



**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 II

Een dogmatische benadering

'We shall have a false view of the landscape if we look at the waste spaces only, and refuse to see the acres already sown and fruitful'.

Benjamin Cardozo¹

1. DOGMATIEK OP HET GRENSVLAK VAN NORM EN GEVAL

1.1 Gang van het betoog

In het voorafgaande is gewezen op de tendens om te denken dat het verbin-tenissenrecht zich in een crisis bevindt. Deze crisis is voor wat betreft de rechtsvinding herleid tot de vraag welke betekenis de regel nog heeft, gegeven de omstandigheid dat het in het recht toch steeds moet gaan om het bereiken van een 'rechtvaardige' uitkomst in het specifieke geval dat voorligt. Ten aanzien van dit vraagstuk, kortweg aan te duiden als hoe de feitelijkheid van het geval in verbinding te brengen met de bestaande regels en leerstukken, zijn verschillende opvattingen denkbaar.

Deze opvattingen worden in het nu volgende in het teken geplaatst van de *rechtsdogmatiek*. Betoogd wordt dat de dogmatiek een methode betreft die tracht om iets te zeggen over de vraag wat de verhouding is tussen rechtsregel en geval, zo men wil: norm en feit. De dogmatiek is zo gezien een onderontwikkeld topic in het Nederlandse burgerlijk recht, maar een juist verstaan van wat zij vermag kan ons op weg helpen de hier aangesne-den problematiek in een meer helder licht te plaatsen. Daarbij past die aantekening dat een aantal van de hieronder te behandelen 'leren' oorspronkelijk niet onder de paraplu van de dogmatiek is verdedigd. In zoverre ook zij trachten om voor het geschetste dilemma een oplossing te bieden, kunnen zij echter wel als een dogmatische leer worden aangeduid. Dat betekent dat die opvattingen ook in het bijzonder aan de orde komen voor zover zij dat dilemma betreffen en niet voor zover zij mede een ander doel hebben.

De opbouw van het betoog is aldus dat na een kennismaking met het begrip 'dogmatiek' verschillende dogmatische opvattingen voor het voetlicht zullen worden gebracht. Zij worden beoordeeld op de mate waarin zij recht doen aan een vruchtbare synthese van de in hoofdstuk I genoemde deels tegengestelde standpunten. Uiteindelijk zal tot een eigen opvatting

1. *The Nature of the Judicial Process*, 27th. ed., New Haven etc. 1967, p. 129.

worden gekomen die behalve een methode van rechtsvinding ook een permanente terugval op bestaande leerstukken propageert.

1.2 Dogmatiek: doel en toepassingsgebied

Het begrip dogmatiek heeft een nare bijmaak.² De term is welhaast synoniem geworden aan een wat saaie benadering van het recht die weinig op heeft met het bereiken van een rechtvaardige uitkomst maar veeleer het starre, positieve, recht in het middelpunt plaatst. Meestal wordt de term gebruikt als een stoplap³ ter rechtvaardiging van een bepaalde oplossing die uit het recht zou volgen en waaraan men als rechtstoepasser nu eenmaal weinig kan doen 'omdat het nu eenmaal zo is'.⁴ Een definiëring van het begrip wordt dan achterwege gelaten. Wordt er slechts de bemoeienis met het geldende, positieve, recht mee bedoeld,⁵ dan wordt 'dogmatiek' ook wel gebruikt om een tegenstelling met de rechtshistorische benadering aan te geven.⁶

Naast dit tamelijk willekeurig gebruik van de termen dogmatisch en dogmatiek, treffen we echter ook wel meer positief bepaalde visies op dogmatiek aan.⁷ Recentelijk nog werden twee opvattingen verdedigd.⁸

2. Kurt Ballerstedt, *Über Zivilrechtsdogmatik*, in: *Festschrift für Werner Flume zum 70. Geburtstag*, Köln 1978, Bd. I, p. 260 spreekt van een 'antidogmatische Affekt' en van een 'anrühiges Wort'. Al te uitpuittend over dogmatiek in het algemeen: Maximilian Herberger, *Dogmatik; zur Geschichte von Begriff und Methode in Medizin und Jurisprudenz*, Frankfurt am Main 1981.
3. Dit geldt niet alleen in Nederland. Zie voor Duitsland bijv. Ballerstedt, *o.c.*, p. 258 en Walter Selb, *Dogmen und Dogmatik, Dogmengeschichte und Dogmatikgeschichte in der Rechtswissenschaft*, in: *Festschrift für Karl Larenz zum 80. Geburtstag*, München 1983, p. 605.
4. In dit verband is het aardig om te vergelijken met de weergave van 'conventionalism' bij Ronald Dworkin, *Law's Empire*, Cambridge Mass. etc. 1986, met name p. 114.
5. Vgl. E.B. Rank-Berenschot, *Over de scheidslijn tussen goederen- en verbintenissenrecht*, diss. Leiden 1992, Deventer 1992, p. 7 en Hans Dölle, *Rechtsdogmatik und Rechtsvergleichung*, *RabelsZ* 34 (1970) p. 404. Dat dogmatiek gelijk moet worden gesteld aan positief recht zonder meer zien we bijv. ook nog bij Werner Krawietz, *Recht als Regelsystem*, Wiesbaden 1984, p. 9.
6. Vgl. J.C. van Oven, *Dogmatische en Historische Rechtswetenschap*, *AA* 5 (1955-1956), p. 1 v. Ook Jhering stelde dogmatiek tegenover rechtsgeschiedenis.
7. Zie voor een uitgebreid overzicht van de meningen in Nederland en Duitsland G.E. Langemeijer, *Juridische Dogmatiek* [= Med. KNAW, Afd. Lett., N.R., dl. 25, no. 10], Amsterdam 1962 en meer summier, maar recenter, C.J. Bax, *De geslotenheid van het recht*, diss. Leiden 1986, p. 123 v. Overigens zijn er ook auteurs die dogmatiek zonder nadere definitie van de term als negatief beschouwen. Zie Ballerstedt, *o.c.*, p. 260. Hij geeft drie soorten redenen voor de opvatting dat rechtsdogmatiek schadelijk is. De rechtstheoretische is deze dat wie het recht ziet als techniek, de jurist als ingenieur, geen dogmatiek nodig heeft. Zij staat in de weg aan een open, probleem-georiënteerd denken.

Nieuwenhuis pleitte voor een wetenschap die de algemene begrippen cultiveert waarbij hij de nadruk legt op de betekenis van de begripsvorming voor de 'agenda voor het debat' dat door partijen wordt gevoerd. Rank-Berenschot bepleitte een middenweg tussen een louter logische bewerking van rechtsvoorschriften en dogmatiek als wetenschap van het positieve recht. Alvorens op dergelijke en andere, oudere, opvattingen in te gaan moet eerst het kader worden geschapen waarbinnen deze visies dienen te worden geplaatst. Waarom immers, zo kan worden gevraagd, benoemen deze auteurs hun opvatting als 'dogmatisch'?

Daartoe is nodig dat men zich realiseert wat het precieze doel is van de in dit hoofdstuk uit te voeren exercitie. Indien het probleem voorligt hoe recht gedaan moet worden, gegeven de omstandigheid dat de beslissing nooit direct uit de regel volgen kan, dient de daarbij te hanteren methode enerzijds ruimte te laten voor het bereiken van een rechtvaardige uitkomst, anderzijds ook weten rekening te houden met wat eerder bereikt is aan inzicht en in de vorm van regels, al dan niet in de wet, is neergelegd. Steeds moet, met andere woorden, de verbinding worden gelegd tussen een concreet geval en al bestaande rechtsregels.

De opvatting die zich op dit terrein beweegt kan als een dogmatische worden beschouwd. In de dogmatiek vinden we dan de (wijze van) overbrugging van norm naar feit, van abstract regelrecht naar concrete rechtstoepassing.⁹ Noodzakelijkerwijze is iedere norm geformuleerd op grond van situaties die zich in het verleden hebben voorgedaan; noodzakelijkerwijze ook ontstaan steeds nieuwe situaties. In de dogmatiek dienen we het *trait d'union* tussen de uit het verleden afkomstige norm en de in het concrete geval te geven beslissing te zoeken.¹⁰ Dit komt ook overeen met wat bijvoorbeeld Langemeijer ziet als taak voor de dogmatiek. Nadat hij deze heeft gedefinieerd als 'alle methodologische en niet rechtstreeks praktische bemoeienis met een geldend rechtstelsel',¹¹ stelt Langemeijer dat er behoefte aan dogmatiek ontstaat in een tijdperk waarin men enerzijds met de wetstekst niet uitkomt en men anderzijds met wantrouwen staat

8. J.H. Nieuwenhuis, Pleidooi voor een dogmatische rechtswetenschap, *RMTh* 1988, p. 1 v.; Rank-Berenschot, *o.c.*, p. 4 v. Aan de mening van Rank-Berenschot wordt hier niet veel aandacht besteed nu zij (p. 8-9) de nadruk lijkt te leggen op slechts het feit dat enerzijds het positieve recht iets heeft te zeggen, maar dat dit anderzijds niet mag ontfaan in dogmatiek 'om der dogmatiek wille'; hoe precies het midden moet worden gehouden tussen beide uitersten, wordt echter minder duidelijk.

9. Aldus terecht Christoph Gusy, "Wirklichkeit" in der Rechtsdogmatik, *JZ* 46 (1991) p. 215. Hij spreekt van een 'Kluft überbrücken'. De gedachte staat niet erg in de belangstelling. Zie ook Wieacker, *Zur praktischen Leistung der Rechtsdogmatik*, oorspr. 1970, in: *Ausgewählte Schriften*, Bd. 2, p. 59 v.

10. Vgl. Ballerstedt, *o.c.*, p. 259.

11. Langemeijer, *o.c.*, p. 13.

tegenover een eigen oordeel als middel om haar aan te vullen.¹² Het behoeft hier geen betoog meer dat het tijdperk waarvan Langemeijer spreekt ook het huidige is.

Gelet op deze betekenis van dogmatiek, wordt zij dus belangrijk zodra men niet langer wenst dat de waarderingen van de feitelijke afhankelijk zijn van de subjectieve oordelen van degenen die belast zijn met rechtspraak.¹³ Regels bevatten slechts meningen over heersende waardenafwegingen die nog in het concrete geval hun toepassing moeten vinden.¹⁴ Bij deze toepassing heeft de dogmatiek een taak. Ook Schoordijk wijst hierop. Volgens hem dwingt de dogmatiek de rechter tot 'een in harmonie brengen van zijn nimmer volledig aan het systeem te ontleen waardeoordelen of alternatieve waardeoordelen met reeds eerder door praktijk of theorie gegeven of te geven oordelen'.¹⁵ Dus juist wanneer de beslissing voor alles rechtvaardig moet zijn, waarover niet meer getwist kan worden, krijgt de dogmatiek een belangrijke taak.¹⁶

Dit is echter een inzicht dat steeds meer teloor gaat. Wanneer de nadruk wordt gelegd op het geval, zoals in de normatieve uitleg, betekent dit dat verder van enige dogmatische inpassing wordt afgezien. De behoefte om dan nog verbanden te leggen, waartoe een dogmatische leer verplicht, verdwijnt. Het inzicht dat voor een regel (en hetzelfde geldt voor een bepaalde doctrine of een bepaald leerstuk) noodzakelijk is dat deze de ervaring van de casuïstiek in zich opneemt vindt maar moeilijk algemene erkenning in het recht.¹⁷

12. Langemeijer, *o.c.*, p. 15: 'de vraag (...) is dus: in hoever heeft in onze tijd een richting van juridisch onderzoek recht van bestaan, die het positieve recht (de wet in de eerste plaats, maar ook de vaste jurisprudentie) in het oog vat met het doel daaruit richtlijnen voor rechtsbeslissingen af te leiden, die daarin niet met zoveel woorden zijn uitgedrukt?'
13. Terecht stelt ook Krawietz, *o.c.*, p. 7 en 11, dat er een noodzaak is de 'conventionele positie' van de rechtsdogmatiek te herijken nu vooral de nadruk is komen te liggen op de beslissing in concreto. 'Auf Grundlagenforschung bedachte Rechtswissenschaft' moet vooral bezig zijn met de voorwaarden waaronder een rechtsdogmatiek eraan bijdraagt bepaalde sociale verhoudingen te stabiliseren. Vgl. ook Roscoe Pounds bekende uitspraak in *Interpretations of Legal History*, Cambridge Mass. 1923, p. 1: 'Law must be stable, and yet it cannot stand still'. Over de wens niet van een subjectief rechterlijk oordeel afhankelijk te zijn Esser, *Möglichkeiten und Grenzen des dogmatischen Denkens*, p. 97-99.
14. Vgl. Josef Esser, *Methodik des Privatrechts*, oorspr. 1972, in: *Wege der Rechtsgewinnung*, p. 344: 'die "Dogmen" sind dabei meist erst die "Konturen" einer Lösung, nicht schon die Lösung selbst'.
15. H.C.F. Schoordijk, *Oordelen en vooroordelen*; rede Tilburg 1972, Deventer 1972, p. 15. Overigens hanteert ook Schoordijk minimaal twee betekenissen van dogmatiek: elders stelt hij deze gelijk aan 'Prinzipienreiterei'. Zie bijv. *Het algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht*, p. 43.
16. Vgl. Ballerstedt, *o.c.*, p. 259.
17. Josef Esser, *Zur Methodenlehre des Zivilrechts*, oorspr. 1959, in: *Wege der Rechtsgewinnung*, p. 322; vgl. *Grundsatz und Norm*, p. 267 v.

De gedachte dat de dogmatiek heeft afgedaan omdat bijvoorbeeld de topische of andere benadering tot rechtvaardige uitkomsten leidt, is dus niet juist. Het is eerder andersom: zodra in de rechtspraak de topiek op de voorgrond treedt, wordt dogmatiek juist van groot belang.¹⁸ Dan dienen de begrippen hun spankracht te tonen. Men kan niet ineens af van het al bestaande begrippensysteem door ieder geschil op topische wijze af te doen of aan de goede trouw het primaat te geven.¹⁹ Het voordeel van formuleringen in termen van bekende leerstukken is immers dat de daarin neergelegde ervaring kan worden aangevuld met de concrete, thans gedane uitspraak. De dogmatiek maakt aldus duidelijk hoe een methodologisch verantwoorde praktijk nog mogelijk is.²⁰

Gelet op de hier verdedigde betekenis van dogmatiek, kan nu een aantal misverstanden rondom haar betekenis worden weggenomen. Het is zeker niet zo dat zij leidt tot een starre toepassing van de regel zonder oog voor de rechtvaardige uitkomst. De dogmatiek dient er juist toe om de abstracte rechtvaardigheid te concretiseren²¹ en dat op zodanige wijze dat de afwijking in het concrete geval niet geheel afhankelijk is van het subjectieve oordeel van de rechter. Dogmatiek doet dus geen apodictische uitspraken,²² maar is juist steeds open voor in concrete gevallen nieuw te beschermen belangen.

