



Universiteit
Leiden

The Netherlands

Het vertrouwensbeginsel en de contractuele gebondenheid : beschouwingen omtrent de dogmatiek van het overeenkomstenrecht

Smits, J.M.

Citation

Smits, J. M. (1995, November 14). *Het vertrouwensbeginsel en de contractuele gebondenheid : beschouwingen omtrent de dogmatiek van het overeenkomstenrecht*. Gouda Quint BV, Arnhem|Department of Private Law, Faculty of Law, Leiden University. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/12296>

Version: Corrected Publisher's Version
License: [Licence agreement concerning inclusion of doctoral thesis in the Institutional Repository of the University of Leiden](#)
Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/12296>

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

Hoofdstuk I

Regel en geval in het burgerlijk recht

1. TWEE BENADERINGEN: REGEL EN GEVAL IN HET RECHT

1.1 Inleiding

Het is een glibberig terrein dat moet worden betreden wanneer men zich wil verdiepen in de relatie tussen regel en geval in het recht.¹ Het is het domein van de rechtsfilosofie en dat schept nogal wat problemen voor de doorgaans niet overdreven wijsgerig aangelegde civilist. Wanneer uitspraken moeten worden gedaan over de kloof tussen abstract (regel-) recht en de rechtstoepassing in het concrete geval, ontkomen we er echter niet aan toch op het vraagstuk in te gaan. De relatie regel-geval kan nu eenmaal worden gekarakteriseerd als één der centrale vragen van de rechtswetenschap.² Door de wisselwerking van regel en geval is het recht in staat zich te ontwikkelen en dat is juist in het burgerlijk recht, waar immers wordt gewerkt met vaak oude leerstukken die steeds weer moeten worden aangepast aan de zich veranderende feitelijke omstandigheden, een belangrijk gegeven. Hier zal worden getracht om zoveel mogelijk de aansluiting bij het door juristen gehanteerde taalgebruik te behouden. Voorkomen moet immers worden dat de niet-filosoof reeds in een vroegtijdig stadium afhaakt.

De vraag waarnaar onze belangstelling meer in het bijzonder uitgaat is die naar de rol die bij de rechtsvinding toekomt aan eerder ontwikkelde regels of leerstukken (deze laatste in de zin van complexen van met elkaar samenhangende regels³). Speelt het leerstuk in het geheel geen rol, dan

1. Men vgl. heel algemeen Christoph Gusy in zijn belangwekkende artikel 'Wirklichkeit' in der Rechtsdogmatik, JZ 1991, p. 215. Hij spreekt van een 'Kluft' tussen norm en feit, die aldaar gelijk kunnen worden gesteld aan regel en geval. Een definitie van geval en regel is in dit hoofdstuk nog niet nodig; zie daartoe nader hoofdstuk II.
2. Op een wat algemener niveau betreft het hier ook de vraag naar de relatie tussen recht en maatschappij en de invloed van maatschappelijke wijziging op het recht. Terecht stelt rechtshistoricus Alan Watson, *Legal Change: Sources of Law and Legal Culture*; in: *Legal Origins and Legal Change*, London etc., 1991, p. 69 dat over dit toch zo belangrijke punt weinig is geschreven.
3. De term 'leerstuk' zal *infra*, hoofdstuk II, § 5.1.2 nog nader worden gedefinieerd. De daar gegeven omschrijving verschilt echter niet van de hier gebruikte.

betekent dit dat we te maken hebben met een op zichzelf staand geval (met een daarvoor specifiek geschreven oplossing). Komt wel betekenis toe aan de regel, dan staat het geval toch nooit helemaal los, maar is op zijn minst gedeeltelijk ingebed in het bestaande regelsysteem. Zo bezien vormt het geval het relatief tegendeel van de regel.

De rechtsfilosoof zal zich dan onmiddellijk afvragen of het wel mogelijk is om een scheiding aan te brengen tussen norm en geval, voor zover dat laatste samenvalt met enige 'feitelijkheid'.⁴ Zijn redenering is dan deze dat het onmogelijk is om los van een norm iets als feit te zien. 'De' werkelijkheid bestaat immers niet; die is indifferent. Steeds is een norm nodig om de werkelijkheid te duiden. Populair gezegd: 'feiten zijn geen feiten'. Dit is juist, maar niet in strijd met het bovenstaande. In het recht gaat het er om zoveel mogelijk de feitelijkheid (lees: het geval) onder een bepaalde norm te brengen. Dit geschiedt met het oog op het doel van het recht, het verwezenlijken van de gerechtigheid in het maatschappelijk leven.⁵ Men zal met het oog daarop die feiten selecteren die een toepassing van de gewenste norm rechtvaardigen.

In het overeenkomstenrecht is dit vaak niet moeilijk omdat partijen in het contract zelve al bepaalde bewoordingen gebruiken die zijn geformuleerd met het oog op de toepassing van een bepaalde regel. Het syllogisme kan dan gemakkelijk toepassing vinden. Wanneer partijen bijvoorbeeld een regeling ten aanzien van het verzuim opnemen in hun overeenkomst, kan in geval van een geschil aansluiting worden gezocht bij de wettelijke regels terzake. Maar deze stijl van rechtsvinding gaat niet altijd op. Waar men de werkelijkheid niet langer onder een eerder bestaande norm kan brengen, is een andere methode nodig. Ziet de rechtsvinder geen reden om een bestaande norm toepassing te doen vinden, dan is hij aangewezen op een 'open' belangenafweging in het concrete geval. In beide gevallen is echter mogelijk om te onderscheiden tussen geval en daarop toe te passen norm. De rechtsregels zijn geen copieën van het maatschappelijk leven.⁶ Dat kan ook moeilijk anders, want was de feitelijkheid niet verschillend van de norm, dan zou het onzinnig zijn om überhaupt van een norm te spreken.

Maar welke betekenis heeft de maatschappelijke werkelijkheid in de vorm van een voorliggend geval dan wel? Wanneer het gaat om het vaststellen van civielrechtelijke rechten en verplichtingen is het sinds het begin van de negentiende eeuw zo geweest dat men aan de hand van gecodificeer-

4. Dat is echter een boude bewering. Onzes inziens zijn 'feiten' in het recht altijd normatief geladen om de eenvoudige reden dat zij in een juridische context worden gehanteerd.

5. Constantin Tsatsos, *Zum Verhältnis von Gerechtigkeit und positivem Recht*, in: *Festschrift für Karl Larenz zum 80. Geburtstag*, München 1983, p. 649.

6. Vgl. F.G. Scheltema, *De betrekkelijke waarde van rechtsconstructies*, rede 's-Gravenhage 1927, in: *Verspreide Geschriften*, Groningen etc. 1953, p. 17.

de regels trachtte (en er in de regel ook in slaagde) tot het oordeel van gebondenheid te komen. Daarin is verandering gekomen toen men in begon te zien dat men aan de enkele regel niet voldoende had om een beslissing te geven. Het heeft geleid tot een allengs groter wordende nadruk op het geval en daarmee op de (meer vrijelijk vloeiende) werkelijkheid. Twee visies op de verhouding tussen norm en geval kunnen daarmee thans worden onderscheiden.⁷

1.2 Het primaat van de norm

In de eerste visie, heersend in de jaren na de grote negentiende-eeuwse codificaties,⁸ ligt de nadruk op een al eerder ontwikkelde regel of een eerder ontwikkeld leerstuk. Regels en leerstukken bevatten normen die beogen om de werkelijkheid op een bepaalde wijze te zien, dat wil zeggen beogen de voor het gegeven geval meest juiste, dus meest rechtvaardige, verhouding te tonen.⁹ De civielrechtelijke rechten en verplichtingen vloeien voort uit de norm zelve. Aan de feiten komt dan geen normstellende kracht toe omdat alle mogelijke omstandigheden waarmee rekening moet worden gehouden bij de beslissing van het concrete geval al in de regel zijn verwerkt. Aan een recht doen aan andere omstandigheden dan die, in de regel genoemd, bestaat zo geen behoefte en de regel behoeft slechts op het geval te worden toegepast.¹⁰ Het betreft hier een opvatting die in 1857 zeer pregnant is verwoord door de (jonge) Rudolph Jhering:¹¹

‘Eine Jurisprudenz, die seit Jahrtausenden arbeitet, hat die Grundformen oder Grundtypen der Rechtswelt entdeckt, und innerhalb ihrer verläuft auch jede fernere Bewegung, so sehr sie im

7. Beide worden wel op verschillende wijzen aangeduid. Noel Dermot O'Donoghue spreekt in zijn historisch getint artikel *The Law Beyond the Law*, *American Journal of Jurisprudence* 18 (1973), p. 150, van 'legalism' en 'situationism'.

