

## ARTIKELEN

# Paul Scholten en Herman Dooyeweerd: het gesprek dat nooit plaatsvond\*

*Bas Hengstmengel*

### 1 Inleiding

Paul Scholten (1875-1946) en Herman Dooyeweerd (1894-1977) hebben veel gemeen. Beiden waren eigenlijk liever letteren gaan studeren, maar werden jurist en rechtsfilosoof. Beiden maakten naam in de jaren twintig en dertig van de vorige eeuw. Beiden doceerden in Amsterdam, zij het Scholten aan de UvA en Dooyeweerd aan de VU. Beiden waren rector magnificus van hun universiteit. Beiden waren lid van de KNAW en secretaris van de afdeling letterkunde. Beiden waren zeer actief in het maatschappelijke leven. Beiden verdedigden het bestaan van rechtsbeginselen. Beiden wezen op vergelijkbare gronden (een versie van) het natuurrecht af. Beiden verzetten zich tegen de autonomie van de rede. De belangrijkste inhoudelijke overeenkomst lijkt mij echter dat beiden wezen op de onontkoombare levensbeschouwelijke invloed op zowel rechtswetenschap als rechtspraktijk. Daarbij brachten Scholten en Dooyeweerd zelf expliciet hun christelijk geloof naar voren in hun werk. Gegeven deze inhoudelijke verwantschap kan het opvallend worden genoemd dat Scholten en Dooyeweerd – voor zover bekend – nooit met elkaar in gesprek zijn gegaan, ondanks het feit dat daarvoor in de jaren voor de oorlog de gelegenheid is geweest.<sup>1</sup> Ze verwijzen zelfs vrijwel niet naar elkaars werk. Dat is jammer, want hoewel voor beiden de beoefening van het recht geen levensbeschouwelijk neutrale bezigheid was, waren er ook duidelijke verschillen in hun benadering. Een *choc des opinions* had tot een verheldering van beider denken kunnen leiden.

In het navolgende vergelijk ik centrale elementen uit het denken van beide juristen, waarbij ik de nadruk leg op de verhouding van levensbeschouwing en recht. Daarmee hoop ik bouwstenen aan te dragen voor een reconstructie van het gesprek dat nooit plaatsvond.

\* De auteur dankt twee anonieme referenten voor hun waardevolle commentaar op een eerdere versie van dit artikel.

1 Een mogelijke verklaring voor deze non-communicatie is dat Dooyeweerd ten tijde van het leven van Scholten nog sterk op discussies binnen de eigen, gereformeerde zuil gericht was en daar de nodige debatten voerde over zijn wijsbegeerte, in het bijzonder met kritische theologen aan de VU. De gereformeerde gemeenschap was in die tijd bovendien tamelijk gescheiden van de bredere, hervormde gemeenschap waarvan Scholten deel uitmaakte. Na de oorlog is Dooyeweerd zich overigens veel meer gaan richten op het (inter)nationale wijsgerige en juridische debat, maar toen was Scholten al overleden.

Allereerst geef ik een korte karakterisering van beide juristen. Vervolgens introduceer ik het denken van Dooyeweerd. Anders dan bij Scholten zijn verschillende onderdelen van Dooyeweerds denken slechts vanuit zijn gehele denksysteem te begrijpen. Ook zijn specifieke vocabulaire maakt een aparte introductie noodzakelijk. Scholtens denken wordt in de loop van deze bijdrage naar voren gebracht. Na deze introductie vergelijk ik Scholten en Dooyeweerd op hun rechtswetenschappelijke methode en hun rechtsopvatting. Vanuit die basis onderzoek ik hun visie op de verhouding tussen recht en levensbeschouwing. Na een (eveneens noodzakelijke) korte introductie tot Dooyeweerds denkkritiek wordt vervolgens nader ingegaan op een thema dat bij Scholten en Dooyeweerd nauw samenhangt met de thematiek van recht en levensbeschouwing, te weten: de verhouding van recht, moraal en geloof. Daarna ga ik nog kort in op de spanningen die volgens Scholten onvermijdelijk aanwezig zijn waar recht wordt gesproken. Ik sluit af met enkele opmerkingen over de actuele betekenis van het denken van beide juristen.

## 2 Karakterisering

Paul Scholten is afkomstig uit een weinig kerkelijk meelevend protestants milieu. Na studie en promotie aan de UvA werd hij advocaat en procureur, rechter en raadsheer-plaatsvervanger te Amsterdam. In 1907 werd hij hoogleraar aan de UvA in het Romeinse recht, in 1910 in het burgerlijk recht, in 1927 ook in de rechtsfilosofie. Scholten was redacteur van *WPNR* en annotator van de *NJ*. Zijn rechtsfilosofische publicaties verschenen sinds 1915, zijn *Algemeen deel* in de *Asserserie* verscheen in 1931.<sup>2</sup> Scholten is beïnvloed door het neokantianisme (zie paragraaf 5), maar sterker nog door de personalistische wijsbegeerte van zijn vriend, de natuurkundige, pedagoog en filosoof Philipp Abraham Kohnstamm (1875-1951). In diens 'Bijbels personalisme' staan de menselijke persoon en het geweten centraal (zie paragraaf 10). Niet toevallig staat in het rechtsfilosofische werk van Scholten het rechterlijk oordeel centraal. In de visie van Scholten zoekt de rechter het recht, ook naast en achter de wet. Het rechterlijk oordeel is ten diepste moreel van aard en vindt via het geweten een laatste grond in levensovertuiging. Scholtens rechtsfilosofische geschriften zijn met name te vinden in deel I van zijn *Verzamelde Geschriften*.<sup>3</sup> Daarnaast is natuurlijk het *Algemeen deel* van belang, dat niet is opgenomen in het verzameld werk.

Herman Dooyeweerd is afkomstig uit het neocalvinistische milieu van de volgelingen van Abraham Kuyper. Dooyeweerd studeerde rechten aan de VU en promo-

- 2 Toegankelijke inleidingen tot persoon en werk van Scholten zijn P.W. Brouwer, "P. Scholten (1875-1946)", in: *16 juristen en hun filosofische inspiratie*, red. C.J.H. Jansen, J.M. Smits & L.C. Winkel (Nijmegen: Ars Aequi Libri, 2004), 44-59; N.H.M. Roos, "Paulus Scholten", in: *Zestig juristen. Bijdrage tot een beeld van de geschiedenis der Nederlandse rechtswetenschap*, red. T.J. Veen & P.C. Kop (Zwolle: Tjeenk Willink, 1987), 244-251; John Bruggink, "Paul Scholten (1875-1946). Recht en overtuiging", in: *Een brandpunt van geleerdheid in de hoofdstad: de Universiteit van Amsterdam rond 1900 in vijftien portretten*, red. J.C.H. Blom (Hilversum: Verloren, 1992), 95-117.
- 3 Paul Scholten, *Verzamelde Geschriften*, 4 delen, red. G.J. Scholten, Y. Scholten & M.H. Bregstein (Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink, 1949-1954).

veerde er op een staatsrechtelijk proefschrift. Na een korte ambtelijke loopbaan werd hem in 1922 gevraagd de leiding op zich te nemen van het nieuw op te richten wetenschappelijke instituut van de Anti-Revolutionaire Partij, de Doctor Abraham Kuypers Stichting. In deze functie werkte hij aan een wijsgerige uitwerking van de neocalvinistische levens- en wereldbeschouwing. In 1926 werd Dooyeweerd, toen 31 jaar oud, benoemd tot hoogleraar in de Encyclopedie der rechtswetenschap, het oudvaderlands recht en de rechtsfilosofie aan de VU. Hoewel aangesteld als jurist, ontwikkelde hij zich steeds meer tot filosoof. Het grote werk waarin hij zijn gedachten in volle breedte voor het eerst systematisch uitwerkte is het driedelige *De wijsbegeerte der wetsidee* (1935-1936).<sup>4</sup> De titel doet vermoeden dat het een juridisch werk is, maar dat is het niet, zoals mag blijken uit de titel van de Engelse vertaling en uitbreiding die in 1954-1958 in vier delen verscheen: *A New Critique of Theoretical Thought*. Dooyeweerd heeft samen met zijn zwager, Dirk Vollenhoven (1892-1978), de zogenaamde reformatorische wijsbegeerte (wijsbegeerte der wetsidee) ontwikkeld. Dooyeweerd was zeer actief in de Vereniging voor Wijsbegeerte des Rechts waarvan hij enige tijd voorzitter was. Op rechtsfilosofisch gebied heeft hij vooral gepubliceerd over de geschiedenis van het rechtsfilosofische denken, het onderscheid tussen publiek- en privaatrecht, de rechtsstaat en de groundbegrippen van de rechtswetenschap, meer specifiek over juridische causaliteit, rechtsbronnen en rechtspersoonlijkheid.<sup>5</sup>

Met Kisch kan worden gezegd dat Scholten een rechtsfilosoof *sui iuris* is, niet goed te plaatsen in de traditie van de rechtsfilosofie.<sup>6</sup> Hetzelfde kan zeker ook worden gezegd van Dooyeweerd.<sup>7</sup> Scholtens opvatting van rechtsvinding en het recht als een 'open systeem' zijn vrijwel gemeengoed geworden in de Nederlandse rechts-

- 4 Herman Dooyeweerd, *De wijsbegeerte der wetsidee*, 3 delen (Amsterdam: H.J. Paris, 1935-1936).
- 5 J. Zwart, "De Wijsbegeerte der Wetsidee", in: *Nederlandse Rechtswetenschap. Tussen distantie en betrokkenheid: paradigma's in de twintigste eeuw*, red. O.W.M. Kamstra, F.B.M. Kunneman & C.W. Maris (Zwolle: Tjeenk Willink, 1988), 321-322. Van Dooyeweerds rechtsfilosofische werk kan worden genoemd: zijn inaugurele oratie *De Beteekenis der Wetsidee voor Rechtswetenschap en Rechtsphilosophie* (Kampen: Kok, 1926); *De crisis der humanistische staatsleer in het licht eener calvinistische kosmologie en kennistheorie* (Amsterdam: Ten Have, 1931); *De strijd om het soevereiniteitsbegrip in de moderne rechts- en staatsleer* (Amsterdam: Paris, 1950), "De modale structuur van het juridisch oorzakelijkheidsverband", in: *Mededelingen der Koninklijke Akademie van Wetenschappen, letterkunde*, Nieuwe reeks, deel 13, no. 5, 93-141; *Encyclopedie der rechtswetenschap*, 4 delen (Amsterdam: Studentenraad VU, 1966) en "Die Philosophie der Gesetzidee und ihre Bedeutung für die Rechts- und Sozialphilosophie", *ARSP* (1967): 1-22, 465-499. Daarnaast zijn er vele bijdragen verschenen in de *Handelingen van de VWR*.
- 6 I. Kisch, "Prof. Mr Paul Scholten, *Verzamelde Geschriften*, Deel I en II (Boekbeschuwing)", *RM Themis* (1952), 529-545, op 536. (Ook in I. Kisch, *Uitgelezen opstellen* (Zwolle: Tjeenk Willink, 1981), 385-403.)
- 7 Zie voor een heldere uiteenzetting van Dooyeweerd rechtsfilosofie: H.J. van Eikema Hommes, *Hoofdpijnen van de geschiedenis der rechtsfilosofie*, 2<sup>e</sup> druk (Deventer: Kluwer, 1981), 324-350; J. Zwart, "Rechts- en staatsfilosofie", in: *Kennis en werkelijkheid. Tweede inleiding tot een christelijke filosofie*, red. R. van Woudenberg (Amsterdam: Buijten & Schipperheijn, 1996), 293-309; J. Zwart, "De Wijsbegeerte der Wetsidee", 315-328; N.H.M. Roos, "Herman Dooyeweerd", in: *Zestig juristen*, 397-402.

theorie en rechtsfilosofie.<sup>8</sup> Zijn naam leeft voort onder huidige generaties juristen, niet in het minst door zijn nog immer uitgegeven *Algemeen deel*. Wat Dooyeweerd betreft, ligt dat anders. G.E. Langemeijer, op dat moment voorzitter van de afdeling letterkunde van de KNAW, schreef op 6 oktober 1964 in *Trouw* een *laudatio* ter ere van Dooyeweerds zeventigste verjaardag, waarin hij stelde:

“Dooyeweerd is de meest oorspronkelijke wijsgeer die Nederland ooit heeft voortgebracht, Spinoza zelfs niet uitgezonderd. (...) Het is mijn overtuiging, dat aan de wijsbegeerte van Dooyeweerd nog een grote werking in de breedte en in de diepte te wachten staat.”