Hier zal een aantal in Nederland ontwikkelde dogmatiek-opvattingen aan een nader onderzoek worden onderworpen. Behalve de reeds aangestipte mening van Nieuwenhuis, die dus terecht door hem een dogmatische opvatting wordt genoemd nu deze zich op het geschetste terrein beweegt, zijn dat ook andere leren, die niet als zodanig worden aangeduid. Alle meningen terzake hier weergegeven is ondoenlijk. Volstaan wordt dan ook met enkele representatieve visies.²³ In de volgende paragraaf wordt aandacht besteed aan enkele meer algemene opvattingen; vervolgens kan

18. Vgl. Niklas Luhmann, *Vertrauen; ein Mechanismus der Reduktion sozialer Komplexität*, zoals geciteerd en becommentarieerd bij Ballerstedt, o.c., p. 265.

19. J.M. van Dunné, De waarde van de rechtsdogmatiek voor het privaatrecht, *R&R* 1974, p. 81 spreekt overigens van een 'kringloop' tussen topisch en dogmatisch denken: in de ene periode zal de topiek op de voorgrond treden, in een volgende de dogmatiek. Zie ook J.B.M. Vranken, *Kritiek en methode in de rechtsvinding*, diss. Nijmegen 1978, Deventer 1978, p. 224.

20. Zie Wieacker, *Zur rechtstheoretischen Präzisierung des § 242 BGB*, p. 195. Bax, o.c., p. 126, wijst er op dat het begrip dogmatiek voor de rechtspraktijk geen nadere definiëring nodig heeft. Dit hangt nu echter juist af van die definiëring.

21. Vgl. Wolf, *Diskussion, AcP* 172 (1972), p. 172.

22. Vgl. Wieacker, *Zur praktischen Leistung der Rechtsdogmatik*, o.c., p. 311.

23. Hier wordt bijvoorbeeld niet ingegaan op de visie die, in navolging van Jhering, rechten ziet als 'rechtlich geschützte Interessen' en daarmee de *belangenafweging* centraal stelt. In hoofdstuk VII zal deze opvatting wel in de vorm van de economische benadering van het contractenrecht aan de orde komen. Zie algemeen bijv. A.M. Hol, *Gewogen recht*, diss. Leiden 1993, Deventer 1993, *passim* en p. 5.

worden ingegaan op drie meningen die juist specifiek naar aanleiding van de opgekomen 'feitelijkheid' zijn verdedigd. Aparte bespreking verdient dan nog de rol die 'beginselen' spelen bij de rechtsvinding.

2. ENIGE DOGMATISCHE OPVATTINGEN KRITISCH BESCHOUWD

2.1 Inleiding

Zoals reeds gezegd staat het denken over dogmatiek in Nederland niet zeer in de belangstelling. Uitgangspunt voor een beschouwing over het begrip in Nederland zou moeten zijn het proefschrift van Meijers uit 1903. De slechte naam die dogmatiek heeft is in hoge mate aan dit boek te wijten.²⁴ Weliswaar zijn ook al in de negentiende eeuw verschillende geschriften verschenen waarin aan de dogmatiek van het burgerlijk recht aandacht werd besteed, de term als zodanig zelfs in de titel van die geschriften voorkwam,²⁵ maar meer dan zijdelingse beschouwingen omtrent dogmatiek in de betekenis die er door ons aan is gegeven, treffen we er niet in aan.

2.2 De dogmatische rechtswetenschap van E.M. Meijers

Meijers tracht in zijn proefschrift²⁶ het midden te houden tussen enerzijds een zelfstandige betekenis van het recht in de vorm van normen en anderzijds de erkenning van de invloed van de maatschappij op het recht. Het is hem te doen om de vraag in hoeverre een dogmatiek dienstig kan zijn bij de vaststelling van de inhoud van het positieve recht.²⁷ Daarbij stelt hij voorop dat het in iedere wetenschap moet gaan om de vorming van een systeem, een geordend geheel.²⁸ De manieren om daartoe te komen zijn het vormen van begrippen, het vaststellen van het verband tussen die begrippen en een systematisering ervan. De opvatting van Meijers komt uiteindelijk daar op neer dat hij onderscheidt in verschillende gebieden van juridische werkzaamheid, elk met een eigen karakter en plaatsvindend binnen een afgebakend gebied.

24. Vgl. ook Langemeijer, *o.c.*, p. 563-564.

25. Bijv. H.J. Hamaker, *Dogmatische en empirische rechtsbeschouwing*, rede 1884, in: *Verspreide Geschriften*, dl. VII, Haarlem 1913, p. 1 v. en H.L. Drucker, *Begrip en Dogma in de Rechtswetenschap*, rede Leiden 1889, Haarlem 1889.

26. E.M. Meijers, *Dogmatische rechtswetenschap*, diss. Amsterdam 1903. Zie over Meijers' proefschrift ook Van Zaltbommel, *Recht als systeem*, p. 68 v. en J.H.A. Lokin, De plaats van Meijers in de legistische traditie, in: *Rechtsvinding onder het NBW; een Groningse kijk op het nieuwe vermogensrecht*, Deventer 1992, p. 5 v.

27. Meijers, *o.c.*, p. 18 en 133.

28. Meijers, *o.c.*, p. 19.

Hier wordt geen uitgebreid overzicht gegeven van de wijze waarop Meijers dit uitwerkt aan de hand van een beschouwing over rechtsbegrippen, rechtsoordelen en rechtsregels en -beginselen.²⁹ Het is hier te doen om de hoofdlijn van zijn betoog en deze is betrekkelijk eenvoudig weer te geven. Centraal staat de gedachte dat het recht als geheel van rechtsregels, al dan niet vastgelegd in de wet, een betekenis heeft die niet uitgaat boven wat men zich bewust was ten tijde van het opstellen van die regel. Het is ongeoorloofd om aan de regel een grotere waarde toe te kennen dan die met het oog waarop hij is geformuleerd. Dit leidt bij Meijers tot een onderscheiding tussen wetstoepassing of interpretatie enerzijds en vrije rechtsvinding anderzijds. In beide gevallen wordt van de wet uitgegaan. In het geval van wetstoepassing interpreteert de rechter de woorden der wet en past het resultaat toe op het concrete geval. Dit betekent een beperkte betekenis voor de uitleg: het bij de wetstekst behorend begrip dient te worden opgezocht.³⁰ In het tweede geval, dat van de vrije rechtsvinding, beschouwt de rechter de voorschriften slechts als middel om tot de 'rechtsbeginselen en overige belangen' die aan de voorschriften ten grondslag liggen te komen. Vanuit die laatste komt men dan tot een beslissing.³¹ De regel heeft zo dus nog slechts een indirecte betekenis: hij wordt gebruikt om er beginselen en belangen uit *af te leiden*.

Meijers formuleert dan de dogmatiek als van zonder belang. Zij is waardeloos. Zijn vaak aangehaalde formulering van dogmatiek als 'de wetenschappelijke bearbeiding van rechtsvoorschriften of beginselen uitsluitend met behulp van de wetten der logica',³² is algemeen bekend. Minstens even verhelderend is wat daarop volgt ter nadere verklaring van wat Meijers dogmatiek noemt:³³

'Men gaat uit van een gegeven rechtsmaterie en tracht dan zonder daarbij eenige verdere empirische kennis te gebruiken, het recht en de wetenschap naar vorm en inhoud volkomener te maken'.

29. Zie daarvoor Van Zaltbommel, *Recht als systeem*, p. 75 v.

30. Meijers heeft dit standpunt nooit verlaten. In zijn *De Algemene Begrippen van het Burgerlijk Recht*, Leiden 1948, p. 33, zegt hij nog dat het wetsvoorschrift steeds moet worden beoordeeld naar zijn doel; het is verkeerd om het abstract uit te leggen teneinde te trachten een rechtvaardige uitkomst te bereiken. Zie ook G.E. Lange-meijer, Meijers en de Rechtsdogmatiek, *RMTh* 1950, p. 144.

31. Meijers, *o.c.*, p. 123.

32. Meijers, *o.c.*, p. 14.

33. Meijers onderscheidt dogmatiek van juridische techniek en van algemene rechtleer, *o.c.*, p. 16 v.

Op die manier te werk gaan was voor Meijers nu onaanvaardbaar. Noch bij het maken van regels, noch bij het uitleggen daarvan moet worden uitgegaan van beginselen die met behulp van de logica zijn opgesteld.³⁴

Meijers heeft met deze opvatting een scherpe scheiding aangebracht tussen enerzijds de direct op de wet gegronde rechtspraak en anderzijds de vrije rechtspraak die de wet slechts als middel gebruikt. Deze scheiding moet worden gezien in het licht van Meijers' afwijzing van theorieën die aan het recht een spontane, organische ontwikkeling toekennen.³⁵ De gevallen die zich voordoen worden onder de norm gebracht indien dit in overeenstemming is met het doel van die norm. Is dat doel een ander, dan rest niets anders dan in een vrije rechtsvinding tot oordeelsvorming te komen. Meijers is deze opvatting altijd trouw gebleven en men kan ten bewijze daarvan uit zijn commentaar op Damhof-Staat uit 1951 de woorden citeren dat voor hem: 'de tekst en vooral het stelsel der bestaande wet meer waarde (...) hebben, dan voor hen, die menen alles uit de wet te mogen halen, wat hun redelijk en billijk voorkomt'.³⁶

Afwegingen in nieuw opgekomen belangenconflicten worden hiermee door Meijers gesteld naast oudere al in een eerdere fase van de rechtsontwikkeling ontstane en in regels neergelegde belangenafwegingen. Deze opvatting heeft als onmiskenbaar voordeel dat de regel 'zuiver' wordt gehouden en niet wordt vertroebeld door belangenafwegingen die er in een al te vergaande uitleg ook bij worden betrokken. Dit dient zeker het belang van de 'Methodenehrlichkeit'. Aan de andere kant blijft op deze wijze een gedeelte van de nieuwe belangenafwegingen buiten het eerder verworvene. Men kan stellen dat Meijers hiermee zijn redenering niet teneinde denkt. Niet alleen dient men zich bewust te zijn van de beperkte betekenis van de regel voor de rechtsvinding, ook moet als volgende stap de verbinding tussen het door 'interpretatie' en door 'vrije rechtsvinding' gevonden recht worden gelegd. Hier blijft Meijers achter.

Het is overigens kwetsief waarom Meijers dogmatiek formuleert op de wijze zoals hij doet om deze vervolgens te verwerpen als van geen nut voor de rechtswetenschap. Zijn methode lijkt nu op het optrekken van een lelijk gebouw om dit vervolgens weer met de grond gelijk te maken, juist vanwege die lelijkheid. Meijers zegt zelf aansluiting te willen zoeken bij het heersende spraakgebruik in deze,³⁷ maar dit gebruik was toen (en is thans nog steeds) juist niet erg vast. In dit opzicht kan Nieuwenhuis meer

34. Vgl. hierover ook K. Wiersma, Meijers en de hercodificatie, *WPNR* 5504 (1980), p. 22.

35. Vgl. Langemeijer, *o.c.*, p. 135.

36. Het arrest van de Hoge Raad van 5 mei 1950 betreffende de eigendom van roerend goed, oorspr. 1951, in: *VPO*, dl. II, p. 169 v.

37. *o.c.*, p. 14. Eerder lijkt Meijers Jhering te volgen, in wiens definitie van 'höhere Jurisprudenz' ook het logische element werd benadrukt.

worden gewaardeerd: hij formuleert dogmatiek zoals hij wenst dat deze zal zijn. Dit lijkt, met een onvaste terminologie, ook de beste optie.

2.3 Nieuwenhuis' pleidooi voor een dogmatische rechtswetenschap

In een redactioneel commentaar heeft Nieuwenhuis³⁸ gepleit voor de eigen rol die de 'dogmatiek' heeft te vervullen. Naast het becommentariëren van rechtspraak en wetgeving heeft de rechtswetenschap, voor Nieuwenhuis een synoniem van dogmatiek, namelijk nog een eigen taak die bestaat in het cultiveren van de algemene begrippen. Begripsvorming is volgens hem dienstig aan zowel wetgeving als rechtspraak. In wetgeving voorkomende begrippen als zaak en verbintenis vormen de 'bouwelementen' van het Burgerlijk Wetboek, maar kunnen die rol slechts zinvol blijven vervullen zolang zij steeds verder worden ontwikkeld door de rechtswetenschap. Daarnaast hebben begrippen betekenis voor de rechtspraak. Daar spelen zij een rol in het debat dat voor de rechter wordt gevoerd tussen eiser en gedaagde. Een goede afbakening van begrippen als bijvoorbeeld onrechtmatigheid en schuld voorkomt dat de deelnemers aan het debat 'dóór en langs elkaar heen praten'.³⁹

Nieuwenhuis' beschouwing kan worden gezien als voortbouwend op Meijers' opvattingen, nu ingekleed in de vorm van agenda voor het debat. De nadruk die komt te liggen op de vraag naar de schuld of naar de onrechtmatigheid als *afzonderlijke* 'agendapunten' garandeert dat de oordeelsvorming in het concrete geval plaatsvindt aan de hand van juridisch welgevormde begrippen en dat niet onder de vlag van één vage term een oordeel wordt gegeven. Nieuwenhuis' nadruk op de partijen als degenen die de argumenten voor het debat aandragen — Meijers zou hier aan de rechter meer verantwoordelijkheid toekennen — doet daar niet principieel aan af.

Wat bij Nieuwenhuis onderbelicht blijft is evenwel de vraag wat de taak is van de dogmatiek zodra op de welomlijnde begrippen niet langer teruggevallen kan worden. Aangeven 'hoe het recht gesproken behoort te worden'⁴⁰ is niet steeds mogelijk door de onderlinge verhouding van de begrippen aan te passen in het concrete geval. Wat we bij Nieuwenhuis missen is daarmee vooral een beantwoording van de vraag hoe men de bestaande problemen in ons verbintenissenrecht te lijf moet. Er is immers een grens aan wat *eerder* geformuleerde agendapunten in het debat ten aanzien van een nieuw te wegen belangenconflict vermogen. Die begrippen

38. Nieuwenhuis, *o.c.*, p. 1.

39. Nieuwenhuis, *o.c.*, p. 2. Zie over die debatfunctie vooral *infra*, § 4.2.1.

40. Nieuwenhuis, *i.a.p.*

dienen de nieuw gewezen beslissingen in zich op te nemen en hoe dit moet geschieden wordt bij Nieuwenhuis niet duidelijk.

