

# De gewetensbeslissing in Scholtens rechtsmethodologie

Jos Vleugel

## 1. Inleiding

Over de gewetensbeslissing in het werk van Paul Scholten (1875-1946) lopen de opvattingen sterk uiteen. Er zijn auteurs die Scholtens voorstelling van de subjectieve gewetensbeslissing in de rechtsvinding beamen,<sup>1</sup> er zijn er die haar problematisch vinden<sup>2</sup> en er zijn auteurs die het belang ervan afzwakken en haar slechts een bijzaak vinden die afleidt van wat zij beschouwen als de ‘zakelijke’ kern van zijn rechtsmethodologie.<sup>3</sup>

In de literatuur worden diverse bezwaren tegen Scholtens visie op de gewetensbeslissing naar voren gebracht. Zo wordt gesteld dat gewetensbeslissingen in de rechtspraak kunnen leiden tot politieke oordelen van de rechter. De rechterlijke subjectiviteit wordt wel gerelateerd aan bepaalde recente rechterlijke uitspraken, zoals Urgenda en de zaak over de terugkeer van vrouwen en kinderen uit IS-kampen,<sup>4</sup> waarvan sommige auteurs vinden dat ze een te sterk politiek karakter dragen.<sup>5</sup> De onderliggende redenering lijkt dan te zijn dat dergelijke vermeende politieke uitspraken, waarbij er sprake is van een vage rechtsbasis (de uitspraak heeft maar een zwak verband met de voorgaande norm of is er niet duidelijk uit af te

- 1 T. Slootweg: ‘Over de grondslag van de beslissing’, *Recht, beslissing en geweten* (Deventer: Kluwer 2010), 3; W. Borst, ‘Het Algemeen Deel van Paul Scholten’, *Radix* 2007 33(4), G. Boogaard, ‘De evangelische suspensie van het juridische. Paul Scholten en Søren Kierkegaard’, in *Recht en Persoon. Verkenningen in de rechtstheologie van Paul Scholten*, B. Hengstmengel en T. Slootweg (Deventer: Akkermans & Hunink 2013), 175-187; B. Hengstmengel, ‘Paul Scholten en Herman Dooyeweerd: het gesprek dat nooit plaatsvond’, *R&R* 2010/1.
- 2 C. Smith, ‘Fenomenologie van de gewetensbeslissing: twee varianten’, in *Recht, beslissing en geweten*, A. Ellian, T. Slootweg, C. Smith (Deventer: Kluwer 2010); J.E. Soeharno, ‘Over rechterlijke intuïtie. Paul Scholtens intuïtieleer en een alternatief model van Aristoteles’, *R&R* 2005/3; J.E. Soeharno, ‘De moed tot onpartijdigheid’, AA20200942, 945; J.H. Nieuwenhuis, ‘Luistert het recht naar de stem van het geweten?’, in *Recht beslissing en geweten*, A. Ellian A., T. Slootweg, C. Smith, (Deventer: Kluwer 2010), 131-146.
- 3 Te noemen zijn de ‘UVA-auteurs’ van het boek *De actualiteit van Paul Scholten*. Daarbij kan in het bijzonder worden gewezen op de bijdrage van Maris die destijds het Scholtenonderzoek aan de UVA leidde. Zie C.W. Maris, ‘Inleiding: De derde man. Over de actualiteit van Paul Scholten’, in *De actualiteit van Paul Scholten*, C. Lissenberg e.a., (Nijmegen: Ars Aequi libri 1996), 25.
- 4 J.E. Soeharno, ‘De moed tot onpartijdigheid’, AA20200942, 943. Zie voor IS-zaak: Rb. Den Haag 11 november 2019, ECLI:NL: RBDHA:2019:11909. Zie ook gerechtshof Den Haag 22 november 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:3208 en HR 26 juni 2020, ECLI:NL:HR:2020: 1148.
- 5 Zie bijvoorbeeld L.F.M. Besselink over de Urgenda-zaak: ‘Rechter en politiek: Machtenscheiding in de Urgenda-zaak’, *TvCR* 2020/2. Besselink wijst op de motivering van de Hoge Raad, waarin de Urgenda-zaak wordt gekwalificeerd als een ‘uitzonderlijke situatie’ (r.o. 8.3.4) op grond waarvan het Hof tot zijn uitspraak kon komen. Overigens legt Besselink geen expliciet verband met het geweten van de rechter. Zie 145, 146.

leiden<sup>6</sup>), het gevolg zijn van een rechter die op verhullende wijze zijn geweten laat spreken.<sup>7</sup>

Een ander bezwaar betreft de moeilijkheid om rechterlijke oordelen die zijn gebaseerd op een gewetensbeslissing te verifiëren.<sup>8</sup> Door de individuele verankering van het rechterlijk oordeel in het geweten valt dit oordeel niet te falsifiëren, zo luidt de kritiek. Deze kritiek is ook urgent met het oog op toekomstige ontwikkelingen op het terrein van rechtsvinding, waarbij met name gedacht kan worden aan rechtsvinding door middel van de inzet van kunstmatige intelligentie. De vraag is dan of computersoftware in staat is om zuiver intuïtieve morele oordelen aan te leren.<sup>9</sup>

Verder is er het bezwaar dat de innerlijke binding van de rechter aan zijn geweten er weliswaar voor zorgt dat er geen sprake is van willekeur in de relatie van de rechter tot zijn geweten, maar dat niet uitgesloten is dat die innerlijke binding wel voor derden, voor de partijen willekeurig werkt.<sup>10</sup> In dat kader wordt ook de vraag gesteld hoe de rechter kan weten dat zijn intuïtieve oordeel werkelijk die van het geweten is, en niet één die door eigenbelang, vooroordeel of zinsbegoocheling is ingegeven.<sup>11</sup>

Ten slotte valt het bezwaar te noemen dat Scholtens beschrijving van de rol van het geweten in de rechtspraak te veel is bepaald door zijn christelijke geloof. De kritiek is dan dat Scholtens begrip van het geweten alleen een leidraad kan zijn voor christelijke juristen.<sup>12</sup>

In dit artikel analyseer ik Scholtens voorstelling van de gewetensbeslissing en vraag ik aandacht voor een aantal accenten in zijn werk die naar mijn overtuiging nieuw licht werpen op bovengenoemde bezwaren. Mijn analyse is als volgt opgebouwd: In paragraaf 2 wordt eerst stilgestaan bij de rol die Scholten voor het geweten in de rechtspraak voor ogen heeft. Dan volgt een bespreking van de gronden waardoor volgens Scholten het geweten bepaald kan zijn (par. 3). In het verlengde

6 Vgl. M. van den Berg & L. Ebben, 'De staat van de rechtspraak: verslag van de najaarsvergadering 2019 van de Nederlandse Vereniging voor Procesrecht', *TCR* 2020/2, 61-63.

7 T. Van Malssen, 'Over gewetensbeslissingen en het probleem van subjectiviteit bij rechterlijke oordeelsvorming', *TvRRB* 2020/2, 20, 22.

8 J.E. Soeharno, 'Over rechterlijke intuïtie. Paul Scholtens intuïtieleer en een alternatief model van Aristoteles', *R&R* 2005/3, 241; N.F. van Manen, 'Rechtsvinding en intuïtie', in *De actualiteit van Paul Scholten*, E. Lissenberg, P.W. Brouwer, F. Jacobs & E. Poortinga, (Nijmegen: Ars Aequi Libri 1996), 67.