Waar Langemeijer op het punt van de vergelijking met Spinoza wellicht wat al te lovend is, kan mijns inziens zonder meer worden gesteld dat Dooyeweerd de grootste Nederlandse filosoof van de twintigste eeuw was.

Ondanks de verwachtingen van Langemeijer is Dooyeweerds werk in de vergetelheid geraakt, zeker wat zijn rechtsfilosofische werk betreft.<sup>9</sup> Dooyeweerds moeilijk toegankelijke terminologie en (aanvankelijk) taaie schrijfstijl zullen hier aan hebben bijgedragen.<sup>10</sup>

Dooyeweerds leerling, promovendus en opvolger Hendrik van Eikema Hommes (1930-1984) heeft Dooyeweerds gedachten nauwgezet uitgewerkt voor de rechtswetenschap, zij het op een enigszins dogmatische wijze, dogmatischer dan in de geest van zijn leermeester was.<sup>11</sup> Een recente vertegenwoordiger van Dooyeweerds gedachtegoed was de staatsrechtgeleerde Alis Koekkoek (1945-2005).<sup>12</sup>

Het denken van Scholten en Dooyeweerd beweegt zich op een ander niveau. Ruwweg kan worden gezegd dat Scholten vooral een jurist (privatist) was die zich ook met rechtsfilosofische vragen bezighield. Dooyeweerd echter was, hoewel opgeleid en aangesteld als jurist, vooral een filosoof die zich ook met juridische vragen bezighield.<sup>13</sup> Daarmee wil overigens niet gezegd zijn dat Scholten geen verstand had van filosofie en Dooyeweerd niet van de rechtspraktijk – verre van dat – maar dat er een ander zwaartepunt in hun werk lag. Scholtens rechtsfilosofie is niet

8 D.H.M. Meuwissen, *Recht en vrijheid. Inleiding tot de rechtsfilosofie* (Utrecht: Het Spectrum, 1982), 145-146; G.J. Wiarda, *Drie typen van rechtsvinding*, 4<sup>e</sup> druk (Deventer: Tjeenk Willink, 1999), op 5 en 35; E. Lissenberg e.a. red., *De actualiteit van Paul Scholten* (Nijmegen: Ars Aequi Libri, 1996); J.J.H. Bruggink, *Wat zegt Scholten over recht. Een rechtsfilosofische studie rond het "Algemeen Deel"* (Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink, 1983).

9 Dat er een nog immer bloeiende Vereniging voor Reformatorische Wijsbegeerte bestaat met haar eigen tijdschriften (*Philosophia Reformata* en *Beweging*) doet niets af aan het gegeven dat Dooyeweerds gedachtegoed in vaktijdschriften geen actuele rol van betekenis lijkt te spelen.

10 A. Soeteman, "Dooyeweerd als rechtsfilosoof", in: *Herman Dooyeweerd 1894-1977. Breedte en actualiteit van zijn filosofie*, red. H.G. Geertsema e.a. (Kampen: Kok, 1994), 28-49, op 29-30.

11 Zie bijvoorbeeld H.J. van Eikema Hommes, *De elementaire grondbegrippen der rechtswetenschap* (Deventer: Kluwer, 1972); H.J. van Eikema Hommes, *De samengestelde grondbegrippen der rechtswetenschap* (Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink, 1976) en H.J. van Eikema Hommes, *De wijsgerige grondslagen van de rechtssociologie* (Deventer/Zwolle: Kluwer/W.E.J. Tjeenk Willink, 1986).

12 Zie bijvoorbeeld zijn Tilburgse oratie *Bijdrage tot een christen-democratische staatsleer* (1982).

13 Zie wat Scholten betreft G.E. Langemeijer, "Paul Scholten en de rechtsfilosofie", *WPNR* (1975): 556-558 (Scholten-nummer).

grondig uitgewerkt. Zijn denken blijft veelal intuïtief, verkennend, aftastend. Dooyeweerd is veel stelliger en systematischer. Scholten gaat uit van praktische rechtsvinding en zoekt van daar uit naar ‘zedelijke en normatieve tendensen in het recht’, beginselen van recht en samenleving. Bij Dooyeweerd is het eerder andersom. Hij heeft een grondige studie gemaakt van de fundamentele werkelijkheidsstructuren en maakt van daar uit zo nu en dan een uitstapje naar het concrete recht. Scholtens denken is concreet billijkheidsdenken, terwijl Dooyeweerds denken structuurdenken is. Daarbij komt dat Scholten, onder invloed van de personalistische wijsbegeerte, vanuit de persoon en het individuele geweten denkt.<sup>14</sup> De persoon van de rechter is het archetypen van de jurist. Dooyeweerd denkt vanuit werkelijkheidsstructuren en benadrukt dat alle aspecten van de werkelijkheid samenhangen, een geordend geheel vormen (een kosmos), en dat het recht in die samenhang moet worden gezien.

Wat betreft verwijzingen van Scholten naar Dooyeweerd kunnen we kort zijn. Scholten schrijft slechts één maal over hem, in 1937: “Dooyeweerds werk staat op zichzelf. Het verdient afzonderlijke bespreking. Zijn plaats kan hier niet worden aangegeven.”<sup>15</sup> Scholten is echter nooit aan die bespreking toegekomen.<sup>16</sup> Op de beperkte verwijzingen van Dooyeweerd naar Scholten kom ik later.

### 3 Dooyeweerds aspectenleer

Om Dooyeweerds rechtsfilosofische denken te kunnen plaatsen is het noodzakelijk zijn filosofie als geheel in ogeschouw te nemen. Hier concentreer ik me op de zogenaamde aspectenleer.<sup>17</sup> De aspectenleer is wel het pronkstuk van zijn filosofie genoemd. Deze ontologie vormt een originele uitwerking van Kuypers opvatting van soevereiniteit in eigen kring, die bij Kuyper een maatschappelijk beginsel is, maar bij Dooyeweerd een filosofisch uitgangspunt wordt. Zoals bij Kuyper de verschillende maatschappelijke kringen soeverein zijn en eigen recht kennen, zo onderscheidt Dooyeweerd verschillende *aspecten* van de werkelijkheid (wetskringen), die niet tot elkaar herleid kunnen worden en die eigen structuren en wetten hebben. Deze aspecten zijn ervaringswijzen van de werkelijkheid, wijzen van zijn, modaliteiten, ontische modi. De alledaagse werkelijkheid kan volgens Dooyeweerd worden geanalyseerd in vijftien aspecten: het getsalsaspect, het ruimtelijke aspect, het bewegingsaspect, het fysische aspect, het biotische aspect, het psychische aspect, het logisch-analytische aspect, het cultuurhistorische aspect, het taalaspect, het sociale omgangsaspect, het economische aspect, het esthetische

14 Paul Scholten, “Recht en billijkheid”, *Verzamelde Geschriften I*, 268-269. Zie ook Wim Borst, “Paul Scholten en de ‘rule of law’”, *R&R* (2004): 299-314, met name 301-303 en Bruggink, *Wat zegt Scholten over recht*, 50 e.v.

15 Paul Scholten, “Er staat geschreven, er is geschied”, *VG II* (Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink, 1950), 134, noot 1.

16 Scholtens oudste zoon G.J. Scholten bevestigde deze constatering desgevraagd volgens Wim Borst, “Paul Scholten en de ‘rule of law’”, *R&R* 3 (2004): 299-314, op 301, noot 20.

17 Dooyeweerds aspectenleer vertoont een opvallende verwantschap met de *Stufenbau* in Nicolai Hartmanns ontologie. Zie Nicolai Hartmann, *Der Aufbau der Realen Welt. Grundriss der Allgemeinen Kategorienlehre*, 3<sup>e</sup> druk (Berlin: Walter de Gruyter, 1964).

aspect, het juridische aspect, het morele aspect en het geloofsaspect. Feitelijk wordt in verschillende wetenschappen steeds een aspect van de werkelijkheid onderzocht.

Dooyeweerd's aspectenleer schetst de karakterisering en afgrenzingen van de aspecten, hun volgorde en de onderlinge verwijzingen. De eigen aard van ieder aspect maakt dat het niet vanuit wetten en begrippen van een ander aspect kan worden beschreven of verklaard.<sup>18</sup> Zo is het juridische aspect van de werkelijkheid niet te reduceren tot bijvoorbeeld het taalaspect, sociale omgangsaspect, economische aspect of morele aspect. Eenvoudig gezegd: er is in de werkelijkheid iets dat wij 'recht' noemen en dat weliswaar veel te maken heeft met taal, sociale ordening en dergelijke, maar dat daar niet mee samenvalt en daar niet toe te reduceren is. 'Recht' is een eigensoortig aspect, heeft een eigen *zinkern* die wij niet exact kunnen vatten, maar waar we wel intuïtief van weten.<sup>19</sup> Zo is het ook met de andere aspecten.

De aspecten (wetskringen) kennen elk eigen modale *wetten*. De aspecten tot het logisch-analytische fungeren los van de menselijke vormgeving. Hier werken natuurlijke wetten die eenvoudigweg gelden. Zo gelden de wetten van de fysica en hebben er chemische processen plaats. Vanaf het logisch-analytische aspect is er sprake van normen, van een *behoren*. Zo gelden er regels van de logica, taalnormen, esthetische normen, maar ook morele normen. Het betreft hier geen kwestie van smaak en persoonlijke voorkeur, maar voorgegeven structuren in de werkelijkheid. Deze wetten vergen positivering, dat wil zeggen: ze moeten door de mens worden erkend en verwerkelijkt. Ze kunnen worden overtreden, zonder dat hun gelding daarmee wordt teniet gedaan. De eerste categorie wordt de natuurzijde genoemd, de tweede categorie de normzijde (ook wel: cultuurzijde).

De aspecten staan in een bepaalde volgorde (intermodale tijdsorde), in die zin dat ieder aspect het eraan voorafgaande aspect veronderstelt en zelf wordt verondersteld door de erop volgende aspecten. Zo is er geen recht mogelijk zonder taal, maar wel andersom. De volgorde is echter geen hiërarchie, in de zin dat de latere aspecten belangrijker zouden zijn dan de eerdere. Dooyeweerd verzet zich ook sterk tegen verabsolutering van een van de aspecten. Een dergelijke verabsolutering leidt tot een '-isme' in de wetenschap, zoals een naturalisme, psychologisme, historicisme of economisme.<sup>20</sup>

De aspecten verwijzen dus naar elkaar. Dooyeweerd onderscheidt daarbij *anticipaties* (vooruitwijzingen naar latere aspecten) en *retrocipties* (terugverwijzingen naar eerdere aspecten). Zo is de uitdrukking 'juridisch geldingsgebied' een retrociptie van het juridische naar het (eerdere) ruimtelijke aspect. 'Juridische schuld' is juist een anticipatie op het (latere) morele aspect. Het is van belang dat het bij

18 H.G. Geertsema, *Denken over zin en wetenschap. Waarom de filosofie van Dooyeweerd belangrijk is*, Afscheidscollege Vrije Universiteit, 21 oktober 2005.

