MEDEDEELINGEN

DER

KONINKLIJKE NEDERLANDSCHE AKADEMIE VAN WETENSCHAPPEN

NIEUWE REEKS, DEEL 8
AFDEELING LETTERKUNDE

Nos. 1—3

UITGAVE VAN DE N.V. NOORD-HOLLANDSCHE
UITGEVERS MAATSCHAPPIJ, AMSTERDAM 1945

INHOUD

1. PAUL SCHOLTEN, De structuur der rechtswetenschappen . . . . . Blz. 1—53

2. A. G. ROOS, Van groote mogendheid tot universiteitsstad . . . . . 55—82

3. C. G. N. DE VOOYS, Nederlandse letterkundigen tegenover de Franse overheersing . . . . . 83—97

DE STRUCTUUR DER RECHTSWETENSCHAP

DOOR PAUL SCHOLTEN *)

I. Inleiding.

Het is reeds eenigen tijd geleden, dat in een gesprek over de samenstelling onzer Afdeeling een der leden mij de opmerking maakte, dat de juristen er niet in thuis hoorden. Die opmerking was niet onvriendelijk bedoeld, allerminst persoonlijk; de spreker gaf toe, dat de rechtsgeleerde leden der Afdeeling wel waardevolle bijdragen tot het werk der Akademie leverden, maar als zij dat deden, traden zij buiten hun eigenlijke vak, was het niet meer de jurist die aan het woord was. De rechtswetenschap, was het betoog, past niet in het kader der Akademie. Dat was niet zoo maar een losse opmerking van een enkel lid, dergelijke gedachten koesteren ook anderen. Bij de oprichting der Akademie werden geen juristen tot lid benoemd, ook elders, met name in de Pruisische, zocht men hen aanvankelijk tevergeefs, al werd daar, gelijk hier, de uitsluiting niet gehandhaafd. Ik herinner aan het een en ander omdat dit gesprek mij weer eens prikkelde mij te verdiepen in een vraag, waarmee ik mij reeds lang had beziggehouden, die van de plaats der rechtswetenschap. Meer in het bijzonder richtte mijn belangstelling zich tot de vraag der verhouding van rechts- en taalwetenschap. Daar leidde juist de samenstelling der Afdeeling toe. Voor de hand ligt, dat deze ook het verband van recht en geschiedenis suggereert, doch die vraag laat ik voor ditmaal rusten.

Wanneer men over deze vragen een gesloten betoog wil leveren, behoort de vraag wàt wetenschap is, wat haar in het algemeen kenmerkt, fundamenteel te worden onderzocht. Ik zal dat

---

*) Deze Mededeeling werd uitgesproken in de vergadering der Afdeeling Letterkunde van 17 Maart 1942.

thans allerminst doen, haar slechts nu en dan even aanraken. Voorop gesteld moet alleen worden, dat de pretentie van sommige natuurwetenschap, dat àlle wetenschap ten slotte natuurwetenschap is en dat wat buiten haar zich als wetenschap aandient, alleen waarde heeft, voorzoover het van nut is om op bepaalde gebieden nieuwe takken van natuurwetenschap voor te bereiden, hier wordt afgewezen. Onze Afdeeling zou als zij anders dacht niet veel reden van bestaan hebben. Immers — het recht nu ter zijde gelaten — taalwetenschap en historie zouden dan geen wetenschap zijn. Zoodra men het karakter van wetenschap alleen toekent aan de opsporing van wetmatigheden, die dan liefst als dwingende wetmatigheden worden gedacht, kan men taalwetenschap en historie niet tot wetenschap verklaren zonder haar eigen karakter op wonderlijke wijze scheef te trekken. Wel wordt ook daar naar causale verbanden gezocht, maar dèze causaliteit is niet die van de natuurwetenschap, die men zich als onvermijdelijk dwingend denkt en met de opsporing van die verbanden is niet de wetenschap der geschiedenis of die van de taal in haar geheel, is zij zelfs niet in hoofdzaak gekarakteriseerd. Wordt eenmaal het wetenschapskarakter der geschiedenis aanvaard, dan is ook die van de rechtsgeschiedenis gegeven. Doch niet over haar wil ik spreken. Evenmin zal ik het hebben over het karakter der wijsbegeerte van het recht. Met het noemen van dit woord roep ik weder een vraag voor U op, die in dit kader aandacht verdient, deze: in hoeverre is wijsbegeerte wetenschap? Ook die laat ik rusten. Mijn onderwerp is alleen de eigenlijke rechtswetenschap, die studie — om het woord wetenschap te vermijden — die het geldende recht als een gegeven grootheid onderzoekt. In elk dezer woorden zit een probleem: wanneer is iets „recht", wat is „gelden", wat in dit verband een „gegeven" — doch zij zijn voor het oogenblik duidelijk genoeg. Als men een jurist buiten de wetenschap wil sluiten, maakt men zich een voorstelling van wat een jurist doet. Aan die populaire voorstelling houd ik mij voorloopig.

II. Rechtswetenschap de logische verwerking van alogisch materiaal. (Kelsen)

Het is niet mijn voornemen in deze korte mededeeling mij bezig te houden met de opvattingen, die in den loop der tijden over den aard der rechtswetenschap zijn te berde gebracht. Maar men moet toch ergens beginnen, daarom kies ik mijn uitgangspunt in een beschouwing van recht en rechtswetenschap, die in onze jaren van ± 1910 af zeer de aandacht heeft getrokken, van een man, om scherpzinnigheid en kracht van logisch doordenken terecht geëerd zoo, dat men van hem en zijn volgers als van een nieuwe, Oostenrijksche, school in vragen van rechtsphilosophie ging spreken. Ik bedoel Hans Kelsen en zijn „reine Rechtslehre". Die „zuiverheid" zocht hij vooral hierin, dat de leer van het recht scherp gescheiden werd eenerzijds van de sociologische wetenschap, aan den anderen kant van ieder ethisch postulaat, waardoor men weder in een „natuurrecht" meende te vervallen, wat men vóór alles wilde vermijden. Als andere beschavingsverschijnselen kan ook het recht sociologisch worden bezien, kan worden onderzocht welke economische en maatschappelijke verhoudingen, welke stroomingen op geestelijk gebied tot bepaalde rechtsinstituten hebben geleid, welken invloed deze op de ontwikkeling van het recht hebben gehad. Doch dèze wetenschap scheidt Kelsen niet alleen formeel en als werk-object van de rechtswetenschap, hij stelt den eisch, dat bij den bouw van het recht, bij rechtstoepassing en systematiseering iedere sociologische overweging onverbiddelijk wordt terzijde gesteld. Doch evenzeer moet den jurist, wanneer hij áls jurist werkt, iedere gedachte aan wat op grondslag van zijn levensovertuiging wordt gevorderd, wat op innerlijke, religieuze of zedelijke gronden verplicht is, vreemd zijn. Hij heeft niet anders te doen dan het gegeven recht, dat is het geheel van constitutie, wetten, verordeningen, vonnissen en wat verder in een bepaalden tijd in een bepaald land als bindend wordt erkend, tot een voor ons intellect begrijpelijk logisch sluitend geheel te maken, het te analyseeren en te

rangschikken en zoo door middel van zijn begripsvorming te beheerschen en hanteerbaar te maken voor hen, die het hebben toe te passen. Als voor zoovelen vooral in Duitschland op zoo velerlei gebied was het voor Kelsen de vraag: hoe tegenover het opdringen der natuurwetenschap de rechtswetenschap te handhaven, terwijl hij toch, scepticus als hij is ten aanzien van de fundamenteele dingen, iedere gedachte wil weren dat er een behooren zou zijn, onttrokken aan de willekeur van den mensch, dat recht iets anders of meer is dan het positief geldende voorschrift op zichzelf. Rechtssociologie is de leer der causale verklaring van het recht — aan de andere zijde liggen speculaties van wijsgeerigen of theologischen aard, wier waarden deze voor zijn tijd typische rechtsgeleerde zeker niet hoog stelt, maar die hij ieder laat. Daar tusschen de rechtswetenschap. Zij is voor hem de logische bewerking van een gegeven, in zich zelf alogisch materiaal.

Deze beschouwing komt telkens terug, zij is het fundament van breed-opgezette boeken, zij wordt in korte beschouwingen naar verschillende zijden, naar die van de rechtsgeschiedenis en van het natuurrecht gehandhaafd en toegelicht. Voor mijn doel vond ik haar het scherpst uitgesproken in een tijdschriftartikel waarin Kelsen zich tegen zijn afvalligen leerling Sander verdedigt, het dateert van 1923 [1]). Ik veroorloof mij eenige citaten. Men zal daaruit zien, hoe de verhouding tot de natuurwetenschap zijn positie beheerscht.

„Als Gegenstand der Rechtswissenschaft ist das Recht ebenso ein System von Urteilen über das Recht wie die Natur als

---

[1]) *Zeitschrift für öffentliches Recht*, III, blz. 182 en 193. Vgl. verder Julius Moor in *Revue internationale de la théorie de droit*, Bd. II (1927/1928), blz. 183 vlg. Mijn beschouwing over het logische in het recht zelf steunt op die van Moor. Van hem verschil ik doordat ik dit logische niet alleen in het geformuleerde recht maar in het recht als stuk van 's menschen bewustzijn zie en in de tweede plaats, doordat ik in de rechtswetenschap ook het niet-logische element erken, dat Moor in navolging van Kelsen verbant.

Gegenstand der Naturwissenschaft ein System von Urteilen über die Natur." Niet het recht op zichzelf, slechts het recht als voorwerp der Rechtswetenschap, „besteht aus Rechtssätzen weil hier das erkennende Bewusstsein des Rechtes sich in Rechtssätzen als in Urteilen ausdrückt." Verder: „Als alogisches Material werden die Gesetze, Urteilen, Verwaltungsakte u.s.w. in die Urteile der Rechtssätze aufgenommen und dadurch in die logische Sphäre erhoben."

De rechtswetenschap is uitsluitend en alleen logische wetenschap, en als zoodanig „wetenschap". In critiek op deze beschouwing hoop ik enkele uitzichten op een andere te openen. Gedeeltelijk sluit ik mij daarbij aan bij hetgeen door anderen — en ook door mij zelf — reeds vroeger is geschreven, ik meen echter ook, daarover iets nieuws te zeggen te hebben.

III. Het alogische ook in de rechtswetenschap.

Kelsen heeft ongetwijfeld gelijk, als hij den sterk logischen inslag der rechtswetenschap naar voren haalt. Ja, ik meen dat hij daarbij niet ver genoeg gaat, miskent dat dit logische karakter in het recht zelf reeds zit. Doch daarover zoo straks. Voorop wil ik stellen, dat de rechtswetenschap door dat logische slechts naar één zijde is gekarakteriseerd, dat haar structuur een oneindig meer gecompliceerde is.

Kelsen is „positivist", d.w.z. alle recht is voor hem alleen het in een bepaalden tijd op een bepaald gebied geldende, de door de staatsmacht voorgeschreven en afgedwongen regeling. Als zoovele woorden in den strijd over de algemeene dingen der wetenschap is ook „positief" dubbelzinnig. Kelsen is in zijn positivisme niet reëel genoeg. Hij dwaalt als hij meent, dat de oordeelen der rechtswetenschap niet anders zijn dan de logische bewerking van het positieve materiaal. Dit positieve materiaal, dus de wetten, vonnissen, enz. is historisch en sociologisch bepaald; de vaststelling der wet is een historisch gebeuren, het is

ook een sociaal te bepalen gevolg eener reeks feiten. In de bewerking der wet door de rechtswetenschap verliest dit gegeven zijn historisch en sociaal karakter niet. Integendeel, juist dat karakter maakt, dat de logische bewerking nooit het gegeven geheel verwerkt: de rechtswetenschap zelf behoudt dien historischen en socialen inslag. Zeker, zij poogt en moet pogen de gegevens te systematiseeren, in een logisch schema te passen en tot een geheel te vormen. Zonder dit is een *wetenschap* van het positieve recht niet mogelijk, bereikt men niet meer dan een kennis van een onoverzienbare hoeveelheid gegevens. Zonder dat kan de wetenschap de toepassing, waarop zij gericht is, niet dienen. Zonder dat kan zij wel rechtshistorie of rechtssociologie zijn, nooit rechtswetenschap. Maar het materiaal is weerbarstig en laat zich in dat schema nooit *geheel* dwingen. De wetenschap zelf van het recht is mede wetenschap van een historisch gebeuren (de wetgeving) en van een sociaal verband. Het blijft waar: rechtswetenschap is iets anders dan rechtsgeschiedenis of rechtssociologie; deze vragen naar een historisch verstaan en een sociaal verklaren, de rechtswetenschap zoekt het begrip van het bestaande, maar dit begrip is niet mogelijk zonder het materiaal òòk als historisch en sociaal gegeven te behandelen. De „zuivere" rechtswetenschap houdt altijd iets van het onzuivere van het materiaal. Doet zij dat niet, dan wordt zij een bloedeloos fantoom, dan mag zij logisch volmaakt zijn, zij is niet meer wetenschap van het positieve recht, van het recht, zooals het zich reëel vertoont.

Een nieuwere regel kan — ook dogmatisch — niet worden begrepen als zij niet in het verband der sociale verhouding waarop zij betrekking heeft wordt gezien. Er komt een wet op den huurkoop, voor dat nieuwe begrip moet een plaats gemaakt worden, de eigen regelen moeten in het geheel worden gepast — hoe kan dat zonder de sociologische oorzaak, het euvel van den afbetalingshandel dat men wilde bestrijden, in ons begrijpen der regeling te betrekken? Hoe kan aan den anderen kant een regeling van de verborgen gebreken bij koop worden verstaan

als wij haar niet in haar eeuwen-oude ontwikkeling van nog primitief Romeinsch recht af zien? Wie kan wetenschappelijk haar plaats tegenover de regeling der wanprestatie en die der dwaling zonder die geschiedenis bepalen? De ervaring leert, dat pogingen daartoe tot wonderlijke spelletjes leiden.

En om naast dit voorbeeld uit het privaatrecht er een uit het staatsrecht te stellen. Het parlementarisme van het eind der 19e en het begin der 20e eeuw vat de wetenschap van het staatsrecht samen tot bepaalde regels, als: „tusschen Regeering en parlement behoort overeenstemming te bestaan over de hoofdzaken van het Regeeringsbeleid" enz. Hoe is dit mogelijk zonder het historisch gebeuren te beschrijven, van de constitutioneele monarchie van 1848 over den strijd der zestiger jaren inzake de Luxemburgsche questie en benoeming van den gouverneur-generaal Meyer met de daarbij hoorende kamerontbindingen tot de vaste praktijk der latere tijden? De wetenschap van het positieve recht is hier voor een goed stuk geschiedenis.

