

Beginnelsen, rechtsvinding en het karakter van ons burgerlijk recht

*Jan Smits**

'General propositions do not decide concrete cases'.
Oliver Wendell Holmes¹

1. INLEIDING

Wat je ver haalt is lekker. Een buitenlands equivalent van dit gezegde bestaat niet en dit zegt het een en ander over onze volksaard. Het is ons liever om inzichten afkomstig van buiten onze landsgrenzen te aanvaarden dan om diezelfde ideeën te accepteren wanneer zij afkomstig zijn van een landgenoot.² Dit geldt ook voor het recht. In dit artikel zal ik trachten aan te tonen dat de Anglo-Amerikaanse discussie over de rol van beginselen in het recht, zoals die de afgelopen jaren in alle hevigheid wordt gevoerd, voor Nederland in hoge mate achterhaald is en dat het op dwaalwegen voert om de inzichten van auteurs als Dworkin zonder meer op de Nederlandse situatie van toepassing te verklaren. Het continentaal-Europese recht vergt een eigen visie op wat een beginsel is. Nadenken over vragen als deze vergt meer dan enkel ingaan op beginselen. Uiteindelijk hangt een en ander samen met een visie op wat burgerlijk recht is en welke rol beginselen daarin zouden moeten spelen. Deze nogal geladen vragen gehéél doorrekenen, ook op hun rechtspolitieke en rechtsfilosofische consequenties, is hier niet mogelijk (nog afgezien van de vraag of ik dit zou kunnen). Daarom zal ik mij zoveel als mogelijk beperken tot het materiële burgerlijk recht en met name tot het probleem van de rechtsvinding: het nadenken over beginselen wordt in de literatuur vooral daarmee in verband gebracht. Om de gedachten te bepalen

* Mr. J.M. Smits is als assistent in opleiding verbonden aan de Afdeling burgerlijk recht van de Rijksuniversiteit Leiden.

1. Zie zijn dissenting opinion bij *Lochner vs. New York*, 198 U.S. (1905), p. 76.

2. Men vergelijk de openingszin van Willem Frederik Hermans' *Au Pair*, Amsterdam 1989.

wordt in de volgende paragraaf eerst de Anglo-Amerikaanse discussie kort geschetst.

2. EEN ANGLO-AMERIKAANSE DISCUSSIE

Het is in de afgelopen twee decennia vooral de bekende Amerikaanse rechtsfilosoof Ronald Dworkin³ geweest die heeft gewezen op het belang van rechtsbeginselen voor de rechtsvorming. Willen we Dworkin goed begrijpen, dan dienen we eigenlijk eerst aandacht te besteden aan H.L.A. Hart, zijn voorganger in Oxford en degene tegen wie Dworkin zich stelselmatig heeft afgezet. Hart, die als de meest vooraanstaande representant van de zogenaamde positivistische rechtsopvatting heeft te gelden, had in de jaren '50 en '60 betoogd⁴ dat het recht bestaat uit regels die kunnen worden onderscheiden van andere maatstaven door louter formele criteria. Daarmee doelt Hart op criteria die verwijzen naar de manier waarop regels ontstaan, onafhankelijk van hun inhoud. Buiten deze regels om is er geen recht. Dat betekent dat wanneer de rechter zich geconfronteerd ziet met een geval dat niet wordt beheerst door een bestaande rechtsregel, hij geen geldend recht kan toepassen. De rechter moet dan discretionair beslissen en een (dan dus) niet-juridische maatstaf zoeken om een bestaande regel te verduidelijken of een nieuwe regel te vinden. Dat discretionair beslissen doet hij 'in the light of circumstances, between competing interests which vary in weight from case to case'.⁵

De belangrijkste kritiek van Dworkin op dit model is nu geweest dat het niet in overeenstemming is met wat de rechter in de praktijk doet. Bij de rechtsvinding doet de rechter ook een beroep op andere maatstaven dan regels, met name op beginselen; deze zijn wezenlijk

