

# RECHTSSOCIOLOGIE EN RECHTSPHILOSOFIE

DOOR

J. J. VON SCHMID.

Toen een tiental jaren geleden de sociologie onder de sociale wetenschappen een belangrijke plaats begon in te nemen en reeds spoedig ook het terrein der rechtswetenschappen door haar beoefenaars tot voorwerp van sociologische onderzoekingen werd gemaakt, ontstond er tegen dit streven een oppositie van de zijde der rechtsphilosophen. Zij verklaarden sociologische onderzoekingen van het recht voor onmogelijk op grond van kennis-theoretische gronden. De belangrijkste persoonlijkheid onder hen, die men den leider van deze wetenschappelijke strooming zou kunnen noemen, was de beroemde Weensche staatsrechtsleeraar Hans Kelsen. In 1922 verscheen van zijn hand een boek getiteld: „Der Soziologische und der Juristische Staatsbegriff”, kritische Untersuchung des Verhältnisses von Staat und Recht, waarin sociologie en wijsbegeerte scherp tegenover elkaar gesteld worden en waarin, na een uitvoerige behandeling van de voornaamste theorieën op beider terrein, de sociologie voor de staats- en rechtswetenschappen op wijsgeerig- methodologische gronden als onderzoekingsmethode werd afgewezen. Dit werk liet niet na grooten indruk te maken. Het behoort dan ook tot de belangrijkste boeken die op juridisch gebied in dien tijd verschenen. De invloed die er van uitging was zeer groot en hun, die voor een sociologische beschouwingswijze van staat en recht gevoelden en zich op een dergelijke studie wenschten toe te leggen, kon dit onmogelijk ontgaan.

Hier te lande was het Mr. Carp, een groot bewonderaar en aanhanger van de leer van Kelsen, die in het eerste gelid streed voor beoefening van het staatsrecht op een wijsgeerig zuiveren grondslag. Toen schrijver dezes in 1926 zijn werk „Staatsrechtswetenschap en Sociologie” uitgaf, waarin hij de sociologische methode van beoefening der staatsrechtswetenschap warm aanbeval en aan de hand van eenige belangrijke theorieën aantoonde van welken aard de resultaten zijn die daarmee bereikt kunnen worden, werd hem door den heer Carp verweten, te weinig aandacht te hebben besteed aan den arbeid van Kelsen, en zich schuldig te hebben gemaakt aan kennis-theore-

tische fouten, die het gevolg waren van het gebruik van een methode die onbruikbaar is voor de rechtswetenschap. Dit alles geheel overeenkomstig de leer van Kelsen<sup>1)</sup>.

Zoo scheen inderdaad het nieuwe tijdperk, dat na den oorlog was ingetreden, zich op het terrein der rechtswetenschap te gaan kenmerken door twee streng gescheiden stroomingen, die van de wijsbegeerte en die der sociologie, waarbij dan de aanhangers der tweede richting door de wijsgeeren *voor onwijsgeerig werden gehouden*.

Want gelijk Metternich zich te Weenen na de Napoleontische crisis verzette tegen den geest der vooruitstrevende liberale ideeën, zoo deed Kelsen aldaar insgelijks tegenover de moderne sociologische plannen na den Wereldoorlog, en achter hem zag men de schaduw van den grooten wijsgeer uit Königsberg, Immanuel Kant, daar diens denken zich in de grondstellingen van het denken van Kelsen openbaarde.

Zijn „Hauptprobleme der Staatsrechtslehre” van 1911, had de principieele gedachte, op grond waarvan sociologie en rechtswetenschap scherp te onderscheiden zijn, uitvoerig ontwikkeld. In beide wetenschappen beoefent men namelijk geheel verschillende en onderling scherp te scheiden denkwijzen. Iedere vermenging van deze denkwijzen beteekent het maken van een zoo ernstig vergriep tegen de logica, dat men dit wel eens de doodzonde der wijsbegeerte heeft genoemd.

Wat is nu het doel der sociologie volgens Kelsen? Zij wil de maatschappelijke verschijnselen *verklaren*, d.w.z. hen beschouwen volgens de wetten van oorzaak en gevolg. De sociologie leert ons hoe een bepaald feit tot stand is gekomen en door welke omstandigheden het later te niet is gegaan, hoe bijv. de Fransche revolutie ontstond en hoe het kwam dat de gebeurtenissen aldus verliepen dat de terreur uitbrak. Maar de rechtswetenschap staat tegenover dit zelfde gegeven geheel anders. Zij heeft de feiten niet te verklaren maar te beoordeelen, d.w.z. te *waardeeren* naar rechtsregels. Hoe een feit heeft plaatsgevonden is niet de vraag die men zich in de rechtswetenschap heeft te stellen, maar het feit moet worden beoordeeld naar de voorschriften van het recht. De rechtswetenschap is een normatieve wetenschap, de sociologie een causale wetenschap. Oordeelen en verklaren zijn twee denkwijzen die streng te scheiden zijn. Wie verklaart, spreekt geen oordeel uit en alwie een daad beoordeelt, verklaart haar daarmee niet. Oordeelen op grond van een causaal denken is niet mogelijk. Het oordeel kan niet uit een verklaring bestaan, het is meer, het waardeert, beziet het gebeurde onder een geheel ander licht. Het feit dat de kat een muis opeet, is verklaarbaar uit omstandigheden, die niets zeggen omtrent de vraag of de kat een muis *mag*

---

<sup>1)</sup> Weekblad van het Recht 1926, no. 11556.

opeten. Die laatste vraag is slechts te beantwoorden op grond van een voorschrift dat geldigheid moet bezitten. Rechtswetenschap beoefenen is onbetwistbaar het beoefenen van een wetenschap die zich bezig houdt met het zoeken naar juiste oordeelen, dus wijst de wijsbegeerte hier logisch even onbetwistbaar haar een gebied aan, waarbuiten zij zich niet zal kunnen begeven zonder zich aan een grensoverschrijding schuldig te maken, haar door de wetten van het denken zelf gesteld. De conclusie moet dus luiden, dat een rechtswetenschap die zich bezig gaat houden met sociologische kennis in ieder geval als onwijsgeerig zal moeten beschouwd worden, daar dit noodzakelijkerwijze medebrengt de miskenning van deze groote denkwet.