Ten slotte bedenke men dat het materiaal, de gegevens die de rechtswetenschap bewerkt niet alleen bestaan in wetten en verordeningen, ook in vonnissen van den rechter en wat in deze nog meer beteekent ook in handelingen van de aan het recht onderworpenen, hun overeenkomsten en testamenten, ook het onrecht dat zij doen.

Een vonnis wordt zelden goed begrepen als we niet op het concrete geval letten. We maken eenerzijds — logificeerend — van dit geval een regel (de precedent-gedachte) maar doen dit anderzijds — alogisch — gebonden aan het geval. Wie dit in wil zien lette eens op de tegenwoordige jurisprudentie over de onrechtmatige daad. Daar is aan nieuwe, vastere regels dringend behoefte, al te veel steken we nog in het van geval tot geval uitmaken, dat er anders is gehandeld dan „in het maatschappelijk verkeer betaamt". De behoefte moet ten volle worden erkend, niettemin toont de rechtspraak hoezeer de niet verder te verwerken bijzonderheden van het maatschappelijk leven in de wetenschap van belang blijven. De rechtswetenschap *wil* en

moet naar het algemeene streven, zij is daarom inderdaad op systematiseering uit, maar het bijzondere blijft en wordt nooit geheel overwonnen.

Daarbij verdient nog een ander ding onze aandacht. De wetenschap van het positieve recht is altijd wetenschap van een bepaald positief recht in een bepaalden staat. Zij zelve is historisch en nationaal bepaald. *De* wetenschap van *het* positieve recht bestaat niet, wel de wetenschap van het positieve Nederlandsche of Fransche recht. En toch „zuiver", alleen „logisch"? Dit sluit nog iets anders in. Alleen hij, die aan dit recht deel heeft kan aan haar arbeiden, alleen de Nederlander het Nederlandsche positieve recht verwerken. Dat wil niet zeggen, dat een vreemdeling zich niet aan zulk een beschrijving kan zetten, doch dit wordt dan rechtsvergelijking. En rechtsvergelijking is een andere tak van rechtswetenschap in ruimen zin dan de wetenschap van het positieve recht. Ook de laatste kan van de rechtsvergelijking leeren: door de tegenstelling en door de overeenstemming. De rechtswetenschap van dit oogenblik doet het voortdurend: de blik wordt verruimd, het inzicht in het eigene verdiept. Er kunnen begrippen worden overgenomen, al heeft dat wel spoedig zijn grenzen. Ons vereenigings- en stichtingsrecht b.v. *moet* ook in zijn logische samenvatting anders zijn dan het Engelsche. De Engelsche trustverhouding laat zich niet ongeschonden in ons systeem passen. Doch de rechtsvergelijking laat ik rusten. De wetenschap van het positieve recht kan alleen door dengeen die aan dat recht deel heeft worden beoefend, zeide ik. Want die wetenschap beheerscht mede de hanteering van het gegeven materiaal, dus de rechtstoepassing en slechts hij die zich voor die toepassing verantwoordelijk gevoelt [1]) mag hier

---

[1]) Die verantwoordelijkheid bestaat ook in de kolonie-verhouding. Hier komt de eigenaardigheid uit der wetenschap van het door Nederlanders beoefende Indonesische adatrecht. Vgl. ter Haar's mededeeling in de publicaties der Akademie over *„De beteekenis van de tegenstelling participeerend-kritisch denken en de rechtspraak naar adatrecht"*.

een oordeel uitspreken. Daarmee komt weder een aan historie en volk gebonden element in de wetenschap, dat het volstrekt logische karakter uitsluit. Ook hier zijn nuances, het zal voor het eene deel der stof meer gelden dan voor het andere, meer voor de pacht dan voor den geld-handel, internationaal als hij is, meer voor het familierecht dan voor het verbintenissenrecht, meer voor het staatsrecht dan voor het privaatrecht. Het staatsrecht is het sterkst historisch bepaald, het is ook het meest nationale — ook in de wetenschap. En toch zou rechtswetenschap niet anders zijn dan het logisch verwerken van a-logisch materiaal?

Met de laatste opmerking zijn wij al aan een ander punt gekomen. We betoogden, dat de structuur der rechtswetenschap behalve door haar logisch karakter mede bepaald wordt door het feit, dat haar materiaal is een historisch gebeuren, dat het sociaal is bepaald. Rechtswetenschap is altijd mede — zij het secundair — rechtshistorie, mede rechtssociologie. Doch er is nog een ander ding waarop de positivistische voorstelling die ik bestrijd, afstuit, van minstens even groot belang. *De* fout van het positivisme is, dat het als materiaal alleen ziet de wetten, de verordeningen, de vonnissen. Het vergeet dat deze achter zich hebben iets anders, nog wel zoo belangrijks, dat recht is een stuk van ons geestesleven, individueel en gemeenschappelijk. Er is een nu nog niet nader aan te geven verband tusschen al die dan door ons als rechtsmateriaal erkende gegevens en ons geestelijk leven. We hebben een bewustzijn van recht, een rechtsgevoel als men wil — iets in ons, dat scheidt recht en onrecht, dat recht wil gedaan zien en onrecht vergolden. Men mag deze uitspraken wat mij betreft zoo vaag houden als men wil, het blijft een onvergeeflijke fout, als we de „gegevens" niet slechts voor een oogenblik om ze op zichzelf te beschouwen, maar definitief losmaken van dien achtergrond. Zij verliezen dan hun wortels, ze worden doode dingen, die zich — misschien — laten systematiseeren, in wat zij werkelijk zijn worden zij slechts gekend, als zij in verband met dit bewustzijn van recht — zoo van

den onderzoeker als van dengene voor wien het recht geldt — worden benaderd.

Er is hierbij een dubbele dialectiek. Men kan de stelling verdedigen, dat slechts ten volle recht is wat in positieve gegevens als wet of vonnis is te herkennen, dat dan eerst *volledig* van rechtswerking, dus rechtswerkelijkheid is te spreken. En toch is tegelijk waar, dat recht is een stuk geestesleven, even reëel als taal of zeden of zedelijkheid, dat *bestaat* ook al is het niet geformuleerd, nog niet in den vasten vorm van het zoogenaamde materiaal neergelegd. „Nog niet" zeide ik — maar ook dit is weer niet geheel juist, niet alleen het recht in wording, soms ook juist dat deel van het recht, dat het sterkst leeft, om zoo te zeggen aan den aanvang staat, is niet neergeschreven. Juist omdat het vanzelf spreekt, is het niet in de gegevens van positieven aard weer te vinden. Uit een debat over deze vraag naar aanleiding van het Indische adatrecht herinner ik mij het voorbeeld, dat in een bepaalden kring in de jurisprudentie de uitspraak is te vinden, dat het huwelijk van volle neef en nicht niet geoorloofd is, maar dat er in die rechtspraak geen verbod bestaat van het huwelijk tusschen broer en zuster. Dat dit niet mag is zóó vanzelfsprekend, dat de vraag nooit aan den rechter is voorgelegd. Het is niettemin recht. In codificaties worden zulke vanzelfsprekende dingen wel opgenomen; nog belangrijker daarom is het, dat ook het gecodificeerde recht niet tot uitspraken in concreto kan worden — en daarop komt het voor de werkelijkheid van het recht aan — zonder voortdurend terug te grijpen tot de fundamenteele rechtsvoorstellingen, in het rechtsbewustzijn aanwezig. In het Algemeen deel van Asser's handleiding (Tweede druk 1934) en in mijn rectorale oratie over Recht en gerechtigheid (1932) heb ik dat uitvoerig aangetoond. Tot de „gegevens", het materiaal waarvan we spreken, behooren de rechterlijke vonnissen. Deze brengen *nieuw* recht, de rechter gaat er echter van uit, dat het recht dat hij naar wetenschappelijk oordeel schept al bestond voor hij het in zijn vonnis neerlegde. Immers hij *doet* recht. Daarbij wordt hij voortdurend voortgestuwd door zijn rechtsbewustzijn, door

de overtuiging dat dit of dat recht *moet* zijn onafhankelijk van wat wet of oudere jurisprudentie zeggen. De rechtswetenschap, die dit miskennen zou, gaat aan de werkelijkheid van het recht voorbij. Rechtspraak-recht is nieuw-gevormd en toch reeds bestaand recht. Ook het laatste *is* recht. Het bestaande recht is het wordende recht.

Dit in de eerste plaats, doch er is nog een tweede dialectiek. De titel van de oratie, die ik citeerde wijst haar al aan. Er is de overtuiging in ons omtrent hetgeen recht *is* — er is de overtuiging omtrent hetgeen recht *moet* zijn. De een is niet te scheiden van de ander. Recht is een behooren, is tegelijk een zijn. De brug tusschen zijn en behooren, die de Kantianen ontkennen, ligt, zoo betoogde ik in die rede, in het recht. Het is hier niet de plaats dit uit te werken. Ik behoud mij voor op de beteekenis van het rechtsbewustzijn, op de verhouding van het individueele en het collectieve, van zijn en behooren, nader terug te komen. Hier is het voldoende aan te stippen, dat recht niet wordt begrepen, als het niet als een ons opgelegde eisch wordt gezien, als niet wordt verstaan, dat wij in het recht — let wel, ik zeg niet in de rechtsphilosophie maar in de wetenschap van het positieve recht van alledag — ten slotte staan voor de scheiding van goed en kwaad. Daardoor raakt het recht aan het beste wat de mensch heeft, daardoor is het altijd en voor ieder een levend ding en een probleem tegelijk, dit is ten slotte zijn waarde. Laat ik nog eens aanhalen [1]) wat de groote Fransche jurist Domat zeide: C'est aussi dans le discernement de l'équité que consiste principalement la science du droit, of naar mijn eigen woorden: gerechtigheid is de zin van het recht. Het recht is positief gebonden en streeft tegelijk naar gerechtigheid.

De rechtswetenschap, die het recht systematiseert, heeft dit in het oog te houden. Doet zij het niet — en veel dogmatiek heeft tot groote schade van het recht soms gemeend het niet te moeten doen, al brak onbewust toch altijd weer het juiste beginsel zich

---

[1]) Zie de rede blz. 19.

baan — dan gaat zij wederom aan de werkelijkheid van wat recht is voorbij. De rechtswetenschap is mede, ik plaats deze stelling naast die van blz. 9 over geschiedenis en sociaal leven, wetenschap der gerechtigheid. Het logisch systematiseeren van de gegeven stof moet geschieden in het bewustzijn van de dienstbaarheid der wetenschap aan de gerechtigheid. Zij is dienstbaar, omdat zij anders geen wetenschap van het werkelijke recht is. Die dienstbaarheid bepaalt haar vermogen van schematiseering — hier ligt het probleem der billijkheid, waaraan plaats gelaten moet worden tegenover het recht — die dienstbaarheid bepaalt de richting, waarin zij zich moet bewegen.

IV. Het logische reeds in het recht zelf.

Tot zoover over de structuur der rechtswetenschap naar haar historisch-sociale en naar haar ethische zijde. Ik moest daarover spreken om niet misverstaan te worden. Het eigenlijke doel van deze voordracht is echter een andere. Het logisch karakter zelf is mijn voorwerp van onderzoek. Daarom knoopte ik bij Kelsen aan, die juist dit logische karakter zoo sterk poneert.

Wij betoogen, dat rechtswetenschap anders en meer is dan logische bewerking van a-logisch materiaal. Tot nog toe viel de nadruk op de bewerking, nu wenden wij ons tot het materiaal. Want dit materiaal (het gegeven recht) *is* niet a-logisch. Integendeel, het recht zelf heeft sterk logische structuur.

Bepalen wij ons eerst tot de in formules vervatte gegevens, tot de uitspraken van wetgever en rechter. Deze hebben zich reeds losgemaakt, dank zij den dwang der formuleering, van de empirisch gegeven werkelijkheid. De wetgever zelf vormt begrippen. De wetenschappelijke bewerking daarvan is naar de opmerking van Emil Lask [1]) dikwijls niet anders dan de voortzetting van de door den wetgever zelf begonnen begripsvorming. Er is — behalve dan de wetenschap zelf, zegt deze schrijver, —

---

[1]) *Die Philosophie im Beginn des zwanzigsten Jahrhunderts (Festschrift für Kuno Fischer)* blz. 305.

geen cultuurverschijnsel, dat „sich als begriffsbildender Factor auch nur annäherend mit dem Recht vergleichen liesse". Wij kunnen verder gaan: door het gebruik van een woord in de wet, wordt het niet meer de vraag, wat dit woord in het algemeen beteekent, maar wat het inhoudt in den zin der wet. Natuurlijk ontleent deze dien zin, kan zij dien zin alleen ontleenen aan het dagelijksche spraakgebruik. Maar dit spraakgebruik heeft altijd een min of meer vervagende grens, in die vaagheid moet het recht voor zijn toepassing een scherpe lijn trekken, het maakt zoo van dit begrip iets bijzonders, iets specifiek juridisch. Vandaar de in wetten zoo dikwijls voorkomende verklaring: onder.... wordt in deze wet verstaan.... Vormde het recht niet eigen begrippen, dan was deze, nu zoo nuttige, formule een dwaasheid. Het recht zelf vormt begrippen, het heeft daardoor reeds eigen logisch karakter.

Dit eenerzijds. Daarnaast dan blijkt de verwantschap tusschen recht en rechtswetenschap, hun gemeenschappelijk karakter, in het feit, dat de wetgever voortdurend de begrippen der wetenschap overneemt en daarmede werkt. Als men eens let op wat een wetboek als het Duitsche Burgerlijk wetboek van 1896 het Algemeene Deel noemt, dan ziet men dat dit niet veel anders is dan een korte samenvatting van een leerboek. Er is eenige, maar heusch niet veel overdrijving in, als men zegt, dat het een excerpt is uit Windscheid's Pandekten. Dit is dat wetboek veelal als grief voorgeworpen. En zóó als het daar geschied is, heeft de benadering, men mag zeggen de versmelting, van recht en rechtswetenschap slechts zelden plaats gevonden, heeft zij door het verbinden der stof aan bepaalde wetenschappelijke opvattingen de ontwikkeling van de rechtswetenschap, en daarmee van het recht zelf in den weg gestaan. Maar dit neemt niet weg, dat, — zij het in mindere mate, — iedere codificatie brokken wetenschap overneemt om daarmee de stof meester te worden. Er is wel geen nieuwere wetgeving op het gebied van het vereenigingswezen, die niet met het begrip rechtspersoon werkt. Daarmee wordt rechtswetenschap tot recht.

Dit voorop. Van veel grooter belang is echter dat niet de rechtswetenschap het recht als gegeven, tot systeem, tot een logisch samenhangende eenheid maakt, maar die eenheid in dat systeem in het recht zelf ligt. Recht en rechtswetenschap liggen in elkaars verlengde. De wetenschap, die systematiseert, doet niet dan voortbouwen op wat het recht begon. Ten aanzien van de positieve gegevens is dit gemakkelijk te bewijzen.