3. Zie vooral zijn opstellen gebundeld in *Taking Rights Seriously*, Cambridge Mass. 1977 en voorts *Law's Empire*, Cambridge Mass. 1986. Een Nederlands overzicht van Dworkin's opvattingen vindt men bijv. bij A. Soeteman, *Machtig recht*, 2e dr., Alphen aan den Rijn 1990, p. 152 v. en dezelfde in de bespreking van Dworkin in *Rechtsfilosofen van de twintigste eeuw* (red. P.B. Cliteur en M.A. Loth), Arnhem 1992, p. 159 v.
4. Zie met name *The Concept of Law*, Oxford 1961. Overigens geeft Dworkin zelf een uitstekende weergave van Harts rechtsopvatting, bijv. in *The Model of Rules* [I], oorspronkelijk 1967, nu in gewijzigde vorm in *The Philosophy of Law*, Oxford 1977, p. 38 v. en in *Taking Rights Seriously*, o.c., p. 14 v.
5. H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, o.c., p. 132.

verschillend van regels die worden gekenmerkt door een 'all-or-nothing fashion': ze zijn van toepassing of niet. Is er geen regel voorhanden, dan is het voor Dworkin te mager om alleen te verwijzen naar de omstandigheden van het geval, zodat de rechter de vrije hand krijgt. De rechter is volgens Dworkin ook gebonden aan principes.⁶ Deze worden gekenmerkt door een 'dimension of weight': in een concreet geval kunnen onderscheidene beginselen in verschillende richtingen wijzen. Essentieel voor Dworkin is nu dat hij ook deze beginselen als recht ziet. Vooral in wat hij noemt 'hard cases', gevallen waarin de oplossing niet zeer voor de hand ligt, zal de rechter zich beroepen op rechtsbeginselen. Meestal zal de rechter inderdaad een regel toepassen, maar in hard cases dient hij terug te vallen op meer algemene maatstaven. Daarbij komt nog de belangrijke omstandigheid dat beginselen voor Dworkin niet op zich zelf staande gegevens zijn, maar dat zij veeleer ook betekenis geven aan regels, die zonder die beginselen niet kunnen functioneren.⁷

Heeft de rechter in het positivistische standpunt discretionaire bevoegdheid (omdat het recht uitputtelijk is), voor Dworkin is er slechts één juist antwoord. Dit is juist omdat het volgens de rechter die het geeft, het best verdedigbaar is. Dat antwoord kan worden gevonden door een model-rechter genaamd Hercules, een rechter 'of superhuman skill, learning, patience and acumen'.⁸ Deze, en in de praktijk moet iedere rechter trachten hem te benaderen, gaat te rade bij het bestaande recht, stelt zich de mogelijke oplossingen voor en kiest uiteindelijk de oplossing die het beste is.

Nogmaals zij gezegd dat het Dworkin vooral te doen is om een methode die meer rekening houdt met wat de rechter in de praktijk doet. Zijn kritiek op het positivistisch model uit zich in de onderscheiding tussen regels en beginselen waarbij beginselen evenzeer recht zijn als regels. Nu is evenwel het eigenaardige dat die scheiding

6. Vgl. voor een verhelderende weergave ook F. Jacobs, *Morele vaagheid en juridische precisie*, R&R 1988, p. 6 v.

7. Vgl. A. Soeteman, *Hercules aan het werk*, AAe 40 (1991) 10 (rechtsbeginselennummer), p. 34. Ook J.H. Nieuwenhuis, *Drie beginselen van contractenrecht*, diss. Leiden 1979, Deventer 1979, p. 39 ziet hier het belang van rechtsbeginselen. Hij formuleert het aldus dat de regels pas van betekenis worden voorzien door de beginselen, anderzijds de beginselen pas herkenbaar worden in en door de confrontatie met de regels.

8. *Taking Rights Seriously*, o.c., p. 105

voor een rechtstheoretische beschouwing misschien van groot belang is, maar dat zij voor de vraag van de rechtsvinding, waarom het dus gaat, veel minder relevantie heeft. Het lijkt nogal paradoxaal dat Dworkin enerzijds terecht wijst op de omstandigheid dat bij de toepassing van de regel steeds beginselen ook een rol spelen, maar anderzijds de regel ter onderscheiding van het beginsel definieert als toepasbaar in een 'all-or-nothing fashion'. Dat laatste zal zijn ingegeven vanuit een behoefte zich af te zetten tegen het regelpositivisme van Hart, maar het is niet zeer consequent. Hoe immers kan de regel zo strikt wel of niet toepasbaar zijn, wanneer steeds ook het meer vage beginsel een rol speelt bij de toepassing?

