accepteren* als standaard voor gedrag:

They do not merely react to deviations from the regular pattern in a predictable adverse manner, but treat deviations as a *reason* for such reaction and demands for conformity as *justified*.¹⁴

Deze acceptatie van regels als standaarden voor gedrag brengt een specifiek normatief vocabulaire mee, zoals “behoren”, “moeten”, “recht”, “onrecht”, “plicht” en “verplichting”. Ofschoon dit vocabulaire verwijst naar het innerlijk van degene die deze gebruikt (naar diens “acceptatie”), verwijst dit niet zozeer naar diens begeleidende psychologische ervaring van binding of dwang. Dergelijke ervaringen *kunnen* samengaan met het gebruik van deze termen, maar zijn niet noodzakelijk voor het normatieve gebruik ervan. Het onderscheid tussen het externe en interne aspect van regels is dus niet zozeer het onderscheid tussen “gedrag” (het feitelijk volgen van de regels door bijvoorbeeld rechters) en de gevoelens waarmee het gebruik gepaard zou

⁹ Zie voor de complicaties van taalkundige interpretatie C.E. Smith, ‘Het woord als grenswachter: functies van taalkundige interpretatie voor de rechtsvinding’, *Themis* 2009-2, pp. 61-71.

¹⁰ Vgl. Scholten 1974, p. 36.

¹¹ Scholten 1974, p. 77; zie tevens p. 99, 132.

¹² H.L.A. Hart, ‘Scandinavian Realism’, in *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford: Clarendon Press 1983, pp. 161-169.

¹³ A. Ross, *On Law and Justice*, Eng. vert. door M. Dutton, Berkeley: Univ. of Cal. Press 1953.

¹⁴ Hart 1983, p. 166.

gaan; het betreft het onderscheid in de manier waarop regels kunnen worden beschouwd. Er is enerzijds het (extreem) externe perspectief van de wetenschapper die op basis van observaties komt tot een beschrijving van het gedrag van de leden van een groep in termen van regelmatigheden; en anderzijds het interne perspectief van de participant die de regels als standaarden voor gedrag beschouwt (zoals de rechter). Maar de wetenschapper zal, om te begrijpen hoe de regels inwerken op de leden van de groep, ook acht moeten slaan op het normatieve aspect dat verbonden is aan het gebruik van de regel als standaard voor gedrag. De wetenschappelijke bestudering van het recht vereist volgens Hart dan ook een *gematigd* extern perspectief.¹⁵

Ook bij Hart treffen we dus het dubbele karakter van het recht aan: het zijn regels die *worden* gevolgd – in zoverre behoort het tot de wereld van het “Sein” – en het zijn regels die vanuit het perspectief van de deelnemers *behoren* te worden gevolgd – in zoverre behoort het tot de wereld van het “Sollen”. De rechter die oordeelt dat een regel is geschonden, doet daarom altijd meer dan verklaren wat geldend recht “is”. Door de regel te hanteren, accepteert hij de gelding van de regel en voegt aan het feitelijke oordeel een normatief oordeel toe – of, juister gezegd, het rechtsoordeel sluit beide aspecten in.

De rechtsfiguur van de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid bevestigt deze stelling. Een geval dat naar de letter onder een (wettelijke of contractuele) bepaling valt, wordt door de rechter soms toch niet onder werking van de bepaling gebracht ‘als dat naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid hoogst onbillijk zou zijn’. Maar dat betekent dat de rechter bij de vaststelling van het recht zich er altijd van behoort te vergewissen of regeltoepassing, alles welbeschouwd, billijk is. ‘Dat dat veelal niet blijkt’, merkt Scholten op, ‘komt daarvandaan, dat wat zich als simpele toepassing van wetsvoorschriften voordoet wordt aanvaard, omdat het aan het gerechtigheidsoordeel beantwoord.’¹⁶

Dit laatste, dat in iedere beslissing de billijkheid een woord meesprekt, lijkt mij de kern van Scholtens rechtsvindingstheorie. Overigens geeft hij de voorkeur aan de wat gedragen term “gerechtigheid” boven “billijkheid”, omdat de laatste term de tegenstelling met recht zou oproepen, waar “gerechtigheid” een continuüm met het recht veronderstelt.¹⁷ Gerechtigheid dus als onderdeel van iedere rechtsbeslissing. Daarom is de beslissing van de rechter meer dan een wetenschappelijk oordeel. Het rechtsoordeel is, en ik geef nu de verschillende termen waarmee Scholten het typeert, een *handeling*, een *daad*, een *wilsverklaring* (‘zo moet het’) en een *sprong*, ‘gelijk iedere daad, iedere zedelijk oordeel dat is.’¹⁸ Het is een sprong, omdat het normatieve aspect van de beslissing niet kan worden teruggebracht tot het intellectuele of wetenschappelijke aspect ervan – beide aspecten zijn van fundamenteel andere aard.

3. Gerechtigheid als absoluut gebod

Met de rol van de gerechtigheid raken wij aan een heikel punt in het werk van Scholten. Want als de gerechtigheid zo’n voorname rol in de rechtsvinding speelt, wat precies is dan gerechtigheid? Hoe hebben wij daarvan kennis? En hoe verhoudt het positieve recht zich tot de gerechtigheid? Wordt deze gevonden *in* het recht? Of beschouwen wij het recht onder het gezichtspunt van de gerechtigheid, maar staat het, in eigenlijke zin, *buiten* het recht? Voor het antwoord dat Scholten op deze vragen geeft, zal ik vooral

¹⁵ Zie o.m. B. Bix, ‘H.L.A. Hart and the Hermeneutic Turn in Legal Theory’, *S.M.U.L. Rev.*, 167, 1999.

¹⁶ P. Scholten, , ‘Recht en gerechtigheid’, in: *Verzamelde geschriften*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1949, Deel 1, pp. 296-317, p. 302.

¹⁷ Scholten 1947, p. 307.

¹⁸ Scholten 1974, p. 130.

gebruik maken van zijn opstel ‘Recht en gerechtigheid’, waarin de verhouding tussen beide op meer systematische wijze wordt onderzocht dan in zijn *Algemeen Deel*.¹⁹

Gerechtigheid is voor Scholten zeker niet hoger recht in de zin van natuurrecht – een geheel van regels waaruit de oplossing van ieder rechtsgeschil kan worden afgeleid. In iedere concrete uitspraak over recht, zegt Scholten, zit een positief element, dat *nooit* uit abstracte normen van gerechtigheid alleen kan worden afgeleid.²⁰ Recht vraagt immers om realisering en de realisering vraagt om een oordeel, en dus om een menselijke daad. Hier ligt voor Scholten de betekenis van de rechtsspreuk *ius in causa positum*: de norm dient te worden geconcretiseerd, terwijl men van het feitelijk gebeuren in meerdere of mindere mate abstraheert, door er uit te lichten wat uit het oogpunt van de norm relevant wordt geacht.²¹ Zo bezien, is noch de major (norm), noch de minor (feiten) gegeven, maar het resultaat van de beslissing van de rechter. Daarom ‘is [het] *zijn* beslissing, dat hier koop is en in die beslissing ligt al het oordeel over de regels van koop.’²² Maar als het vinden van de juiste beslissing ook de vorming van de norm omvat, dan wordt de beslissing medebepaald door de *zin* van die norm. En de zin van de norm is, in Scholtens woorden, ‘een *gerechte* regeling der verhouding te geven’.²³