19 Dooyeweerd heeft de *zinkern* van het juridische aspect omschreven als "evenwichtige harmonisatie van belangen" en ook wel als "vergelding" (in niet-strafrechtelijke zin). Van Eikema Hommes, *De elementaire grondbegrippen der rechtswetenschap*, 473 e.v.; Zwart, "Rechts- en staatsfilosofie", 296.

20 Dooyeweerd, *De Wijsbegeerte der Wetsidee* I, 26-28; Zwart, "De Wijsbegeerte der Wetsidee", 321.

de anticipaties en retrocipaties nog steeds gaat om – in dit geval – het juridische. Zo is ‘juridische schuld’ beperkter dan ‘morele schuld’.<sup>21</sup> Zo is ‘juridische causaliteit’ een retrocipatie naar het fysische aspect, maar blijft causaliteit in het recht een eigen betekenis houden, die niet te herleiden is tot de natuurkundige.<sup>22</sup> Zo is ook de ‘juridische wil’ niet gelijk te schakelen met de psychologische wil.<sup>23</sup> Dergelijke gelijkenschakelingen leiden tot grote verwarring. Anticipaties en retrocipaties zijn slechts *analogieën* (analogische structuurmomenten), verwijzingen naar andere aspecten.<sup>24</sup>

In het recht gaat het volgens Dooyeweerd om een evenwichtige harmonisering van belangen. Daarin klinken achtereenvolgens economische, esthetische en sociale retrocipaties door. Door middel van analogieën uit het recht zich in de hele werkelijkheid en uit de hele werkelijkheid zich in het recht (“universaliteit in eigen kring”).

Vervolgens is van belang dat een leerstuk als ‘juridische schuld’, een anticipatie op het morele aspect, alleen te vinden is in ontwikkelde rechtsordes, waarin het juridische aspect is ontsloten naar het morele aspect. *Ontsluiting* is het tot ontwikkeling gebracht worden, het tot ontplooiing komen in een normatieve richting. Het is de dynamische factor in Dooyeweerds aspectenleer. Eerdere aspecten *funderen* latere, terwijl latere aspecten eerdere aspecten *ontsluiten*. Zo is er zonder recht geen moraliteit mogelijk, terwijl de moraliteit het recht op een hoger plan brengt, zonder het overigens af te schaffen.<sup>25</sup> Ik kom hier nog op terug.

Interessant in de rechtsfilosofie van Dooyeweerd is dat het recht niet alleen gelding heeft vanwege de staat. Ook in de niet-statelijke verbanden, zoals het gezin, het bedrijf, de kerk en de universiteit, bestaat er recht, dat haar oorsprong en gelding niet heeft vanwege de staat. Ieder van de verbanden heeft zijn eigen gezagsorganen die de inherent gegeven normen positiveren. Zo is het ouderlijk gezag een vorm van recht in het gezin. Voor de staat geldt: zonder macht geen staat. De staat moet zich echter ontwikkelen in een normatieve richting en vindt haar bestemmingsfunctie in het juridische aspect. Een ontwikkelde staat is een rechtsstaat, specifiek: een publiekrechtelijke gemeenschap van overheid en onderdanen. Deze staatsleer en pluriforme rechtsopvatting verdienen het mijns inziens herontdekt te worden.

#### 4 Grondbegrippen van het recht

Tot zover de introductie tot het denken van Dooyeweerd. Ik kom nu tot een eerste vergelijking van Scholten en Dooyeweerd. De ene verwijzing van Scholten naar

21 Van Eikema Hommes, *De elementaire grondbegrippen der rechtswetenschap*, 524 e.v.

22 Van Eikema Hommes, *De elementaire grondbegrippen der rechtswetenschap*, 171 e.v.

23 Van Eikema Hommes, *De elementaire grondbegrippen der rechtswetenschap*, 237 e.v.

24 Van Eikema Hommes, *De elementaire grondbegrippen der rechtswetenschap*, 92; Zwart, “Rechts- en staatsfilosofie”, 299.

25 Herman Dooyeweerd, *A New Critique of Theoretical Thought*, Vol. II (Amsterdam: Paris, 1955), 129-180; Zwart, “De Wijsbegeerte der Wetsidee”, 320-321; Zwart, “Rechts- en staatsfilosofie”, 299-300.

Dooyeweerd heb ik al genoemd. Wat Dooyeweerd betreft, zijn verwijzingen naar Scholten vooral te vinden in een laatste interview dat met Dooyeweerd werd gehouden voor de bundel *Acht civilisten in burger*.<sup>26</sup> Dooyeweerd bespreekt zijn opvatting dat, ondanks specialisering in rechtsgebieden, alle onderdelen van de rechtswetenschap een laatste gezichtspunt hebben dat hen tot een eenheid maakt. Dit gezichtspunt is het fundamentele rechtsbegrip, met de bijbehorende grondbegrippen van het recht. Hij vervolgt dan over de grondbegrippen:

“[D]ie kun je nooit vinden door maar een concreet rechtssysteem te nemen – bijvoorbeeld het Nederlandse – en dan maar te gaan abstraheren en te zeggen: als je nu maar die abstractie ver genoeg doorzet, dan kom je tenslotte wel bij de laatste grondbegrippen. Dat was de mening van de algemene rechtsleer, die vindt u bij Meijers (...). Maar ook Scholten spreekt voortdurend over de algemene rechtsleer als het gaat om het vinden van de laatste grondbegrippen van de rechtswetenschap. Scholten is nog zeer actueel. Het *Algemeen deel* van hem is een bijzonder boek.

Scholten is een heel merkwaardige figuur, een gecompliceerde figuur ook; gecompliceerder dan Meijers. Hij was sterk onder invloed van de neo-Kantiaanse rechtsoopvatting, vooral van de Badense school: Rickert, Windelband en Lask. En daarvan was de waardenfilosofie een essentieel onderdeel. Maar daar bleef hij niet trouw aan, want hij zocht die laatste grondbegrippen en ook het rechtsbegrip zelf in zijn uiteindelijke zin in de methode van de algemene rechtsleer: abstraheren tot je komt tot begrippen die je in alle takken van de rechtswetenschap weer terugvindt, en die dan gezuiverd moeten worden van hun bijzonderheid. En dat noemt Scholten dan de logische grondvormen van het recht. Ja, dat is het punt, waarin ik radicaal met hem verschil. Want wanneer je ‘logische grondvormen’ van de juridische ervaringswijze aanneemt, dan ga je eigenlijk het criterium van het juridische gezichtspunt in de logica zoeken. Er wordt dan wel gezegd: in de rechtslogica, maar dan draai je natuurlijk in een cirkel rond.”<sup>27</sup>

Scholten gaat dus uit van logische grondvormen (grondbegrippen, rechtscategorieën) die het recht zijn karakter verlenen.<sup>28</sup> De rechtscategorie is “de vorm (...), waarin de logische functie van onze geest zich in het recht toont”, aldus Schol-

26 J.M. van Dunné, P. Boeles & A.J. Heerma van Voss, *Acht civilisten in burger* (Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink, 1977). Het interview met Dooyeweerd is te vinden op p. 35-68. Een gemiste kans om Dooyeweerd over Scholten te horen is overigens het Scholten-herdenkingsnummer van het *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie* (WPNR) uit 1975, waaraan verschillende grote namen uit de rechtsfilosofie (Langemeijer, Kisch, Wiarda) een bijdrage leverden. Dooyeweerd was op dat moment weliswaar 81 jaar, maar uit het in datzelfde jaar gehouden, laatste interview met hem en een laatste door hem geschreven artikel blijkt dat hij zeker nog tot een bijdrage in staat zou zijn geweest.

27 Van Dunné, Boeles & Heerma van Voss, *Acht civilisten in burger*, 43-44.

28 Van Dunné, Boeles & Heerma van Voss, *Acht civilisten in burger*, 66. Zie ook J.J.H. Bruggink, *Wat zegt Scholten over recht. Een rechtsfilosofische studie rond het “Algemeen Deel”* (Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink, 1983), 48. Bruggink ontkent overigens – mijns inziens terecht – dat Scholten de methode van de algemene rechtsleer volgt. Zie par. 8.

ten.<sup>29</sup> Dit is voor Dooyeweerd onacceptabel, omdat daarmee volgens hem iets dat thuishoort in het juridische aspect van de werkelijkheid wordt gereduceerd tot het logische aspect. Hij verwerpt de zogenaamde ‘oorsprongslogica’ zoals deze is ontwikkeld in het neokantianisme.<sup>30</sup>

## 5 Neokantiaanse invloed

Het neokantianisme was in Nederland eind negentiende, begin twintigste eeuw een dominante filosofie. Begin twintigste eeuw werden verschillende filosofische leerstoelen in Nederland bezet door neokantianen (Gerard Heymans en Leo Polak in Groningen, Cornelis Bellaar Spruyt in Amsterdam, Bernard van der Wijck in Utrecht). Het neokantianisme is te onderscheiden in een Marburgse en een Badense (of Zuidwest Duitse) school. De Badense school (Wilhelm Windelband, Heinrich Rickert, Ernst Troeltsch, Emil Lask) kenmerkte zich door een belangstelling voor cultuur en een waardenfilosofie. Verwant daaraan is de fenomenologie van Max Scheler en Nicolai Hartmann, die zich kenmerkt door een gelaagde werkelijkheidsbeschouwing (*Stufenbau*). Ook Kohnstamms personalisme is beïnvloed door deze stroming in het neokantianisme. De Marburgse school (Hermann Cohen, Paul Natorp, Ernst Cassirer) legde de nadruk op kenleer en logica.

In het kantiaanse denken wordt, kort gezegd, uitgegaan van het menselijke kenvermogen (het menselijke, denkende subject) dat de hele wereld op zichzelf betreft en in die zin functioneert als centrum van de wereld. In de ‘oorsprongslogica’ waarover Dooyeweerd het heeft, probeert men alle verstandscategorieën, die het ons mogelijk maken onderscheidingen aan de brengen in de werkelijkheid, tot de logica terug te voeren. Daarmee wordt echter de logica verabsoluteerd. De logisch-analytische functie van de mens wordt daarmee boven de andere functies geplaatst. Dit is volgens Dooyeweerd een logicisme.<sup>31</sup>

Van de neokantiaanse juristen met wie Dooyeweerd in gesprek was, zijn te noemen: Rudolf Stammler, Hans Kelsen en Hugo Krabbe (Marburgse school) en Gustav Radbruch (Badense school). Een deel van de terminologie die Dooyeweerd gebruikt, is overigens afkomstig uit de neokantiaanse filosofie. Ook zijn denkcritiek (zie paragraaf 12) is kantiaans geïnspireerd te noemen.

29 Paul Scholten, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgelijk Recht: Algemeen deel*, 3e druk (Zwolle: Tjeenk Willink, 1974), 65.

30 In zijn *Encyclopedie der rechtswetenschap* verwijst Dooyeweerd ook kort naar Scholten, specifiek naar de neokantiaanse invloed, wanneer hij schrijft: “Min of meer aan de Badensche Neokantiaansche school georiënteerd is het geschrift van Prof. Paul Scholten: “Beschouwingen over Recht” (1929), dat een veelbeproeft synthese tusschen neo-kantianisme en christelijke geloofsleer beproeft te geven.” Verder verwijst hij naar Scholtens *Recht en levensbeschouwing* (1915). Van Scholtens *Algemeen deel* beveelt hij het derde hoofdstuk – over de geschiedenis van het BW – aan de “eerste-jaars studenten” ter lezing aan. Tot een inhoudelijke bespreking van Scholtens denken komt het hier echter niet.