Aldus was principieel-wijsgeerig het gebied van de rechtswetenschap vastgesteld en ieder contact met de sociologie afgewezen. Maar hiermede ging het gelijk zoo vaak geschiedt. Het betoog boeide den socioloog, hij moest de waarheid er van erkennen, maar het schokte hem geenszins in zijn overtuiging dat de sociologische beschouwingswijze van groote beteekenis zou worden voor de verdere ontwikkeling van rechtswetenschap en recht. Het werd ook hier „les gens que vous tuez se portent assez bien”. De ontwikkeling van de sociologie onderdond dan ook op rechtsgebied weinig nadeel hiervan. Belangrijke werken verschenen. Wel kenmerkten de volgende jaren zich natuurlijk in de literatuur door onzekerheid omtrent gebied en methode der rechtswetenschap, wanneer daaromtrent objectieve voorlichting vereischt werd. De eerste paragraaf in „Het Nederlandsch Staatsrecht” van Kranenburg, in 1923 geschreven, kan als voorbeeld aangehaald worden. Causale en normatieve methode van denken worden er beide als waardevol voor de rechtswetenschap gesteld, zonder dat er omtrent beider verhouding een scherp beeld gegeven wordt.

Voor de sociologen van het recht bleef de verhouding van de Neo-Kantiaansche rechtsphilosophie en de sociologie een brandend vraagstuk, én door de persoon van Kelsen, én door de omstandigheid dat zij het betoog der tegenstanders begrijpend, gaarne een oplossing vonden voor hetgeen beide richtingen verdeeld hield. Want de overtuiging bleef bij hen steeds bestaan dat een wederzijds niet volkomen begrepen omstandigheid oorzaak was dat men langs elkaar heen redeneerde. Ook al had de Neo-Kantiaansche school gelijk, rechtswetenschap was toch nog iets meer dan hetgeen op het gebied lag dat zij voor deze wetenschap aanwees.

Dit bleek spoedig wanneer men dit terrein nader beschouwde.

In de staatsrechtswetenschap van Kelsen valt de nadruk voornamelijk op de omstandigheid dat de rechtswetenschap een normwetenschap is, die van iedere causale wetenschap streng gescheiden moet worden. Neemt men dit uitgangspunt aan, dan volgt daaruit van zelf dat de taak der rechtswetenschap alleen zal bestaan in de studie van het wezen der normen. Wat is het karakter der rechtsregels,

waarin verschillen zij van zedelijke voorschriften en waaraan ontleenen zij hun geldigheid? Met problemen van dergelijken aard na te gaan is men dan bezig de „Hauptprobleme der Staatsrechtslehre” te onderzoeken. Dergelijke vraagstukken betreffen echter in de eerste plaats de wijsbegeerte. De rechtswetenschap wordt hier geheel aan de wijsbegeerte ondergeschikt gemaakt. Geheel buiten beschouwing blijft hier de mijns inziens belangrijkste voorwaarde dat de rechtswetenschap het maatschappelijk leven te dienen heeft. Een probleem dat volgens deze wijsgeerige beschouwingwijze niet in het cadre past, wordt dan ook niet als een probleem der rechtswetenschap beschouwd en dat dit met vele belangrijke vraagstukken het geval is, leert de studie der „Hauptprobleme” ons tertond. Door de aandacht geheel en uitsluitend te concentreeren op het wezen van de norm als voorschrift, beoefent men een denken dat zich uitsluitend bezig houdt met den *vorm* van het denken. De principieele onderscheiding die men allereerst maakt, die van natuurwetenschappen en normwetenschappen vloeit reeds voort uit een *formeele* onderscheiding van ons denken op beider gebieden en dit blijft aldus bij verder onderzoek. Door zich geheel te concentreeren op het wijsgeerig karakter van de rechtsnorm als voorschrift en de taak der rechtswetenschap hiertoe te beperken, moeten hoogst belangrijke vraagstukken krachtens hun aard buiten beschouwing gelaten worden en naar het gebied van andere wetenschappen verwezen worden. Hiertoe behooren vraagstukken die tot de allerbelangrijkste behooren voor het positieve recht.

Het vinden van een toetssteen voor de juistheid van den *inhoud* der norm, een vraag van oneindig veel meer belang, wanneer men het recht beschouwt in zijn sociale functie, dan die naar den vorm van ons denken over het recht als voorschrift, is daarvan een voorbeeld. Ook het doel dat men beoogt met het stellen van de norm en de vraag of naleving van het voorschrift plaats vindt, voor de maatschappij van het hoogste belang, — het zijn geen vragen voor deze rechtswetenschap, die daardoor eigenlijk geen rechtswetenschap is maar slechts een wijsbegeerte over eenige begrippen dier wetenschap.

Wanneer men de rechtswetenschap in de eerste plaats stelt en in de tweede plaats de wijsbegeerte en dus de wijsbegeerte wil toepassen in de rechtswetenschap en niet omgekeerd, vraagt men zich na het lezen van de „Hauptprobleme” terstond af, hoe of het mogelijk is, dat slechts een zoo eng terrein aan de rechtswetenschap wordt toegevoegd. Ik heb deze vraag reeds vroeger beantwoord, door uiteen te zetten hoe dit denken over het recht voortgekomen is uit het natuurrechtelijk denken der zeventiende en achttiende eeuw. Men zocht toen langs zuiver logischen weg naar een recht dat gelden zou onafhankelijk van de als willekeur beschouwde macht der absolute monarchen. Men gaat dan, geheel overeenkomstig het denken van dit tijdperk, het recht zien als een product van het menschelijk denken waarvan

de geldigheid gelegen is in de zuiverheid van de logische deductie. De groote beteekenis ervan is hierin gelegen, dat het recht dat langs dezen weg zal worden gevonden, geheel onafhankelijk zal zijn van de politieke stroomingen in staat en maatschappij d.w.z. de zoozeer gewenschte zelfstandige beoordeelingsmaatstaf zal kunnen worden, voor het oplossen van geschillen tusschen de onverzoenlijke overheid en onderdanen <sup>2)</sup>).