8. Vgl. R. Foqué en A.C. 't Hart, *Instrumentaliteit en rechtsbescherming; grondslagen van een strafrechtelijke waardendiscussie*, Arnhem etc. 1990, vooral p. 39 v. Dat deze visie heersend was, betekent niet dat niet ook andere opvattingen werden aangehangen. Ik beoog hier slechts een bepaalde rechtsopvatting weer te geven die overeenkomt met in genoemde periode bestaande paradigma's, zelfs wanneer die opvatting in die vorm nooit werkelijk heeft bestaan. Een in de juridische literatuur niet ongebruikelijke techniek; zie bijv. Ronald Dworkin, *Law's Empire*, Cambridge Mass. etc. 1986, p. 94 v.

9. Vgl. ook Matthias E. Storme, *De invloed van de goede trouw op de kontraktuele schuldvorderingen*, [Brussel 1990], no. 11 v.

10. Vgl. over de ideologie van rechtstoepassing, samenvallend met de continentale voorstelling van een systeem Josef Esser, *Zur Methodenlehre des Zivilrechts*, oorspr. 1959, in: *Wege der Rechtsgewinnung; Ausgewählte Aufsätze*, Tübingen [1990], p. 309.

11. Unsere Aufgabe, oorspr. 1857, in: *Gesammelte Aufsätze aus den Jahrbüchern für die Dogmatik des heutigen Römischen und Deutschen Privatrechts*, Bd. I, Jena 1881, p. 14.

14. Vgl. ook Josef Esser, *Möglichkeiten und Grenzen des dogmatischen Denkens im modernen Zivilrecht*, *AcP* 172 (1972), p. 97, die spreekt van een autarke dogmatiek.

Übrigen von der bisherigen divergieren möge; eine gereifte Jurisprudenz läßt sich nicht mehr durch die Geschichte in Verlegenheit bringen'.

Zodra de begrippen voldoende zijn uitgekristalliseerd, spelen de feiten geen andere rol meer dan die van voorwaarden voor de toepassing van de norm. Aan de feiten van welk geval dan ook, wordt voldoende recht gedaan door de bestaande normen. Jhering zelf maakte ter verduidelijking van zijn opvatting een vergelijking met het dierenrijk. Hoe uitzonderlijk en hoe afwijkend het maatschappelijk verkeer in de toekomst ook voort zou schrijden, de zorg dat het wat zou kunnen brengen dat niet onder een van de bestaande begrippen zou vallen, is net zo ongegrond als dat nog dieren ontdekt zouden worden die niet in het zoölogisch classificatie-systeem zouden passen.

Men begripte dit goed: wat Jhering zegt is niet dat er geen nieuwe situaties meer kunnen ontstaan, dus situaties die afwijken van hetgeen men voordien gewend was. Hij zegt slechts dat de maatschappelijke werkelijkheid nooit behoefte kan hebben aan andere regels dan die reeds bestaan of daarop voortbouwen. Er is een juridisch relevante regel te vinden voor ieder geval dat aan de rechter wordt voorgelegd. En is die regel nog niet expliciet geformuleerd, dan kan dat alsnog geschieden door een logische inductie en deductie uit al wel geformuleerde regels.¹² Aldus overheerst het recht de werkelijkheid, die slechts 'passief' is. Op het gesloten systeem van begrippen heeft zij geen enkele invloed.¹³

Wat ons vooral interesseert is hoe de relatie tussen geval en regel is in bovengenoemde leer. Het accent van de juridische arbeid ligt in deze opvatting op het kwalificeren van de feiten met het oog op een van de al bestaande rechtscategorieën of leerstukken. Dit betekent dat aan de bijzondere kenmerken van een bepaalde situatie geen betekenis kan worden toegekend omdat de regel met die bijzondere kenmerken nu juist geen rekening houdt: de feiten hebben hier geen enkele normstellende kracht. Dit mechanisch denken kan leiden tot een onrechtvaardige uitkomst en dat is dan ook de reden van de slechte naam die deze 'Begriffsjurisprudenz' heeft gekregen.¹⁴ Door inductie en deductie afgeleide regels hebben gelding voor een bepaald geval zonder dat wordt gekeken naar wat in die situatie maatschappelijk gewenst en rechtvaardig is. Aan een belangenaf-

12. Een 'Vermehrung des Rechts aus sich selbst' of 'Wachsthum von innen heraus', *Geist des Römischen Rechts*, Bd. I, p. 26. Vgl. over Jherings methode ook M.A. Loth, *De geest van Begriffsjurisprudenz*, *RMTh* 1990, p. 3 v.

13. Vgl. Spiros Simitis, *Die faktischen Vertragsverhältnisse*, Frankfurt am Main [1957], p. 6.

14. Kirchmann sprak al in 1847 van de neiging om 'die Bildungen der Gegenwart in die wohlbekannten Kategorien erstorbener Gestalten zu zwingen'. Zie ook J.M. van Dunné, *Riskante Rechtsvindung*, rede Rotterdam 1974, Deventer 1974, p. 21.

weging in concreto komt men niet toe: men meent aan de regel al voldoende houvast te hebben.¹⁵

Het betreft hier een opvatting waarin met het syllogisme zeer wel uitgekomen kan worden bij het zoeken én legitimeren van de beslissing.¹⁶ De rechtsvinding vormt geen probleem omdat er een naadloze aansluiting is tussen het geval dat voorligt en de juridische categorie waarin dat geval moet worden ondergebracht. Door enkele subsumptie van enkele uit het geval geselecteerde feiten onder de norm wordt het aan die norm verbonden rechtsgevolg opgelegd. Dat nu juist die voor de toepassing van de norm relevante feiten worden geselecteerd en niet andere hangt samen met juist de idee dat alle recht al beschreven is in de norm. Aan een recht doen aan niet in de norm geïncorporeerde elementen bestaat geen behoefte.¹⁷

In deze opvatting is de overeenkomst een abstracte categorie die niet van betekenis kan veranderen in haar verhouding tot de werkelijkheid. Het is de vrije wil die als enige norm in staat is om rechtsgevolgen te bewerkstelligen¹⁸ en indien die wil niet aanwezig is, zal contractuele gebondenheid uit moeten blijven. Uiteraard zal de aanwezigheid ener wil praktisch steeds kunnen worden gefingeerd waar dat gewenst is, maar naar de vorm blijft hij de enige factor van betekenis.

Een goed begrip van bovenstaande visie wordt pas verkregen wanneer we er een andere tegenover stellen. Op welke wijze, behalve door de nadruk op de norm te leggen, kan de gerechtigheid nog meer geconcretiseerd worden? Hiertoe richten we ons op het andere uiterste.

15. De parafrase van Jhering die J.H. Nieuwenhuis, *Uit de ban van hier en nu*, oratie Tilburg 1980, Deventer 1980, p. 95 geeft is dan ook niet geheel zuiver. Een overgangsvorm, opgekomen in de maatschappelijke werkelijkheid, kan weliswaar, zoals Nieuwenhuis stelt, door de leer worden geschrapt, maar het oordeel *dat* sprake is van een overgangsvorm gaat nog daaraan vooraf. In de prototype-versie van deze ene uiterste visie is het onmogelijk om zelfs maar van een overgangsvorm te spreken. Men komt daar eenvoudigweg niet aan toe.

16. Vgl. Franz Bydlinsky, *Möglichkeiten und Grenzen der Präzisierung aktueller Generalklauseln*, in: *Rechtsdogmatik und praktische Vernunft* (Wieacker-Symposium), Göttingen 1990, p. 198. Vgl. Franz Wieacker, *Zur praktischen Leistung der Rechtsdogmatik*, oorspr. 1970, in: *Ausgewählte Schriften*, Bd. 2, Frankfurt am Main 1983, p. 65, die ook wijst op het tegendeel: het is onmogelijk om nieuwe waardenafwegingen door subsumptie te beslissen.

17. Overigens heeft het syllogisme zich ontwikkeld uit de praktijk van het proces dat plaatshad in spraak en tegenspraak. De gebruikte elementen werden bij codificatie in regels ingebracht. Vgl. Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, p. 577 en 596 v.

18. Vgl. Fritz Brecher, *Scheinbegründungen und Methodenehrlichkeit im Zivilrecht*, in: *Festschrift für Arthur Nikisch*, Tübingen 1958, p. 239.

