

DE BETEKENIS VAN DE TEGENSTELLING PARTICIPEREND-KRITISCH DENKEN EN DE RECHTSPRAAK NAAR ADATRECHT.

DOOR B. TER HAAR Bzn. †

I.

In aansluiting aan den pioniersarbeid van Lévy Bruhl heeft na 1910 de wetenschap het vraagstuk van het verschil in mentaliteit in verband met het verschil in kultuur der volkeren niet meer losgelaten. De naïeve veronderstelling van de 19de eeuw dat we wel vanzelf begrepen hoe een mens tot zijn kennis, zijn oordeel kwam, en dat iedereen op gelijke wijze zijn oordeel vormt, althans behoort te vormen, is sindsdien verlaten. Er kwam aandacht voor een verschil in denken, een verschil in het geestelijk proces, door hetwelk de mens tot zijn levenszekerheden, zijn oordelen komt, en wel tot zijn *waarheidsoordelen* en tot zijn *waarde-oordelen*. De geestelijke gesteldheid van den mens, waarmee hij te werken heeft of die in hem werkt, heet dan zijn *mentaliteit*; de werkzaamheid zelf, het zich vormen van oordelen, van zekerheden of mogelijkheden heet denken, onderkennen. Datgene wat door den mens is *onderkend*, de ge-objectiveerde werkelijkheid, wordt door hem (methodisch) *gewaarderd*, aan normen getoetst; daaruit ontstaat het oordeel over hetgeen *te gelden* heeft.

We kunnen proberen dat denkproces nog wat nader te ontleden.

Ieder mens wordt bij zijn intrede in de mensenwereld beko-geld met groepsvoorstellungen — omtrent leven en dood, ziekte en gezondheid, begerenswaardigheid van bepaalde doeleinden en middelen om die te bereiken, organisatie van familie en

gemeenschap, landbouw, eredienst, recht en onrecht, rechtspraak enzovoorts. Die groepsvoorstellingen zijn in een bepaalde cultuur op een bepaalde wijze tot stand gekomen. Ze worden door het individuele denken, dat ze ontmoet, aanvankelijk aanvaard en vervolgens op verschillende wijze begrepen en gewaardeerd en hetzij behouden hetzij verworpen. Daarbij nu gaat het denkproces, schematisch gezegd, op twee wijzen te werk: hetzij kritisch, causaal, logisch en abstraherend, hetzij mystiek, participierend, paralogisch en concretiserend. Die twee denkstructuren hebben ook beide meegewerkt bij het tot stand komen der groepsvoorstellingen; zij spelen in elk mens, in elk volk, in elke cultuur een zekere rol, ze beslissen gezamenlijk over de houding van den mens tegenover de groepsvoorstellingen; of liever: wij kunnen het geestelijk proces van elken mens en elk volk uiteendenken in die abstracte tegenstellingen: het participerende en het kritische denken.

Van der Leeuw¹⁾ analyseert en schildert de participerende wijze van denken nu als volgt (ik kies die uitdrukking „participierend” omdat in dien kintrek van dat soort denken de hoofdtrek te vinden is):

Een toverformule verandert iets in de psychische gesteldheid van den betoverde op volkomen gelijke wijze als een chemische verbinding een substantie verandert (maakt iemand verliefd, weerloos, onkwetsbaar, moedig, maakt een schip snelverend enzovoorts). Al het psychische is physisch, al het physische is

¹⁾ [In de vierde van de hierachter volgende „stellingen” wordt het werk genoemd, hetwelk Ter Haar op het oog heeft gehad, over welk werk en zijn auteur men in den oorspronkelijken opzet van deze voordracht dit oordeel aantreft: „Zo als hij het massief denken en beleven, het totaliteitsdenken, de participatie, het magische en mythische denken en beleven, gelijk ook de logos, het kritische distantiële denken, tekent, zo moet het worden begrepen òf het wordt niet begrepen. Op de hoofdzaken van die kentekening heb ik geen kritiek”].

psychisch, beide zijn concreet. Geen afstand; geen geest tegenover lichaam; de levende mens is één. Niet analytisch denkend maar synthetisch, of liever het ervaren als één geheel reproducerend —, denken is het zich toeëigenen van een geheel —, er is een totaliteit, waarvan zich aan ons typen voordoen, en wie daarover denkt treedt in gemeenschap met zulk een totaliteit —, het denken is een functie, die door den gehelen mens wordt uitgeoefend ten opzichte van een ander geheel. Wat als één verschijnt in de situatie, is in het participerende denken ook één. Geen distantie tussen subject en object; geen distantie tussen object en object; wezens-eenheid tussen bepaalde groepen van wezens; mogelijkheid van deel hebben aan verschillende milieu's — door vertegenwoordiging kan men de machten van den vertegenwoordigde zelf in beweging brengen. Het „magische” denken gaat uit van de mogelijkheid de werkende krachten, waaraan men deel heeft, te richten, deel te krijgen aan de gehele wereld, die naar binnen te brengen en zo te beïnvloeden. De mens moet den kosmos op gang houden, seizoenen doen wisselen, dat wisselen althans niet tegenhouden, maar ook de cultuur is onderworpen aan de noodzakelijkheid der herhaling, zaaien, planten en oogsten *moeten* geschieden op de wijze van den oertijd. Hetgeen geschiedt moet participeren aan wat vroeger geschiedde. Een gedicht is een *mythe* voor zoover de dichter in onderscheid van den zakenman, den real-politicus en den wetenschapsman met het leven zelf te maken heeft en niet met een extrakt daarvan. De geobjectiveerde ervaring moet *ritueel* herhaald worden; zij kan slechts *herhaald* worden, en niet telkens voor het eerst worden in het leven geroepen.

Daartegenover stelt Van der Leeuw het kritisch beschouwen op een afstand, het distantiële denken. Onderscheiding van subject en object — ook de objecten van elkaar gescheiden zien — geen andere dan causale verbanden; ik pluis uiteen en orden de werkelijkheid; ik abstraheer van de totaliteit, en spreek (anders dan de Eskimo) van drie zehonden, ook al zit de een

in 't water en zitten de anderen in de zon. Ik denk historisch, in een rechte lijn, niet mythisch in een cirkel. De *logos* kent *methode, is* methode, de mythe is een beeld.