9 Vgl. W. Borst, 'De dialectiek bij Paul Scholten: haar aard, oorsprong en bronnen', *NJLP* 2019/1, 64.

10 J.E. Soeharno, 'Over rechterlijke intuïtie. Paul Scholtens intuïtieleer en een alternatief model van Aristoteles', *R&R* 2005/3, 241; J.J.H. Bruggink, *Wat zegt Scholten over recht?* (PhD diss. UU 1983), 111.

11 C. Smith, 'Fenomenologie van de gewetensbeslissing: twee varianten', in *Recht, beslissing en geweten*, A. Ellian, T. Slootweg, C. Smith (Deventer: Kluwer 2010), par. 5.

12 Zie C. Smith, 'Fenomenologie van de gewetensbeslissing: twee varianten', in *Recht, beslissing en geweten*, A. Ellian, T. Slootweg, C. Smith (Deventer: Kluwer 2010), 17; J.H. Nieuwenhuis, 'Luistert het recht naar de stem van het geweten?', in *Recht, beslissing en geweten*, A. Ellian, T. Slootweg, C. Smith, *Recht beslissing en geweten* (Deventer: Kluwer 2010), 133.

Jos Vleugel

daarvan wordt het geweten van Scholtens ‘goede’ rechter<sup>13</sup> besproken (par. 4). In paragraaf 5 wordt het artikel afgesloten met een conclusie.

## 2. De rol van het geweten in het recht

### 2.1 *Rechtvaardigheid als grondslag van het recht*

Scholten vindt de grondslag van het recht in de gerechtigheid. Hij stelt dat recht uit zijn aard een poging is tot gerechtigheid. Daarbij merkt hij op dat deze poging gedoemd is altijd poging te blijven. Als recht echter geen poging meer is tot rechtvaardigheid dan is het volgens Scholten eigenlijk geen recht meer: ‘Zoodra in het recht de gerechtigheid verloren is gegaan, is datgene verdwenen, waarin zijn hoogere waarde zit, een niet rechtvaardig recht is ten slotte onrecht, en toch kan het recht nooit de gerechtigheid vervullen. Dat is het tragische in het recht.’<sup>14</sup>

Omdat het recht in de visie van Scholten een poging is tot gerechtigheid keert hij zich tegen een rechtspositivisme dat de democratische legitimatie van het recht als enige bestaansgrond van het recht erkent. Een dergelijke opvatting rust volgens Scholten op de vooronderstelling dat de meerderheid gelijk heeft omdat zij meerderheid is. Dat kan volgens hem alleen worden beweerd indien men alle toetssteen van wat recht is prijsgeeft. En dan, zo gaat hij verder, zou men recht gelijkstellen met willekeur, met als consequentie dat de democratie tot tirannie verwordt. Scholten pleit er daarom voor om democratie te begrijpen als een uitweg uit de moeilijkheid van het gebrek aan eenstemmigheid, maar niet als de grondslag van het recht zelf.<sup>15</sup>

De stelling dat recht een poging tot rechtvaardigheid is, impliceert volgens Scholten ook dat rechtsvinding meer is dan het *toepassen* van democratisch tot stand gekomen rechtsregels. Met andere woorden, rechtsvinding is meer dan het interpreteren van rechtsregels en het subsumeren van gevallen onder die rechtsregels. Wat is dit meer?

### 2.2 *In de feiten ligt het recht*

Het antwoord op deze vraag ligt in de waardering van de feiten. Volgens Scholten ligt namelijk in de feiten het recht (*‘jus in causa positum’*). Zijn rechtsmethodologie getuigt van een zeker realisme: recht is pas recht als de rechter op basis van de feiten een uitspraak doet.<sup>16</sup> Dit blijkt ook uit het volgende citaat: ‘Het kan zijn dat de rechter inderdaad de beslissing vindt door het geval onder een regel te brengen [...] doch het kan ook – en het zal zelfs dikwijls zo zijn – dat hij ten slotte iets anders

13 P. Scholten, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Algemeen Deel* (Deventer: Kluwer 1974 [1931]), par. 1.28.

14 P. Scholten, ‘Kenmerken van het recht, *Verzamelde geschriften* (deel I en II) (Zwolle: Tjeenk Willink 1980 [1943]), 118.

15 *Ibid.*

16 Vgl. C. Smith, ‘Fenomenologie van de gewetensbeslissing: twee varianten’, in *Recht, beslissing en geweten*, A. Ellian, T. Slootweg, C. Smith, (Deventer: Kluwer 2010), 5.

doet. Niet een regel houdt hij zich voor ogen, alleen het geval'.<sup>17</sup> Rechtsregels *an sich* lijken bij Scholten nog geen recht maar slechts abstracties die zich lenen voor toepassing.<sup>18</sup>

Scholtens nadruk op de waardering van de feiten is echter niet alleen realistisch van aard maar impliceert ook een fundamentele kritiek op het idee dat het recht gevangen kan worden in bepaalde logische denkschema's. De waardering van de feiten is in de visie van Scholten namelijk niet alleen het beoordelen of een feit valt onder de wettelijke omschrijving in de wet maar veronderstelt ook een morele weging van de feiten. En die morele weging is niet rationeel van aard. Het betreft een intuïtief zedelijk oordeel. Scholten omschrijft dit als een gewetensbeslissing. Een rechter beslist een zaak uiteindelijk op basis van wat zijn morele intuïtie hem naar aanleiding van de feiten ingeeft.<sup>19</sup>

In veel gevallen is de waardering van de feiten echter niet of nauwelijks aan de orde. Dan stelt het geweten weinig eisen aan een rechter. De feiten spreken dan voor zich en kunnen eenvoudig onder de voor de hand liggende rechtsregel worden gebracht.<sup>20</sup> In sommige situaties speelt de waardering van de feiten wel een grote rol. Scholten noemt er in zijn Algemeen Deel drie.<sup>21</sup>

Ten eerste wanneer er op een geval rechtsregels met open en vage normen van toepassing zijn. Dan is er vanwege de vaagheid van de norm voor de rechter veel ruimte om de feiten zo uit te leggen dat ze juist wel of juist niet onder de norm vallen. Ten tweede speelt de waardering van de feiten een rol in gevallen waarvan niet helemaal op voorhand te zeggen is welke rechtsregels van toepassing zijn. De rechter moet dan de feiten onder de juiste regels brengen. Dat vergt ook waardering. De rechter moet de feiten zo uitleggen dat ze juist wel of juist niet onder de juridische norm vallen. In bovengenoemde situaties vindt de rechter op grond van de waardering van de feiten concreet recht voor de betreffende casus.<sup>22</sup> Daarnaast kan de waardering van de feiten met zich brengen dat er niet alleen recht wordt gevonden voor een specifieke casus maar dat het gevonden recht een meer abstract karakter heeft. Dit betreft de derde situatie die Scholten in het kader van de waardering van de feiten onderscheidt. We hebben het dan over een situatie die zich leent voor een redenering naar analogie. Het gaat dan om een geval waarbij de feiten sterke gelijkenis vertonen met de feiten van een ander geval waarvan zonder meer duidelijk is dat een bepaalde rechtsregel van toepassing is. Soms kan dit ertoe leiden dat de rechter op zoek gaat naar een achterliggend rechtsbeginsel om zo het geval dat eigenlijk niet valt onder de rechtsregel op grond van dat rechtsbeginsel

17 P. Scholten, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Algemeen Deel* (Deventer: Kluwer 1974 [1931]), par. 1.2.

