

RECHT EN MORAAAL

DOOR

PAUL SCHOLTEN.

1. Het is eigenlijk een dwaasheid in een kort opstel de verhouding van recht en moraal te willen aangeven. Zoodra men zijn standpunt te dien aanzien bepaalt, voelt men dat men van allerlei niet nader bewezen onderstellingen moet uitgaan en in allerlei fundamentele vragen partij moet kiezen. Feitelijk is dus een beschrijving van de verhouding van recht en moraal alleen mogelijk binnen een systeem, waarin de grondslagen van weten en behooren zijn uiteen gezet en waarin niet alleen de grenzen van de genoemde gebieden zijn aangewezen, maar het gemeenschapsleven en zijn wetenschap in het geheel tot voorwerp van onderzoek is gemaakt.

Bij het bewerken van dit opstel werd ik mij meer en meer van deze waarheid bewust. Intusschen, ik had beloofd een inleiding voor de Vereeniging voor Wijsbegeerte des Rechts over dit onderwerp te schrijven en was dus daartoe zooal niet rechtens, dan toch zeker moreel verplicht. Ik wil echter deze waarschuwing doen voorafgaan, omdat wat volgt niet anders is dan een schets, het aangeven van enkele hoofdlijnen, die elders nadere fundeering en toelichting moeten vinden.

2. Tot op Kant is er in de wijsgeerige bezinning geen principiele scheiding tusschen recht en zedelijkheid. Wel onderscheidde men rechts- en moreel gebod, rechts-plicht en moreele plicht, maar beide werden gerekend deel te vormen van één zedelijke ordening, de rechtsplicht was niet van anderen *aard* dan de moreele. Het was een moreele plicht, die een bijzondere sanctie had verkregen. Aldus nog het standpunt der 18e eeuw. Teekenend is dat een jurist als Pothier, als hij zijn beroemd *Traité des Obligations* opzet, begint met te verklaren, dat er verplichtingen zijn die onvolmaakt zijn, verplichtingen jegens God en moreele verplichtingen jegens den medemensch (van dankbaarheid enz.), maar dat daarnaast staat de volmaakte verbintenis, waarvan degeen tegenover wien zij bestaat, de nakoming in rechten kan vorderen. Een gradueel verschil dus, niet een principieel. Voor een katholiek moralist als Cathrein geldt dit thans nog. Bij Kant wordt dat anders. De *Metaphysik der Sitten* is scherp gescheiden in rechtsleer en ethiek. Kant's moraal is autonoom. Voor den moreelen plicht is een van buiten tot ons komende (äussere) wetgeving niet mogelijk, voor den rechtsplicht is de mogelijkheid van

zulk een wetgeving essentieel. (Rechtslehre, Einleitung, blz. 45, uitg. Vorländer.) Daarmee hangt samen dat rechtens slechts een uiterlijk volgen van de norm kan worden verlangd, terwijl de moraal eischt dat de handeling die voorgeschreven is, verricht wordt, omdat het plicht is (t. a. p. blz. 21). Toch is er nog samenhang, beide recht en moraal staan onder het Grundgesetz der zedelijkheid, de scheiding is de scheiding van twee wel scherp onderscheiden maar ten slotte verbonden gebieden. Veel scherper is de scheiding in de oudere werken van Fichte.

Van hem zijn de uitspraken: „de wetenschappen van recht en moraal zijn al oorspronkelijk en zonder ons toedoen door de rede gescheiden en staan volkomen tegenover elkaar” („sind völlig entgegengesetzt”) en „Het begrip van den plicht dat uit de zedenwet voortvloeit, verschilt in dat van het recht in de meeste kenmerken”. (Grundlage des Naturrechts, uitg. Medicus II, 58 en 59.) Alleen voor de moraal bestaat een behooren, zij gebiedt onvoorwaardelijk — het recht veroorlooft slechts; immers iedere handeling is overeenkomstig de wet van het recht, die vereenigbaar is met de vrijheid der individuen, die de grondslag van alle recht is. Recht is niet anders dan uiterlijke vrijheidsbeperking — met het gebod der moraal heeft het niet meer te maken.

Hier ligt de wijsgeerige achtergrond van de onwijsgeerige ontwikkeling in de 19e eeuw. Recht werd gebonden aan den in de wet neergelegden wil van den staat. Alleen wat de wet voorschrijft werd recht geheeten. Dat recht vormt een gesloten geheel. Verband met de moraal werd alleen in zooverre erkend, dat de moraal zoowel op het opstellen van regels als op het uitoefenen van rechten invloed kan hebben, maar in de rechtsorde zelve hebben naar deze voorstelling de voorschriften der moraal geenerlei beteekenis. Het recht wordt van de moraal geheel gescheiden, het is een complex van door den staat opgelegde geboden en toegekende bevoegdheden. Voor zoover in eenig geval de beslissing wat recht is niet dadelijk uit de wet is af te leiden, moet deze door de rechtswetenschap worden gevonden; zij heeft daarbij een fijn gebouwd werktuig van logische, historische en systematische interpretatie tot haar beschikking, doch de vraag van moreele verantwoording der te geven uitspraak mag niet worden gesteld; haar werk is zuiver intellectueel, ethische factoren spelen geen rol. Het is bekend, dat deze beschouwingswijze in onzen tijd hoe langer hoe meer terrein heeft verloren, zoowel op het gebied van het privaatrecht als op dat van het administratief recht. Telkens weer bepalen overwegingen van ethischen aard de beslissingen van den rechter, de geslotenheid van het wettelijk systeem wordt niet meer klakkeloos aanvaard: „goede trouw”, „het handelen zooals in het maatschappelijk verkeer betaamt”, „plichten van moraal en