Historia, geschiedenis, verlost uit den mythischen cirkel, die de logische formule, is een menselijke beleving met een begin en een einde, met een zin.

In samenvatting is de tegenstelling in het geestelijk functioneren van den mens: het onmiddellijke medeweten van de werkelijkheid in haar onderlingen samenhang, het in eigen persoon betrokken zijn op en deelhebben aan de krachten der wereld, daardoor aan die krachten richting kunnen geven en omgekeerd dientengevolge door die krachten [existentieel] bepaald in „wezenlijk” zijn en weten; hetgeen buiten zich zelf is in beeld-vorm tot uitdrukking brengen en het verbeelde in eigen doen en laten inlassen door de rite — dat is de geestelijke participatie, het participerende denken, de mystieke, participerende, voor logische kritiek onvatbare, concretiserende, totaliserende mentaliteit — denkstructuur — denkvorm. Het van het waargenomene beschouwend afstand nemen, het alles kritisch op zich zelf bezien, het berekenen van onderlinge inwerkingen, het narekenen van conclusies, welke gradueel bereikt worden, het abstraheren van existentiële kentrekken, het generaliseren, het begripmatig, logisch, causaal, „kritisch”, analyserend werken met de werkelijkheid, waartoe men zich zelf ook maakt, het toenemen van het zelfbewustzijn — dat is het logische denken, de kritische mentaliteit, denkvorm, denkstructuur.

Van deze twee is nu in confesso dat zij in hun zuiveren eenzijdigen vorm, als type, nergens een menswording vinden of gevonden hebben — dat zij daarentegen steeds allebei in de menselijke mentaliteit onderscheiden kunnen worden — maar dat bij den enen mens, in de ene kultuur deze, bij den ander gene overheerst, domineert — ook dat de instituten, het gestolde, het verstarde, het explicite in de menselijke samenleving bij het

ene volk meer dan bij het andere geworteld zijn in de onkritische participerende functie van den menselijken geest.

Van de participerende denkstructuur, zegt v. d. L. nu, verwerkelijk zich *meer* in die kulturen, die de ethnologie primitief noemt, dat is dus: bij de in afzondering levende mensengroepen of: de niet door het griekse denken beïnvloede mensengroepen. Daarmee wordt een *andere* tegenstelling ingevoerd — het is van het grootste belang dat dadelijk vast te houden —, nl. de tegenstelling van het denken van verschillende mensengroepen of mensen (en niet de tegenstelling van twee denkstructuren). Consequent is Van der Leeuw hierin m.i. niet. De cultuur-historicus (aldus v. d. L. bl. 23) vindt in alle primitieve gedachtengangen iets gemeenschappelijks, terwijl hij ten slotte dat gemeenschappelijke in zijn eigen gedachtengang terugvindt; — hier is dus „primitieve gedachtengang”: de gedachtengang van in afzondering levende mensen, en het „gemeenschappelijke” is het participerende denken, terwijl „eigen gedachtengang” is de gedachtengang van den mens, die deel heeft aan geestelijk wereldverkeer en de „griekse” wetenschap. Men kan dan evengoed zeggen, dat bovendien de cultuur-historicus in alle primitieve gedachtengangen zal terugvinden een anderen gemeenschappelijken trek, ook aan hem zelf eigen en bekend, namelijk het kritische, distantiële denken.

De tegenstelling van den in geestelijke afzondering levenden mens en den aan het wereldverkeer deelnemenden mens is dus steeds *relatief*, het is een meer of minder participerend, een minder of meer kritisch functioneren van den geest, doch zodanig, dat elke eenheid (mens, volk) een eigen karakter heeft, zodat men geen schaal kan opstellen met een verloop van weinig tot veel, aangezien elke eenheid kwalitatief van elke andere eenheid verschilt.

De tegenstelling participerende en kritische denkstructuur echter is *absoluut*.

Voor beiderlei mentaliteit, zegt v. d. L. bl. 25, is de wereld

gegeven als *object van ervaring en handelen* — dat kan gelden van *beide* tegenstellingen —; maar nu gaat v. d. L. het abstracte begrip (primitieve) denkstructuur in de plaats gebruiken van sterk in afzondering levende mensen, in afzondering ontwikkelde kulturen, en stelt daarmee telkens de termen der twee tegenstellingen gelijk, ook het distantiële denken en *ons* denken; bijvoorbeeld: „de moderne mens staat tegenover het gegevene, de primitief leeft er in” (26) in plaats van: de mens, voorzover zijn kritisch denken functioneert, staat tegenover het gegevene, voorzover zijn participierend denken functioneert, staat hij er in.

Die verwarring van de tegenstelling: „participierend: distantiël” en „zij: wij” steekt b.v. ook het hoofd op op bl. 50: „Tussen, voor *ons* besef gescheiden, wezens is een eenheid in den diepsten grond mogelijk, die de moderne mentaliteit niet kan ontdekken en evenmin begrijpen”¹⁾. Modern en ons moeten hier zijn „logisch-kritisch denken” en dan is 't gezegde een tautologie.

Wij moeten ons tegen die verwarring (die vooral schuld draagt aan de kritiek op Lévy Bruhl en Van der Leeuw) blijven schrap zetten en goed blijven zien de tegenstelling participierend-beleven — kritisch-denken als een absolute tegenstelling en als een andere dan de relatieve tegenstelling tussen primitieve mensen en moderne mensen.

Zouden wij, globaal, kulturen of volken tegenover elkaar willen stellen als primitief en modern en het criterium willen zoeken in het denken, dan zou men ten hoogste kunnen spreken van volken of mensen, bij dewelke het participerende denken op naieve wijze tot het vormen van levenszekerheden en cultuur-instellingen in veel sterker mate bijdroeg en bijdraagt dan bij andere volken, en omgekeerd. Men kan ook de tegenstelling aanhaken aan het criterium: mensen, die zich *niet* bewust zijn van de tegenstelling in hun eigen denken en het denken der mensheid, en mensen, die zich van de verscheidenheid van

¹⁾ [Met geringe omzetting der woorden].

denkstructuren bij zich zelf en anderen *wel* bewust zijn. Ook dan blijft de tegenstelling echter relatief.