Het recht bestaat uit bevelen, voorschriften, normen. Die normen vragen om toepassing, zijn op verwerkelijking gericht, het recht wordt in het maatschappelijke leven gerealiseerd. Nu kan het concrete bevel, dat de betrokkene door het recht tot zich gericht gevoelt, niet tegelijkertijd tot een daad en tot het niet doen van die daad verplichten. Er kan geen tegenspraak in het recht zijn. Handelingen zijn rechtens geoorloofd of verboden. Zij kunnen niet èn geoorloofd èn verboden zijn; rechtsgevolgen moeten al dan niet intreden. Het kan niet, dat zij tegelijkertijd wel en niet intreden. Het recht eischt gehoorzaamheid, wij gehoorzamen alleen aan hetgeen niet met zichzelf in tegenspraak is. De hoofdregels der aristotelische logica beheerschen niet alleen de rechtswetenschap, ook het recht. Hieruit volgt, dat het recht een eenheid, een systeem *moet* vormen. Het is op zichzelf volstrekt niet verwonderlijk, dat in de massa van rechtsvoorschriften, die op een gegeven oogenblik in een bepaalden staat gelden, afkomstig als zij zijn van verschillende personen, levend soms in ver uit elkaar liggende tijdperken, tegenspraak zou zijn. Veeleer zou het tegendeel verwonderlijk zijn, gezien de groote divergentie van rechtsopvattingen, die de ervaring ons leert. Maar die tegenspraak kàn er niet zijn, de wetenschap van het recht zal haar, als zij zich schijnbaar voordoet moeten opheffen omdat juist het recht een eenheid vormt. De wetenschap moet leeren dat de schijn ook hier bedriegt. Dit blijkt uit den regel: „lex posterior derogat priori", de nieuwe wet heft een oudere, waarmee zij direct of indirect in tegenspraak is, op; dit is niet een voorschrift van positief recht, dat ook anders zou

kunnen zijn, het is een regel aan ieder recht noodzakelijkerwijze inhaerent. Hij geldt ook waar de positieve wet met geen woord er melding van maakt. Ter wille der eenheid is hij onmisbaar. En uit de eenheid van het recht volgt, dat de regels een logische homogeniteit moeten vertoonen, waardoor zij zich in een systeem laten voegen.

Men kan dit ook hieraan zien, dat geen rechtsregel kan worden toegepast zonder dat tegelijk ook andere regels toepassing vinden. Elke regel geldt alleen in wisselwerking met andere. Als ik uitmaak, dat iemand een zekere som als koopprijs voor een bepaalde zaak moet betalen, dan pas ik den regel over koop toe, maar ook den regel over overeenkomsten in het algemeen, ook die over de bekwaamheid tot rechtshandelingen om van de regels over procesrecht, over rechterlijke competentie, over executie maar niet te spreken. A priori is nooit te zeggen welke regels een bepaald geval beheerschen — het is de taak van den jurist deze in de onafzienbare veelheid, die voor hem ligt, aan te wijzen. Men kan volhouden dat *alle* rechtsregels — zij het door de uitsluiting van haar toepasselijkheid in een bepaald geval, — dit geval beheerschen. Doch dit is alleen mogelijk, indien die regels logisch met elkaar in verband staan, een geheel vormen, indien hun onderlinge verhouding als regel en beperking, uitwerking en uitzondering, nader kan worden bepaald, indien zij dus een systeem vormen. Het is voorts een oude methode van wetsuitlegging, voorzoover mij bekend door niemand gewraakt, dat de uitlegging van het eene voorschrift geschiedt door het in verband te brengen met een ander, *deze* uitlegging te verwerpen, die tegenspraak zou doen ontstaan, aan *gene* de voorkeur te geven, omdat aldus de beide bepalingen zich gemakkelijk tot een geheel laten vormen. Deze systematische interpretatie onderstelt een systeem niet door de wetenschap gemaakt, maar in het recht zelf gelegen.

Dit alles is reeds vroeger door anderen betoogd. Men vindt het bij Richard Schmidt in zijn Allgemeine Staatslehre (1901)

blz. 170 vlg., men vindt het vooral bij den Hongaar Julius Moor in zijn beschouwingen over Das Logische im Recht [1]).

Doch nu wil ik een stap verder gaan: dit logisch gebondene, systematische ligt niet alleen in de positieve normen, die in wetgeving of wat daaraan gelijke kracht heeft, zijn vervat, het ligt reeds in het niet geformuleerde recht, het recht als stuk van ons geestesleven, waarvan ik boven sprak. Dit is m.i. onmiddellijk evident. Immers ook dit recht is regel. Van de zelfstandigheid van het concrete oordeel over de verhouding van de beslissing tegenover den regel ben ik volkomen overtuigd. De gronden daarvoor heb ik meermalen uiteengezet [2]); zoo even herinnerde ik nog aan het alogische element in het recht. Met den regel is de concrete beslissing over een geval nog niet gegeven, maar àls de beslissing éénmaal gevallen is, wordt zij in het geheel opgenomen, door den logischen drang van den recht vormenden geest en de richting van regel verwerkt. Er is een voortdurende dialectiek ook tusschen beslissing en regel: de beslissing komt uit den regel, is toch zelfstandig tegenover den regel, wordt weer grond van nieuwe regels. Rechtsoordeel is altijd oordeel over een bijzondere verhouding tusschen menschen, doch tegelijk altijd oordeel *in* een bepaalde gemeenschap; hoe individueel ook, is het altijd mèèr dan individueel. Evenzeer als aan het bepaalde geval is de beslissing aan de gemeenschap gebonden, waarbinnen het recht wordt vastgesteld. De beslissing wordt als precedent het uitgangspunt van een nieuwen regel. Al die regels vormen in onzen geest een geheel systeem. Het is met dat geheel, zooals het in een bepaalden tijd voor een bepaalden kring zich manifesteert, dat de rechtswetenschap zich terug houdt. En zoo kan zij met al de reserve, die in het bovenstaande ligt opgesloten, zeggen, dat recht regel is. Maar hoe eenvoudig dat ook zijn mag, de consequenties daarvan voor onze be-

[1]) *Revue internationale de la théorie du droit* II (1927/8) blz. 157 vlg., (speciaal blz. 163 vlg.). Zie blz. 4.

[2]) Zie mijn Algemeen Deel in Asseis Handleiding burgergerecht (2e deel 1934) in het bijzonder blz. 173 vlg.

schouwing van recht en rechtswetenschap, die er in liggen opgesloten, zijn, voorzoover ik weet, nimmer getrokken.

V. Rechtswetenschap en rechtstheorie. Verwante beschouwing in taalwetenschap.

Die consequentie is wel in de eerste plaats deze, dat het systeem niet ligt in de hand van de wetenschap, maar ook niet van den wetgever, dat deze beide het niet willekeurig kunnen vormen, welke hun straks te bespreken invloed daarop ook zijn mag. Als het systeem reeds ligt in 's menschen rechtsbewustzijn, in den aard van zijn denken over recht, dan is het wèl de taak van de wetenschap het systeem te ontvouwen, niet om het te scheppen. Dan kan men spreken van een juist en een niet juist oordeel over dit systeem, dan is die systematiek — ziehier reeds een resultaat van belang — werkelijk wetenschap, als iedere wetenschap aan voortdurende vorming onderworpen, maar als iedere wetenschap een geheel van oordeelen, die op hun richtigheid kunnen worden getoetst. Onjuist is dan de meening van velerlei naturalistische rechtswetenschap van onzen tijd die in de systeemvorming, de dogmatiek niet anders ziet dan een hulpmiddel voor onderwijs en geheugen, dat zoo en zoo is, maar ook precies even goed anders zou kunnen zijn. Het is dus wel een vraag van juistheid of onjuistheid, niet van meerdere of mindere technische doelmatigheid, of en hoe persoonlijk en zakelijk recht naar Nederlandsch Burgerlijk Recht zijn te scheiden [1]), eveneens wel een vraag van wetenschap of in het Nederlandsche Staatsrecht drie functies van de staatsorganen zijn te onderscheiden, bestuur, rechtspraak en regeling (wetgeving) dan wel daarnaast de politie als eigen functie moet worden gesteld [2]).

Is willekeur van de wetenschap — die dan geen wetenschap

---

[1]) Vgl. mijn *Zakenrecht* in Asser's *Handleiding*, II, blz. 31.

[2]) Vgl. eenerzijds Van der Pot, *Handboek van het Ned. Staatsrecht*, blz. 261, anderzijds Van Vollenhoven, *Staatsrecht Overzee*, blz. 50, 105, 244.

zijn zou — reeds uitgesloten, indien in de gegevens van wet en verordening systeem ligt, het systematische van het denken sluit ook de willekeur van den wetgever uit. Hij is vrij zich volstrekt niet om het systeem te bekommeren, als zijn wenschen en bevelen tot recht willen worden, *moeten* zij zekere vormen aannemen, zich laten systematiseeren. Niet alleen omdat zijn eigen denken hem daartoe dwingt, ook omdat anders zijn product geen recht kan zijn. Hier ligt een noodzakelijke grens van zijn macht over het recht.

Dit is de eerste consequentie van onze stelling. Zij heeft nog een andere. Zoolang wij het systematische alleen zoeken in het den onderzoeker voorgelegde positieve materiaal van met macht gegeven beslissingen over wat recht zal zijn, wetten en vonnissen, is het mogelijk, dat dit systeem van een bepaald positief recht ten eenenmale verschilt van en niet vergelijkbaar is met andere elders en in andere tijden geldende rechtssystemen. Indien echter de eenheid in het recht noodzakelijk element is van 's menschen geestesleven, dan is, hoezeer de inhoud van dat recht, hoezeer ook de systematiek ervan moge verschillen van die van andere volken en andere tijden, het toch noodzakelijk, dat die systemen met elkaar kunnen worden vergeleken, zelf onderling weer een eenheid vormen. Immers ook dit denken zelf is, hoe verschillend ook, als menschelijk denken getypeerd en daardoor als geheel, als één te beschouwen. Dan kan er dus een wetenschap bestaan, die die eenheid bloot legt, den bouw der rechtsordeningen in het algemeen, het rechts-denken zelf, tot voorwerp van onderzoek maakt. Een wetenschap die dan nòch is wetenschap van eenig positief recht, nòch wetenschap der rechtsvergelijking. Wel is rechtsvergelijking alleen mogelijk, indien die eenheid bestaat, maar het onderzoek van het systematische in àlle rechtsdenken is niet de taak der rechtsvergelijking. Dat onderzoek is de taak eener wetenschap die ik bij voorkeur rechtstheorie noem. Zij moet wel onderscheiden worden van de „Algemeene rechtsleer" die ± 1870 opkwam en vooral aan den naam van A. Merkel is verbonden, toen de afkeer van ieder rechts-

wijsgeerig denken ten slotte leidde tot de poging naast de wetenschap van het positieve recht iets algemeens te behouden in een wetenschap, die in het positieve recht van alle tijden en plaatsen het gelijke zou nasporen. Die wetenschap poogt het gelijke in den inhoud van vele rechtsordeningen te vinden, in die pogingen heeft zij ongetwijfeld voor de wetenschap waarop ik doel nuttigen arbeid verricht, maar haar opzet is een andere. Zij zoekt naar een grootsten gemeenen deeler in de rechtsordeningen; zij zoekt het gelijke in inhoud, wij hebben het over het gelijke in den vorm; ons is het te doen om een wetenschap, die het a priori van elk positief recht naar zijn logische zijde aanwijst, die dus niet op abstraheeren uit zooveel mogelijk gegevens, maar op analyse van den aard van ons denken over recht uit is.

Doch voor wij dat nader uitwerken willen wij een zijstap doen, ter verheldering onzen blik ter zijde slaan naar een andere wetenschap.

Ik bedoel de taalwetenschap. Bij het aanhooren of lezen van beschouwingen van taalgeleerden trof het mij, hoeveel verwantschap bestaat tusschen de problemen, die recht en taal ons voorleggen. Dit is geen toeval, recht is aan taal gebonden, de uitlegging der formule, de uitdrukking in taal-teekens, is een voornaam stuk der rechtswetenschap. De terminologie zelf doet het uitkomen. Het recht culmineert in de rechts*praak*. Recht moet worden gesproken om het abstracte bevel van de rechtscheppende factoren in een concrete werkelijkheid om te zetten. En nu is het merkwaardig, dat ook ons probleem in de taalwetenschap is te vinden en daar in de laatste jaren sterk de aandacht heeft. Het probleem van de systematiek, van de logisch te begrijpen eenheid der taal. Als voor het recht is voor de taal dat systeem niet „toevallig" of „willekeurig", het heeft zijn grond in de logische functie van onzen geest. En als voor het recht maakt dit voor de taal het mogelijk den systematischen bouw niet van een of andere bijzondere taal, maar van de taal in het algemeen te onderzoeken.

Als ik goed zie, vindt de bepaling van de aandacht op dit

punt haar begin bij Saussure. Een enkel citaat zij mij vergund. Hij schrijft [1]): „Tandis que le langage est hétérogène, la langue ainsi déterminée est de nature homogène, c'est un système de signes où il n'y a d'essentiel que l'union du sens." De langage is dus het spreken, het taalgebruik der velen die haar bezigen, de langue de taal als eenheid die in dit spreken zich vertoont. Een eenheid, die *om* eenheid te zijn zich noodzakelijkerwijs als systeem moet toonen. Verder: „Une langue est un système rigoureusement lié de moyens d'expression commun à un ensemble de sujets parlants, il n'a pas d'existence hors des individus qui parlent (ou qui écrivent) la langue, néanmoins il s'impose à eux, sa réalité est celle d'une institution sociale." Dus: een praten zonder eenig gevoel van gebondenheid — niettemin een bindend systeem van de taal als geheel. De veelheid der verschijnselen mag zoo bont zijn als men wil, er is toch een eenheid in. Heeft Van Ginneken — een dergenen die hier richting wijzen — niet gelijk als hij zegt [2]): „Ook in de taalwetenschap is men gaan begrijpen, dat geen enkel systematisch geheel uit de samenvoeging van zijn deelen bestaat, maar dat de deelen er slechts zijn in het geheel en dat daarom storing of verandering van het eene deel noodwendig een harmonieuze omschikking van de andere deelen ten gevolge heeft." Waren er niets dan op zichzelf staande verschijnselen, die ter beheersching door den mensch samengevoegd werden, de wetenschap zou daarbij naar willekeur of welgevallen kunnen handelen — nu is het systeem in de eenheid der taal zelf gelegen, door de wetenschap te ontdekken. Men vergelijke wat ik boven blz. 17 over het rechtssysteem heb gezegd. En dat systeem, die eenheid bindt — de mensch kàn niet naar eigen goedvinden het ter zijde stellen, zijn spreken zou ophouden „taal" expressie te zijn, het werd onverstaanbaar. Gelijk in het recht de regel tot systeem dwingt, zoo in de taal het verstaan. Taal is mededeeling, een mededeeling

[1]) *Cours*, blz. 72, 80.