fatsoen", „wat redelijkerwijze gevraagd kan worden", worden door den rechter ingeroepen ter vaststelling van recht en plicht van partijen, wij herinneren aan de onrechtmatige daad, de toepassing van art. 1374 B. W., de overmacht, de natuurlijke verbintenis. Bovenal bij de uitlegging zelve van wet en overeenkomst wordt meer en meer gezocht naar het „bevredigende" wat niet enkel, niet in de eerste plaats de intellectueele overtuiging van hem die oordeelt, raakt. Talrijke in vage termen gestelde wetsbepalingen, leemten in de wet, laten een rechtshandhaving toe, die — laten we het nog maar wat slap zeggen — den invloed van zedelijke oordeelen ondergaat, de rechtshandhaving zelve blijkt niet buiten dien invloed om te geschieden. Is het wonder, dat de verhouding recht—moraal opnieuw om aandacht vraagt?

3. We kunnen hetzelfde verschijnsel nog van een andere zijde bezien. Voor de positivistische beschouwing, die door het woord der wet alleen het recht bepaald achtte, was althans de uiterlijke scheiding van recht en moraal eenvoudig. Wat niet in de wet staat, was geen recht. De scheiding tusschen positief en gewenscht recht was evident. Over het richtige recht kon men spreken als men het over wetswijziging had, niet bij de rechtstoepassing. Doch als het recht mede wordt bepaald door niet in de wet geschreven regels, ontstaat de mogelijkheid van regels van recht, niet in de wet neergelegd, en daarmee is niet alleen de vraag aan de orde gesteld wat het kenmerk is van de gelding van het recht, wanneer nu die buitenwettelijke regels toepassing verlangen ook in het recht, maar ook de vraag welk karakter deze hebben, zijn het regels van recht of van moraal of behooren zij wellicht tot een andere categorie? En als het niet regels van moraal zijn, wat onderscheidt ze van deze? Al deze vragen — zij zouden nog zijn te vermeerderen — dringen tot bezinning op de vraag der verhouding van recht en moraal.

4. Aan onze vraag is in de laatste jaren menige beschouwing gewijd. Men heeft op allerlei wijzen getracht de grens tusschen moraal en recht te trekken. Het recht, is een veel gehoorde stelling, schrijft een handelen voor of verbiedt het — de moraal stelt een norm aan den innerlijken mensch, aan zijn gezindheid; of wel men leert, dat de moraal enkel plichten oplegt, gebiedt en verbiedt, dat het recht daarentegen ook veroorlooft, bevoegdheden (subjectieve rechten) toekent, of dat het essentieel verschil hierin gezocht moet worden, dat voor den rechtsregel de uiterlijke dwang, waardoor hij gehandhaafd wordt, kenmerkend is, dat de regel der moraal bindt onafhankelijk van eenigen invloed van buiten en zoo meer. De juistheid dezer criteria zullen wij in den loop van ons betoog onderzoeken, hier moeten we er enkel op wijzen, dat bij al deze beschouwingen van de onderstelling wordt uitgegaan dat de mensch aan zekere normen onder-

worpen is. Ook wij stellen dit feit als uitgangspunt. We willen trachten het wat nader te beschrijven.

Primair, niet nader te herleiden gegeven is daarbij ons *geweten*, het zedelijk oordeel dat wij zelfen over eigen daden vellen. Daarin ervaren wij dat er een behooren bestaat. Het verschijnsel dat wij ons zelfen aanklagen en oordeelen, 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. Een meening die van twee onbewezen en volstrekt niet evidente stellingen uitgaat, vooreerst dat bij botsing tusschen intellectueel, dus door waarneming en logische redeneering, gevonden en zedelijk ervaren waarheid, de laatste moet wijken, de voorrang dus niet aan de „praktische” maar aan de „zuivere” rede toekomt en ten tweede dat al ons handelen door buiten ons zelfen liggende factoren *volkomen* bepaald is. Die meeningen laat ik rusten.

Oorspronkelijk gegeven dus het *geweten*. Dàt begeleidt onze daden en onze gedachten, het oordeelt ze onverbiddelijk; dàt wijst ons de richting waarin we hebben te gaan als in ons de motieven strijden. De beslissing van het *geweten* is altijd concreet, zij geldt alleen *nu. in dit geval, voor mij*. Met een aan de rechtspraak ontleend beeld stelt men het *geweten* vaak voor als aanklager en rechter tegelijk: ik beschuldig mij zelve slecht te hebben gehandeld — ik tracht mij vrij te pleiten — ik vonnis mij zelfen. Het beeld is gelukkig gevonden — toch schuilt ook in deze beeldspraak gevaar. Immers de conclusie ligt voor de hand, dat als ons *geweten* rechter is, het onze gedraging toetst aan de wet, de voorstelling komt op, dat het *geweten* een feit subsumeert onder een algemeene norm¹⁾. Het is de vraag of deze voorstelling, hoe gebruikelijk ze zijn mag voor de beschrijving van rechtspraak, zelfs daar wel geheel past, maar wat daarvan zijn moge, voor de gewetensbeslissing moet zij onvoorwaardelijk worden afgewezen. In den strijd dien we innerlijk voeren, of iets mag of niet mag, zal ongetwijfeld vergelijking met verhoudingen soortgelijk aan die waarin wij verkeerden, een algemeener maken van het probleem ons kunnen helpen, maar de beslissing hangt van dit hulpmiddel niet af, zij is altijd een intuïtief grijpen van de uitkomst, die men al naar zijn levensbeschouwing als inzicht in een zedelijke idee dan wel als het volgen van een goddelijk gebod zal aanvaarden. Hier staat Idealisme tegenover Christendom. Voor mij persoonlijk geeft alleen de laatste opvatting ons den waarborg van een objectieve waarheid, gelijk ook zij ons doet begrijpen waarom we dan enkel van een gewetensbeslissing mogen spreken, als zij *in strijd* gevonden is. Voor de Christelijke