2.4 De topische benadering

De bovenstaande 'dogmatische' opvatting van Nieuwenhuis kan in direct verband worden gebracht met een voorkeur voor de zogenaamde 'topiek'. Deze, op Aristoteles en Cicero teruggaande methode, staat sinds de jaren vijftig hernieuwd in de belangstelling. Zij vindt op verschillende terreinen toepassing, maar lijkt vooral voor het recht vruchtbaar. Als zodanig is de topiek in Duitsland door Viehweg,⁴¹ in België eerder al door Perelman⁴² ge(her)introduceerd. De belangrijke rol die de topiek in de huidige rechtsvindingsdiscussie speelt, rechtvaardigt een wat uitgebreider beschouwing.

2.4.1 Topiek als wijze van probleemdenken

Ook de topische benadering neemt als uitgangspunt het gegeven dat uit de regel nooit dwingend een uitkomst volgen kan; zij stelt zich aldus te weer tegen de axiomatisch-deductieve wijze van recht doen. Vaak heeft de practicus het idee dat hij de uitkomst van een geschil heeft afgeleid uit de wetstekst, maar dat is dan toch nooit een *dwingend* voortvloeien uit eerder bestaande regels.⁴³ Anderzijds wordt ook ingezien dat de 'feiten' als zodanig geen criterium kunnen bieden. De wijze van recht doen die door de topiek wordt gepropageerd beoogt een uitweg uit dit dilemma te zoeken en is daarmee dus tevens een dogmatische opvatting.

In de topische zienswijze staat de oriëntatie op het probleem voorop. De topiek is daarmee een vorm van *probleemdenken*.⁴⁴ Uitgangspunt is niet het systeem van rechtsregels of beginselen, maar hoe het voorliggende geval ad hoc op een rechtvaardige wijze kan worden opgelost. Dit betekent dat met alle omstandigheden van het geval rekening kan worden gehouden.⁴⁵ In een systeembenadering zou het geheel van het recht consequent

41. Theodor Viehweg, *Topik und Jurisprudenz*, oorspr. 1953, 5. Aufl., München 1974.

42. Chaïm Perelman, *Justice et Raison*, Bruxelles 1963. Zie overigens Wieacker, *Privatrechtsgeschiede der Neuzeit*, p. 596 v. en men vgl. de recente studie van Wolfgang Bayer, *Moderne Rechtsanwendung und antike Rhetorik*, in: *Rechtstheorie* 25 (1994), p. 219 v.

43. Vgl. Viehweg, *o.c.*, p. 114 en p. 103: de schijnbaar logische subsumptie is dus een 'Reintegrierung eines Interessenurteils'.

44. Viehweg, *o.c.*, p. 31 en 97 noemt de topiek zelfs de 'technique des Problem Denkens'.

45. Vgl. J.C.M. Leyten, *Rechtspraak en topiek*, in: *Theorie en praktijk van de rechtsvinding*, Zwolle etc. 1977, p. 37 en J.H. Nieuwenhuis, *Hoi Topoi*, in: *Quod Licet* (Kleijn-bundel), Deventer 1992, p. 283 v., gewijzigd herdrukt in: *Confrontatie en compromis*, Deventer 1992, p. 111.

op het eerste plan staan; de gevallen dienen dat systeem. Past een bepaalde vraag daar niet in, dan wordt deze niet gesteld.⁴⁶

Vraag is natuurlijk hoe dit probleemdenken precies in zijn werk gaat. Het enkele feit dat het probleem op de voorgrond staat, zegt immers niet zo veel. Het kenmerkende van de topiek is nu dat het probleem ad hoc wordt opgelost door terug te grijpen op algemeen als erkend aanvaarde gezichtspunten, de zogenaamde 'topoi' of 'loci',⁴⁷ die in de meest diverse situaties kunnen worden gebruikt om de zaak van verschillende zijden te bezien. Na afweging van de topoi tegen elkaar kan tot een oordeel worden gekomen. Twee manieren zijn hier denkbaar.⁴⁸

Men kan gezichtspunten willekeurig selecteren op hun waarde voor het voorliggende geval. Alle gezichtspunten uit het (in de praktijk onbeperkte) voorraadmagazijn⁴⁹ komen in aanmerking. Dit is enerzijds positief omdat steeds wel een topos kan worden gevonden dat in het bijzonder voor dit geval argumentatiemateriaal aanvoert, anderzijds is de afwezigheid van enigerlei begrenzing van de beschikbare topoi een nadeel omdat de willekeurige keuze niet bepaald de rechtszekerheid zal dienen.

Daarom trachtte reeds Aristoteles zelf om catalogi van topoi op te stellen. Deze kunnen dan dienen om hetzij voor specifieke probleemsituaties hetzij voor bepaalde vakgebieden het aantal gemeenplaatsen te beperken. Deze tweede benaderingswijze kan echter nooit tot een 'echte' beperking leiden omdat steeds, behalve de uitverkoren, ook andere gezichtspunten een rol kunnen blijven spelen om de afweging 'open' te houden.⁵⁰ In de praktijk is de catalogus dan ook onbegrensd.⁵¹

Om de topiek goed te begrijpen, zal zij moeten worden afgezet tegen de meer traditionele benadering van rechtsvinding aan de hand van regels.⁵²

46. Viehweg, *o.c.*, p. 34 onder aanhalen van Nicolai Hartmann: 'Vorentschieden ist hier nicht etwa über die Lösung der Probleme selbst, wohl aber über die Grenzen, in denen sich die Lösung bewegen darf'.

47. In aansluiting bij de Duitse term 'Gemeinörter' spreekt men in Nederland wel van 'gemeenplaatsen'. Vgl. de definitie van de topos bij Leyten, *o.c.*, p. 30: 'een gezichtspunt van algemene aard, dat in een bepaalde tijd door allen, de meesten of de verstandigsten voor waar wordt aangezien' en die bij Viehweg, *o.c.*, p. 24, ontleend aan Aristoteles: topoi zijn 'vielseitig verwendbare, überall annehmbare Gesichtspunkte, die im für und Wider des meinungsmäßigen gebraucht werden und zum Wahren hinführen können'.

48. Viehweg, *o.c.*, p. 35 v. Hij spreekt respectievelijk van 'Topik erster Stufe' en van 'Topik zweiter Stufe'.

49. Of 'schatkamer'. Vgl. W.J. Witteveen, *De retoriek in het recht*, diss. Leiden 1988, Zwolle 1988, p. 71.

50. Vgl. Viehweg, *o.c.*, p. 41: 'Jedes Problemdenken ist bindungsscheu'.

51. Vgl. Karl Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 6. Aufl., Berlin etc. [1991], p. 146. Kritisch over een catalogus Robert Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation*, [Frankfurt am Main 1983], p. 41.

52. Viehweg maakt dit verband in zijn boek niet duidelijk, één van de redenen waarom hij nogal wat kritiek te verduren heeft gehad.

In hoeverre zij verschillen of overeenkomen, hangt vooral af van twee factoren: waarin verschillen de topoi van rechtsregels? En: in hoeverre worden regels en topoi op een verschillende wijze gehanteerd?

Wat de eerste vraag aangaat: wanneer topoi algemeen aanvaarde gezichtspunten zijn, dan lijken de civiele rechtsregels de topoi bij uitstek te vormen. Zij bevatten immers informatie van vaak vele jaren over een rechtvaardige wijze van recht doen. In die zin zouden rechtsregels kunnen worden gezien als topoi van zelfs zeer belangrijke aard.⁵³ Enerzijds kan men dan alle rechtsregels als topoi zien. Dit kan expliciet doordat men de regel ziet als 'slechts' een gezichtspunt; maar de regel kan ook topos zijn voor diegenen die dat niet willen aanvaarden maar toch impliciet via de weg van uitleg der bepaling de regel tot topos maken.⁵⁴ Anderzijds is ook mogelijk om binnen de rechtsregels zelf een onderscheid te maken tussen regels die een koppeling maken tussen vereisten en rechtsgevolgen (zoals art. 3:84 BW) en regels die topoi bevatten (zoals art. 6:233 BW of art. 1945 BW (oud)).⁵⁵

De manier waarop met de rechtsregel als topos wordt omgegaan verschilt echter van hoe tegen de rechtsregel in de traditionele benadering wordt aangekeken. In die laatste opvatting wordt de regel vooral gezien als een geprefabriceerde belangenafweging waar in principe geen discussie meer over hoeft te worden gevoerd en die slechts behoeft te worden toegepast. In de topiek is de functie van de regel anders: deze kan altijd worden afgewogen tegen andere regels of gezichtspunten. Tussen hen bestaat geen vaste verhouding en daaraan bestaat ook geen behoefte.⁵⁶ De regel heeft met andere woorden een *retorische* waarde: hij dient als argument tegenover andere, in principe even belangrijke argumenten, die uiteindelijk in het concrete geval worden geordend. Dat de eerste manier van doen de overhand heeft waar het bekende, al eerder aan de orde geweest zijnde, conflicten betreft en de tweede waar het gaat om nieuw of opnieuw te wegen belangen, spreekt voor zich.⁵⁷

53. Gerhard Struck, *Topische Jurisprudenz*, [Frankfurt am Main 1971], p. 7: 'Das Gesetz ist ein Topos unter anderen, aber ein höchst Wichtiger!'

54. Aldus Norbert Horn, aangehaald bij T.D. de Groot, Theodor Viehweg: de omstre-den actualiteit van de topika in de rechtstheoretische discussie, *R&R* 17 (1988) p. 98. Vgl. Viehweg, *o.c.*, p. 42.

55. Aldus Nieuwenhuis, *o.c.*, p. 109-110, die hier alleen de tweede vorm van de regel als topos lijkt te zien. Vgl. evenwel Pleidooi voor een dogmatische rechtsweten-schap, *t.a.p.*

56. Vgl. Claus-Wilhelm Canaris, *Bewegliches System und Vertrauensschutz im rechts-geschäftlichen Verkehr*, in: *Das bewegliche System im geltenden und künftigen Recht* (Wilburg-Symposium), Wien etc. 1986, p. 103.

57. Vgl. nog Esser, *Zur Methodenlehre des Zivilrechts*, *o.c.*, p. 314.

Deze retorische waarde van de topiek⁵⁸ is eenvoudig te verklaren: de gezichtspunten die zo belangrijk zijn moeten worden 'gevonden' in het aanwezige argumentatiemateriaal. Zoals gezegd is een nadere inperking daarvan wel voorlopig mogelijk, maar de vraag blijft in concreto steeds welke gemeenplaatsen een rol dienen te spelen en hoe zij tegen elkaar moeten worden afgewogen. De rechter zal zich daartoe bij uitstek richten naar wat partijen in de vorm van vraag en antwoord, repliek en dupliek aanvoeren.⁵⁹ Zoals wij reeds zagen heeft in Nederland vooral Nieuwenhuis deze debatfunctie benadrukt. In wat hij 'dogmatiek' noemt vindt men aangegeven hoe het debat tussen eiser, gedaagde en rechter gevoerd moet worden, waarbij de rechtsregels een *agendafunctie* hebben.⁶⁰

De rechtsregel zien als topos sluit overigens niet uit dat toch deductief kan worden geredeneerd. Nadat verschillende topoi immers tegen elkaar zijn afgewogen en een keuze in een bepaalde richting is gemaakt, kan het beslissende gezichtspunt als regel worden geformuleerd en een schijnbaar logische deductie worden uitgevoerd. Deze laatste deductie verwarre men niet met die, die schijnbaar uit het systeem van burgerlijkrechtelijke regels kan worden afgeleid. Deze deductie, die dwingend leidt tot een bepaalde, *enige juiste*, uitkomst, is nu juist een logische techniek waartegen door de topiek stelling wordt genomen.⁶¹ We stuiten hier op een verschil tussen heuristiek en legitimatie dat de inleiding vormt voor onze kritiek op de topische denkwijze.

2.4.2 Kritiek

Een punt van kritiek dat tegen de topische benadering zou kunnen worden ingebracht, is dat de elementen die een rol spelen bij de oordeelsvorming door de rechter zo divers zijn dat zij onvoldoende zekerheid verschaffen omtrent wat rechtens is. Dit argument wordt wel door de aanhangers van de 'normatieve uitleg' aangevoerd. De topische benadering lijkt nu echter juist verder te gaan: niet wordt volstaan met de constatering dat het gaat om het opleggen van rechtsgevolgen aan de hand van de redelijkheid en billijkheid, maar getracht wordt om daaraan een nadere invulling te geven door de voor de rechtsvinding relevante factoren nader aan te wijzen.

58. Vgl. over de historische wortels van de topiek Viehweg, *o.c.*, p. 15 v. De verbinding met de retoriek komt vooral voor rekening van Cicero. Zie algemeen ook Witteveen, *o.c.*, p. 69 v.

59. Vgl. Viehweg, *o.c.*, p. 41.

60. Nieuwenhuis, Pleidooi voor een dogmatische rechtswetenschap, *o.c.*, p. 2; Hoi Topoi, *o.c.*, p. 109 v. en vooral Recht op tegenspraak, in: *In het nu, wat worden zal* (Schoordijk-bundel), Deventer 1989, gewijzigd herdrukt in: *Confrontatie en compromis*, *o.c.*, p. 93 v. Zie ook reeds Leyten, *o.c.*, p. 30.

61. Door Viehweg, *o.c.*, p. 81, in directe verbinding gebracht met het negentiende-eeuwse 'logische Ideal einer Wissenschaft'.

Kritiek die zich sowieso richt tegen de kwantiteit en onzekere onderlinge verhouding van de topoi, waardoor steeds weer een afweging van gezichtspunten (al dan niet neergelegd in regels) tegen elkaar moet worden gemaakt, snijdt weinig hout. Uiteraard moet uit de veelheid aan loci steeds een keuze worden gemaakt en moeten de gekozen gemeenplaatsen tegen elkaar worden afgewogen. Eenzelfde bezwaar kan echter worden ingebracht tegen de hantering van rechtsregels. Of deze toepassing kunnen vinden is immers even problematisch. Dan biedt de topiek nog het voordeel dat expliciet wordt erkend dat het recht geen deductief-axiomatisch systeem vormt.