31 Van Dunné, Boeles & Heerma van Voss, *Acht civilisten in burger*, 62-63.

## 6 Grondbegrippen en rechtscategorieën

Wat Dooyeweerd ‘grondbegrip’ noemt, noemt Scholten ‘grondvorm’ of ‘rechtscategorie’. Volgens Scholten kunnen uit concrete rechtsbegrippen, zoals naamloze vennootschap of verbintenis, rechtscategorieën worden afgeleid, zoals rechtspersoon of rechtsplicht. Scholten noemt als rechtscategorieën: rechtspersoon, rechtssubject, rechtsobject, rechtsbetrekking, subjectief recht, rechtsplicht, onrecht, rechtsordering en rechtsgezag.<sup>32</sup> Dit lijkt geen limitatieve opsomming te zijn. Scholten heeft zijn opvatting van rechtscategorieën overigens niet systematisch uitgewerkt.<sup>33</sup>

Bij Dooyeweerd vallen de grondbegrippen uiteen in elementaire en samengestelde. Hij onderscheidt de volgende elementaire grondbegrippen, die retrocipaties (terugverwijzingen) vormen op eerdere aspecten: juridische eenheid en veelheid, juridisch geldingsgebied en juridische plaats, juridische constantie en dynamiek, rechtskracht en juridische causaliteit, rechtsleven en rechtsorgaan, rechtswil, juridische toerekening, juridische overeenstemming en tegenspraak, nietigheid en (on)rechtmatigheid, rechtsmacht, juridische betekenis en uitleg, rechtsverkeer, juridische economie en juridische evenredigheid.<sup>34</sup> De elementaire grondbegrippen zijn onmisbare, constitutieve elementen van iedere rechtsorde. Samen vormen deze elementaire grondbegrippen het *rechtsbegrip*.<sup>35</sup> Uit de elementaire grondbegrippen zijn de samengestelde opgebouwd: rechtswet, rechtsfeit, rechtsplicht, rechtsverlof, rechtsbekwaamheid, rechtssubject, rechtspersoon, subjectief recht en rechtsbron.<sup>36</sup>

Naast de constitutieve elementen van de rechtsorde onderscheidt Dooyeweerd de regulatieve elementen, die de *rechtsidee* vormen. Deze elementen zijn de anticipaties van het juridische op het morele en het geloofsaspect. Wat het morele aspect betreft, kan worden gesproken van rechtsethische beginselen of beginselen van de juridische moraal: goede trouw, redelijkheid en billijkheid, schuld.<sup>37</sup> De regulatieve elementen bestaan alleen in ontwikkelde rechtsordes. Ze ontsluiten het juridische aspect.

Het voert te ver om op deze plaats nauwkeurig te analyseren hoe Scholten en Dooyeweerd tot hun opsomming komen; relevant is in ieder geval dat er veel overlap bestaat tussen Scholtens rechtscategorieën en Dooyeweerds (samengestelde) grondbegrippen. Een verschil in methode leidt dus niet noodzakelijkerwijs tot een verschil in uitkomst.

32 Paul Scholten, *Algemeen deel*, 56-57.

33 Roos, “Paulus Scholten”, 247.

34 Zwart, “De Wijsbegeerte der Wetsidee”, 324; Zwart, “Rechts- en staatsfilosofie”, 298-299.

35 Van Eikema Hommes, *De elementaire grondbegrippen der rechtswetenschap*, 93-98; Zwart, “De Wijsbegeerte der Wetsidee”, 323-324; Zwart, “Rechts- en staatsfilosofie”, 298-299.

36 Van Eikema Hommes, *De samengestelde grondbegrippen der rechtswetenschap*, 1-2; Zwart, “De Wijsbegeerte der Wetsidee”, 323-324; Zwart, “Rechts- en staatsfilosofie”, 300-301.

37 Van Eikema Hommes, *De elementaire grondbegrippen der rechtswetenschap*, 96-98; Zwart, “De Wijsbegeerte der Wetsidee”, 323-324; Zwart, “Rechts- en staatsfilosofie”, 298-299.

## 7 Rechtsbeginselen

Het verwarrende is dat Dooyeweerd in plaats van over 'grondbegrippen' ook wel spreekt van 'rechtsbeginselen'. Alvorens daarop in te gaan, eerst de vraag wat Scholten onder rechtsbeginselen verstaat.

Scholten erkent rechtsbeginselen als zedelijke elementen in het recht. Van belang is dat in het denken van Scholten vijf verschillende niveaus van rechtsbeginselen zijn te onderscheiden.<sup>38</sup> Op het 'laagste', eerste niveau worden de rechtsbeginselen nog sterk gekleurd door een specifieke regeling. Ze vormen 'beginseluitspraken'. Op het tweede niveau zijn er beginselen die uit meerdere, verschillende regelingen kunnen worden afgeleid, zoals derdenbescherming. Op het derde niveau zijn er beginselen die voor hele rechtsgebieden of voor het gehele recht gelden, zoals 'gelijkheid van partijen' of 'geen straf zonder schuld'.<sup>39</sup> De beginselen op de eerste drie niveaus zijn nog als strikt juridische beginselen te beschouwen. Bovendien zijn ze gebonden aan de historische ontwikkeling van een rechtssysteem. Scholten laat dus, net als Dooyeweerd, ruimte voor het element van historische ontwikkeling, zij het dat Scholten geen onderscheid maakt tussen constitutieve en regulatieve, algemene en typische rechtsbeginselen. Deze categorieën lopen bij hem door elkaar heen.

Het vierde en vijfde niveau zijn, anders dan de eerste drie, eerder moreel dan juridisch van aard, hoewel Scholten *alle* rechtsbeginselen een 'zedelijk' karakter toeschrijft. Op het vierde niveau zijn er beginselen die als algemene morele normen in het recht moeten gelden, zoals eerlijkheid en waarachtigheid.<sup>40</sup> Ook de intermenselijke elementen uit de tweede tafel van de tien geboden kunnen hier als 'rechtsbeginseluitspraken' gelden.<sup>41</sup> Op het vijfde niveau is iets bijzonders aan de hand. De beginselen op dit niveau vallen volgens Scholten uiteen in twee paren en daarnaast een funderend beginsel. De twee paren zijn: persoonlijkheid en gemeenschap, gelijkheid en gezag. Ieder paar staat in een dialectische verhouding. De spanning is nooit op te lossen. Vanuit het christelijk geloof krijgen de beginselen van dit niveau richting. Persoonlijkheid is gericht op vrijheid, gemeenschap op liefde, gelijkheid op gerechtigheid en gezag op gehoorzaamheid.<sup>42</sup> Het primaire beginsel is echter de scheiding van goed en kwaad. Dit is de basis van ieder recht. Het krijgt vorm in de beslissing van het persoonlijke geweten.<sup>43</sup>

Ook Dooyeweerd erkent dus rechtsbeginselen. Het recht is gebonden aan bovenwillekeurige, normatieve beginselen die de inhoud van het geldende recht bepalen, maar die wel menselijke positiveringsarbeid vereisen. Wanneer de meest fundamentele beginselen (constitutieve rechtsbeginselen), die ook in primitieve rechtsstelsels voorkomen, worden geschonden is er in het geheel geen sprake van recht. De ontwikkeling (ontsluiting) van het recht dient plaats te vinden op basis

38 Paul Scholten, *Algemeen deel*, 65; Bruggink, *Wat zegt Scholten over recht*, 96.

39 Bruggink, *Wat zegt Scholten over recht*, 96-97.

40 Bruggink, *Wat zegt Scholten over recht*, 97.

41 Paul Scholten, "Rechtsbeginselen," *VG I*, 407.

42 Bruggink, *Wat zegt Scholten over recht*, 99.

43 Bruggink, *Wat zegt Scholten over recht*, 100.

van regulatieve rechtsbeginselen, die alleen in ontwikkelde rechtsstelsels voorkomen.

Sommige constitutieve of regulatieve rechtsbeginselen zijn van algemene aard. Deze komen in alle rechtskringen voor. Andere constitutieve of regulatieve rechtsbeginselen zijn van typische aard en komen alleen in specifieke rechtsgebieden voor.

Als ik het goed zie, is wat Dooyeweerd onder 'rechtsbeginselen' vat, deels te scharen onder wat Scholten 'grondvormen' of 'rechtscategorieën' noemt (de funderende, elementaire bouwstenen van het recht), deels onder Scholtens laagste drie niveaus van rechtsbeginselen (strikt juridisch van aard) en deels onder Scholtens hoogste niveaus (moreel van aard). Dit heeft er mee te maken dat de elementen van de algemene structuur van het rechtsaspect (de constitutieve rechtsstructuur, de grondbegrippen), door Dooyeweerd als normatieve elementen worden opgevat, op basis waarvan constitutieve rechtsbeginselen kunnen worden geformuleerd. Het zijn dus geen 'lege' vormen in onze geest, maar normatieve elementen. Zo valt uit het grondbegrip juridische eenheid de norm af te leiden dat alle rechtswetten in een bepaalde rechtskring een eenheid moeten vormen.<sup>44</sup> De regulatieve rechtsbeginselen hebben bij Dooyeweerd juist een morele lading (morele anticipaties).

Hoe het ook zij, van belang is om op te merken dat Dooyeweerds rechtsbeginselenleer samenhangt met zijn structuuranalyse van de werkelijkheid, terwijl Scholtens rechtsbeginselenleer samenhangt met de centrale plaats van de rechter in zijn rechtsfilosofie en sterk gericht is op rechtsvinding.<sup>45</sup>

Opvallend is dat bij Scholten de levensovertuiging een duidelijke invloed heeft op de hoogste niveaus van rechtsbeginselen. Bij Dooyeweerd zijn alleen de morele anticipaties uitgewerkt. Levensovertuiging lijkt hier geen doorslaggevende rol te spelen (zie echter paragraaf 11). Hoe de anticipaties op het geloofsaspect door Dooyeweerd worden ingevuld, blijft gissen. Van Eikema Hommes heeft zich er wel over uitgesproken. Hij spreekt van 'rechtsgeloof': "de innerlijke zekerheid omtrent de zinvolheid en de hoogheid van het geldende recht en de daarin belichaamde materiële rechtsbeginselen".<sup>46</sup> Dit rechtsgeloof verzwakt wanneer het recht "als een louter willekeurig product van menselijke macht, of als een louter technisch middel in dienst van maatschappelijke belangen" wordt opgevat. Daarmee raakt het rechtsleven in verval.<sup>47</sup> Ik meen dat Scholten op dit punt niet anders zou denken.

44 Van Eikema Hommes, "De rechtsbeginselen volgens de transcendentiaal-empirische methode", 64.

45 Roos, "Paulus Scholten", 247.

46 H.J. van Eikema Hommes, *Methode der encyclopedie en Hoofdpijnen van de geschiedenis der rechts- en staatsfilosofie*, 2<sup>e</sup> druk (Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink, 1982), 25-26.

47 Van Eikema Hommes, *Methode der encyclopedie en Hoofdpijnen van de geschiedenis der rechts- en staatsfilosofie*, 26.

## 8 Rechtswetenschappelijke methode

Rechtscategorieën moeten dus bij Scholten worden onderscheiden van rechtsbeginselen.<sup>48</sup> Rechtsbeginselen zijn tendensen “welke ons zedelijk oordeel aan het recht stelt”.<sup>49</sup> Zoals in de grondvorm van het recht het logisch-analytische element wordt geraakt, zo wordt in rechtsbeginselen het zedelijke element geraakt. Scholten stelt: “Gelijk de categorie de vorm is, waarin de logische functie van onze geest zich in het recht toont, is het rechtsbeginsel uitvloeisel van de ethische. In het beginsel dringt het zedelijk oordeel in het recht.”<sup>50</sup> En elders: “De beginselen zijn (...) deel van het geestelijk leven van den mensch, dat zich in het recht uit.”<sup>51</sup> Voor Scholten geldt: “Het is een der voornaamste functies der rechtswetenschap het rechtsbeginsel in het positieve recht op te sporen.”<sup>52</sup> Ook Dooyeweerd wil via het positieve recht rechtsbeginselen op het spoor komen. Hij gaat echter niet mee in Scholtens duiding van rechtsbeginselen als zedelijke elementen in het recht. Voor hem is dit een verwarring van aspecten. Rechtsbeginselen behoren voor hem evenals grondbegrippen van het recht tot het juridische aspect en zijn niet terug te voeren tot het morele of logisch-analytische aspect.