Opvallend om te zien is dat men zich ook in de Nederlandse literatuur heeft gebogen over Dworkins onderscheid tussen regels en beginselen. Wie echter als Nederlander de geschriften van Dworkin ter hand neemt, kan daarin niet veel nieuws vinden. De discussie zoals die in de Anglo-Amerikaanse wereld wordt gevoerd, gaat veel minder op voor het continentaal-Europese burgerlijk recht. Het benaderen van de regel als toepasbaar in een 'all-or-nothing fashion' is in strijd met de inzichten die met name Paul Scholten de Nederlandse jurist reeds in de jaren twintig deed geworden. Scholten heeft immers reeds toen overtuigend bewezen dat de regel nimmer direct toepasbaar is op een concreet geval en dat steeds weer het oordeel van de rechter nodig is om te bepalen welke regel in hoeverre toepassing vinden kan. Daarbij zal de rechter steun kunnen vinden in de minder toevallig totstandgekomen rechtsbeginselen.⁹ Aan de hand van hen zal de rechter de regels kunnen duiden. In vergelijking met de denkbeelden van Scholten zijn Dworkins beschouwingen niet zeer revolutionair te noemen.

De aandacht die in de Anglo-Amerikaanse rechtswetenschap voor beginselen is ontstaan is overigens wel zeer goed te verklaren. Van oudsher wordt daar immers, veel meer dan vanuit regels, vanuit precedënten gewerkt. In een dergelijk stelsel ligt het voor de hand om tot een opvatting als die van Hart te komen, omdat ieder geval wordt beslist door een vergelijking van eerder besliste gevallen met het hier en nu toevalligerwijs voorliggende. Van daar naar het

9. Zie vooral het Algemeen Deel in de Asser-serie, oorspronkelijk 1931, nu 3e dr. Zwolle 1974. Vgl. Rechtsbeginselen, KNAW-mededeling uit 1935, in Verzamelde Geschriften Deel I, Zwolle 1949, p. 395 v.

oordeel, als van Hart, dat buiten die 'gevalregels' geen recht bestaat, is het niet ver. Dworkins belangrijke amendement is niets meer of minder dan een pogen om meer eenheid te brengen in de in beginsel los van elkaar staande precedentes, dus om de gevalregels met elkaar te verbinden. Uiteraard doet hij daarmee ook meer recht aan de werkelijke gang van zaken bij de rechtsvinding. Beginselen vormen dan de verbinding tussen de precedentes en het nieuwe concrete geval.¹⁰

In de continentaal-Europese rechtswetenschap moet evenwel op wezenlijk andere wijze met beginselen worden omgegaan. Vormen zij in de Anglo-Amerikaanse wereld het bindmiddel tussen gevallen en zijn zij daar het eindpunt van een ontwikkeling, ten onzent is het, hoewel men zich dit maar zelden realiseert, anders. Welke rol beginselen in de Nederlandse rechtswetenschap zouden moeten spelen, zal ik in het navolgende trachten aan te geven. Hiertoe wordt eerst iets gezegd over het karakter van ons burgerlijk recht.

3. HET GESLOTEN SYSTEEM VAN HET BURGERLIJK RECHT

Het burgerlijk recht wordt, anders dan veel andere rechtsgebieden, gekenmerkt door het feit dat het zeer doorwerkt is. Het geheel van leerstukken en begrippen waarmee de civielrechtelijke rechten en verplichtingen van personen over en weer worden vastgesteld, vindt voor een goed deel zijn oorsprong in de Romeinse tijd en heeft een ontwikkelingsgang van eeuwen ondergaan waarin de spankracht van die leerstukken en begrippen steeds weer is getoetst aan de immer wisselende casuïstiek.¹¹ Begrippen als contract, onrechtmatige daad, zaakwaarneming, verzuim en eigendom hebben de praktijk van vele jaren in zich opgenomen.

10. Vgl. P.S. Atiyah, *Pragmatism and Theory in English Law* (The Hamlyn Lectures 1987), London 1987, p. 26 v.

11. Het betreft hier een thema waarop vooral de legendarische Amsterdamse hoogleraar A. Pitlo steeds weer terug kwam. Zie met name *Evolutie in het privaatrecht*, 2e dr., Groningen 1972, p. 188, waar hij een en ander overigens wel relateert. Helaas is de gedachte nooit zeer uitgewerkt. Vgl. evenwel H.R. Hoetink, *Komt aan de historische ontwikkeling een normatieve betekenis toe voor het proces der rechtsvorming?*, oorspr. 1957, thans in *Rechtsgeleerde opstellen*, Alphen aan den Rijn 1982, p. 307 v. Zie ook de Preface bij het machtige boek van Reinhard Zimmermann, *The Law of Obligations; Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Cape Town 1990.