Voor een beter begrip van het bovenstaande, geef ik een nadere begripsbepaling van de termen wetsformule, rechtsnorm en beslissing in hun onderlinge verhouding, zoals Scholten deze ziet.²⁴ Beperken wij ons tot de wet, dan bestaat een groot deel van de wet uit voorschriften die in abstracte bewoordingen zijn opgesteld: de wetsformule. De formule zelf levert echter niet de beslissing op in een rechtsgeschil. De feiten dienen immers te worden gekwalificeerd in termen van de regel en de regel dient te worden uitgelegd met het oog op het geval. De interpretatie van de regel en de kwalificatie van de feiten vormen dan ook twee zijden van dezelfde medaille. De maxime *ius in causa positum* drukt de wederzijdse bepaaldheid uit van major en minor van het rechtsoordeel – beide zijn dus niet gelijk aan de wetsformule, resp. het geval als empirisch gegeven, maar het resultaat van een beslissing. Op zijn beurt is deze beslissing onlosmakelijk verbonden met het (finale) oordeel over de rechtsverhouding:

[H]et recht [wordt] hier niet gevonden door afleiding van een regel, ook niet van een zelf opgestelde. Als men hier al van een regel wil spreken, dan gaat deze regel nòch in tijd aan de werkzaamheid van de rechter, nòch logisch aan de beslissing vooraf. Eerst mét de beslissing is de regel gegeven.²⁵

In die zin is de norm – “de gerechte regeling der verhouding” – *eenmalig*, omdat ieder nieuw geval een nieuwe beoordeling vraagt van de toepasbaarheid van de regel: voor ieder gegeven gebeuren moet het passende recht worden vastgesteld.²⁶ Gerechtigheid is voor Scholten daarom niet een gebod met algemene gelding (een regel, een principe), maar iets dat alleen *in de concrete beslissing* gestalte krijgt.²⁷

¹⁹ Zie noot 16.

²⁰ Scholten 1947, p. 300.

²¹ Scholten 1947, p. 308.

²² Scholten 1974, p. 76.

²³ Scholten 1947a, p. 308, mijn cursivering.

²⁴ Zie hiervoor C.E. Smith, *Feit en rechtsnorm* (diss. Leiden), Maastricht: Shaker Publisher 1998.

²⁵ Scholten 1974, p. 9.

²⁶ Scholten 1947, p. 309.

²⁷ Scholten 1947, p. 314: ‘Het gerechte in het recht dus alleen in de concrete beslissing. Boven dit betrekkelijke komen wij niet uit (...) Ja, we kunnen de betrekkelijkheid nog verder doorvoeren. Bij een kleine verschuiving der feiten zouden we wellicht anders oordelen dan we deden...’

Maar als gerechtigheid geen algemeen geldend gebod is, wat is het dan wel? Wat is het criterium, op grond waarvan uitgemaakt kan worden wat het passende, en wat het niet-passende recht is? ‘Gerechtigheid,’ schrijft Scholten, ‘[is] het behooren naar innerlijke overtuiging.’²⁸ Het behoren heeft het karakter van een voorschrift, bevel, of norm.²⁹ We vinden dit gebod in het geweten.³⁰ De gehoorzaamheid aan dit behoren is *absoluut*, want ‘[z]onder absoluut behooren geen gerechtigheid, zonder gerechtigheid geen recht.’³¹ Het behoren is een eis ‘van hooger macht, die den mensch is opgelegd’,³² omdat de gebondenheid aan het geweten anders arbitrair zou zijn.³³ En die hogere macht, ten slotte, is voor Scholten ‘als Persoon in Schepping en Geschiedenis geopenbaard, [Die] individu en gemeenschap met zijn onvoorwaardelijke vorderingen tegemoet treedt.’³⁴

4. Gerechtigheid als goede wil

Oorspronkelijk van katholieke huize en vooral grootgebracht met de *exempla* van testamentische mannen en een enkele vrouw zoals ik die uit de, overigens prachtig geïllustreerde kinderbijbel van Piet Worm heb leren kennen, moet ik bekennen dat ik mij nogal ongemakkelijk voel bij bovenstaande brandende woorden van Scholten. Dat is ongetwijfeld deels het gevolg van de gedragen taal van de Statenbijbel die in het proza van Scholten doorschemert en die voor katholieke oren al snel steil en onbuigzaam klinkt. Belangrijker echter lijkt mij het paradoxale mensbeeld dat uit Scholtens beschouwing oprijst: dat van het volstrekt autonome individu dat *tegelijktijd* tot God in een relatie van volstreekte onderworpenheid staat. Hier spreekt, om het maar Bijbels uit te drukken, een geheel andere God tot de mens dan ik mij herinner uit mijn bescheiden catechisatie.

Mijn beperkte theologische vorming zal er ongetwijfeld debet aan zijn dat theologische subtiliteiten mij zullen ontgaan. Maar ik ben als jurist en als filosoof wel geschoold in tekstanalyse. Misschien dat de blik van een buitenstaander verbanden of karakteristieken ziet die de participant in die praktijk ontgaan, juist vanwege de vanzelfsprekendheid van het wereld- en mensbeeld. Verrassend voor mij, nogmaals, is het paradoxale mensbeeld van Scholten. Enerzijds is de mens volstrekt autonoom als het aankomt op de gewetensbeslissing, omdat de juiste (gerechte) beslissing de beslissing is die voor het *geweten* de juiste is. Dat betekent niet dat het geweten *alleen* de doorslag geeft – het rechtsoordeel is volgens Scholten zowel een wetenschappelijk als een zedelijk oordeel – maar het is altijd ook een gewetensbeslissing, dat bovendien ten opzichte van het wetenschappelijke oordeel het overwicht heeft, want ofschoon men niet snel van de regel mag afwijken, dient men aan die drang *wel* toe te geven ‘als hij, die het oordeel velt, niet anders kán’.³⁵ Ik kom later terug op de verhouding tussen wetenschappelijk oordeel en geweten, dat een moeilijk punt vormt in Scholtens theorie.

Voor Scholten staat het zedelijk oordeel tegenover het wetenschappelijke oordeel als het concrete en irrationele tegenover het algemene en rationele:

Het geweten leert mij, wat voor *mij* op *dit* ogenblik in *deze* omstandigheden goed is, het is niet gezegd, dat voor U hetzelfde geldt. Zoodra ik van eigen ervaring regel voor

²⁸ Scholten 1947, p. 310.

²⁹ Scholten 1947, p. 311.

³⁰ Scholten 1947, p. 316.

³¹ Scholten 1947, p. 315.

³² Scholten 1947, p. 315.

³³ Scholten 1947, p. 316.

³⁴ Scholten 1974, p. 135.

³⁵ Scholten 1947, p. 313.

anderen maak, doe ik hun geweld aan (...) [D]an doe ik beroep op uw verstandelijk inzicht, niet op uw geweten.³⁶

Hier staat de mens als eenling die op zichzelf is teruggeworpen en die alleen *bij zichzelf*, dat wil zeggen, bij zijn geweten, te rade kan gaan wat juist, wat gerechtigheid is. In dit opzicht is sprake van een radicaal individualisme. Maar de mens is een tweeluik. Hij staat voor wat de gewetensbeslissing betreft niet als eenling tegenover de gemeenschap, maar als individu tegenover een hogere macht.³⁷ Dat betreft niet de verhouding tussen debiteur en crediteur, waarbij het uitgangspunt de gelijkwaardigheid van partijen is, maar een hiërarchische verhouding die meer doet denken aan die van vorst en vazal – al zal iedere vergelijking met aardse verhoudingen mank gaan. De eis om te beslissen naar de innerlijke overtuiging wat behoort, is een *absoluut* gebod, ons door een hogere macht *opgelegd*. De mens heeft uiteraard de vrijheid dit niet te doen – al raken wij hier verstrikt in het vraagstuk van de vrije wil – maar die vrijheid lijkt mij een betrekkelijke: zijn geweten niet volgen is immers de schending van een absoluut gebod en op die schending staat ongetwijfeld een sanctie. We hebben de *plicht* te handelen naar ons geweten en wie dit niet doet, hem wacht, en dit lijkt me in dit verband letterlijk te nemen, hel en verdoemenis.