De structuur van het juridische aspect, waartoe rechtsbeginselen en grondbegrippen van het recht behoren, moet worden bestudeerd door middel van een methode die door Van Eikema Hommes werd aangeduid als de ‘transcendentiaal-empirische methode’.<sup>53</sup> Deze methode houdt het midden tussen twee uitersten. Het ene uiterste is de zuiver empirisch-inductieve methode van onder andere Meijers (en volgens Dooyeweerd dus ook Scholten; mijns inziens ten onrechte, zoals zal blijken). In deze methode vindt een voortdurende abstractie plaats van het concrete recht naar algemene begrippen. Daarbij gaat men echter al uit van wat men aan het zoeken is, omdat men blijkbaar al weet wat recht is. Het andere uiterste is de apriorisch-deductieve methode, die echter gemakkelijk leidt tot wijsgerige speculatie, los van het empirische recht. Dooyeweerd probeert dus het midden te houden tussen een zuiver empirische en een zuiver apriorische benadering.<sup>54</sup> Van Eikema Hommes wijst erop dat de structuur van het juridische aspect

“niet op de wijze van de traditionele natuurrechtsleer als een metafysische, aan plaats en tijd onttrokken abstracte begripsorde moet worden beschouwd, maar veeleer als een in de tijdelijke werkelijkheid ingebedde orde, die dan ook slechts via de positieve rechtsstelsels kan worden opgespoord. Dit betekent dat het onderzoek naar de grondslagen en grondbeginselen van het recht nooit van de positieve rechtsverschijnselen mag worden losgemaakt en dat

48 Bruggink, *Wat zegt Scholten over recht*, 93.

49 Paul Scholten, *Algemeen deel*, 63.

50 Paul Scholten, *Algemeen deel*, 65.

51 Paul Scholten, “Rechtsbeginselen”, *VG I*, 411.

52 Paul Scholten, *Algemeen deel*, 63.

53 Van Eikema Hommes, *De elementaire grondbegrippen der rechtswetenschap*, 1-18; H.J. van Eikema Hommes, “De transcendentiaal-empirische methode. Haar betekenis voor de juridische vakwetenschappen”, *Ars Aequi* 28 (1979): 719-730.

54 Zwart, “Rechts- en staatsfilosofie”, 297.

we als het ware door het positieve recht heen moeten kruipen om daarin datgene te ontdekken, wat het positieve recht mogelijk maakt en begrenst.”<sup>55</sup>

Er dient dus een pendelbeweging plaats te vinden tussen een stuctuuranalyse van het juridische aspect in het geheel van de werkelijkheid en een analyse van het empirische, positieve recht.<sup>56</sup>

De vraag is hier of Scholten in het kamp van de empirisch-inductieve methode en de algemene rechtsleer kan worden geschaard. Volgens Scholten kan gesteld worden dat rechtswetenschap “in verscheidene regelingen het algemene zoekt, van het bijzondere tot het algemene opklimt en met zo abstract mogelijke begrippen, het rechtssysteem probeert te beheersen. Ten slotte stuit zij daarbij op begrippen, die verdere herleiding niet toelaten”.<sup>57</sup> Daarmee stuit ze op de logische grondvormen van het recht. Zo komen we vanuit de naamloze vennootschap en de verbintenis (rechtsbegrippen) tot de rechtspersoon en rechtsplicht (grondvormen). Tot zover lijkt Scholten inderdaad de empirisch-inductieve methode te volgen. Hij waarschuwt echter tegen de opvatting “dat wij tot deze categorie komen door het gemeenschappelijke in verscheidene rechtsordeningen na te speuren, dat deze niets anders zijn dan nog algemenere dan de meest algemene van een bijzonder rechtssysteem”.<sup>58</sup> De rechtswetenschap kan niet, door generalisatie, buiten de concrete, bindende kracht van een specifiek rechtssysteem treden. Scholten schrijft: “[w]ij kunnen alleen dan zeggen, dat iets positief recht is, indien wij een criterium hebben, waaraan wij recht herkennen; uit het positieve recht zelf kunnen wij dat nooit afleiden.”<sup>59</sup> Wel kunnen we categorieën opsporen “die de menselijke geest volgt bij zijn rechtsschepping”. Daarmee betreden we echter het terrein van de rechtstheorie, klaarblijkelijk volgens Scholten scherp te scheiden van de rechtswetenschap.

De rechtstheorie onderzoekt het begrip van het recht zelf. Toch geldt dat ook de grondvormen niet uit een specifieke rechtsinhoud kunnen worden geabstraheerd. In tegenstelling tot wat Dooyeweerd meent, gelooft Scholten dus niet in het, zoals eerder geciteerd, eenvoudigweg “abstraheren tot je komt tot begrippen die je in alle takken van de rechtswetenschap weer terugvindt, en die dan gezuiverd moeten worden van hun bijzonderheid”. Scholten hanteert een andere benadering in de rechtstheorie:

“Het is met het recht als met de taal: de menselijke geest is bij de vormen, waarin hij recht of taal maakt, gebonden aan zekere voorwaarden. Die vinden we overal terug: veeleer dan resultaat van vergelijking en generalisering van de inhoud van rechtsregelingen van verschillende landen en tijden, maakt het bestaan dezer categorie zulk een vergelijking (...) eerst mogelijk. Doch dit wil

55 H.J. van Eikema Hommes, “De transcendentiaal-empirische methode. Haar betekenis voor de juridische vakwetenschappen”, 720

56 Voor een nadere uitwerking verwijs ik naar het werk van Van Eikema Hommes.

57 Paul Scholten, *Algemeen deel*, 56.

58 Paul Scholten, *Algemeen deel*, 56.

59 Paul Scholten, *Algemeen deel*, 57.

niet zeggen, dat de categorieën gekend worden buiten het positieve recht om, allerm minst dat zij (...) uit een begripsbepaling van het recht kunnen worden afgeleid.”<sup>60</sup>

Ook bij Scholten zouden we kunnen spreken van, in de woorden van Van Eikema Hommes, “een in de tijdelijke werkelijkheid ingebedde orde, die (...) slechts via de positieve rechtsstelsels kan worden opgespoord”. Deze orde bevindt zich volgens Scholten echter niet in de werkelijkheid als geheel, maar – heel kantiaans – in de menselijke geest. De rechtstheorie is wat dat betreft te vergelijken met de logica en de taal filosofie. Net als bij de taal geldt: “de menselijke geest is bij de vormen, waarin hij recht of taal maakt, gebonden aan zekere voorwaarden”. Deze voorwaarden, zich uitend in de rechtscategorieën, kunnen niet buiten het positieve recht om worden gevonden. “Niet *in* maar *aan* het positieve recht zoekt de theorie de categorieën, waarbinnen de mens zich beweegt als hij een uitspraak van recht doet.”<sup>61</sup> Ook Scholten lijkt dus het midden te willen houden tussen een zuiver empirische en een zuiver apriorische methode.

Waar Dooyeweerd de grondbegrippen van het recht beschouwt als elementen in het juridische aspect van de werkelijkheid, vat Scholten de rechtscategorieën op als elementen in de menselijke geest. De rechtscategorie is “de vorm (...), waarin de logische functie van onze geest zich in het recht toont”, aldus Scholten.<sup>62</sup> De vraag aan Scholten is natuurlijk hoe deze categorie als specifiek juridisch is te herkennen. Dezelfde vraag kan echter gesteld worden aan Dooyeweerd, wanneer hij ondanks pogingen tot afgrenzing, de ‘zinkern’ van het recht uiteindelijk slechts intuïtief meent te kunnen benaderen.

Aan het gegeven dat Scholten de rechtscategorieën opvat als *logische* grondvormen en spreekt over de *logische* functie van onze geest, dient mijns inziens, anders dan Dooyeweerd meent, niet te veel waarde te worden gehecht. Het duidt eerder op een onnauwkeurigheid in het taalgebruik. Scholten werkt dit logische element ook niet verder uit. Bovendien maakt hij een duidelijk onderscheid tussen enerzijds de rechtstheorie en anderzijds de logica en taal filosofie.

## 9 Rechtsopvatting

Laten we nu iets preciezer de vraag stellen: welke rechtsopvatting hanteren Scholten en Dooyeweerd?<sup>63</sup> Zoveel is duidelijk: het recht heeft met normativiteit, met een *Sollen* te maken. Scholten schrijft: “Het normatieve laat zich uit het recht niet verdrijven, stuur het de voordeur uit, het komt achter weer binnen.”<sup>64</sup> Daar is

60 Paul Scholten, *Algemeen deel*, 57-58.

61 Paul Scholten, *Algemeen deel*, 58.

62 Paul Scholten, *Algemeen deel*, 65. Ook Van Eikema Hommes spreekt overigens van de ‘transcendentale voorwaarden’ van het geldende recht. Zie: Van Eikema Hommes, “De rechtsbeginselen volgens de transcendentiaal-empirische methode”, 63.

63 Ik spreek in algemene termen van ‘rechtsopvatting’ (wat is het recht?) om verwarring rond termen als ‘rechtsbegrip’ of ‘rechtsidee’, die een specifieke betekenis hebben bij Scholten en Dooyeweerd, te vermijden.

64 Paul Scholten, “Recht en levensbeschouwing”, *VG I*, 139.

Dooyeweerd het zonder meer mee eens. De vraag is echter *hoe* het normatieve tot uiting komt in het recht en *waar vandaan* het normatieve komt.