Met dergelijke doorwerkte leerstukken en begrippen kan door de rechtswetenschap op in beginsel twee manieren worden omgegaan. In beide gevallen gaat het om de verhouding tussen het begrippensysteem en de uitspraken zoals die dagelijks door rechters worden gedaan.¹² Dergelijke uitspraken kunnen in de eerste plaats als op zichzelf staand worden gezien. Iedere beslissing kan dan worden beoordeeld op de mate waarin deze rechtvaardig is, gelet op de daarbij betrokken belangen en personen en de omstandigheden van het geval. Het begrippensysteem speelt dan die rol dat men kan *trachten* om de nieuwe uitspraak daarmee in verband te brengen. Is dit niet mogelijk, dan wordt de uitspraak geplaatst buiten het systeem van al eerder bestaande regels.

Men kan het recht echter ook beschouwen als een geheel van uitspraken dat per definitie met elkaar samenhangt. Men benadert het recht (waarbij inbegrepen de individuele uitspraken) dan als ware het samenhangend, als ware het een eenheid. Het gaat er niet om dat de samenhang tussen een nieuw geval en leerstukken er is (dit zou mogelijk zijn in de eerste visie), maar dat iedere uitspraak wordt gezien *alsof* deze in verband staat met iedere andere.¹³ Hangt men een dergelijke visie aan, dan komt niet een gedeelte van de rechtspraak te staan buiten eerder ontwikkelde juridische begrippen. Het systeem bestaat daarin dat er van wordt uitgegaan dat de samenhang er *moet* zijn.¹⁴

Mijns inziens zou de tweede visie als de juiste moeten worden

12. Behalve door een bepaaldheid door traditie, wordt het burgerlijk recht immers ook gekenmerkt door, wat Josef Esser noemt, de 'Autorität von verbindlichen Texten, Gesetzen, Urteilen und deren relevante Kriterien'. Zie zijn *Möglichkeiten und Grenzen des dogmatischen Denkens im modernen Zivilrecht*, oorspr. 1972, thans in *Wege der Rechtsgewinnung; Ausgewählte Aufsätze* (hrsg. Peter Häberle en Hans G. Leser), Tübingen 1990, p. 363 v.
13. Het is interessant om in dit verband nog eens te wijzen op Ronald Dworkin, *Law's Empire*, o.c., p. 228 v. waar hij een instructief voorbeeld gebruikt van de 'Chain of Law'. De rechter moet zich zelf zien als een auteur in de 'chain of common law': 'He knows that other judges have decided cases that, although not exactly like his case, deal with related problems; he must think of their decisions as part of a long story he must interpret and then continue, according to his own judgment of how to make the developing story as good as it can be'.
14. Paul Scholten, sprekend over de eenheid van het recht, bedoelt m.i. niet veel anders wanneer hij zegt: 'De rechtswetenschap maakt van de massa van voorschriften, die haar gegeven zijn, een systeem (...)'. Zie het Algemeen Deel, o.c., p. 45.

aanvaard. Dat heeft te maken met wat ik zou willen noemen het geesteswetenschappelijk karakter van het burgerlijk recht. Dit benadrukt de omstandigheid dat de mens zelve het recht heeft gevormd en dat het onzinnig is om te doen alsof het ons wederom zou kunnen ontglippen door datgene wat er in de maatschappij en door de rechter mee wordt gedaan. Recht is het product van ons eigen denken. Voor de wet mag gelden de uitspraak van de Belgische jurist André Mast dat zij vergelijkbaar is met een schip dat zodra het de werf verlaten heeft een eigen koers vaart die wordt bepaald door de kapitein (lees: de rechter),¹⁵ voor het recht als geheel geldt dit niet. Wil het recht product van menselijk denken blijven, dan dient moeite te worden gedaan om zodra het recht een meer feitelijke wending dreigt te nemen en wordt gepresenteerd in andere termen dan de gebruikelijke, het wederom te plaatsen in verband met wat al eerder was bereikt. Zo wordt het burgerlijk recht gezien als ware het een systeem. In de eerste benadering kan het afzakken tot een meer sociale wetenschap, maar eigen aan burgerlijk recht is dat het nu juist geen 'science sociale' is en dat moeite dient te worden gedaan om het recht recht te laten blijven.