1.3 Het primaat van de feiten

In een tweede visie ligt alle nadruk op (de feiten van) het geval. Vertegenwoordigers van deze richting zijn de auteurs die zich voorstander noemen van een, paradoxaal zo aangeduide, 'normatieve uitleg'. De visie gaat er van uit dat de feiten van een geval voor zichzelf kunnen spreken en dat op grond van die feiten tot een juridisch relevante oplossing kan worden gekomen. Het gaat er dan om de feiten van het geval zo uit te leggen dat zij de meest juiste, rechtvaardige, verhouding tussen partijen tonen. Die verhouding moet steeds worden geduid in de aan de feiten toe te kennen rechtsgevolgen, is met andere woorden gericht op het doen vaststellen van gebondenheid. Was het bij de eerste visie zo dat in een gegeven geval op zoek werd gegaan naar de daarop toe te passen regel (die dan de rechtsgevolgen verwoordde), in de normatieve leer staat centraal het vaststellen van rechtsgevolgen *als doel op zichzelf*, waarbij regels een beperkte, nog nader te beschouwen, rol vervullen.

Het is verleidelijk om te stellen dat deze weergave van de normatieve visie al te tendentiekus is. Alsof de feiten voor zichzelf zouden kunnen spreken! Toch is dat niet het geval. De hier bedoelde bewoordingen worden door de 'normativisten' zelf gebruikt. Karakteristiek is ook de meermalen door hen gebezigde bewering als zou de natuur sterker zijn dan de leer:¹⁹ de juristen, en met name de wetgever, kunnen wel regels opstellen maar de rechter doet toch wel recht naar het geval zonder zich veel aan die regels gelegen te laten liggen. Het trachten de rechtvaardigheid in regels te vangen is een onmogelijke opgave, het nastreven daarvan volgens de normativisten dus tamelijk zinloos. Het leven zelf maakt een ordening.²⁰

Maar hoe nu kunnen de feiten voor zichzelf spreken? Is dat niet een onmogelijkheid wanneer we aanvaarden het eerder gestelde, dat feiten geen feiten zijn en dus slechts kunnen worden begrepen in het licht van een norm? Inderdaad laten ook de normativisten zich iets gelegen liggen aan het bestaan van normen. Welke normen dat zijn, wordt duidelijk wanneer

19. Vgl. bijvoorbeeld J.M. van Dunné, Het zakenrecht als open systeem (van verbintenissen), in: *In het nu, wat worden zal* (Schoordijk-bundel), Deventer 1991, p. 45 en H.C.F. Schoordijk, *Het algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht naar het Nieuw Burgerlijk Wetboek*, Deventer 1979, p. 21.

20. Vgl. I. Henri Hijmans, *Het recht der werkelijkheid*, Haarlem 1910, p. 25: 'Wijd open gaan de deuren onzer gevangenis, en wij aanschouwen de bloeiende landouwen der werkelijkheid, wij zien de maatschappij gelijk zij leeft en werkt. Zoals die werkelijkheid zich aan onze zintuigen voordoet, zoals zij onze waarneming tot ervaring doet rijpen, zo is zij voor ons de bron van het in haar gelegen recht'. Vgl. Günther Haupt, Über faktische Vertragsverhältnisse, in: *Festschrift der Leipziger Juristenfakultät für Heinrich Siber*, Bd. II, Leipzig 1943, p. 28.

we ons richten op wat als het 'battlefield' van de normativisten kan worden beschouwd: het contractenrecht.

Bij de toepassing dan op het vraagstuk van de gebondenheid aan de overeenkomst, stelt Van Dunné, voor Nederland de meest uitgesproken normativist,²¹ zich te weer tegen de methode, door hem als 'historisch-psychologisch' betiteld, waarin uitleg het vaststellen van de wil van de handelende persoon is, anders dan in zijn methode waarin het gaat om het vaststellen van het rechtsgevolg, van de 'rechtsbetekenis van een feitelijke handeling',²² dus om toerekening. Het verschil ligt in het voorwerp van de uitleg: in het eerste geval is dat de wil, in het tweede de handeling. Bekend is Van Dunné's omschrijving van de rechtshandeling als:²³

'een handeling verricht door een persoon, bestaande in een doen of niet-doen, waardoor krachtens de normen van het geldend recht — gezien de aard van de handeling, de omstandigheden waaronder, en de wijze waarop zij tot stand kwam — rechtsgevolgen ontstaan die de handelende toegerekend worden'.

Welke zijn de normen van het geldend recht? De normativisten laten hier weinig onduidelijkheid over bestaan: de norm van de goede trouw, ook wel aangeduid als vertrouwensleer,²⁴ is de enige norm waarom het gaat²⁵ bij het vaststellen van de rechtsgevolgen. Het recht wordt daarmee teruggebracht tot één algemeen principe dat toepassing vindt in iedere situatie²⁶ waarin de vraag naar gebondenheid voorligt.²⁷

Juist omdat door de normativisten zozeer de nadruk wordt gelegd op de betekenis van het geval ('ius in causa positum') en op de beslissing aan de hand van de goede trouw, neemt de normatieve uitleg een plaats in aan het andere einde van het spectrum regel-geval. Er kan in deze visie dan weinig méér gezegd worden dan dat de in casu spelende norm in de concrete

21. Zie ook H.C.F. Schoordijk, bijv. *Het algemeen gedeelte*, p. 21 en Derogerende werking van de goede trouw en openbare orde, *WPNR* 6082 (1993), p. 146 v., alsmede J.B. Vegter, Opmerkingen over juridische gebondenheid in verband met de begrippen nakoming, schadevergoeding en verhaalsaansprakelijkheid, *WPNR* 5996-5997 (1991), p. 158.

22. J.M. van Dunné, *Normatieve uitleg van rechtshandelingen*, diss. Leiden 1971, Deventer 1971, p. 8-9.

23. *Normatieve uitleg*, p. 198.

24. Zie Van Dunné, *Normatieve uitleg*, p. 151 en daarover P. van Schilfgaarde, Bhespr. *RMTh* 1976, p. 559.

25. Vgl. Van Dunné, *Normatieve uitleg*, bijv. p. 208; heel duidelijk is Schoordijk in het interview in *AA* 1991, p. 475. Een en ander ook in navolging van Eggens. Vgl. Nieskens, *Het fait accompli*, p. 10.

26. Vgl. Dermot O'Donoghue, *t.a.p.* Met de problemen die dit met zich brengt, hebben ook de meest vergaande 'utilitarians' te maken.

27. Zie voor de scheiding van methode van uitleg en bij het hanteren van die methode te gebruiken normen Van Schilfgaarde, *t.a.p.*

omstandigheden van het geval ligt.²⁸ We zien dit ook bij de bekende controverse normatieve uitleg of beperkende werking van de goede trouw, de belangrijkste in de rechtsliteratuur figurerende uiting van de geschetste tegenstelling. Waar van beperkende werking wordt gesproken is deze beperkend ten opzichte van een eerder vastgestelde regel en in die zin vormt die techniek²⁹ het tegendeel van de normatieve leer, waarin het slechts te doen is om het vaststellen van rechtsgevolgen *ongeacht* een regel.

Dit betekent dat de toepasselijkheid van een juridische norm in de eerder geschetste leer afhankelijk is van buiten het recht gelegen grootheden. Om terug te komen op het overeenkomstenrecht: is bijvoorbeeld een wil aanwezig, dan is er toepasselijkheid van de norm 'wie wil is gebonden'. Bij de normatieve uitleg is het recht gelegen in de beslissing in concreto. Omdat de regel geen enkele garantie geeft dat tot een bepaald oordeel over gebondenheid kan worden gekomen, is slechts de beslissing in een concreet geval belangrijk. Dit inzicht, door Scholten geformuleerd als 'sprong' (van de feiten naar de regel), leidt ertoe dat regel en beslissing één zijn. In het geval ligt de regel.³⁰

2 TWEE VISIES: EEN KEUZE MOGELIJK?

2.1 Inleiding

Al met al: twee visies op de wijze van rechtdoen. In de ene ligt de nadruk meer op de norm, in de andere meer op de feiten van het geval.³¹ In het voorgaande zijn beide visies zo scherp als mogelijk was tegenover elkaar gezet. Dat neemt niet weg dat zij in de praktijk in elkaar overlopen.

Enerzijds is immers het problematische van de beslissing op grond van een zogenaamd gesloten systeem van regels dat een dergelijk systeem niet echt gesloten is. Begrippen zijn immers niet neutraal, maar voegen zich ook naar de door de rechtstoepasser gewenste verhouding in concreto.³² Dit is een bekende kritiek, die door Jhering is verwoord in de uitdrukking

28. J.H. Nieuwenhuis, *Drie beginselen van contractenrecht*, diss. Leiden 1979, Deventer 1979, p. 22. Zie ook de bestrijding van de weergave van dit standpunt van Van Dunné in zijn bespreking van genoemde diss., *WPNR* 5524 (1980), p. 448. Over deze inconsequente opvatting *infra*.