18 P. Scholten, 'Kenmerken van het recht, *Verzamelde geschriften* (deel I en II) (Zwolle: Tjeenk Willink 1980 [1943]), 10.

19 Zie ook J.J.H. Bruggink, *Wat zegt Scholten over recht?* (PhD diss. UU) 1983), 149.

20 P. Scholten, 'Kenmerken van recht', *Verzamelde geschriften* (deel I en II) (Zwolle: Tjeenk Willink 1980 [1943]), 7.

21 P. Scholten, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Algemeen Deel* (Deventer: Kluwer 1974, [1931]), par. 1.2.

22 *Ibid.*

Jos Vleugel

toch juridische bescherming te kunnen bieden. De waardering van de feiten brengt dan een rechtsbeginsel met zich. Gesteld kan worden dat er dan op meer abstracte wijze recht is gevonden.<sup>23</sup>

### 2.3 *Scholten's gewetensvolle rechter is geen politiek actieve rechter*

Belangrijk om op te merken is dat de waardering van de feiten dus niet impliceert dat de rechter een oordeel velt over de 'innerlijke waarde of billijkheid der wet' (artikel 11 Wet algemene bepalingen). Om die reden keert Scholten zich af van de term *rechtsvorming*. Zijns inziens voegt de rechter als hij de feiten waardeert geen nieuw recht aan het bestaande recht toe door middel van een verwrongen interpretatie van de reikwijdte of de onderliggende systematiek van rechtsregels. Enkel kan volgens hem worden gesteld dat de rechter nieuw recht 'vindt' in die zin dat hij beslist of op bepaalde feiten een rechtsregel moet worden toegepast en welke rechtsregel dit dan moet zijn.<sup>24</sup> Daarnaast kan hij, in de hoedanigheid van een rechtsbeginsel, recht vinden als het gaat om gevallen die zich lenen voor een redenering naar analogie. Omdat deze rechtsvinding uitsluitend betrekking heeft op de waardering van de *feiten* van het concrete geval wordt daarmee het beginsel van de scheiding der machten geëerbiedigd. Met andere woorden, de rechter gaat niet op de stoel van de wetgever zitten door politieke uitspraken te doen. Het bezwaar dat de aanvaarding van de rol van een subjectieve gewetensbeslissing in het recht de deur open kan zetten voor meer politiek gekleurde rechterlijke uitspraken, zoals dit onder andere naar voren is gebracht door Van Malssen en Soeharno,<sup>25</sup> gaat mijns inziens daarom niet op, althans niet als de gewetensbeslissing op een Scholtenaanse wijze wordt verstaan.

Kan Scholten's opvatting over het gewetensoordeel dan helemaal niet leiden tot politiek gekleurde rechterlijke uitspraken? In beginsel niet. Scholten stelt expliciet dat de rechter bij het zoeken naar recht de wet heeft te eerbiedigen. Het is zijn ogen ongewenst dat de rechter vrijheid wordt gelaten in vragen die direct met principiële tegenstellingen van opvattingen in het volk samenhangen. Dergelijke tegenstellingen behoren volgens Scholten in het parlement te worden uitgevochten en niet door de rechter te worden beslist. Een rechter moet onpartijdig zijn en ieders overtuiging eerbiedigen. Wel erkent Scholten dat de opvattingen van de rechter zijn uitspraken mogen kleuren, maar dit mag slechts een nuance zijn. Een rechter heeft als uitgangspunt te nemen dat hij gehoorzaam is aan de wet.<sup>26</sup>

23 *Ibid.*, par. 1.15.

24 Zie ook P. Scholten, 'Recht en gerechtigheid', *Verzamelde geschriften* (deel I en II) (Zwolle: Tjeenk Willink 1980 [1932]), 303.

25 Zo waarschuwt Van Malssen voor het gevaar van rechtspolitieke oordelen vanwege de aanvaarding van een subjectieve gewetensbeslissing in de rechtsmethodologie. Zie T. Van Malssen, 'Over gewetensbeslissingen en het probleem van subjectiviteit bij rechterlijke oordeelsvorming', *TvRRB* 2020/2, 22, 26, 30; J.E. Soeharno, 'De moed tot onpartijdigheid', *AA20200942*, 947, Vgl. W. Borst, 'Paul Scholten en de "rule of law"', *R&R* 2004/3, 301 en 311.

26 P. Scholten, 'Recht en moraal', *Verzamelde geschriften* (deel I en II) (Zwolle: Tjeenk Willink 1980 [1927]), 287.

Toch heeft voor Scholten deze gehoorzaamheid wel zijn grenzen. In extreme situaties mag en moet de rechter ongehoorzaam zijn aan de wet. Hierbij kan bijvoorbeeld gedacht worden aan een rechter die ten tijde dat in Duitsland het nazi-recht gold, recht moest spreken. In dergelijke omstandigheden kan het conflict tussen het volgen van het geldende recht en het leven naar eigen rechtsovertuiging zo hoog oplopen dat de rechter er op basis van zijn geweten voor kiest ongehoorzaam te zijn. Want, zo stelt Scholten, 'het recht als de hoogste wet is het grootste onrecht'.<sup>27</sup> De gewetensvrijheid is voor Scholten daarom 'grond en grens' van de wet. Uit Scholtens werk wordt duidelijk dat hij dit niet lichtzinnig bedoelt. Wil een rechter besluiten om een uitspraak te doen die haaks staat op de wet, dan moet hij vinden dat er iets ernstig mis is met de wet. In dat geval moet hij zijn verantwoordelijkheid nemen.<sup>28</sup> Deze benadering is goed te verdedigen, niet alleen voor rechters maar voor ieder ander die handelt vanuit een beroep of professie. Ieder mens is uiteindelijk zelf verantwoordelijk voor zijn daden. Een rechter die de wet opvat als een bevel (*Befehl ist Befehl*) ontslaat zichzelf van elke verantwoordelijkheid. Scholtens opvatting is daarom niet controversieel te noemen. Men kan en mag een mens niet laten functioneren als een automaat zonder geweten. Bovendien heeft deze opvatting oude papieren. Reeds in de traditionele sociale contractsleren wordt erkend dat burgers ongehoorzaam mogen zijn wanneer de staat het maatschappelijke contract (de wet) schendt, bijvoorbeeld omdat hij de natuurlijke vrijheden van de burgers niet respecteert. Dan mogen burgers in opstand komen. Vanuit dit klassieke perspectief is Scholtens rechtvaardige, maar aan het gezag ongehoorzame rechter dan ook bepaald geen *novum*.