Met het bovenstaande is het burgerlijk recht een in essentie gesloten systeem. Wat hier wordt betoogd is dat in het al bestaande systeem van begrippen en leerstukken de oplossing voor een zich nieuw aandienend geval kan worden gevonden. Dit betekent niet dat de uitkomst steeds dwingend volgt uit het al bestaande, maar dat iedere rechterlijke uitspraak in de al bestaande termen zou *kunnen* worden gegoten, gesteld dat de rechter hier voldoende tijd en energie in zou steken. Ter verduidelijking van dit standpunt kan worden gewezen op de omstandigheid dat het in theorie mogelijk zou zijn om een geheel nieuw systeem van leerstukken en regels op te bouwen. Dit zou evenwel niet zeer vruchtbaar zijn.¹⁶ Het voordeel van formuleringen in termen van de ons bekende leerstukken is immers dat het nu voorliggende geval kan worden vergeleken met wat eerder is

15. Vgl. stelling 10 bij het referaat van M. Storme, De wetgever en de onafhankelijke rechter, uitgesproken op het symposium Gent-Leiden op 11 december 1992.

16. Zie hierover Erich Rothacker, Die dogmatische Denkform in den Geisteswissenschaften und das Problem des Historismus, Akad. der Wissenschaften und der Literatur; Abh. der Geistes und Soz.w. Kl. 1954-6, Mainz 1954, vooral p. 263.

bereikt. De in leerstukken neergelegde ervaring wordt aldus toegankelijk gemaakt voor het in concreto voorliggende probleem.¹⁷

Wat voortvloeit uit deze gedachte is dat zulke algemene termen als goede trouw en redelijkheid en billijkheid een geheel eigen plaats innemen. Zij dienen steeds weer te worden gespecificeerd en in verband gebracht met regels. Hier doemt wel een verschil op tussen de werkzaamheid van de rechter en van de wetenschapper. Voor de rechter kan een begrip als goede trouw de functie van vangnet vervullen, waar het hem toeschijnt dat in het bestaande begrippenapparaat onvoldoende houvast te vinden is. Maar de wetenschap kan hier niet bij stil blijven staan. Deze moet trachten het verband tussen de met behulp van algemene termen gevonden oplossing en het bestaande begrippenapparaat te leggen.

Vraag is wel hoe een dergelijk gesloten systeem zich verhoudt tot het 'open systeem' van bijvoorbeeld Paul Scholten. Dit ziet daarop dat het recht nooit af is maar dagelijks verandert met de toepassing. Wanneer de beslissing nooit direct volgt uit het systeem, voegt de beslissing immers iets toe aan dat systeem.¹⁸ Dit komt volgens Scholten het beste tot uitdrukking door te spreken van een open systeem. Met een dergelijke term wordt echter — en dat realiseert Scholten zich onvoldoende — wel uitgegaan van het perspectief van de rechter, die steeds weer moet beslissen¹⁹ en daarbij niet voldoende heeft aan het systeem zoals dat tot op het beslissingsmoment bestaat. Maar wil het recht systeem blijven — en dan wisselt het perspectief naar dat van de systematicus-wetenschapper — dan moet de nieuwe 'toevoegende' beslissing weer wel in de bekende termen worden geformuleerd. En in die zin kan, enigszins provocerend, evengoed van een gesloten systeem gesproken worden.²⁰

17. Vgl. ook Franz Wieacker, Zur rechtstheoretischen Präzisierung des § 242 BGB, oorspr. 1956, thans in *Ausgewählte Schriften Band 2* (hrsg. Dieter Simon), Frankfurt am Main 1983, p. 195 en P.S. Atiyah, *Pragmatism and Theory in English Law*, o.c., p. 34. Recent heeft ook J.M. Barendrecht deze gedachte benadrukt. Zie zijn *Recht als model van rechtvaardigheid*, diss. Tilburg 1992, Deventer 1992, bijv. p. 63 v.

18. *Algemeen Deel*, o.c., p. 76.

19. Tenslotte geldt, en dat is zeer relativerend, nog steeds datgene waarmee Benjamin Cardozo in 1921 zijn *The Nature of The Judicial Process* (33rd pr., New Haven 1974, p. 9) begon: 'The work of deciding cases goes on every day in hundreds of courts throughout the land'.