Er kan evenwel andersoortige kritiek worden geuit op de topische benadering. Het is deze dat consequent het probleemdenken op het eerste plan wordt gezet. Dit gaat bij Viehweg zelfs zover dat voor hem het karakter van de rechtswetenschap haast per definitie topisch is en deze ook alleen door middel van de topiek kan worden begrepen. Pas door inzicht in de topiek ontstaat inzicht in de structuur van het recht.⁶² Aldus neemt de topiek dus de plaats in van de traditionele rechtswetenschap. Maar ook wanneer men dit te ver vindt gaan en volstaat met de gedachte dat de topiek slechts *een* invulling is van het recht, blijft het probleemdenken op het eerste plan staan. Daartegen kan bezwaar worden gemaakt.

In de eerste plaats komt de aansluiting bij het bestaande begrippenapparaat aldus moeizaam tot stand. De topische waardenafweging is bij uitstek een techniek die wel recht doet aan de omstandigheden van het geval, maar niet aangeeft wat de relatie is met reeds bestaande regels.⁶³ Zelfs voor zover wordt aanvaard dat ook de rechtsregel een topos is, blijft in het midden hoe dan de afweging met andere gezichtspunten moet geschieden en. Het geval komt op de voorgrond te staan. Consequent wordt afgezien van zelfs maar de *mogelijkheid* dat een geval onder de regel kan worden gebracht.⁶⁴ Die keuze kan echter ook anders worden gemaakt: men kan immers evenzeer trachten de te maken belangenafwegingen binnen de reeds bestaande categorieën te brengen.⁶⁵

In de tweede plaats moet worden gemeld dat in het probleemdenken geen enkele noodzaak bestaat om een onderscheid te maken tussen regels,

62. Viehweg, *o.c.*, p. 97.

63. Naar Nederlands recht valt, behalve aan het al genoemde art. 6:233 BW, te denken aan de omstandigheden die bij de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid een rol spelen, zoals geformuleerd in HR 19 mei 1967, NJ 1967, 261 m.nt. GJS (Saladin/HBU). Een Duits voorbeeld betreft de zg. Haftung für culpa in contrahendo. De praktijk neemt dan willekeurige 'Haftungselemente' uit 'Vertrauensschutz, Eigeninteresse en sozialem Kontakt' tezamen tot een 'Haftung aus verträgsähnliches Vertrauens- und Schutzverhältnis'. Zie Esser, *Möglichkeiten und Grenzen des dogmatischen Denkens*, p. 125.

64. Wieacker, *Zur praktischen Leistung der Rechtsdogmatik*, p. 76 v.

65. Vgl. Esser, *Grundsatz und Norm*, p. 218 v.

beginselen of andere meer 'losse' argumenten. Zolang ze kunnen dienen om het thans voorliggende probleem op te lossen, maakt de classificatie niet uit; de systematische ordening van het geval in het geheel van reeds bestaande onderscheidingen komt op de tweede plaats. De topiek is eigenlijk alleen van belang om in de heuristische fase van het rechtsvindingsproces een juiste oplossing te zoeken. Het is een *ars inveniendi*, die in navolging van Cicero moet worden onderscheiden van de *ars iudicandi*,⁶⁶ die ziet op de beredenering achteraf aan de hand van de gevonden premissen.⁶⁷ Het lijkt in de thans overheersende benadering echter zo te zijn dat dit tweede element veel minder nadruk krijgt en dat de topiek, behalve in de heuristische fase, ook bij de legitimatie wordt ingeschakeld.

Dat de topisch gemaakte afweging ook als beargumentering voor de gevonden oplossing blijft staan zonder dat wordt teruggegrepen op al eerder ontwikkelde regels, is echter onaanvaardbaar. Dat het reeds bereikte zo niet toegankelijk wordt gemaakt voor het nieuw te wegen geval en wordt voorbij gezien aan nuances die in de loop van eeuwen zijn ontwikkeld, bemoeilijkt niet alleen het vinden van de juiste oplossing, maar leidt wederom tot een ontwikkeling van tweeërlei vorm van recht die naast elkaar blijven staan.⁶⁸

3. DRIEËRLEI OPVATTING OMTRENT DE NIEUW OPGEKOMEN 'FEITELIJKHEID'

3.1 Van Zaltbommels 'feitelijkheid'

De beide bovenstaande opvattingen omtrent dogmatiek konden niet voltooien. Zij hielden ook niet expliciet rekening met de problemen zoals die in het huidige verbintenissenrecht werden gesignaleerd. Dat is anders met drie andere visies op de problematische verhouding regel-geval; zij komen thans aan de orde.

Een geluid dat representatief is voor de opvatting dat het recht langzaam is verworden tot een meer feitelijk geheel, vinden we in het proefschrift van L.K. van Zaltbommel.⁶⁹ Hij plaatst zijn beschouwingen in het licht van het recht als systeem en verdedigt dat dit laatste heeft opgehouden te

66. Cicero, *Topica* 2.1; Vgl. Viehweg, *o.c.*, p. 39.

67. Vgl. De Groot, *o.c.*, p. 94.

68. Vgl. Esser, *Zur Methodenlehre des Zivilrechts*, *o.c.*, p. 316: 'Das Bewußtsein daß zu der "Interessenabwägung" auch ein streng positiver Zurechnungsgrund treten muß, eine juristisch kontrollierbare Begründung für die Zuteilung der Rechtsnachteile, geht mehr und mehr verloren'.

69. *De betekenis van het recht als systeem*, diss. Amsterdam VU 1993, Zwolle 1993. Zie ook zijn preadvies voor de Vereniging voor Wijsbegeerte van het Recht 1993, Het recht dat tot de feiten dwingt, *R&R* 22 (1993), p. 172 v.

bestaan. Zelf formuleert hij het zo dat zijn betoog is te lezen als 'een verslag van de ondergang van het recht als systeem'. In de loop van deze eeuw is het recht als systeem onderworpen aan alle mogelijke belangen die in de samenleving om voorrang strijden. Het belangrijkste bezwaar dat hiertegen volgens Van Zaltbommel kan worden aangevoerd is dat het karakter van het recht als bindend en duidelijkheid verschaffend geheel verloren gaat.⁷⁰

Bij de uitwerking van deze opvatting benadrukt Van Zaltbommel dat het er bij hem niet om gaat dat het recht een systeem *is*, maar dat belangrijk is hoe het recht *als* systeem een betekenis dient te krijgen. Het gaat er om 'wat het recht als systeem dan doet' in de werkelijkheid. Daaraan kan de vraag worden verbonden of die rol ook wenselijk is. Hij plaatst dit tegen de achtergrond van het dilemma waarin het recht zich altijd bevindt: enerzijds uitwerking geven aan maatschappelijke behoeften, anderzijds een bestendig karakter hebben om zeggingskracht te behouden.⁷¹ Dit dilemma heeft het karakter van een *strijd* en het recht als systeem heeft die strijd verloren. Van Zaltbommel illustreert dit vooral aan de hand van het leerstuk van de redelijkheid en billijkheid. Dit leerstuk is een grote rol in gaan nemen in zowel de rechtspraak als het nieuwe BW. In de literatuur wordt dit toegejuicht: zo spreekt men wel de verwachting uit dat de betekenis van de redelijkheid en billijkheid nog verder zal toenemen. Enig probleem ziet men hierin niet. Voor Van Zaltbommel betekent dit echter dat men niet doordringt in de achterliggende problematiek: in wezen is deze grote rol voor de redelijkheid en billijkheid een wending van het recht naar de moraal. Men gaat er van uit dat de inhoud van de redelijkheid en billijkheid niet nader kan worden aangegeven, hoewel de plaats in de wet kan zijn neergelegd. Van Zaltbommel noemt dit een *gesystematiseerde onzekerheid*, die is terug te voeren op een gerichtheid op de sociale werkelijkheid; deze heeft de ondergang van het recht als systeem tot gevolg en dat vindt Van Zaltbommel een slechte zaak.⁷² Uiteindelijk is het naar de achtergrond dringen van de normstelling een bedreiging van de rechtsstaat.⁷³

Hoe hierover te denken? Wij kunnen een eind met Van Zaltbommel mee gaan waar hij betoogt dat de norm een steeds minder dominante positie is gaan innemen in ons recht en dat daarmee de feitelijkheid van het concrete geval op de voorgrond is gekomen. Meer problemen kan men echter hebben met de manier waarop Van Zaltbommel tot deze conclusie komt en die onzes inziens direct samenhangt met zijn opvatting op wat een

70. Van Zaltbommel, *o.c.*, p. 5.

71. Van Zaltbommel, *o.c.*, p. 4-5.

72. Van Zaltbommel, *o.c.*, p. 60-62.

73. Van Zaltbommel, *o.c.*, p. 166.

'systeem' is. In zijn opvatting is het mogelijk dat een juridisch systeem verdwijnt. Bezien vanuit het perspectief van de sociale wetenschapper is dit inderdaad mogelijk. De denkfout die door Van Zaltbommel wordt gemaakt is evenwel dat het er in het recht niet om gaat dat een systeem *bestaat*, maar dat men een systeem *fingeert*. Zodra men een meer geesteswetenschappelijk standpunt inneemt, wordt men zich bewust van deze opdracht. Wanneer een uitspraak niet in het systeem *lijkt* te passen en slechts aan de hand van een of andere open norm kan worden gelegitimeerd, dient actie te worden ondernomen en worden getracht de uitspraak wel in te brengen. Aldus beschouwd biedt Van Zaltbommel slechts een analyse en niet tevens een oplossing voor bestaande problemen.⁷⁴ Dat is anders in een andere, meer op het positieve recht betrokken, studie van B.W.M. Nieskens-Isphording.

3.2 Nieskens' *'fait accompli'*

In een min of meer geruchtmakend⁷⁵ proefschrift⁷⁶ is Nieskens-Isphording onlangs ingegaan op wat ook in deze studie als een der belangrijkste vraag van het moderne privaatrecht is gekwalificeerd, namelijk die waaruit verbintenissen ontstaan. Haar betoog stelt centraal de idee dat in deze eeuw in steeds grotere mate verbintenissen worden aangenomen ook buiten het traditionele schema van wet en overeenkomst om. Volgens haar danken in de heersende leer die 'nieuwe' verbintenissen hun ontstaan aan enig 'opgewekt vertrouwen', waaraan op grond van de eisen van het rechtsverkeer rechtsgevolgen worden toegekend. Tegen deze 'hulpconstructie', op grond waarvan overeenkomsten worden aangenomen, neemt zij stelling en komt ze tot de centrale gedachte van haar betoog.

Nieskens betoogt dat de gedachte van een 'hulpconstructie' in de vorm van vertrouwen, op grond waarvan gebondenheid wordt aangenomen, niet past in het systeem van de bronnen van verbintenis. De rol van het vertrouwen kan volgens haar slechts secundair zijn. Dit hangt daarmee samen dat voor Nieskens de partij-autonomie de kern van het privaatrecht vormt.⁷⁷

74. Dit is wellicht onvermijdelijk nu de auteur het verschil tussen open en gesloten systeemdenken lijkt te veronachtzamen: in de eerste vorm vindt uitbreiding plaats door analogie e.d. en is het mogelijk om op die wijze steeds verder af te geraken van het oorspronkelijke begrippenstelsel; in de tweede vorm beoogt men de stof tot een minimum van steeds bruikbare beginselen en begrippen terug te brengen en kan de billijkheid nooit een grote rol krijgen *bij de legitimering*. Zie Esser, *Zur Methodenlehre des Zivilrechts*, o.c., p. 322.

75. Vgl. bijv. de recensies van A.S. Hartkamp, *WPNR* 6024 (1991) p. 747 v. en P. Abas, *NJB* 1992, p. 444 v.

76. *Het fait accompli in het vermogensrecht*, diss. Tilburg 1991, Deventer 1991.

77. Nieskens, o.c., p. 24: 'De kern van het privaatrecht bestaat uit de erkenning van de *macht* van het individu om *indien hij dit wenst* aan het rechtsverkeer deel te nemen' (curs. Nieskens).

Bij overeenkomsten betekent dit dat alleen van de 'zuiver gevormde, op een rechtsgevolg gerichte wil' kan worden gezegd dat hij steeds tot geldige rechtshandelingen leidt. Weliswaar bestaat ook contractuele gebondenheid bij afwezigheid van wilsovereenstemming, maar die gevallen liggen, als ook gericht op *uitwisseling*, in het verlengde van de partij-autonomie.⁷⁸ De wil blijft hier de grondslag der verbindendheid. Dat ook het vertrouwen grondslag kan zijn is 'volstrekt maar dan ook volstrekt onmogelijk'.⁷⁹

Dit hangt samen met de door Nieskens haast axiomatisch geponeerde stelling dat de verdeling van bronnen van verbintenis in vrijwillig aangegane en opgelegde verbintenissen, 'logisch dwingend en niet te verbeteren' is.⁸⁰ Wanneer niet de partij-autonomie tot rechtsgevolgen leidt, maar toch een contract wordt aangenomen, wordt het contract 'opgelegd'. Wil het verbintenissenrecht nu een hecht en logisch geheel blijven, dan moeten de gronden waarop het contract wordt opgelegd, gelijk zijn aan die van de andere opgelegde verbintenissen.

Nieskens dwingt zich aldus om de 'vertrouwensgevallen' onder de opgelegde verbintenissen te brengen. De vraag is hoe dit moet. Volgens Nieskens bestaat in de nieuwe gevallen waarin verbintenissen ontstaan, steeds *meer* dan alleen vertrouwen. Dat meerdere noemt zij een 'fait accompli' of 'voldongen feit', dat wil zeggen een feitelijke toestand die door de rechter als onomkeerbaar wordt gewaardeerd.⁸¹ Die toestand is de reden voor het ontstaan van de verbintenis. Als conclusie presenteert Nieskens dan ook⁸²

'dat vertrouwen nu eens wordt beschermd, dan weer niet, afhankelijk van de omstandigheden. Dit rechtvaardigt de veronderstelling dat het rechtsvormend element niet in het vertrouwen ligt, maar zich bevindt *in die omstandigheden*. Daarin moet een constante te vinden zijn, zo mag de hypothese luiden, die — op gelijke voet met de op een rechtsgevolg gerichte wil — rechtsgevolgen in het leven roept' (curs. in orig.).