‘Het geweten leert mij wat goed is’, schrijft Scholten. *Wat* leert het geweten mij? Het kan niet iets leerstelligs zijn, want Scholten verwerpt iedere moralisering van het geweten, waarbij ‘de diepste wijsheid die ons voor het zedelijk leven gegeven is’ wordt omgevormd tot een reeks voorschriften. Het zedelijke aspect van moraal en recht zit voor Scholten niet in de regels en voorschriften, maar in hun toepassing *hic et nunc* – in wat Gadamer de “applicatie” noemt.³⁸ Het is de sprong van het altijd betrekkelijke en relatieve oordeel zoals dat uit het systeem van recht en moraal kan worden afgeleid – we zouden dat het *hypothetisch* oordeel kunnen noemen – naar een oordeel dat een absoluut karakter heeft, waarbij men zich in zedelijk opzicht committeert – het oordeel is niet langer hypothetisch, maar *existentieel*, omdat men zich als persoon verbindt met dat oordeel.

Het “absoluut gebod” betreft dus niet kennis van het specifieke gebod, maar de *bereidheid* om zich te onderwerpen aan het oordeel van het geweten over wat, hier en nu, juist is. Ofschoon Scholten zich op verschillende plaatsen tegen het neo-Kantianisme keert,³⁹ is hier een verrassende overeenkomst met Kants analyse van wat de kern van de zedelijke of morele handeling uitmaakt: de *goede wil*. Voor Kant kan niets in de wereld zonder nadere kwalificatie “goed” worden genoemd, behalve de “goede wil” zelf. Daarvan kunnen we alleen spreken, als de reden om te willen niet gelegen is in een bepaald nut, voordeel of te bereiken doeleind, maar in eerbied voor de plicht zelf.⁴⁰ Precies dit vormt voor Scholten de kern van moraliteit of zedelijkheid: de vrijwillige onderwerping aan datgene wat het geweten van ons eist. Het grote verschil met Kant is uiteraard, dat Scholten de bron van kennis van goed en kwaad niet bij de rede zelf legt, maar dat het ons is geopenbaard en dat wij daar alleen toegang toe hebben door geloof – en dat betekent voor Scholten: *Christelijk* geloof.

³⁶ P. Scholten, ‘Recht en billijkheid’, in: *Verzamelde geschriften*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1949, Deel 1, pp. 225-281, p. 269.

³⁷ Voor wat het intellectuele aspect betreft, staat de mens wel tegenover de gemeenschap en dient hij zich tegenover de gemeenschap over zijn handelen (waaronder de rechtsbeslissing) te verantwoorden middels de motivering van het rechtsoordeel: Scholten 1974, p. 131-135.

³⁸ H-Gadamer, *Truth and Method*, vert. door J. Weinsheimer and D.G. Marshall of *Wahrheit und Methode*, London: Sheed & Ward [1975] 1989, i.h.b. pp. 312-324.

³⁹ M.n. tegen de scherpe scheiding tussen “zijn” en “behoren”, vgl. Scholten 1947a, p. 299, 314-315.

⁴⁰ I. Kant, *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, hrsg. und erl. von J.H. von Kirchmann, Berlin: Verlag von L. Heimann 1870, Erste Abschnitt, m.n. pp. 10-20.

5 Het fundamentalistische geweten

Fenomenale en noumenale wereld, zijn en behoren: andersoortige domeinen die niet logisch tot elkaar kunnen worden herleid. Voor Scholten worden beide domeinen verbonden door de daad, de beslissing. Het is de beslissing die het recht als historisch, naar tijd en ruimte bepaald verschijnsel verbindt met de bovenzinnelijke realiteit van het behoren. Die verbinding voltrekt zich in de persoon van de rechter en is dus subjectief.⁴¹

Maar deze analyse van het rechtsoordeel roept wel enkele vragen op. Allereerst is er de vraag hoe het geweten “weet” wat de juiste beslissing is in een concreet rechtsgeschil. Wat is dat voor kennis, die met intuïtieve zekerheid weet wat juist is in subtiële rechtskundige kwesties, kwesties die van land tot land en van tijd tot tijd verschillen en die bovendien bij andere rechters tot een ander oordeel “naar eer en geweten” kan leiden? De gewetensbeslissing, zegt Scholten, heeft het karakter van een bevel of voorschrift en is altijd concreet, iets dat niet tot een regel kan worden gegeneraliseerd, noch tot een stelsel gesystematiseerd. Betekent dit, dat de kennis van goed en kwaad, zoals die in het geweten ligt verankerd, bestaat uit het geheel van alle mogelijke gedragsvoorschriften voor alle mogelijke situaties in alle mogelijke rechtsstelsels? En dat op het moment dat wij moeten oordelen over een concreet geschil, die norm ons door introspectie plots voor de geest staat? Maar bij kennis van goed en kwaad denken we eerder aan normatieve grondregels, zoals de Tien Geboden. Ook Scholten doet dat, waar hij stelt dat wij in het geweten gebonden zijn aan het door God gestelde *beginsel* dat zowel het meest fundamentele is als datgene dat *nadere uitwerking* behoeft:

Het beginsel van de waarachtigheid, dat van de eerbiediging van den ander, dat van onthouding van geweld, ook het beginsel der gerechtigheid.⁴²

De vraag blijft – maar deze wordt door Scholten niet beantwoord – hoe in het geweten de vertaalslag plaatsvindt van zedelijk beginsel naar concreet gebod. Het gebod om in overeenstemming met de gerechtigheid te oordelen behoeft immers *nadere uitwerking* om te weten wat onder *deze* omstandigheden, gegeven *dit* positieve recht, juist is. Als de intuïtieve zekerheid al een zaak van het geweten is, dan is het geweten onlosmakelijk met het positieve recht verbonden – maar dan is de strikte scheiding van “Sein” en “Sollen” niet houdbaar. Dat het rechtsoordeel *voelt* als een gewetensbeslissing, is ongetwijfeld de oprechte ervaring van veel rechters. Maar de vraag kan worden gesteld of de ervaring van de beslissing als een door het geweten bepaalde beslissing niet eerder het *gevolg* is van de beslissing, dan dat het er de oorzaak, *causa*, van zou zijn.

De tweede vraag betreft die naar de ‘innerlijke overtuiging’. Hoe weet de rechter dat zijn intuïtieve oordeel werkelijk die van het geweten is, en niet een die door eigenbelang, vooroordeel of zinsbegoocheling is ingegeven? Het probleem is dat de beslissing niet alleen een sprong van “zijn” naar “behoren” is, maar ook een van discursieve zekerheid naar onmiddellijke zekerheid, van een voor zichzelf en voor zijn gemeenschap te verantwoorden beslissing naar een uitsluitend door God te verantwoorden beslissing. Het zedelijke oordeel is volgens Scholten immers volstrekt irrationeel. Het enige houvast is de innerlijke zekerheid die ik voel, maar of ik daarbij

⁴¹ Scholten 1947, p. 307; 1974, p. 135.

⁴² Scholten 1947, p. 316.

dwaal kan niet ik, alleen God beoordelen. En dat wij dwalen is zeker, schrijft Scholten, omdat onze belangen of neigingen zich altijd weer verzetten tegen wat juist is.⁴³

Wat Scholten ons biedt is een fenomenologie van het rechtsoordeel, waarbij uit de ervaring van de niet nader te rechtvaardigen sprong wordt afgeleid dat de verklaringsgrond hiervoor buiten het recht ligt, in een ander, bovenzinnelijk domein. Dat levert het beeld op van twee werkelijkheden en deze constructie is, kan men zeggen, van alle tijden. Het biedt een verklaring voor de psychologische ervaring van de normatieve dwang die uitgaat van regels – het kent aan deze ervaring een bestaan en dus realiteit toe buiten het domein van de menselijke geest zelf, doordat het als oorzaak, *causa*, wordt gezien van de uiterste kern van het subject: de wil. Het moet dus buiten de mens staan.