20. Terzijde: behalve een relativering van de term 'gesloten' zou men zich ook nog

4. WAAROM EN HOE BEGINSLEN VAN BELANG ZIJN IN DIT 'GESLOTEN SYSTEEM'

Wenst men de hier voorgestane visie te aanvaarden als weergevend wat het Europees burgerlijk recht is, en het bovenstaande is gepresenteerd als een visie op wat burgerlijk recht reeds is, niet op wat het nog moet worden, een wetenschap dus gericht op de herijking van aloude leerstukken, dan is de vraag welke rol rechtsbeginselen nog kunnen spelen. Wanneer het immers mogelijk is om steeds weer terug te vallen op eerder ontwikkelde begrippen, wat kan dan logischerwijs gesproken nog de betekenis van beginselen zijn?

In de literatuur wordt de betekenis van beginselen over het algemeen in het positieve geformuleerd. Het merendeel der auteurs dat zich waagt aan een definiëring van het begrip rechtsbeginsel wijst op het onderscheid met de regel. Men neemt dan aan dat het beginsel principieel of gradueel van de regel is te onderscheiden.²¹ Wanneer we ons realiseren dat het bij vermogensrechtelijke beginselen gaat om de problematiek van de rechtsvinding, heeft het principieel onderscheiden tussen regels en beginselen weinig zin. Uiteindelijk zijn regels en beginselen maatstaven op een glijdende schaal waarover, nu de rechtsvinding uit de aard der zaak niet te reglementeren is, op voorhand weinig valt te zeggen. Uit iedere regel kan een er aan ten grondslag liggend beginsel worden afgeleid waar dit door de rechter gewenst is. Men heeft het dan inderdaad over een maatstaf die als dragende factor van het recht kan worden gezien, zoals over het beginsel terecht steeds wordt opgemerkt,²² en die de minder

af kunnen vragen of de term 'systeem' wel zo gelukkig is. In de eerste plaats zegt de term niet veel meer dan dat er *enigerlei* samenhang moet zijn; waarop die precies gericht is, blijft in het midden. In de tweede plaats kan men het in de hier voorgestane rechtsofvatting ook wel stellen zonder samenhang tussen leerstukken onderling, zolang ieder specifiek leerstuk maar voldoende uitgewerkt is en houvast biedt bij de beoordeling van een nieuw geval.

21. Principieel bijv. Paul Scholten, *Algemeen Deel*, o.c., p. 62 v., Josef Esser, *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, 3. Aufl., Tübingen 1974, p. 95 en de reeds aangehaalde Ronald Dworkin; gradueel bijv. G.J. Scholten, *Rechtsbeginselen en rechtsregels. Scheiden schaadt*, in *Rechtsbeginselen*, Zwolle 1980, p. 3 v., A. Soeteman, *Hercules aan het werk*, o.c., p. 28 v. en Robert Alexy, *Rechtsregeln und Rechtsprinzipien*, in *ARSP 1985*, Beiheft 25, (ed. N. MacCormick e.a.), p. 13 v.
22. Bijv. door Karl Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 3. Aufl., Berlin 1975, p. 207. P. Bellefroid, *Beschouwingen over rechtsbeginselen*, Meded.

concrete maatstaven met elkander in verband brengt en verduidelijkt. Maar men dient zich wel steeds te realiseren dat dit beginsel reeds aanwezig was in het geheel van regels zoals neergelegd in wetboek of jurisprudentie. Het werd alleen niet als zodanig herkend.²³ De — letterlijke — ontdekking vond eerst plaats toen het als directe basis voor de oordeelsvorming ging dienen. Want pas op dat moment zal het werkelijk als beginsel aanvaard worden. Zo bezien heeft de opkomst van beginselen in het continentale rechtssysteem alles te maken met de omstandigheid dat de meer concrete maatstaven in de vorm van regels niet langer voldeden.

Maar wanneer dit waar is, dan kan het beginsel, behalve dat er positief van kan worden gezegd dat het een minder concrete maatstaf dan de regel betreft, ook in het negatieve worden gedefinieerd. Waar de regel niet langer voldoet, komt het beginsel op. Beginselen vervullen dan de rol van een soort 'achtervanger'. Onder het meer concrete recht gelegen waarden komen naar boven en aan de hand van hen wordt recht gedaan. Dit betekent dat beginselen tweeërlei functie krijgen.