Die constante is het fait accompli. Het vertrouwen blijft voorwaarde, *condicio sine qua non*, voor het ontstaan van rechtsgevolgen bij afwezigheid van de autonome, op rechtsgevolg gerichte wil. Het 'meerdere' is echter doorslaggevend. Het fait accompli 'fungeert als een aanvullende wijze van ontstaan en tenietgaan van verbintenissen'.⁸³ Dit past wel in het

78. Nieskens, *o.c.*, p. 100.

79. Nieskens, *o.c.*, p. 90.

80. Nieskens, *o.c.*, p. 32. Deze stelling vormt het fundament van haar hele theorie. Valt deze weg, dan vervalt ook de behoefte aan het 'fait accompli'. Vgl. *infra*.

81. De omstandigheid 'dat het nu eenmaal zo is gelopen', *o.c.*, p. 4. Vgl. p. 101.

82. Nieskens, *o.c.*, p. 91.

83. Nieskens, *o.c.*, p. 6. Men vgl. overigens de door Nieskens niet genoemde uitspraak van P. van Bemmelen, *Regtsgeleerde Opstellen*, dl. II, Leiden 1891, p. 136: 'De causa mijner verbintenis is (...) niet eene met mijn schuld coëxisterende tegenvordering, maar de 'fait accompli' eener aan mij gedane praestatie'.

bestaande systeem van de bronnen van verbintenis: wanneer de rechtshandeling haar geldigheid werd ontzegd, terwijl op grond van het gewekte vertrouwen gevolgen in het leven zijn geroepen, zou namelijk een 'onevenheid' ontstaan.⁸⁴ En die onevenheid verwijst direct terug naar de andere belangrijke bron van verbintenissen, de onrechtmatige daad. Wat het 'vertrouwen' niet kan, kan het *fait accompli* dus wel, namelijk ingepast worden in het 'bestaande' systeem.

Wat van deze opvatting te denken? Nieskens' betoog staat of valt met één, door haar slechts summier uitgewerkte stelling, namelijk dat de verdeling in bronnen van verbintenis in vrijwillig aangegane en opgelegde een 'logisch dwingende en niet te verbeteren' indeling is.⁸⁵ Geconfronteerd met deze stelling kan men twee kanten op. In de eerste plaats kan men haar als onjuist aanmerken. Voor een dergelijke houding bestaan zeker goede argumenten: niet te bewijzen valt immers waarom die indeling de enige juiste zou zijn.⁸⁶ Hoogstens kan worden gesteld dat in de afgelopen eeuwen van de beide bronnen gebruik is gemaakt. Dat wil niet zeggen dat dat nu nog zo is of moet zijn.⁸⁷ Vreemd genoeg wordt dit door Nieskens zelf ook erkend: denkbaar is dat een moment komt waarop niet langer moet worden uitgegaan van het bestaande systeem, maar van andere beginselen van vermogensrecht omdat de maatschappij dat eist.⁸⁸ Maar als dit zo is, is onduidelijk waarom dan ineens het 'niet te verbeteren' systeem, wel plaats moet maken. En: hoe te bepalen wanneer dat moment daar is?

In de tweede plaats kan men de stelling erkennen. Inderdaad moet worden gezegd dat autonomie en onevenheid in staat zouden moeten zijn om in principe alle gevallen van gebondenheid te kunnen dragen. Beide elementen verwijzen immers naar de pijlers van het vermogensrecht.⁸⁹ Men kan echter deze waarheid erkennen, om toch Nieskens niet te hoeven volgen. De manier waarop zij aan de hand van het *fait accompli* een invulling geeft aan de 'onevenheid', is namelijk voor betwisting vatbaar. Twee punten van kritiek zijn mogelijk.

Eerstens is opmerkelijk dat Nieskens een scherpe scheiding aanbrengt tussen de uitoefening van privaatautonomie, op de grondslag van de 'vrije wil', waaraan zij de contractuele gebondenheid op grond van de reciprociteit

84. Nieskens, *o.c.*, p. 101.

85. Waartoe Nieskens, *o.c.*, p. 157 zich beroept op Hugo de Groot, die reeds onderscheidde tussen verbintenissen uit partijwil en uit onevenheid.

86. Vgl. Hartkamp, *o.c.*, p. 748.

87. N.B. Voor Nieskens is datgene wat 'is' anders dan datgene wat 'moet zijn'. Wat nu 'is', is dat vertrouwen als bron van verbintenissen wordt aangemerkt; wat moet zijn is dat de onevenheid via de weg van het *fait accompli* als bron wordt gezien. Vgl. echter de opmerking op *o.c.*, p. 127.

88. Nieskens, *o.c.*, p. 156.

89. Zie daartoe nader *infra*, hoofdstuk V.

teit 'in het verlengde van de privaatautonomie'⁹⁰ toevoegt, enerzijds, en de gevallen waarvoor haar theorie van het *fait accompli* opgaat anderzijds.⁹¹ In de eerste situatie gaat het om het 'gewone' contract, in de tweede om door de gemeenschap opgelegde gebondenheid. Dit maakt de vraag pregnant hoe deze beide situaties van elkaar dienen te worden afgescheiden, maar daarop geeft Nieskens geen antwoord.⁹²

Bovendien is kritiek mogelijk op het criterium van het '*fait accompli*' zelf. Dit criterium zou een maatstaf moeten bieden om binnen de mogelijk tot gebondenheid leidende gevallen (dus: in principe *alle* gevallen) het kaf van het koren te scheiden.⁹³ De vraag is of de combinatie van vertrouwen en *fait accompli* daartoe een voldoende scherp criterium is. Deze vraag prangt te meer wanneer men zich rekenschap geeft van wat nu het precieze doel van Nieskens' exercitie is.

Dat doel kan worden gespecificeerd als om in het gebied van de 'feitelijkheid' te komen tot criteria. Sprekend over Eggens en Van Dunné bekritiseert zij de gedachte dat uiteindelijk de betamelijkheid de ultieme bron van verbintenissen is: 'dit is zozeer juist dat er niets meer mee gezegd is'.⁹⁴ Nog duidelijker is zij waar wordt gesteld dat Eggens' uitspraak 'dat het uiteindelijk de omstandigheden zijn welke — onder het "oordeel" der goede trouw — de rechtsbetrekkingen tussen mensen (behoren te) bepalen' ons niet werkelijk verder helpt en dat 'de opgave is, een criterium te vinden dat feiten toetst op hun relevantie voor het recht'.⁹⁵ Nieskens' doel is blijkbaar de algemene norm van de goede trouw of van de betamelijkheid, waarop inderdaad door de rechter steeds kan worden teruggevallen, nader te bepalen. Slaagt zij hierin?

Nieskens' '*fait accompli*' werd aangeduid als een feitelijke toestand die door de rechter als onomkeerbaar wordt gewaardeerd. Veel naders wordt daaraan door Nieskens niet toegevoegd. Wel worden hierop gelijkende formuleringen gebruikt.⁹⁶ De vraag kan dan ook worden gesteld wat het *fait accompli* anders is dan 'de omstandigheden' van het geval, de feitelijke

90. Nieskens, *o.c.*, p. 126.

91. Nieskens, *o.c.*, p. 126: Het *fait accompli* kan 'pas in beeld komen met betrekking tot gevallen waarin zowel de wilsovereenstemming alsook de reciprociteit ontbreekt'.

92. Zie hiertoe nader *infra*, hoofdstuk VII, § 4.

93. Nieskens, *o.c.*, p. 31.

94. Nieskens, *o.c.*, p. 14.

95. Nieskens, *o.c.*, p. 31. Als Eggens stelt dat verbintenissen ontstaan uit overeenkomst of uit onrechtmatige daad, 'maar ook uit al die feiten welke door het huidig rechtsdenken gekwalificeerd behoren te worden als rechts- nader: verbintenisscheppende feiten' (*VPO*, dl. II, p. 240), meent Nieskens dat dit te weinig zegt over die feiten om een houvast te bieden bij het bepalen welke daarvan tot de verbintenisscheppende behoren.

96. Nieskens, *o.c.*, p. 126: men heeft in vertrouwen op een verklaring of gedraging *zijn leven ingericht*; p. 158: men heeft in goed vertrouwen *actie ondernomen op gedragingen van anderen*.

toestand, die feitelijk is omdat deze niet onder de norm kan worden gebracht en die de rechter dus zelf moet waarderen. Hoe het 'fait accompli' kan worden afgegrensd van andere, niet van belang zijnde, omstandigheden, wordt echter niet duidelijk.⁹⁷ Anders gezegd: wat precies als relevant 'fait accompli' heeft te gelden, moet juist worden uitgemaakt door de rechtsnormen.

Er is daarmee weinig verschil tussen een beroep op de 'feiten' en een beroep op de algemene norm van de goede trouw of de betamelijkheid. Wanneer Nieskens dan ook stelt dat de taak van de juristen bestaat in het systematiseren van veranderingen vanuit het systeem van het recht,⁹⁸ valt niet goed in te zien hoe dit zich verdraagt met de nadruk die zij legt op de omstandigheden van het geval ter beantwoording van de vraag wanneer verbintenissen ontstaan. Een beroep op de omstandigheden kan niet bevredigen waar het recht behoefte heeft aan een verbinding van 'nieuw' recht met het oude begrippensysteem. In het in hoofdstuk I geschetste dilemma neemt Nieskens plaats aan één der uiterste zijden.

Het belang van Nieskens' betoog ligt vooral daarin dat zij aandacht vraagt voor de onbestemde rol die aan het vertrouwen is toegedeeld in het geldende verbintenissenrecht. Dat die rol niet veel duidelijker wordt wanneer men vervolgens verwijst naar de omstandigheden ter beoordeling van het concrete geval, doet aan die verdienste niet af.

3.3 *Barendrechts 'scherpe normen'*

Nieskens' betoog tegen de feitelijkheid, gelegen in enig beroep op 'vertrouwen', en de daarmee gepaard gaande wens meer concrete normen op te stellen, zou kunnen worden gezien in het licht van een meer algemene stroming die recent in de Nederlandse rechtsliteratuur kan worden onderkend. Deze wenst hernieuwd de nadruk te leggen op zg. 'scherpe normen' bij de rechtsvinding. Een dergelijk geluid ziet men in de loop der geschiedenis regelmatig opduiken waar de betekenis van regels door anderen wordt gerelativeerd. Het is met name het gebrek aan 'rechtszekerheid' dat deze auteurs steekt. Een aantal van hen vervalt daarbij in een haast negentiende-eeuws aandoende visie op de regel als zou deze na toepassing 'automatisch'

97. Nieskens, *o.c.*, p. 127: 'het fait accompli heeft (...) onderscheidend vermogen, wat van "het vertrouwen" als bron van verbintenis bepaald niet gezegd kan worden'. Vgl. hierover ook Bert van Roermund, *Recht, verhaal en werkelijkheid*, Bussum 1993, p. 232.

98. Nieskens, *o.c.*, p. 120. Minder goed te begrijpen is overigens hoe deze opmerking zich verhoudt tot wat daarvoor wordt opgemerkt, namelijk dat het 'niet de juristen zijn die het recht veranderen. Het is het leven zelf dat dit doet'.

tot het juiste resultaat kunnen leiden.⁹⁹ Hier moet echter aandacht worden besteed aan een recente en meer sophisticated vertegenwoordiger van deze stroming, te weten J.M. Barendrecht.

In zijn in de literatuur reeds tot veel discussie aanleiding gegeven hebbend proefschrift,¹⁰⁰ schetst ook Barendrecht de ontwikkeling naar een 'vager' recht. Kort gezegd komt zijn redenering neer op het volgende. In rechtspraak en wetgeving is met termen als 'redelijkheid en billijkheid', 'toerekening naar redelijkheid' en 'hetgeen volgens het ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt' alle ruimte gelaten voor een recht doen in de omstandigheden van het geval. Dat heeft volgens Barendrecht vele nadelen, waarvan het verlies aan rechtszekerheid wel het belangrijkste is. Bovendien stukt de rechtsontwikkeling omdat met de vage norm afscheid wordt genomen van een eerder bestaande, 'scherpe norm' die alle kennis over rechtvaardigheid bevatte. Dan moet opnieuw worden begonnen met de ontwikkeling van het recht en dat is inefficiënt.¹⁰¹

Om aan deze bezwaren te ontkomen — en dit is de kern van Barendrechts betoog — dienen meer dan thans het geval is *scherpe normen* te worden opgesteld. Deze kunnen worden beschouwd als voorlopige 'modellen van rechtvaardigheid', d.w.z. theorieën over een rechtvaardige oplossing voor een bepaald geval. Zoals in de natuurwetenschappen een theorie kan worden gefalsifieerd wanneer in de werkelijkheid met die theorie strijdige verschijnselen optreden, zo moet een rechtsregel worden verbeterd indien deze niet langer tot een rechtvaardige uitkomst leidt. De zojuist genoemde bezwaren ontstaan niet indien de rechter, geconfronteerd met een 'onrechtvaardige regel', niet terugvalt op een vage norm (waarmee de daarin opgeslagen kennis wordt vernietigd), maar in de plaats van de vroegere scherpe norm een nieuwe, wederom in de praktijk falsifieerbare, scherpe regel opstelt voor het nieuwe geval. Deze kan dan vervolgens weer worden gefalsifieerd of geverifieerd in een volgende aan de rechter voorge-

99. Vgl. het overzicht bij Abas, *Beperkende werking van de goede trouw*, p. 6 v. en bij Barendrecht, *o.c.*, p. 66 v. Zie vooral L.D. Pels Rijcken, Rechtszekerheid, aspepoester van rechtsvindingstheorieën, in: *Non sine causa* (G.J. Scholten-bundel), Zwolle 1979, p. 311 v.

100. *Recht als model van rechtvaardigheid*, diss. Tilburg 1992, Deventer 1992. Zie P. van Schilfgaarde, Vage normen, *WPNR* 6078 (1993) p. 61 v.; J.M. van Dunné, Rechtszekerheid en billijkheid: een jachtlustige tweeling, *NJB* 1993, p. 960 v.; G.C.G.J. van Roermund, De roep van de haring-ekster, *NJB* 1993, p. 1142 v.; W. Sniijders, Bespr., *NJB* 1993, p. 1149 v.; M. Hesselink, Stelsel scherpe normen geeft schijnrechtszekerheid, *WPNR* 6109 (1993) p. 725 v. en W.L. Valk, Bbespr., *NTBR* 11 (1994), p. 130 v.