Wij hebben deze beschouwing nodig gehad om nu te komen tot enige uitspraken van v. d. Leeuw, die ik in het centrum wil plaatsen van het verband van denkstructuur en adatrechtspraak, deze:

(bl. 10) Cassirer is te overtuigd neo-kantiaan en te zeer rationalist om het mythische denken *geheel ernstig te nemen* — Kristensen was veel verder, omdat hij: *de primitieve opvatting als volkomen autonoom trachtte te waarderen en ons en onze tijdgenoten het recht betwistte onze ook volgens hem fundamenteel verschillende opvattingen beter te achten;*

(bl. 12) het is een gevaar, dat men de primitieve mentaliteit beschouwt als een voorbereidend stadium en daarmee haar *autonomie* weer doet *verliezen*;

(bl. 17) wij moeten bereid zijn de *waarheidspretentie* van het primitieve denken even ernstig te nemen als onze eigene;

(bl. 22) met de mogelijkheid, dat onze mentaliteit een afwijking zou kunnen zijn, een terugval of een degeneratie, wordt niet rekening gehouden, en daarmee vervalt de hele verklaring van een wetenschappelijke theorie tot de rang van naïeve zelfhandhaving;

(bl. 135) de Oosterling is niet een mens, die tot nu toe verzuimd heeft in westers leven de volstrekte menselijkheid te bereiken, doch een andere soort [d. i. gelijkwaardig] mens.

Met andere (of eigenlijk dezelfde) woorden: wij handelen onverantwoord, indien wij onze opvattingen beter achten dan de primitieve levenszekerheden, die, aan hun eigen normen onderworpen, buiten de kritiek van onze normen vallen, welke normen alleen door iemand, buiten de mensheid gesteld, zouden kunnen worden vergeleken.

Is dat juist?

In de eerste plaats: aan eigen normen onderworpen is, krachtens de vooropstelling zelf, die geestelijke functie van de

ganse mensheid, die wij participerend denken noemen —, niet anders trouwens dan het kritische denken. Beide neemt men *uiteraard* volledig ernstig als denkstructuren teneinde met behulp daarvan de volledige geestelijke functie van den mens, zoals die haar neerslag vindt in de kultuur, te begrijpen.

In de tweede plaats kan men zich op het standpunt stellen, geen waardeverschil te mogen maken tussen de mensen voor wat betreft hun inzicht in den diepsten grond van het mensensbestaan. Men heeft elk mens, op weg naar de volledige menswording, in principe in staat te achten, op zijn wijze aan *de* goddelijke waarheid deel te krijgen.

Maar in *de derde plaats* kunnen we *niet* kulturen en mensen, bij wie de participerende en de kritische functie tot een *ander geheel* geworden zijn dan bij ons, erkennen als *autonoom*, als gesteld buiten *onze* kritiek; we kunnen het denken van anderen, voor zover het zich richt op de dingen van deze wereld: recht en onrecht, natie, vlag, volkslied, rechtspraak, eed, godsoordeel, koppensnellen enzovoorts *onmogelijk volledig ernstig nemen* in zijn recht op *gelding* in **onze** wereld.

We kunnen dat denken van anderen in zijn uitingen onderkennen, we kunnen er ons van afkeren, maar zodra we er ons toe wenden in dezen zin, dat we *onze verantwoordelijkheid* voor maatregelen en beslissingen kritisch onderzoeken, *moeten we ons eigen denken volledig ernstig* nemen en dus stellen *tegenover* het andere denken. Dat wil zeggen, dat wij de levenszekerheden, de oordelen, die op *ons denken* berusten, *voor ons moeten laten gelden*.

Hoewel ik weet, dat ik het betoog van Van der Leeuw nu naar een terrein buig, dat hij niet wilde betreden, en dat ik mij van zijn terrein, dat van den godsdienst, verre houd, zijn Van der Leeuws opmerkingen in zijn inleidend hoofdstuk toch zo algemeen gesteld, dat zij in dit verband bestreden mogen worden.

II.

Voordat ik nu overga tot het leggen van het verband van

deze stelling aangaande het ernstig nemen van het andere denken met hetgeen de rechter doet bij rechtspraak naar adatrecht, moeten over het adatrecht zelf eerst een paar principiële opmerkingen worden gemaakt, waaruit de moeilijkheden, die hier rijzen, reeds vanzelf begrijpelijk zullen worden.

Juridische bijzonderheden ter zijde gelaten, mogen wij voorstellen: op het stuk van privaatrecht en voor een deel ook op het stuk van strafrecht (deliktenrecht) geldt voor de indonesische bevolking van Nederlands-Indië *het adatrecht*, een geheel van regelen van ongeschreven recht.

Wat wil dat nader bezien zeggen?

Dat wil zeggen, dat de kleine rechtsgemeenschappen, de dorpen, bepaalde gedragingen van hun genoten dwingend verlangen; dat zij door de gemeenschapshoofden handhaven regelen, welke tot zodanige gedragingen verplichten. Het belangrijke kader van die, uit één geest voortgekomen en daarom stelselmatig samenhangende regelen, wordt gevoed door voor het volksdenken geldende (metajuridische) verbondenheden, van groep tot grond, van gezin tot grond, van mensen in familiecomplexen, hetzij langs moederrechtelijke lijnen verlopende, hetzij langs vaderrechtelijke, alternerende of parentele; verbondenheden van die complexen in haar geheel tot goederen en tot onzichtbare machten, voorouder-geesten; de mogelijkheid door menselijk handelen die verbondenheid op te heffen ten behoeve van anderen door grond te verpanden, te verkopen, door te huwen met adatbetaling, door adoptie van kinderen enzovoorts. De ganse structuur, beginselen en stelsel, van het adatrecht, wordt gedragen door sociale betrekkingen, door de inheemse bevolking als metajuridische werkelijkheid beleefd en als levend recht *onderhouden* door beslissingen der volkshoofden buiten geschil (bij huwelijk, adoptie, grondverpanding, boedelverdeling enzovoorts) en in geschil (bij onenigheid en bij delikt). Zo krijgen die regelen het karakter van rechtsregelen, voorschrijvende, hoe de gemeenschapssanctie achter rechten en plichten der genoten staat — zo worden die regelen

door de rechtsorde der vorstensfeer en door de rechtsorde van het gouvernement in rechtspraak en ten uitvoerlegging gesanctioneerd en blijven zij, ondanks steeds voortdurende wijziging, afbrokkeling en nieuw-vorming een stelselmatig geheel van uit beslissingen te kennen regelen.