In de eerste plaats geven zij de rechter de mogelijkheid om in het concrete geval botsende belangen tegen elkaar af te wegen en aldus recht te doen op een meer zeggende, en dus beter legitimerende wijze dan het geval is bij een directe fundering in de goede trouw of in de redelijkheid en billijkheid. Liever dan direct te verwijzen naar dergelijke algemene formules zal de rechter zich beroepen op de in het gegeven geval spelende, en vaak aan elkaar strijdige, beginselen. Dit betekent wel dat de betekenis van beginselen voor het proces der rechtsvinding niet zo groot is als men het wel doet voorkomen. Beginselen worden door de rechter dan vooral naar voren gebracht als ad hoc rechtvaardiging voor het oordeel in een concreet geval, waar andersoortige normen geen uitkomst bieden.²⁴ Met een para-

Kon. VI. Ac. der Wetensch., Lett. en Sch. K., Klasse der Letteren 1946-7, p. 5, spreekt van 'de zuilen der rechtsorde'. Vgl. het overzicht bij P.B. Cliteur, *Conservatisme en cultuurrecht*, diss. Leiden 1989, Amsterdam 1989, p. 456 v.

23. Vgl. Paul Scholten, *Rechtsbeginselen*, o.c., p. 403 en bijv. ook M.A. Eisenberg, *The Nature of the Common Law*, Cambridge Mass. 1988, p. 78 v.

24. In dezelfde zin op staatsrechtelijk gebied R.J. Jue, *Nogmaals, constitutionele rechtsvorming en rechtsbeginselen*, R&R 1988, p. 39. Ook relativerend over de rol van beginselen is P.W. Brouwer, *Samenhang in recht*, diss. Leiden 1990, Groningen 1990, p. 28.

frase op Hedemann zou men kunnen spreken van een ‘vlucht in de principes’. In die zin zijn beginselen zeer wel vergelijkbaar met de zogenaamde topoi, gezichtspunten van erkend belang, die eveneens de rechter de mogelijkheid bieden om in een vrije afweging tot een rechtvaardig resultaat te komen.²⁵

In de tweede plaats, en nu komen we toe aan de vraag zoals die aan het begin van deze paragraaf is gesteld, kan er, gelet op wat eerder is verdedigd voor ons burgerlijk recht, op worden gewezen dat beginselen een absorberende rol vervullen. Wanneer in de rechtspraak naar hen wordt verwezen, wordt niet teruggevallen op recht in de vorm van doorwerkte begrippen en leerstukken. Dit is om de eerder uiteengezette redenen niet zeer efficiënt. Het maakt de beginselen tot de vampieren van het recht. Zij zuigen het bloed weg uit de leerstukken die, in plaats van herijkt te worden met de in nieuwe uitspraken neergelegde ervaring, nu komen te staan naast een nieuw op beginselen gebouwd recht.

Aldus zal enerzijds de rechter beginselen gebruiken om tot een oplossing te komen waar het hem voorkomt dat op het bestaande begrippenapparaat niet kan worden teruggevallen, anderzijds zijn beginselen in het voorgestane gesloten systeem niet geheel op hun plaats. Deze impasse wordt doorbroken wanneer het ‘beginsel-recht’ wederom in verband wordt gebracht met het oudere, meer materiële recht. De vraag of dat mogelijk is heeft alles te maken met een andere vraag, namelijk die of in het recht de natuur sterker kan zijn dan de leer.

5. KAN DE NATUUR STERKER ZIJN DAN DE LEER?

Dat, wanneer men zich maar voldoende inspanning getroost, op het bestaande recht steeds kan worden teruggevallen ter beoordeling van het nieuwe concrete geschil, zal menigeen als vreemd voorkomen. Juist eigen aan situaties waarin aan beginselen of aan andere vage normen een meer prominente rol wordt toegekend, is dat een terugval op bestaande leerstukken niet mogelijk is, zo kan immers de

25. Vgl. J.H. Nieuwenhuis, *Confrontatie en compromis*, Deventer 1992, p. 109 v. Zie kritisch over de rol van de topiek in het recht T.D. de Groot, Theodor Vihweg: de omstrede actualiteit van de topika in de rechtstheoretische discussie, R&R 1988, p. 88 v.

kritiek luiden. Niet voor niets wordt naar andere maatstaven verwezen.