[2]) *De grondwet van het grammatische Systeem. Onze Taaltuin*, IV (1935—1936), blz. 277.

die onderstelt, dat zij verstaan wordt. Er zou geen verstaan zijn indien in het taalgebruik der velen niet een eenheid was. Doch dit moet niet in dien zin begrepen worden dat dit verstaan worden bewust wordt nagestreefd, het ligt onbewust achter elk taalgebruik. Het gesproken woord is uitdrukking, beschrijving, oproep tot handelen en het spreken zelf is in de gemeenschap met den ander gelijk die gemeenschap het wezen van het recht is. Die gemeenschap wordt niet gezocht maar zij is er. Taaldenken is als rechtsdenken gemeenschapsdenken. Doch op deze dingen kan ik thans niet ingaan. Niet alleen de wetenschap, de sprekende menschen zelf zijn aan het taalsysteem gebonden. Het is een realiteit, juist als die van het recht, die alleen bestaat *in* het gesproken of geschreven woord maar die toch als eenheid in al die woorden aan dat spreken logisch voorafgaat.

In taal en recht beide komt de orde van ons denken uit. Studie van de taal is niet alleen een onderzoek van de steeds wisselende taalverschijnselen, maar ook van den bouw van de taal àls taal, van ons menschelijk denken zelf. Naast de rechtstheorie die het rechtsdenken van den mensch tot voorwerp heeft, kan een wetenschap gesteld worden of liever *is* er een wetenschap, die het taaldenken onderzoekt. En in de grondvormen van beide zal overeenstemming zijn: subject — object — betrekking tusschen beide — zijn het niet onderwerpen voor de een als voor de ander? Voor beide zal het zaak zijn deze theorie en de wetenschap van de verschijnselen zelf te scheiden. Het is de gedachte, waaraan b.v. A. W. de Groot uiting gaf toen hij de vraag stelde [1]): Sind die bekannten Wortarten indo-germanischer Sprachen linguistische Realitäten oder sind es nur mehr oder weniger willkürliche extra-linguistische Gruppierungen?.... Wenn gehören sie der Sprache in engerem Sinn, der „langue", oder nur der Rede, „die parole" an? Ook De Groot's onderzoekingen liggen in de richting, die ik aanwees. Ik kan er echter

---

[1]) *Zur Grundlegung der Morphologie und der Syntax. Alg. Ned. Tijdschrift voor Wijsbegeerte en Psychologie,* XXXII (1939) blz. 147.

niet langer bij stilstaan, wil mij hier bepalen tot een punt dat overeenstemming en verschil beide tusschen taal en recht doet uitkomen.

We zeiden dat de taal een systeem vormt, dat bindt. Niettemin moeten we het verschijnsel erkennen, dat er ook onsystematisch wordt gesproken, dat in het spreken zich het systeem wijzigt. De „parole" wijkt voortdurend van de „langue" af. Jespersen[1]) verklaart: English grammar forms a system, but is not everywhere systematic. Er is „correct" en „incorrect" spreken, het incorrecte kàn correct worden. Naar Van Ginneken's woord is dan harmonieuze omschikking van het systeem noodig. En weer moeten we dat niet zoo begrijpen, dat dan de geleerden een nieuw systeem moeten uitvinden, maar zij moeten zich afvragen: in hoeverre *is* het systeem gewijzigd? Eenmaal aanvaard heeft het niet-passende taalgebruik in logische consequentie zijn invloed, ook elders komen wijzigingen voor. Het is precies zoo met het gewoonterecht, dat zich tegen de wet in doet gelden. Het is niet-recht, het past niet in het systeem, niettemin *wordt* het toch recht. En àls het recht geworden is, dwingt het in logische consequentie tot verdere wijziging. We zien hier duidelijk de grens van het systematische in recht en taal beide. Het systeem dwingt, maar de dwang is niet absoluut, de logische gebondenheid niet als in de wiskunde onvoorwaardelijk. Zij kan dat niet zijn omdat recht en taal verschijnselen *in den tijd* zijn, aan tijd en dus aan wisseling onderworpen. Het systeem is, gelijk ik het elders uitdrukte, een „open" systeem[2]). Het is dynamisch, niet statisch. Het is echter een miskenning van de dialectiek van ons denken, indien men op grond hiervan het systematische zelf zou ontkennen. Integendeel, gelijk gezegd, de verandering zelve doet de eenheid uitkomen, iedere wijziging heeft noodzakelijkerwijze dus ter wille der logische eenheid haar uitwerking elders.

Is er dus overeenstemming, het punt waarop ik wees toont

---

[1]) *The system of Grammar* in zijn *Linguistica* (1933) blz. 345.
[2]) Zie mijn *Algemeen Deel* in Asser's *Handleiding*.

tegelijk het verschil tusschen taal en recht. Bij beide zal men een oogenblik kunnen aanwijzen waarop in den langzamen overgang het afwijkende is geaccepteerd, het incorrecte correct is geworden, het niet-recht recht. Maar er is verschil: het gezag dat uitmaakt dat dit is geschied is een ander, men zou zelfs kunnen volhouden, als men gezag in zijn eigenlijken zin neemt, dat er geen gezag in taal is, wel in het recht. Daarom wringt al dadelijk het probleem zooveel sterker in het recht dan in de taal. Hoe kan als het recht de rechtsvorming monopoliseert, aan den wetgever opdraagt, tegen den wetgever in recht ontstaan? Het is veelal onmogelijk geoordeeld, niettemin het gebeurt [1]). Er zijn juristen, die zich in alle mogelijke bochten wringen om het te ontkennen, er zijn anderen, verstandigen, die het erkennen maar die zich toch hevig ergeren. In de taal is die ergernis er ook, maar zij is van anderen aard. Een gezag dat werkelijk opleggend onderscheidt tusschen correct en incorrect taalgebruik is er niet. Het gezag, waarvan wij in de taal spreken, het verzet van auteurs en geleerden tegen een opkomend incorrect taalgebruik legt niet op, zou het dat vermogen (wel poogt het dat soms via de school) dan ware het *rechts*gezag.

Wij moeten bij dit punt — voor den aard van recht en rechtswetenschap van groot belang — wat langer stilstaan.

VI. Tegenstelling tot taalwetenschap: het gezag.

Een der kenmerkende dingen van het recht is zijn onzekerheid. Wij staan voor een geval, moeten hard en onwrikbaar — ook dat eischt het recht — kunnen zeggen: *dit* is recht, *dat* onrecht, een vlijmscherpe scheiding maken [2]) en.... wij aarzelen, zijn niet dadelijk zeker van ons zelf. Hoe kan dat? Er is toch maar één recht, dat is ons voor-geschreven, en als het niet voorgeschreven is moet het toch in ons rechtsbewustzijn zijn aan te

[1]) Zie mijn *Algemeeen Deel* in Asser's *Handleiding*.

[2]) Ook niet „bemiddelden". Vgl. mijn *Algemeen Deel*, blz. 178 vlg.

wijzen, en we zouden niet weten wat dat inhoudt? Toch is beide waar, het verdient opheldering.

Het recht betreft nooit den enkeling, altijd den mensch in gemeenschap. Dat moet hier voorop staan. Ons rechtsbewustzijn is een innerlijke overtuiging, zij dwingt ons, we voelen ons haar opgelegd en mogen haar niet ontwijken — toch is zij tegelijkertijd gebonden aan wat anderen, onze rechts-genooten, voelen en denken. Er is niet als in de zuivere logica een individueel denken, waarvan we *weten*, dat het ook bij anderen aldus functionneert, dat *de* mensch zoo denkt, *het* denken dien bepaalden vorm heeft, maar er is een oproep, een eisch in ons geestesleven gelegen, die zich tot den ander richt en van hem antwoord vraagt. Rechtsdenken is gemeenschapsdenken: wie naar recht zoekt houdt geen monoloog, maar roept op, vraagt antwoord. En het antwoord bepaalt mede zijn eigen denken, niet alleen omdat het zooals overal elders dwingt, het eigen denken nog meer te controleeren — maar omdat wij dit eigen denken op den duur niet als eisch van rechtsbewustzijn kunnen volhouden als het geen weerklank vindt. Diep in ons kan een eisch van gerechtigheid blijven branden, die door anderen niet wordt gehoord — in het rechtsbewustzijn kan die vlam niet duren, als zij niet door het antwoord nieuwe brandstof bekomt. Het rechtsbewustzijn ontwikkelt zich in een nooit eindigenden dialoog, waaraan alle rechtsgenooten deel nemen, het is misschien nog eerder vloeiend dan onzeker te noemen. En toch eischt hetzelfde rechtsbewustzijn dat steeds in concreto wordt gezegd wàt recht is, de uitspraak definitief is. Daarom vraagt het om een gezag dat beslist. Het menschelijk, feilbaar, dikwijls aangevochten, gezag is noodig omdat de mensch in zijn gebrekkigheid tegelijk èn recht behoeft èn dit recht niet vermag te grijpen, zóó dat het steeds naar alle zijden voor ieder onafwijsbaar voor ons staat.

Maar, kan men vragen, hoe komt het toch, dat de rechtsoordeelen der menschen verschillen, als het rechtsbewustzijn toch functie is van den menschelijken geest. Zit dit niet hierin, zou ik willen antwoorden, dat de mensch in zijn beperktheid en

in zijn zonde vooral, die hem verhindert zuiver te denken en meer nog zuiver te handelen, wel weet dàt er recht moet zijn en is, een behooren dat de gemeenschap is opgelegd, ook wel notie heeft van de beginselen die het beheerschen, maar de consequenties daarvan, hét recht in concreto, niet vermag te kennen, noch, als hij het al kent, daarnaar te handelen, gedreven als hij wordt door motieven van eigen belang en heerschzucht, van zich zelf zoeken en van den nooit eindigenden wensch dit eigen willen toch als recht te rechtvaardigen?

Ons bewustzijn heeft betrekking op zeer algemeene dingen: den ander geen geweld doen (neminem laedere), hem eerbiedigen in het zijne (suum cuique tribuere), die niet veel meer dan formeel lijken — het reageert tegelijk concreet op een bepaald gebeuren: dit is onrecht. Doch die reactie is intuïtief, daar is geen weg tusschen den abstracten regel en de intuïtieve uitspraak en toch — wij hebben het boven betoogd — eischt juist het rechtsbewustzijn dat het een tegenover het andere wordt verantwoord. De concrete beslissing mag ten slotte intuïtief worden gevonden, zij moet ook tegenover den regel kunnen worden gerechtvaardigd.

Doch er is meer. Wij reageeren direct op een concreet gebeuren. Doch wat is dit concreet gebeuren? Wij kennen het door waarneming. Maar kennen wij het *geheel* voorzoover voor het recht van belang? De daad die we waarnamen of die door getuigen wordt medegedeeld, moet gezien worden in verband met andere. Iedere jurist weet, hoe een kleine verschuiving in het feiten-complex een totalen omkeer van het oordeel ten gevolge kan hebben. Wij moeten het geheel kennen. Het is weder onzeker, wat in een bepaald geval als het geheel zal moeten worden beschouwd, wat rechtens relevant is, wat niet. Eerst gave en oefening leeren hier den rechten weg.

Nu is dit natuurlijk niet zoo, dat wij in den gewonen gang van de alledaagsche dingen geregeld door den twijfel zouden worden gekweld. Dit gebeurt niet, omdat de rechtsvraag eenvoudig niet wordt gesteld. Maar het wordt anders, waar door de

complicatie der verhoudingen, het door elkaar gestrengeld liggen van de betrekkingen tusschen de menschen of door hun vijandschap, de vraag wordt opgeworpen, wie nu in een strijd recht heeft. Het onrecht kan zoo klaar zijn, dat ieder niet-betrokkene het direct ziet, het kan ook, dat wij gaan twijfelen, in de aarzeling leven. Geestelijk ook in het recht leiden wij niet een ongebroken leven, er zijn beginselen in het recht die ons in tegengestelde richting wijzen [1]): de erkenning der persoonlijkheid van ieder mensch houdt ons dèzen regel voor, de aanvaarding der gemeenschap gènen. In het concrete geval zal moeten worden uitgemaakt wat moet òverwegen. Dat kàn duidelijk zijn, dat kan ook wel uiterst onzeker schijnen. De eene mensch oordeelt anders dan de ander — toch leven zij samen in dezelfde gemeenschap en moet er naar den logischen aard van het recht slechts een van beide recht zijn.

Ons rechtsbewustzijn zelf dicteert ons dat dit moet worden uitgemaakt, wij zoeken een gezag, dat beslist. Het recht vraagt de daad. Dat gezag is een gegeven van het recht, *wie* ermee belast is zal de historisch-concrete situatie aanwijzen.

Onjuist is de voorstelling, dat het rechtsbewustzijn verschillend is en de menschen daarom afspreken dat nu door een derde min of meer willekeurig moet worden uitgemaakt, wie gelijk heeft of dat dit uit een optelsom, meerderheid tegenover minderheid kan worden afgeleid. Dat is historisch fout, het is ook niet uit analyse van de werkelijkheid van geestes- en samenleven af te leiden. De mensch zelf heeft behoefte in zijn rechtsbewustzijn aan gezag. Ook weer deze verhouding is een tweezijdige: de onderwerping is niet onvoorwaardelijk, het kàn dat het rechtsbewustzijn neen blijft zeggen tegen de uitspraak van het gezag, — maar de gebrekkigheid van het menschelijk zijn waarop ik doelde, de onzekerheid van het recht, waarover ik sprak, dwingen tot de aanvaarding van het gezag, niet als een van buiten komend ding dat de gebrekkigheid van onze rechtsoordeelen verhelpt, maar als deel van het rechts-oordeel zelf. Wij

[1]) Vgl. mijn *Rechtsbeginselen*, blz. 20.

zijn ons bewust, dat er geoordeeld moet worden. Wij kunnen dat ook zoo zeggen: het is niet alleen een vraag van logica uit te maken wat recht is, de beslissing heeft, hoezeer zij logisch moet zijn gefundeerd (men lette op den bouw van de rechterlijke vonnissen die niet anders is dan een reproductie van de structuur van ons rechtsdenken zelf), meer dan logische waarde. Zij moet gelden, d.i. recht zijn, ook al zou zij logisch fout zijn. Het beginsel van het gezag van het gewijsde — de gebondenheid aan de rechterlijke uitspraak, of zij „juist" is of niet — is mede een door de rechtstheorie te onderzoeken beginsel van ieder recht. In dat beginsel blijkt de beteekenis van het gezag niet *naast* maar *in* het recht. Wat natuurlijk niet wegneemt, dat uitwerking en begrenzing van dit beginsel in ieder positief recht verschillend kan zijn, voorwerp der wetenschap van het positieve recht wordt.

