

## Afshin Ellian, Timo Slootweg en Carel Smith, *Recht, beslissing en geweten. Beschouwingen naar aanleiding van Paul Scholten*

Harry Groenenboom

Afshin Ellian, Timo Slootweg en Carel Smith (red.), *Recht, beslissing en geweten. Beschouwingen naar aanleiding van Paul Scholten* (Kluwer: Deventer, 2010) 314 p.

Vorig jaar verscheen een heruitgave van het werk van de Amsterdamse rechtsgeleerde Paul Scholten (1875-1946) onder de titel *Dorsten naar gerechtigheid*. In dit boek werden de belangrijkste geschriften van Scholten opnieuw uitgebracht. Tot die belangrijkste geschriften behoort onder andere het eerste hoofdstuk van het Algemeen Deel\* van de Asser-serie, waarin Scholten een nog altijd gezaghebbende rechtsmethodologie ontvouwt. Ook behoren daartoe een aantal rechtsfilosofische en theologische geschriften die de achtergrond vormen van Scholtens methodologie. Deze geschriften geven inzicht in Scholtens filosofische en theologische uitgangspunten, en daarmee ook in de wijze waarop Scholtens christelijke levensbeschouwing doorwerkt in zijn visie op het recht. Juristen hebben tot dusver hun aandacht eenzijdig gericht op Scholtens rechtsmethodologie. Zijn levensbeschouwelijke geschriften hebben veel minder aandacht gekregen. Toch kan Scholtens rechtsmethodologie niet los daarvan worden gezien.

Het meest opvallende onderdeel van Scholtens rechtsmethodologie is zijn visie op de rechtsbeslissing. Die is in Scholtens opvatting gebaseerd op het geweten, dat geheel irrationeel is. In laatste instantie weet de rechter zich verantwoordelijk tegenover God, of tegenover bepaalde waarden waarop hij zich uiteindelijk oriënteert. Deze opvatting roept vragen op in het licht van het feit dat het recht algemeen is en om rationele verantwoording vraagt. Als daarbij het methodologisch werk van Scholten dan ook nog eenzijdig wordt gelezen, los van de rechtsfilosofische en theologische uitgangspunten, kunnen misverstanden niet uitblijven. Het is daarom een goede zaak dat in vervolg op de hierboven genoemde heruitgave van Scholtens werk een bundel is uitgebracht waarin Scholtens opvattingen over de aard en grondslag van de beslissing, en de rol van het geweten daarbij, vanuit zijn levensbeschouwelijke geschriften worden onderzocht door wetenschappers van uiteenlopende disciplines. De titel van deze bundel is *Recht, beslissing en geweten*, een uitgave in het kader van het onderzoeksprogramma 'Sociale cohesie, multiculturalisme en globalisering', het rechtstheoretische en rechtsfilosofische onderzoeksprogramma van de rechtenfaculteit (E.M. Meijers Instituut) van de Universiteit Leiden. Het boek valt in twee hoofddelen uiteen. Deel I gaat over het thema recht en geweten, in deel II wordt het onderwerp recht en beslissing nader onderzocht. Het geheel wordt voorafgegaan door een inleidend hoofdstuk van Timo Slootweg.

Harry Groenenboom

Het is een hachelijke onderneming om in algemene termen iets te zeggen over de betekenis van een bundel waaraan mensen vanuit heel uiteenlopende achtergronden en invalshoeken een bijdrage leveren. Witteveen stelt in zijn, overigens zeer lezenswaardige, bijdrage over Scholten en de Amerikaanse jurist Cardozo, dat de geschiedenis van de rechtstheorie kan worden beschreven als een reeks van dialogen die niet plaatsvonden of debatten die op een discussie tussen doven neerkwamen. De bundel bevat inderdaad verschillende bijdragen die als illustratie hiervan kunnen dienen. Dat neemt echter niet weg dat dit boek minstens één belangrijke verdienste heeft. Scholtens methodologisch werk wordt vanuit zijn levensbeschouwelijk werk in een aantal goede bijdragen filosofisch verhelderd. Bij mijn weten is dat nog niet eerder gebeurd.