Deze denkwijze van Kelsen, gebaseerd op een wijsgeerige onderscheiding van Kant, heb ik, nadat Kelsen de sociologie van uit dit standpunt had gezien, op mijn beurt sociologisch beschouwd en niet gearzeld haar voor den tegenwoordigen tijd een „anachronisme” te noemen <sup>3)</sup>. Immers zij staat nog geheel met haar denken in een tijd dat men het positieve recht der codificaties nog niet lang kende, want de toepassing van de normen van het positieve recht tegenwoordig te laten beantwoorden aan het karakter dat Kelsen in zijn „Hauptprobleme” op wijsgeerige gronden aan rechtsnormen toekent, zou onder de huidige verhoudingen, een zeer slechte rechtspraak genoemd worden. Immers dit zou beteekenen een toepassing der rechtsnormen in het sociale leven, zonder verder ook maar eenigszins rekening te houden met de levensomstandigheden waarin de toepassing van de normen ingrijpt. Dan zou eerst recht blijken hoe in dit stelsel de formeel abstracte macht der rede in al zijn eenzijdigheid gesteld wordt boven alle andere in de maatschappij voortlevende toestanden en opvattingen. Een dergelijke straffe toepassing der wetsbepalingen, die men met recht „rücksichtslos” zou kunnen noemen, zou den natuurlijken groei van ons staatsrecht tot parlementair stelsel en conventions radicaal onmogelijk hebben gemaakt, omdat tal van geschreven rechtsnormen daarbij buiten toepassing zijn gekomen. In plaats van een geleidelijke vredige ontwikkeling in overeenstemming met de moderne behoeften van staat en maatschappij was dan een hardnekkige „strijd om het recht” gestreden, naar aanleiding van het wezen van het recht, die nu slechts op het terrein der wetenschap uitgevochten wordt.

Ook al moge de tegenwoordige rechtspraak een dergelijke toepassing der wetsbepalingen, die de wijsbegeerte van Kelsen op grond van het wezen der rechtsnorm eischt, vreemd zijn, toch heeft er bij ons in Nederland een tijd bestaan, waarin ook in de praktijk de toepassing der wetten aldus plaats vond en de verhouding van wet en leven dienovereenkomstig werd gezien. Het was in den eersten tijd na het tot stand komen der codificatie. In uitvloeisel van de boven geschetste positie, die men in den staat aan de wetgeving wenschte toe te kennen, diende men het recht ook geheel geïsoleerd te houden

<sup>2)</sup> S. en S. pag. 78 vlg.

<sup>3)</sup> Pag. 93.

van ieder politiek en maatschappelijk leven. Het was een gedachtenwereld op zich zelf, bestaande uit het z.g. juridische denken op grond van woorden en veronderstelde beginselen der wetgeving alwaar steeds een oplossing voor den maatschappelijken strijd geacht werd te kunnen worden gevonden en waarvan men objectieve waarde toekende, omdat zij in geenerlei verband stond met de maatschappelijke of staatkundige verhoudingen, waarin bij de ten uitvoerlegging van het oordeel werd ingegrepen. Hier werd inderdaad aan dit „juridische” denken een plaats toegekend tegenover de maatschappij, die beantwoordt aan de plaats die Kelsen geeft aan de juridische normenwereld tegenover de causale maatschappelijke wereld.

Wellicht dat in Oostenrijk, het land van Kelsen, de rechtspraak in den tijd waarin hij zijn „Hauptprobleme” schreef nog in dit stadium verkeerde (het ware interessant dit nader te onderzoeken), vast staat dat zijn wijsbegeerte des rechts het omgekeerde inhoudt van een nuttige voorbereiding voor de rechtspraktijk bij rechtbanken en overheden hier te lande en wel dank zij de omstandigheid dat deze wijsbegeerte aan het normbegrip hoedanigheden en een plaats tegenover het leven toekent, die aan de rechtsnormen van het positieve recht terecht niet meer wordt toegekend, ofschoon zij deze bij abstracte wijsgeerige beschouwing als norm inderdaad zouden moeten bezitten.

De moderne praktijk der wetstoepassing wijkt dus af van de zuivere voorstellingen der wijsbegeerte over het wezen van de norm. Wat is de oorzaak daarvan? Het valt niet moeilijk deze op te sporen. Wanneer in den staat in de negentiende eeuw de nieuwe vormen van wetgeving en rechtspraak tot stand gekomen zijn en door de scherpe grenzen, die de triasleer vereischte, de invloed van persoonlijke willekeur scherp is bestreden, gaat de aandacht zich richten op den *inhoud* der rechtsregels. Door den groei der democratische instellingen werd het voor de overheid een toenemenden eisch, rekening te houden met in de maatschappij levende opvattingen. Men stelde zich niet meer tevreden met een rechtelijk oordeel waarvan vast stond dat het in formeel opzicht objectief was, maar men eischte dat het bovendien die eigenschappen zou bezitten die Kelsen op formeele gronden aan de norm ontzegt, dat het in overeenstemming zou zijn met de eischen, die het leven in de maatschappij aan de partijen stelde. Blevden de uitspraken daaraan niet voldoen, dan keerde men de staatsrechtspraak den rug toe en vestigde een arbitrale rechtspraak, gegrond op de regels van den betrokken kring van het maatschappelijk leven.