Het recht is volgens Scholten “de positieve regeling der maatschappelijke ordening, het gehele samenstel van regels, die in een bepaalde gemeenschap gelden en zo nodig door de bestaande machten worden gehandhaafd”.<sup>65</sup> Dit kan worden beschouwd als een ‘sociologische’ en (in deze eenzijdige benadering) zelfs positivistische rechtstheorie.<sup>66</sup> “Het recht is niet alleen norm, ook sociaal verschijnsel.”<sup>67</sup> In het *Algemeen deel* omschrijft Scholten het recht als “een regeling der verhoudingen van gemeenschap en individu, (...) de polen waartussen iedere rechtsordering zich beweegt”.<sup>68</sup> De wet is daarbij “de gedragsregel, die de krachtens de constitutie met de taak belaste autoriteit aan de aan haar gezag onderworpenen voorschrijft”.<sup>69</sup> Ook hier wordt het recht als een ‘sociaal feit’ opgevat. Elders benadrukt Scholten echter meer het normatieve en handelingskarakter van het recht, wanneer hij schrijft:

“Het recht is een geheel van normen, niet echter van normen, – als bijv. de regels der logica – die gelden onafhankelijk van tijd en plaats, maar van normen, die haar gelding ontleen aan bepaalde historische gebeurtenissen (de daad der wetgeving of, bij gewoonterecht, het handelen der aan het recht onderworpen personen). Het zijn voorts normen, die om toepassing vragen en tenslotte weder van die toepassing afhangen. Het is dus een normensysteem en een systeem van handelingen (wetgeving, rechtspraak, uitvoering door de administratie, handelingen van betrokkenen, die zich naar het recht richten).”<sup>70</sup>

Ook deze omschrijving blijft echter aan de oppervlakte. Dieper graaft Scholten wanneer hij erkent dat er ook rechtsnormen buiten de wet bestaan waarmee de rechter rekening moet houden, hetgeen meer behelst dan de erkenning van gewoonterecht. Zo schrijft hij:

“Wie niet wil aannemen dat het bloote willekeur van den rechter is, (...) dat hij evengoed a als b zou kunnen zeggen, moet het bestaan van een recht naast of achter de wet erkennen. Een recht, normen, die voor den rechter niet door een ander orgaan als bevel zijn geformuleerd, maar die gevonden moeten worden. En dat het niet willekeur van den rechter is, die beslist, ja dat is een overtuiging, die men enkel kan uitspreken, niet kan bewijzen. Voor wien echter vaststaat, dat er een behooren is, een plicht, die niet kan afhangen van wat daarover achteraf door een derde *naar willekeur* wordt geoordeeld, zal tevens zeker zijn, niet alleen dat de nomen voor ons handelen niet enkel door

65 Paul Scholten, “Gerechtigheid en recht”, *VG I*, 216-224. Vgl. Bruggink, *Wat zegt Scholten over recht*, 76 e.v.

66 Bruggink, *Wat zegt Scholten over recht*, 83.

67 Paul Scholten, “Recht en levensbeschouwing”, *VGI*, 139.

68 Paul Scholten, *Algemeen deel*, 14.

69 Paul Scholten, *Algemeen deel*, 33.

70 Paul Scholten, *Algemeen deel*, 76.

de wet worden gegeven, maar ook, dat die ongeschreven normen *rechtsnormen* kunnen zijn.”<sup>71</sup>

Beginselen van recht en samenleving spelen onvermijdelijk een rol. Scholten schrijft: “Wie weet, van hoe fundamentele beteekenis begrippen als schuld en goede trouw voor de *rechtstoepassing* zijn, zal inzien dat deze niet enkel in *wetstoepassing* kan bestaan.”<sup>72</sup> Zoals aangegeven, vormen rechtsbeginselen volgens Scholten zedelijke elementen in het recht. Hieronder zal blijken dat Scholten nog een stap verder gaat wanneer hij levensbeschouwing met het recht verbindt. Concluderend kan hier worden gesteld dat Scholten het recht enerzijds als een sociaal verschijnsel (feitelijk, positivistisch) opvat en anderzijds als norm (normatief, ethisch), waarbij het laatste element het grootste gewicht heeft.<sup>73</sup>

Dooyeweerd kiest een andere invalshoek. Tegenover gangbare opvattingen van recht als een ‘ding’, een sociaal fenomeen, ziet Dooyeweerd, zoals geschetst, het recht als een aspect van de werkelijkheid.<sup>74</sup> Dit is een zeer originele benadering te noemen. Het recht is geen ‘ding’, maar dingen, gebeurtenissen en samenlevingsverbanden fungeren onder andere in het rechtsaspect. De structuur van het rechtsaspect stelt normen voor hoe het gepositieerde recht mag zijn. Dooyeweerd maakt daarbij een duidelijk onderscheid tussen het juridisch-normatieve en het moreel-normatieve. Juridische normen ontstaan door positiveringsarbeid; het juridische aspect komt immers na het cultuurhistorische, vormende aspect. Positieve rechtsnormen moeten ontstaan door vormgeving aan bovenwillekeurige rechtsbeginselen door tot rechtsvorming competente organen (wetgever, rechter). Rechtspositivisten benadrukken eenzijdig de vormingsarbeid, natuurrechtsdenkers eenzijdig de rechtsbeginselen. Door het belang van beide te benadrukken, meent Dooyeweerd de juiste tussenweg (of synthese, zo u wilt) gekozen te hebben. De overeenkomst met Scholten is dat Dooyeweerd eveneens zowel het feitelijke als het normatieve van het recht onderkent. Het normatieve is bij hem echter niet het ethisch of moreel-normatieve, maar het specifiek juridische.

## 10 Recht en levensbeschouwing

Scholten erkent, evenals Dooyeweerd, een uiteindelijk levensbeschouwelijke grond voor stellingname in het juridisch-wetenschappelijke debat. Zo schrijft Scholten dat “van *de* rechtsidee niet gesproken kan worden dan van uit een bepaalde levensbeschouwing”.<sup>75</sup> Scholtens opvatting van het recht, zijn rechtsontologie, moet worden gezien in een normenhiërarchie. Concrete rechtsregels moeten wortelen in beginselen van recht en samenleving, beginselen wortelen in

71 Paul Scholten, “Recht en levensbeschouwing”, *VGI*, 123

72 Paul Scholten, “Recht en levensbeschouwing”, *VGI*, 154

73 Bruggink, *Wat zegt Scholten over recht*, 83.

74 A. Soeteman, “Dooyeweerd als rechtsfilosoof”, 28-49.

75 Paul Scholten, “Recht en levensbeschouwing”, *VGI*, 148.

moraal en moraal wortelt, via de schakel van het persoonlijke geweten, in Gods geboden.

Scholten's opvatting van het geweten dient te worden gezien in het licht van zijn personalistische wijsbegeerte, die zijn christelijk geloof kleurt. In deze wijsbegeerte heeft waarheid niet alleen met denken, maar meer nog met handelen te maken. Waarheid is niet zozeer een idee of norm die geldt, maar een Persoon die spreekt. Zoals God zich openbaart als een Persoon, zo wekt hij in de mens het persoon-zijn, een onherleidbare categorie. In plaats van onveranderlijke beginselen staat het gebod van God centraal. Persoon-zijn is het steeds weer in concrete situaties antwoorden op het spreken van God.<sup>76</sup> Hier speelt ook de kantiaanse ethiek een rol, waarin het geweten de grond is van de autonomie, maar ook de vrijheid stuurt vanuit de plicht.<sup>77</sup> Volgens Kohnstamm (en Scholten) wordt het geweten echter niet gevoed door (kantiaans) zuiver denken, maar door de religieuze (levens)ervaring. Het aldus gevormde geweten is maatstaf en richtsnoer. In concrete beslissingen dient vanuit het voorbereidende denken, op basis van het geweten een geloofssprong te worden gemaakt.<sup>78</sup> Dit geldt ook voor de beslissing van de rechter in een concrete zaak.

Vanuit het door goddelijke geboden gevoede geweten worden richtlijnen voor de moraal opgesteld. Vanuit de moraal kunnen, op basis van bestudering van het positieve, historisch gegroeide recht rechtsbeginselen gevonden worden die de dragers zijn van concrete rechtsregels en rechterlijke beslissingen.

Recht en levensbeschouwing kunnen niet worden gescheiden. Scholten schrijft:

“Wie meent rechts- en levensopvatting te kunnen scheiden, schaadt beide, hij vervalscht zijn rechtsovertuiging, omdat hij het teruggrijpen op de hoogste waarde stelselmatig vermijdt (...). Hij verhindert zijn levensbeschouwing zijn gehele leven te doordringen (...).”<sup>79</sup>

Ook hier blijkt de doorwerking van Scholten's personalistische wijsbegeerte. Over verschillende visies op rechtsbeginselen schrijft hij:

“De beginselen zelf worden in verschillend licht gezien; reeds als wij er over spreken wordt de grondslag zichtbaar, waarop wij staan; vragen wij waartoe zij leiden in een historisch bepaalde situatie, dan geeft altijd en voor ieder het antwoord zijn houding tegenover de meest fundamentele vraag, waarvoor de mensch kan worden gesteld: die van het geloof.”<sup>80</sup>

76 “Personalisme”, in: *Encyclopaedisch handboek van het moderne denken*, 3<sup>e</sup> druk, red. W. Banning e.a. (Arnhem: Van Loghum Slaternus, 1950), 542-544.

77 Bruggink, *Wat zegt Scholten over recht*, 51.

78 Bruggink, *Wat zegt Scholten over recht*, 52.

79 Paul Scholten, “Recht en levensbeschouwing”, *VGI*, 161.

80 Paul Scholten, “Rechtsbeginselen”, *VGI*, 412.

Het gehele recht is volgens Scholten ‘met en dankzij’ de rechtsbeginselen gefundeerd in de scheiding tussen goed en kwaad. Weliswaar moet recht altijd in een historische situatie concreet worden gevonden, maar “er zijn wel richtsnoeren. En die geeft ons de Wet in theologischen zin. De tien geboden zijn voor ons de grondslag van ieder recht”.<sup>81</sup> De tien geboden, voor zover zij op de verhouding tussen mensen betrekking hebben, kunnen volgens Scholten als ‘rechtsbeginseluitspraken’ worden gezien.<sup>82</sup>

Gerechtigheid is voor Scholten een “behoren naar innerlijke overtuiging”. Behoren is “een eisch van hooger macht, die den mensch is opgelegd”.<sup>83</sup> Het behoren is als eis absoluut, maar in zijn verwezenlijking door tijd en plaats bepaald en in die zin relatief. Echter: “de beslissing is ten slotte een gewetensbeslissing. En de gebondenheid aan het eigen geweten is”, zegt Scholten, “niet te denken zonder de voorstelling, dat in dat geweten hooger macht spreekt”.<sup>84</sup>

Recht wortelt in een “zedelijk a priori”, waaraan inhoud wordt gegeven door het geloof. Scholten schrijft: “Gelijk in de ethiek en eigenlijk in iedere wetenschap, komen wij, als wij bij het onderzoek naar de fundamenteen slechts diep genoeg graven, bij het geloof terecht.”<sup>85</sup> Op een theologenconferentie sprak Scholten: “Hoe meer ik mij met de fundamentele vragen van recht en staat bezig houd, hoe meer ik tot de conclusie kom, dat deze ten slotte zijn vragen, waarop het antwoord alleen in verband met de theologie kan worden gezegd.”<sup>86</sup> Dat zou Dooyeweerd nooit voor zijn rekening nemen, al was het alleen maar omdat hij een moeilijke verhouding met theologen had.<sup>87</sup> Theologie is voor hem een vakwetenschap als alle andere, terwijl filosofie totaliteitsdenken is, een totaalwetenschap.<sup>88</sup>

## 11 Religieus grondmotief

Wat de religieuze fundering van rechtsbeginselen betreft, heeft Van Eikema Hommes gewezen op het wijsgerige uitgangspunt dat in iedere opvatting over rechtsbeginselen aan het licht komt. Hij stelt – daarmee de rechtsfilosofie van Dooyeweerd in een notendop samenvattend – het volgende:

“Het is de wijsgerige kijk op de plaats van het rechtsaspect in onze tijdelijke werkelijkheid, op de eigen aard daarvan en zijn samenhangen met andere ordeningen, die de theoretische blik op de rechtsbeginselen bepaalt. En aangezien een wijsgerige visie ten diepste gericht wordt door centrale religieuze motieven, die op het centrum van de menselijke persoonlijkheid, het hart,

81 Paul Scholten, “Over den rechtsstaat”, *VG I*, 389, 390.

82 Paul Scholten, “Rechtsbeginselen”, *VG I*, 407.

83 Paul Scholten, “Recht en gerechtigheid”, *VG I*, 315.

84 Paul Scholten, “Recht en gerechtigheid”, *VG I*, 316.

85 Paul Scholten, *Algemeen deel*, 68.

86 Paul Scholten, “Over den rechtsstaat”, *VG I*, 382.

87 Van theologische zijde was er veel kritiek op Dooyeweerds wijsbegeerte.

88 Dooyeweerd, *De Wijsbegeerte der Wetsidee* I, 9 en 33.

inwerken, is uiteindelijk de kijk op de rechtsbeginselen afhankelijk van de religieuze positie van de denker.”<sup>89</sup>