Want daarnaast — om de zaak in eenvoudigen vorm te stellen — doen zich regelmatig geschillen bij den rechter, den hoeder der gemeenschapssanctie, voor, waarin beslissingen genomen moeten worden, welke niet kunnen worden gebaseerd op reeds gevormde regelen — de sociale factoren wijzigen zich, de sociale werkelijkheid brengt veranderde waardering mee, nieuwe mogelijkheden doen zich voor (aanraking met vreemden, toenemend verkeer, toenemend onderwijs). Zodat zowel nieuwe gevallen aan 's rechters oordeel worden onderworpen als ook gevallen, waartegenover de geesten zich anders zijn gaan stellen dan vroeger (exogamie, grondverkoop aan gemeenschapsvreemden enzovoorts). Dan moet de rechter die beslissing geven, die als regel verstaan, naar zijn beste weten behoort te gelden in het rechtsmilieu, waarbinnen zich het geschil voordoet. De ontmoeting van de huwelijks- en echtscheidingsregelen van den islaam met het adathuwelijksrecht, de groei van de gezinseenheid tegenover de verslapping der familieverbondenheid, de gevolgen van het vóórkomen van miljoenen-boedels in de inheemse samenleving voor het erfrecht, de rechtspositie der verenigingen en der stichtingen van Indoneziërs, de gevolgen van koop te goeder trouw van grond van een niet-rechthebbende, de aansprakelijkheid voor door chauffeurs aan derden toegebrachte schade enzovoorts, te midden van dat alles moet de rechter den regel van positief recht in zijn beslissing tot uiting brengen. Die ganse taak: rechtspraak naar „geldende” rechtsregelen, het doen meegroeien dier rechtsregelen met de veranderingen in de sociale werkelijkheid, en het beslissen in „nieuwe” gevallen, waardoor aanvulling dier rechtsregelen plaats heeft, wordt uitgedrukt met dien enen term: *rechtspraak naar adatrecht*.

III.

Het zal hiermee reeds duidelijk geworden zijn, op welke wijze het probleem van het verschillende denken in bijzondere relatie staat tot de door akademisch opgeleide beroepsrechters, Nederlanders en Indonesiërs, geoefende rechtspraak naar adatrecht.

De vraag, die in elk land kan worden gesteld, naar — zoals Hoetink het genoemd heeft — het „standpunt” van den rechter, verdient te worden gezien in het licht van het verschil in denken en daarmee samenhangende cultuur, in het licht vooral van het postulaat van de autonomie van het „andere” denken, het postulaat, dat andere denken volledig ernstig te nemen.

In Indië zo goed als elders is de rechter altijd zowel gebonden als vrij: *gebonden* aan hetgeen zich in de samenleving als recht gevormd heeft en hetgeen daarin in de toekomst als recht te gelden heeft, maar *vrij* voorzover het *zijn* inzicht is, in datgene wat als recht geldt en als recht te gelden heeft, waardoor de beslissing gedragen wordt, *vrij* tegenover elken regel, die zich als rechtsregel aandient, in kritische toetsing van de rechtswaarde van den regel — toetsing bij rechtspraak naar ongeschreven recht aan het stelsel van het recht, toetsing aan de sociale werkelijkheid, aan veranderde sociale factoren; voortdurend staat zijn arbeid in het teken „*höchster Selbstverantwortung*”, gelijk Fritz Morstein Marx over Cardozo, „Der weise Richter”, schrijft. Naar willekeur in slechten zin mag de rechter dus nooit beslissen, doch automaat mag hij evenmin ooit heten; hij kijkt steeds zowel naar het verleden als naar de toekomst.

De pregnante vraag in ons verband wordt dus: heeft de rechter bij zijn zo juist getypeerden arbeid in dienst van de gemeenschap zich alleen te richten naar het rechtsdenken, het rechtsbesef van het milieu, waarbinnen de beslissing, welke hij neemt, zal werken, of heeft hij zich alleen te richten naar eigen rechtsdenken, of — derde mogelijkheid — komt bij het nemen van de beslissing zowel het rechtsbesef van het milieu als dat des rechters te pas, en hoe is van die twee dan de onderlinge

verhouding — met name, indien de rechtsoordelen en instellingen in het milieu berusten op een denken in sterke mate beheerst door de participatie, en des rechters oordelen en waarden in sterke mate onderhevig zijn aan den toets van zijn kritisch denken.

Het zou onjuist zijn, de scherpte der tegenstelling te verdoezelen — het zou even onjuist zijn haar wegens haar onoplosbaarheid rampspoedig te achten en daardoor tot moedeloosheid te geraken.