Maar door de beslissing op te vatten als een beslissing op grond van voorgegeven kennis die door introspectie kan worden gevonden, maakt Scholten de instituties van recht en moraal eigenlijk irrelevant – het positieve recht kan immers onrechtvaardig zijn, de heersende moraal strijdig met goddelijke geboden. Niet de institutie, maar de stem van het geweten, de innerlijke overtuiging, is beslissend voor recht en onrecht. Zo kan het autonome individu, met heel zijn zekerheid, tegenover de gemeenschap staan. Dat is, met alle respect voor Scholten, de positie van de fundamentalist.

Maar, zal men tegenwerpen, Scholten wijst er toch ook voortdurend op dat het rechterlijk oordeel niet gelijkgesteld mag worden met het zedelijke oordeel? Dat het moet passen in het rechtssysteem⁴⁴ en intellectueel moet kunnen worden verantwoord tegenover de regels van het rechtssysteem waaraan de rechter is gebonden?⁴⁵ Maar het probleem is dat deze binding in het licht van een bovenzinnelijk geweten altijd het onderspit delft – en ook moet delven – als de innerlijke overtuiging zich verzet tegen de beslissing zoals die uit de institutie voortvloeit. Want al is er gebondenheid aan het recht, als regeltoepassing rechtstreeks in strijd is met de overtuiging: dat mag niet, dan dient men toe te geven aan de “drang tot gerechtigheid”.⁴⁶ De weg naar het fundamentalisme loopt via de idee van de innerlijke overtuiging als beslissend criterium voor de juistheid van het absolute gebod zoals het geweten het ons ingeeft.

6 De normatieve dwang van instituties

Rechtsvinding, zegt Scholten, is meer dan de toepassing van regels op feiten. Als we ervan uitgaan dat de *vorm* van het rechtsoordeel die van de logisch-geldige redenering is (syllogisme, modus ponens), dan vereist de opstelling van beide premissen waardering.⁴⁷ De analyse van de totstandkoming van beide premissen van het rechtsoordeel laat volgens Scholten zien dat aan de beslissing zelfstandige betekenis toekomt tegenover de regel. We dienen het recht daarom niet als een complex van regels te begrijpen, maar als een normensysteem *en* een systeem van handelingen – waarbij het systeem de grondslag is van beslissingen, terwijl de beslissingen aan het systeem zelf iets nieuws toevoegen.⁴⁸

Met deze benadering komt Scholten dicht in de buurt van de opvattingen van taal en betekenis, zoals Wittgenstein dit in zijn latere werk heeft ontwikkeld. Maar waar Scholten de beslissing zonder veel onderbouwing herleidt tot een intuïtieve keus

⁴³ Scholten 1947, p. 313.

⁴⁴ Scholten 1974, p. 131.

⁴⁵ Scholten 1947, p. 277.

⁴⁶ Scholten 1947, p. 313.

⁴⁷ Scholten 1974, i.h.b. pp. 7-12.

⁴⁸ Scholten 1947, p. 76.

en deze intuïtie via het geweten fundeert in een bovenzinnelijke werkelijkheid, onderzoekt Wittgenstein nauwgezet het taalgebruik waarmee wij de processen van denken en oordelen beschrijven. Eén van zijn conclusies is, dat wij ons daarbij door het taalgebruik teveel op sleptouw laten nemen. Zo zeggen wij dat wij ons laten “leiden” door een regel, de betekenis van een woord “achterhalen”, of ons “iets voor de geest” halen, en dit woordgebruik suggereert een metafysische diepte, die ons echter voor onoplosbare filosofische problemen stelt. Veel van deze problemen verdwijnen volgens hem echter, als we nauwkeurig nagaan hoe wij deze woorden gebruiken – dat wil zeggen, als we de woorden terugbrengen van hun metafysische naar hun alledaagse gebruik.⁴⁹

De term “behoren” bijvoorbeeld, treffen we niet alleen aan in de verheven sfeer van het zedelijke, maar ook op het nederige niveau van bijvoorbeeld de rekenkunde of het schaken. Wittgenstein geeft het voorbeeld van de formule “+ 2”, krachtens welke we een getallenreeks kunnen opstellen: 2, 4, 6, 8, enz.⁵⁰ Als wij de regel “+ 2” volgen, dan is de stap na 8 het getal 10, na 10 volgt 12. De regel, zou men kunnen zeggen, *dwingt* ons om van 8 naar 10 en van 10 naar 12 te gaan. Die dwang is echter niet fysiek (we kunnen uiteraard 11 zeggen); de dwang is *normatief*. Als wij de regel correct toepassen, *behoren* wij 12 te zeggen, alle andere antwoorden zijn fout.⁵¹

Maar hoe is het mogelijk dat een *regel* ons kan dwingen? Op die vraag zijn twee antwoorden mogelijk. Het gangbare antwoord is: omdat in ons begrip van de regel de gehele getallenreeks ligt besloten. Als we eenmaal weten wat de regel betekent, dan weten wij ook de toepassing en het lijkt dan, schrijft Wittgenstein, alsof met ons begrip van de regel de ziel vooruit gevlogen is en alle stappen reeds heeft gezet voordat we lichamelijk bij deze of een andere stap zijn aangekomen.⁵² Als een leerling aan de onderwijzer vraagt: ‘Bedoelt u met de opdracht “tel op met twee” dat ik van 12 naar 14 moet gaan, en van 1000 naar 1002?’, dan zou hij kunnen antwoorden: ‘Ja, dat is wat ik bedoel’. Dit taalgebruik kan ons echter misleiden. Dat de onderwijzer dat bedoelde, betekent niet, zegt Wittgenstein, dat hij, toen hij de opdracht gaf, aan de stap van 1000 naar 1002 heeft gedacht. De onderwijzer had noch deze stap, noch de gehele getallenreeks “voor ogen” toen hij de opdracht gaf, maar bedoelde iets veel eenvoudigers:

“[W]hat I meant was, that he should write the next but one number after *every* number that he wrote; and from this all those propositions follow in turn.”⁵³

We leren een kind met behulp van *voorbeelden* de betekenis van “+2” door naar twee appels te wijzen, dat twee te noemen, en daar vervolgens twee appels bij te voegen en te zeggen dat dit samen vier is.⁵⁴ We zeggen dat hij weet wat “+2” betekent, als hij de reeks zonder onze hulp correct kan voortzetten. Maar nu hij dit weet, staat hem bij de opdracht vermoedelijk niet iets anders voor ogen dan “+2”, of de verbale uitdrukking van deze formule, een getallenreeks of een combinatie hiervan – zeker niet een alomvattend beeld dat het gehele gebruik in één klap zichtbaar maakt. Zou de leerling zeggen: ‘Nu weet ik hoe ik de regel moet toepassen, maar wat *betekent* de regel nu precies?’, dan geeft hij er blijk van over een waarlijk filosofische geest te beschikken

⁴⁹ L. Wittgenstein, *Philosophische Untersuchungen / Philosophical Investigations* (1953), G.E.M. Anscombe and R. Rhees (eds.), G.E.M. Anscombe (transl.), Oxford: Blackwell 1953, § 116.

⁵⁰ Wittgenstein 1953, § 186 e.v.

⁵¹ Vgl. D. Bloor, *Wittgenstein. Rules and Institutions*, London: Routledge 1997, p. 2.

⁵² Wittgenstein 1953, § 188.

⁵³ Wittgenstein 1953, § 186.