Ik meen dat ook Scholten dit voor zijn rekening zou willen nemen. Bij Dooyeweerd is de ‘religieuze wortel van het denken’ echter, anders dan bij Scholten, een essentieel onderdeel van zijn wijsbegeerte, zoals nog zal blijken. In het al geciteerde interview vervolgt Dooyeweerd, sprekend over Scholtens opvatting van de grondbegrippen van het recht:

“Zoals ik al zei, verschil ik daarin dus volkomen met Scholten, ofschoon ik eigenlijk veel dichter bij hem sta dan bij Meijers. Omdat Meijers iedere beschouwing die het uitgangspunt van de rechtswetenschap in het geloof zoekt, uitdrukkelijk uitschakelt uit de wetenschap. Daar is hij heel positief in en, ja, dat is een volkomen onkritisch standpunt, omdat hij natuurlijk even goed van een geloofsstandpunt uitgaat. Ieder uitgangspunt, waarin een denker de ‘vaste grond’ van zijn denken zoekt, is een geloofsuitgangspunt.”<sup>90</sup>

Meijers hanteert – in de woorden van Dooyeweerd – een immanentiefilosofie. Het denken is zichzelf tot vaste grond, in plaats van dat het verankerd is in iets dat buiten het denken is gelegen. Het wetenschappelijke denken is volgens Dooyeweerd echter altijd geworteld in een zogenaamd *grondmotief*. Mensen leven niet alleen in een sociale gemeenschap met anderen, maar ook in een denkgemeenschap. Door de tijd heen kunnen volgens Dooyeweerd in het westerse denken vier zogenaamde *religieuze* grondmotieven of grondthema’s worden onderscheiden die het denken – ook het wetenschappelijke denken – sturen.<sup>91</sup> ‘Religieus’ moet hier in een ruime betekenis worden opgevat en omvat ook atheïstische en agnostische stellingnames. Ieder denken vindt immers zijn wortels in een opvatting over de ‘zintotaliteit’, de samenhang, eenheid en oorsprong van de werkelijkheid en de menselijke ervaring. Dooyeweerd onderscheidt allereerst het Griekse grondmotief van vorm (idee) en materie. Vervolgens het scholastieke, middeleeuwse grondmotief van natuur en genade (bovennatuur), gebaseerd op een synthese tussen Grieks en christelijk denken. Verder het humanistische grondmotief van natuur (beheersing) en vrijheid, ofwel wetenschapsideaal en persoonlijkheidsideaal, waaruit onder meer het (neo)kantianisme ontspruit. Dit is het denken van de moderne tijd (vanaf Hobbes en Descartes), breder dus dan wat tegenwoordig onder ‘humanisme’ wordt verstaan. In deze drie grondmotieven is een voortdurende spanning aanwezig tussen de twee polen. Zo is er in het huma-

89 H.J. van Eikema Hommes, “De rechtsbeginselen volgens de transcendentiaal-empirische methode”, in: *Rechtsbeginselen*, 2<sup>e</sup> druk, G.J. Scholten, D.F. Scheltens & H.J. van Eikema Hommes (Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink, 1983), 33-69, op 35.

90 Van Dunné, Boeles & Heerma van Voss, *Acht civilisten in burger*, 44.

91 De grondmotieven worden onder meer uitgewerkt in *In the Twilight of Western Thought* (Philadelphia: The Presbyterian and Reformed Publishing Company, 1960) en in de uitvoerige inleiding tot de trilogie *Reformatie en scholastiek in de wijsbegeerte* (Franeker: Wever, 1949), waarvan slechts het eerste deel verscheen, dat handelt over het Griekse grondmotief, met de nadruk op Plato.

nistische grondmotief voortdurend een spanning tussen enerzijds het ideaal van vrijheid en autonomie en anderzijds de wetenschappelijke methode van deterministische natuurwetmatigheid en beheersing. Deze dialectische spanning is volgens Dooyeweerd niet aanwezig in het vierde grondmotief, het christelijke grondmotief van schepping, zonde en verlossing. Uit het christelijke grondmotief vloeit de erkenning voort dat het denken niet zelfgenoegzaam kan zijn, maar verankerend nodig heeft in iets dat het denken transcendeert.

Dooyeweerd gaat nadrukkelijk uit van een christelijk grondmotief, meer uitgesproken dan Scholten op dit punt. Het zwakke punt bij Dooyeweerd is mijns inziens dat hij door uit te gaan van een specifieke interpretatie van de christelijke traditie en die als 'Bijbels' te presenteren, geen ruimte laat voor andere benaderingen in diezelfde traditie. Volgens Langemeijer – en ik meen dat hij daarin gelijk heeft – is het juist de minder nadrukkelijke band tussen *specifieke* geloofsovertuiging en recht die Scholtens denken toegankelijk maakt voor een breed publiek.<sup>92</sup> Scholten laat veel open en spreekt over het geloof doorgaans als individuele grenservaring, hoewel hij nooit zijn christelijke levensovertuiging heeft geloofd.<sup>93</sup>

## 12 Dooyeweerds denkkritiek

Wat de verhouding tussen recht en levensbeschouwing betreft, lijken Scholten en Dooyeweerd – het zojuist genoemde punt van verschil daargelaten – oppervlakkig gezien veel gemeen te hebben. Er is echter een belangrijk verschil, dat door Van Eikema Hommes wordt uitgewerkt.<sup>94</sup> Volgens hem ligt het kentheoretisch verschil tussen Dooyeweerd en Scholten hierin

“dat Scholten op een uitwendige wijze zijn rechtswijsgerige visie op de rechtsbeginselen met het bijbelse geloof verbindt – uitwendig, bedoeld in de zin dat hij zich geen rekenschap geeft van het innerlijke aanknopingspunt tussen zijn wijsgerige kijk en zijn religieuze uitgangspunt, terwijl Dooyeweerd dit innerlijk verband met behulp van een radicale transcendentale kritiek van de wetenschappelijke denkhouding heeft onderzocht.”<sup>95</sup>

92 G.E. Langemeijer, *Geschiedenis der Nederlandse rechtswetenschap*. Deel VI. De wijsbegeerte des rechts en de encyclopaedie der rechtswetenschap sedert 1880 (Amsterdam: Noord-Hollandse Uitgevers Mij, 1963), 71.

93 Aan het eind van zijn afscheidsrede als hoogleraar sprak hij: “Gij weet, dat ik een man ben van positief-Christelijke, reformatorische overtuiging.” (Paul Scholten, “Afscheidsrede”, *VG I*, 505.)

94 Verwijzingen door Van Eikema Hommes naar Scholten zijn met name te vinden in H.J. van Eikema Hommes, “De rechtsbeginselen volgens de transcendentiaal-empirische methode”, in: *Rechtsbeginselen*, 2<sup>e</sup> druk, G.J. Scholten, D.F. Scheltens & H.J. van Eikema Hommes (Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink, 1983), 33-69. Zijdelingse verwijzingen zijn te vinden in H.J. van Eikema Hommes, *Hoofdlijnen van de geschiedenis van de rechtsfilosofie*, 2<sup>e</sup> druk (Deventer: Kluwer, 1981), 166, 225. Uitgebreide verwijzingen, zij het op detailpunten, zijn te vinden in Van Eikema Hommes, *De elementaire grondbegrippen der rechtswetenschap*.

95 Van Eikema Hommes, “De rechtsbeginselen volgens de transcendentiaal-empirische methode”, 37.

Om te begrijpen wat Van Eikema Hommes hiermee bedoelt, dient kort te worden ingegaan op Dooyeweerds denkkritiek.

In Dooyeweerds latere werk is een nadruk komen te liggen op een kritiek van het theoretische (wetenschappelijke) denken, zoals doorklinkt in de titel van de vertaling en uitbreiding van Dooyeweerds hoofdwerk (jaren vijftig): *A New Critique of Theoretical Thought*.<sup>96</sup> Dooyeweerd spreekt over een “transcendentale kritiek van het theoretische denken”, dat wil zeggen een onderzoek naar de mogelijkheidsvoorwaarden van wetenschap. Met zijn transcendentale kritiek wil hij aantonen dat ieder denken een noodzakelijk ankerpunt heeft dat niet in het denken zelf gelegen kan zijn. Dit ‘Archimedische punt’ is religieus van aard.

Sommige filosofen verzetten zich tegen Dooyeweerds denken vanuit de stelling dat filosofie niet religieus kan zijn, omdat zij dan niet neutraal is. Deze vermeende neutraliteit van het denken is volgens Dooyeweerd echter een van de dogma’s van veel verlichtingsfilosofie. Dooyeweerd op zijn beurt stelt dat alle wijsgerige denken uitgaat van een religieus vooroordeel, waarbij ‘religieus’ dus in een ruime betekenis moet worden opgevat.

De mens participeert (functioneert) in alle aspecten van de werkelijkheid, maar zijn ‘ik’ is tot geen ervan te herleiden. Het ‘ik’ wordt door Dooyeweerd ook wel het *hart* genoemd, het centrum van het mens-zijn, de religieuze kern. De mens reflecteert ermee op zichzelf. Het hart is het Archimedische punt van waaruit de verscheidenheid in de ervaringswereld tot eenheid wordt gebracht. Het is via het hart dat de mens zich verhoudt tot God. Hier komen, in de lijn van Augustinus en Calvijn, zelfkennis en godskennis bij elkaar. Het ‘ik’ is niet te herleiden tot de logisch-analytische functie van de mens. Het logisch-analytisch vermogen is slechts een van de menselijke functies.

Het ‘ik’ van de mens heeft onder andere de mogelijkheid om wetenschap te bedrijven, namelijk door het denken (de logisch-analytische functie) te richten op een aspect van de werkelijkheid. Hierdoor ontstaat een *Gegenstand*-relatie.<sup>97</sup> In deze wetenschappelijke denkhouding wordt geabstraheerd van de alledaagse ervaringswerkelijkheid, die zich als een eenheid aan ons voordoet. Een aspect wordt uit de samenhang van de aspecten gelicht. Omdat hierbij altijd een abstractie plaatsvindt, kan wetenschappelijke kennis nooit een ‘hogere’ vorm van kennis zijn dan de alledaagse werkelijkheidservaring.

Wetenschap is dus abstraheren. Wat nu wetenschappelijk wordt uiteengelegd (analyse), moet ook weer worden samengevoegd (synthese). Bij deze synthese spelen eveneens opvattingen over samenhang, eenheid en oorsprong van de werkelijkheid noodzakelijk een rol.

96 R. van Woudenberg, “H. Dooyeweerd”, in: *Kritisch denkerslexicon*, losbladig, red. H.J. Achterhuis e.a. (Alphen aan den Rijn: Samson, 1986-).

97 Dooyeweerd, *De Wijsbegeerte der Wetsidee* II, 364.

### 13 Recht, moraal en geloof

Nauw samenhangend met levensbeschouwing spreken Scholten en Dooyeweerd over recht en moraal, geloof en liefde. Voor Dooyeweerd geldt: zonder recht kan er geen moraal zijn. Morele normen mogen en kunnen niet in strijd zijn met de constitutieve beginselen van de rechtsorde. Moraal is een specifieke vorm van normativiteit, niet de basis voor juridische normativiteit. In het denken van Dooyeweerd zit in ieder aspect aan de normzijde van de werkelijkheid normativiteit besloten. Het overtreden van een logische, taalkundige of economische norm is geen morele overtreding, evenmin als de overtreding van een juridische norm. Slechts binnen een rechtsorde is de ontplooiing van moraliteit mogelijk. Er is ook wel degelijk recht zonder moraal. Primitieve rechtsordes, bijvoorbeeld formalistisch, ontwikkelde rechtsordes, zijn ontsloten naar de moraal en kennen categorieën als goede trouw, billijkheid en schuld. Tenslotte is bij Dooyeweerd het morele aspect, net als de andere aspecten, regelgebonden, te weten: gebonden aan de structuur van het aspect.