¹⁾ Vgl. Stammler, Lehrbuch der Rechtsphilosophie, blz. 189.

levensbeschouwing is de gedachte der zonde fundamenteel. De mensch die het slechte doet, schiet niet door gebrek aan inzicht te kort, maar hij volgt de neiging tot het booze die in hem steekt. De strijd daartegen is hem opgelegd; alleen in dezen strijd, een strijd waarin de mensch altijd de nederlaag lijdt, maar dien hij steeds weer beginnen moet, kan hij zijn weg vinden. Meent hij het zonder strijd te kunnen stellen, hij vervalt altijd weer in hoogmoed en zelfgenoegzaamheid. Alleen in dien strijd mag hij hopen geleid te worden. Ik mag over deze dingen hier niet uitweiden, veroorloof mij alleen nog twee opmerkingen. Vooreerst dat God's gebod, dat in het geweten spreekt, weer niet tot abstracte norm moet worden gemaakt, gelijk maar al te veel gebeurt, het is een concreet persoonlijk gebod, dat gehoorzaamheid verlangt. En dan dat in deze beschouwing het duidelijk is, hoe we moeten staan tegenover het probleem van het „dwalend” geweten. Wie in zijn gemoed ten volle verzekerd is, weet dat hij *niet* dwaalt, doch de mensch is zoo zeer geneigd zich zelf met schoonschijnende voorwendselen te paaien, dat maar al te licht voor een gewetensbeslissing wordt gehouden wat het in waarheid niet is. Pijnlijk is dan de latere ervaring van dwaling, al zal hij die zich zelf bij het verkrijgen van het nieuwe inzicht scherp onderzoekt wel altijd tot de conclusie komen, dat hij dit in de allerdiepste diepte wel geweten heeft en de volle bevrediging met zijn beslissing niet was gegeven.

Met deze enkele schematische opmerkingen over het geweten moge ik thans volstaan. De vraag rijst hoe we van uit dit standpunt komen tot een zedelijk oordeel over de daden van anderen.

5. Het concrete gewetensoordeel, irrationeel gevonden, grondslag van het oordeel over goed en kwaad, hoe kan het anderen betreffen dan ons zelven, hoe kan daarop een algemeene zedeleer worden opgebouwd? Het antwoord moet luiden dat dit inderdaad niet kan. „Oordeelt niet, opdat ge niet geoordeeld wordt” — wij kunnen den ander niet kennen gelijk wij ons zelven doen, we kunnen niet van een ander het oordeel overnemen dat hij behoort te vellen. En toch we weten niet alleen dat we voortdurend daden van anderen beoordeelen, ook dat we niet anders kunnen, dat het gewetensplicht zijn kan met zich zelven uit te maken of een daad van een ander goed of slecht was, hem dit openlijk te zeggen zoo noodig.

Hoe hebben wij deze tegenstelling — ik zeg niet op te lossen, dat is niet mogelijk — maar te verstaan? Ik zou er dit van willen zeggen. We kunnen alleen pogen ons een oordeel te vormen over hetgeen een ander behoort te doen, had behooren te doen als we ons zoo goed mogelijk in zijn toestand indenken, ons — naar het teekenend heet — in hem verplaatsen. Te verwerkelyken is dit niet, maar we benaderen het 't meest als we er in liefde naar trachten. We verstaan

iemand beter naarmate wij hem meer liefhebben. De plicht tot naastenliefde is de grondslag van het oordeel over de daden van anderen. Wij leven niet alleen, maar in gemeenschap; voor wat anderen doen, kunnen wij mede verantwoordelijk zijn, die verantwoordelijkheid verplicht tot oordeelen. Naarmate een mensch ons nader staat, ons verwant of bevriend is, is ook de plicht tot het beoordeelen zijner daden sterker. Toch blijft het woord: Oordeelt niet. Iedere beoordeeling van de handelingen van anderen mist de zelfverzekerdheid, die van de gewetensbeslissing over eigen gedrag kenmerk is; zij heeft altijd de kiem in zich van een overschrijding van bevoegdheid, zij zal altijd onder het voorbehoud van dwaling gegeven worden. Hoe sterker de mensch die spreekt, hoe grooter zijn liefde, hoe kleiner die kans.