Zo goed als de mens, gelijk vooral Hidding hem voor ons in den laatsten tijd herhaaldelijk heeft begrepen en uitgebeeld ¹⁾, gegeven is als geestelijke eenheid doch niettemin tweeslachtig geestelijk wezen: aan de aarde gebonden, deel van den kosmos ook in denken en beleven *én* deelhebbend aan den tegenover den kosmos te stellen geest, zo is ook een volk gegeven als geestelijke eenheid, doch evenzeer verdeeld te denken in kosmische gebondenheid en zelfstandig geestelijk vermogen, elk van beide op eigen wijze medebrenghend een kennen van waarheid en normen. Bovendien is het volk in andere doorsnee nog, verdeeld in mensen en mensengroepen in wier denken de participatie overweegt (de massa), tegenover mensen en mensengroepen, wier gesterkt kritisch denken, wier besef van de menselijke gespletenheid, hen op een afstand plaatst en tot leiders maakt, die er naar kunnen streven zich voor eenzijdigheid van het verstand en eenzijdigheid van het beleven te behoeden en de beide wijzen, de werkelijkheid te denken en te beleven, bewust

¹⁾ [De bij dit nootteen behorende tekst ontbreekt in het M.S. Blijkbaar was de noot bestemd ter verwijzing naar Dr. K. A. H. Hidding's geschriften der laatste jaren, t.w. de twee door Van der Leeuw op blz. 10 van zijn boek genoemde, en verder: Het wonder in de structuur van het Javaansche denken, in Tijdschr. Kon. Bat. Gen., dl. 75, 1e afl. (1935); Tweeërlei geestesstructuur, een 13 Mei 1936 te Solo gehouden lezing; Oost en West, in Kol. Studiën, dl. 23 (1939), afl. 1].

te doen samenwerken in hun volledig menselijk denken. In die tegenstellingen van hetgeen niettemin een geestelijke eenheid is, boeiend door die tegenstellingen, doet het menschenleven op aarde zich aan ons voor; daarin heeft de rechter — ook de akademisch gevormde rechter over de indonesische dorpsbevolking — zijn plaats te vinden.

Welke plaats?

Voor een nadere precisering — steeds in verband met het ernstig nemen van het andere denken — moeten we onderscheiden.

1. Vooreerst: wil de rechter zijn taak vervullen, zoals zij boven al iets nader werd ontleed, dan moet hij in de eerste plaats de draagwijdte van het delikt en van het geschil kunnen verstaan. In de eerste plaats toch is hij beslechter van geschillen, richtend tussen strijdende partijen. Het betoog, dat hij daarvoor grondig begrip nodig heeft van het denken der massa, der dorpsbevolking; dat hij dus moet kunnen herkennen waarden en handelingen, die berusten op een ander dóórwerken van het participierend denken, doch steeds als niet meer dan component van mede de andere, kritische, denkstructuur omvattend menselijk denken, — dat betoog zal ons niet lang behoeven bezig te houden. Voorbeelden van het moeten begrijpen van ander denken om den grond van een geschil te kunnen verstaan, liggen in Indië opgetast. Het binden van een vrouwen-haar aan de poot van een bij in Palembang, om de vrouw, wier haar men dat lot laat ondergaan, voor zich in liefde te doen ontvlammen, is een feit, dat door een rechter *moet* gezien worden in verband met de levenszekerheden des daders en zijn milieu, levenszekerheden op *zijn* denken gebaseerd; het krachtdadig een einde maken aan het verblijf in een woning van een ontuchtig samenlevend paar door een minangkabaus familiehoofd evenzeer; de klacht over het ontvangen hebben van een ander stukje vlees van het voor een heilmaaltijd geslachte dier dan waarop men meent te mogen aanspraak maken bij den Batak niet minder; zowel de indone-

sische als de nederlandse beroepsrechter moge zich van opvattingen als waarmede deze feiten samenhangen, ver verwijderd voelen —, hij heeft te beginnen — dat is strikte eis — ze te begrijpen in den ernst, dien ze voor de betrokkenen hebben — wát hij vervolgens ook zal menen te moeten beslissen. (Vandaar o.a. de onmisbaarheid van een ethnologische propaedeuse voor de indische rechtsstudie).

2. In de tweede plaats heeft de rechter steeds in zijn beslissing aan te sluiten bij hetgeen zich aan recht reeds gevormd heeft. Ook al wijkt hij van een regel af, de nieuwe beslissing mag niet in de lucht hangen, maar moet in stelselmatig verband gebracht worden met de rechtsomgeving, en begrepen worden te staan — gelijk elke beslissing — op den drempel tussen verleden en toekomst. Ook hiervoor is onontbeerlijk het sterk door participierend beleven beheerste denken te verstaan en daardoor de wezenlijke functie van rechtsinstellingen en rechtshandelingen te benaderen. Het verbodsteken, het concrete bindmiddel, de rechtshandelingen nopens grond, de rechtsbetrekkingen nopens grond, de adoptie, het bruidschatten inlijfhuwelijk, de vererving van familiegoed en individueel goed, de deliktsreakties — al die en soortgelijke instituten zijn kultuurbezit, verworven in een ander geestelijk proces dan het huidige westerse recht, een geestelijk proces, waarin het overwegend participierend beleven verbondenheden en werkingen onderkent, die door het overwegend kritische denken niet als reëel worden begrepen. Dit zoeken naar de structurele kern van het adatrecht der verschillende rechtskringen is het rechtsethnologisch werk bij uitnemendheid — de rechtsethnoloog beperkt daartoe, en tot het bestuderen van de functionele waarde der rechtsinstellingen, zijn arbeid. Voor hem geldt, gelijk in zoverre dus ook voor den beoefenaar van adatrecht, dat de rechtsvormen en rechtsverhoudingen, welke in de rechtsorde der volkssfeer en in die der vorstensfeer worden aangetroffen en waartegenover hij zich nog slechts als toeschouwer gedraagt, in hun wezenlijken zin volledig ernstig genomen moeten worden,

ook al zijn zij terug te brengen tot de werkzaamheid van een andere, een overwegend participerende, mentaliteit.

3. In de derde plaats moeten we nu noemen de werkzaamheid van den rechter of welken anderen beoefenaar van adatrecht ook, waarop onze moeilijkheid zich toespitst: het zeggen, wat *hier* en *nu* geldt; het op zijn verantwoording nemen van de beslissing, die moet kunnen worden gedacht als te berusten op een regel van *geldend* recht.

