

HANDELINGEN VAN DE
VERENIGING VOOR
WIJSBEGEERTE DES RECHTS

XXXIV (TWEEDE GEDEELTE)

1949

VERSLAG

VAN DE VERGADERING GEHOUDEN OP ZATERDAG
17 DECEMBER 1949 TE 's-GRAVENHAGE

OVER

ETHIEK EN RECHT

N.V. UITGEVERS-MAATSCHAPPIJ

W. E. J. TJEENK WILLINK, ZWOLLE, 1953

de beperkingen van het eigendomsrecht, de uitvoering van overeenkomsten, de ontbinding van overeenkomsten. Het zou interessant zijn dit onderzoek tot heden voort te zetten, maar dan zouden nog 27 jaren jurisprudentie moeten worden verwerkt.

Wij hebben hier met recht te maken, zoals de inleider zelf op blz. 24 ook erkent, waar hij een wet, die tegen de hoogste zedelijke normen indruist, een onrechtvaardige wet noemt.

Ook ten aanzien van het betoog van Prof. van Oyen zou ik een opmerking willen maken. Aangezien ik reeds een ruim gebruik heb gemaakt van de mij toegemeten tijd, kan ik tot mijn spijt mijn bezwaar hier niet nader toelichten. Ik heb namelijk groot bezwaar tegen de zeer eenzijdige kijk, waarvan de hoog geachte inleider blijkt geeft ten aanzien van de oorspronkelijke gestalte van het klassiek natuurrecht (blz. 32). Dit klassieke natuurrecht wordt gesteld tegenover het rationalistisch natuurrecht à la Pufendorf, maar het komt er evenmin goed af. Aan de hand van Bender en Brunner wordt van dit natuurrecht een caricatuur gegeven. Men moet trouwens begrijpen, dat dit stoïsch natuurrecht door de Kerkvaders is ontwikkeld en uitgewerkt en o.a. is uitgekomen bij Suarez en Grotius. Bij Troeltsch (*Die Soziallehren der christlichen Kirchen und Gruppen*), bij Dilthey (*Weltanschauung und Analyse des Menschen seit Renaissance und Reformation*), bij de gebroeders Carlyle (*A history of political mediaeval theory in the West*) wordt een gans ander en naar mijn mening juist beeld gegeven van dat stoïsch-christelijke natuurrecht. Van een heilloos individualisme is geen sprake, uiteraard niet bij de Kerkvaders, maar evenmin bij de klassieke stoïci, die tegenover de versplintering der mensheid in staten en staatjes plaatsten de idee van het wereldburgerschap, rechtstreeks voortvloeiend uit hun opvatting van een zedelijke levensgemeenschap van alle mensen. Gij vindt dit terug bij Hugo de Groot en in die prachtige plaats in Suarez' *De Legibus ac Deo Legislatore* (L. II, c. 19). Ik zal het hierbij laten en moge verder verwijzen naar mijn reeds genoemde studie.

Prof. Dr H. Dooyeweerd: M. d. V.

Het is waarlijk niet overbodig, wanneer men een bepaalde beschouwing voordraagt, over de onderlinge verhouding van ethiek en recht, daarbij te preciseren wat men onder deze beide verstaat. Ik ben het volkomen met den heer Hooykaas eens, dat de sinds de natuurrechts-

leer der 17^e en 18^e eeuw ingeburgerde onderscheidingen tussen recht en moraal, den toets der krtiek niet kunnen doorstaan. De principiële methodische fout, die hier bij de begripsafgrenzing werd gemaakt was deze, dat men naar uitwendige criteria zocht, die zelve niet in hun modalen zin omlijnd waren, maar een veel-zinnig, zgn. analogisch karakter droegen, zoals de termen „dwang”, „uitwendige gedraging” contra „innerlijke gezindheid” enz. De gangbare methode tot afgrenzing van het rechtsterrein van dat der moraal, dat van de omgangsvormen en het geloof is nog steeds de aristotelisch-scholastische: men zoekt eerst naar het genus proximum, om vervolgens de differentia specifica te bepalen. Deze methode laat echter, juist bij de bepaling van de innerlijke modale geaardheid dezer gebieden, volledig in den steek. Het gaat hier immers om modale aspecten der tijdelijke werkelijkheid, die in den tijd zelve geen genus proximum hebben, maar slechts in den religieuzen wortel aller tijdelijke ordeningen hun diepere eenheid openbaren. Zij bezitten een modale structuur, welke enerzijds hun onderlinge onherleidbaarheid, anderzijds hun onverbrekelijken onderlingen samenhang waarborgt. De eerste is gegarandeerd door hun modale zin-kern, de tweede door de zgn. analogische en anticiperende structuurmomenten, die een innerlijke band bezitten met de zin-kernen der vroeger, resp. later gerangschikte aspecten der werkelijkheid. Daarmede is ook de innerlijke samenhang tussen het juridisch en het morele aspect verzekerd, maar met behoud van elks modale onherleidbaarheid en eigenwettelijkheid.