29. Van een 'techniek' spreken in dit verband doet W.L. Valk, *Recht en billijkheid; de zin en de legitimiteit van het voorlopige rechtsoordeel*, in: *Als een goed huisvader* (Nieuwenhuis-bundel), Deventer 1992, p. 55.

30. Vgl. Scholten, *Algemeen Deel*, p. 14 v. en Drion, *Functies van rechtsregels in het privaatrecht*, p. 49 v.

31. Men vgl. ook nog Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, p. 624.

32. Simitis, *Faktischen Vertragsverhältnisse*, p. 6.

'Auch die Logik fügt sich dem Interesse',³³ Daar komt nog bij dat, zodra zich nieuwe situaties voor gaan doen in de maatschappelijke werkelijkheid, ook die gevallen moeten worden geduid. Kan dat niet met het bestaande begrippenapparaat, dan moet het anders en wordt teruggegrepen op andere manieren van rechtdoen dan door middel van het syllogisme.

Aan de andere kant is ook de beslissing op grond van de zogenaamde 'feitelijkheid' nooit wat die benaming doet vermoeden, namelijk een rechtvaardige uitkomst die uit 'het leven zelf' kan worden afgeleid. Dat is een onmogelijkheid. In principe zijn feiten neutraal: zolang zij niet tegen de achtergrond van een norm worden gezien, hebben zij geen enkele betekenis. Ook hier zijn dus andere factoren in het spel. Het recht kan nooit alleen in het geval liggen omdat een werkelijkheid die zelf toerekent niet mogelijk is.³⁴ Dit wordt door de voorstanders van de 'normatieve uitleg' al dan niet expliciet ook erkend, want zoals we al zagen bleken het in de praktijk andere factoren te zijn dan louter 'de feiten' die tot het rechtsoordeel moesten leiden.

Dat het in de praktijk gaat om in elkaar overlopende redeneringen doet echter in beginsel niet af aan de juistheid van de tegenstelling. Er zijn auteurs die menen dat het nadenken over een keuze tussen beide visies niet nodig is; maar zeggen dat alles lood om oud ijzer is, lijkt weinig zin te hebben. Een wetenschap die zichzelf serieus neemt, maakt ook hier, ja *juist* hier, keuzes. Maar is wel een keuze mogelijk?

Wanneer één ding opvalt in de discussie omtrent de vraag 'klassieke leer' of 'normatieve uitleg', dan is het wel dat wordt gesproken van een keuze voor de ene of voor de andere visie alsof het gaat om een beredeneerd kiezen na afweging van alle argumenten voor en tegen.³⁵ Dat aldus wordt uitgegaan van twee in beginsel gelijkwaardige alternatieven, doet onzes inziens echter onvoldoende recht aan het karakter van het vraagstuk dat voorligt.

De hier te bewijzen stelling is dat de kwestie klassieke leer (en daarmee een mogelijke beperkende werking van de goede trouw) of normatieve uitleg ten onrechte als vraag wordt gesteld. Beide rechtsopvattingen moeten veeleer worden gezien als in elkaars verlengde liggend. Voor een goed inzicht in het zo fundamentele probleem dat hier voorligt, lijkt een historische excursie inzake de betekenis van de rechtsregel onontbeerlijk.

33. Rudolph Jhering, *Geist des Römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, 2. Tl., 2. Abt., 3. Aufl., Leipzig 1875, p. 465.

34. Josef Esser, *Gedanken zur Dogmatik der 'faktischen Schuldverhältnisse'*, in: *Wege der Rechtsgewinnung*, p. 56. Vgl. p. 58: 'Nicht "das Leben" ordnet zu, sondern immerhin menschlicher Wille'.

35. Aldus bijvoorbeeld Bert van Roermund, *Themis' terzijde; omtrekken van rechtsfilosofie*, Nijmegen 1990, p. 182. Hij meent dat het maken van een keuze moeilijk is. Impliciet ligt deze gedachte aan alle ons bekende literatuur ten grondslag.

2.2 Een 'post-revolutionair regelsysteem'

Een historisch overzicht inzake de betekenis van de (gecodificeerde) regel kan het beste worden ingezet door de ontwikkeling vanaf de Franse Revolutie te schetsen. Onder invloed van het achttiende-eeuwse rationele denken, waarvan de codificatiegedachte slechts één toepassing is,³⁶ werden regels opgesteld die beoogden om de enige juiste visie op de werkelijkheid te tonen, dat wil zeggen beoogden om ieder concreet geval in een bepaalde, vastgelegde, verhouding te bezien. Dit kan worden verklaard vanuit de wens een grote (rechts-)zekerheid te laten ontstaan als natuurlijke tegenreactie op de daarvoor bestaande willekeur. Toen als verworvenheid van de Revolutie eenmaal het ideaal van gelijk zijnde vrije en autonome burgers was aanvaard, werd het recht middel bij uitstek om dat ideaal verder te bestendigen. Vrij algemeen heersend in de jaren rond 1800 was de gedachte dat met de Revolutie een einde was gekomen aan alle vroegere conflicten en dat de nieuwe, burgerlijke, maatschappij de ware zou zijn die niet meer zou veranderen. De maatschappij zoals die was ontstaan was de enige juiste, omdat zij in overeenstemming met de natuur van de mens was.³⁷ In de codificatie zou de natuurlijke billijkheid worden vastgelegd.³⁸

Wanneer de samenleving 'af' is en dus de meest juiste ordening tot stand gebracht, krijgt het recht een daarmee corresponderende functie. Het verwordt tot een louter rechtsbeschermend geheel,³⁹ een stelsel dat reeds verworven, dus in de codificatie vastgelegde, rechten beschermt waar dat nodig is (namelijk waar zij dreigen te worden geschonden). Enige zelfstandige betekenis komt aan de rechtstoepassing daarmee dus niet toe: het recht behoeft zelf immers niet langer te ordenen; de enige juiste samenlevingsvorm is al tot stand gebracht en het recht of de rechtstoepassing heeft

36. Vgl. Esser, *Zur Methodenlehre des Zivilrechts*, o.c., p. 309.

37. Zie over deze achtergrond vooral het reeds aangehaalde, indrukwekkende, boek van Foqué en 't Hart, *Instrumentaliteit en rechtsbescherming*, vooral p. 39 v. Zij spreken in dit verband van een proces van 'naturalisering'. Vgl. voorts Boudewijn Bouckaert, *De exegetische school*, diss. Gent 1981, Antwerpen 1981, vooral p. 171 v., alsmede meer zijdelings Zweigert/Kötz/Weir, *Introduction*, vol. I, p. 90 v. en M.G. Levenbach, Het Burgerlijk Wetboek en de maatschappelijke verhoudingen van 1838 tot heden, in: *Gedenboek Burgerlijk Wetboek 1838-1938*, Zwolle 1938, p. 129 v.

38. Vgl. Foqué en 't Hart, o.c., p. 48, alsmede een gedeelte van de bij Bouckaert, o.c., p. 231, geciteerde zin van Demolombe: '(...) avec une législation complète comme la nôtre, si humaine d'ailleurs et si équitable, on ne pourrait peut-être pas imaginer une espèce dans laquelle les règles certaines et véritables du droit naturel ne pourraient pas être satisfaites (...)'.⁴⁰

39. Belangrijk is, Foqué en 't Hart, o.c., p. 46 wijzen er ook op, dat de formulering dat het hier gaat om rechtsbescherming — gesteld tegenover een instrumentele rechtsopvatting — van deze tijd is en een reconstructie in huidige termen van wat toen niet zo werd ervaren.

daaraan niets te veranderen, kan dat ook niet.⁴⁰ Maatschappij en recht liggen in elkaars verlengde: de maatschappij is de enige juiste, want in overeenstemming met de natuur; het recht is een afspiegeling van die maatschappij en brengt dus niets nieuws want alles is al bereikt.⁴¹ Het gecodificeerde recht als 'post-revolutionair regelsysteem'⁴² weerspiegelt de maatschappij. De regels *zijn* de werkelijkheid. De opvatting van Jhering, verwoord in paragraaf 1.2, is hier een uiting van.