⁵⁴ Wittgenstein 1953 § 208: ‘[I]f a person has not yet got the *concepts*, I shall teach him to use these words by means of *examples* and by *practice*.’

door “betekenis” op te vatten als iets dat *achter* de gebruikte formulering staat, als een soort overtreffende betekenis.⁵⁵ Maar wat zou ons antwoord op deze vraag zijn?

Het antwoord van Wittgenstein op deze vraag is, dat de betekenis van de regel niet een *andere* formulering ervan is, omdat we het probleem dan slechts verplaatsen, maar niet oplossen. We staan dan nog steeds voor het probleem wat de betekenis van *die* formulering is. Ergens houdt het op en gaan we van uitleg over tot handelen:

How can he *know* how he is to continue a pattern by himself – whatever instruction you give him? – Well, how do I know? – If that means “Have I reasons?” the answer is: my reasons will soon give out. And then I shall act, without reasons.⁵⁶

Uiteindelijk ligt aan onze kennis niet andere kennis ten grondslag, maar berust onze kennis op handelingspraktijken en conventies, manieren van *doen*. Die zijn het resultaat van socialisering en training aan de hand van voorbeelden. Het resultaat van deze training is niet dat in ons bewustzijn een begrip of idee ontstaat dat alle voorbeelden overstijgt en alle toepassing omvat, maar dat wij zijn getraind om door te gaan in de reeks naar de volgende stap of het volgende geval. Wat wij “begrip” noemen, is het vermogen om in nieuwe gevallen de reeks *voort te zetten*.

Bij het getal twee kunnen we nog denken dat het begrip ervan correspondeert met een afbeelding in de geest, een mentaal plaatje, maar de meesten zullen zich bij het getal 100.000 niets meer kunnen voorstellen (hoe zien 100.000 appels eruit?). Dat duidt op nog iets anders. In de rekenkunde zijn getallen niet zozeer zelfstandige entiteiten, maar de elementen in een systeem met bijbehorende rekenregels. Een getal is niet zozeer een ding, maar zijn rol in een getallensysteem. Weten wat een getal “is”, wil zeggen dat je de regels van, bijvoorbeeld, het optellen en aftrekken beheerst. Zo is het getal vier bijvoorbeeld het resultaat van optelling ($2 + 2$) en het getal 100.000 zou het resultaat van vermenigvuldiging kunnen zijn ($100 \times 1000 = (10 \times 10) \times (10 \times 10) \times 10$).⁵⁷ In vergelijkbare zin is de betekenis van een schaakstuk zijn rol in het spel.⁵⁸ Wij leggen de betekenis ervan uit, niet door enkel naar een schaakstuk te wijzen met de woorden “Dit is de koning” of van een spelpositie te zeggen “Nu staat de koning schaakmat”. Dergelijke uitspraken hebben alleen zin in relatie tot de regels van het spel en dus in relatie met wat je met de stukken kunt *doen*.

Dat is in het recht niet anders. De betekenis van “eigendom” is nauw verbonden met de regels van het ontstaan en tenietgaan van eigendom, met het complex van subjectieve rechten en plichten, de wijze van handhaving, de regels van bewijs, enz. We weten pas wat “eigendom” is, als we het geheel van regels dat het instituut beheerst weten te hanteren. Ook hier zien wij dat kennis niet zozeer een “idee” is (want welk idee of beeld zou met het instituut eigendom corresponderen?), maar dat het de beheersing is van een techniek, van de vaardigheid om die regels in verschillende situaties correct te hanteren.⁵⁹

Maar wat bepaalt dan het *correcte* gebruik van een regel? Als in ons begrip van een regel niet reeds de toepassingen besloten liggen, maar iedere toepassing als het ware een nieuwe beslissing vereist,⁶⁰ hoe weten we dan of ons gebruik van de regel

⁵⁵ Vgl. L. Wittgenstein, *Philosophical Grammar*, ed. by R. Rhees, Berkeley/Los Angeles: Univ. of Cal. Press 1974, p. 122: ‘You say: the point isn’t the word, but its meaning, and you think of the meaning as a thing of the same kind of the word, though also different from the word. Here the word, there the meaning.’

⁵⁶ Wittgenstein 1974 § 211.

⁵⁷ Vgl. T. Gowers, *Mathematics. A Very Short Introduction*, Oxford: Oxford University Press 2002, p. 17-35.

⁵⁸ Wittgenstein 1953 § 563.

⁵⁹ Wittgenstein 1953, § 150: ‘The grammar of the word “knows” is evidently closely related to that of “can”, “is able to”. But also closely related to that of “understands”. (‘Mastery’ or technique).’

⁶⁰ Wittgenstein 1953, § 186. “Als het ware”, omdat wij in standaardgevallen niet het gevoel hebben iedere keer opnieuw een beslissing te moeten nemen, maar de volgende stappen *blindelings* nemen (§ 219).

juist is? Dat wij van de juistheid innerlijke overtuigd zijn, is uiteraard onvoldoende. Hoe vaak gebeurt het niet dat een leerling zegt “Ja, nu begrijp ik het!” om vervolgens opnieuw de fout in te gaan? De innerlijke overtuiging is een begeleidend psychologisch verschijnsel, maar niet een criterium voor de juistheid van het gebruik van een regel.⁶¹

Het criterium voor juistheid is de overeenstemming van oordelen of handelen met de andere leden van de gemeenschap – het is een vorm van consensus. Die overeenstemming is evident bij fundamentele concepten, zoals het rekenvoorbeeld, of basisbegrippen, zoals “rood”. De betekenis van deze begrippen wordt ons als kind bijgebracht door onze opvoeders, die hierin als autoriteit fungeren, en die ons corrigeren als wij afwijken van het standaardgebruik. Aan hen danken wij de standaardregels (de grammatica) voor het correcte gebruik van deze termen in verschillende contexten (de taalspelen). Maar dit laat tegelijk zien dat de conventies tevens als *standaard* fungeren. Met behulp van de regels (grammatica) van het optellen en aftrekken kunnen we uiteraard voorspellen wat de uitkomst van een som zal zijn, maar het gaat niet zozeer om de voorspelling wat iemand *zal* zeggen, maar om wat men *behoort* te zeggen.⁶²

The prophecy does *not* run, that a man will get *this* result when he follows this rule (...) but that he will get this result, when we *say* that he is following the rule.⁶³

Precies zo is het met de taal die wij spreken. Ofschoon het Nederlands de schepping is van de taalgemeenschap, conventioneel bepaald door de wijze waarop de taal daadwerkelijk wordt gesproken, is het tegelijkertijd een institutie die het taalgebruik van de individuele gebruikers normeert. De juistheid van ons spreken wordt, anders gezegd, beoordeeld aan de hand van de *institutie*, niet aan de hand van meningen:

It is what human beings *say* that is true and false; and they agree in the *language* they use. That is not agreement in opinions but in form of life.⁶⁴

Dit verklaart dat wij het gevoel hebben door de regels van de institutie te worden gedwongen, en niet door het contingente spreken van de taalgebruikers, ook al bestaat de institutie in en door de ontelbare (taal)handelingen van de gemeenschap van gebruikers.⁶⁵ Hoewel wij leven in een wereld van “brute facts”, van aarde, vuur, lucht en water, zijn wij ook, en misschien nog wel het meest, de bewoners van een sociale werkelijkheid die wordt gevormd door instituties als taal, familie, scholen, geld en recht.⁶⁶ De onderling samenhangende instituties vormen de complexe bovenbouw dat aan ons handelen zin en betekenis geeft en dat ons in staat stelt te oordelen over de juistheid of onjuistheid ervan.