#### 2.4 De gewetensbeslissing als obstakel voor de objectivering van het recht

Het verlangen van sommige auteurs zoals Van Malssen en Soeharno<sup>29</sup> om met het oog op verificatie het rechterlijke oordeel zoveel mogelijk te objectiveren of te rationaliseren is mijns inziens moeilijk te verenigen met Scholtens rechtsmethodologie. Scholten huldigt namelijk de opvatting dat de irrationele gewetensbeslissing niet van de rechtspraak en daarmee van het recht is los te koppelen.<sup>30</sup> Dat er een onlosmakelijke band is tussen de gewetensbeslissing en rechtspraak komt volgens Scholten doordat rechtspraak altijd een keuze verlangt die alleen gemaakt kan worden op grond van het geweten. Een rechter die doet waarvoor hij is aangesteld maakt volgens Scholten altijd een keuze. Dat is inherent aan zijn taak. Hij moet een *daad* stellen. Een rechter moet kiezen tussen a of b en niet a en b. Scholten is ervan overtuigd dat alleen het geweten ervoor kan zorgen dat een rechter niet besluiteeloos is. Volgens Scholten maakt immers alleen het geweten het mogelijk om op intuïtieve wijze een zedelijk oordeel te vellen, dat wil zeggen een keuze te maken

27 *Ibid.*, p. 288.

28 P. Scholten, 'Gedachten over macht en recht', *Verzamelde geschriften* (deel I en II) (Zwolle: Tjeenk Willink 1980 [1917]), 212.

29 Zie T. van Malssen, 'Over gewetensbeslissingen en het probleem van subjectiviteit bij rechterlijke oordeelsvorming', *TvRRB* 2020/2, 24; J.E. Soeharno, 'Over rechterlijke intuïtie. Paul Scholtens intuïtieleer en een alternatief model van Aristoteles', *R&R* 2005/3, 242.

30 C. Smith stelt in dit verband dat Scholten ons een fenomenologie biedt van het rechtsoordeel. C. Smith, 'Fenomenologie van de gewetensbeslissing: twee varianten', in *Recht, beslissing en geweten*, A. Ellian, T. Slootweg, C. Smith., (Deventer Kluwer 2010), 9.

Jos Vleugel

tussen goed en kwaad, en daarmee tussen een goed en minder goed of slecht rechtsoordeel. Het geweten is volgens Scholten ‘oorspronkelijk gegeven’. Hij stelt: ‘Het verschijnsel dat (...) in ons de beslissing wordt gegeven door een andere dan een zuiver intellectueel bepaalde instantie als plicht tegen neiging strijdt of plicht botst met plicht, kan niemand ontkennen; de waarde daarvan kan alleen hij betwisten die van meening is dat we hier voor illusie of zelfbedrog staan’.<sup>31</sup> Vanwege de beslissende rol van het geweten is het in de visie van Scholten onontkoombaar dat de rechterlijke beslissing een bepaalde mate van subjectiviteit heeft. Hij stelt daarom dat het beter is om de subjectiviteit van het rechtsoordeel te omarmen dan te doen alsof rechtspraak een objectief proces is met een bewijsbare waarheid.<sup>32</sup> De opmerking van Maris, dat de gewetensbeslissing in de rechtsmethodologie van Scholten slechts een bijzaak is die beter achterwege kan worden gelaten,<sup>33</sup> miskent dan ook volledig dat voor Scholten de gewetensbeslissing de kern is van zijn rechtsmethodologie.

Hebben critici zoals Soeharno en Bruggink dan gelijk die waarschuwen dat een gewetensvolle beslissing willekeurig kan uitpakken voor de partijen?<sup>34</sup> Scholten ontkent niet dat dit gevaar er is. Hij stelt dat het geweten zich in slaap kan laten sussen en dat het kan worden omgekocht. Ook erkent hij dat men bevreesd kan zijn voor een gelovige rechter die stelt door een goddelijke stem te worden geleid.<sup>35</sup> In de zienswijze van Scholten is echter uiteindelijk de enkele gewetensbeslissing niet bepalend voor het recht. Het innerlijk zedelijk oordeel alleen maakt geen recht, aldus Scholten. Volgens Scholten vervalt het gevaar voor subjectivisme in het recht vanwege de noodzakelijkheid van de vorming van regels. Hij betoogt dat het recht in tegenstelling tot het gewetensoordeel niet-concreet van aard is. Het gewetensoordeel dringt zich aan de rechter op als een bevel of voorschrift dat altijd concreet van aard is. Het recht daarentegen, zoekt naar regelen, abstracties. Scholten ziet dit niet als een gebrek van het recht maar juist als een tegenwicht tegen de hopeloos uiteenlopende morele opvattingen zoals die in de samenleving aanwezig zijn. Het objectieve regelsysteem vervlakt en vervaagt zijns inziens het gewetensoordeel. Het gewetensoordeel van de rechter moet *achteraf* met juridische argumenten worden onderbouwd, het moet logisch kunnen worden verantwoord vanuit het geldende rechtssysteem. Dit brengt Scholten tot de conclusie dat het rechtsoordeel een synthese is tussen het rationele en het irrationele waarbij het rationele syllogistische redeneren op basis van het geldende regelsysteem een ob-

31 P. Scholten, ‘Recht en moraal’, *Verzamelde geschriften* (deel I en II) (Zwolle: Tjeenk Willink 1980 [1927]), 285.

32 P. Scholten, *Mr. C. Asser’s Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Algemeen Deel* (Deventer: Kluwer 1974 [1931]), par. 1.28.

33 C.W. Maris, ‘Inleiding: De derde man. Over de actualiteit van Paul Scholten’, in *De actualiteit van Paul Scholten*, E. Lissenberg e.a., (Nijmegen: Ars Aequi libri 1996), 25.

34 J.E. Soeharno, ‘Over rechterlijke intuïtie. Paul Scholtens intuïtieleer en een alternatief model van Aristoteles’, *R&R* 2005/3, 241; J.J.H. Bruggink, *Wat zegt Scholten over recht?* (PhD diss. UU 1983), 111.

35 P. Scholten, ‘Recht en levensbeschouwing’, *Verzamelde geschriften* (deel I en II) (Zwolle: Tjeenk Willink 1980 [1915]), 144. Zie ook J.E. Soeharno, ‘Over rechterlijke intuïtie. Paul Scholtens intuïtieleer en een alternatief model van Aristoteles’, *R&R* 2005/3, 14.

jectieve waarborg vormt tegen de irrationaliteit van de gewetensbeslissing van de rechter.

### 3. Waardoor wordt het geweten volgens Scholten bepaald?

#### 3.1 *Een ideaal of naastenliefde?*

Scholten merkt in zijn Algemeen Deel op dat het geweten wordt bepaald door iets wat buiten het geweten ligt. Dit kan 'een idee' zijn dat ons geweten onbewust stuurt of het kan de 'eis' zijn van 'het christelijke geloof'. Helaas moeten we constateren dat Scholten de hierboven genoemde twee opties in het Algemeen Deel maar zeer summier toelicht.<sup>36</sup> Dit is erg onbevredigend. Bovendien maakt het zijn zienswijze een beetje mysterieus. Ook in zijn andere werken gaat Scholten maar beperkt in op de inhoud van het geweten. Desondanks kunnen we op basis daarvan en op basis van de literatuur over Scholten toch wat meer duidelijkheid verschaffen.