Nu is mijn principiële bezwaar tegen de door den heer Hooykaas gegeven oplossing, dat daarin de modale gebiedsgrenzen tussen de beide aspecten eigenlijk geheel zijn uitgewist. Hij volgt in hoofdzaak de aristotelisch-thomistische opvatting, maar vergeet daarbij, dat zich in deze conceptie de ethiek niet met de moraal dekte, maar moraal en recht als twee nader onderscheiden onderdelen omvatte. M.a.w. het ethische als het gebied van de redelijke *deugd* wordt hier als genus proximum voor moraal en recht gehanteerd en het recht wordt tot object van de *deugd* der gerechtigheid in engeren zin geproclameerd. Mijn bezwaar tegen deze methode van gebiedsafgrenzing heb ik reeds genoemd. Het zoeken naar een genus proximum voor de modale aspecten, die men theoretisch in begrip wil vatten, leidt noodzakelijk tot een eliminering van de modale zin-kernen, die als de onderlinge onherleidbaarheid der aspecten waarborgen, waardoor de gehanteerde

begripskenmerken hun modale zin-begrenzing verliezen en innerlijk onomlijnd worden.

Inderdaad is een theoretische begripsafgrenzing van het juridische en het morele aspect van alle overige modale aspecten der tijdelijke werkelijkheid eerst mogelijk op den grondslag van een transcendentale grond-idee i. z. hun innerlijke samenhang, hun diepere wortel-eenheid en oorsprong. Deze transcendentale grondidee is steeds religieus bepaald en afhankelijk van het religieuze grondmotief, dat de theoretische denkhouding beheerst. Dit is ook het geval met de aristotelisch-thomistische grondidee, waarachter het religieuze grondmotief van natuur en genade werkzaam is. Ik moet op dit punt dus ook met mijn vriend Prof. Dr Sassen van mening verschillen.

De hedenmorgen door hem en enkele andere sprekers geoeffende critiek op de wijze, waarop de tweede inleider Prof. van Oyen zijn Christelijk uitgangspunt in zijn kijk op de verhouding van ethiek en recht in 't geding bracht, is m.i. fundamenteel onjuist. Het ware te wensen, dat men in het wetenschappelijk debat meer algemeen zijn verborgen uitgangspunt blootlegde. Men zou dan minder langs elkan-der heen redeneren, dan wanneer men deze uitgangspunten camou-fleert onder vermeend puur theoretische axiomas, ter wille van het dogma i. z. de autonomie van het theoretisch denken. Het is immers duidelijk, dat de thomist deze „autonomie" in een geheel andere zin verstaat dan de moderne humanist en dit verschil in betekenis, die men aan den gemeenschappelijk gebruikten *term* hecht, blijkt zelve afhan-kelijk van het verschil in religieus grondmotief tussen de thomistische en humanistische denkwijze. Voor den thomist kan de „natuurlijke" kennis nimmer in strijd komen met de „boven-natuurlijke" en dit impliceert, dat hij de aristotelische wijsbegeerte, die hij op natuurlijk terrein in 't algemeen aanvaardt, steeds weer zal trachten te accomo-deren aan de Rooms-Katholieke kerkleer.