101. Barendrecht, *o.c.*, p. 66 v. en p. 74. Als nadelen noemt Barendrecht voorts: 1. verminderde rechtsstatelijkheid; 2. te grote rechterlijke vrijheid; 3. inefficiënt gebruik van kennis over rechtvaardigheid; 4. inefficiënte conflictoplossing; 5. onvoldoende motivering jegens partijen; 6. geen gedragsbeïnvloeding; 7. rechtsongelijkheid. Onzes inziens kunnen al deze argumenten worden teruggevoerd op hetzij het eerste, hetzij het tweede bezwaar.

legde casus. Aldus is iedere rechtsregel 'state of the art'; hij biedt ons de best beschikbare kennis.¹⁰²

Hoe hierover te oordelen? Het door Barendrecht gekozen uitgangspunt dat met een verwijzing naar de feitelijkheid en de omstandigheden van het geval kennis omtrent een rechtvaardige wijze van recht doen teniet gaat, is juist. Ook wij zagen reeds dat dit weinig efficiënt is. De cruciale vraag is echter of dit probleem kan worden opgelost door te pleiten voor meer scherpe normen. Deze vraag nu moet onzes inziens principieel ontkennend worden beantwoord.

De zwakke stee in het hier geschetste betoog is dat, zoals Barendrecht suggereert, *de ene* scherpe norm plaats kan maken voor *een andere* scherpe norm. Daarmee wordt er immers aan voorbij gezien dat de nieuw op te stellen regel nauw is verbonden met de nieuwe omstandigheden die zich in het gegeven geval hebben voorgedaan. Indien zich nu wederom eenzelfde 'vroeger' geval voordoet, dan zal nog wel degelijk de vroegere, door Barendrecht verworpen, norm toepassing kunnen vinden, *juist* omdat voor *dat* geval de informatieve waarde in die vroegere regel ligt. Een rechtsregel kan daarmee nooit 'state of the art' zijn voor ieder geval en kan nooit worden gefalsificeerd.¹⁰³

De door Barendrecht gesuggereerde parallel tussen natuurwetenschap en rechtswetenschap is dan ook onjuist. Indien een steen op een goede dag omhoog valt, is daarmee de theorie der zwaartekracht verworpen en dient een nieuwe verklarende theorie te worden opgesteld. Indien echter de rechter in een concreet geval oordeelt dat in casu de verzuimregeling niet van toepassing is omdat dit in strijd komt met de belangen van de crediteur, betekent dit slechts dat een nieuwe norm kan worden geformuleerd naast de oude *voor een ander geval*.¹⁰⁴ Iedere gevalssituatie heeft met andere woorden zijn eigen norm en daar ieder geval zich tot in oneindigheid kan blijven voordoen, blijven *alle* ooit geformuleerde normen van belang. Dit betekent dat falsificatie juist contra-productief is, omdat daarmee aanwezige informatie wordt uitgesloten van deelname aan het rechtsvindingsproces. Waar Barendrecht terecht hoog van opgeeft — het toegankelijk maken voor de rechtspraktijk van de ervaring die is opgesla-

102. Compilatie van opmerkingen, gemaakt op o.c., p. 12-13, 32 v., 63 en 273 v.

103. Falsificatie en kiezen sluiten elkaar uit. In ons De noodzaak en de mogelijkheid van rechtsvergelijking in het civiele recht, WPNR 6154 (1994), p. 728 v. werd verdedigd dat iedere, ook hedendaagse, normtoepassing slechts kan plaatsvinden bij de gratie van het 'vruchtbaar misverstand' van H.R. Hoetink. Zie zijn Les notions anachroniques dans l'Historiographie du droit, oorspr. 1955, in: *Opera Selecta*, Zutphen 1986, p. 216 v.

104. Zie voor een anders geaarde kritiek op de vergelijking met de natuurwetenschappen ook Hesselink, o.c., p. 726 v., alsmede met een fundering in de wetenschappelijke methodologie Michael Potacs, Rechtsdogmatik als empirische Wissenschaft, *Rechtstheorie* 25 (1994), p. 191 v., vooral p. 206.

gen in regels — zal op de door hem voorgestane wijze dan ook niet worden bereikt. Integendeel is de rechtspraktijk gediend bij een zo groot mogelijk arsenaal van regels, beginselen en gevallen waaruit kan worden geput en die niet op voorhand zijn uitgesloten van toepassing op het voorliggende geval.¹⁰⁵

Dit heeft alles te maken met de principiële juistheid van de 'sprong' van Scholten.¹⁰⁶ Gecomprimeerd gezegd, betekent het bovenstaande niets anders dan dat de rechter uit alle mogelijke voorhanden zijnde uitspraken (met daaruit voortvloeiende regels) een regel moet kiezen. Die keuze kan op geen enkele wijze worden ingeperkt en dat betekent dat ook de rechtszekerheid niet gediend is bij het opstellen van scherpe normen. Of een norm al dan niet *hic et nunc* wordt gebruikt, levert geen 'bewijs' op dat hij al dan niet 'juist' is. Zijn waarde ligt daarin dat hij *ooit* nog eens zou kunnen worden gebruikt. Normen zijn *nooit* scherp, nu zij vaak zijn in hun toepassing.

De laatste der te behandelen opvattingen inzake de betekenis van geval en norm betreft die, die het rechtsbeginsel in het middelpunt der belangstelling plaatst. Zij komt thans aan de orde.

4. DE ROL VAN BEGINSELEN IN HET RECHT

4.1 Inleiding

Het is niet de bedoeling op deze plaats diep op de betekenis van het rechtsbeginsel in te gaan. Aan één discussie uit de overvloedige literatuur moet evenwel worden gerefereerd: die betreft de vraag in hoeverre het mogelijk is op grond van beginselen recht te doen. De beantwoording van die vraag vergt een korte behandeling van het verschil tussen regel en beginsel. Wie

105. Dit is een standpunt in de discussie of falsificatie van een theorie ook betekent dat deze opgegeven moet worden, zoals Popper en Lakatos menen. Claus-Wilhelm Canaris, *Funktion, Struktur und Falsifikation juristischer Theorien*, *JZ* 48 (1993) p. 388 lijkt een tussenstandpunt in te nemen waar hij stelt dat falsificatie van een juridische theorie wel mogelijk is, maar dat dat nog niet de verwerping ervan betekent: verbetering van de theorie is steeds mogelijk. De vraag is dan natuurlijk wel wanneer van een 'echte' verwerping sprake is. Wij aanvaarden falsificatie dan maar liever helemaal niet als legitieme techniek.

106. Hoewel Barendrecht stelt de juistheid daarvan niet te ontkennen, kan niet worden ingezien hoe zijn theorie van scherpe normen tot een vergrote rechtszekerheid kan leiden. Zie bijv. p. 170, waar dit ietwat verscholen toch wordt opgemerkt. Toegegeven zij dat het belang van de rechtsontwikkeling voor Barendrecht waarschijnlijk zwaarder weegt dan dat van de rechtszekerheid, maar die laatste staat duidelijk in het teken van de eerste.

het beginsel een aparte plaats geeft, impliceert immers al een tegenstelling met de regel. Of dat juist is, moet nog blijken.¹⁰⁷

4.2 Het onderscheid tussen regel en beginsel

De verhouding tussen regel en beginsel is een problematische. Met name in de Anglo-Amerikaanse en in de Duitse literatuur¹⁰⁸ is de afgelopen twintig jaar een uitgebreide en rechtsfilosofisch getinte discussie gevoerd over het precieze verschil tussen beide juridische maatstaven. Daarbij zijn opvattingen met alle mogelijke nuances verwoord. Het vinden van een gemeenschappelijke noemer in alle theorieën over het onderscheid tussen regel en beginsel is daarbij onmogelijk.¹⁰⁹ Wel kan worden gezegd dat het belangrijkste onderscheid, in die zin dat het in enigerlei variant op de meeste aanhang bij het rechtsgeleerd publiek mag rekenen, dat is naar de mate waarin de maatstaf geconcretiseerd is.

De regel vormt dan een meer concrete maatstaf dan het beginsel. Het criterium dat de mate van concretisering aangeeft, verschilt weer per auteur. Zo meent Dworkin dat eigen aan het beginsel de 'dimension of weight' is: beginselen kunnen met elkaar in strijd komen en moeten daarom steeds tegen elkaar worden afgewogen.¹¹⁰ Daarbij zal aan de contrasterende beginselen zoveel mogelijk recht moeten worden gedaan zodat

107. Van een nadere definiëring van het beginsel wordt hier afgezien nu deze in onze opvatting niet relevant zal blijken te zijn. Zie bijv. Scholten, *Rechtsbeginselen*, oorspr. 1935, in: VG, dl. I, p. 405: 'voorstellingen omtrent wat behoort van primair aard, die zich van zelve opdringen'; Karl Larenz, *Richtiges Recht*, München [1979], p. 23: 'leitende Gedanken einer (...) rechtlichen Regelung'; Robert Alexy, *Theorie der Grundrechte*, Baden-Baden [1985], p. 75: 'Normen, die gebieten, daß etwas in einem relativ auf die rechtlichen und tatsächlichen Möglichkeiten möglichst hohen Maße realisiert wird' (dus 'Optimierungsgebote'); Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Cambridge Mass. 1977, p. 22: 'a standard that is to be observed (...) because it is a requirement of justice or fairness or some other dimension of morality'.

108. In Engeland en de V.S. is de discussie vooral gevoerd door Herbert Hart en Ronald Dworkin, in Duitsland door Josef Esser en Robert Alexy. Zie voor een overzicht Robert Alexy, *Rechtsregeln und Rechtsprinzipien*, ARSP Beiheft 25 (1985) (= MacCormick e.a. (ed.), *Conditions of Validity and Cognition in Modern Legal Thought*), p. 13 v. en dez., *Theorie der Grundrechte*, o.c., p. 71 v.

109. Zie voor een overzicht van de mogelijke aan te leggen criteria Alexy, *Rechtsregeln und Rechtsprinzipien*, o.c., p. 14.

110. R.M. Dworkin, *Is Law a System of Rules?*, oorspr. 1967, bijv. in: Dworkin (ed.), *The Philosophy of Law*, [Oxford 1977], p. 38 v. In gelijke zin Larenz, *Methodenlehre*, p. 475 alsmede Claus-Wilhelm Canaris, *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz*, 2. Aufl., Berlin [1983], p. 52. Zie reeds J. Eggens, iets over de verhouding van wet en recht, in verband met 'ongerechtvaardigde verrijking' en 'misbruik van dwangpositie', WPNR 4704 (1962) p. 1-2. Een fraai voorbeeld van een afweging van beginselen tegen elkaar biedt HR 9 maart 1988, NJ 1989, 715 m.nt. MS (Notaris X).

zij optimaal kunnen worden verwezenlijkt.¹¹¹ Regels zijn daarentegen toepasselijk of niet toepasselijk; zij hebben een alles-of-niets karakter waardoor afwegen overbodig is. Ook minder vergaande, meer graduele en niet-logische, zoals bij Dworkin, onderscheidingen tussen regel en beginsel zijn verdedigd.¹¹²

De vraag blijft hoe deze discussie over het verschil regel-beginsel moet worden gewaardeerd. Enige verbazing over de grote aandacht die zij geniet, is wel op zijn plaats. Wat doorgaans in de discussie lijkt te worden verwaarloosd, is namelijk de vraag wat het nut is van een onderscheid tussen regels en beginselen. Met andere woorden: met het oog waarop wordt het onderscheid gemaakt? Los van de eigen waarde van een theoretische beschouwing, ligt het belang vooral in de vraag hoe met het bestaande rechtssysteem moet worden omgegaan. Met welke juridische elementen is men in staat om tot een rechtvaardig en voldoende gelegitimeerd oordeel te komen? In wezen is de hele discussie over het verschil tussen regels en beginselen daarmee ingegeven door de vraag of behalve op grond van regels — wat dan niet ter discussie staat — ook op grond van beginselen recht mag worden gedaan. Zo wordt een raam opengeworpen naar een in de discussie wat onderbelicht vergezicht, namelijk het panorama der rechtsvinding, zodat zich ook hier een dogmatische opvatting aandient.¹¹³

4.3 Rechtsvinding

Aan rechtsbeginselen kunnen onzes inziens drie functies worden toegeschreven. In de eerste plaats kunnen zij dienen om samenhang te verschaffen aan uiteenliggende regels. Het Nederlandse standaardvoorbeeld is in dat verband de dissertatie van J.H. Thiel uit 1903,¹¹⁴ waarin hij vele uiteenliggende bepalingen omtrent de bescherming van derden tot één principe heeft teruggebracht. Daarmee samen hangt een tweede functie: rechtsbeginselen kunnen dienen ter oplossing van nieuw opgekomen problemen en ter ontsluiting van nieuwe terreinen. Dit zal doorgaans geschieden door uitleg van reeds bestaande rechtsregels; waar hun strek-

111. Alexy, *Rechtsregeln und Rechtsprinzipien*, o.c., p. 19-20 noemt beginselen in dat verband 'Optimierungsgebote'. Vgl. de definitie *supra*, noot 107.

112. Dworkins opvatting wordt wel een 'sterke' scheidingsthese (die uitgaat van een min of meer principieel onderscheid) genoemd, in tegenstelling tot een 'zwakke' (die slechts een graadueel onderscheid ziet). Zie Alexy, o.c., p. 15.

113. Het hier gestelde gaat niet op voor de meer technische (niet-ethische) beginselen zoals Larenz, *Methodenlehre*, p. 421, die onderscheidt. Die behoeven o.i. ook geen concretisering. Larenz, p. 479 v., meent dat ook sommige ethische beginselen (de zg. Grundsätze) geen concretisering behoeven om te worden toegepast omdat zij vanzelfsprekend zijn (zoals de contractsvrijheid).

114. *De goede trouw van derden en hare bescherming tegenover de handelingen van partijen*, diss. Amsterdam 1903. Waarover in dit verband Molengraaff, *RM XXIV* (1905) p. 595 v.

king onduidelijk is of waar zij te specifiek zijn toegespitst op gevalssituaties, kunnen zij worden geïnterpreteerd naar de beginselen die aan die regels ten grondslag liggen.¹¹⁵ Aldus rechtvaardigen zij ook als meer 'ethische' beginselen de inhoud van de regel.¹¹⁶ Uit deze functies van *verschaffen van samenhang* tussen verspreide regels en daarmee vormen van een *maatstaf* voor nieuwe gebondenheden, volgt een derde functie: die bestaat daarin dat het beginsel in voorkomende gevallen de bestaande leerstukken kan *herschrijven*: met voorbij gaan aan bestaande leerstukken, kan tot een oplossing worden gekomen.