#### 3.2 *Egologie*

Slootweg heeft beargumenteerd dat Scholten, wanneer hij het in zijn Algemeen Deel heeft over het geweten dat geleid wordt door een bepaald idee, het dwalende geweten op het oog heeft.<sup>37</sup> Hij stelt dat Scholten daarbij dacht aan de filosofische traditie die probeert het onderscheid tussen goed en kwaad te rationaliseren door middel van nastrevenswaardige idealen en principes. Scholten noemt in zijn Algemeen Deel specifiek het werk van Hegel. Slootweg stelt echter dat we net zo goed aan het gedachtegoed van andere vertegenwoordigers van de rationalistische traditie kunnen denken zoals dat van: Plato, Descartes en Kant.<sup>38</sup> Kenmerkend voor de rationalistische traditie is volgens Slootweg dat de verhouding met de medemens vervangen wordt door een onpersoonlijke ethiek. Voor een duidelijk voorbeeld van een dergelijke onpersoonlijke ethiek wijst hij op de categorische imperatief van Kant. Volgens Kant is 'het goede' de overeenstemming van de maximes van ons handelen en onze oordelen met de wetten en principes van de praktische rede. Het goede handelen is dat wat overeenstemt met de categorische imperatief: men moet alleen handelen volgens die maxime waarvan men tegelijkertijd kan willen dat ze een algemene wet wordt.<sup>39</sup> Het gevaar van Kants ethiek is in de zienswijze van Slootweg dat de heteronomie van het geweten met andere mensen of 'de ander' wordt ontken. Men is niet meer in staat om de ander te ontmoeten, dat wil zeggen niet meer te zien wie hij werkelijk is. Slootweg refereert in dit verband aan de bekende joodse denker Levinas, die een dergelijke ethiek duidt als een *egologie*: het geweten is met zijn wetmatigheden opgesloten in zichzelf en zijn plichtsbefef vormt een barrière om daadwerkelijk de andere mens te ontmoeten.<sup>40</sup>

36 P. Scholten, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Algemeen Deel* (Deventer: Kluwer 1974 [1931]), par. 1.28.

37 T. Slootweg, 'Idee, 'Persoon en ontmoeting bij Scholten', *Radix* 2012, 25.

38 Scholten bespreekt de 'abstracties' van deze filosofen in: 'Beginselen van de samenleving', *Verzamelde geschriften* (deel I en II) (Zwolle: Tjeenk Willink 1980 [1934]), 361.

39 T. Slootweg, 'Idee, Persoon en ontmoeting bij Scholten', *Radix* 2012, 29.

40 E. Levinas, *Het menselijk gelaat. Essays gekozen en gebundeld door A. Peperzak* (Baarn: Ambo 1969).



Jos Vleugel

### 3.3 *Naastenliefde als gezindheid*

Uit andere werken dan het Algemeen Deel blijkt dat Scholten, wanneer hij het heeft over de ‘eis van het christelijke geloof’, specifiek de eis van *naastenliefde* bedoelt. Dit kunnen we bijvoorbeeld afleiden uit het volgende citaat uit zijn artikel ‘Recht en liefde’ waar Scholten ingaat op ‘het probleem’ dat christelijke rechters zich enerzijds moeten houden aan de wet en anderzijds volgens hun geloof willen leven: ‘Het gaat in Jezus’ prediking niet om recht en staat, maar om de ziel, om bekering en wedergeboorte. Maar Jezus’ leer is voor ons probleem wel van belang. De onvoorwaardelijke eis ernst te maken met de *leer der naastenliefde* scheidt de moeilijkheid. Hij zet ons een taak, waarvan wij de voltooiing niet zien’.<sup>41</sup> Scholten meent dus, zo kunnen we uit dit citaat opmaken, dat het christendom eigenlijk helemaal niet gericht is op het recht (en de staat),<sup>42</sup> maar dat het desalniettemin vanwege de leer van naastenliefde wel een appel doet op de rechter.

De eis van naastenliefde resulteert in de zienswijze van Scholten erin dat de christelijke rechter in een spagaat terecht komt: de gemeenschap verdient recht terwijl aan de individuele mens vanwege het liefdesgebod liefde moet worden gegeven. De vraag dringt zich volgens Scholten dan ook op of christenen de tegenstrijdigheid tussen het evangelie en het recht hebben te aanvaarden. Moeten ze accepteren dat de christelijke overtuiging zich niet geheel laat verenigen met de waarden van het recht? Scholten formuleert het volgende antwoord op deze vragen: christenen hebben het recht in de richting der gerechtigheid te dringen, dat wil zeggen dat ze in het recht ruimte voor de liefde moeten maken. Scholten wijst dan ook de optie om met een dubbele moraal te leven radicaal van de hand.<sup>43</sup> Een mens moet volgens hem naar eenheid in zijn moraal streven. Scholtens boodschap is helder. Christenen moeten pogen voor de liefde plaats te maken, gerechtigheid in het recht na te streven. Maar wat betekent dit nu concreet?

Daar kan Scholten geen ondubbelzinnig antwoord op geven, omdat hier volgens hem *in abstracto* geen antwoord op mogelijk is. Scholten benadrukt dat liefde geen leer is. Het is veeleer een *gezindheid*. Een gezindheid die neerkomt op een kritische zelfbeschouwing waarbij men zich afvraagt of men zich laat leiden door mindere nobele motieven zoals haat of zelfzucht of door het liefdevolle beginsel dat men ‘ieder het zijne moet geven’.<sup>44</sup> We verstaan iemand volgens Scholten ‘beter naarmate wij hem liefhebben’.<sup>45</sup> Met andere woorden, we zijn beter in staat om gerechtigheid te vinden als we de ander liefdevol erkennen. Dan zijn we gevoeliger om te begrijpen waarom de situatie is zoals die is en daardoor beter in staat een oordeel

41 P. Scholten, ‘Recht en liefde’, *Verzamelde geschriften* (deel I en II) (Zwolle: Tjeenk Willink 1980 [1917]), 184.

42 Scholten refereert in dit verband o.a. naar Lucas 12 vs. 14. ‘Mensch wie heeft mij tot een rechter over uw gesteld’ en Lucas 20 vs. 25 ‘Geef den keizer, wat des keizers is’.

43 P. Scholten, ‘Recht en liefde’, *Verzamelde geschriften* (deel I en II) (Zwolle: Tjeenk Willink 1980 [1917]), 185.

44 *Ibid.*, 186.