Doch niet alleen het concreet oordeel over de daad van een ander, ook de algemeene uitspraak over goed en kwaad vindt in de naastenliefde haar rechtvaardiging. In ons geweten worden we ons een behooren bewust, we staan tegenover anderen als onze gelijken, bewogen door dezelfde hartstochten en ontroeringen als wij, we zien ook hen tot een behooren verplicht. Ik herhaal: We leven niet alleen, maar in gemeenschap, voelen ons voor het gemeenschappelijk leven mede aansprakelijk. Doch dan is het ook van zelf sprekend dat we geroepen kunnen zijn omtrent ons inzicht in het behooren, in goed en kwaad te getuigen, ook dat de man van wetenschap poogt dat inzicht in veel en velerlei samen te vatten tot een eenheid en te beschrijven, en de plaats der waarden die hij meent gevonden te hebben tegenover andere (waarheid en schoonheid) aan te geven (ethiek). Maar als de grondslag van ons kennen van goed en kwaad ligt in de persoonlijke gewetensbeslissing, dan spreekt het ook van zelf dat iedere rationalisering, waardoor de regel gevonden wordt door veralgemeening van de concrete ervaring en de beslissing in nieuwe moeilijkheid door subsumeering van het geval onder den regel in het zedelijke moet zijn uitgesloten. Reeds in het wetenschappelijk oordeel, de beslissing of zekere stelling waar is, ligt behalve de materie die geoordeeld wordt (de waarneming) en de regel van logica waarnaar geoordeeld wordt nog een derde, niet nader te herleiden of te omschrijven element: de beslissing zelve. Wordt een wetenschapsoordeel overgenomen, een stelling aan iemand bewezen, dan wordt dit derde genegeerd, aangenomen dat het bij den hoorder juist zoo werkt als bij den spreker. En dit mag men doen, omdat de kans dat het anders is miniem klein is. Doch in het zedelijk oordeel is de betekenis van dit derde element een geheel andere, is dit irrationeele juist het essentieele. Vandaar dat iedere opzet om te komen tot onwrikbare regels van zedelijkheid en om dan in uitgewerkte casuïstiek een geheel systeem van plichten op te bouwen, van te voren tot mislukking gedoemd is.

Van uit den dekalooq komen we niet tot de beslissing der zedelijke moeilijkheden van den hedendaagschen mensch. Aan den aanvang van het zedelijk leven staat het gebod; het ontleent zijn gezag aan de persoon van wie het afkomstig is; beter dan lange betoogen wijst het een richting, waarin we te gaan hebben; het is een prikkel tot daden, maar het geeft niet een afdoende maatstaf tot beoordeeling. Wij buigen voor de geboden, maar van de verplichting zelf te beslissen ontheffen zij niet.

Hier raken wij aan een verschil tusschen recht en moraal. Voor wij dat uitwerken, moeten wij de tegenstelling nog van andere zijde bezien.

6. Von Gierke stelt in zijn studie over recht en zedelijkheid ¹⁾ naast de uitspraak: „Die Unterscheidung von Gut und Böse ist ein gemeinschaftliches Besitztum der Menschheit, für dessen Ursprünglichkeit das Gewissen bürgt” — een uitspraak, die ik zou willen onderschrijven — deze andere: „Auch die Unterscheidung von Gerecht und Ungerecht ist ein gemeinsames Besitztum der Menschheit, dessen Ursprünglichkeit das Rechtsbewusstsein bezeugt”. Is deze tegenstelling, die tevens een gelijkstelling is, juist? Over het gecompliceerde verschijnsel van het rechtsbewustzijn zoo straks meer; ik vraag voorloopig nog slechts of de categorie van het recht inderdaad zoo geheel zelfstandig naast die van het goede kan worden gesteld als Gierke doet. Even voor de aangehaalde plaats staat ²⁾: „Die Idee des Gerechten aber deckt sich so wenig mit der ethischen Idee des Guten wie mit der religiösen Idee des Gottesglaubens oder der die Wissenschaft durchwaltenden Idee des Wahren oder der aesthetischen Idee des Schönen”. Nu is het waar, dat goed niet synoniem is met rechtvaardig, maar volgt er uit, dat we inderdaad naast de categorie van het ware, het schoone en het goede die van het recht met even groote aanspraak op zelfstandigheid mogen plaatsen? Ik ontken het beslist, maar ben mij bewust, dat waar het hier gaat om een kijk zoo op eigen innerlijk als op het geestelijk leven der menschheid van een bewijs dier ontkenning geen sprake kan zijn. Ik ben overtuigd, dat het recht een provincie vormt van het groote gebied van het goede. Dat dus het verband tusschen recht en goedheid een ander is dan tusschen goedheid en waarheid of waarheid en schoonheid. En er is toch wel iets van een bewijs voor deze stelling aan te voeren, daar juist omdat moraal en recht niet geheel zelfstandig naast elkaar staan er over hunne verhouding meer te zeggen is dan anders het geval zou zijn.

Als wij ons zetten tot aanduiding van het kenmerkende in deze verhouding, moeten we ons klaar voor oogen stellen welke kern we in het recht vinden, die we tegenover het gewetensoordeel in de moraal

¹⁾ Logos VI, blz. 246.

²⁾ Blz. 244.

kunnen plaatsen. Het is het oordeel van den rechter. De rechter is ouder dan de wetgever; voor het recht is de spreuk van den rechter historisch en logisch primair. Alle wetenschap van het positieve recht dient niet anders dan ter voorbereiding van het oordeel, dat de rechter op een gegeven oogenblik zal hebben te geven. Men denke daarbij niet alleen aan de rechterlijke macht zooals zij heden ten dage is georganiseerd — ook in de deelen van het recht, waarin deze of in het geheel niet of slechts op zeer bescheiden wijze een woord mag meespreken (staatsrecht) stelt de wetenschappelijke onderzoeker zich op het standpunt van den rechter, geeft hij een maatstaf voor het concrete rechtsoordeel.