De oorzaak waarom de rechtsnormen van het positieve recht bij hun toepassing in het leven wel degelijk den invloed van dit leven ondervinden, ondanks dat hun eigenlijk zuiver wijsgeerig karakter dit niet zou moeten toelaten, is gelegen in de onvolmaaktheid van hun *inhoud*, die juist bij toepassing in de maatschappij van overwegend

belang wordt. Veel moge het natuurrecht bijgedragen hebben tot de wording van onze rechtsinstellingen, niets heeft het ons kunnen leeren omtrent het allerbelangrijkste punt voor iedere praktische toepassing van rechtsregels, de juistheid van hun inhoud. Wordt deze factor gelijk in de leer van Kelsen geschiedt geheel buiten beschouwing gelaten, dan is deze rechtswetenschap daardoor slechts een denken over de vormen van abstracte begrippen, een wijsbegeerte over begrippen der rechtswetenschap, geen rechtswetenschap. Daar bovendien met de vormen, die het recht als positief recht bezit, geen rekening wordt gehouden, maar slechts met de denkwetten van het aangewende wijsgeerige systeem, zal men eerder van een wijsbegeerte *over* het recht, dan van een wijsbegeerte van het recht kunnen spreken.

Dat een dergelijke beoefening der rechtswetenschap op zulk een abstract, geïsoleerd en eng terrein toch in de Duitsche staten, in tegenstelling met ons land, veel aanhangers gevonden heeft, verklaar ik uit twee omstandigheden, die tegelijker tijd deze tegenstelling met onze rechtswetenschap en praktijk verklaren. Allereerst het bestaan van een nationale wijsgeerige traditie, voornamelijk door de wijsbegeerte van Kant, die bovendien juist aan het recht betrekkelijk geringe aandacht had besteed, zoodat de neiging als van zelf ontstond in zijn geest dit onderdeel aan te vullen. Daardoor wordt dan tevens begrijpelijk hoe het gekomen is dat men een gedachtenwereld beoefende die wel correspondeerde met het natuurrechtelijk denken ten tijde van Kant maar niet met het moderne leven en de daarin bestaande rechtsinstituten. Bovendien biedt een dergelijke wetenschappelijke rechtsbeoefening, daar zij immers door haar zuivere abstracties volkomen afgescheiden is van iedere politiek, een vrij terrein voor den geest, in die landen, waarin door het staatsgezag vrijheid op dit gebied niet toegelaten of geapprecieerd werd. Dit was èn in Duitschland, èn in Oostenrijk na 1848 het geval, een reactie op den grooten politieken invloed, die de universiteiten voordien bezeten hadden.

Aan dezen toestand maakten de revoluties van 1918 een einde. Zij democratiseerden deze landen nog niet direkt in sociaal, maar terstond in staatkundig opzicht. Ook op de officieele katheders kon sociologisch onderzoek vrij plaats vinden. De sociologische wetenschap groeide onbelemmerd. Toen kreeg de onderscheiding tusschen causale en normatieve wetenschappen, of natuurwetten en rechts- en zedenwetten, „Sein” en „Sollen”, een overwegende beteekenis. Zij werd voor Kelsen en de sociologen een levensvraag voor beider wetenschap.

Nu valt het op het oogenblik niet meer te ontkennen dat de overwinning behaald is door de sociologen. De gebiedsverruiming van de rechtswetenschap, waarvoor zij streden, wordt thans algemeen als noodzakelijk beschouwd. Ook Kelsen zelf heeft in den strijd een ont-

wikkeling in zijn denken doorgemaakt; het gebied van zijn denken is er merkbaar door verruimd. Dit toont ons een zijner laatste geschriften, een wijsgeerige voordracht voor de „Kant-Gesellschaft” te Berlijn in 1928 gehouden en getiteld: „Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus”. Waarom moet dit geschrift voor zeer belangrijk worden gehouden en verdient het bijzondere opmerkzaamheid?

Allereerst door het feit dat Kelsen zich daarin anders uitlaat over de waarde van de tegenstelling „gebeuren” en „waardeeren”, Sein en Sollen. In de vroegere geschriften werd deze tegenstelling in denkwijze der sociologische en juridische wetenschappen zoo scherp mogelijk gesteld, slechts de causale voor de sociologie en de normatieve voor de rechtswetenschap. Hiertegen richtten zich de bezwaren der sociologen. Zij ontkenden het zuivere normatieve karakter der rechtswetenschap en het uitsluitende causale karakter der sociologie. Dat uit het gebeuren in de maatschappij iets af te leiden valt dat zich als een „behooren” laat stellen, wordt nog slechts door weinigen aangenomen, maar welk bezwaar bestaat er nu, zoo vragen zij, om de voorschriften van het *positieve* recht niet slechts in hun vorm als voorschrift, maar ook als sociaal feit te beschouwen en hun *werking* in de maatschappij na te gaan? Vormen zij als zoodanig niet een factor van het sociale gebeuren dat onder de causale denkwijze bezien moet worden? Op welken grond is een dergelijke beschouwingswijze ongeoorloofd, en waarom mag de rechtswetenschap zich een dergelijk onderzoek niet tot taak stellen? Het is immers geenszins te beschouwen als een ongeoorloofde dooreenhaspeling van beide denkwijzen, maar slechts een andere beschouwingswijze die toegepast kan worden op het zelfde object, in casu, het positieve recht. Indien dit toegegeven wordt, beteekent dit de erkenning van de mogelijkheid van een sociologische rechtswetenschap, ook voor rechtsphilosophen die de z.g. Neo-Kantiaansche rechtswetenschap beoefenen. Zij kunnen zich dan nimmer op grond van hun denkwijze verzetten tegen iedere rechtssociologie op de wijze waarop hier te lande Mr. Carp zulks deed.

Professor Kelsen erkent thans een dergelijke wijze van beoefening der rechtswetenschap als methodisch mogelijk en juist.