45 *Ibid.*, 286.

te vellen.<sup>46</sup> 'Is de liefde tot ons gekomen, lacht haar milde mond ons toe, voelen wij ons door haar vervuld en vast dan *zijn* we anders, en in onze daden zal dit afstralen. Onze kans op *dwalen* is zooveel geringer geworden.'<sup>47</sup>

Op grond van Scholtens publicaties kan men tot de slotsom komen dat het niet-dwalende, liefdevolle geweten zich niet laat objectiveren of rationaliseren. Objectiviteit en rationaliteit kunnen de liefde niet vangen, daarvoor is zij te existentiëalistisch. Verificatie van een gewetensbeslissing die bepaalt is door de liefde is dan ook niet mogelijk. Bij zijn beschrijving van de liefde plaatst Scholten echter wel een belangrijke kanttekening. We moeten volgens Scholten er voor waken dat we het recht aan de liefde opofferen. De rechter zal volgens Scholten per geval moeten beoordelen of het recht van de gemeenschap toegepast dient te worden of dat de *feiten van het geval* vragen om een meer liefdevolle oplossing die het recht weer een stukje verder richting de gerechtigheid dringt.<sup>48</sup>

#### 4. Een liefdevol gewetensoordeel als universele basis voor rechtspraak?

##### 4.1 Authenticiteit binnen de bandbreedte van naastenliefde

Het aantrekkelijke van Scholtens rechtsmethodologie is dat hij de authenticiteit van de jurist als individu respecteert en daarmee plaats maakt voor 'gerechtigheid'. Scholtens rechtsmethodologie maakt immers in de hoedanigheid van de gewetensbeslissing ruimte vrij voor de meest diepgewortelde overtuigingen van de rechter. In de huidige, door het rechtspositivisme gedomineerde tijd, is het belangrijk te realiseren dat er ook perspectieven op het recht bestaan waarin aan juristen wel ruimte wordt gelaten om het recht te beoefenen zonder dat ze daarbij van zichzelf vervreemd raken. Daartegen kan men echter, zoals Smith en Nieuwenhuis,<sup>49</sup> aanvoeren dat Scholten vooral plaats vrij maakt voor het *christelijke* geweten. Hoezo 'respecteren van de authenticiteit van de jurist' als daarmee alleen christelijke juristen worden bedoeld? De indruk dringt zich dan ook op dat Scholten lijdt aan een zeker 'zwart-witdenken' waarin alleen christenen in staat zijn tot de beste wijze van rechtsvinding. De vraag is of dit ook echt Scholtens oogmerk is. Zou volgens Scholten het geweten van de rechter niet geleid kunnen worden door Allah of Brahman of door bepaalde 'doorleefde' filosofische inzichten?

Het is in dit verband denk ik van belang nogmaals te benadrukken dat Scholten wanneer hij het heeft over de eis van het christelijke geloof, specifiek de *eis* van naastenliefde bedoelt. Daaruit kunnen we opmaken dat Scholten niet vond dat het geweten van een rechter zich zou mogen laten leiden door elke willekeurige (god-

46 P. Scholten, 'Gerechtigheid en recht', *Verzamelde geschriften* (deel I en II) (Zwolle: Tjeenk Willink 1980 [1918]), 216.

47 P. Scholten, 'Recht en liefde', *Verzamelde geschriften* (deel I en II) (Zwolle: Tjeenk Willink 1980 [1917]), 186.

48 *Ibid.*, 183.

49 Zie C. Smith, 'Fenomenologie van de gewetensbeslissing: twee varianten', in *Recht, beslissing en geweten*, A. Ellian, T. Slootweg, C. Smith, (Deventer: Kluwer 2010), 17; J.H. Nieuwenhuis, 'Luistert het recht naar de stem van het geweten?', in: *Recht beslissing en geweten*, A. Ellian, T. Slootweg, C. Smith, (Deventer: Kluwer 2010), 133.

Jos Vleugel

delijke) ‘stem’. Nee, het gaat om de stem die oproept tot naastenliefde. Die moet worden gehoorzaamd. Stemmen die tot iets anders oproepen dan naastenliefde moet de rechter volgens Scholten in zijn geweten juist proberen het zwijgen op te leggen. Boogaard maakt dan ook een terecht punt wanneer hij stelt dat Scholtens goede rechter geen ‘onwankelbaar orakel is dat aan Bijbelse rechtspraak’ doet.<sup>50</sup> Immers, de Bijbel en dan met name het Oude Testament bevat genoeg passages die op een zodanige wijze kunnen worden verstaan dat ze juist niet aanzetten tot naastenliefde.

Wat mij betreft gaat de lezing van Boogaard niet ver genoeg. Hij lijkt – overigens net als alle andere auteurs die ik heb geraadpleegd – Scholtens ‘eis van het christelijke geloof’ exclusief te plaatsen in de sleutel van het christelijke geloof. Dat is natuurlijk logisch omdat Scholten hier ondubbelzinnig aan refereert maar het feit dat Scholten zo expliciet spreekt van een *eis* in plaats van dat hij eenvoudigweg alleen zou spreken over het christelijke geloof wekt bij mij de indruk dat hij niet uitsluit dat de stem van naastenliefde ook teruggevonden kan worden bij andere religies, levensovertuigingen en filosofieën. Nergens stelt Scholten expliciet dat dit niet zo is. Vermoedelijk zou Scholten er ook geen bezwaar tegen hebben als deze eis van naastenliefde gehoor zou vinden in het kader van een geweten dat gericht is op een andere godsdienst, levensovertuiging of filosofie. Hij zou daar wellicht geen bezwaar tegen hebben omdat vanuit zijn perspectief een rechter die door naastenliefde geleid wordt uiteindelijk altijd wel uit zou komen bij Jezus. Met andere woorden, een dergelijke rechter zou door het bewandelen van de weg van naastenliefde vanzelf bij Christus zelf uitkomen. In Scholtens christologisch wereldbeeld kan naastenliefde namelijk alleen maar afkomstig zijn van Jezus. Immers, zo zou Scholten ongetwijfeld beamen, de liefde, waarheid van het christendom, is niet in onszelf gelegen. Die waarheid is ‘in geen mensenhart opgekomen’ (1 Kor. 2: 9).

#### 4.2 *Naastenliefde als een op zichzelf staand fenomeen*

Gesteld kan worden dat Scholtens opvatting over de wijze waarop een rechter zich kan laten leiden door zijn geweten inderdaad ruimte laat voor een authentiek geluid. Die authenticiteit dient zich echter te uiten binnen de bandbreedte van de naastenliefde. Als ik het goed zie, wordt Scholtens rechtsmethodologie niet gekleurd door een ‘antithese’ tussen de christelijke levensbeschouwing en andere (seculiere) levensbeschouwingen.<sup>51</sup> Hoewel Scholten naastenliefde typeert als *de eis* van het christelijke geloof betekent dit niet dat hij ontkent dat naastenliefde een op zich zelf staand fenomeen is. Hij ontkent niet dat het geven van liefde een algemeen menselijke eigenschap is. Daardoor behoudt zijn rechtsmethodologie mijns inziens zijn beschrijvende karakter en daarmee ook zijn aanspraak op algemene geldigheid. Immers, het is zeer goed voorstelbaar dat er daadwerkelijk een tweede-

50 G. Boogaard, ‘De evangelische suspensie van het juridische. Paul Scholten en Søren Kierkegaard’, in *Recht en Persoon. Verkenningen in de rechtstheologie van Paul Scholten*, B. Hengstmengel en T. Slootweg (Deventer: Akkermans & Hunink 2013), 176.

51 Vgl. B. Hengstmengel, ‘Paul Scholten en Herman Dooyeweerd: het gesprek dat nooit plaatsvond’, *R&R* 2010/1; W. Borst, ‘Scholten versus Dooyeweerd: antithese of synthese?’, *Radix* 37/2, 125-135.

ling te maken valt tussen enerzijds rechters die in hun geweten worden geleid door bepaalde 'bloedeloze' idealen die de ware ontmoeting met de aan hen overgeleverde justitiabelen in de weg staan en rechters die zich laten leiden door liefde voor de medemens. Er valt daarom veel voor te zeggen dat Scholtens liefdevolle rechter niet alleen de 'best' denkbare rechter voor christenen is, maar voor iedereen.