7 Geweten als institutie

Is ook het geweten een institutie? Maar hoe zou de innerlijke overtuiging wat goed en kwaad is, een institutie kunnen zijn, dat wil zeggen, een sociale constructie? Het rechtsoordeel betreft volgens Scholten immers een behoren en het behoren valt niet te herleiden tot de wereld van historische gebeurtenissen, zoals de wet. Het

⁶¹ Vgl. K.R. Popper, *The Logic of Scientific Discovery*, pp. 93-111.

⁶² Vgl. Bloor 1997, p. 16/17.

⁶³ L. Wittgenstein, *Remarks on the Foundation of Mathematics*, G.H. von Wright, R. Rhees and G.E.M. Anscombe (eds.), trans. G.E.M. Anscombe, Oxford: Blackwell [1956] 1978, III, 66.

⁶⁴ Wittgenstein 1953, § 241.

⁶⁵ Vgl. Wittgenstein 1978, VII, 5: ‘Isn’t it the *application* that elicits that conception: that it is not we, but the calculation, that takes a certain course?’

⁶⁶ Zie hiervoor o.m. J.R. Searle, *The Construction of Social Reality*, London: Penguin Group 1995.

rechtssysteem zegt wat krachtens de geldende normen recht “is”, maar aan dit oordeel voegt de rechter nog toe dat de norm, zoals deze uit de wet voortvloeit, ook voor deze feitelijke verhouding *behoort* te gelden. Dat is een oordeel bovenop het intellectuele, rationele oordeel en het steunt uitsluitend op de innerlijke overtuiging wat behoort. De gewetensbeslissing is dus strikt individueel en privé, dat wil zeggen, een zaak van het individu en diens Schepper.

Maar wat maakt voor Scholten ook al weer de zedelijke kern van het rechtsoordeel uit? Enerzijds zegt het geweten ons wat in dit concrete geval de norm of het gebod is. Dit betreft kennis van goed en kwaad. Het gaat er vervolgens om te *handelen* volgens deze kennis. Dat betreft de absolute eis van de gehoorzaamheid aan het behoren. De kern van moraliteit en zedelijkheid is dus de (vrijwillige) onderwerping aan datgene wat de zedelijkheid van ons eist: te handelen volgens het gebod. Wij voelen dat als een (zedelijke) dwang, als iets dat wij *behoren* te doen.

De kwestie is, wat het verschil is tussen de dwang die de regels van bijvoorbeeld de rekenkunde op ons uitoefenen, en die van het geweten. Ook van de formule “+2” zeggen we dat deze ons dwingt. Het is echter niet de regel die ons dwingt; de onverbiddelijkheid van de reeks is het gevolg van de onverbiddelijkheid van de socialisering in de praktijk van het rekenen. Het krachtige maar mysterieuze “moeten” houdt verband met onze collectieve houding naar de regel.⁶⁷

De dwang die rechtsregels op ons uitoefenen, kan op dezelfde manier worden verklaard. Het recht vormt, naar de bekende leer van Hart, een systeem van gedragsregels voor burgers (primaire regels) en bevoegdheidsregels voor gezagsdragers (secundaire regels). De regels ten behoeve van de rechtspraak vormen onderdeel van de secundaire regels. Deze regels hebben niet alleen betrekking op meer formele kwesties als de absolute en relatieve competentie van de rechter, maar omvatten ook de standaarden voor de uitleg en toepassing van het recht. We kunnen het materiële recht niet los van deze standaarden begrijpen: de deels expliciete, deels impliciete standaarden die rechters en andere juristen hanteren bij de uitleg van het recht, bepalen uiteindelijk de aard en omvang van de verplichtingen zoals die, naar wij zeggen, voortvloeien uit de primaire regels. Deze standaarden vormen de kern van het juridische ambt, en Scholtens *Algemeen Deel* is hierop een reflectie. Hij behandelt onder andere binding aan de woorden, aan het systeem, aan de bedoeling van de wetgever, aan de historische ontwikkeling van het recht, aan gewoonte en rechtsbeginselen, standaarden of factoren waaraan de rechter is gebonden bij het vinden van het recht *in concreto*. Moeilijke gevallen doen zich voor als de factoren in verschillende richting wijzen: woord en bedoeling van de wetgever wijzen in één richting, systeem en beginsel wijzen in een andere. De rechter, zegt Scholten, zal dan moeten waarden en dat vereist een sprong. Laten wij echter, voordat wij met Scholten de sprong naar het zedelijke nemen, nog een ogenblik halt houden en preciezer bezien wat een beslissing tot een beslissing van het geweten maakt.

Van een juridisch moeilijk geval is *geen* sprake, als een geval evident onder de werking van een rechtsregel valt, maar de rechter op grond van religieuze overtuiging meent dat een beslissing overeenkomstig het geldende recht in moreel opzicht onjuist is. De wet stelt dat indien het verzoek tot echtscheiding is gegrond op het oordeel van beide echtgenoten dat hun huwelijk duurzaam is ontwricht, de echtscheiding dient te worden uitgesproken (art. 1:154 lid 1 BW). Doen de echtelieden zodanig verzoek, dan zal iedere rechter, ook de religieuze, de echtscheiding behoren uit te spreken. Dit oordeel is, in termen van Scholten, een oordeel dat niet alleen verklaart wat in dit geval recht “is”, maar ook wat geldend recht “behoort te zijn”. De *regel* dwingt de rechter de echtscheiding uit te spreken, of juist gezegd, hij is verplicht dit te doen

⁶⁷

Bloor 1997, p. 21.

krachtens de collectieve standaarden die de rechtsvinding beheersen. Zijn ambt vooronderstelt de binding aan deze standaarden – het is er de essentie van – en het is dus de binding aan de institutie die bepalend is voor de beslissing wat rechtens “behoort”. We kunnen dit een gewetensbeslissing noemen, zoals Scholten doet, maar dat is in dit geval dan een “Sollen” dat stevig verankerd ligt in het ondermaanse – in de normatieve kracht van de institutie. Als we hier al van een gewetensbeslissing willen spreken, dan schaakt het geweten van de rechter hier op twee borden en toont het de spanning die kan bestaan tussen de waarden van twee *verschillende* instituties, die van het recht en die van het geloof.

In de juridisch moeilijke gevallen bestaat er spanning tussen de verschillende waarden van de institutie zelf. Zo biedt het recht argumenten om bijvoorbeeld de geboorte van een ongewenst kind als schade aan te merken en argumenten die dat uitsluiten,⁶⁸ argumenten om in geval van letselschade te derogeren aan de absolute verjaringstermijn, en argumenten om dat niet te doen.⁶⁹ Het zijn vaak ingewikkelde kwesties die veel juridisch vakmanschap vereisen om de juridische merites die in de zaak spelen boven tafel te krijgen en de kwestie te herleiden tot de kern van het juridische geschil. In de meeste gevallen kan het geschil worden herleid tot een botsing tussen verschillende beginselen of rechtswaarden, tussen, bijvoorbeeld het gelijkheidsbeginsel en het rechtszekerheidsbeginsel.⁷⁰ Maar de beslissing welk beginsel in het betreffende geval prevaleert, is vrijwel nooit uitsluitend een kwestie van goed en kwaad in *morele* zin, over wat de ene mens tegenover de andere mens gehouden is te doen of na te laten. De beslissing hangt immers in hoge mate samen met rechtsdogmatische en rechtspolitieke overwegingen. Het gaat in het recht, schrijft Scholten terecht, om de *algemene* regeling. Gerechtigheid eist rationalisering, het ethische krijgt in het recht zijn logische vorm.⁷¹ Maar daarmee raakt het rechtsoordeel aan andersoortige kwesties dan het morele behoren: aan consistentie, rechtseenheid, rechtsgelijkheid, binding aan het woord van de wetgever en daarmee aan de verhouding tussen rechter en wetgever, diens rolopvatting, enz.⁷²