Bij Mr Hooykaas blijft men enigszins in het duister tasten, wanneer men tracht zijn uitgangspunt te benaderen. Wetenschappelijk is dit geen winst, want hij laat ons nu ook in de duisternis ten aanzien van de fundamentele vragen, wat hij onder recht en zedelijke orde verstaat. Maar hoe zal men dan kunnen oordelen over zijn opvatting in zake hun onderlinge verhouding? Eén ding is wel duidelijk: in zijn kijk op de natuurlijke werkelijkheidsorde en de plaats van den mens daarin, sluit hij zich bij de aristotelisch-thomistische visie aan. Wanneer men

bij de bepaling van de menselijke natuur Aristoteles kan volgen, en men aanneemt, dat bij Aristoteles „lex naturalis” vrijwel identiek is met de scheppingsorde in bijbels zin, dan is de mens evengoed door een natuurlijke bestemmingsfunctie bepaald als de plant en het dier. Hij verschilt dan van de laatste slechts door zijn natuurlijke „wezensvorm”, die hem tot een „redelijk-zedelijk wezen” stempelt. Dan kan men ook de natuurlijke zedelijke orde tot genus proximum van recht en moraal proclameren. Het uitgangspunt dezer gehele beschouwing is dan het griekse vorm-materiemotief, dat zijn oorsprong vond in een conflict tussen de latere Olympische cultuur-religie en de oudere natuur-religie.

Maar hoe nu, wanneer het christelijk scheppingsmotief het radicale tegendeel blijkt te zijn van de griekse natuurbeschouwing, die door het dualistisch grondmotief van vorm en materie wordt beheerst? Hoe nu, wanneer blijkt, dat de schepping van den mens naar Gods beeld juist betekent, dat de mens geen natuurlijke bestemmingsfunctie in dit tijdelijk leven heeft, maar dat hij slechts in zijn *religieuze wortel-eenheid* inderdaad als *mens* is gekarakteriseerd en dat eerst vanuit deze radicale scheppingsidee ook het juiste licht valt op den radicalen zin van zondeval en verlossing? Dan zal, wanneer althans het zuivere christelijk grondmotief (en niet een grieks, een scholastisch of humanistisch) het theoretisch denken onder zijn beslag heeft, ook de kijk op de onderlinge verhouding tussen de modale aspecten der tijdelijke werkelijkheid een innerlijke reformatie ondergaan.

Dan is er, binnen de tijdelijke wereldorde, geen „genus proximum” meer voor het juridisch en het morele aspect, want dit hogere soortbegrip werd op aristotelisch standpunt geconstrueerd uit een „menschelijken wezensvorm”.

De modale aspecten komen dan scherp in hun onderlinge onherleikbaarheid voor de theoretische analyse te staan. Maar de idee van hun diepere wortel-eenheid leidt dan tegelijk het theoretisch denken op het spoor hunner innerlijke samenhang; want zij stelt de wetenschap tot taak in hun modale structuur zelve de innerlijke uitdrukking dezer wortel-eenheid in tal van verbindingsdraden na te speuren. M. a. w. het theoretisch *probleem* i. z. de verhouding van recht en moraal wordt niet langer door een dogmatische machtspreuk uitgeschakeld, maar blijft in zijn volle analytische scherpte gehandhaafd. En dit is voor theorie en rechtspraktijk beide noodzakelijk. Want ik kan

met het betoog van mijn collega von Schmid althans in zoverre meegaan, dat de uitwissing van de grenzen tussen recht en moraal inderdaad funest zou zijn.

Juist de ontwikkeling van de moderne rechtspraak op art. 1401 B. W. en op de zgn. „natuurlijke verbintenis" kan ons dit leren.

Wanneer al die begrippen als „goede zeden", verplichtingen van moraal en fatsoen, maatschappelijke zorgvuldigheid tegenover eens anders persoon of goed enz., waarmede deze jurisprudentie opereert, inderdaad in den *eigenlijk morelen* zin zouden worden gehanteerd, dan zou dit op een innerlijke ontbinding van het rechtsleven met zijn labiel ovenwicht van rechtsbelangen, moeten uitlopen. Het arr. van den H. R. van 30 Nov. 1945 N. I. 1946, 62 inzake de Visser-Harms, waarin werd beslist, dat een uitkering uit levensverzekering, door een man ten behoeve van zijn echtgenote gesloten, geen schenking is, maar het voldoen aan een natuurlijke verbintenis, heeft de juristen acuut voor het probleem gesteld, of door het voldoen aan een morele verplichting eenvoudig een streep kan worden gehaald door de gehele wettelijke regeling i. z. de legitieme portie van de kinderen en van de zgn. Pauliana. Maar reeds vanaf het eerste arrest (1926), waarin de H. R. zijn nieuwe leer i. z. de natuurlijke verbintenis introduceerde, is van verschillende zijden op het gevaar van een vermoralisering van het recht gewezen.