#### 4.3 Hoe verkrijgt men een liefdevol geweten?

Stel dat Scholten gelijk heeft en dat het geweten dat geleid wordt door naastenliefde tot de beste rechterlijke beslissingen leidt, en stel dat een dergelijk geweten niet alleen verkregen kan worden als vrucht van het christelijke geloof, hoe krijgt een rechter dan een dergelijke geweten? Om daar een antwoord op te krijgen kunnen we ons wenden tot de filosoof Kierkegaard (1813-1855). Hoewel Scholten nergens direct naar het werk van Kierkegaard verwijst en de theologische bronnen van Scholtens werk enigszins in het ongewisse blijven wordt door meerdere auteurs (o.a. Slootweg en Boogaard) gesteld dat er allerlei 'historische verbanden met en invloeden van de Deense theoloog' aangetoond kunnen worden.<sup>52</sup> De belangrijkste invloed van Kierkegaard die ik meen te ontwaren in het werk van Scholten is Kierkegaards fundamentele notie van de existentiële ontwikkelingsstadia van de mens.<sup>53</sup> Kierkegaard stelt dat ieder mens in staat is een bepaalde geestelijke ontwikkeling door te maken. Deze ontwikkeling geschiedt onder andere doordat de mens ervoor kiest om zijn bestaan op een ethische wijze te verstaan.

Hoewel Kierkegaard zich ontegenzeggelijk presenteert als christelijk denker was het niet zijn bedoeling om zijn denken te legitimeren vanuit de christelijke openbaring.<sup>54</sup> Integendeel, Kierkegaard vertrekt niet vanuit het christelijke geloof om vervolgens te verklaren wat de 'zin' van het leven is; hij probeert in plaats daarvan in het bestaan zelf de betekenis van dat bestaan te ontdekken. Toegegeven, het resultaat van deze zoektocht naar betekenis steekt Kierkegaard niet onder stoelen of banken. Want dat de vraag naar betekenis of zin in het leven noodzakelijkerwijs uitmondt in het christelijk geloof staat voor Kierkegaard vast. Dit neemt echter niet weg dat de opzet die Kierkegaard in zijn werk tentoonspreidt ervan getuigt dat er primair in het bestaan, in de menselijke existentie, een betekenisvolheid kan worden gevonden zonder dat hiervoor een geloof in Christus moet worden aangenomen. Het ethische is voor Kierkegaard dan ook een opstap naar het fenomeen van het religieuze en niet andersom. Het feit dat Kierkegaard behalve van een ethi-

52 Zo wordt er verwezen naar de invloed van theologie van Barth, Brunner, Miskotte en Noormans op Scholtens werk. Deze theologen zouden allen schatplichtig zijn aan Kierkegaard. Ook zou Kierkegaards denken indirect invloed op Scholten hebben kunnen gehad via het werk van D. C. de la Saussaye. Naar deze theoloog wordt wel direct door Scholten verwezen en ook van zijn werk wordt wel gesteld dat het is beïnvloed door het gedachtegoed van Kierkegaard. Zie B. Hengstmengel en T. Slootweg, 'Redactionele inleiding', in *Recht en persoon. Verkenningen in de rechtstheologie van Paul Scholten* (Deventer: Akkermans Hunink 2013). Zie voor een kritische beschouwing over de invloed van Kierkegaard op Scholten: W. Borst, 'De dialectiek bij Paul Scholten: haar aard, oorsprong en bronnen', *NJLP* 2019, 48(1), 48-65.

53 Vgl. G. Boogaard, 'De evangelische suspensie van het juridische. Paul Scholten en Søren Kierkegaard', in *Recht en Persoon. Verkenningen in de rechtstheologie van Paul Scholten*, B. Hengstmengel en T. Slootweg (Deventer: Akkermans & Hunink 2013).

54 W.R. Scholtens, *De onbekende Kierkegaard* (Baarn: Ten Have 1972), 74.

Jos Vleugel

sche categorie ook spreekt over een religieuze categorie doet daarom geen afbreuk aan de manier waarop hij beschrijft hoe de mens in de ethische fase een betekenisvol bestaan kan hebben. Wordt de ‘sprong’ naar het religieuze existentiële stadium weggelaten, dan verliezen zijn analyses niets aan waarde. Zoals Kierkegaard stelt: ‘Men moet eerst weten wat het is om menselijk te bestaan, voordat men ertoe is staat is te begrijpen wat het is om religieus te bestaan’.<sup>55</sup>

#### 4.4 De absolute differentie

Kierkegaard stelt in ‘Of/Of’ de vraag onder welke kwalificaties men het gehele bestaan wil beschouwen en wil leven. Hij maakt daarbij het onderscheid tussen het esthetische en het ethische levensstadium. Een mens in het esthetische stadium weet eigenlijk niet goed wat in het leven belangrijk is. Hij wordt beheerst door de lichamelijke, de zintuiglijke, het toevallige, het relatieve, het vergankelijke en het tijdelijke. Volgens Kierkegaard dient een dergelijk mens een ‘afgod’, zij het Dionysus, zij het Eros, zij het een ander verlangen naar iets of een angst ergens voor die zijn gemoed in de greep houdt. Een esthetisch mens is niet ernstig, hij ziet zijn leven als toeval. Een ethisch mens ervaart zijn bestaan daarentegen als een roeping.<sup>56</sup> Dit bevrijdt hem van vertwijfeling. Een ethisch mens doorziet de betrekkelijkheid van het esthetische. Hij ziet het gegeven esthetische als zijn opdracht waarin hij zichzelf verwerkelijken moet.

De gewetensvolle rechter van Scholten doet sterk denken aan de ethische mens van Kierkegaard. Mijns inziens komt de gelijkenis treffend naar voren in het volgende citaat van Scholten: ‘Recht is ernst. Het is onwaar, dat recht spel zou zijn, in hoe bekorenden, intellectueel fraaien, aesthetisch meeslepende vorm die onwaarheid moge worden voorgedragen. Het recht wortelt ten slotte in het geweten en het geweten weet van geen spel’.<sup>57</sup>

Volgens Kierkegaard kiest een ethisch mens ervoor om zijn bestaan te benaderen vanuit de tegenstelling tussen goed en kwaad. De keuze om het bestaan vanuit deze tegenstelling te begrijpen noemt Kierkegaard de ‘absolute differentie’.<sup>58</sup> In deze keuze is voor Kierkegaard het esthetische leven niet zozeer ‘het kwade’, maar veeleer het negeren van de differentie, dat wil zeggen het moment dat de mens besef heeft van het goede en het kwade en men toch kiest om te blijven leven in de onverschilligheid van het esthetische stadium. Als een mens kiest om het bestaan ethisch op te vatten dan krijgt zijn bestaan een diepgang doordat hij gebeurtenissen, feiten, mensen, etc. beoordeelt vanuit het onderscheid tussen goed en kwaad en hij zich verantwoordelijk voelt om het goede te doen.<sup>59</sup>

55 S. Kierkegaard, *Afsluitend onwetenschappelijk naschrift* (Boom: Meppel/Amsterdam 1982 [1846]), 101.

56 S. Kierkegaard, *Of/Of* (Amsterdam: Boom 2000 [1843]), 653.

57 P. Scholten, ‘Over spel en ernst in het recht’, *Verzamelde geschriften* (deel I en II) (Zwolle: Tjeenk Willink 1980 [1942]), 491.