Dit heeft nogal wat consequenties voor de manier waarop met de regel wordt omgegaan. Voor het juridisch beslechten van een casus wordt niet langer gekeken naar de manier waarop het er in het maatschappelijk leven aan toegaat. Dit is immers niet nodig: door het lezen van de gecodificeerde regels hebben we al direct toegang tot de (enige juiste) werkelijkheid. Het 'echte' leven behoeft niet bestudeerd te worden.⁴³ Alle dynamiek in de rechtsontwikkeling⁴⁴ is daarmee dus uitgesloten.⁴⁵

Voor het contractenrecht betekende dit dat de ideale toestand was bereikt door een centraal stellen van de wil, omdat de premisse was dat de vrije burger slechts datgene wenste wat voordelig voor hem was. Ondenkbaar was dat men zou contracteren tegen voorwaarden die men 'eigenlijk' niet wenste omdat zij in het nadeel van de contractant waren.⁴⁶

2.3 De opstand der feiten

Deze rechtsopvatting kon voldoen in een tijdperk waarin zich aan de rechter geen nieuwe situaties, dus andere dan reeds voorzien ten tijde van het opstellen van de regel, voordeden. Het idee van een ideaaltypische maatschappij, zojuist omschreven, kon echter niet lang in stand blijven. Bekend is dat door de veranderingen die zich in de samenleving voorde-

40. Vgl. P.C. Kop, *Legisme en privaatrechtswetenschap*, 2e dr., Deventer 1992, *passim* en p. 3. Zie ook Foqué en 't Hart, *o.c.*, p. 45-46 en L.K. van Zaltbommel, *De betekenis van het recht als systeem*, diss. Amsterdam VU 1993, Zwolle 1993, p. 8.

41. Terzijde: blijkaar is het uitroepen van het einde van alle ontwikkeling en daarmee van de geschiedenis niet slechts van deze tijd. Zie Francis Fukuyama, *The End of History and The Last Man*, New York 1992.

42. Foqué en 't Hart, *o.c.*, p. 46.

43. Foqué en 't Hart, *o.c.*, p. 61. Zij spreken, p. 50, van een 'gesloten rechtsopvatting'. Vertegenwoordigers van deze richting: de exegetische school en de Begriffsjurisprudentz; p. 63: 'Kijken en luisteren naar de mensen van vlees en bloed in de maatschappij en de situaties waarin zij verzeild raken, is dan in ideaaltypische zin overbodig geworden: de teksten van wet en leerboek zouden de meest betrouwbare en directe toegang verlenen tot de kern van de werkelijkheid'.

44. Bij wijze van spreken. In werkelijkheid zag men in het geheel geen rechtsontwikkeling: die was immers niet denkbaar.

45. Foqué en 't Hart, *o.c.*, p. 215.

46. Zie algemeen voor de geslotenheid van het systeem, mede in verband met het contractenrecht, Helmut Coing, *Europäisches Privatrecht*, Bd. II: 19. Jahrhundert, München 1989, p. 7 v.

den, de oude regels danig tekort begonnen te schieten.⁴⁷ Het ontstaan van een industriële samenleving en de daarmee gepaard gaande grote veranderingen in de verhoudingen tussen de, volgens de idealen van de Revolutie gelijk zijnde, burgers leidde tot een zodanig veranderde maatschappelijke situatie dat met de oude regels niet langer rechtvaardige, dat wil zeggen in overeenstemming met wat de heersende opinie eiste, uitkomsten konden worden bereikt.⁴⁸ Er was dus reden om in geschillen niet langer uit te gaan van de bestaande regel, zoals die tot dan toe was toegepast, maar deze zodanig aan te passen of zelfs in het geheel weg te denken dat alsnog rechtvaardig kon worden beslist.

Eén der meest bekende voorbeelden van een situatie waarin de bestaande normen vanwege de veranderde maatschappij niet langer voldeden, is wel dat van de 'vrije' arbeider. Men heeft over hem wel opgemerkt:⁴⁹

'Het kontrakt, waarbij hij den kapitalist zijn arbeidskracht verkocht, bewees zwart op wit, dat hij vrij over zich zelf beschikte. Na den gesloten koop echter, wordt ontdekt dat hij geen "vrij man" was, dat de tijd, waarvoor het hem vrij staat zijn arbeidskracht te verkoopen, de tijd is, waarvoor hij gedwongen is hem te verkoopen'.

De 'wil' als enig element voor gebondenheid aan de overeenkomst, kwam in flagrante strijd met wat als 'rechtvaardig' werd beschouwd. Hoe zouden regels, ooit opgesteld met het oog op een bepaalde situatie (namelijk die van vrije burgers) dit geval ooit in zijn juiste verhouding (namelijk die van een contractant die praktisch geen andere keuze heeft dan tegen onereuze voorwaarden te contracteren met zijn wederpartij) hebben kunnen tonen?

Nu is dit aspect van de 'Opstand der feiten'⁵⁰ zo bekend⁵¹ dat de lezer wellicht meent dat hier slechts platgetreden paden worden belopen. Toch was het noodzakelijk om dit element voor het voetlicht te brengen, juist omdat dit het aspect is waaraan vrijwel steeds de wending naar de feiten wordt opgehangen. Er is echter nog een andere en veel belangrijker reden waarom deze ontwikkeling is geschetst. De wending naar de feiten hield namelijk op het terrein van het contractenrecht veel algemener een revolu-

47. Zie in het algemeen over de ontwikkeling van het burgerlijk recht in deze periode het bekende boek van René Savatier, *Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui*, 1re série, 3ième éd., Paris 1964 alsmede J. Valkhoff, *Een Eeuw Rechtsontwikkeling*, Amsterdam 1938, die het tijdstip der grote veranderingen voor Nederland inschat tussen 1850 en 1870.

48. Vgl. Esser, *Möglichkeiten und Grenzen des dogmatischen Denkens*, p. 97 v.

49. Karl Marx, geciteerd bij Valkhoff, *o.c.*, p. 81. Zie ook Levenbach, *o.c.*, p. 137.

50. Naar Gaston Morin, *La révolte des faits contre le Code*, Paris 1920. Waarbij men voor 'Code' mag lezen ieder burgerlijk wetboek dat in de 19e eeuw onder invloed van de codificatiegedachte tot stand kwam. Zie voorts Valkhoff, *o.c.*, *passim*.

51. En minder interessant omdat op al die gebieden waar sprake is van inherent zwakke contractanten, d.w.z. waar het gaat om 'wonen, werken, leven en gezondheid' (vgl. Vranken, *Mededelings-, informatie- en onderzoeksplichten*, no. 32) wetgeving is getroffen, die het vraagstuk enigszins buiten het eigenlijke burgerlijk recht plaatst.

tie in omdat men zich nu pas bewust werd van het problematische der rechtsvinding, óók voor de gevallen waarin de vroegere norm 'Wie wil, is gebonden' nog altijd dienst kon doen omdat sprake was van gelijkwaardige 'vrije' partijen.

Men ging inzien dat norm en geval wel degelijk uit elkaar kunnen lopen en niet zo naadloos op elkaar aansluiten als men eerder aannam. De rechtvaardigheid bleek bij *iedere* toepassing van een eerder ontwikkelde norm (ongeacht van wie deze afkomstig was) een rol te spelen. Wij zullen later in deze studie uiteenzetten dat de wilsnorm daarbij *in naam* niet hoefde te worden verlaten omdat deze zo algemeen is dat iedere gewenste oplossing ermee kan worden bereikt,⁵² maar waar het hier om gaat is dat men zich er van bewust werd dat de gerechtigheid altijd meespeelt indien men de sprong van de feiten van het geval naar de norm dient te maken.

Op één aspect, dat ook in de Inleiding reeds aan de orde kwam, moet hier nog worden gewezen. Dat rechtsvinding nooit een mechanische toepassing is van de regel op de feiten, roept de vraag op welke betekenis de eerder vastgestelde norm dan nog heeft. Opvallend is dat het, zoals zo vaak na een periode van uiterste verstarring,⁵³ tot een radicale omslag naar het andere uiterste van het in paragraaf 1 geschetste spectrum is gekomen, waarbij veel van wat eerder aan inzicht omtrent een rechtvaardige wijze van recht doen was bereikt, is overboord gegooid. Men wendde zich onomwonden tot de feiten van het geval. Daaruit zou het recht en dus de meest rechtvaardige beslissing moeten worden gehaald.⁵⁴

Rechtsfilosofisch wordt de hier geschetste ontwikkeling overigens wel zo aangeduid dat in plaats van het *systeemperspectief* het *handelingsperspectief* is gaan overheersen. In het systeemperspectief biedt de wet steeds voldoende mogelijkheden om een situatie in het maatschappelijk leven te waarderen. Als dit niet langer mogelijk is, krijgt het handelingsperspectief de overhand. Dan worden de handelingen gewaardeerd zoals de maatschappij zelf, niet de wet, die zou beschouwen.⁵⁵

52. Hoofdstuk VI. Duidelijk is hier reeds dat in het contract met onze werknemer de gebondenheid op een ander soort 'wil' zal moeten worden gebaseerd dan in het 'normale' geval. Men vgl. heel algemeen over het belang van de wilsleer als fictie in *het verband van de rechtsontwikkeling* ook Gaston Morin, *La révolte du droit contre le Code*, Paris 1945, *passim* en p. 3: 'Les concepts anciens qui n'ont plus qu'un caractère fictif sont comme la coque qui véhicule la vie tout en la protégeant'.