Het oordeel van den rechter is als het zedelijk oordeel over goed en kwaad, over kwaad dat gedaan is, over wat *behoort* gedaan te worden door hem, over wien het oordeel wordt gesproken. Waarin verschilt het van het zedelijke oordeel? Trachten we enkele der meest naar voren komende kenmerken aan te geven.

7. Alle vinden zij hun grondslag in deze ééne gedachte: het goede vraagt verwerkelijking in de wereld en die verwerkelijking kan niet aan den individueelen mensch worden overgelaten. Alle recht wortelt ten slotte in de idee der gemeenschap. Het samenleven maakt, dat we de verwerkelijking van het goede niet kunnen overlaten aan het individueel inzicht van anderen, maar dat we ons verplicht rekenen het die anderen op te leggen. Daarmee raken we aan de meest waardevolle kern van het recht: de verwerkelijking van wat als goed is onderkend, ook aan zijn noodzakelijke zwakheid: een waarlijk *goed* handelen laat zich niet opleggen. Uit deze tegenstrijdigheid komen we niet, we hebben haar klaar voor oogen te stellen, om het eigenaardig karakter van het recht te verstaan.

Waarin verschilt het oordeel van den rechter van den vriendenraad? Vooreerst wel hierin, dat het met *macht* wordt gegeven. Het doet er niet toe of de rechter al dan niet over uiterlijke dwangmiddelen beschikt; in den aard van zijn uitspraak ligt, dat zij onderwerping vraagt. Onder Deutsche geleerden bestaat een strijd die alleen met Deutsche woorden te beschrijven is, het is deze of het recht een „Sollen” dan wel een „Müssen” inhoudt, ik geloof dat het antwoord zal moeten zijn: beide, „du musst, *denn* du sollst”. De rechter plaatst achter zijn oordeel over het behooren den eisch van gehoorzaamheid. Strijdenden die zich tot den rechter wenden, een gemeenschap die een rechter aanstelt, verwachten en verlangen dat wat deze als oordeel geeft ook zal worden doorgezet. In deze verbinding van de gedachte van macht met het oordeel over een behooren ligt de grondslag zoo van het subjectieve recht, de bevoegdheid, die centraal is voor het privaatrecht als van de vergelding die van het strafrecht de kern uitmaakt. In het subjectieve recht wordt de verwerkelijking van het recht

in handen van een mensch gelegd, aan zijn macht overgelaten; het behooren, dat verwerkelijking vraagt, roept om vergelding door middel van macht. Het staatsrecht eindelijk geeft de organisatie van de macht ter wille van het recht.

8. Er is nog een ander verschil dat in het oog springt. De rechter staat in een bijzondere verhouding tot een gemeenschap; zijn oordeel is niet enkel een uitspraak tusschen beide strijdenden, maar het is een beslissing waaraan de gemeenschap deel heeft. De gemeenschap heeft hem zijn taak opgedragen, *zijn* uitspraak is voor hun *de juiste* uitspraak. Die bepaalt mede den aard van zijn oordeel. Hij is tegenover de gemeenschap tot verantwoording van zijn arbeid verplicht, hij moet gelijke gevallen gelijk beoordeelen. Dat is een beginsel dat in alle recht is opgesloten. Er volgt tweeërlei uit: vooreerst dat de mogelijkheid bestaat twee verhoudingen voor „gelijk” te verklaren en dan dat er regels zijn, waarnaar het oordeel wordt geveld. Om als object van beoordeeling een „geval” te verkrijgen dat aan een ander geval gelijk gesteld wordt, is het noodig de verhouding niet in hare nooit uitgeputte bijzonderheden te zien, maar als een type; van de bijzonderheden wordt geabstraheerd, het bijkomstige wordt afgekapt, de daad wordt enkel beschouwd zooals zij zich maatschappelijk voordoet, en die aan andere gelijksoortig is. Dit is de eene helft van het intellectueele werk dat ieder die als rechter oordeelt, te doen heeft: het geval als voorbeeld van een type te herkennen. De andere bestaat in het zoeken van den regel. De noodzakelijkheid, gelijke gevallen gelijk te beoordeelen, stelt den eisch van regels waarnaar geoordeeld wordt. De rechter die naar de beslissing zoekt, zal zich afvragen hoe hij in vorige gevallen beslist heeft; om uit te maken of hij in de vorige gevallen met gelijke verhoudingen te doen had, vormt hij uit de gevallen een algemeen gehouden regel, waaronder hij het nieuwe geval kan brengen; omgekeerd stelt de gemeenschap, die in gelijke gevallen gelijke beslissing wenscht, regels op waaraan zij den rechter bindt. Uit deze beide: veralgemeening van de concrete uitspraak door den rechter en onderwerping van den rechter aan algemeene regels ter wille der rechtsgelijkheid is iedere wetgeving geboren.