Deze kritiek nu zou hout snijden wanneer het recht een sociale wetenschap zou zijn. In dat geval richten we ons immers naar wat in de praktijk met het recht gebeurt en wanneer we zien dat rechters steeds meer een beroep doen op beginselen, leggen we ons daar zonder veel problemen bij neer. Eerder heb ik echter betoogd dat de rechtswetenschap tot de geesteswetenschappen behoort en dat dit betekent dat niet zonder problemen een dergelijke passieve houding kan worden aangenomen. Het gaat hier om de vraag of de natuur sterker kan zijn dan de leer. Er zijn er die menen dat dit voor het recht het geval is. Men kan wel trachten regels op te stellen, maar de rechter gaat in de praktijk zijn gang toch wel.²⁶ Hij doet op rechtvaardige wijze recht in de omstandigheden van het geval. Tegen een dergelijke opvatting dient mijns inziens krachtig stelling te worden genomen. Ziet men recht als geesteswetenschap, dan gaat idealiter de leer voorop en voegt de rechter zich daarnaar.²⁷ Dat men zich in de praktijk soms inderdaad niets aantrekt van bestaande begrippen en een beroep doet op bijvoorbeeld beginselen vindt zijn oorsprong daarin dat de rechter meent onvoldoende te hebben aan het begrip-
penapparaat zoals dat eerder is ontwikkeld.

De plaats van beginselen in een 'gesloten systeem' wordt nu verklaard door uit te gaan van een scheiding van de werkzaamheid van rechter en wetenschapper. Dat de rechter zich de spankracht van begrippen onvoldoende realiseert, valt hem maar moeilijk te verwijten. De rechter dient slechts het concrete geval te beslissen en wanneer hij niet krijgt aangedragen hoe dat op een andere manier zou kunnen, rest hem weinig anders dan terug te vallen op algemene normen. Maar het is de wetenschap die tot taak heeft om steeds weer het verband te leggen tussen een nieuw beslist geval en wat reeds eerder is bereikt. Doet deze dit op adequate wijze, dan kan de rechter daar de vruchten van plukken en is hij niet genoodzaakt terug te vallen op algemene concepten. Schiet de wetenschap tekort, dan ontstaat een zichzelf versterkende tendens: want hoe meer gevallen

26. Aldus bijv. J.M. van Dunné, *Het zakenrecht als open systeem (van verbintenissen)*, In het nu, Wat worden zal (Schoordijk-bundel), Deventer 1991, p. 45.

27. Vgl. in meer algemene zin ook H.C.F. Schoordijk, *De Nederlandse rechtscultuur vergeleken met de Anglo-Amerikaanse*, Rede Antwerpen 1988, thans in *Verspreid Werk*, Deventer 1991, p. 513 v.

buiten het al bestaande om worden beslist, des te geïsoleerder raakt het oude recht en des te kleiner is de kans dat de rechter dáár nog aansluiting bij kan zoeken. In dat geval ontstaan twee rechtssystemen naast elkaar²⁸ en dat is, ik zei het al eerder, inefficiënt omdat we dan niet ten volle gebruik maken van wat het recht aan ervaring in zich draagt.

Het wordt tijd voor een afronding van dit, in verband met de beschikbare ruimte noodzakelijkerwijs te kort verhaal. In de Anglo-Amerikaanse wereld is men vanuit de hegemonie van de precedentes gekomen tot een minder pragmatisch recht door de afzonderlijke gevallen aan de hand van principes met elkaar te verbinden. De 'Age of Principles' lijkt echter alweer over zijn hoogtepunt heen te zijn. Men gaat weer terug naar het 'pragmatism',²⁹ naar het recht doen in de omstandigheden van het geval. De ook aan het begin van dit artikel aangehaalde Oliver Wendell Holmes drukte zijn afkeer van beginselen aldus uit dat de beslissing van de rechter 'will depend on a judgment or intuition more subtle than any articulate major premise'.³⁰ Hier werd betoogd dat in continentaal-Europa de omstandigheden van het geval nooit voldoende legitimatie bieden voor die 'judgment or intuition'. Wij bezitten de mogelijkheid om terug te vallen op een doorwerkt, maar steeds weer te herijken begrippen-systeem. Laten we er gebruik van maken.

28. Vgl. ook Josef Esser, *Grundsatz und Norm*, o.c., p. 218 v.

29. Zie vooral P.S. Atiyah, *From Principles to Pragmatism: Changes in the Function of the Judicial Process and the Law*, inaugural lecture Oxford 1978, nu in *Iowa Law Review* 65 (1980), p. 1249 v. Vgl. de kritiek van Julius Stone, *From Principles to Principles*, *LQR* 97 (1981), p. 224 v.

30. *Lochner vs. New York*, t.a.p.