58 S. Kierkegaard, *Of/Of* (Amsterdam: Boom 2000 [1843]), 697.

59 S. Kierkegaard, *Wijsgerige kruimels* (Ambo 1995 [1844]), 79.

Ook Scholten erkent datgene wat Kierkegaard de absolute differentie noemt. Hij stelt: 'Alle beginselen worden gedragen door de gedachte, dat het mogelijk is goed en kwaad, wat behoort en niet behoort te scheiden. En wat meer zegt, het is die gedachte, die doorwerkt bij iedere rechtsvorming, in alle onderscheiden van recht en onrecht, of het nu de wetgever is, de rechter of de regeerder die het doet'. En: 'De beslissing [...] hangt, na erkenning van alle factoren, die er invloed op hebben, ten slotte af van de scheiding van goed en kwaad, zoals hij, in wiens handen zij ligt, deze meent te moeten voltrekken'.<sup>60</sup>

Evenals Kierkegaard gaat Scholten er vanuit dat een rechter niet precies kan aanwijzen wat goed en kwaad is. Hij stelt: 'Het is veeleer zo dat wij weten dat er goed en kwaad is, dat ook wel geleid door de wet en ons geweten als getuige een voorvoelen, een vaag als in een schemering zien van wat wel en wat niet behoort, eigen is, maar dat wij tenslotte niet weten'.<sup>61</sup> Beide denkers ageren tegen de veronderstelling dat het 'goede' kan worden gevangen in bepaalde ideeën, principes of wetmatigheden.<sup>62</sup> Een dergelijke benadering staat de ware ontmoeting van de ander in de weg. Zowel bij Kierkegaard als bij Scholten fungeert het geweten niet zozeer vanuit bepaalde vooraf bepaalde principes die bepalen wat goed of slecht is, maar is het veeleer een oneindige reflectie van het eigen bewustzijn, van het 'zelf' op het 'zelf'. Vanuit een besef van voortdurend tekortschieten, het niet bij machte kunnen zijn om daadwerkelijk recht te doen aan elk mens en elke situatie, neemt het 'zelf' zijn verantwoordelijkheid op zich door toch te volharden in de eis die het aan zichzelf heeft gesteld, namelijk om goed te handelen.

De door de eis van naastenliefde bepaalde rechter kan tot ontwikkeling komen wanneer hij, zoals Kierkegaard beschrijft, een ethisch mens is geworden, een mens die zijn bestaan benadert vanuit de tegenstelling tussen goed en kwaad. Die rechter neemt zijn roeping serieus en wil het goede doen. Kierkegaard waarschuwt er wel voor dat hij daarbij de kans loopt om religieus te worden. Kierkegaard stelt namelijk dat de mens in de ethische fase in een ogenblik kan beseffen dat de waarheid van 'het Goede' een geloof in het goede zelf is. Dit kan volgens Kierkegaard gebeuren doordat het besef van goed en kwaad, het verliezen van de onschuld verpletterend is. De verantwoordelijkheid om met deze kennis van goed en kwaad op een juiste manier om te gaan is zo'n zware opgave dat hiervoor een 'sprong' in het religieuze gemaakt moet worden.<sup>63</sup> Dat Scholtens ernstige, door naastenliefde gedreven rechter de kans loopt om religieus te worden, omdat hij in het Goede is gaan geloven, is ongetwijfeld vanuit religieus perspectief van groot belang. Voor de

60 P. Scholten, 'Rechtsbeginselen', *Verzamelde geschriften* (deel I en II) (Zwolle: Tjeenk Willink 1980 [1935]), 297.

61 P. Scholten, 'Evangelië en recht', *Verzamelde geschriften* (deel I en II) (Zwolle: Tjeenk Willink 1980 [1939]), 423.

62 Pogingen om de notie van de rechterlijke intuïtie te rationaliseren zoals we bijvoorbeeld treffen bij Soeharno miskennen mijns inziens de benadering van Scholten en Kierkegaard die voorop stelt dat de kennis van goed en kwaad niet is te rationaliseren. Zie J.E. Soeharno, 'Over rechterlijke intuïtie. Paul Scholtens intuïtieleer en een alternatief model van Aristoteles', *R&R* 2005/3, 242; J.E. Soeharno, 'De moed tot onpartijdigheid', *AA20200942*, 945.

63 S. Kierkegaard, *Afsluitend onwetenschappelijk naschrift* (Boom: Meppel/Amsterdam 1982 [1846]), 95.

Jos Vleugel

rechtsmethodologie is dit echter slechts een bijkomstigheid. Belangrijkste voor de rechtsmethodologie is dat een dergelijke rechter het best in staat is om tot rechtvaardige oordelen te komen.

## 5. Conclusie

Scholten's voorstelling van de gewetensvolle beslissing als grondslag voor rechtelijke uitspraken brengt inderdaad verificatieproblemen met zich. Volgens Scholten wordt de gewetensbeslissing van de rechter ingegeven door een persoonlijk besef van goed en kwaad. Het persoonlijke karakter van dit besef maakt dat het moeilijk te controleren is. De gedachte dat dit besef is te imiteren met behulp van intelligente computersoftware is dan ook, zoals Borst reeds naar voren bracht, discutabel te noemen.<sup>64</sup> Dat betekent echter niet dat justitiabelen zijn overgeleverd aan willekeur. Een rechter dient volgens Scholten zijn irrationele gewetensbeslissing altijd te rationaliseren vanuit het stelsel en de logica van het geldende recht. Daarbij moet worden benadrukt dat Scholten vooral een rol voor het geweten ziet weggelegd als het gaat om de waardering van de feiten. Scholten's gewetensvolle rechter is geen politieke rechter die verhullend argumenteert door middel van een verwrongen interpretatie van rechtsregels, maar een rechter die de feiten waardeert en op grond daarvan nieuw recht 'vindt'.

Scholten erkent dat er manco's kunnen zitten aan de rechterlijke gewetensbeslissing. Het geweten van een rechter kan dwalen. Hij ziet een tweedeling. Of het geweten van een rechter wordt bepaalde door bloedeloze idealen die een echte 'ontmoeting' van de medemens in de weg staan of door naastenliefde. Volgens Scholten dwaalt het geweten niet als het bewogen wordt door naastenliefde. Voor een dergelijk geweten hoeft men zich niet tot het christendom te bekeren. Voldoende is dat men erkent dat het gehele bestaan doortrokken is van het onderscheid tussen goed en kwaad. Pas dan wordt het menens, dat wil zeggen, dat men zich geroepen voelt om in alle ernst het goede na te streven door ieder 'het zijne te geven'. Een rechter die zich oefent in deze 'roeping' zal in staat zijn om te beslissen of het recht van de gemeenschap toegepast dient te worden of dat de feiten van het geval vragen om een liefdevolle oplossing die het recht weer een stukje verder richting de gerechtigheid dringt.

64 W. Borst, 'De dialectiek bij Paul Scholten: haar aard, oorsprong en bronnen', *NJLP* 2019/1, 64.