De filosofische verheldering van Scholtens visie op de rechtsbeslissing laat zich prima illustreren aan de hand van de bijdrage van Timo Slootweg. Slootweg plaatst Scholtens visie op de rechtsbeslissing tegen de achtergrond van wat hij noemt zijn christelijk existentialisme, decisionisme en personalisme. Hij stelt dat Scholten het recht relateert door het te plaatsen tegen de achtergrond van een transcendente zedelijkheid en religiositeit. Daarin ziet hij een variant van het christelijk existentialisme, dat volgens hem een reactie is op de inhumane en depersonaliserende tendensen van het rationalisme dat met de Verlichting grote invloed kreeg. In het personalisme is het persoon zijn de hoogste categorie. De personaliteit ligt ten grondslag aan de ethische verhoudingen ten opzichte van de ander, en vormt ook het fundament ten opzichte van het humane publieke leven. In Scholtens visie, stelt Slootweg, biedt niet de wet maar de theologie het eigenlijke grondleggende perspectief op het recht. Het recht kan worden getypeerd als een wettelijke orde in dienst van de rechtvaardigheid. De wet is vanwege haar algemene en onpersoonlijke karakter een noodzakelijk kwaad. Zij brengt het gevaar met zich over het unieke van elke persoon en situatie heen te zien. 'Het algemeen goede is het kwade.' De gerechtigheid is absoluut, maar altijd en alleen in de concrete situatie. In Scholtens opvatting moet de rechter onvoorwaardelijk gehoorzaam zijn aan God. 'Hier sta ik, ik kan niet anders.' Maar de wijze waarop deze gebondenheid zich verhoudt tot de persoonlijke vrijheid en verantwoordelijkheid van de rechter, is paradoxaal. Gehoorzaamheid aan de onvoorwaardelijke eisen van God betekent namelijk dat men eigen ongebonden vrijheid en verantwoordelijkheid aanvaardt. Men kan de eigen verantwoordelijkheid in oordelen en handelen niet ontlopen door het eigen handelen voor te stellen als een conclusie uit een wettelijke bepaling. Tegelijk is in de sfeer van het recht gebondenheid aan de wet onvermijdelijk. Niet om die te verabsoluteren of zich daarachter te verschuilen. Maar als een hulpmiddel in het kader van wat Slootweg noemt een meer persoonlijke ethiek en rechtsvinding.

Arie-Jan Kwak laat zich in dezelfde zin uit in zijn bijdrage over Scholten en het existentialisme. Hij wijst erop dat typisch existentialistische thema's die in Scholtens werk aanwezig zijn, zoals keuze, vrijheid en verantwoordelijkheid, onderling verbonden zijn door de stelling dat de mens geneigd is zijn handelen te rechtvaardigen in termen van abstracties zoals zijn 'natuur'. Scholtens existentialisme

impliceert dat hij zich van deze neiging bewust is. Dit betekent dat hij zich niet kan en wil verschuilen achter abstracte goddelijke geboden die al dan niet de vorm hebben van kerkelijke dogma's. Er is altijd een kloof die een 'sprong' vereist.

Slootweg en Kwak lossen met hun bijdragen een populair misverstand met betrekking tot Scholtens rechtsbeslissing op. Het wordt vaak zo voorgesteld alsof Scholten door zijn geloof in goddelijke leiding bij het nemen van een beslissing een objectieve zekerheid claimt die een ongelovige niet heeft. Dit misverstand duikt in de hier besproken bundel op in de bijdrage van Hans Nieuwenhuis over de rol van het geweten in de rechtspraak. Vanuit het bovenstaande wordt duidelijk dat gelovigen (in godsdienstige zin) en ongelovigen in hetzelfde schuitje zitten.

René Foqué benadert het werk van Scholten op een heel andere wijze. Hij plaatst het in de context van de jaren 1914-1945 en in de context van de politieke filosofie. Scholten, zo stelt hij, formuleert zijn inzichten 'in de geladen context van de eerste wereldoorlog, het interbellum en de politieke en spirituele crisis van de democratische rechtsstaat aan de vooravond van de tweede wereldoorlog'.