Wij zien dat wij hier op rechtsgebied wel ver afraken van dat der taal. Toch sprak ik nog alleen over het recht als stuk van ons geestelijk leven. Het merkwaardige is echter, dat de onzekerheid zich voortdurend doet gevoelen ook in die instellingen die ter wille der zekerheid worden geschapen. Want de mensch verdraagt de onzekerheid niet. Hij wil het recht vast en zeker, de menschelijke geest volgt daarbij overal denzelfden weg, hij schept instituten die van tevoren zeggen wat recht zal zijn, in abstracto dan, waaruit de concrete conclusie slechts door logisch betoog behoeft te worden getrokken (wetgeving) of hij stelt de concrete uitspraak als voorbeeld waardoor in analogie ieder nieuw geval kan worden uitgemaakt (rechtspraak, precedent).

Geen van beide is afdoende. Het laatste is duidelijk: wanneer is het nieuwe geval gelijk, wanneer verschillend — er moet een gezag zijn dat scheidt. Maar ook het eerste staat zwak: geen wetgeving omvat a priori de volledige veelvuldigheid van het leven. De weggeduwde onzekerheid duikt telkens weer op, de geschiedenis van ieder gecodificeerd recht wijst het aan. Ik kan er nu niet over uitweiden.

Genoeg voor ons zij dat er een gezag moet zijn dat uitmaakt èn tegenover de positieve gegevens èn tegenover het recht als deel van het geestelijk volksleven wàt rechtens is.

Geheel het positieve recht is een strijd tegen de onzekerheid. In wet, rechtspraak en wetenschap ligt een schat van menschelijk kunnen, van cultuur, die altijd weer dienst doet om recht te vinden en recht te handhaven. Zonder dat was er een chaos, doch overwonnen is de onzekerheid nooit.

Recht is uit den aard kan men zeggen, positief: het behoeft verwerkelijking. Het logische systeem kan niet theorie blijven, er moet in het menschenleven worden ingegrepen. Er is gezag noodig om te beslissen (rechtspraak), gezag om de regels te stellen waarnaar beslist wordt, de eenheid van het recht te bewaren (wetgeving), gezag om het te handhaven (politie). Montesquieu's trias der functies van den staat, legt de kern der verhouding van recht en staat bloot. Want in den staat, dat is in den rechtsvorm van het volk, ligt het gezag waarvan wij spreken, het gezag van bepaalde menschen in een bepaalde historische situatie bij een bepaald volk. In hem is de verbinding van het abstract gedachte recht met de historisch gegeven werkelijkheid, door hem moet het recht worden uitgebeeld.

Ik kan op dit alles hier niet ingaan. Wellicht weidde ik er reeds teveel over uit, het bleef toch fragmentarisch, doch ik kon het moeilijk missen omdat het gezag als element van het recht mede den aard der rechtswetenschap bepaalt.

Nu nog slechts één opmerking. Is volkenrecht dan geen recht, kan men vragen, dat mist toch dit gezag. Ik antwoord dat het wèl recht is — er is de overtuiging van de gebondenheid — er is altijd nog een zij het minimale rest van verwerkelijking — en toch weer géén recht, omdat het gezag ontbreekt. Het is recht in wording. Er is weinig waarnaar de menschheid zóó snakt als naar de afsluiting, die het eerst waarlijk tot recht zou stempelen, naar een gezag, dat recht spreekt, rechtsregels stelt, recht handhaaft tusschen de volkeren. In de tegenwoordige verhoudingen is de staat de rechtsvorm van het gezag. Het spreekt vanzelf dat

die vorm ook een andere kan zijn, maar dit is zeker, dat de gebondenheid van het recht aan de gemeenschap maakt dat recht altijd is in een historisch bepaalden vorm. De geheele analyse van het recht, waarvan ik een enkele lijn aangaf, heeft alleen zin als zij geschiedt ten aanzien van een historisch gegeven concrete werkelijkheid. Dat is nu die van het in den staat georganiseerde volk. Als werkelijkheid is het recht altijd het positieve recht, hier en nu, voor een bepaalde gemeenschap levend op een bepaald grondgebied. Alle a-logische elementen komen daarmee weer in het recht. Omgekeerd heeft het volk alleen zijn eigen leven, — is het eerst waarlijk volk — als het in den staat naar rechtsregelen is georganiseerd, als het recht aanwijst, wie de algemeene regelen stelt (wetgeving), wie de concrete geschillen beslist (rechtspraak), wie het recht handhaaft (bestuur). Dat die staat nog andere functies kan hebben — hoever hij zijn rechtsmacht uitstrekt, het zijn alles telkens naar de gegeven feiten te beslissen vragen, maar het bestaan van den staat àls rechtsvorm hangt van de drie genoemde factoren af.

VII. Gezag en wetenschap.

Wij hadden deze uitweiding over het recht noodig, omdat juist het gezag in het recht aan het bestaan van de rechtswetenschap heeft doen twijfelen. In de befaamde rede van 1848 van J. H. von Kirchmann over „die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft" wordt deze waardeloosheid onder andere gemotiveerd met de opmerking, dat één streep van den wetgever door een wettelijke regeling geheele bibliotheken van juridische litteratuur tot „Makulatur" maakt. Het argument is niet overtuigend. Wetenschap veroudert altijd — is het zoo erg, als die veroudering gevolg is van de wijziging van het materiaal? Intusschen, we kunnen den twijfel begrijpen, doch hij heeft alleen dan zin als we de regels door den wetgever gesteld zuiver als willekeur, als uiting van zijn bon plaisir zien. Hoe zou een wetenschap kunnen bestaan die deze willekeurige uitspraken tot object zou hebben? Welke wetenschappelijke waarde zou de logische of

historische uitlegging van die uitspraken toekomen? Doch degenen die zoo redeneeren vergeten twee dingen.

Ten eerste dat óók de wetgever aan den vorm van zijn rechtssysteem gebonden is. Het nieuwe krijgt plaats in het oude, het kàn niet anders — ik heb dit boven uiteengezet — dan in samenhang met het oude, het kan ook niet anders dan als een stuk van het geheel worden toegepast. Ten tweede dat alleen dàn recht recht is, als ook de staat zich zelven eraan houdt. Dat wist b.v. een figuur als Bodin [1]), de grondlegger van de theorie der absolute vorstenmacht uit de 17e en 18e eeuw, heel goed. Hoe sterk die macht mocht zijn, er was recht, dat ook de Koning moest eerbiedigen. Wordt die gedachte losgelaten, ziet de macht, die over de wet beslist, in eigen regels niet anders dan voorschriften, die allen behalve haarzelf binden, die niet alleen te allen tijde met alle gevolgen die men eraan wil hechten ook voor het verleden, kunnen worden teruggenomen, maar die ook in concreto door die macht ter zijde kunnen worden geschoven, dan houdt het recht op recht te zijn. Er is geen recht, als er niet is een omzetting van zijn eisch in de werkelijkheid — er is dan òf anarchie, de volkomen bandeloosheid òf tyrannie, de heerschappij van de willekeur. En waar geen recht is, is uit den aard der zaak ook geen wetenschap van dit recht.

Recht is iets anders dan staatswil. Wij kunnen het recht alleen zien in verband met den staat, gebonden aan een gemeenschapsvorm, die in onze verhoudingen meest de staat is — wij kunnen echter ook den staat nooit anders zien dan als aan het recht onderworpen. Wie een rechtsregel vermag af te kondigen, staat ook zelven onder dien regel. De regel mag product van zijn geest zijn, zoodra hij gelding heeft bekomen heeft hij een geestelijke realiteit ook tegenover hemzelf. Mutatis mutandis is het ermee als met een kunstwerk. Het gedicht bestaat los van den dichter.

Wij raken hier weder aan de ethische zijde van het recht. Want wat ik neerschreef is alleen begrijpelijk, als we het recht

---

1) *Les six livres de la République*, blz. 92, 107.

verstaan als een behooren dat niet is in de macht van den mensch. De logische gebondenheid heeft geen zin indien zij niet óók is ethische gebondenheid — niet *iedere* inhoud kan in den voorhanden vorm worden gegoten. Hoezeer onderdrukt, hoe vaag en onzeker ook, er blijft in den mensch een haken naar gerechtigheid, en recht is alleen voorstelbaar als het met gerechtigheid op welke wijze dan ook verbonden wordt geacht. Rudolf Stammler heeft in de rechtsphilosophie den term „richtig Recht" ingevoerd, recht, positief recht dat aan eischen van gerechtigheid beantwoordt. Over zijn methode heb ik het nu niet, ik vraag alleen aandacht voor den term. Richtig is van denzelfden stam als recht. Richtig recht, is het iets anders dan recht dat recht is?

Natuurlijk — de ervaring leert het — is het mogelijk dat er tijden en volken zijn waar het recht wordt weggevaagd, waar de rechteloosheid heerscht. Doch wordt dat op den duur door eenig volk geduld? Is het niet de ondergang? Doch alleen dan is dat alles klemmend, indien recht een richting wijst, indien het komt van en gaat tot iets anders dan de begeerte van bepaalde individuen, hoe sterk, hoe fascineerend die mogen zijn. Zij mogen als zij recht terzijde stellen macht houden — gezag, dat anders dan macht in het geestelijk leven der onderworpenen weerklank moet vinden [1]), ontberen zij spoedig. En geen recht, geen gemeenschapsleven ook, zonder gezag.

VIII. Rechtsvinding door den jurist. Ars.

Wanneer wij na dit alles naar de typische taak van den jurist vragen, moeten we dus deze dingen in het oog houden: het recht is een logisch gebouwd — zij het voortdurend veranderend en nimmer afgesloten — geheel van regelen en bevoegdheden bij een bepaald volk in een bepaalden tijd. Wat echter in concreto recht is, is onzeker. Dit zal telkens weer moeten worden gevon-

[1]) Zie mijn *Beginselen van Samenleving* (1934), blz. 55.

den. Dat vinden van het recht is de taak van den rechtsgeleerde. Ik denk nu niet aan den man van de wetenschap, maar aan den jurist van de praktijk. Hij moet uitmaken wat in een bepaald geval rechtens *moet* gebeuren, wie naar recht gelijk heeft, de eischer of de verweerder, of de staat gerechtigd is den aangeklaagde te straffen en zoo meer. Hij moet in de gegeven verhouding het recht vinden. Ten slotte is ieder eigenlijk juristenwerk werkelijk of gedacht rechterswerk; ook de advocaat, die adviseert, stelt zich op het standpunt van bestaande of onderstelde verhoudingen om uit te maken wat de rechter eventueel moet of zal moeten beslissen. De taak van de rechtsvinding is dan altijd een dubbele: men moet van den abstracten gereed liggenden regel komen tot de concrete hier toe te passen norm, den regel voor het geval, die uit vele regels gevormd kan worden — aanwijzen dus wèlke regel hier toepassing verlangt, wàt hij precies inhoudt en tegelijk uit het empirische gegeven datgene lichten wat juridisch relevant is, afkappen al wat psychologisch wellicht voor het handelen van bepaalde personen of sociologisch voor het begrijpen daarvan in het maatschappelijk verband van gewicht kan zijn, maar juridisch voor de rechtsvinding onbelangrijk blijft. De feiten zoo samenvatten, dat de regel er inderdaad op „past", toegepast kan worden. Lask heeft in het meer aangehaalde voortreffelijke geschrift dit laatste aldus geformuleerd: „Zwei einander durchdringende Momente konstituieren das specifisch juristische Verhalten gegenüber der Wirklichkeit: Die von Zweckbeziehungen geleitete Umsetzung des realen Substrats in eine Gedankenwelt reiner Bedeutungen und die damit verbundene Herausfassung blosser Teilinhalte aus des Totalität des Erlebbaren" [1]).

Meer dan denk-arbeid of waarneming wijst hier intuïtief inzicht den weg, al kan dit nooit zonder een sterk indringen in de voorgelegde feiten — een kleine afwijking kan het resultaat omgooien — en ook niet zonder snel overzien der consequenties.

---

[1]) t.a.p., blz. 307.

Het is de befaamde „scherpzinnigheid" die den goeden jurist wordt toegeschreven, die hier onderscheidingen maakt, conclusies trekt. Het is ongetwijfeld geestesarbeid die hier verricht moet worden, zij kan niet zonder kennis, kennis van regels en van maatschappelijke verhoudingen geschieden, maar is zij wetenschap? Wellicht onderstelt zij die, was de arbeid die tot de beslissing leidde een heel of half wetenschappelijke, doch dit hanteeren, dit oordeelen, dit rechts-vinden op zich zelf wordt toch terecht eerder „ars" geheeten. Als men daaronder dan maar niet handigheid of techniek verstaat, maar een vorm geven aan vage voorstellingen, ze tot recht doen kristalliseeren, een schepping van vorm dus, die kunst kan genoemd worden.

Doch die ars staat de wetenschap wel zeer na.

Letten we nog even nader op de rechtsvinding. Object is steeds de concrete rechtsverhouding tusschen bepaalde menschen. Ten slotte komt het daarop aan. De rechtsverhouding tusschen mensch en mensch moet een rechte verhouding zijn. In die verhouding wordt het recht werkelijkheid. Dàt is het essentieele, al het andere is voorbereiding; de uitspraak van den rechter (die recht *doet*) ligt er vlak bij, de regel van den wetgever wat verder af, doch voorbereiding zijn ook zij. Nog verder is het rechtsbewustzijn, nog verder en tegelijk dichterbij: *in* het handelen, de voltrekking van het vonnis, vindt het zijn bevrediging. Het recht moet door zijn regel-karakter voortdurend abstraheeren, het abstraheert ook van de personen voor wie het geldt, zij zijn niet in hun volle persoonlijkheid, maar alleen naar een bepaalden kant voor het recht van belang, àls burger, àls kiezer, àls belastingbetaler. Het is voor den fiscus volkomen onbelangrijk — uit rechtsoogpunt — of de aangeslagene een dichter, geleerde, bankier of kapper is, de stem van den portier telt evenveel als die van den directeur van het bedrijf, ook de slechtste burger geniet bescherming. Het recht abstraheert zelfs in zijn persoonsbegrip van het mensch-zijn: de rechtspersoon doet haar intree. Tegelijk echter blijft het altijd gaan om zeer reëele verhoudingen tusschen zeer bepaalde individuen. Voor den rechter

staan twee menschen van vleesch en bloed, die iets van elkaar eischen, die gescheiden zijn in strijd, — ten aanzien van wie de rechter recht moet doen. De realiteit komt duidelijk uit in het z.g. subjectieve recht. Ook dit heeft Lask reeds opgemerkt [1]). Recht is nog iets anders dan regels en regeltoepassing, iets anders dan toerekening van daden krachtens die regels [2]). Recht heeft altijd iets te maken met de concrete verhouding van persoon en zaak, het gaat niet alleen om *het* recht, maar ook over *mijn* of *Uw* recht. Het gaat ook om toebedeeling [2]). En dat kan nooit in abstracties worden opgelost: het staat ten laatste voor het feit dat, als ik zeg dat dit horloge mijn horloge is, hoeveel regels men ook mag opstellen om dit in het recht te plaatsen, er altijd een niet-herleidbare rest blijft: de concrete betrekking. Het feit dat het bezit naast den eigendom in het recht een plaats vraagt maakt dit duidelijk, men poogt den eigendom tot abstractie te maken maar moet dan toch weer een concrete, niet van eigendoms-regels afhankelijke verhouding tusschen persoon en zaak het bezit erkennen, die toch ook mede rechtsverhouding is. Het recht geeft den mensch zijn plaats tusschen de anderen tegenover de goederen, die plaats is een bepaalde. Het is een ingewikkelde verhouding van logische abstractie en reëel gebeuren, een op allerlei wijzen door elkaar gestrengeld liggen van beide, dat het recht zijn eigen karakter verleent. Telkens poogt men te scheiden: proces- en bewijsrecht gaan van een scherpe scheiding uit, een vonnis bestaat uit overwegingen wat de feiten betreft, overwegingen in rechten; voor bewijs meent men dat alleen feiten in aanmerking komen, waarop dan de geheel daarvan gescheiden gedachte regel wordt toegepast — de ervaring en de ontleding leeren, dat die scheiding niet mogelijk is, of liever zelf niet is dan een abstractie, die op haar beurt moet worden gecorrigeerd. Verliest men dat uit het oog, dan is het ten nadeele van het goede inzicht èn de goede toepassing. Proces- en bewijsrecht hebben het geleerd, doch daarover thans niet.