Deze functies zijn in de rechtsvinding nauw met elkaar verbonden. Juist door de omstandigheid dat iedere regel moet worden uitgelegd tegen de achtergrond van de beginselen erachter (in het licht van de casus), is rechtsontwikkeling mogelijk.¹¹⁷ Niet alleen in een moeilijk geval zal op beginselen worden teruggevallen, maar ook bij de 'gewone' regeltoepassing speelt het beginsel steeds een rol, al is het maar om impliciet de aanvankelijk aan de regel gehechte betekenis bevestigd te zien. Regels zijn immers nooit duidelijk en lijkt dat wel het geval, dan is dat een gevolg van impliciet verrichte interpretatie. Dit heeft twee consequenties.

In de eerste plaats volgt daaruit dat het niet mogelijk is om op logische wijze te onderscheiden tussen regels en beginselen.¹¹⁸ De regel kan nooit een alles-of-niets karakter bezitten wanneer hij steeds moet worden uitgelegd en het beginsel heeft niet als enige juridische maatstaf een element van afweging in zich. Regels en beginselen kunnen niet zonder elkaar: de regel heeft het beginsel nodig om te worden begrepen, het beginsel de regel om te kunnen worden geconcretiseerd.¹¹⁹ Voor Dworkin wijzen regels nimmer in divergerende richtingen, maar dat kan alleen maar juist zijn wanneer regels logisch toepasselijk zijn op situaties en de keuzemogelijkheid dus wordt ontkend. Beginselen zijn wel degelijk 'open'.

Toch zit hier nog een adder onder het gras. Het moeilijke probleem van de uitleg kan niet worden opgelost door enkel te zeggen dat regels tegen de achtergrond van 'hun' beginselen moeten worden uitgelegd en dat beginse-

115. Dworkin spreekt in dit verband van 'constructive interpretation'. Rechtsregels moeten steeds worden uitgelegd naar de beginselen die er aan ten grondslag liggen. Zie *Law's Empire*, o.c., p. 52.

116. Vgl. over de functies ook Reiner Schulze, *Allgemeine Rechtsgrundsätze und Europäisches Privatrecht*, *ZEuP* 1 (1993) p. 447-448.

117. Zoals bekend het centrale thema van Esser, *Grundsatz und Norm*, *passim*.

118. In gelijke zin A. Soeteman, *Hercules aan het werk*; over de rol van rechtsbeginselen in het recht, *AA* 40 (1991), p. 751, die er ook op wijst dat Dworkin inconsequent is waar hij wel de interpretatieve praktijk erkent, maar niet de bijbehorende regelopvatting huldigt.

119. Vgl. A. Soeteman, *Machtig recht*, 2e dr., Alphen aan den Rijn 1990, p. 172 alsmede G.J. Scholten: het beginsel vraagt om verwerking in regels. Zie ook Nieuwenhuis, *Drie beginselen van contractenrecht*, p. 4-5.

len concretisering in regels behoeven. Daarmee is namelijk nog niets gezegd over de vraag *welke* beginselen of regels dat zijn. Ook die dienen immers weer te worden uitgelegd. Dit aan de uitleg inherente probleem van oneindig regres maakt dat tot nu toe eigenlijk alleen maar is aangegeven dat aansluiting bij het bestaande recht, systeem, etc. nodig is zonder dat duidelijk is waaruit dat bestaat. Dit voert naar de hoogst principiële vraag in hoeverre hier nog een 'vast' punt denkbaar is. Dit vaste punt kan een fundering bieden aan het geval, aan de regel, aan het beginsel en zo verder. Uiteraard is dat dus afhankelijk van de vraag wat men als vast punt wil aanvaarden. Ziet men het beginsel al als voldoende,¹²⁰ dan zal men niet verder willen graven. De vraag waarin voor het vermogensrecht het vaste punt moet worden gevonden, verdient nog beantwoording.¹²¹

In de tweede plaats kan de vraag of op grond van beginselen recht mag worden gedaan nu worden beantwoord. Die vraag vergt een tweeledig antwoord. De kwestie is niet zozeer of dat *kan*, maar veeleer of dat *mag*. Het antwoord op die laatste vraag luidt dan ontkennend.¹²² Beginselen zijn heuristische factoren die aangeven in welke richting men de legitimatie van het te geven oordeel moet zoeken.¹²³ Een direct 'recht doen' op grond van beginselen is echter niet gewenst. De vraag moet gesteld in hoeverre daarmee aansluiting wordt gezocht bij de leerstukken van het geldend recht. Uiteraard is het *mogelijk* om in een afweging van beginselen tegen elkaar tot een juist resultaat te komen, maar zolang niet duidelijk is hoe een dergelijke afweging zich verhoudt tot de traditionele wijze van redeneren, achten wij haar onverantwoord. Voor het Anglo-Amerikaanse recht is de nadruk op beginselen goed te begrijpen vanuit de mindere waarde die daar wordt gehecht aan dogmatisering en systematisering. Voor het continentale recht lijkt echter een andere remedie meer passend.¹²⁴ Daar moeten de indicaties die de beginselen geven teneinde worden gedacht.

120. Zoals bijv. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, o.c., p. 22 v. en Soeteman, *Machtig recht*, o.c., p. 172 doen.

121. Het vaste punt wordt door bijv. D.H.M. Meuwissen, *Rechtsbeginselen en natuurrecht*, AA 40 (1991) p. 21 gezocht in de vrijheid: deze fundeert de rechtsbeginselen.

122. Vlg. Larenz, *Methodenlehre*, p. 227 en 474: de beginselen zijn niet 'subsumptionsfähig' maar dienen steeds te worden geconcretiseerd om ze op een geval te kunnen toepassen. Zie ook de omschrijving van het beginsel bij dezelfde, *Richtiges Recht*, o.c., p. 23: 'Rechtsprinzipien sind leitende Gedanken einer (...) rechtlichen Regelung, die selbst noch keine der "Anwendung" fähige Regeln sind, aber in solche umgesetzt werden können'.

123. Vgl. Esser, *Grundsatz und Norm*, p. 185 en Larenz, *Richtiges Recht*, o.c., p. 23.

124. Recent is er een tendens om in de beginselen de grondslag te zien voor een Europees privaatrecht. Zie vooral Schulze, o.c., p. 442 v. De zg. 'Principles of European Contract Law' van de Commissie-Lando, alsmede de Unidroit-'Principles' bevatten overigens eerder 'regels' dan beginselen.

4.4 Vervolg

De in drie voorgaande paragrafen geschetste 'dogmatische' opvattingen terzake van de verhouding tussen norm en geval bleken niet te kunnen volendoen. De topische benadering had als zeker voordeel dat alle mogelijke elementen bij het vinden van het juiste oordeel mee kunnen spelen en dat die elementen ook in het oordeel worden geëxpliciteerd. Aan de andere kant blijft onduidelijk wat de verbinding is tussen het op die wijze 'gevonden oordeel en het reeds bestaande begrippenapparaat, waarin kennis omtrent wat rechtvaardig is ligt opgeslagen. Barendrecht legt op dit laatste punt terecht wel de nadruk en stelt dat de feitelijkheid plaats kan maken voor iets anders. Dat is juist. Dat dat andere moet bestaan in 'scherpe normen', werd echter betwist: daarmee is de rechtszekerheid noch de rechtsontwikkeling gediend.

Maar hoe dan wel? Een alternatieve 'dogmatische' opvatting zal in het navolgende worden uiteengezet. Bij de ontwikkeling van die theorie heeft voorgezeten de in deze studie al meermalen herhaalde stelling dat, naast de functie die het recht heeft als hoeder van de belangen van individuele rechtssubjecten, er nog meer in te waarderen is, namelijk een produkt van menselijk denken. Dat produkt moet steeds weer aangepast en verbeterd worden, niet opnieuw geschapen wanneer zich een probleem aandient.¹²⁵

5. EEN ALTERNATIEVE DOGMATISCHE BENADERING: HET LEERSTUK ALS CENTRALE FIGUUR

5.1 Uitgangspunt

5.1.1 Algemeen: heuristiek en legitimatie als zinvol onderscheid

Welke visie op de verhouding norm-geval in te nemen? In het voorafgaande is gebleken dat alle door ons als 'dogmatisch' aangeduide theorieën twee tegengestelde belangen beogen te verenigen. Enerzijds dient een rechtvaardige oplossing in het concrete geval te worden bereikt (wat betekent dat met alle mogelijke omstandigheden rekening mag worden gehouden),

125. Wij weten ons in deze ook schatplichtig aan Okko Behrends, *Struktur und Wert; zum institutionellen und prinzipiellen Denken im geltenden Recht*, in: *Rechtsdogmatik und praktische Vernunft* (Wieacker-Symposium), Göttingen 1990, p. 159, die vanuit vooral de rechtsgeschiedenis beargumenteert waarom men niet zozeer naar beginselen, alswel naar leerstukken moet kijken. Als een toepassing van deze idee moet ook worden beschouwd de dissertatie van Rudolf Meyer, *Bona Fides und lex mercatoria in der Europäischen Rechtstradition*, Göttingen [1994], die (p. 21) stelt dat de spanningen rondom het door hem behandelde vraagstuk zijn terug te voeren op het dualisme van 'Struktur und Wert' in het recht.

anderzijds is het vanuit een oogpunt van continuïteit in de rechtsvorming bijzonder nuttig om steeds weer terug te kunnen vallen op een beperkt aantal leerstukken.

Onzes inziens kunnen beide tegengestelde belangen slechts worden verenigd indien men een onderscheid maakt tussen omstandigheden die een rol spelen bij het vinden van de juiste oplossing en de legitimatie daarvan.¹²⁶ Alle in het voorafgaande behandelde meningen deden dat niet en beoogden een oordeel te geven omtrent beide stadia. Of men nu de regels van Barendrecht of de topoi van Nieuwenhuis neemt, in beide gevallen zijn heuristiek en legitimatie ineengeschoven. Bij de andere voor het voetlicht gebrachte visies was dat niet anders. Dat impliceert dat het maken van de keuze voor hetzij de topoi, hetzij de regels deel uitmaakt van hun rechtsvindings-theorie. Dit moet echter wel leiden tot wrijving omdat het nu juist principieel onmogelijk bleek over die 'sprong' iets te zeggen.

Dit betekent dat de omstandigheden van meer feitelijke aard 'slechts' worden beschouwd als factoren die een rol spelen bij het oordeel welke keuze voor een bepaald leerstuk moet worden gedaan. Daar velerlei omstandigheden in een bepaalde richting kunnen wijzen, is het zinloos om te trachten hen nader te definiëren. Zij dienen ertoe om te bepalen welke 'sprong' naar bepaalde leerstukken dient te worden genomen en hebben daarmee een heuristische functie. Dat betekent niet dat zij niet juridisch zijn of minder relevant, maar zij zijn wel betrokken op een andere vraag dan die naar de legitimatie van dat oordeel. Zoals dan in het negentiende-eeuwse ideaalbeeld van recht de sprong van het geval naar de norm als het ware 'vanzelf' ging, zo dient die thans met behulp van 'de omstandigheden van het geval' te worden gemaakt. Of men dat doet aan de hand van het wegen van topoi, van belangen of beginselen, is daarbij betrekkelijk irrelevant. Het is immers zo:¹²⁷

'daß alle drei Brüder, Kinder desselben Vaters, des diskursiven Verstandes sind, weshalb sie sich wechselseitig zwar umbringen, aber nicht innerlich überwinden können'.

Vervolgens dient echter ter legitimering van de beslissing naar een meer 'vast' punt wordt verwezen. Als zodanig nu kunnen onzes inziens worden

126. Men zie algemeen over het onderscheid heuristiek-legitimatie J.H. Nieuwenhuis, Legitimatie en heuristiek van het rechterlijk oordeel, *RMTh* 1976, p. 494 v. en bijv. ook G.E. van Maanen, *Onrechtmatige daad*, diss. Groningen 1986, Deventer 1986, p. 7. Vgl. voorts Josef Esser, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, Frankfurt am Main [1970], vooral p. 40 v.

127. Aldus de door Fritz Brecher, Scheinbegründungen und Methodenehrlichkeit im Zivilrecht, in: *Festschrift für Arthur Nikisch*, Tübingen 1958, p. 241 in ander verband gedane uitspraak: het zijn 'Meta- und Pseudomorphosen' van hetzelfde principe.

aangemerkt de *leerstukken* van het burgerlijk recht. Daarvan was ook eerder reeds sprake. Het is hier de plaats om nader op hen in te gaan.

5.1.2 Het civielrechtelijk leerstuk als steen der wijzen

Het leerstuk staat weinig in de belangstelling.¹²⁸ Toch is opvallend dat — althans in het burgerlijk recht — de term vaak valt. Men spreekt van leerstukken als ‘overeenkomst’, ‘onrechtmatige daad’, ‘erfpacht’, ‘eigendom’, ‘zaakwaarneming’ etc. Men zou kunnen menen dat het hier slechts gaat om algemene aanduidingen die de jurist gebruikt om aan te geven wat voor *soort* probleem in een gegeven geval voorligt.

Onzes inziens is er echter meer aan de hand. Opvallend is immers dat het juist deze meer algemene, maar toch nog betrekkelijk specifieke, begrippen zijn die de tand des tijds hebben doorstaan. De boven genoemde instituten kwamen reeds voor bij de Romeinen en hebben zich sindsdien steeds verder ontwikkeld. Anders dan individuele, op een specifiek geval toegespitste, regels en de veel meer algemene beginselen konden de leerstukken een rol blijven spelen in het rechtsleven. Juist zij hebben daarbij de ervaring van eeuwen in zich opgenomen. Wat is er dan logischer dan dat deze als de betrekkelijk vaste eilanden in de zee van het recht worden gezien?

Het leerstuk (‘Rechtsinstitut’) kan dan worden omschreven als een min of meer systematisch samenhangend geheel van gevallen met bijbehorende regels.¹²⁹ De samenhang ligt in de leerstukken, bij uitstek de elementen met informatieve waarde.¹³⁰ Zij bevatten een arsenaal aan reeds besliste, en met elkaar in verband te brengen, gevallen en geven daarmee een schat aan kennis omtrent een rechtvaardige wijze van recht doen. Men kan dan door middel van gevalsvergelijking tot een zo rechtvaardig mogelijke uitkomst komen. Daarbij behoeft ook niet te worden halt gehouden bij het hier en nu: ook uit in verwante rechtsstelsels besliste casusposities en

128. Vgl. meer algemeen over ‘begrippen’ A.R. Bloembergen, *De eenheid van privaatrecht en administratief recht*, oorspr. 1977, in: *Bloembergens Werk*, Deventer 1992, p. 333 v. en Larenz, *Methodenlehre*, p. 439 v.