In dit alles liggen sterk intellectueele elementen. Rechtzoeken, rechtspraak is altijd voor een belangrijk deel werk van het intellect. In het recht wordt het behooren gerationaliseerd¹⁾. Zoodra zich de wetenschap van het recht ontwikkelt, zet zij dit werk voort. Ook zij is daartoe door de logica der feiten gedwongen; naarmate de maatschappij ingewikkelder wordt, en de persoonlijke verhouding tusschen rechter en rechtzoekende verloren gaat, is de rechter meer tot verstandelijk betoog verplicht om zijn uitspraak aanvaardbaar te maken.

¹⁾ Zie mijn Beschouwingen over recht, blz. 206.

Zoo zit dus in het recht een sterk logische inslag, maar de grondslag blijft het zedelijk oordeel over goed en kwaad dat in de concrete uitspraak telkens weer naar voren springt en zich in de rechtsontwikkeling der laatste jaren na tijden van machtige rationaliseering met kracht doet gelden. Met Eugen Huber ¹⁾ zie ik dus macht en logos en ethos als elementen van het recht. Maar ik geloof dat niet een naast elkaar stellen van deze drie, maar de nadere aanwijzing van hunne verhouding een goed inzicht geeft. Het recht zit vol tegenspraken: het zedelijke laat zich niet rationaliseeren, in het recht wordt het gerationaliseerd, het zedelijk oordeel is alleen te geven in volledige kennis van heel het gebeuren, het recht kapt moedwillig veel daar van af, het zedelijk oordeel staat onverschillig tegenover de mogelijkheid van zijn verwerkelijking, het recht is aan macht gebonden, ondanks al deze verschillen is toch het recht een oordeel over behooren, ontspringt het uit den ethos in den mensch. Ondanks al het intellectueele en al het maatschappelijk gebundene kan het recht zijn hoogere afkomst niet verloochenen. Ook in het rechtsoordeel zit *ten slotte* een irrationeel element; zoo het geen zedelijk oordeel is, heeft het toch de strekking zedelijk oordeel te worden.

Het is duidelijk, dat als we dien kijk op de verhouding recht—moraal hebben, van een afzonderlijke categorie in het geestesleven voor het recht naast het goede en het ware geen sprake kan zijn. Het recht wortelt in het zedelijk oordeelen; het heeft intellectueele elementen in zich opgenomen. Voor de wetenschap van de samenleving heeft het stellig wel zelfstandige beteekenis, doch in de oorspronkelijke deeling van het geestelijk leven in de categorieën van waar, goed, schoon, is voor het recht geen plaats. Over de plaats, die aan het recht in de geestelijke wetenschappen wél toekomt, zoo straks nog een enkele opmerking. Vooraf echter nog dit: ik stel het zedelijke tegenover het recht als het *primaire*. Dit is niet een historische ontwikkeling, maar een logische tegenstelling. Historisch is de vaststelling van de beteekenis van het zedelijke en zijn losmaking uit het verband van het recht een werk van eeuwen geweest: Joodsch profetisme en Grieksche denkers hebben er toe meegewerkt, in het Christendom is het voltrokken. De dekalog geeft aanvankelijk rechtsgeboden, waarvan de opvolging wordt afgedwongen door onverbiddelijk iedere er mee strijdige handeling te straffen; een bevrijding der zedelijkheid uit de „wet” is — weder naar ieders levensopvatting — oneindige taak of goddelijk gebod, in Christus volbracht, maar door den mensch voortdurend weder overtreden.

9. Het zedelijk oordeel staat onverschillig tegenover de mogelijkheid van verwezenlijking; het rechtsoordeel is aan die verwezenlijking gebonden; het wordt met macht gegeven, maar is ook van

¹⁾ Recht und Rechtsverwirklichung, blz. 28.

macht afhankelijk. Tegelijk is het zedelijk oordeel volkomen irrationeel, het rechtsoordeel een logische gevolgtrekking uit den vooropgestellten regel. Ziedaar onze beide conclusies ten aanzien der tegenstelling recht en moraal. Beide wortelen in de functie van het recht als gemeenschapsfunctie. Wel verre echter van te harmonieeren dringen beide tot ontwikkeling in verschillende richting. In de rechtswetenschap staat deze tegenstelling bekend als de strijd tusschen natuurrecht en historische school. Dat het natuurrecht het logische element in het recht sterk heeft overschat, is zonder meer duidelijk. Dat de historische rechtsbeschouwing tot een te hoog aanslaan van het machtselement kan leiden, behoeft nog eenige toelichting. De rechter *legt op*, maar hij is zich bewust, dat de mogelijkheid van oplegging haar grenzen heeft, grenzen, plaatselijk bepaald door de organisatie der gemeenschap, in den tijd door de mate waarin de regel door de gemeenschap wordt aanvaard. Een rechter moet boven de gemeenschap staan; hij moet er ook *in* staan. Is hij zich daarvan bewust, dan ziet hij de gebondenheid der gemeenschap — en dus ook zijn eigene — aan hetgeen historisch is overgeleverd, dan ziet hij ook, dat de verwerkelijking van wat hij voor recht houdt, aan de ontwikkeling der gemeenschap gebonden is. Het is deze gebondenheid, die de historische school gepredikt heeft. In reactie tegenover het natuurrecht terecht. Doch zoodra deze zijde alléén gezien wordt, ontstaat het gevaar, dat de kern zelve van het recht, dat het een oordeel geeft over wat behoort, uit het oog wordt verloren. Het is merkwaardig hoe hierin natuurrecht en historische school en ook de uitlooper der laatste, de sociologische richting in het recht, samenkomen. De eerste richting meent het recht logisch uit een enkele vooropgezette stelling te kunnen deduceeren; de tweede tracht het te vinden door beschrijving van historisch bepaalde grootheden; beide vergeten, dat het rechtsoordeel ten slotte in den ethos zijn grondslag vindt. Om dat te kunnen geven, is door de sociologie geordende kennis der verhoudingen waarover geoordeeld wordt en hare historische wording noodig, is ook de veralgemeening noodig, die met behulp van de regels van logica geschiedt, en na de veralgemeening de deductie, doch er is meer dan dit alles in het recht. Dat meerdere laat zich niet anders beschrijven dan door verwijzing naar het oordeel over goed en kwaad.