53. A. Pitlo, *Evolutie in het privaatrecht*, 2e dr., Groningen 1972, *passim*.

54. Zie (kritisch) over de verminderde waarde van de wet in de postmoderne maatschappij ook W.J. Witteveen, *Postmodernisme en het gezag van de wet*, in: Ankersmit en Kibédi Varga (red.), *Akademische beschouwingen over het postmodernisme* [= Med. KNAW, Afd. Lett., N.R., dl. 56, no. 1], Amsterdam etc. 1993, p. 43.

55. Zie bijv. Van Zaltbommel, *Recht als systeem*, p. 9-10.

2.4 De aard van de normatieve uitleg

Welk belang was er nu bij betrokken om deze deels algemeen bekende ontwikkeling te schetsen? Onzes inziens dit dat de problemen van het huidige verbintenissenrecht voor een groot deel kunnen worden teruggebracht op de thans problematische verhouding van norm en feit die de resultante ervan is. In wezen is men na het verlaten van het ideaalbeeld van recht, zoals dat ten tijde van het codificatiestreven bestond, nooit uit de problematische verhouding van beide grootheden kunnen geraken. Dat hangt uiteraard daarmee samen dat het, zoals gezegd, hier ook gaat om een der centrale vragen, zo niet om *de* centrale vraag, van de rechtswetenschap, die al werd geformuleerd als welke betekenis toe moet komen aan eerder ontwikkelde leerstukken of normen ter beslissing van nieuwe gevallen of ter beslissing van oude gevallen die op een andere wijze dienen te worden beslist dan vroeger.

De gemaakte korte historische excursie maakt duidelijk wat het karakter van de normatieve opvatting is. Die methode is in zekere zin onvermijdelijk waar de werkelijkheid vervreemdt van eerder vastgestelde regels en dat gebeurde vanzelf toen de veranderingen van de negentiende eeuw zich steeds sneller voltrokken, daarmee de illusie van een maatschappij die tot de meest ideale toestand was gekomen ontzenuwend. Wanneer immers de regel niet langer de enige juiste beslissing in een gegeven geval verwoordt, wordt de vraag hoe recht moet worden gedaan. Men kan dan weinig anders dan verwijzen naar de feitelijkheid van het geval, die dan nog gelegitimeerd kan worden door een beroep te doen op een open norm als de 'goede trouw' of de 'redelijkheid en billijkheid'. Zeer terecht stelt Josef Esser dat de normatieve leer de kapitulatie van het normatieve denken voor het sociale feit is.⁵⁶

Zojuist is gewezen op de kritiek die wel op de normatieve uitleg is geuit, namelijk dat deze, behalve de algemene norm van de goede trouw, geen criterium biedt voor de beslechting van gevallen. Deze kritiek kan nu in een kader worden geplaatst. Op zichzelf is zij juist. Maar in de situatie waarin men aan een dergelijke normatieve uitleg toekomt, bestaat nu juist *evenmin* een meer specifieke, op het geval toegesneden regel. Wanneer de rechter dan moet kiezen tussen enerzijds het volle pond geven aan de feiten van het geval aan de hand van de goede trouw om aldus een gewenste uitkomst te bereiken en anderzijds een niet voor het geval geschreven regel toepassen, is dat geen moeilijke keuze.

Er zijn er ook die een poging gedaan hebben om beide uitersten, denken in regels en denken in gevallen, te verzoenen.⁵⁷ Dat dit een minder voor

56. Gedanken zur Dogmatik der 'faktischen Schuldverhältnisse', o.c., p. 56.

57. Zie bijv. Valk, o.c., p. 45.

de hand liggend streven is, wordt duidelijk wanneer men zich realiseert dat het conflict tussen zogenaamde klassieke leer en normatieve uitleg steeds ontstaat, daar waar men tracht om recht in regels vast te leggen. In het Romeinse recht was de problematiek onbekend: het was bij uitstek gevalsrecht.⁵⁸ Een conflict tussen regel en geval ontstaat pas in de rationele moderniteit, wanneer men meent alles beheersbaar te kunnen maken, dus ook meent *recht* in regels te kunnen vatten⁵⁹ en aan die regels genoeg te hebben. Het betreft hier in wezen niets anders dan de aloude tegenstelling tussen *ius strictum* en *ius aequum*. Is eenmaal een regel geformuleerd, dan wordt van essentieel belang wanneer die regel toepassing vinden moet. Steeds zullen zich nieuwe situaties voordoen in de rechtspraktijk en dan wordt de vraag hoe die moeten worden geduid: indien de regel geen houvast biedt, hoe kan de beslissing dan immers worden gevonden? Aannemende dat dit een voortdurend, dialectisch proces is, getuigt het dan niet van onvoldoende inzicht in de ontwikkelingsgang van het recht om te trachten hier een definitieve verzoening tot stand te brengen? Het conflict tussen, wat wij voor het gemak maar even aanduiden als klassieke leer ('regelrecht') en normatieve uitleg is terug te voeren op de wijze waarop het recht zich ontwikkelt.⁶⁰

Een keuze voor één van beide geschetste visies is daarmee niet werkelijk mogelijk. Ook hier geldt: 'Man wird geschoben'. Toen de oorspronkelijk opgestelde regel niet langer voldeed, was nog slechts een negatieve bepaaldheid mogelijk. Daarmee is de tweede visie vooral een teken van *onmacht*: bij gebreke van bestaande regels, kan men niet anders dan terugvallen op zeer algemene noties als redelijkheid en billijkheid en kan men hoogstens trachten om de aansluiting bij het bestaande te behouden door normen welwillend uit te leggen.⁶¹ Een andere vraag, namelijk die of dit ook *verkeerd* is, moet thans worden beantwoord.

58. In het Romeinse recht was theorievorming vrijwel afwezig. Zie bijv. Gordley, *The Philosophical Origins*, p. 1 v. en p. 231. Men vgl. het adagium uit de Digesten 'Omnis definitio in iure civili periculosa est', waarover B.H. Stolte, in: *Brocardica in honorem G.C.J.J. van den Bergh*, Deventer 1987, p. 103 v.

59. Vgl. Esser, *Wandlungen von Billigkeit und Billigkeitsrechtsprechung im modernen Privatrecht*, o.c., p. 22. In hoeverre opgaat Nieuwenhuis' stelling 5 bij zijn proefschrift, dat de jurist 'is veroordeeld tot de cirkelkwadratuur, de billijkheid in regels vangen', kan men zich dan ook afvragen. Er is een tijdperk geweest waarin men in het geheel de behoefte niet had om regels op te stellen. Met een belangenafweging in het geval zelve kan men er ook komen.

60. Vgl. nog Van Roermund, o.c., p. 188. Pogingen om beide visies met elkaar te verzoenen lijken tot mislukken gedoemd.

61. Vgl. Brecher, *Scheinbegründungen und Methodenehrlichkeit*, o.c., p. 239.

3. DE NORMATIEVE UITLEG ALS REMEDIE

3.1 Inleiding

De normatieve uitleg zoals die tot nu toe aan de orde kwam, werd gepresenteerd als een visie op het recht die *op zichzelf* consistent is. Indien men wordt geconfronteerd met gebrekkige normen, zal men trachten zoveel mogelijk recht te doen in de omstandigheden van het geval, omdat men ook geen andere keuze heeft dan dat. Een andere vraag is echter of de normatieve uitleg ook als zinvolle methode kan worden aanvaard. Wat door de aanhangers van deze leer wordt verdedigd, wordt immers vooral ook gepresenteerd als een oplossing voor bestaande problemen. Is in theorie denkbaar dat de normativisten slechts *constateren* dat in de praktijk van het recht steeds meer het geval op de voorgrond treedt en dat daar aan de hand van de norm van de goede trouw beslissingen worden gegeven, het wordt door de normativisten ook *juist* geacht dat dit geschiedt. Is dit terecht?