[1]) t.a.p., blz. 308.

[2]) Zie mijn *Rechtspersonen* in Asser's *Handleiding*, blz. 1 vlg.

IX. Rechtsvinding en wetenschap.

Het blijkt wel: de rechtsvinding is niet een eenvoudig werk, zij eischt, zoodra de verhoudingen maar iets samengestelder worden, een denk-arbeid en een geschooldheid, een kennen van den inhoud en zich één weten met de structuur van het recht, die slechts de vakman bereikt.

Al spoedig komt de eisch: het recht moet beschreven worden. Dan kan degeen die met rechtsvinding belast is het overzien, er mee werken. Zoodra die beschrijving begint is rechtswetenschap in kiem aanwezig. Enkele opteekening van gegeven beslissingen, of van gevolgde gebruiken mag nog geen wetenschap heeten, zoodra dit systematisch geschiedt wordt de rechtswetenschap geboren. En juist omdat in het recht zelf systeem zit, gaat de beschrijver als vanzelf tot systematiseeren over. Doet hij dat, dan wordt zijn werk al gauw van een hulpmiddel voor de practijk tot een beschrijven òm de beschrijving. De auteur wordt door zijn stof gegrepen, hem vervult de vreugde van het ordenen, van het classificeeren en het voegen der deelen in het geheel, van het overdenken van het geheel als eenheid, van het klaar uitbeelden, de arbeidsvreugde in één woord van den man van wetenschap. De auteurs der rechtsboeken: Bracton, Eike von Repkow, Philippe de Beaumanoir deden werk, dat wij ongetwijfeld wetenschappelijk moeten noemen. Hugo de Groot deed in zijn Inleiding niet anders dan zij, is het niet evenzeer een wetenschappelijk werk als Gajus' Instituten? Waar de grens ligt is niet precies te zeggen. De opteekening van de volksrechten der Germanen waren het niet — de beschrijvingen in de Spiegels der Middeleeuwen wel.

Zoodra er een eenigszins ontwikkeld recht is, is er ook rechtswetenschap, de rechtswetenschap ligt in het verlengde van het recht; zeiden we niet, dat ook het recht „leer" is?

Letten we nog even op wat de wetenschap van alle tijden deed en doet. Zij interpreteert de rechtsregels. Wat wil dat zeggen? Zij tracht de niet geschreven regels in bepaalde for-

mules samen te vatten, zij verklaart den door het gezag voorgeschreven regel, zoekt zijn draagwijdte te bepalen door historie en doel na te speuren, door den regel te passen in het systeem der overige, door de gebruikte woorden te analyseeren. of door op andere wijze die regels te kneden, zóó dat zij voor toepassing in voorgekomen of gedachte gevallen gereed liggen. De interpretatie geschiedt altijd vanuit een bepaalde gedachte: den achtergrond van het recht, zijn logische vormen, zijn gehalte aan gerechtigheid, naar een bepaald doel: de toepassing, de omzetting van het recht in het werkelijke leven. Zij vult het geraamte der op de wet of op andere wijze gezaghebbende regels aan met nieuwe uitspraken, die zij in de oude besloten acht. En tegelijk „construeert" zij dat recht. Zij plaatst abstracties van bepaalde maatschappelijke verhoudingen onder regels, die regels weer onder regels van algemeener strekking, en bouwt zoo aan het geheel. Het is vooral Rudolf von Jhering geweest, die deze taak der rechtswetenschap heeft ontdekt en op klassieke wijze beschreven. In het recht zit systeem. Doch het moet door wetenschappelijken arbeid worden blootgelegd. En tegelijk wordt het door dien arbeid verfijnd en uitgewerkt.

Of wel de wetenschap komt te staan voor het subjectieve recht. Zij ziet dan een plaats, waar de regeling eindigt. Doch zij ziet ook dat dit subjectieve recht (de eigendom b.v.) wel ten slotte iets anders is dan regeling, dat het de aanwijzing is van de grens van de gemeenschap tegenover het individu, een niet geheel in regels op te lossen eindpunt, maar tegelijk dat die grenzen vloeiend zijn, dat het haar taak als wetenschap is aan te wijzen wáár die grens ligt, hoe die eigendom wordt beperkt door regeling op regeling.

En bij dit alles zal zij steeds het einddoel van het recht voor oogen moeten houden. We spraken straks over de intuïtieve rechtsvinding van den practicus. De rechtswetenschap biedt hem daarbij hulpmiddelen aan. Doch de man van wetenschap verdwaalt in doode onderscheidingen, en het recht verdort onder zijn handen, als hij niet tegelijk zelf die intuïtieve gave heeft.

De geschiedenis der rechtswetenschap brengt namen van mannen, die scherp redeneerden en logisch doordachten, en wier werk toch steriel of schadelijk was, omdat hun die intuïtie ontbrak, omdat zij soms zelfs de vraag van de gerechtigheid hunner uitspraak — die een behoorlijk rechter niet kàn ontwijken — eenvoudig niet stelden. Het is deze zijde der zaak, die in onzen tijd haast ieder man van wetenschap hetzij als rechter, als scheidsman of als advocaat naar deelneming aan het verwerkelijken van het recht doet streven.

De rechtswetenschap is dus de voortzetting van het recht. Interpretatie van het recht is altijd meer dan verklaring van het gegevene alleen, ze is altijd vorming van iets nieuws tegelijk, altijd meer dan interpretatie. Aanwijzing van systematischen bouw is voltooiing van den bouw. Constructie maakt het feitenmateriaal tot iets anders, abstracters door het zijn plaats aan te wijzen, het kan tot rechtsbegrip worden. Recht zelf is mede leer — is het wonder dat de wetenschap van het recht mede daad is?

Een codificatie mèt commentaar is niet meer de codificatie die zij bij haar afkondiging was, althans indien het een goede, wetenschappelijke commentaar is. Napoleon heeft volgens de traditie daar iets van begrepen, toen hij bij de verschijning van den eersten commentaar op de zijne uitgeroepen zou hebben: „Mon code est perdu." Het materiaal, dat de rechtswetenschap wordt voorgezet, verandert onder haar handen. De wetenschap die er naar streeft het recht te kennen, vormt mede nieuw recht. Zij doet dit binnen bepaalde grenzen, op sommige gebieden meer, op andere minder, verschillend naar tijd en plaats, maar zij doet het onvermijdelijk. Wie kennis wil nemen van een rechtsorde elders, zal nooit kunnen volstaan met raadpleging der wet. Hij zal ook de rechtspraak moeten kennen, de rechter die recht toepast, vormt tegelijk nieuw recht. Dit is thans niet meer betwistbaar in de wetenschap. Maar hetzelfde geldt — zij het in meer bescheiden mate — voor de wetenschap. Wie op informatie uit is, zal ook een onderzoek naar de leer, de doctrine moeten instellen. Merkwaardig is in dit verband het verschijnsel van

het gezag der wetenschap *in* de rechtspraak. Bij de Romeinen werd dit zelfs in de wetgeving opgenomen en in de bekende citeerwet geregeld; er werden bepaalde, met name genoemde juristen gecanoniseerd, tusschen hen een zekere orde ingesteld. Daarmee werd dit gezag tot een caricatuur van wat het was. Het hield op gezag der wetenschap te zijn, werd gefundeerd op 's keizers bevel, werd wet, het verloor zijn eigen karakter van wetenschappelijk gezag, dat tegelijk wordt erkend en toch niet steeds, overal, critiekloos aanvaard, dat *in* de erkenning tegelijk om de wetenschappelijke beoordeeling van dengeen die zich erop beroept vraagt. Het gezag der wetenschap is alleen waarlijk *gezag* indien het uitgesproken oordeel niet om zijn inhoud maar om den auteur van wien het afkomstig is, geëerbiedigd wordt, het is echter alleen waarlijk gezag der *wetenschap,* indien het als *wetenschappelijk,* dat is niet onfeilbaar gezag wordt beschouwd. In de nieuwere wetgevingen vindt het nog altijd zijn beste vertolking in art. 1 van het Zwitsersche Wetboek, waar de rechter bij gebreke van rechtsbron op eigen rechtsvinding is aangewezen; hem wordt voorgehouden: „er *folgt* dabei bewährter Lehre und Ueberlieferung" (Fransch: il s'inspire de ....).

Is het wetenschappelijk gezag, dan kan het ook weer in wetenschappelijk betoog worden bestreden. Als iedere wetenschap is ook die van het recht voortdurend in beweging. Wie het wetenschapsgezag codificeert miskent het. Nieuwere inzichten breken voortdurend zich baan — met de verandering van het maatschappelijk leven wordt de behoefte aan nieuwe rechtsvormen geboren. Het wetenschappelijk werk blijft aan het historisch onderzoek, aan het sociaal gebeuren, aan den eisch van gerechtigheid gebonden.

Zoo tracht de wetenschap, altijd bedacht op de toepassing in de werkelijkheid van haar conclusies, iederen regel op zichzelf en het geheel als eenheid beter te begrijpen en zoo een stuk van het volksleven te verstaan, doch niet op zichzelf, als gebeuren zonder meer genomen, maar in verband gedacht met de richting van den menschelijken geest naar een behooren, dat ons bindt.

Zoo vormt zij in het begrijpen van het bestaande recht weder nieuw recht.

X. Wetenschap.

Maar, — kan men vragen, — de rechtsdoctrine mag nu de beteekenis hebben die hier voor haar wordt opgeëischt, maar is zij nu wel waarlijk wetenschap?

Voor ik daar een enkel woord over zeg, eerst nog een opmerking over de verhouding van de rechtswetenschap, waaronder ik de wetenschap van het positieve recht versta en de rechtstheorie op wier beteekenis boven [1]) werd gewezen. Zij kan tot vergemakkelijking van het antwoord op de gestelde vraag dienen. De rechtstheorie heeft den bouw van het rechtsdenken zelf tot voorwerp — de rechtswetenschap het recht van een bepaald volk in een bepaalden tijd. Ook de rechtstheorie kan haar materiaal alleen vinden in dit positieve recht, zij het van vele volken en vele tijden. Het verschil zit hierin, dat zij niet den inhoud maar den vorm van dit recht — het bijzondere waardoor het recht is — tot object van studie neemt. Als we nog even de analogie met de taalwetenschap zouden mogen gebruiken, niet tal*en* maar *de* taal. We zouden moeten zeggen recht, niet rechten. Doch dit meervoud gaat niet, het is zelfs weer een punt dat de aandacht der rechtstheorie verdient, dàt het niet gaat. De rechtstheorie vraagt niet naar de veelvuldigheid maar naar de eenheid, al zal zij die eenheid alleen in het veelvuldige kunnen onderkennen. De rechtstheorie onderzoekt een stuk van 's menschen geest, wel *in* zijn historische uitingen, maar niet *om* die uitingen op zichzelf, maar om de eenheid die haar kenmerkt, om den geest zelf is het te doen. De rechtstheorie vraagt wat recht is, de rechtswetenschap wat rechtens. Dat wil niet zeggen dat eenige vorm zonder inhoud op zichzelf te kennen of de inhoud een oneindig verschillende zou zijn — de rechtstheorie kan aan die mogelijkheid de grenzen aanwijzen, — maar wel dat de

[1]) Zie blz. 16 vlg.

bijzonderheid van den inhoud zonder belang is. De rechtswetenschap zoekt naar de systematiek van een bepaald recht — zeg het Nederlandsche Staatsrecht van heden — de rechtstheorie staat voor de vraag wat dat „systeem"-zijn inhoudt. De rechtswetenschap kan niet zonder de logische veronderstelling van de rechtstheorie — de rechtstheorie krijgt van de rechtswetenschap haar materiaal. We zouden deze opsomming van tegenstellingen kunnen voortzetten, doch wat ik zeide moge volstaan om de verhouding duidelijk te maken. Nog slechts dit: de rechtstheorie vormt geen recht — de rechtswetenschap doet het geregeld.

Het is juist dit laatste dat aan het wetenschapskarakter der „doctrine" doet twijfelen, ook de rechtstheorie kan naar haar legitimatie als wetenschap worden gevraagd, maar voor de rechtswetenschap is de vraag een meer brandende, de twijfel gemakkelijk gerechtvaardigd. Is „recht" — dan mede door rechtswetenschap gevormd — niet wilsuiting, en is het in de wetenschap niet alleen om waarheid te doen?

Met deze vraag raken wij onverwacht het in den aanvang reeds even aangeroerde probleem, wat wetenschap eigenlijk is. Ik kan niet anders dan herhalen wat ik daar zeide, dat het hier niet de plaats is dat probleem te onderzoeken. Ik wensch er slechts enkele vluchtige opmerkingen over te maken, die in ons verband, meen ik, voldoende zijn.