Vervolgens maakt hij een interessante vergelijking tussen Paul Scholten en de Duitse politiek-filosoof Carl Schmitt (1888-1985), die beiden reageerden op de geestelijke crisis van hun dagen. Als punt van overeenkomst ziet hij hun kritiek op de rechtsontwikkeling die gedomineerd werd door wetspositivisme en juridisch instrumentalisme. Foqué ziet een tegenstelling tussen de 'democratische en gematigde Scholten' en de 'autoritaire Schmitt'. Die tegenstelling ziet hij vooral in hun verschillende opvattingen van de rol van de rechtswetenschap. Scholten ziet evenals Schmitt het probleem dat recht en wet geen eenheid vormen, maar Scholten wil dit oplossen door een rijkere en meer complexe invulling van het rechtsbegrip te formuleren. Hij doet dit onder meer door te wijzen op het belang en de functie van rechtsbeginselen voor de ontwikkeling van het recht. Schmitt daarentegen ziet een machtsstrijd tussen de objectieve wil van de wet enerzijds en de subjectieve machtswillen van een veelheid van wetgevers anderzijds. De taak van de rechtswetenschap is in zijn opvatting om, als een laatste 'Asyl des Rechtsbewusstseins' de objectieve wil van de wet vast te stellen tegenover de wetgever en de geïnstitutionaliseerde politieke macht. Met andere woorden: de rechtswetenschap heeft als objectieve wetenschap het laatste woord bij de vraag naar wat recht is.

Foqué wijst verder op de actuele betekenis van Scholtens pleidooi voor de rechtsvormende kracht van rechtsbeginselen. Hij stelt dat in zijn rede 'Rechtsbeginselen' uit 1935 reeds alle ingrediënten aanwezig zijn van het latere beginselendenken zoals dat onder andere is uitgewerkt door Ronald Dworkin. Scholtens visie op rechtsbeginselen slaat een brug tussen rechtspositivisme en natuurrecht, omdat die rechtsbeginselen in Scholtens visie een rol spelen juist bij de historische vorming van dat positieve recht. Aan de ene kant ziet hij rechtsbeginselen als onderdeel van het geldende recht, tegelijk geven zij richting aan de ontwikkeling van het recht. Foqué typeert de strekking van Scholtens opvatting over rechtsbeginselen als volgt: elke rechtsorde moet keuzes maken omtrent de onderlinge verhou-

Harry Groenenboom

ding van persoon en gemeenschap, gelijkheid en gezag, om uiteindelijk de scheiding tussen goed en kwaad in het recht in het vizier te krijgen.

Verder wijst Foqué op het belang van het dialogische denken van de joodse filosofen Ferdinand Ebner en Martin Buber op wat hij noemt Scholtens personalistische mens- en maatschappijbeeld. In het dialogische denken kan het ik-bewustzijn van de mens alleen worden begrepen als antwoord op een aanspraak die van de ander uitgaat. De ik-gij-relatie is het centrale gegeven van waaruit de dialogische filosofie nadenkt over mens en samenleving. Voor Scholten betekent dit dat de mens als burger niet een op zichzelf staand individu is, maar altijd moet worden gezien als persoon in gemeenschap. 'Zo begrepen, wordt in een dialogisch en personalistisch perspectief burgerschap en rechtssubjectiviteit weer gefundeerd in de menselijke existentie zelf: recht maakt deel uit van de *human condition*'.

Uit het bovenstaande moge blijken dat het denken van Scholten over het recht nog altijd een verrassende actualiteit heeft. Van Scholten kunnen wij leren dat de personen die het recht toepassen, daarmee onvermijdelijk ook een eigen bijdrage leveren aan de ontwikkeling van dat recht. Tegen de achtergrond van de kleine vragen die in een doorsnee civielrechtelijke zaak aan de orde zijn, lijkt de nadruk die Scholten legt op de morele verantwoordelijkheid van de rechter wat overdreven. Maar tegen de achtergrond van de politieke en maatschappelijke ontwikkelingen in Nederland en Duitsland in de jaren dertig en veertig van de vorige eeuw is die nadruk volkomen op zijn plaats.

Scholtens theologische benadering van het recht roept overigens associaties op met de stelling van de Franse filosoof Derrida dat de begrippen van het politieke volgens welke wij leven gesecculariseerde theologische begrippen zijn. Maar dit geheel terzijde.

Er zijn mijns inziens wel vragen te stellen bij de claim dat Scholten een existentialist of personalist is, al dan niet in combinatie met joods dialogisch denken. In zijn eerste levensbeschouwelijke betoog, 'Recht en levensbeschouwing' uit 1915, wijst hij het theologische werk *Het christelijke leven* van de ethische theoloog P.D. Chantepie de la Saussaye (1848-1920) aan als een belangrijke bron van zijn denken. Daarin zie ik een aanwijzing dat Scholtens kennisname van existencialistische en personalistische filosofie is bemiddeld door de ethische theologie. Nader onderzoek naar de bronnen van Scholtens denken kan daarover uitsluitsel geven. *Recht, beslissing en geweten* laat zien dat het werk van Scholten wetenschappelijk onderzoek meer dan waard is!