3.2 Traditionele bezwaren

Vooreerst kan een aantal bezwaren dat van oudsher tegen de normatieve leer is opgeworpen voor het voetlicht worden gebracht. In de eerste plaats is wel als bezwaar aangevoerd dat het een tamelijk nutteloze verplaatsing van de problematiek is om de normen van het geldende recht centraal te stellen zolang niet duidelijk is welke die normen precies zijn.⁶² Dit bezwaar gaat in zoverre op dat wel degelijk bekend is welke norm moet worden toegepast, maar dat die norm de redelijkheid en billijkheid is en dus zo algemeen dat zij weinig zegt over de manier waarop het geval inhoudelijk moet worden beoordeeld. Deze kritiek lijkt steekhoudend; zoals we zojuist echter al zagen, is de vraag of in de situatie waarin 'normatief' moet worden uitgelegd wel een andere norm dan de redelijkheid en billijkheid voorhanden is.

In de tweede plaats moet worden vastgesteld dat de normatieve leer een pragmatische opvatting is van de wijze waarop de rechter met het recht omgaat. Daar de goede trouw als ultieme norm wordt gehanteerd, is de rechter volkomen vrij om te beslissen hoe hij wil. Voor zover dit de mogelijkheid opent om tot rechtvaardige uitkomsten te komen omdat niet langer het risico bestaat dat een niet voor het geval geschreven regel van toepassing wordt verklaard, is dit uiteraard positief. Het pragmatische

62. Nieuwenhuis, *Drie beginselen van contractenrecht*, p. 21; Nieskens, *Het fait accompli*, p. 8-9; Gordley, *The Philosophical Origins*, p. 230: 'It is not helpful to define contract as a series of consequences the law attaches to the outward conduct of the parties if one cannot explain why the law attaches some consequences rather than others'.

‘probleemdenken’ dient er dan slechts toe om de abstracte gerechtigheid te concretiseren voor het specifieke geval.

Een ander aspect van dit pragmatisme is echter dat met een beroep op algemene, niet richtinggevend, normen geen inzicht wordt geboden in de gevolgde gedachtengang. Daartoe voelt de rechter zich ook niet genoodzaakt.⁶³ De rechtzoekende burger weet zich overgeleverd aan een rechter waarvan hij maar moet aannemen dat deze ‘het het beste weet’.⁶⁴ Maar er is nog een principiële bezwaar tegen de normatieve uitleg in te brengen.

3.3 Normatieve uitleg als onvruchtbare oplossing

De vraag moet namelijk worden gesteld of de normatieve uitleggers hun op zichzelf consistente redenering wel ten einde voeren. Wanneer men immers signaleert dat met de bestaande normen het concrete geval niet kan worden behandeld, is de redenering denkbaar dat men vervolgens *alsnog* normen tracht op te stellen die beogen de nieuw opgekomen situatie te regelen. Tot die gevolgtrekking komt het bij hen echter niet.

Uiteraard is de taak van iedere jurist om de abstracte gerechtigheid in het specifieke geval te concretiseren. De vraag is echter of dit wel voldoende geschiedt wanneer niet verder rechtsnormen worden opgesteld. Is het niet zo dat de rechtsnorm de enige verbindingsweg vormt tussen de gerechtigheid en het sociale leven?⁶⁵ We kunnen het ook zo vragen: is aan een norm niet inherent dat ze iets ordent dat niet al vanzelf voorhanden was (zoals de algemene ‘redelijkheid en billijkheid’)?⁶⁶

Deze vragen moeten bevestigend worden beantwoord. Wij geloven dat met de normatieve opvatting te weinig recht wordt gedaan aan het burgerlijk recht als geheel van leerstukken dat gedurende een proces van vele eeuwen is ontwikkeld.⁶⁷ Ook al ligt het belang van regels niet daarin dat met hen zonder meer een rechtvaardige uitkomst kan worden bereikt, er is toch een belang bij betrokken hen te ontwikkelen.

Worden regels namelijk uitgesloten van deelname aan het proces van rechtsvorming door de vlucht in zg. ‘Generalklausel’ (en dus in de omstandigheden van het geval), dan betekent dit dat de zwakheid van de regel wordt versluierd. Dat houdt immers in dat niet de regel wordt gebruikt, zij

63. Vgl. Atiyah, *Pragmatism and Theory*, p. 146-147.

64. Indien gewenst kan men de gedachte ook veroordelen vanwege de verminderde ‘rechtsstatelijkheid’. Zie bijv. Van Zaltbommel, *Recht als systeem*, p. 166 en J.M. Barendrecht, *Recht als model van rechtvaardigheid*, diss. Tilburg 1992, Deventer [1992], p. 168.

65. Tsatsos, *o.c.*, p. 654.

66. Vgl. Gusy, *o.c.*, p. 214.

67. Kurt Ballerstedt, Über Zivilrechtsdogmatik, in: *Festschrift für Werner Flume zum 70. Geburtstag*, Bd. I, Köln 1978, p. 263, brengt dit in verband met het verlies aan cultuurhistorisch bewustzijn van de jurist in de jaren na een codificatie.

het in aangepaste vorm, maar dat direct op de feiten wordt recht gedaan door verwijzing naar een blanket-norm. Daarmee ontstaat een nieuw (billijkheids-) recht naast het oude regelrecht.⁶⁸ En daarmee komen er gescheiden werelden, twee vormen van recht naast elkaar. Uit het nieuwe complex van beslissingen kunnen uiteraard na verloop van tijd ook weer regels worden gedestilleerd, maar dat neemt niet weg dat, althans tijdelijk, eerder verworven inzichten ten aanzien van een rechtvaardige wijze van recht doen niet langer beschikbaar zijn voor de oordeelsvorming.⁶⁹

Hiermee is gezegd dat men met de normatieve uitleg te zeer is doorgeschoten naar de andere kant van het eerder geschetste spectrum. De invloed van vooral Paul Scholten is zo groot geweest dat de nadruk op de rechtsvinding is komen te liggen zonder dat de weg terug naar de materiële regel is gevonden. De opkomst van dit 'probleemdenken' is op zichzelf niet bedenkelijk: het is onvermijdelijk. Maar wel bedenkelijk is de ermee gepaard gaande al te grote bereidwilligheid om relatief verworven consensus al te snel te willen prijsgeven.⁷⁰ Want dat is wat de normatieve uitleg, opgevat in de eerder geschetste uiterste visie, doet: reeds lang bestaande regels kunnen hun waarde niet langer bewijzen omdat zij worden uitgesloten van het leveren van een zinvolle bijdrage aan het rechtsvormingsproces.

4. DE TAAK VAN DE RECHTSWETENSCHAP

4.1 Algemeen

Aan het bovenstaande ligt impliciet een opvatting ten grondslag omtrent wat burgerlijk recht is en wat daarin de taak van de rechtswetenschap is. Het is dienstig om deze opvatting hier te expliciteren.⁷¹ Daarbij moet dan voorop worden gesteld dat het burgerlijk recht, anders dan veel andere rechtsgebieden, wordt 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

68. Een *ius aequum* naast het *ius strictum*. Vgl. ook Josef Esser, *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, oorspr. 1956, 4. Aufl., Tübingen [1990], p. 62 v. en 221 v.

69. De vraag is of dit anders zou kunnen. Zou het mogelijk zijn dat steeds de regel wordt aangepast aan de nieuwe situatie? Dit is een wat paradoxale vraag: want als dit gebeurt, is er dan nog wel een regel en komen we dan niet uit bij 'recht in het geval' en dus bij de normatieve leer?

70. Esser, *Möglichkeiten und Grenzen des dogmatischen Denkens*, p. 125. Een voorbeeld is Van Erp, *Contract als rechtsbetrekking*.

71. Vgl. ons Beginselen, rechtsvinding en het karakter van ons burgerlijk recht, in: *Beginselen van vermogensrecht* [= BW-krant Jaarboek 1993], Arnhem 1993, p. 33.

ontwikkelingsgang van eeuwen doorgemaakt waarin de spankracht van die leerstukken en begrippen steeds weer is getoetst aan de immer wisselende casuïstiek.⁷² Begrippen als contract, onrechtmatige daad, zaakwaarneming en verzuim hebben de praktijk van jaren in zich opgenomen.