Men bestudeert dan de ontwikkeling van het positieve recht in de maatschappij. Niemand zal durven ontkennen dat het recht, als sociaal feit beschouwd, een invloed ondergaat van de maatschappij waarin het wordt toegepast. Men noemt dit wel eens het „gelden” van de rechtsnormen in het leven. Hierover ontstaat dan begripsverwarring met de Neo-Kantianen, omdat deze onder „gelden” iets geheel anders verstaan, nl. het voldoen aan door het denken gestelde voorwaarden, die juist verkondigd worden, geheel onafhankelijk te zijn van de toepassing. Beter is het daarom van „toepassen” te spreken.

Van een verwarren van „Sein” en „Sollen” kan hier geen sprake zijn. Deze onderscheiding ziet alleen op het denken over de formeele zijde van het recht als norm, niet op het denken over de toepassing van den inhoud van de rechtsnorm als maatschappelijk verschijnsel. Ware het volmaakte recht, voor iedere plaats en tijd geldend, waarnaar het natuurrecht zocht, gevonden, dan zou ook de norm naar inhoud zuiver zijn en daardoor als positief recht even scherp en „rein” in de maatschappij zijn toe te passen als de formeele rechtsleer krachtens haar wezen als norm van haar verlangt.

Thans maakt de feilbare inhoud van het positieve recht, dat dit, met betrekking tot zijn inhoud, den invloed ondergaat van de maatschappij waarin het wordt toegepast. Kelsen constateert het bestaan van dit probleem door te verklaren: „Das Problem der Positivität des Rechts besteht gerade darin: dass diesses zugleich als Sollen und Sein erscheint, obgleich sich diese beiden Kategorien logisch ausschliessen” (pag. 10). Want het is, zoo zeggen wij, de gebrekkigheid van den inhoud van de norm, die maakt dat in de praktijk de vorm van het positieve recht niet beantwoordt aan den zuiveren vorm van de norm, in de wijsbegeerte door het denken gevonden. Deze eenvoudige duidelijke verklaring beteekent een evolutie, een uitbreiding, van de leer van Kelsen, daar zij de erkenning bevat dat het recht onder causaal gezichtspunt kan worden beschouwd, hetgeen hij in het bijzonder tegenover de sociologen steeds ontkende. Immers men behoorde het recht uitsluitend normatief te beschouwen. Zij beteekent tegelijkertijd de erkenning van de sociologische rechtswetenschap die zich o.a. deze taak gesteld heeft. Want in de sociologische rechtswetenschap bestudeert men de ontwikkeling van het recht in de maatschappij; men gaat na welke vormen het aanneemt (overheidsbevel, wettenrecht, gewoonterecht), onder welke causale wetten die vormen veranderen en hoe die veranderingen van het recht, als feit beschouwd, zich manifesteren in de nieuwe theorieën van het tijdperk der verandering, die bovendien te beschouwen zijn als een herstellen van de verbroken overeenstemming van denken en gebeuren. Dit is de grondgedachte van den inhoud van „Staatsrechtswetenschap en Sociologie”.

Dit is reeds zeer belangrijk, maar nog in een tweede opzicht verdient het nieuwe geschrift van Kelsen onze opmerkzaamheid. Mr. Carp verklaarde tevens dat een dergelijke beoefening der rechtswetenschap op sociologischen en psychologischen grondslag geen wijsbegeerte des rechts genoemd kon worden. Kelsen spreekt nu uitdrukkelijk van „*philosophischen Grundlagen des Rechtspositivismus*”. Het is inderdaad niet in te zien waarom de term „wijsbegeerte des rechts” uitsluitend zou moeten worden gebruikt voor de beperkte gedachtenwereld waarbij Kelsen zich vroeger bepaalde. Slechts de omstandigheid dat zijn min of meer Neo-Kantiaansche wijsbegeerte

met haar formeel denken de meest beoefende wijsbegeerte was, vermocht zulks te verklaren. Wanneer deze wijsbegeerte bovendien op boven uiteen gezette gronden de causale en normatieve werelden van het denken geheel scheidt, kan de geldigheid van een norm slechts voortvloeien uit een andere norm. Daaruit volgt dat men nooit tot den inhoud van een norm kan komen langs dezen wijsgeerigen weg. De norm verkrijgt dus zijn inhoud, of door een als goddelijk beschouwde openbaring, of door het denken en de onder invloed van de door causale wetten werkende maatschappij, gelijk dan ook voor het positieve recht niet te ontkennen valt.

Nu bestaat er hier in Nederland dan ook wel degelijk verband tusschen het oordeel over den inhoud der wetten en het verlangen naar rechtsphilosophie. Zoolang men geen twijfel koesterde omtrent de juistheid van den inhoud van het positieve recht en dit daarom tot diepere gedachten geen aanleiding gaf, bestond er weinig of geen belangstelling voor de wijsbegeerte des rechts. Zoodra echter rechtsbewustzijn en wet bij de juristen niet meer samenvielen, begon men door de studie van rechtsgeschiedenis en wijsbegeerte steun te zoeken voor het herkrijgen van het verbroken evenwicht. Met de rechtsgeschiedenis bereikt men in dit opzicht geen resultaat, hoe geestelijk verruimend en nuttig haar beoefening overigens ook moge zijn, zoolang men deze niet beoefent op sociaal-psychologischen grondslag, omdat afwijkende regelingen van andere tijden en plaatsen ons op zich zelf niets leeren omtrent de oorzaken der verschillen met het hedendaagsche recht, hetgeen juist het beoogde doel vormde. Want wordt dit niet bereikt, dan draagt de rechtsgeschiedenis slechts in zooverre bij tot ons inzicht in het hedendaagsche positieve recht, dat wij dit als een *relatieve* grootheid zien, zonder dat de betrekkelijkheid daarvan ten opzichte van het historische recht, nader is vast te stellen, en de verwording van het hedendaagsche positieve recht begrepen en beheerscht kan worden.