Nog onlangs heeft Kamphuysen [1]) het wetenschapskarakter der juridische doctrine betwist omdat haar oordeelen niet waarheids-oordeelen waren. Hij gaat daarbij wel wat heel onbevangen voorbij aan de moeilijkheden die liggen in het waarheidsprobleem zelf en in de verhouding van waarheid en wetenschap. Is het zoo van zelfsprekend, dat het wetenschappelijk oordeel wèl-waar of niet-waar moet zijn? Zeker, in de wetenschap is het om de waarheid te doen, maar wat houdt dat eigenlijk in? In ieder wetenschappelijk werk staat de waarheid aan het begin en aan het eind, maar is het werk zelf het zoeken naar waar-

[1]) *Beschouwingen over rechtswetenschap,* blz. 116 vlg.

heids-oordeelen? Aan het begin: de wetenschap begint met de kennis der ervaring en het eenvoudige logische oordeel dat in die voor-wetenschappelijke ervaring ligt opgesloten — aan het einde: de wetenschap wil 's menschen denken ten slotte voeren tot overeenstemming met de wereld, zóó dat die wereld als zij is, „in waarheid" gekend wordt, dat menschelijk denken deze wereld omvat. Maar de weg tusschen beide is lang, het uitgangspunt wordt in de wetenschap zelf — de kennistheorie — tot een probleem en het einddoel wenkt, maar wordt nooit bereikt. Niettemin gaat de wetenschap haar weg en moet zij haar weg gaan, zij classificeert haar ervaringen, analyseert ze en vormt haar begrippen, toetst deze aan nieuwer onderzoek, combineert begrippen tot verderen bouw en vormt zoo haar oordeelen, die de wereld voor den mensch begrijpelijk moeten maken. Verwerpt zij een oordeel, dat zij vroeger uitsprak of dat haar door een onderzoeker als zijn vondst wordt voorgelegd, dan doet zij dit niet omdat zij dat oordeel niet waar, maar omdat zij het niet juist (richtig) bevindt, d.w.z. omdat het in het geheel, dat uit ervaring en denken is opgebouwd, niet past, door dat geheel wordt uitgestooten. Object der wetenschap is niet de wereld, maar zijn de verhoudingen van ervaring en denken, waardoor de mensch van heden zich de wereld begrijpelijk maakt.

Het is met de waarheid in de wetenschap als met de gerechtigheid in het recht. Wetenschap zoekt waarheid, recht gerechtigheid, zij zijn beide voortdurend op weg, voortgaande oordeelen zij over wat hen daarbij verder helpt, het wetenschappelijk oordeel over de juistheid, niet over de waarheid, het rechtsoordeel over rechtmatigheid, niet over rechtvaardigheid.

Doch blijkt uit dit laatste dan toch niet, dat de rechtswetenschap geen wetenschap is? Het is gerechtigheid, niet waarheid, die haar voorzweeft; haar oordeelen zijn oordeelen over recht. Wie zoo spreekt, vergeet dat de methode waarnaar de rechtswetenschap arbeidt een typisch-wetenschappelijke is, dat die haar geheel in het kader brengt waarin de wetenschap sinds de Grieken heeft gewerkt. Het is geen toeval, dat Grieksch denken

en Romeinsch recht broederlijk samen konden gaan, dat zij samen sinds de Middeleeuwen den grondslag van het wetenschapsbedrijf hebben gelegd. Ja men kan verder gaan, meen ik, de rechtswetenschap heeft háár stempel gezet op den aanvang van veel ander onderzoek. Men denke aan het wetsbegrip, dat *oorspronkelijk* een begrip der rechtswetenschap is, en dit is niet het eenige in moderne wetenschap gebruikelijke. Doch dit laat ik rusten.

Zeker is dat de rechtswetenschap veel van datgene wat het wetenschappelijk denken, niet alleen het Aristotelische of dat van Thomas, maar ook het moderne, kenmerkt, in hooge mate vertoont.

Daar is vooreerst het onvoorwaardelijk opnemen van *alle* gegevens; niets van wat de ervaring aan de hand doet en van belang kàn zijn, mag worden veronachtzaamd. Zoo objectief mogelijk moet ieder gegeven worden verwerkt. Verder en vooral: de eenheid die het logisch denken eischt. Geen oordeel mag om door de wetenschap te worden aanvaard met zichzelf in tegenspraak zijn, geen oordeel in logisch conflict met een ander. Worden twee oordeelen voorgelegd, die ieder op zichzelf juist schijnen, maar die elkaar niet verdragen, dan moet één van beide (of beide) vallen òf moeten zij zoo worden gemodifieerd dat de tegenspraak ophoudt. Logisch-kritisch, — is dat niet *de* eigenschap van ons wetenschappelijk en daardoor van ons geheele moderne denken sinds de Grieksche wijsbegeerte de wetenschap ten doop hield? En logisch-kritisch is de typische levenshouding van den jurist. Er is nog meer, ook het streven der wetenschap tot vereenvoudiging, om ieder oordeel zooveel mogelijk ondergeschikt te maken aan algemeene oordeelen, wordt bij de rechtswetenschap teruggevonden. De wetenschap vormt haar begrippen, die classificeering der gegevens mogelijk maken. Doet de rechtswetenschap anders? En zit het niet al in het recht zelf? Ook het pogen datgene wat gevonden is voor den ander controleerbaar te maken door het voor hem te reproduceeren in een logisch sluitend betoog, met beroep op een dien

ander toegankelijke ervaring, het te „bewijzen" is den rechtsgeleerde eigen. Wel komt hier de zwakheid van zijn werkwijze — als logische, wetenschappelijke werkwijze — aan den dag. Van het betoog tot de beslissing is ten slotte een sprong, die wetenschappelijk verstaanbaar moet zijn, maar wetenschappelijk niet *geheel* is verantwoord. Als ik na historische uiteenzetting, logische ontleding en systematische verbinding ten slotte in een rechtsvraag zeg, dat het zoo of zoo *is*, dan is het mogelijk dat de ander die alle argumenten gevolgd heeft en ze alle als juist heeft moeten erkennen, toch door afweging van het een tegenover het ander tot een andere keus komt. Recht gaat in dat betoog nooit geheel op — ik zeide immers dat in het recht gerechtigheid wordt gezocht. Legt de rechtswetenschap niet duidelijk bloot wat in iedere wetenschap met uitzondering van de wiskunde steekt: ervaring en denken *alleen* rechtvaardigen nooit haar conclusies, er zit iets van den geest van den onderzoeker in, wat niet tot deze kan worden herleid. Is het verschil met andere wetenschappen hier anders dan gradueel? Ook hier is veelal een keus. Buiten de wiskunde is geen wetenschap — hoe mathematisch haar methode mag zijn — geheel mathesis. Geschiedenis is het volstrekt niet, de rechtswetenschap staat het wetenschappelijk denken in den traditioneelen zin nader dan de geschiedschrijving. De methode alleen al der rechtswetenschap doet haar een plaats toekomen in het toch niet geheel harmonische gebouw der wetenschap.

XI. Behooren en werkelijkheid.

Het karakter der rechtswetenschap als wetenschap moge hiermee voldoende zijn gehandhaafd, niettemin is het noodzakelijk dat wij aan de vraag naar de verhouding van werkelijkheid en behooren, van waarheid en gerechtigheid, die den twijfel aan dat karakter opwierp, nog eenige aandacht wijden.

Wij blijven ook daarin bij ons onderwerp. We steken niet af naar de diepte, waar waarheid en gerechtigheid elkaar ont-

moeten en zetten ons evenmin tot een kritiek op de Thomistische natuurrechtsleer, die — naar mijn meening in een den mensch niet toekomende voorbarigheid — gerechtigheid en waarheid doet samenvallen door recht, dat zou behooren te zijn, met recht, dat is, te identificeeren. Wij houden ons aan het positieve recht, dat is het recht, dat omdat het *recht* is verklaart wat behoort te geschieden, maar tevens omdat het *positief* is, een stuk is der cultuur, in 's menschen werkelijkheid te kennen. De wetenschap van het positieve recht leert wat recht is *nu, bij dit volk*, dat recht is even goed als taal of kunst voorwerp van een onderzoek, dat naar waarheid tracht. Van dit recht wordt gezegd, dat het *geldt*.

Dat gelden brengt het werkelijkheidsonderzoek — naast het logische, waarbij de gelding al is ondersteld en het ethische dat de zin ook van het geldende uitmaakt — in de werkplaats van den jurist. Hij heeft immers na te gaan wat het gezag, waaraan hij onderworpen is, als rechtsregel heeft gesteld, wat de gezagsbronnen, die hij erkent, als recht hebben geproduceerd. Alleen die regel waarachter gezag staat, geldt. Zijn onderzoek is dus dubbel: bestaat die regel en wat houdt hij precies in. Doch dit tweezijdig karakter doet zich ook verder gevoelen. Immers ook bij de vaststelling van den inhoud van den regel komt de historische, dus werkelijkheidsvraag, ter sprake. De juistheid van het historisch onderzoek, waaraan geen jurist zich mag onttrekken, waaraan ook feitelijk geen zich onttrekt, al verkondigt hij nog zoo luid dat het hem geen belang inboezemt, is de juistheid van een werkelijkheids-, niet van een waarde-oordeel, het is niet op gerechtigheid maar op waarheid gericht. Doch ook daarmee is deze zijde van het rechtswetenschappelijk onderzoek nog niet genoeg aangegeven. Bij nader bezien blijkt zij in de vraag van het gelden nog dieper te steken. Geldend recht is, heet het, recht afkomstig van het met rechtsvorming belaste gezag, zeggen wij eenvoudigheidshalve duidelijk, zij het dan eigenlijk onjuist: van de wetgevende macht. Dus recht dat krachtens dit gezag gevolgd *moet* worden. Doch, juist omdat recht een stuk van de cultuur

van een bepaald volk in een bepaalden tijd is, zeggen wij ook dat geldend recht dat recht is, dat gevolgd, toegepast, en gehandhaafd *wordt*. Het is een in de rechtswetenschap der 20e eeuw herhaaldelijk en van alle kanten belicht feit dat er rechtsregels zijn, waarachter het gezag van rechtscheppende factoren staat en die toch niet worden toegepast, dat er omgekeerd regels zijn naast en tegen dat recht, die niettemin in rechtstoepassing en maatschappelijk leven vasten voet hebben gekregen. Het is de beteekenis der sociologische rechtsbeschouwing dit naar voren te hebben gebracht. De echtscheiding bij onderlinge toestemming is thans te onzent het meest bekende, inderdaad sprekende voorbeeld: de wet verbiedt haar, niettemin geldt zij, de wetsletter van het verbod is een doode, het rechtsleven toont maar al te zeer den bloei van dit instituut. Er is ook hier een dialectiek, die niet wordt ter zijde gesteld door de machtspreuk, dat alleen recht is, wat de wetgever voorschrijft, noch door de even ongefundeerde stelling van een naturalistische rechtswetenschap, dat alleen recht is wat de praktijk van het leven vertoont. Het juiste wordt ook hier gevonden in een telkens hernieuwd streven van den mensch, ook van den wetenschappelijken en rechtsprekenden mensch, in de concrete situatie van het oogenblik het recht voor dit hem voorgelegde geval te onderkennen. Recht richt zich altijd uit de leer naar de daad: welke richtlijnen de jurist daarbij zal hebben te volgen, kan hier niet worden besproken. Nog slechts één ding in dit verband: niet alleen bij raadpleging der hem bindende factoren — de wet eenerzijds, het werkelijk gebeuren anderzijds — staat de rechtzoekende voor deze tegenstelling, ook als hij het waagt in, natuurlijk betrekkelijke, vrijheid te zeggen wat recht is, omdat het recht moet zijn, doemt dezelfde tegenstelling op, die hem in tweeërlei richting kan trekken: zijn eigen overtuiging, *zijn* persoonlijk rechtsbewustzijn èn de overtuiging, of misschien beter de opinie van de rechtsgemeenschap om hem, voor wie de regel bestemd is, *het* rechtsbewustzijn der velen. Eigen overtuiging kan niet als recht worden opgelegd indien zij niet als zoodanig — ik

zeg niet mede-gevoeld, maar ten slotte — aanvaard wordt door de gemeenschap. Die gemeenschapsopinie kan niet tot recht worden gemaakt door hem, voor wie zijn onrecht is. Het is de zich altijd herhalende wederkeer der tegenstelling, die slechts in het recht *doen* haar opheffing vindt [1]).

Wie op grond hiervan het wetenschapskarakter der rechtswetenschap meent te moeten ontkennen, zij dit gegund. Voor ons is het veeleer duidelijk dat *in* het wetenschappelijk onderzoek zich herhaalt wat in het rechtsleven zelf geschiedt, dat — om het in de termen der vraag te zeggen, waarmee wij bezig zijn — zijn en behooren, de drang naar waarheid en de zucht naar gerechtigheid elkaar hier treffen.

Daarbij nog één opmerking. Is dit niet reeds hierom noodzakelijk, omdat recht, altijd op verwerkelijking gericht, ook die verwerkelijking tot zijn gebied maakt? Recht is niet een behooren, dat wordt uitgesproken in de gelijkmoedigheid, die den hoorder overlaat het al dan niet te volgen. Recht wordt opgelegd, doch de wijze waarop is mede van het recht afhankelijk, de instituten waardoor het geschiedt zijn rechts-instituten. Executie en procesrecht zijn een stuk recht. De wetenschap heeft ze veelal stiefmoederlijk behandeld, hierin meest niet meer dan op hun doelmatigheid te toetsen administratieve maatregelen gezien. Natuurlijk moet die toetsing geschieden, maar in hun beginselen zijn zij meer. Zij zijn ten slotte recht. Het procesrecht is eerder ontwikkeld dan het materieele. In tijden waarin het materieele recht zóó eenvoudig is, dat twijfel zelden voorkomt en aan opteekening weinig behoefte bestaat, worden reeds uitvoerige regelingen van het procesrecht gevonden. Juist in den strijd, als zijn recht aangevochten wordt, heeft de mensch het noodig, dat hij naar recht zal worden behandeld, moet hij zeker zijn dat zijn aanspraak, die in rustigen vrede vanzelfsprekend was,

---

[1]) Vgl. over de bijzondere positie waarin de besproken vraag komt in koloniale verhoudingen ter Haar's boven aangehaalde geschrift.

maar nu in den strijd in eens aan alle zijden betwijfeld wordt en zwak schijnt te staan, werkelijk, letterlijk „tot zijn recht komt". Tijden van rechteloosheid zijn tijden waarin het recht niet tot werkelijkheid wordt, waarin de grondslagen van het procesrecht, voor gemeenschap en persoonlijkheid van eminent belang, worden verwaarloosd. Het is de vraag, of ergens zoo zeer als hier het bewustzijn van onrecht zich den mensch opdringt. De bestraffing van den onschuldige, die wel altijd dat bewustzijn het diepst raakt treft nooit zoozeer als wanneer hem niet een goede rechtmatige procedure is ten deel gevallen. Het geheele procesrecht is op bevrediging van de gemeenschap bij een ingrijpen tegen individuen gericht. Werkelijke vrede is de werkelijkheid van recht.