Met dergelijke doorwerkte leerstukken kan door de rechtswetenschap op in beginsel twee manieren worden omgegaan. In beide gevallen gaat het om de verhouding tussen het bestaande begrippensysteem en de uitspraken zoals die dagelijks door rechters worden gedaan.⁷³ In de eerste plaats kunnen die uitspraken 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.⁷⁴ Hangt men deze visie aan, dan komt niet een gedeelte van de rechtspraak te staan buiten eerder ontwikkelde juridische begrippen (zoals in de normatieve uitleg het geval is). Het systeem bestaat daarin dat er van wordt uitgegaan dat de samenhang er *moet* zijn.⁷⁵

Onzes inziens zou de tweede visie als de juiste moeten worden aanvaard. Dat heeft te maken met wat kan worden genoemd het geesteswetenschappelijk karakter van het burgerlijk recht. Dit benadrukt de omstan-

72. Deze gedachte is helaas nooit zeer uitgewerkt. Zie echter H.R. Hoetink, Komt aan de historische ontwikkeling een normatieve betekenis toe voor het proces der rechtsvorming?, oorspr. 1957, in: *Rechtsgeleerde opstellen*, Alphen aan den Rijn 1982, p. 307 v.

73. Behalve door een bepaaldheid door traditie wordt het burgerlijk recht immers ook gekenmerkt door, wat Esser noemt, de 'Autorität' von verbindlichen Texten, Gesetzen, Urteilen und deren relevante Kriterien'. Zie zijn *Möglichkeiten und Grenzen des dogmatischen Denkens*, p. 363 v.

74. Zie ook Dworkin, Law's Empire, o.c., p. 228 v. waar hij het instructieve 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'.

75. 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*, p. 45.

digheid 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 produkt van ons denken. Voor de wet mag gelden de uitspraak van de Vlaamse 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),⁷⁶ voor het recht als geheel geldt dit niet. Wil het recht produkt 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. Alleen dan wordt het burgerlijk recht gezien alsof het een systeem *is*. 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.⁷⁷

4.2 *Consequenties*

Consequentie van deze opvatting is dat steeds 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 (of uitspraak van de wetgever) 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 echter weinig vruchtbaar zijn.⁷⁸ 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 bereikt. De in de leerstukken neergelegde

76. 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.

77. Hier dient zich wellicht een verschil aan met de Anglo-Amerikaanse rechtswetenschap. Daarin wordt een groot accent gelegd op de feiten en op de manier waarop daarmee moet worden gearchuteerd, niet op de ontwikkeling van en het voortbouwen op begrippen en theorieën. Relevante onderscheidingen worden niet voorgesteld in de doctrine, maar vloeien als vanzelf uit de praktijk voort. Vgl. de bekende uitspraak van Oliver Wendell Holmes, *The Common Law*, oorspr. 1881, Cambridge Mass. 1967 (ed. Mark De Wolfe Howe), p. 244: 'the distinctions of the law are founded on experience, not on logic'. Onzes inziens is het Anglo-Amerikaanse recht hierom voor de Nederlandse jurist veel minder interessant dan men het wel doet voorkomen.

78. Zie daarover 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.

ervaring wordt aldus toegankelijk gemaakt voor het in concreto voorliggende probleem.⁷⁹

Zulke algemene termen als goede trouw en redelijkheid en billijkheid nemen daarmee een geheel eigen plaats in. Zij dienen steeds weer in verband te worden gebracht met andere regels. Hier doemt wel een verschil op tussen de werkzaamheid van rechter en 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 het daar niet bij laten. Deze moet trachten het verband tussen de met behulp van algemene termen gevonden oplossing en het bestaande begrippenapparaat te leggen.⁸⁰

Aldus legt de wetenschap 'het kleed van dienaar' af.⁸¹ Wie het recht ziet als geesteswetenschap, geeft daarmee de wetenschap een eigen plaats *middenin* het juridische bedrijf. Zij is het die de in de praktijk te hanteren begrippen voorvormt en aangeeft hoe gevallen die thans aan de hand van 'Generalklausel' worden berecht, toch in het systeem kunnen worden geplaatst. In geval van een afwijken van bestaande leerstukken, zal de wetenschap actie moeten ondernemen. Uiteindelijk is bij deze herijking van oude leerstukken ook de praktijk gediend: van de bearbeiding van de door de bevoegde organen gegeven oordelen, profiteren die organen zelf uiteindelijk immers ook omdat nieuwe wegen worden gewezen. Pregnant geformuleerd: wat in de normatieve opvatting via de redelijkheid en billijkheid wordt bewerkstelligd (nl. het bereiken van een rechtvaardige uitkomst), wordt hier overgelaten aan de wetenschap *juist* omdat het bereiken van een rechtvaardige uitkomst niet het einddoel, maar slechts het begin onzer beschouwing is.

79. Vgl. Franz Wieacker, Zur rechtstheoretischen Präzisierung des § 242 BGB, oorspr. 1956, in: *Ausgewählte Schriften*, Bd. 2, p. 195, alsmede Atiyah, *Pragmatism and Theory*, p. 34 en Barendrecht, *Recht als model van rechtvaardigheid*, bijv. p. 63 v.

80. Men kan stellen dat in het Anglo-Amerikaanse recht de belangstelling eindigt waar die van het Europees-continentele recht pas begint. Het feitencomplex is in de Anglo-Amerikaanse benadering allesbepalend, terwijl men in de Europese juist tracht de feiten steeds te herleiden tot vertrouwde begrippen. Wat 'juridisch' is in het ene stelsel, is juist niet 'juridisch' in het andere. Een verhelderende weergave van deze verschillen (overigens met een nadruk op de consequenties voor het onderwijs), treft men aan bij Michael G. Martinek, *Der Rechtskulturschock*, *JuS* 1984, p. 92 v.

81. W.F. Wertheim, *De verhouding tusschen rechtswetenschap en rechtspraktijk*, oratie Batavia 1936, Groningen etc. 1936, p. 30, die ook meent dat slechts indien de rechtswetenschap zich van haar eigen taak bewust is, zij vruchtbaar kan samenwerken met de praktijk. Zie ook J.B.M. Vranken, *Kritiek en methode in de rechtsvinding*, diss. Nijmegen 1978, Deventer 1978, p. 175 v. en 208 v.

5. VERVOLG

In bovenstaande beschouwing omtrent de verhouding tussen het feitelijke en het normatieve in het recht is gebleken dat de ontwikkelingsgang in de richting van het feitelijke (het geval) is gegaan. De open norm van de goede trouw (redelijkheid en billijkheid) heeft een grotere betekenis gekregen omdat deze de rechter in staat stelde recht te doen naar de omstandigheden van het geval. Gelet op de hier verwoorde opvatting omtrent het karakter van het (continentaal) burgerlijk recht, is daaraan de conclusie verbonden dat dit geen recht doet aan de wetenschap die het burgerlijk recht is. Niet alleen is bij de ontwikkeling van begrippen een zelfstandig belang gediend, op de lange termijn kan ook de rechtspraktijk profiteren van een herijkt geheel van leerstukken omdat de 'kloof' van norm en feit wederom nauwer wordt.⁸² Karakteristiek voor deze opvatting is wel dat die herijking niet vanzelf plaatsvindt. Daartoe moet actie worden ondernomen.⁸³

De vraag is thans waarin die actie moet bestaan. Dat de normatieve uitleg als methode te zeer betrokken is op één kant van het spectrum en daarmee niet zozeer een uitweg uit als wel een ontkenning van het dilemma is, neemt niet weg dat andere visies op de verhouding van norm en feit, al dan niet onder die noemer, zijn ontwikkeld. Zij kunnen worden bestudeerd als opvattingen omtrent de hier ontwikkelde fascinerende tendens: hoe de feitelijke opnieuw te bezweren? De opvattingen die omtrent het uit elkaar gaan lopen van norm en feit zijn verdedigd, zullen wij straks als 'dogmatische' rechtsopvattingen gaan aanduiden. Zij proberen aan te geven hoe met al bestaande regels in de praktijk wordt omgegaan, hoe, met andere woorden, steeds de link moet worden gelegd tussen een concreet geval en bestaand recht. Dat is — in de woorden van Jhering — *Unsere Aufgabe*⁸⁴ geworden sinds norm en geval niet langer naadloos op elkaar aansluiten.

82. Men leze hierin geen impliciete verwerping van de 'sprong van Scholten'. De kloof blijft altijd bestaan, maar kan o.i. minder breed worden waar de norm is toegespitst op een bepaald feitencomplex. Zie nader hoofdstuk II.

83. Vgl. nog W.M. d'Ablain, *Recht en rechtswetenschap*, oratie Leiden 1882, Haarlem 1882, p. 24: 'dat een leer, die verstandelijken menschelijken arbeid bij de rechtschepping ontkent, noodwendig tot werkeloosheid doemt en ons, in stille berusting met de handen in den schoot, doet wachten op de uitwerking der boven ons verhevene ontwikkelingswet'.

84. Zie noot 11.