Daarbij kan zich het konflikt voordoen, waarnaar wij op zoek zijn. Moet de akademisch gevormde rechter zeggen: ik maak mijn oordeel, wat te gelden heeft, geheel ondergeschikt aan het rechtsoordeel van het rechtsmilieu, dat ik ingevolge mijn algemene en bijzondere kennis daarvan kan vaststellen? Of moet hij zeggen: ik begrijp de eenzijdigheid en de beperktheid van hetgeen het rechtsbesef van het milieu wil laten gelden, ik zelf ben die eenzijdigheid en die beperktheid te boven, kan dus alleen een beslissing voor mijn rekening nemen, welke voor dit, mijn denken is gerechtvaardigd en richt mij daarom naar eigen rechtsbesef?

Geen van beide in dien eenzijdigen vorm, naar mij voorkomt.

Het uitgangspunt van iederen rechter heeft te zijn: ik ben in dienst van de gemeenschap — wat verlangt die van mij? Antwoord: in een rechtsbeslissing te zeggen, hoe bij geschil en delikt de gemeenschap reageren moet, dat wil zeggen in een beslissing, welke pretendeert voor alle gevallen met dezelfde relevante feiten (voor alle gevallen voorzover zij gelijke relevante feiten bevatten), op de basis van de *waarderingen* der genoten van de materiële en immateriële kultuurgoederen en van de beteekenis van persoonlijke schuld, het juiste gemeenschapsingrijpen aan te geven. Iedere beslissing moet de uitdrukking zijn van een gemeenschapswaardering; doch de werkzaamheid, die waardering tot uitdrukking te brengen, heeft noodzakelijk een bewust makend, een op de toekomst gericht, een (opnieuw) vormend en daardoor vervormend element; die beslissing echter moet dadelijk of op den duur als rechtsregel

gemeenschapsbezit, kultuurbezit, kunnen worden; daarin is de kern van des rechters leiding gelegen.

En zo heeft dan de rechter te zeggen: wat te gelden heeft. baseer ik op de gemeenschapswaarderingen, ook indien die berusten op andere levensvormen, op het overheersen van een andere denkstructuur, dan in mijn eigen denken overheerst, ik heb echter in mijn gemeenschapsfunctie ook naar de toekomst te zien en daarbij leiding te geven; ik mag en moet mijzelf (mijn rechtsdenken) dus inzetten, waar en inzoverre als de regelen van ongeschreven recht en de sociale werkelijkheid van het rechtsmilieu daarvoor ruimte bieden; voor zover, met andere woorden, er op *aanvaarding* van hetgeen mijn rechtsbesef verlangt en stelt boven hetgeen van het onkritische of onvolledige denken in het rechtsmilieu de consequentie zijn zou, dadelijk of op den duur een redelijke kans is. Hoe sterker de voor mij geldende normen zich verzetten tegen de normen, welke op de waarderingen van het rechtsmilieu zijn gebaseerd; hoe meer de voor mij geldende normen naar mijn mening met eisen van algemene menselijkheid, welke het op den duur toch stellig zullen winnen, samenhangen; hoe geringer, aan den anderen kant, de dichtheid van den regel in de volkssfeer is, waartegen mijn rechtsbesef zich keert; hoe minder dus die regel onverbrekkelijk met de grondbeginselen van het adatrecht van den rechtskring is verbonden, hoe eerder ik proberen zal, mijn waarderingen door bewuste uitdrukking daarvan in mijn beslissing tot gelding te brengen. *Voorbarig* opleggen van uitkomsten van voor het rechtsmilieu onbereikbaar denken straft zichzelf, hetzij doordat het afstuit en blijft liggen, hetzij doordat het doordringt en ontwrichting veroorzaakt —; op het *goede* oogenblik in een beslissing een naar eigen denken betere waardering bewust maken kan op de wijze der kristallisering van het bewustzijn belangrijke veranderingen te weeg brengen. Dat is dan ook de taak des rechters als gemeenschapsfunctio naris.

Bij dit alles — dat nu wel in een paar woorden hier wordt geformuleerd, maar dat in wezen een subtiële en ingewikkelde, zij het in principe duidelijke taak is van buigen zonder te breken, van beïnvloeden zonder geweld, van druk oefenen en tegendruk peilen, van doorzetten als het kan, maar teruggaan als het moet — moet een paar aantekeningen worden gemaakt.

A. Vooreerst gaat in het privaatrecht en in het delikten-(straf)recht een waardering naar overwegend participierend denken dikwijls over een groot terrein samen met een waardering krachtens kritisch denken. Het ganse stelsel van het adatrecht met zijn instellingen als de genealogische en territoriale gemeenschappen, de betrekkingen tot grond en goederen, de veranderingen daarin, de gezinsvorming, het doorgeven der goederen van generatie op generatie en de bescherming van lijf en goed tegen eenzijdige ongewilde aanranding is te begrijpen binnen het denken en de waarderingen van een overwegend participerende mentaliteit als het immanente rechtstelsel, doch tot grote hoogte is dat gehele stelsel ook bestand tegen kritisch, nuchter denken, tegen verwerking in een theoretisch juristen-rechtstelsel. De instituten, de handelingen krijgen bovendien een anderen zin, er heeft op grote schaal *Funktionswandel* plaats; wat bindmiddel is, wordt als bewijsmiddel verstaan, wat een metajuridische relatie was, wordt als niets dan een rechtsbetrekking begrepen, wat magische gemeenschapsversterking was, wordt middel om de rechtsorde te beschermen door toebrengen van leed; in één woord: wat is gegroeid, omdat het voor het denken *niet anders kon dan zo*, blijft doorbestaan, omdat het voor het (latere) *denken zo ook best kan, al zou het ook anders kunnen*. Dat betekent dus ook, dat alleen in *dat* stelsel kunnen samenkomen de verschillend denkende groepen en mensen van het ganse volk, zodat alleen dat stelsel de waarde krijgen kan van een nationaal kultuurbezit; niemand zal wel op een bepaald oogenblik kunnen zeggen in hoeverre de ene, in hoeverre de andere waarde door de mensen begrepen wordt.

B. In de tweede plaats kan de rechter zich in werkelijkheid slechts dan invloed verzekeren, indien hij, ook in de beslissingen, welke in wezen afbreuk doen aan voor het participerend denken reële verbindingen, omdat de rechter meent te kunnen en daarom te moeten laten gelden wat voor *zijn* denken aanspraak op gemeenschapshulp heeft, grote *eerbied* en *omzichtigheid* jegens de innerlijke structuur van het adatrecht, de ideologie der bevolking, toont.

