



Universiteit  
Leiden

The Netherlands

## **Pleidooi voor een dogmatische rechtswetenschap**

Nieuwenhuis, J.H.

### **Citation**

Nieuwenhuis, J. H. (1988). Pleidooi voor een dogmatische rechtswetenschap. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/3206>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/3206>

**Note:** To cite this publication please use the final published version (if applicable).

Rudolph von Jhering behoort tot de zeldzame figuren die de bestrijding van eigen theorieën zelf ter hand nemen. De meesten laten dat aan anderen over, en worden in de regel op hun wenken bediend. In een reeks opzienbarende geschriften breekt Jhering met zijn vroegere opvattingen over het karakter van de rechtswetenschap:

‘Sie muss ablassen von dem Wahn, als ob sie eine Mathematik des Rechts sei, die kein höheres Ziel kenne als ein korrektes Rechnen mit Begriffen. Er hat etwas Verführerisches, dieser Wahn, und niemand hat den Reiz desselben in höherem Masse an sich erfahren als ich selber. Ich suchte darin einst ausschliesslich den wissenschaftlichen Charakter der Jurisprudenz’.<sup>1</sup>

Sedertdien staat Jhering bekend als de ontdekker van een gevaarlijke ziekte die onder juristen veel slachtoffers maakt: Begriffsjurisprudenz. Niemand kent de symptomen precies, maar iedereen weet dat het heel erg is als je er aan lijdt. Rechtsgeleerde commentatoren haasten zich in de regel de Hoge Raad daarvan vrij te pleiten door diens onbekommerde omgang met de begrippen en ondogmatische aanpak te prijzen. Twee recente voorbeelden. Van Schilfgaarde constateert dat de Hoge Raad is voorbijgegaan aan ‘alle theorie over het schuldbegrip’<sup>2</sup>, en Spier noemt het naar aanleiding van hetzelfde arrest ‘op zijn minst genomen kwestieus of enige dogmatische bedoeling heeft voorgezet’.<sup>3</sup> In beide gevallen betrof het de overweging dat wanneer een overheidslichaam een *onrechtmatige daad* pleegt door een beschikking te geven in strijd met de wet de *schuld* van dat overheidslichaam in beginsel gegeven is.<sup>4</sup>

Heeft de dogmatiek ook nog iets te vertellen?

Welke rol is er weggelegd voor de rechtsgeleerdheid binnen de trias wetgeving, rechtspraak, wetenschap? Zij brengt wetgeving en rechtspraak in kaart en voorziet ze van commentaar, maar de rechtswetenschap heeft ook nog een eigen tuin te spitten. Van oudsher worden daar de algemene begrippen van het recht gecultiveerd. Twee typen van begripsvorming moeten worden beoefend, al naar gelang zij diensten verlenen aan enerzijds wetgeving en anderzijds rechtspraak.

In de eerste plaats is het zo dat geen moderne codificatie die zich wat systematiek betreft in gunstige zin wil onderscheiden van de Justiniaanse wetgeving, het kan stellen zonder een *stelsel van welomlijnde begrippen als zaak, goed, verbintenis, rechtshandeling* en dergelijke. De begrippen fungeren hier als bouwelementen die te zamen de structuur van het wetboek bepalen. De indeling van het Nieuw Burgerlijk Wetboek is grotendeels gebaseerd op de wijze waarop de begrippen zaak en goed zijn afgebakend. Is het

1. Scherz und Ernst in der Jurisprudenz, zehnte Auflage, p. 342.

2. AA 36-3 (1987) p. 166.

3. Kwartaalbericht NBW 1987, p. 101.

4. HR 26 sept. 1986, NJ 1987, 253; Hoffmann-La Roche.

NBW eenmaal ingevoerd, dan heeft het weinig zin meer systemen te ontwerpen waarin de rechtsobjecten langs andere lijnen worden gerangschikt

Meer beweeglijkheid vertonen de begrippen voor zover zij ten dienste staan van de rechtspraak. Onder een gelijk gebleven tekst van art. 1401 BW is de rangorde tussen de begrippen onrechtmatigheid en schuld aan sterke schommeling onderhevig. Maar zijn zij daarmee 'communicerende vaten' geworden zoals een gangbaar beeld, opgeroepen door Veegens, het wil?

'De schuld wordt nu eens van haar inhoud ontdaan ten behoeve van de onrechtmatigheid of het oorzakelijk verband en dan weer uit deze bronnen tot de rand toe gevuld' <sup>5</sup>

Bij de begrippen onrechtmatigheid en schuld gaat het zeker om communicatie, maar die is van een geheel andere aard dan de gang van het water door onderling verbonden vaten. Onrechtmatigheid en schuld spelen een rol in het debat tussen eiser, gedaagde en rechter over de vraag of de gedaagde aansprakelijk is. De helderheid van dat debat stijgt en daalt, al naar gelang de onderlinge verhouding van de begrippen onrechtmatigheid en schuld aan helderheid wint, dan wel verliest.

De dogmatiek heeft stellig iets te vertellen, althans wanneer zij verstandige voorstellen doet omtrent de wijze waarop het debat gevoerd moet worden. Een heldere afbakening van de begrippen onrechtmatigheid en schuld heeft dezelfde waarde als een goede agenda, zij voorkomt dat de deelnemers aan het debat door en langs elkaar heenpraten. Op dit punt is er zeker wel iets bereikt. In de vorige eeuw betekende 'schuld' zoveel als 'onbehoorlijk gedrag' en viel het schuldbegrip grotendeels samen met het begrip onrechtmatigheid <sup>6</sup>. Het heeft echter alleen zin onrechtmatigheid en schuld te onderscheiden als bij schuld iets nieuws te melden valt, en dat is slechts het geval wanneer het begrip schuld wordt opgevat als het agendapunt waarbij de gedaagde de gelegenheid krijgt te betogen dat, ook al zou de daad onrechtmatig zijn, hij niettemin niet aansprakelijk is, omdat zij hem niet kan worden toegerekend.

De Hoge Raad is van oordeel dat wanneer de overheid een onrechtmatige daad pleegt door een beschikking te geven in strijd met de wet, de schuld van de overheid in beginsel gegeven is. Dit oordeel hoeft niet te betekenen dat de begrippen onrechtmatigheid en schuld (grotendeels) samenvallen. Het verdient de voorkeur deze overweging zo op te vatten dat daarin tot uitdrukking komt dat de ruimte voor de overheid om te ontkomen aan toerekening van door haar gepleegde onrechtmatige daden uiterst gering is. Waar een natuurlijk persoon nog wel eens succes heeft met een beroep op de jeugdige leeftijd, een geestelijke of lichamelijke tekortkoming of een dwaling omtrent het recht, komen deze verweren voor de overheid niet of nauwelijks van pas.

Het privaatrecht is door de eeuwen heen actienrecht gebleven: betwisting van eigendom, de vordering tot nakoming, ontbinding en schadevergoeding. In al die gevallen is het een strijd met woorden waarvoor een overzichtelijke agenda vereist is, en hier ligt een onafwijsbare taak voor de rechtswetenschap. Zij mag niet volstaan met het in kaart brengen van hetgeen de rechtspraak zegt, maar moet ook aangeven hoe het recht gesproken behoort te worden. Voor art. 1401 houdt dat in dat erop moet worden toegezien dat netjes met twee woorden wordt gesproken: onrechtmatigheid en schuld.

J H N

<sup>5</sup> D J V onder HR 9 dec. 1960, NJ 1963, 1

<sup>6</sup> Zie het proefschrift van G E van Maanen, *Onrechtmatige daad*, Deventer 1986