Deze laatste opvatting van het positieve recht, zijn betrekkelijke positie tegenover maatschappelijke invloeden in verband met zijn inhoud, wordt thans ook door Kelsen gehuldigd. De steun, die men in de rechtsgeschiedenis zocht, voor de wetmatige verklaring van die invloeden, heeft men aldaar nog niet gevonden. Hoe staat het te dien opzichte met de wijsbegeerte des rechts?

Het valt niet te ontkennen dat ook de rechtsphilosophie voor velen niet aan de verwachtingen beantwoord heeft, die zij daaromtrent koesterden. Hier in ons land blijft de belangstelling zich tot enkelingen beperken, terwijl toch velen onbevredigd zijn met hetgeen het positieve recht hun geeft. Zij hadden gaarne daarnaast iets dat hen bij de toepassing van dat recht eenig houvast verschafte nu het positieve recht der z.g. verouderde wetboeken dit niet meer verschaft.

Wanneer wij ons bezinnen over hetgeen de Deutsche wijsbegeerte des rechts eigenlijk verricht, is dit zeer begrijpelijk. Wij zeiden het reeds, deze is meer wijsbegeerte dan rechtswetenschap. Men gaat uit van een vooropgesteld wijsgeerig stelsel, bijv. dat van Kant, Hegel of een anderen wijsgeer. Vanuit dit stelsel beschouwt men nu de rechtstermen en men tracht vervolgens deze in het gedachtensysteem van dit stelsel een plaats aan te wijzen, gelijk een bibliothecaris zulks doet met een nieuw boek dat in verband met zijn inhoud een plaats in de boekerij moet verkrijgen. Aldus komt men tot formules als het recht is een „Sollen” (Kelsen), een „Wollen” (Stammler) een „Alsob” (Vaihinger). Dit kan alleen hem belang inboezemen die aanhanger is van het vooropgestelde wijsgeerige stelsel en dat zijn er, gegeven de talrijke levensbeschouwingen, slechts enkelen. Bovendien raakt dit niet de eigenlijke kern die daarin voor den jurist gelegen is. De bibliothecaris, die constateert dat een boek een juridischen inhoud heeft en het op grond van die overweging in de afdeling „recht” plaatst, dringt door het verrichten van dezen arbeid nog niet geheel door in den *inhoud* van de in dit boek behandelde rechtsleer, maar blijft zich ook min of meer tot den vorm beperken. Dit verlangt de jurist juist wel, wanneer hij zijn toevlucht zoekt bij de wijsbegeerte. Hij wordt dan later teleurgesteld, of dwaalt geleidelijk ongemerkt van de rechtswetenschap af naar een wijsbegeerte die ieder verband met de rechtspraktijk mist.

Typeerend voor deze opstandigheid is het feit dat prof. van der Vlugt voor de „Vereeniging voor Wijsbegeerte des Rechts” in 1919 een openingsrede hield, waarin hij aan het slot moest zeggen: „Over wijsbegeerte sprak ik meer dan over recht”. Inderdaad, hij had uitsluitend over de kennistheorie gesproken. Aldus opgevat geeft zij slechts bijdragen tot het veronderstelde wijsgeerige stelsel, en niet tot verdieping van inzicht in het wezen van het positieve recht van de maatschappij. Ieder verband daarmee ontbreekt. Alwie niet geestelijk verwant is met de wijsbegeerte, die de rechtswijsgeer tot grondslag neemt van zijn wijsbegeerte des rechts, kan ook zijn rechtsphilosophie niet apprecieeren als zoodanig. Hij zal wellicht verklaren niets voor wijsbegeerte des rechts te gevoelen, ofschoon een leer op anderen grondslag hem wellicht persoonlijk volkomen zou bevredigen. Maar slechts persoonlijk; sociaal zal een dergelijke wijsbegeerte slechts dan kunnen worden, wanneer de geheele staat uit aanhangers bestond. Een werkelijke wijsbegeerte des rechts is niet een wijsbegeerte *over* in de rechtswetenschap gebruikte termen, maar een wijsgeerig denken over hetgeen in de maatschappij onder den naam „recht” leeft en toegepast wordt. Maar daaronder behoort natuurlijk ook hetgeen daaromtrent wordt getheoretiseerd en als gevolg daarvan wordt nagestreefd. Dit veronderstelt een „moderne rechtsidee” zal men zeggen, die a priori bij den beoefenaar aanwezig moet zijn. Ongetwijfeld. Gedurende het

onderzoek treedt zij den onderzoeker steeds scherper voor den geest, om eerst later tot volle rijpheid te komen. Uit zijn wetenschappelijke en praktische ervaring zal haar inhoud groeien, want was het omgekeerde het geval, dan was hij gelijk de bibliothecaris die niets origineels meer kan verrichten, omdat hij zijn systeem al heeft en die nu nog slechts indeelt.

Zooals gezegd, bij een werkelijke wijsbegeerte des rechts staat de rechtswetenschap voorop en is de wijsbegeerte hulpwetenschap. Onverschillig hoe men op ander terrein denkt, voor studie van het positieve recht in de maatschappij, waarbij de ervaring daarmede opgedaan van de grootste beteekenis wordt geacht, is ook de positieve wijsbegeerte der sociologie voor den jurist de meest aangewezen, daar zij steunt op de feiten. Het positieve recht heeft onder meer deze groote rechtswaarde, dat men het onafhankelijk van diverse levensopvattingen kan toepassen. Als zoodanig beteekende zijn tot stand komen een geweldige vooruitgang in onze beschaving, daar het als zoodanig, werkelijk een objectief karakter tegenover de onderling uiteenlopende godsdienstige en zedelijke voorschriften bezit. Iedere andere wijsbegeerte dan de positieve beteekent als toepassing op het recht een verlaten van dit onafhankelijke standpunt van het recht, een terugkeer tot de vroegere verdeeldheid. Men behoeft hier een causaal denken op feitelijken grondslag. Men kan er niet meer over twisten, dat er grenzen bestaan voor de toepassingsmogelijkheid van ieder normstelsel in de door causale wetten beheerschte wereld. Men kan de absolute geldigheid van een normstelsel aannemen, maar zoodra men het in de wereld toepast, heeft men met factoren rekening te houden die daaraan vreemd zijn. Er zijn steeds grenzen gesteld. Theoretisch zal men dit niet spoedig willen erkennen, omdat de absolute waarde der normen er door aangetast wordt, maar bij het handelen ter verbreiding of ter handhaving van het stelsel zal men praktisch daaraan concessies zien doen.