C. In de derde plaats kunnen er conflicten zijn tussen des rechters denken en het rechtsmilieu van zo ernstigen aard, dat de rechter voor de keuze komt: zijn eigen denken volgen of zijn ambt neerleggen. Hij zal tot het eerste gerechtigd en verplicht zijn, indien het geschillen of delikten betreft ten aanzien waarvan in het rechtsmilieu normen gelden, die door de volken, die aan het geestelijk wereldverkeer deelnemen, algemeen als in strijd met de menselijkheid worden veroordeeld, zodat iedere kritisch denkende rechter voor hetzelfde conflict zou komen te staan. Met name kan dat voorkomen in verband met de waardering van een mensenleven. De strafbaarheid van moord, ook indien het als koppen-snellen of mensenoffer geoorloofd, ja, plicht wordt geacht; het niet-doden van heksen en toverkollen; het niet toelaten van godsoordelen als de duikproef zijn voor den kritisch denkenden rechter zulke strikte normen, dat hij zijn beslissing daarop moet baseren, in de overtuiging, dat die normen voor het rechtsmilieu ook gelden *moeten* en te eniger tijd gelden *zullen*.

Hiermee raken wij een principieel punt. Hoe afkerig men ook wezen moge van elke gedachte aan rechtlijnig evolutionisme, hoezeer men ook doordrongen moge zijn van de eigen denk- en levensvormen van elk volk, verschillend van die van andere volken — niettemin zijn er waarden en waarheden, waarvan een ieder, die ze heeft leren kennen, overtuigd is, dat zij voor elk volk zullen gaan gelden en zullen blijven gelden. Zodra het denken door zijn differentiatie is gaan verwerpen de mogelijkheid en het geoorloofd zijn van magische versterking

van eigen levenskracht met behulp van den schedel van een ander mens, zal die onderkenning nooit meer wijken — zij kan vele millennia wegblijven, maar is zij er eenmaal, dan zal de „heilige onschuld”, waarmee men weleer koppen snelde, voorgoed verdwenen zijn. Hierbij is het gewichtige verschil of men te maken heeft met een volk, dat door zijn kultuur-dragers deel heeft aan het wereldverkeer, dan wel in nog betrekkelijke afzondering leeft. Men kan van de Japanners niet zeggen, dat ze te eniger tijd wel eens een rationelere opvatting over het koningschap zullen hebben, maar men kan van den Papoe met zekerheid zeggen, dat ze — indien ze de verandering overleven — door aanraking met het wereldverkeer grote veranderingen zullen doorleven in hun waarderingen en onderkenningen. Alleen in de uiterste gevallen van het niet anders *kunnen* (en weten, dat geen rechter het anders zal kunnen), is de rechter tot zulk een rechtstreeks de wereldbeschouwing verstorend ingrijpen bevoegd en verplicht. Zelfs het diep schokken van de ganse levens- en wereldbeschouwing der bevolking met alle onberekenbare gevolgen van dien heeft de rechter dan te aanvaarden als consequentie van het voor hem volstrekt geldende. Hij zal evenwel als rechter van de gemeenschap moeten heengaan, indien de normen, die voor hem absolute waarde hebben, „objectief beschouwd” niet kunnen worden gerekend tot de dwingende eisen van algemene menselijkheid; met name bij met een bepaalde religie samenhangende normen, kan zich dat voordoen.

Om thans terug te keren tot de vraag, in hoeverre de rechter ander denken dan zijn eigen denken in die sterke tegenstelling van overwegend participierend tegenover overwegend kritisch denken, heeft *ernstig* te nemen, is uit het gevoerde betoog dus dit te concluderen, dat de rechter de eenzijdig participerende geestesgesteldheid en de daardoor voortgebrachte kultuur, met name de rechtsinstellingen en het rechtsstelsel, volledig ernstig te nemen heeft als een realiteit, waarop zijn ganse werkzaam-

heid, die van feitenwaardering en die van rechtshandhaving, *moet* aansluiten; dat hij echter, hetgeen zijn kritisch denken stelt boven de consequenties van het volksdenken in zijn beslissing moet laten gelden voorzover aanvaarding verwacht mag worden, waarbij hij derhalve het andere denken *niet* als autonoom erkent, *niet* volledig ernstig neemt; en dat hij tenslotte (onafhankelijk van de verwachting van aanvaarding) in gevallen, waarin op algemene gronden de consequenties van het volksdenken *voor hem onaanvaardbaar* zijn, het andere denken door zijn eigen denken en waarden mag en moet vervangen; dat andere denken in zoverre dus in het geheel niet ernstig nemend.

Wat hier betoogd werd, geldt zowel voor den nederlandsen als voor den indonesischen beroepsrechter, maar niet op gelijke gronden. Voor den nederlandsen beroepsrechter geldt het gezegde, omdat hij, behorende tot de nederlandse volksgemeenschap, Nederlands koloniale taak wil meehelpen vervullen zodanig, dat zijn werk van de hoogst bereikbare waarde is voor de indonesische kultuur, waarover hem het medebewind is toevertrouwd. Dat houdt in, dat die kultuur niet uit gering-schatting, voor afbraak te koop geboden wordt, om op een leeg terrein over te planten wat elders tot stand kwam (gelijk vooral juristen vroeger hebben gewild), doch dat konstruktief op hetgeen aanwezig is, en zo goed mogelijk gekend wordt, wordt doorgewerkt. De Nederlander wil daarbij voor den Indonesiër een element zijn, dat tot versteviging en veredeling van diens eigen kultuurbezit bijdraagt. Voor den indonesischen beroepsrechter geldt hetgeen betoogd werd, omdat hij streeft, althans behoort te streven, naar een werkelijk gemeenschappelijk kultuurbezit met het gehele volk ook op het gebied van het recht, al ware het alleen reeds, omdat de mate, waarin hij er in slaagt het eigene als iets eigens te hoeden en te veredelen, ten einde dat als het eigene te bezitten en daarin zich zelf te kunnen zijn, beslissend is voor de mate, waarin hij een zelfstandig

volksbestaan (in welken staatkundigen vorm dan ook) helpt voorbereiden. Ik bedoel hiermee niet den indruk te vestigen, als zou men door aansporing het verlangen een eigen kultuurbezit te hebben en zelf te beheren in het leven kunnen roepen —, ik bedoel slechts vast te stellen, wat de voorwaarde daarvoor is, en het goed recht daarop te erkennen tegen verheimelijking en overdrijving en verwardheid in. Het *niet* onverschillig zijn tegenover den inhoud van het eigen recht —, het niet lood om oud ijzer vinden of de rechter nu dit of dat namens de gemeenschap verlangt —, *dat* is het teken van een recht op zelfstandig volksbestaan.