Ook Scholten onderscheidt recht van moraal. Recht is gebonden aan regels, is gebonden aan de gemeenschap en wordt met macht gesproken.<sup>98</sup> Moraal is een individueel oordeel, het geweten spreekt concreet, het is niet gebonden aan regels. Het gewetensoordeel is uiteindelijk irrationeel (of beter: a-rationeel of buiten-rationeel). Hoewel rechtsoordeel en zedelijk oordeel volgens Scholten niet tot elkaar te herleiden zijn, wortelen ze wel beide in de moraal.<sup>99</sup> Voor Scholten begint recht dan ook bij moraal, precies het tegengestelde van Dooyeweerd dus. Van Eikema Hommes spreekt van een ethicistisch wetsbegrip bij Scholten.<sup>100</sup> De kritiek van Dooyeweerd zou zijn dat het onderscheid tussen recht en moraal bij Scholten slechts uitwendig blijft.

De verhouding tussen recht, moraal en geloof bij Dooyeweerd is complex. Ik doe een poging tot uiteenzetting. In het morele aspect draait het volgens Dooyeweerd om de liefde. Het gaat hier niet om een specifiek christelijke liefde, maar om algemene naastenliefde in de tijdelijke werelddoelstelling, zoals echtelijke liefde, ouder- en kinderliefde en vaderlandsliefde, maar ook solidariteit en vriendschap, onderscheiden naar de verschillende samenlevingsverbanden. De morele liefde op haar beurt ontvangt haar richting uit het geloof, zoals dat tot ontwikkeling kan komen in de menselijke geloofsfunctie. De geloofsfunctie is de grensfunctie van de menselijke ervaringswereld en is rechtstreeks op de religieuze kennis van het hart betrokken.<sup>101</sup>

De morele liefde dient volgens Dooyeweerd te worden onderscheiden van het centrale liefdegebed God lief te hebben boven alles en de naaste als onszelf

98 Paul Scholten, "Recht en moraal", *VGI*, 292.

99 Paul Scholten, "Recht en moraal", *VGI*, 295.

100 H.J. van Eikema Hommes, *De betekenis van de algemene rechtsbeginselen voor de rechtspraktijk* (Calvinistische Juristen Vereniging, 3 mei 1967), 5.

101 Van Eikema Hommes, *De elementaire grondbegrippen der rechtswetenschap*, 493-496.

(Math. 22).<sup>102</sup> Dit religieuze liefdegebod is geworteld in het hart, het 'ik'. Het werkt door in alle aspecten van de werkelijkheid. Dat deze liefde onderscheiden is van de tijdelijke, morele liefde, kan alleen al hieruit blijken dat morele liefde en morele plichten evenredigheid en maat nodig hebben, omdat naastenliefde anders ongeordend sentimentalisme wordt.<sup>103</sup> De tien geboden en de Bergrede zijn voor Dooyeweerd geen morele normen, maar geloofsnormen, die weliswaar invloed hebben op de richting van morele normen, maar als zodanig geen morele of juridische normen zijn.

Bij Dooyeweerd is de morele liefde niet van hoger orde dan het recht. Het gaat immers om twee aspecten die naast elkaar blijven bestaan. De ontsluiting van het juridische naar het morele is geen afschaffing van het juridische, maar een verdieping en verfijning ervan. Rechtsethische principes blijven juridisch van karakter. Recht wordt geen moraal. De juridische moraal is gericht op gerechtigheid in juridische zin, niet op absolute, religieuze gerechtigheid.<sup>104</sup> Volgens Dooyeweerd mogen recht en liefde niet tegenover elkaar worden gesteld. Bij Scholten bestaat er echter een (dialectische) spanning tussen recht en liefde. Het recht is er vanwege de gebrokenheid. Het zou er eigenlijk niet moeten zijn. Het leidt af van het ethische, omdat het algemeen moet zijn. Liefde uit zich in een ethische beslissing en is noodzakelijk individueel en concreet. De gemeenschap vraagt het recht, de individuele mens (de persoonlijkheid) dient de liefde te volgen.<sup>105</sup> Cru gesteld kan de rechter bij Scholten dus zeggen: "Ik heb u lief, maar helaas, ik moet rechtspreken." Bij Dooyeweerd zou het eerder zijn: "Ik heb u lief, dus ik spreek recht."

## 14 Spanningen

Het is te eenvoudig om Dooyeweerds analyse tegenover de worsteling van Scholten te plaatsen. Zoals gezegd, is Dooyeweerds denken structuurdenken, terwijl Scholtens denken concreet billijkheidsdenken is. Waar de filosoof Dooyeweerd in zijn studeerkamer de werkelijkheidsstructuur probeert te analyseren, zit de jurist Scholten op de stoel van de rechter in een concrete zaak, in de volle werkelijkheid, met inzet van de hele persoonlijkheid, hier en nu. Bij Scholten ontstaan de spanningen tussen recht en liefde, gemeenschap en persoonlijkheid, macht en gezag, geweten en regel. In Dooyeweerds analyse duiden dergelijke spanningen op verwarren van wetskringen, in Scholtens rechtsvinding duiden ze op de gebrokenheid van de wereld.

Waar Scholten mijns inziens sterk in is, is de dieptepsychologie van de rechter. Hij laat zien welke lagen allemaal worden aangeboord bij een rechter die in een concrete zaak gewetensvol, werkelijk recht wil spreken. Het gaat niet alleen om de (geschreven) wet, maar ook om (ongeschreven) recht. De rechter stuit (in som-

102 Van Eikema Hommes, *De elementaire grondbegrippen der rechtswetenschap*, 91-92.

103 Herman Dooyeweerd, "Over de methode en begripsvorming in de rechtswetenschap", *RMThemis* (1953): 298-339, 333.

104 Van Eikema Hommes, *De elementaire grondbegrippen der rechtswetenschap*, 481-496.

105 Paul Scholten, "Recht en liefde", *VG I*, 183.

mige zaken) op buitenwettelijke normen. Die normen wortelen in beginselen van recht en samenleven. Die beginselen raken aan morele overtuigingen, aan 'hoger macht die spreekt'. De eisen van de gemeenschap kunnen dan botsen met de liefde voor de persoon. Een concreet geval moet onder een algemene wet worden gebracht en dat kan wringen, want ieder geval is anders. Iedere beslissing voegt ook iets toe aan het recht. Een rechtsoordeel is uiteindelijk een sprong. Het geweten van de rechter gaat hier meespelen. Scholten schrijft:

“Naar de gevoelszijde van ons geestesleven raakt het rechtsoordeel tegelijk de intuïtieve scheiding tussen goed en kwaad, het zedelijk oordeel en het beleven der gemeenschap, waarin dit recht moet worden verwerkelijkt – verstandelijk tegelijk de verantwoording tegenover de gemeenschap en het daarin geldend gezag en tegenover eigen geweten.”<sup>106</sup>

Hier komt alles bij elkaar. Wanneer het geweten gaat meespelen, kan het niet anders dan dat zijn diepste beweegredenen worden aangeraakt. Fundamentele geloofsovertuigingen kunnen niet worden uitgeschakeld. Wanneer we het geweten 'hart' noemen, zijn we weer terug bij Dooyeweerd. Bij Scholten is het spreken van het persoonlijke geweten het a-rationele moment, bij Dooyeweerd is dat de doorwerking van het persoonlijke geloof in het hart, waarop hij vrijwel niet reflecteert.

## 15 Conclusies

In het voorgaande heb ik een aantal punten van overeenkomst en van verschil tussen het denken van Scholten en Dooyeweerd uitgewerkt. Centraal stond de verhouding van levensbeschouwing en recht. Daarbij zijn ook rechtswetenschappelijke methode, rechtsopvatting, moraal en geloof aan bod gekomen. Het meest opvallende punt is dat Dooyeweerd vanuit zijn structuuranalyse van de werkelijkheid komt tot het onderscheiden van het recht als een aspect van de werkelijkheid, met terugverwijzingen en vooruitverwijzingen naar andere aspecten. Scholten lijkt wat dat betreft op verschillende sporen te zitten, waarbij een duidelijke analyse van het juridische als zodanig ontbreekt. Rechtscategorieën zijn voor hem logisch-rationeel, rechtsbeginselen zijn zedelijk van aard. Het recht zelf is een sociaal verschijnsel. Hier speelt de hiërarchie van recht, rechtsbeginselen, moraal, geweten en evangelie een rol. In de rechtsvinding kan, zeker waar het *hard cases* betreft, levensbeschouwing nooit worden uitgeschakeld. Bij Scholten ontstaan er ook spanningen tussen de eisen van recht en liefde, persoonlijkheid en gemeenschap. Scholtens personalistische wijsbegeerte staat hier tegenover (of naast) Dooyeweerds wijsgerige structuuranalyse. Waar bij Dooyeweerd analytische helderheid het sterke punt is, is dat bij Scholten de diepteboring en de uiteenzetting van dilemma's van concrete rechtsvinding. Daarnaast lijkt Dooyeweerds analyse

106 Paul Scholten, *Algemeen deel*, 132.

van het recht als aspect van de werkelijkheid me een buitengewoon uitdagende gedachtegang voor de rechtswetenschap.

De taal van Scholten en Dooyeweerd en de toon in hun werk kunnen in het rechtswetenschappelijke debat anno 2010 wellicht wat archaisch aandoen. Toch meen ik dat hun denken actuele relevantie heeft. Ik noem een aantal punten. Allereerst benadrukken Scholten en Dooyeweerd dat het werk van de jurist geen levensbeschouwelijk neutrale bezigheid is. Recht is geen technisch-beheersmatig instrument, maar heeft alles te maken met de fundamenteën van het mens-zijn en het samenleven, of die nu in religieuze termen worden uitgedrukt of niet. Ook de rechtswetenschapper zou zich daar dus mee bezig moeten houden. In de tweede plaats is het recht niet te reduceren tot taal, economie of sociale omgang. Het recht kent een eigen normativiteit die bij een dergelijke reductie uit het oog wordt verloren. Daarom dienen hulpwetenschappen als rechtseconomie, rechtspsychologie of rechtssociologie ook *hulpwetenschappen* te blijven en niet hun normativiteit aan het recht op te dringen. Ten derde wortelt recht in beginselen die het verankering en duurzaamheid geven. Het opsporen en actualiseren van die beginselen is een taak voor de jurist en specifiek voor de rechtswetenschapper. Het gegeven dat de beginselen *gevonden* dienen te worden, heeft implicaties voor de methode van de rechtswetenschap. Een positivistische benadering volstaat in ieder geval niet, ook al kunnen rechtsbeginselen nooit zonder het positieve recht worden opgespoord. Ten slotte komt de rechtswetenschap een eigen plaats toe te midden van de wetenschappen. Zij onderzoekt – Dooyeweerd heeft dit duidelijker geformuleerd dan Scholten – een eigen aspect van de werkelijkheid. Daarbij horen eigen methoden, die zich onderscheiden van die van andere wetenschappen.<sup>107</sup>

De actuele relevantie die uit deze (en andere) punten in het werk van beide juristen blijkt, maakt dat er wat mij betreft aan de in de inleiding genoemde overeenkomsten nog één kan worden toegevoegd: Scholten en Dooyeweerd waren beiden grote juristen, wier denken we slechts tot onze eigen schade kunnen negeren.

107 Ik kan daar op deze plaats niet nader op ingaan en verwijs graag naar Carel Smith, “Het normatieve karakter van de rechtswetenschap: recht als oordeel”, *R&R* (2009/af. 3): 202-225.