Maar Kelsen heeft het thans erkend, dat naast de orthodox-wijsgeerige leer over het wezen van de norm als formeele denkvoorstelling, plaats is voor een in wijsgeerig opzicht meer vrijzinnige leer aangaande de norm; de wijsbegeerte van het positieve recht. Hierbij wordt dan in het bijzonder gelet op het verband van zijn inhoud met zijn toepassingsmogelijkheden in de maatschappij. De „Hauptprobleme” van dezen tak der rechtswetenschap bestaan niet uit de wijsgeerige problemen over den zuiveren vorm der gedachtevoorstellingen, waarmede de rechtswetenschap pleegt te arbeiden, maar over de factoren die de veranderingen van het positieve recht beïnvloeden en daardoor afbreuk doen aan de zuiver normatieve waarde van de rechtsregels, die in het leven worden toegepast. Het is de *inhoud* der regels die hier van de grootste beteekenis wordt geacht. Deze inhoud wordt tegenwoordig aan den rechtsregel gegeven

onder invloed van uit de maatschappij voortkomende verlangens en het zijn evenzoo maatschappelijke invloeden die de toepassingen en het intrekken van den regel bepalen. Slechts de achttiende eeuw kende ook een dergelijk verlangen naar wetgeving op grond van *wijsgeerige* theoriën. Deze hebben tegenwoordig op dit terrein geen overwegenden invloed. Er bestaat in de maatschappij een zekere spanning tusschen den regel als voorschrift, dat krachtens zijn aard algemeen moet worden toegepast, en de oordeelen die door dit toepassen van den regel ontstaan omtrent de waarde van die toepassing. Immers juist omdat er geen rechtsregels te geven zijn die overeenkomstig het verlangen van het natuurrecht van vroeger eeuwen, voor alle tijden en plaatsen dezelfde absolute beteekenis hebben, kan iedere norm van het toegepaste recht in de maatschappij slechts een betrekkelijke beteekenis hebben. Men moet bij de toepassing van den regel allereerst het normatieve karakter in het oog vatten en trachten de sociale verhoudingen aldus te handhaven of te veranderen als de regel voorschrijft. Maar op den langen duur boet de regel dit karakter hoe langer hoe meer in en dit gaat des te sneller, naarmate de maatschappij, waarin hij wordt toegepast, verandert. De normatieve kracht is slechts een betrekkelijk geringe modulatie in het overwegend causale gebeuren. Ook al uit zij zich in den vorm van een algemeen voorschrift, haar betrekkelijkheid spruit voort uit een verlangen naar verandering van bepaalde verhoudingen die op het oogenblik van haar ontstaan bestaan en waartegen zij zich richt met een algemeen voorschrift. Wordt de nieuwe regeling tot een sociale gewoonte die zichzelf zonder uiterlijken dwang in de maatschappij weet te handhaven, dan heeft het uitgevaardigde voorschrift blijk gegeven op de beste wijze aan de gestelde verwachtingen te beantwoorden. Van een min of meer tegenover de maatschappij staand voorschrift is het tot een geestelijk normatief bestanddeel van de maatschappij zelve geworden, van wettenrecht tot gewoonte-recht.

Ook hier blijkt dat het betrekken van dit sociologische terrein bij de wijsbegeerte des rechts een verdieping van het inzicht in het wezen en de sociale beteekenis en veranderingen van het recht beteekent. Voor een denken dat zich bepaalt tot het nagaan van eigen denk-vormen omtrent het recht en dat tegelijkertijd denkt daarmede het geheele gebied te beheerschen dat voor de rechtwetenschap bestaat, moet een denken en toetsen aan het gebeuren van in de maatschappij feitelijk toegepaste normatieve oordeelen (de leer der groepsvorming) worden afgewezen, als zijnde niet bestaanbaar voor dit wijsgeerig denken. Het is echter onontbeerlijk voor de studie van de wijsbegeerte van het positieve recht, beschouwd als een dynamische grootheid in de maatschappij. Het zou te ver voeren hier wederom op dit in de maatschappij geldende normatieve oordeelen verder in te gaan. Slechts hierop dient in dit verband gewezen te worden, dat niet alleen

in de rechtswetenschap, maar ook voor de maatschappijleer niet slechts een van beide denkvormen, „Sein” of „Sollen”, toegepast moet worden, want de maatschappij zelve bezit als vereenigend bestanddeel voor haar onderdeelen, de individuen, een normatief geheel en wordt niet uitsluitend bijeengehouden door voor de leden slechts uiterlijke heterogene voorschriften van godsdienst en wetten.

Wanneer het rechtsvoorschrift in de maatschappij toegepast wordt, kan het niet beantwoorden aan de verwachtingen die men bij het uitvaardigen daaromtrent koesterde of kunnen door de toepassing nevengevolgen optreden, waarop men van te voren niet rekende en die in oorzakelijk verband staan met de toepassing van den regel onder de gegeven verhoudingen. Deze kunnen het oordeel omtrent de sociale waarde van den rechtsregel geheel doen veranderen, hetgeen van invloed kan worden op het toepassen van den regel. Rechtsbewustzijn en wet staan dan tegenover elkaar. Het is slechts inzicht in de sociale functie van het recht in verband met de bestaande ideële en materieele sociale verhoudingen dat hier een oplossing zal vermogen te geven die aanspraak zal kunnen geven op een in sociaal opzicht juist oordeel, waarbij volgende conflicten van belangen vermeden worden.