Men zal tot het inzicht moeten komen, dat hier slechts van de erkenning van een *juridische* moraal sprake kan zijn, die zich principieel *binnen* de modale grenzen van het recht zelve openbaart, en waarin wel de innerlijke samenhang tussen het juridische en morele aspect tot uitdrukking komt, maar met behoud van de eigen geaardheid en eigen-wettelijkheid van het eerste.

In het betoog van den heer Hooykaas heb ik dit inzicht in de modale gebiedsgrenzen dezer beide aspecten gemist. Zijn argumentatie, dat het recht slechts een onvolkomen onderdeel van de zedelijke (bedoeld is door hem, der morele) orde kan zijn, en dat de rechtsorde slechts als een van de zedelijke „afgeleide" is te beschouwen, is weinig overtuigend en niet vrij van innerlijke tegenspraak.

Zo lezen wij op blz. 6, dat wij maar één zedelijke orde kennen, terwijl daarentegen de rechtsorden uiteenlopen naar gelang van de gemeenschappen waarbinnen zij gelden. Op blz. 9 is de inleider dit blijkbaar weer vergeten, want hier schrijft hij: „De zedelijke normen wisse-

len dientengevolge van gemeenschap tot gemeenschap, van individu tot individu, naar plaats en tijd”.

Dat men een positieve rechtsorde inderdaad, gelijk de inleider beweert, aan de morele orde zou kunnen toetsen en niet omgekeerd, moet ik principieel ontkennen, wanneer hier de morele orde in haar *eigenlijke* zin is bedoeld, wat ook duidelijk zal zijn, wanneer men met mij aanvaardt, dat het recht niet uit de moraal valt af te leiden. Bedoelt men echter een toetsing van het positieve recht aan de boven-willekeurige grondslagen van alle recht en aan de eisen der juridische moraal, dan vervalt de bewijskracht van het argument.

Immers het recht heeft zijn eigen structurele grondslagen, die nimmer tot die der moraal zijn te *herleiden*. En de *juridische* moraal is geen moraal in den oorspronkelijken zin.

M. d. V. Ik had nog gaarne willen ingaan op het natuurrechtsprobleem en met name op het algemene misverstand bij de waardering van het modern-humanistisch natuurrecht sinds Hugo de Groot, waarbij men steeds uit het oog verloor, dat deze natuurrechtsleer dient te worden gezien in het licht van de typische grondslagen van het burgerlijk privaatrecht, dat als zodanig nimmer een *gemeenschaps* karakter kan aannemen, maar dan ook niet tot model voor de overige rechtssferen kan dienen. Ik mag echter niet langer op den tijd der vergadering beslag leggen.

Daarom wil ik eindigen met een vraag aan den tweeden inleider: Hoe ziet hij de onderlinge verhouding tussen de bijbelse gerechtigheidsgedachte en die van de Grieks-romeinse natuurrechtsleer, die hij *beide* in *onze* rechtsorde tot gelding wil zien gebracht?

Jhr Mr C. M. O. van Nispen tot Sevenaer. Spreker zegt zeer getroffen te zijn door de ethische bewogenheid van de beide inleidingen. De drang der gerechtigheid, die er uit spreekt noopt tot nadenken. Met Hooykaas voelt spreker de verantwoordelijkheid van de jurist die niet alleen moet trachten het recht te vinden maar ook recht te doen geschieden. Gaat men uit van een natuurrecht, dat uit vooropgestelde beginselen meent het recht in al zijn facetten af te leiden, dan is het waar, dat het moderne recht niet geven kan aan de maatschappij, waarom zij vraagt. Er is inderdaad een tijd geweest dat het recht te ver af stond van de werkelijkheid. Sinzheimer met zijn „Der Mensch im bürgerlichen Rechte”, komt tot dezelfde verzuchting als Leroy,