10. Uit het voorgaande volgt de zelfstandigheid van het recht tegenover de moraal. Gebonden aan regels geschiedt de uitspraak van het recht met macht. Dit sluit in zich de organisatie van de macht tot opstelling der regels. De rechtsregel krijgt zijn begrenzing van het gezag, het gezag zelf wordt aan den regel gebonden. Zoo kunnen we spreken van een rechtsgezag en van een rechtsorde, den maatschappelijken toestand waarin het recht verwerkelijkt wordt en

die als een waarde op zich zelf is te beschouwen. Uitwerking van dit alles is niet van deze plaats.

Op één ding dient echter gewezen: Uit zijn aard is het recht wèl zelfstandig, maar nimmer afgesloten. Tegenover het *jus constitutum*, het geldend recht, wordt het *jus constituendum* gesteld, het gewenschte. De tegenstelling schijnt scherp: de in de gemeenschap aanvaarde regels en de wenschen naar nieuw recht schijnen ver uit elkaar te liggen. Toch is er niet een nauwkeurig te bepalen grens. Ook dat valt gemakkelijk in te zien, als men bedenkt, dat niet de wet, maar de rechtspraak den aard van wat recht is bepaalt. Juist omdat *in* de rechtspraak nog iets anders steekt dan de logische subsumptie onder klaar liggende regels, omdat in elke uitspraak een oordeel zit over behooren, omdat de rechter naar bevrediging zoekt, die iets anders is dan logische verantwoording alleen, is geldend recht niet zonder meer synoniem met aanvaard of in werkelijkheid toegepast of in wet of gewoonte gesanctioneerd recht. Die regel geldt die toegepast *moet* worden. Het recht ontwikkelt zich ook bij onveranderlijkheid van gecodificeerde regels. De vraag of de rechter recht alleen toepast of recht schept is niet te beantwoorden, omdat hij in zijn toepassing recht schept, de uitdrukking recht *vindt* geeft den aard van zijn taak het best weer. En dat niet alleen omdat hem telkens nieuwe, vroeger niet voorziene gegevens worden voorgelegd, maar ook omdat hij in zijn uitspraak een keus doet tusschen het een en ander, een keus die niet alleen logisch, ook ethisch moet worden verantwoord.

Ziet men dit alles zoo, dan is ook de vraag niet moeilijk te beantwoorden naar den aard der buitenwettelijke regels, waarmede de rechter werkt, als hij b.v. verklaart dat een handeling in strijd komt met wat in het maatschappelijk verkeer betaamt of een overeenkomst in strijd met de goede zeden. De rechter kan niet anders dan recht spreken — reeds daarin ligt het antwoord opgesloten. Wil men dit een *petitio principii* noemen, mij wel; men bedenke echter, dat *iedere* opvatting ergens haar uitgangspunt moet kiezen. Voor het recht moet dit mijns inziens het feit zijn dat er recht gesproken wordt. Trouwens de aard van deze uitspraak is zoowel tegenover dien van het vonnis waarin de rechter de wet toepast als tegenover het moreel oordeel over zekere handeling nauwkeurig aan te geven. Van de eenvoudige wetstoepassing verschilt deze, doordat de rechter zelf den regel opstelt waarnaar hij oordeelt, dezen niet op een hem bindende wijze reeds geformuleerd vindt. Houdt men in het oog dat in iedere uitspraak, ook in de rechtspraak naar de wet het ethische element ligt, dan is het verschil slechts gradueel. Wordt mij door een vriend de vraag voorgelegd of hij moreel een of andere overeenkomst al dan niet mag aangaan, dan zal ik, mij in hem verplaatsend, met inachtneming van al wat hem kan bewegen, pogen tot een oordeel te komen over wat

hij al dan niet behoort te doen. Over de beperkte mogelijkheid van zulk een beslissing sprak ik boven. Moet ik daarentegen als rechter beoordeelen of die zelfde overeenkomst in strijd met de goede zeden is, dan beoordeel ik vooreerst alleen een bepaald omschreven geheel van rechten en verplichtingen door partijen in die overeenkomst neergelegd, dan moet ik bovendien bedenken, dat ik mijn oordeel opleg en dat ik het logisch moet kunnen verantwoorden. Dat sluit in zich dat ik een regel moet kunnen aanwijzen, die in soortgelijke gevallen eveneens zou moeten worden toegepast, dat ik mij moet afvragen of de gemeenschap de moreele draagkracht heeft om de beslissing die mij dan juist voorkomt, ik zeg niet te billijken, maar althans te dragen. Dan komen dus zoo overwegingen in het spel omtrent de algemeen aanvaarde gedragsregels, ook over de aanpassing van den nieuwen regel die ik formuleer aan het bestaande recht, dingen die de moreele beoordeeling geheel ter zijde laat. Doch ondanks dit alles blijft het irrationeel element, de keus tusschen goed en kwaad. En dat is het essentieele.