Logisch denken wordt op zich zelf in den tegenwoordigen tijd niet voldoende geacht. Men eischt meer dan alleen een oordeel van den rechter, men wil dit bovendien zien voldoen aan de eischen die het leven stelt.

De gedachtenwerelden van recht en maatschappij komen ook daardoor steeds nader tot elkaar. Men denke aan den groei van het gewoonte-recht en de „convention” in het staatsrecht ten koste van het geschreven recht. Daarom wordt kennis van het sociale leven door middel van de sociologie dringend noodzakelijk, daar men anders te veel onder invloed staat van uitsluitend het eigen milieu. Is dit het geval dan vormt deze omstandigheid een beletsel een objectief oordeel te vormen over een conflict van eigen groep met een andere.

Al te lang heeft men in de rechtswetenschap bij het uitspreken van een oordeel voornamelijk gezien naar de beteekenis en sociale positie van de persoon die het uitsprak. Een goede sociale filosofie, waarvan de wijsbegeerte des rechts een onderdeel is, beziet het recht voornamelijk met Duguit in zijn sociale functie, niet naar de beteekenis van de autoriteit die het uitspreekt. Zij is er zich van bewust dat een denken over het recht allereerst het maatschappelijk leven moet dienen. Voor de conflicten die zich daarin voordoen moet het oplossen kunnen geven die bijdragen tot een vredige ontwikkeling daarvan. Louter formeel logisch denken baat hier niet. Zij die uitsluitend deze denkwijze beoefenen geven dit toe. Het is er mede gelijk in de aesthetiek; bij haar uitwijdingen begeeft men zich ook niet op een weg die leidt tot het scheppen van kunstwerken, hoelang men er ook

over in beschouwingen treedt. Bovendien is het voor velen een vraag of men langs dezen weg in den loop der eeuwen wel één probleem tot een oplossing heeft weten te brengen. Men werkt allereerst aan de ontwikkeling van eigen persoonlijk geestesleven. Toch moet natuurlijk niet uit het oog verloren worden hoe het beoefenen van zulk een wijsgeerig denken uit een persoonlijke behoefte kan voortkomen die even noodzakelijk om bevrediging vraagt als de behoefte naar brood, en dat indirect de invloed van training in het denken van onmisbare beteekenis kan zijn voor den vooruitgang van onze beschaving, wanneer zij den stoot geeft tot sociale veranderingen, zooals met het rationalistische natuurrecht der achttiende eeuw het geval was. Hier gaat het slechts om hare beteekenis voor de oplossing van de huidige bovengeschetste praktische rechtsproblemen.

De stap dien Kelsen in zijn laatste geschrift heeft gedaan en waardoor het gebied van zijn rechtsphilosophie belangrijk verruimd wordt, zal voor hem bij verder doordenken moeten leiden tot een totale verandering van houding tegenover sociologisch georiënteerde juristen, zooals Jellinek. Nu werden zij in zijn boek over het sociologische staatsbegrip beoordeeld naar het stelsel van Kelsen, in plaats van naar eigen stelsel, daar de schrijver geen beschouwing van het recht als sociaal feit, behoorende tot het denkgebied van het „Sein”, wilde aannemen en dus toen tertijd hun leer niet kon bevatten.

Dergelijke stelsels van de allergrootste juristen staan alle naast elkaar als betrekkelijkheden van een grooter geheel; de onderlinge bestrijdingen berusten slechts op misverstand. Hierop wees ik reeds in mijn boek en trachtte een en ander duidelijk te maken. Het is mij gebleken in dit laatste nog niet te zijn geslaagd.

Een Wijsbegeerte des Rechts die het recht o.a. ook als een sociale functie beschouwt, steunt niet alleen op een formeel logisch-juist denken over het recht als geestesinhoud, maar behoeft een zoo groot mogelijke ervaringskennis omtrent alles wat in de maatschappij plaats vindt. Eigen levenservaring zonder uitgebreide studie omtrent hetgeen anderen hebben ervaren is onvoldoende. De praktijk van eigen werkkring verheft niet boven de vooroordeelen van eigen milieu. Een voortdurend lezen en denken wordt hier vereischt, benevens een groot geheugen en ruimheid van opvattingen is het resultaat. Dit is het tegenovergestelde van het formeele denken; is het stelsel eenmaal doordacht, dan wordt alles daarin ingedeeld en beoordeeld zonder dat gedachten-vernieuwing plaats vindt. Biedt het sociale leven geen arbeid aan ter bestrijding dan is er geen arbeid meer, men is klaar, met de ordening van eigen geest.

Oudtijds stond het recht naar vorm en inhoud als een goddelijk geopenbaarde absolute waarheid tegenover de maatschappij met de daarin levende en denkende menschen. Daarna verloor het dit karakter in de oogen der menschen, maar behouden bleef de gedachte

het als formeel denken van uit een absoluut standpunt te bezien, nu dat der menschelijke rede. De inhoud der rechtsregels trachtte men daarna tevergeefs logisch en absoluut geldig af te leiden.

Dit laatste beteekende in zooverre een vooruitgang, dat men tot het inzicht was gekomen dat een absoluut geldend recht onverschillig tijd en plaats niet aldus te vinden was. De inhoud van de rechtsregels was slechts te beschouwen als onderhevig aan plaatselijke en tijdelijke voorwaarden. Thans leert ons verder inzicht in deze verhoudingen dat ook de zuivere *vorm* moet worden opgegeven voor het wezen van den rechtsregel, wanneer men zich niet louter vermeit in een denken ter wille van het denken, maar de rechtsregels in hun sociale functie wil bestudeeren. Hoe meer men den geest zal afwenden van het absolute en zich zal richten op het bijzondere van ieder geval, des te rijker zal de rechtswetenschap worden aan kennis en rechtvaardiger oordeelen.