Wij moeten het bij deze enkele opmerking laten. Zij diende slechts om te laten zien, dat, als het zoeken naar het positieve, geldende recht de waarheidstrekking bij het zoeken naar recht naar voren brengt, de vraag der verwerkelijking den gerechtigheidseisch aan de gegeven werkelijkheid stelt. Er zou geen positief recht zijn, indien de werkelijkheid niet onrecht toonde — waartoe zou het dienen? Het recht vindt zijn zin hierin, dat het niet leert wat anders behoor*de* te zijn, maar wat anders behoor*t* te zijn, hier, nu, dadelijk. Het is gelijk wij zagen leer, maar leer ter wille van den oproep, het is een eisch.

Nog eens, hier niet meer hierover. Ter resumptie van dit hoofdstukje nog slechts dit: recht en rechtswetenschap streven naar waarde-oordeelen, die van werkelijkheidsoordeelen afhankelijk zijn. En daarnaast: het werkelijkheidsoordeel omtrent het maatschappelijke (het sociologische) roept onmiddellijk als haar wel te onderscheiden maar niet te scheiden complement het oordeel aangaande het recht van dit zijn, het waarde-oordeel op. Ik herhaal wat ik reeds meer heb gezegd: zijn en behooren ontmoeten elkaar in het recht. Wij kunnen dat ook zoo formuleeren: het oordeel der rechtswetenschap is waarde- èn werkelijkheidsoordeel. De scheiding van beide — hoe nuttig ook voor analyse

van en inzicht in den menschelijken geest — is niet als bij de Kantianen het eind-woord.

Of wij komen van het een en gaan naar het ander — of wel ons bewegen in omgekeerde richting — de conclusie is dezelfde: ten slotte hooren waarde- en werkelijkheidsoordeel samen.

XII. Uitzicht.

Aan het einde nog een uitzicht. Wij mogen niet besluiten zonder den blik nog even verruimd te hebben door naar voren te zien — naar voren en ook ter zijde. Van iedere wetenschap is, zeiden wij, waarheid het einddoel. Altijd zoekt zij waarheid, altijd weer weet zij, dat zij die waarheid niet grijpt. Doch die waarheid is veelvuldig, is niet alleen de abstractie van het juiste oordeel, de overeenstemming van den inhoud van oordeel en object, het wordt tot de overeenstemming van den mensch in zijn geheel en de wereld, zoodat niet alleen de tegenstelling in zijn denken, de twijfel, maar alle disharmonie, die hij in zijn leven voortdurend ondervindt, is opgeheven.

In den tocht naar die waarheid ziet iedere wetenschap een punt, dat haar lokt en dat zij niet bereikt. Zij heeft een deel, een stuk werkelijkheid — materieel of geestelijk — tot haar gebied, zij weet dat dat stuk vanuit dat punt is bepaald, er is een ster, in wier licht zij gaat, maar dit punt wijkt, naar mate zij schijnt te naderen. De ster kan niet worden geplukt. Er is een grens, waaraan de wetenschap nooit komt en die haar toch afsluit. Van der Leeuw [1]) noemde dit het „eschaton" van iedere wetenschap. Men zou van doel kunnen spreken — ware het niet dat dit te veel aan een door den mensch zelf bewust kiezen deed denken. Dit doel ligt *in* de wetenschap zelf. En daarom is „doel" ook niet de juiste term, omdat het eschaton niet alleen aan het eind maar ook aan het begin staat, zich altijd door tijdens de reis doet gevoelen.

---

[1]) *Inleiding tot de theologie,* blz. 113.

Onder eschaton verstaan we iets anders dan de idee der waarheid die van echte wetenschap de grondslag is, we denken aan een meer bepaald begrip dat zelf „waarheid" onderstelt.

Onder eschaton der rechtswetenschap verstaan we dus ook niet de idee der gerechtigheid. Als wij naar het eschaton zoeken, moeten wij rekening houden met de onderscheiding, die wij in dit opstel slechts even aanstipten, die tusschen de eigenlijke rechtsregels, de gedragsregels, die de menschen voorschrijven, waartoe zij tegenover elkaar verplicht zijn, wat zij moeten doen, wat nalaten en de regels, welke bepalen hoe de samenleving als geheel functionneert, hoe regels tot stand komen, hoe men uit een regel tot de concrete uitspraak komt, hoe zij worden gehandhaafd. Deze tegenstelling is de grond van de tegenstelling privaat- en publiekrecht; hierop is in de verschillende rechtssystemen op zeer onderscheiden wijze voortgebouwd [1]). Wij houden haar zoo zuiver mogelijk als wij gemeen recht tegenover staatsrecht stellen; beide zijn recht, gemeen recht onderstelt gezag, staatsrecht is aan rechtsbeginselen gebonden, maar wij kunnen ze toch onderscheiden. Dan komt „gezag" niet onder, maar naast gerechtigheid te staan, dan wordt de gradeering van het gezag, hooger en lager en zijn behoefte aan een hoogste gezag erkend, dan wordt het als algemeen en opper gezag als „souvereiniteit" aangeduid.

Toch vormen zij samen één geheel: het Nederlandsche recht, zijn zij als zoodanig object der wetenschap van het positieve recht. Zien we van beide naar haar richting, dan is het van het gemeene recht de gerechtigheid, van het staatsrecht het gezag. In de gerechtigheid vindt het gemeene recht zijn zin, in het gezag het staatsrecht. Nog eens: het gemeene recht is daarom toch nooit zonder gezag, het staatsrecht heeft deel aan de gevoeligheid. Zien we van beide naar haar achtergrond in het werkelijk leven, dan is dat van het gemeene recht het maatschappelijk gebeuren, van het staatsrecht de staat, doch nu niet meer genomen als rechtsfiguur, maar als historisch verschijnsel: de

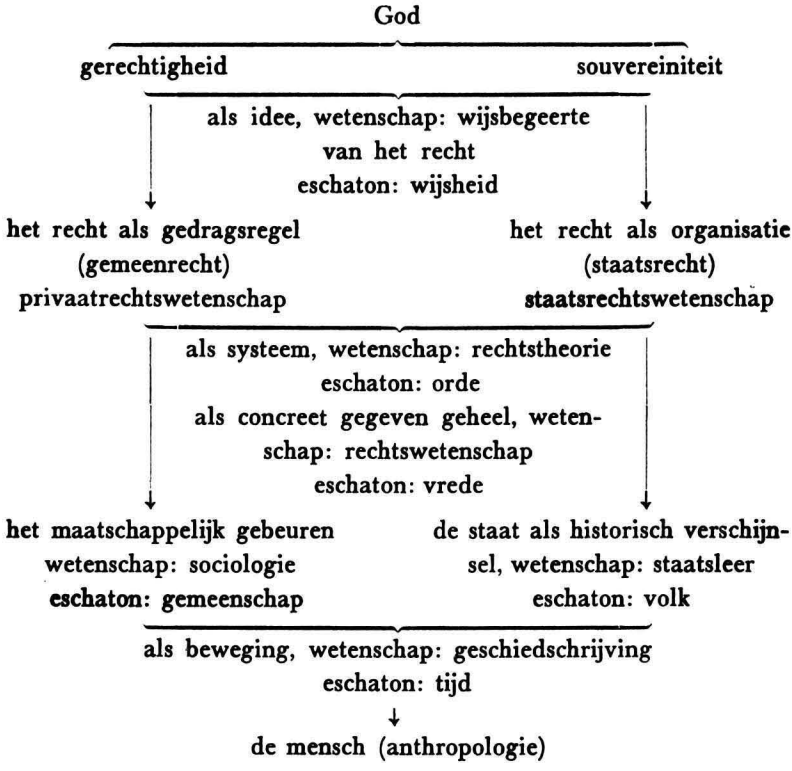
[1]) Vgl. mijn *Algemeen Deel,* blz. 37 vlg.

samenleving van een volk als één geheel. Het maatschappelijk gebeuren is nooit zonder recht, de staat *is* rechtsfiguur, toch kunnen zij op zichzelf worden gezien, het eerste geschiedt in de sociologie, het tweede in de staats*leer*, die dus terecht van het staats*recht* wordt onderscheiden. Zien wij wat deze beide: maatschappijleer en staatkunde bindt dan is het de beweging in den tijd, de geschiedenis, die in de geschiedschrijving haar wetenschap vindt.

· Zoo komen wij tot het volgende schema (zie pag. 51).

Voor een breedvoerige toelichting is het hier, waar ik niet meer dan een uitzicht wilde openen, de plaats niet. Ik zet de eschata hier en daar apodictisch neer zonder ze te motiveeren, ik hoop er later nog eens gelegenheid voor te hebben. Nu slechts een enkele aanteekening.

Ten eerste in verband met ons geheele onderwerp iets over de verhouding van rechtstheorie en rechtswetenschap. Want vanuit deze is het schema opgezet. Hare tegenstelling en verhouding was er allereerst, het overige voegde er zich vanzelf aan toe — waarheen wezen zij, en van waar kwamen zij? Ik hoop dat mijn bijdrage in haar geheel deze tegenstelling verduidelijkt en op haar beurt in het schema verduidelijking vindt. Hier alleen nog iets over de beide eschata. Orde, het eschaton der rechtstheorie, is algemeen, is abstract, is theoretisch. Het is de logische behoefte tot begrijpen, tot ordening die de rechtstheorie drijft. De rechtswetenschap is meer op het concrete gericht, zij is naar den mensch gekeerd, naar den mensch in gemeenschap. Het is nog iets anders of hem vrede dan wel orde wordt voorgehouden. Vrede is nooit zonder orde, zij kàn ook intellectueel worden gezien (de bevrediging van zekere theorie) doch zij omvat meer, den mensch in zijn geheel, den levenden mensch, niet alleen den denkende. En vrede is wat het positieve recht zoekt. Vrede is de gerechtigheid verwezenlijkt, vrede is ook de overgave aan het gezag, niet maar de onderwerping met tegenzin in het hart, maar de aanvaarding als een bevrijding. Als eschaton nooit



bereikbaar (zooals ook de volledige orde nooit tot stand wordt gebracht) maar lokkend en richtend. Er is slechts gemeenschap als er vrede is.

Misschien vraagt iemand, waarom nòch rechtshistorie nòch rechtsvergelijking een plaats vinden in het schema. Ik antwoord: Rechtshistorie kan zijn de historie van een concreet rechtssysteem van een bepaald volk. Haar plaats is dan door het schema aangewezen, al heb ik om dit overzichtelijk te houden die niet aangegeven. Zij ligt in de verhouding van rechtswetenschap en geschiedschrijving. Zij geeft het rechtssysteem in beweging, of beter: de beweging van het rechtssysteem in den tijd.

Rechtshistorie kan echter ook — en dan sluit zij aan bij de

rechtsvergelijking — algemeen worden gezien. Dan worden alle verschijnselen van het recht samen genomen, we komen dan aan een phaenomenologie toe, die uit sociologie en geschiedenis van heden en verleden, van alle mogelijke volken die leven of geleefd hebben, alles wat op „recht" duidt samenleest en in verband tracht te brengen. Zoodra de rechtsgeschiedenis zich wendt tot rechtstelsels, wier verband met thans geldende stelsels niet is aan te wijzen, krijgt zij iets van dit karakter; wil zij echter *rechts*historie blijven, dan is instelling op een bepaald volk, pogen zijn recht als stelsel te zien, noodzakelijk.

Het schema maakt ook duidelijk, hoe wijsbegeerte van het recht en rechtstheorie moeten worden gescheiden. De gerechtigheidseisch doordringt het geheele recht, geen der scheidingen naar boven of ter zijde is een waterdicht schot, doch de gerechtigheidseisch zelf is niet het voorwerp van de rechtstheorie — evenmin van de rechtswetenschap — zij is een object voor de wijsbegeerte van het recht. En hetzelfde geldt voor de souvereiniteit. Voor de wijsbegeerte zijn het ideeën, die hoewel zij alleen gezien kunnen worden in verband met de werkelijkheid waaruit ze zijn gelicht (in het schema naar beneden) en hoewel zij weer naar boven wijzen, voor een oogenblik op zich zelf kunnen worden beschouwd.

Ik hoop met deze korte aanduidingen te kunnen volstaan, al erken ik dat voor verdere vragen plaats blijft. Mij was het niet om volledigheid te doen, alleen om het uitzicht. Naast dit schema kunnen andere gesteld worden, met andere centra, dan verschuiven de betrekkingen, schema's, die even juist, niet juister, zijn dan het boven geplaatste. Zoo zou indien niet de rechtswetenschap als centrum gekozen was, maar recht als cultuurverschijnsel, de plaats der phaenomenologie een veel sprekende geweest zijn, dan had recht weer naast taal, naast religie en kunst, kunnen worden geplaatst.

Bij anthropologie voegde ik geen eschaton. Anthropologie is daarvoor te weinig omschreven. Er zouden er vele genoemd kunnen worden naar gelang der zijden van het mensch-

zijn waarop de wetenschap zich richt. Een verder onderzoek past niet in dit betoog.

„God" zette ik bovenaan. Ik deed dit na lange aarzeling, er dreigt misverstand. Hier in dit schema wil het woord niet anders zeggen dan „laatste werkelijkheid, grens en voorwaarde van geheel het mensch zijn" [1]). Van den mensch gaat alles uit, tot God is alles gericht. Ik heb er over gedacht of het Absolute of de Absolute niet beter hier het woord „God" verving. Doch dan stond ik reeds dadelijk voor de moeilijkheid tusschen onzijdig en persoonlijk een keus te doen. „Gerechtigheid" leidt tot „het", souvereiniteit tot „den" Absolute. Souvereiniteit wijst op een souverein, rechts-souvereiniteit is een tegenspraak in zichzelf. In den mensch bestaat onmiskenbaar een drang tot onderwerping aan een persoonlijk gezag, gelijk ook altijd in hem weer het verzet tegen deze gedachte opduikt. Uit zijn aard rebelsch, toch met het besef zich te moeten onderwerpen. Gelijk ook vervuld van een diepen drang naar recht — toch den ander een wolf. Dat leert ons de studie van het recht. Het is belangrijk, maar wij moeten oppassen geen stap verder te doen. Het blijft postulaat van ons denken, drang van ons geheele gemoed. Een vraag, geen antwoord. De wetenschap brengt voor de laatste dingen alleen vragen, geen antwoorden. Uit 's menschen kennis en wetenschap is geen antwoord. „God" is hier niet de God der Christelijke openbaring, het is om in Pascal's taal te spreken „le Dieu des savants et des philosophes, non d'Abraham, Isaac et Jacob, non de Jésus-Christ", de God der religie, niet die van het geloof.

Naast het woord „God" plaatste ik geen wetenschap, ook geen eschaton. Er is niets meer te zeggen.

Inhoud kan het woord „God" eerst krijgen uit de Openbaring in Jezus Christus. Dan krijgt het eerst zijn ware beteekenis, wordt in het antwoord de vraag eerst in haar menschelijke werkelijkheid verstaan. Geschiedt dit, dan valt uit den top van het schema een licht op alles, wat daaronder is geplaatst — het wordt alles anders.

[1]) K. Heim, *Glauben und Wissen*, blz. 3.