Beslissingen in juridisch moeilijke gevallen zijn daarom geen vrije beslissingen, geen gevallen waarin de rechter “sterke discretie” heeft.⁷³ Het zijn gevallen waarin de rechter de keus heeft tussen slechts enkele mogelijke beslissingen die binnen de bandbreedte liggen van wat redelijkerwijs beslist *kan* worden. De binding aan de evidente toepassingen van het recht vormt de achtergrond van wat bekend staat als de “methode Wiarda”, de vergelijkingsmethode, al beschrijft Wiarda dit voor het geval van vage normen:

[I]n geval de rechter voor zijn beslissing alleen op normen als redelijkheid en billijkheid of zorgvuldigheid e.d. is aangewezen, en hem voor het te berechten geval vooralsnog geen duidelijke toetsingsmaatstaf invalt, [moet] hij trachten zich naast het gegeven geval één of liefst meerdere gevarieerde, maar toch nog vergelijkbare gevallen voor de geest te stellen waarin de beslissing niet twijfelachtig, althans minder twijfelachtig zou zijn. Gaat het bijvoorbeeld om de vraag of een bepaalde handelwijze al dan niet in strijd is met de in het maatschappelijk leven betamende zorgvuldigheid, en is de wijze waarop die vraag

⁶⁸ HR 21 februari 1997, NJ 1999/145.

⁶⁹ HR 28 april 2000, NJ 2000/430.

⁷⁰ Vgl. over het belang van beginselen in het recht, R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Mass.: Harvard university Press 1977, i.h.b. hfst. 4.

⁷¹ Scholten 1947, p. 312.

⁷² Vgl. R. Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, trans. J. Rivers, Oxford: Oxford University Press 2002, pp. 100 e.v., waarin hij stelt dat ook belangenafweging plaatsvindt in de context van de gangbare wetsinterpretatie.

⁷³ Vgl. Dworkin 1977, i.h.b. hfst 4 en 11, waar hij deze positie ten onrechte aan Hart toeschrijft. Zie voor een bespreking van dit punt o.m. Smith 2007, §6.3.

moet worden beantwoord niet dadelijk evident, dan zal de rechter moeten trachten eerst een variant te vinden waarin die handeling zeker niet, en daarna een variant die zeker wel als onbehoorlijk zou moeten worden beschouwd. Vergelijking met de beide fictieve gevallen zal dan, door het zoeken naar de relevante verschillen, tot een verantwoorde beslissing van het gegeven geval kunnen leiden. Het zal als het ware gelokaliseerd moeten worden op de geleidelijkheidslijn die de beide varianten verbindt waarvan de oplossing wél duidelijk is.⁷⁴

Ook volgens de vergelijkingsmethode moet de rechter nog steeds een *keus* maken, en betreft het een keus die niet wordt *bepaald* door het juridische systeem. Maar de vergelijkingsmethode laat zien dat die keuze onlosmakelijk is verbonden met het positieve recht. De rechter oriënteert zich op vergelijkbare gevallen waarbij de toepassing van de rechtsregel of standaard geen enkele twijfel oproept – in gevallen waar hij de regel, zou men kunnen zeggen, *blindelings* volgt.⁷⁵ Hij vindt dus *in of aan* het recht het gezichtspunt of criterium voor de hantering van de regel in het voorliggende geval. Het dilemma is bovendien vaak primair een *juridisch* dilemma. De vraag of de ouders de opvoedingskosten van een kind kunnen verhalen op de gynaecoloog omdat deze een fout heeft gemaakt bij het terugplaatsen van een spiraaltje, is *los van het juridische kader* voor de meeste rechters misschien helemaal geen moeilijke beslissing. De één zal de vordering “te gek voor woorden vinden”, de ander zal het een goede manier vinden om artsen tot meer zorgvuldigheid te dwingen. Dat zijn intuïtieve oordelen waarop wij ons in het recht, zoals Scholten terecht opmerkt, nooit zomaar mogen verlaten.⁷⁶ Wat voor iemand in moreel opzicht een uitgemaakte zaak kan zijn, wordt pas een probleem in de juridische context als het recht ook sterke argumenten biedt voor het contraire standpunt. Het geweten, in de betekenis van zedelijke intuïtie, leert hem hier juist *niet* wat voor hem op dit ogenblik in deze omstandigheden goed is. Want wat in moreel opzicht de juiste beslissing is, is dat niet altijd in het recht. *Summum jus, summa injuria* – Scholten citeert het met instemming.⁷⁷ ‘De gerechtigheid [*wint*] niet alleen niet altijd, maar [*moet*] het zelfs niet altijd winnen, juist ter wille van de gerechtigheid.’⁷⁸ Akkoord, maar dan blijft de vraag hoe alleen de zedelijke intuïtie, het geweten, hem zegt, hoe hij moet gaan.⁷⁹

Ofschoon ik van harte instem met Scholtens analyse voor wat betreft de methodologische aspecten van de totstandkoming van het rechtsoordeel – met name de gedachte dat de beslissing zelfstandige betekenis heeft in het recht – leidt de institutionele benadering van recht tot een andere fenomenologie van het rechtsoordeel, één die de dwingende kracht van het behoren niet buiten mens en recht legt, maar dat begrijpt als een verschijnsel dat inherent is aan het gebruik van regels. Het behoren is, anders gezegd, niet transcendent, maar immanent aan de hantering van een systeem van regels. En het is niet de uitdrukking van normen die het geweten ons geeft, maar het resultaat van een keuze in vrijheid.

8 De onbepaaldheid van de gewetensbeslissing

Instituties dwingen. Die dwang is het gevolg van onze collectieve houding naar regels, van de manier waarop wij handelen als we zeggen een regel te volgen. Die dwang toont zich het duidelijkste in eenvoudige gevallen: in de voortzetting van de reeks “+2”,

⁷⁴ Wiarda 1999, p. 107-108.

⁷⁵ Wittgenstein 1953, § 219.

⁷⁶ Scholten 1947, p. 303.

⁷⁷ Scholten 1947, p. 274.

⁷⁸ Scholten 1947, p. 304.

⁷⁹ Scholten 1947, p. 268.

in de elementaire grammatica van een taal, en in de juridische standaardgevallen waarbij de rechter, naar een karakterisering van Wiarda, op heteronome wijze tot een rechtsoordeel komt. Als het recht iets is, dan is het de overeenstemming van oordeel in deze gevallen. In het recht zijn deze oordelen gerationaliseerd tot een logisch systeem van regels, beginselen en methodologische uitgangspunten. Participeren in de institutie van het recht betekent binding aan deze standaarden.

Een juridisch moeilijk geval kan worden gedefinieerd als een geval waarbij meerdere beslissingen verdedigbaar zijn in het licht van deze standaarden. *Of* dat het geval is, vereist intellectueel werk, waarbij de mogelijke beslissingen in verband worden gebracht met de factoren die gezag hebben binnen de institutie van het recht. Dat deze factoren “gezag” hebben, drukt de binding uit van de jurist met de institutie. Het is dank zij deze binding, dat de jurist het geval ook *ervaart* als een juridisch moeilijk geval, als een geval waarbij de binding aan sommige standaarden leidt tot deze, de binding met andere tot een andere beslissing. Het juridisch moeilijk geval maakt onze binding aan deze standaarden *zichtbaar*. Als we dit in termen van geweten uitdrukken, dan zouden we kunnen zeggen dat ons “juridische geweten” zich *toont* in confrontatie met concrete gevallen. Zetten wij deze terminologie voort, dan spreken we van een “slecht” jurist als hij zich van de aanspraak van sommige van die standaarden niet bewust is – omdat hij het vak onvoldoende beheerst (het intellectuele aspect) – of zich onvoldoende gebonden acht aan sommige standaarden – bijvoorbeeld omdat hij het belangrijker vindt om succes te hebben als *crimefighter*, dan om recht te doen aan de rechtsbeschermende functie van het strafrecht (het zedelijke aspect). De kwalificatie van “slecht” jurist is dan ook niet een subjectief oordeel, maar volgt uit de institutie zelf, zoals die oprijst uit het handelen van de deelnemers.