Is dus het oordeel omtrent het geldend recht niet denkbaar zonder een keuze, een niet meer logisch te verantwoorden beslissing, omgekeerd is het oordeel over het wenschelijk recht juist omdat het een rechtsoordeel wil zijn, omdat het naar verwerkelijking streeft en niet een utopistisch verlanglijstje is, gebonden aan talrijke gegevens. Het verschil is slechts dat daarbij volstrekt niet van de bestaande rechtsorde in haar geheel, maar van een deel der voor het oogenblik aanvaarde regels wordt geabstraheerd.

11. Wie als rechter vonnist — en nog eens ieder die over een rechtsvraag oordeelt stelt zich op het standpunt van den rechter — zoekt naar innerlijken vrede met de beslissing. Als die bereikt is, zeggen wij dat de beslissing aan ons rechtsbewustzijn beantwoordt. Ik heb dien term tot nog toe vermeden, omdat hij zoo dubbelzinnig is. Want vooreerst wordt hij zoowel gebruikt voor een min of meer algemeen aanvaarden van zekere wenschen naar nieuw recht, dus vrijwel synoniem met publieke opinie, maar ook, beperkt tot de innerlijke ervaring van vrede met een zeker rechtsoordeel, schijnt mij het begrip in beschouwingen als deze weinig bruikbaar. Daarvoor is het te gecompliceerd. Uit het vorige volgt wel dat ik niet met Gierke in het rechtsbewustzijn een primaire niet nader te bepalen categorie van ons geestesleven kan zien. In het bewustzijn van recht zitten elementen van waarneming, van logische beoordeeling, ten slotte van zedelijke keus.

Dit is duidelijk als we gerechtigheid als een zedelijk goed en bewustzijn van recht tegenover elkaar stellen. Het is een onderwerp van ethiek de gerechtigheid haar plaats aan te wijzen tegenover waarachtigheid en louterheid. Bewustzijn van recht onderstelt een gemeenschap waarin dat recht geldt of behoort te gelden. Daarmee

is de gebondenheid aan allerlei gegevens, ook het zuiver intellectueel element, aangewezen. Maar, zal men zeggen, het komt toch voor dat we een zekere handeling of een bepaalden toestand als onrecht afkeuren, dat wij er intuïtief tegen in opstand komen zonder eenige overweging van logischen aard. Zeker, dat komt voor en dit geval van onrecht is, ik geef het toe, iets anders dan de zedelijke afkeuring. Doch waarin ligt dat andere? Hierin, dat we ons niet bepalen tot de zedelijke afkeuring, maar een reactie eischen tegenover anderen, dat we ons tegelijk met en in de afkeuring van ons in gemeenschap leven bewust worden. We zullen anders staan tegenover een daad die we voor onrecht houden als we haar in eigen land zien gebeuren dan wanneer we in den vreemde vertoeven. Anders weer bij een volk waarvan wij ons in geestesleven geheel vreemd voelen dan bij een volk van soortgelijke cultuur als wij. In het rechtsbewustzijn ervaren we èn het zedelijk oordeelen èn de gemeenschap waartoe we behooren. Dat maakt het tot een zoo gecompliceerd verschijnsel, dat zeker nader onderzoek behoeft, maar daaruit vloeit ook voort dat wij hier er verder over moeten zwijgen.

12. Ten slotte. Ik herhaal de opmerking uit den aanvang van dit opstel: ik ben mij het schematische en onvolledige van mijn betoog volkomen bewust. Over de verschillende criteria die opgesteld zijn om recht en moraal te scheiden, heb ik mij na haar vermelding onder no. 4 niet meer opzettelijk uitgelaten. Wel hoop ik dat duidelijk is hoe ik daartegenover sta. Gemakshalve resumeer ik nog even. Vraagt men mij of zedelijk en rechtsoordeel al dan niet gelijk van aard zijn, dan antwoord ik: stellig niet in dien zin dat het een tot het ander kan worden herleid, recht een zedelijk oordeel met een bijzondere sanctie zou zijn, echter wel in zooverre beide in dezelfde categorie van ons geestesleven, den ethos, hun grond vinden. Meent men het recht te kunnen karakteriseeren door den dwang die zijn oordeelen begeleidt, dan aanvaard ik dat, mits maar niet verlangd wordt dat die dwang achter iedere uitspraak staat en men de karakteriseering zoo opvat, dat het recht in het algemeen de werkelijkheid door machtsmiddelen onderstelt. Zegt men dat het recht het handelen, de moraal de gezindheid betreft, dan stel ik daartegenover dat zedelijk niet alleen de gezindheid, ook de handeling wordt beoordeeld, geboden en verboden, dat echter juist is, dat het recht met gezindheden alleen rekening houdt voor zoover zij zich in daden verwerkelijken. Wordt eindelijk de heteronomie van de beslissing in het recht tegenover de autonomie van het zedelijk oordeel gesteld, dan geef ik toe, dat het recht gebonden aan gemeenschapsregels heteronoom is, maar stel dat in het concrete oordeel — als in het zedelijke — ten slotte een element een woord spreekt, dat ik liever dan autonoom theonoom zou willen noemen. Hoe ook gebonden, hoe ook bedorven, is dat het meest waardevolle.