Zou men menen, dat de rechter het hier slechts aangeduide probleem ten einde gedacht moet hebben om een goed rechter te zijn — men zou zich in de eisen, die aan een goed rechter gesteld moeten worden, zeer vergissen. De rechter is in de eerste plaats de man, die handelt, die beslist, en met zijn helen persoon daarvoor de verantwoordelijkheid draagt. Hij handelt en beslist op het kompas van zijn ganse mens-zijn, *gegeven de scholing, die hij heeft doorgemaakt*, — hij weet zelf niet, hoe en waarmee zijn oordelen worden gevormd — den helen mens zet hij in, — hier wordt opnieuw de volle ernst van het uit de participerende *en* kritische functie samengestelde denken van elk mens, van elken rechter, zichtbaar —, om vervolgens het resultaat te toetsen aan een in logischen vorm vervat betoog, waarin hij zich zo goed mogelijk bewust maakt, welke gronden voor de beslissing in aanmerking komen, en door die contrôle dan ook meermalen, maar meestal niet, zijn oorspronkelijk inzicht wijzigt, dat wil zeggen: zijn beslissing beter doet aansluiten aan het geldend rechtsgeheel. Maar *vóór* alles is de rechter gelijk de dichter *troubadour*, vinder van het woord, van de beslissing, die bewust maakt wat de ongeschoolde achteraf blijkt onbewust als geldend te hebben gekend.

Is, wat ik hier gezegd heb, alleen waar voor den rechter?

Het zou, meen ik, weinig moeite kosten het betoog algemeen te maken ten aanzien van de verhouding van alle juristen, wetgevende ambtenaren, advocaten, notarissen, ja zelfs ten aanzien van alle kritisch denkende inheemse kultuurdragers tot het indonesische volk der dorpen.

En zo ben ik, naar ik meen, aangeland bij het meest wezenlijke doel van de Balai Pengetahoean Masjarakat Indonesia.

Het voorgaande is een voordracht, den 18den April 1939 te Batavia gehouden voor de *Balai Pengetahoean Masjarakat Indonesia* (Indonesisch sociologisch genootschap). De beschrijvingsbrief voor deze vergadering bevatte de navolgende

STELLINGEN:

1. De onderscheiding, die de wetenschap maakt in het denken (de mentaliteit) der mensen en mensengroepen, moet duidelijk worden begrepen als een *dubbele* tegenstelling, namelijk:
 - a. de tegenstelling van twee denkstructuren, de participerende en de kritische, aan welke *beide* ieder mens, hoezeer hij ook een geestelijke eenheid is, deel heeft;
 - b. de tegenstelling tussen het denken van verschillende mensen of verschillende volken of verschillende volkslagen (massa en kultuurdragers).
2. De tegenstelling in denkstructuur is noodzakelijk absoluut, die in het denken van verschillende mensengroepen is noodzakelijk relatief.
3. In het denken van in afzondering levende volken of volkslagen neemt de participerende denkstructuur een andere en grotere plaats in dan in het denken der mensengroepen, die aan het wereldverkeer en aan de uit de griekse beschaving voortgekomen kultuur deel hebben.
4. Het postulaat (vooral door den groningsen hoogleraar Van der Leeuw in zijn boekje van 1937, *De primitieve mens en zijn religie*, gesteld) het andere denken ernstig te nemen, kan zinnig slechts betrekking hebben op het denken van andere mensen of mensengroepen, doch kan in dat verband nooit betekenen, dat men zijn eigen persoonlijk handelen

zou kunnen verantwoord worden door een beroep op de conclusies van anderer denken.

5. De rechter naar adatrecht zal telkens zijn beslissingen moeten baseren op kulturele waarderingen en op rechtsbesef — daarbij zal zich herhaaldelijk de vraag voordoen naar de verhouding tussen zijn met overwegend kritisch denken gewonnen waarderingen en de op overwegend participierend beleven berustende waardering der dorpsbevolking.
6. Uitgangspunt voor het zoeken naar een oplossing bij zulk een konflikt moet voor den rechter zijn het besef, dat hij is in dienst der gemeenschap, doch dat hij aan de gemeenschap leiding heeft te geven.
7. Voorzover zijn denken het toelaatbaar acht moet hij in zijn beslissingen aansluiten op het rechtsbesef van het milieu, waarbinnen de beslissing te werken heeft; voorzover hij mogelijkheid ziet de conclusies van zijn denken ingang te doen vinden zonder meer te verstoren dan verantwoord is, moet hij op die wijze leiding geven; voorzover het denken van het volk een maatregel zou eisen (een godsoordeel met levensgevaar b.v.), dat hij niet voor zijn verantwoording *kan* nemen en dat door elk volk, dat in het wereldverkeer wordt opgenomen, verworpen wordt, moet hij zijn denken laten gelden, ook al zou hij in het rechtsmilieu daardoor verstorend ingrijpen.
8. Op verschillende gronden geldt dit zowel voor den nederlandsen als voor den indonesischen beroepsrechter over de inheemse bevolking —; het betoogde geldt analoog evenzeer voor elke sociale taak van elken nederlandsen of indonesischen kultuurdrager in Indië, op welk gebied ook.

B. TER HAAR BZN.