Uit het bewustzijn van het waardeconflict volgt nog niet de beslissing. We voelen de aanspraak van beide standaarden en zullen moeten kiezen. Maar dat wij de ene beslissing juist achten en de andere niet, is niet het gevolg van *weten* welke beslissing juist is in de zin waarop wij *weten* welke standaarden in dit geval botsen (een objectief, door de institutie bepaald weten); het is het gevolg van het subjectieve oordeel dat deze waarde *behoort* te prevaleren. Met het rechtsoordeel brengen wij tot uitdrukking wat rechtvaardigheid is – niet de Idee rechtvaardigheid, maar de rechtvaardigheid zoals deze gestalte krijgt in onze keus. Het is een keus in vrijheid en *dus* een keus waarvoor wij ons dienen te verantwoorden.

Datzelfde geldt als sprake is van een waardeconflict tussen twee instituties, zoals tussen recht en geloof. Wie, zoals Scholten, op geloofsgronden echtscheiding verwerpt, zal als rechter een plichtenconflict ervaren als hij de echtscheiding op grond van de wet moet uitspreken. Doet hij dat laatste, dan verzaakt hij zijn plicht als gelovige, doet hij het eerste, dan verzuimt hij zijn plicht als rechter. De keuze tussen beide, en daar heeft Scholten gelijk in, is uiteindelijk irrationeel – zijn geloof zegt hem niet dat hij zijn plicht als rechter moet verzaken, het recht gebiedt niet dat hij als gelovige zijn plicht moet verzaken. In *die* zin is zijn keus vrij. Vrij, maar niet arbitrair, want door te kiezen committeert hij zich, verbindt hij zich als persoon aan één van beide waarden. De gewetensbeslissing, en daarmee goed en kwaad, is onze schepping, met onszelf als onderpand. En daar zit, inderdaad, niet willekeurigs aan.

Als ons geweten ons al iets leert, dan is het dat wij moeten kiezen tussen verschillende plichten, niet *wat* wij moeten kiezen. Het zou daarom juister zijn te zeggen dat het geweten wordt geactiveerd dankzij de conflictsituatie, in zoverre het geschil ons toont door welke waarden wij ons voelen aangesproken. Dat verklaart dat het geweten uitsluitend concreet spreekt. Het treedt pas naar voren als van een plichtenconflict sprake is, dus pas *nadat* op grond van de bindende regels van een of

meer instituties (zoals recht en geloof) de verschillende opties in kaart gebracht zijn. Het geweten, in de zin van kennis van goed en kwaad, krijgt voorts *vorm* door onze beslissing, door ons oordeel welke oplossing wij als juist, welke als onjuist zien.

Maar, zou Scholten tegenwerpen, dan is het toch het *geweten* dat beslist? Dan is het toch de innerlijke overtuiging dat deze, en niet de andere, beslissing goed is? En die zal toch ergens op moeten berusten, omdat het (rechts)oordeel anders willekeurig zou zijn? Maar zo wordt het geweten toch nog een superieur soort weten dat de instituties van recht en religie eigenlijk helemaal niet nodig heeft. Als het uiteindelijk alleen zedelijke intuïtie is die de rechter zegt hoe hij in een juridisch moeilijk geval moet gaan, dan had hij zich veel werk kunnen besparen door maar gelijk bij zijn geweten te rade te gaan. Dat komt neer op de reductie van recht tot zedelijkheid – iets wat Scholten terecht verwerpt. Het zou bovendien voorbijgaan aan wat volgens hem de kern uitmaakt van de zedelijkheid zelf. Zedelijkheid is niet kennis – zelfs niet bovenzinnelijke kennis. De kern is niet *weten* wat goed en kwaad is, maar te *handelen* naar die kennis – het is de vrijwillige onderwerping aan wat als plicht gevoeld wordt. Het geweten zegt mij niet *wat* ik moet kiezen, maar *waartussen* ik moet kiezen.

9 Conclusie:

Scholten's rechtsvindingstheorie, zoals neergelegd in het *Algemeen Deel*, is nog steeds een monument en een prestatie van formaat – het loopt vooruit op hermeneutiek en taalhandelingsfilosofie, zonder de last van vakjargon dat zo kenmerkend is voor veel rechtsfilosofie. Zijn analyse van de wisselwerking tussen feit en regel, en zijn nadruk op de zelfstandige betekenis van de beslissing, lijken mij van blijvende waarde voor de rechtstheorie. Slechts op één punt in zijn fenomenologie van het rechtsoordeel verliest de denker het van de gelovige: daar waar hij de sprong van zijn naar behoren fundeert in een geweten dat ons leert en zegt wat juist is. Hij moet ook wel, omdat in zijn wereldbeschouwing God het dragende fundament is van alles – wereld, mens en recht. Naar de uiteindelijke gronden voor zijn geloof kunnen wij slechts gissen. Maar hij noemt in ieder geval één reden: deze fundering is nodig om het irrationele oordeel, de stap van zijn naar behoren, te verankeren. Dat dit verankerd ligt in een *zekere* grond, hangt ongetwijfeld samen met de ervaring dat het oordeel niet *voelt* als willekeurig, niet als een eigen oordeel dat evengoed anders had kunnen zijn, maar als eis die ons onvoorwaardelijk en als absolute eis is gesteld.⁸⁰ Het bezwaar tegen deze opvatting is de paradoxale hoogmoed die in deze positie besloten ligt, de hoogmoed van het individu dat de juistheid van het zedelijk gebod uiteindelijk laat afhangen van *zijn* innerlijke overtuiging en in deze overtuiging bewijs ziet dat het niet *zijn* oordeel is, maar die van God.

Dit bezwaar vervalst, als we het geweten niet zien als de uitsluitend voor het individu toegankelijke instantie die zegt wat juist is – als vindplaats van absolute geboden – maar als we het opvatten als aanduiding van ons bewustzijn van waarden of plichten waaraan wij ons gebonden achten. Deze komen niet uit onszelf en zijn ons evenmin van hogerhand opgelegd, maar liggen besloten in de vele instituties van de gemeenschap. Onze participatie in de institutie brengt het bewustzijn mee van de daarmee corresponderende waarden en plichten, zoals onder meer blijkt uit de manier waarop wij de concepten schuld en verwijtbaarheid hanteren. Voor een normaal mens geldt dat hij weet wat behoort; heel kleine kinderen weten dat nog niet (zij participeren nog niet); en voor heel enkelen geldt dat zij in verband met een geestesstoornis het vermogen missen om dit te weten (ook zij participeren niet in de institutie). Alleen de eerste kan het verwijt gemaakt worden dat hij, indien hij in strijd met de waarden van de institutie handelt, anders had *behoren* te handelen, ook al

⁸⁰

Scholten 1947, p. 316.

beroept hij zich op *zijn* geweten dat hem toestond zo te handelen.⁸¹ Het gaat niet om *zijn* geweten, maar om het geweten zoals zich dat als lid van de gemeenschap had behoren te ontwikkelen. Het is in deze zin dat het geweten een institutie is, dat wil zeggen, niet een individueel, maar een sociaal fenomeen.

Onze maatschappelijke oordelen hebben uiteraard niet het laatste woord. Ook instituties veranderen en de misdadiger van vandaag kan de held van morgen zijn – maar zij danken deze kwalificaties niet op grond van een intuïtief en absoluut oordeel over wat behoort, maar op grond van de veranderende instituties van recht, moraal en religie.

⁸¹ Vgl. in dit verband *Misdaad en straf* van Dostojevski.