129. Vgl. Simitis, *Faktischen Vertragsverhältnisse*, p. 49, die het leerstuk omschrijft als een reeks rechtsnormen die het produkt is van systematische ordening en zelf deel uitmaakt van het rechtssysteem. Daarmee komt echter minder de relatie tussen norm en geval tot uitdrukking.

130. Men vgl. Bloembergen, *De eenheid van privaatrecht en administratief recht*, o.c., p. 308 v., die t.a.v. een systeem meent dat het voorwerp van samenhang moet worden gezocht in een element met informatieve waarde. Hij meent dat daartoe aangehaakt moet worden bij de ‘essentiële elementen in het rechtssysteem’, wat volgens hem de rechtsbeginselen en rechtsbegrippen, maar vooral ook de rechtsregels zijn.

wellicht nog wel meer uit de rechtsgeschiedenis kunnen argumenten worden geput.¹³¹

Wordt thans teruggekeerd tot onze visie op rechtsvinding, dan zij herhaald dat onderscheiden moet worden tussen alle mogelijke 'feitelijke' omstandigheden die een rol mogen spelen bij het vinden van de juiste oplossing en het legitimeren van die oplossing in een leerstuk. Dat is een dynamische rechtsopvatting omdat datgene wat als 'feitelijk' of als meer vast 'leerstuk' wordt beschouwd, met de tijd kan wisselen. Het is echter, gelet op de definities van 'leerstuk' en 'feitelijkheid' logisch gezien altijd verkeerd dat de rechtsvinder de bereikte rechtvaardige uitkomst ook direct legitimeert in die meer feitelijke, heuristische, omstandigheden. Per definitie is — gelet op de veelheid aan reeds besliste gevallen — een nadere legitimering wenselijk en mogelijk.

Dit betekent dat de rechtsontwikkeling op vruchtbare wijze plaatsvindt *binnen* het leerstuk. Van de daar aanwezige kennis wordt geprofiteerd doordat daarin soortgelijke gevallen op hun informatieve waarde voor het thans voorliggende worden beoordeeld.

De vraag is thans hoe deze 'dogmatische' opvatting praktisch toepassing vindt. Zeker is immers dat in het overgrote deel der gevallen 'de regel' gewoon lijkt te voldoen en zonder meer lijkt te kunnen worden toegepast op het voorliggende geval. Dat zou betekenen dat geval en regel daar nog altijd naadloos op elkaar aansluiten en geen enkele behoefte bestaat aan een recht doen in de omstandigheden van het geval. Hoe valt die praktijk in te passen in de hier verdedigde opvatting?

5.2 De betekenis van de regel als standaardsituatie

In het voorgaande is, ter verduidelijking van de door ons gewenste rechtsvindingstheorie, steeds de regel tegenover het geval (het 'feit', de 'feitelijkheid' of 'de omstandigheden van het geval') geplaatst. Voor datgene wat we duidelijk wilden maken, voldeed deze tegenstelling ook goed. Het is hier echter de plaats om er nader op in te gaan en de tegenstelling te relativeren. In hoeverre zijn norm en geval niet toch op elkaar betrokken?

Voor wie zich wil verdiepen in de betekenis van de regel in het Nederlandse privaatrecht bestaat geen beter uitgangspunt dan H. Drions klassieke artikel in de Langemeijer-bundel.¹³² Sprekend over de functies van rechtsregels, acht Drion kenmerkend voor de regel dat deze in meer dan één geval toepassing kan vinden en terecht stelt hij dat dit karakter samenhangt met het criterium dat gelijke gevallen gelijk moeten worden behan-

131. Ten aanzien van dit laatste in dezelfde zin bijv. Reinhard Zimmermann, *Legal History; Does it Still Deserve Its Place in the Curriculum?*, inaugural lecture Cape Town 1981, p. 9.

132. *Functies van rechtsregels in het privaatrecht*, p. 42 v.

deld.¹³³ Hier raakt Drion de kwestie in het hart, want dat betekent dat de regel niet zomaar ergens rondzweeft in een loze ruimte zonder relatie met de diverse werkelijkheid, maar dat de regel integendeel gelieerd is aan *een bepaalde*, in 'de werkelijkheid' voorkomende situatie. Wil de in concreto gegeven beslissing een precedent kunnen zijn voor ook latere beslissingen, dan is zij regel. Pas wanneer de omstandigheden in een gegeven geval al te zeer verschillen van die in het 'regelgeval' kan daarop niet worden teruggevallen.¹³⁴

Is dit waar, dan betekent dit dat de juridische methode vooral bestaat in het nagaan in hoeverre de in casu bestaande omstandigheden van het geval (door partijen naar voren gebracht) kunnen worden gereduceerd zóver dat die geen rol meer hoeven te spelen bij het vinden en daarmee legitimeren van de beslissing.¹³⁵ Moet wèl worden teruggevallen op dergelijke omstandigheden, omdat de rechter deze als essentieel kwalificeert voor het bereiken van een bepaalde uitkomst, dan betekent dit dat men aan de enkele rechtsregel niet voldoende heeft.

Op deze stellingen van Drion kan voortgebouwd worden. Want wanneer de link tussen regel en situatie (geval) daarin ligt dat de regel een bepaalde standaardsituatie beschrijft, dan zal de legitimatie normaliter geschieden in de vorm van verwijzing naar de regel en de specifieke omstandigheden van dit geval. Pas wanneer de relevante nieuwe omstandigheden al te uitgebreid worden, gaat men de gebondenheid baseren op een vage norm als goede trouw of de redelijkheid en billijkheid en komt men toe aan de scheiding van heuristiek en legitimatie. Maar dit betekent dus wel dat over het toepassingsgebied van die goede trouw of redelijkheid en billijkheid iets kan worden gezegd. Men komt daaraan immers niet toe zolang de regel in voldoende mate de omstandigheden van het geval omvat. Pas wanneer dat niet langer zo is, wordt de behoefte groter om ter rechtvaardiging van het rekening houden met de specifieke omstandigheden van het geval te verwijzen naar andere factoren. Is de incorporatie van het geval in de regel volledig, dan heeft het geval zelve geen enkele normstellende kracht meer.

Zo beschouwd kan men de regel (ongeacht of deze uit wet, literatuur of rechtspraak afkomstig is), zien als neerleggende een standaardsituatie

133. Een oud thema. We vinden Drions hoofdgedachte *bijvoorbeeld* al terug bij M.H. Bregstein, De betrekkelijke waarde der wet, oorspr. 1952, in: *VW*, dl. I, p. 15 en bij Paul Scholten, Rechtsbeginselen, oorspr. 1935, in: *VG*, dl. I, p. 408-409. Zie ook al het *Algemeen Deel*, p. 47: 'Rechtspraak is altijd gelijke gevallen gelijk behandelen'.

134. Zeer duidelijk aldus bij Drion, *o.c.*, p. 45-47. Drion spreekt van de 'situeringsfunctie' van de regel.

135. Vgl. Drion, *o.c.*, p. 47.

waarover voor wat betreft de rechtvaardige uitkomst in beginsel niet langer behoefte te worden getwist.¹³⁶

Beziet men de regel op deze wijze, dus als *een gestandaardiseerde belangenafweging*, dan wordt aansluiting gezocht bij de oorspronkelijke betekenis van het woord dogmatiek. Zonder daar nu verder anachronistische beschouwingen aan te wijden,¹³⁷ verwijst de term dogma, afkomstig van het oud-Griekse werkwoord 'dokein',¹³⁸ naar stellingen die op een bepaalde wijze verduidelijken en daarom autoriteit hebben. Het gaat om, wat men met een Germanisme zou kunnen noemen, 'grondwaarheden',¹³⁹ om ideeën die hun basis vinden in het maatschappelijk bewustzijn, voor het recht dus in het *rechtsbewustzijn*.¹⁴⁰ Zien we regels als dergelijke grondwaarheden, dan wordt aangesloten bij de taalkundige betekenis van dogmatiek. Inhoudelijk valt er nog het een en ander over te zeggen.

136. De hier verwoorde visie doet denken aan de 'Fallnorm-theorie' van Wolfgang Fikentscher, ontwikkeld in *Methoden des Rechts*, Bd. IV, Tübingen 1977, p. 202 v. en samengevat in *Eine Theorie der Fallnorm als Grundlage von Kodex- und Fallrecht* (code law and case law), *ZfRV* 21 (1980), p. 161 v. Fikentscher ziet de Fallnorm (dit is de regel, *Methoden*, o.c., p. 382, 'die Fälle, die in allen rechtserheblichen Punkten gleichliegen, gleich entscheidet') als de maatstaf die het op te lossen geval beslist. De Fallnorm kan neergelegd zijn in wet of rechtspraak (het 'positive Recht'), maar doorgaans moet de rechter deze aan de hand daarvan (waarmee zij 'Entscheidungshilfen' zijn) eerst formuleren. Slechts de Fallnormen (die tezamen het 'objektive Recht' vormen) binden. Voor zover Fikentscher daarmee uitgaat van het precedent (dus: de 'positiefrechtelijke' norm) als 'eine stets überprüfbare Vermutung der Richtigkeit', past hij in onze theorie. Volgens ons legt hij evenwel tezeer de nadruk op het *opstellen* van de Fallnorm aan de hand van wet en rechtspraak. Enerzijds is onduidelijk waarom dan niet gewoon kan worden gesproken van een *aansluiten* (vgl. Wiarda's vergelijkingsmethode) bij wat eerder werd bereikt, anderzijds is niet op voorhand helder in welke zin de Fallnorm 'bindt': deze is immers direct verbonden aan een bepaalde gevalssituatie. In een volgend geval bindt hij weer voorwaardelijk. Zie over Fikentscher, met andere kritiek, ook R.J.P. Kottenhagen, *Van precedent tot precedent*, diss. Rotterdam 1986, Arnhem [1986], p. 160 v. en H.J. Snijders, *Retrocipatie*, oratie Leiden 1994, Arnhem etc. 1995, p. 22 v.

137. Zie daarvoor Herberger, *Dogmatik; zur Geschichte von Begriff und Methode in Medizin und Jurisprudenz*, o.c.

138. Vgl. Ulrich Meyer-Cording, *Kann der Jurist heute noch Dogmatiker sein? Zum selbstverständnis der Rechtswissenschaft*, Tübingen 1973, p. 7.

139. Vgl. Meyer-Cording, o.c., p. 8.

140. Het gaat om de essentie van het maatschappelijk denken en gevoelen. Meyer-Cording, o.c., voegt hier aan toe dat het *dus* gaat om algemeen geldige eeuwige waarheden waaraan twijfel en waarover discussie niet mogelijk is. Dit lijkt te absoluut geformuleerd.

5.3 *Recht als een systeem van gelijkenissen en de daarbij behorende interpretatiemethode*

Ziet men de regel als gestandaardiseerde belangenafweging, dan is er niet langer sprake van dat de regel wordt toegepast op een geval. Het gaat er veeleer om dat men tracht de verschillen en gelijkenissen tussen het voorliggende geval en het 'regelgeval' te ontdekken. De vraag die voorligt bij de beoordeling van ieder concreet geval is in hoeverre ook daar nu sprake is van een *gelijkenis*¹⁴¹ met eerdere gevallen waarin is beslist.

Gaat men uit van recht als een systeem van gelijkenissen, dan behoort dogmatiek vooral te zijn dat men een bepaalde *houding* inneemt tegenover bestaande regels.¹⁴² Dogmatiek bestaat in een bijzondere houding, een bijzondere zienswijze ten aanzien van het recht. Steeds weer moet worden nagegaan in hoeverre de gerechtigheid meebrengt dat naar de regel wordt verwezen. Bij Esser valt het volgende te lezen:¹⁴³

'Dogmatik ist die bindende Übersetzung eines Lebenskonflikts und seines ursprünglich durch Erfahrung gewonnenen Wert- und Lösungsschlüssels in ein "technisches" Wissens- und Sprachgebiet, in welchem die Begriffen und Dogmen als scheinbarer Selbstzweck in Wahrheit nur repräsentativ für die Gesamt-vereinbarkeit und Folgerichtigkeit der so gefundenen Einzelantworten eintreten und ihre rational Nachprüfbarkeit und Lehrbarkeit verbürgen'.

Esser legt hier de nadruk op de omstandigheid dat de begrippen en leerstukken hun waarde ontleen aan het feit dat zij een 'vertaling' zijn van eerdere belangenconflicten. De ervaring die is opgedaan met het oplossen van die conflicten is neergelegd in de regel. Dient zich een soortgelijk geval aan, dan kan dit worden beslist door terug te vallen op die regel. Aldus geschiedt de legitimatie van de beslissing door deze in een eerder

141. Zie voor dit thema vooral Storme, *De invloed van de goede trouw*, no. 15: 'De goede trouw van het handelen moet dus alle verhoudingen beheersen die niet aan het wettelijkheidsbeginsel onderworpen worden (...). Alle verhoudingen die door deze goede trouw beheerst worden dienen daarbij mede aan de hand van nog niet tot rechtsregels verheven waarderingen, dit is aan de hand van de "omstandigheden van het geval" te worden uitgelegd. (...) In het geding van een door de goede trouw beheerste partijverhouding moet niet de regel, maar het geval tot zijn recht komen. De geschiktheid van een norm voor het bepalen van de (juiste) verhouding hangt (...) af van het ter zake doen van de gelijkenis van het te beoordelen geval met de "sprekende" gevallen waarin reeds gebleken is dat de norm "werkt"'. Vgl. de zo juist behandelde Fikentscher, die in zijn *Methoden des Rechts*, p. 204 spreekt van een 'Vermutung des Gleichliegens' van de regel.

142. Vgl. bijv. ook Rothacker, *Die dogmatische Denkform in den Geisteswissenschaften und das Problem des Historismus*, o.c., p. 274. Dat de term dogmatiek eerder verwijst naar een houding dan naar een object van wetenschap bijv. ook bij Bax, o.c., p. 124.

143. *Grundsatz und Norm*, p. 303.

erkende en daarmee controleerbare rechtstechniek te gieten. Alleen zo behoudt zij waarde voor latere gelijksoortige gevallen.¹⁴⁴

Waarom is het nu zo belangrijk om deze houding tegenover norm en geval in te nemen? Het lijkt immers niet zeer revolutionair: dat de regel zich heeft ontwikkeld uit een groot aantal gevallen dat in het verleden op een bepaalde wijze werd beslist ligt nogal voor de hand. De consequentie van deze verbinding wordt echter in de heersende literatuur niet erg uitgewerkt. Het onherroepelijke voordeel van de regel als standaard is immers dat de verleiding niet langer aanwezig is om een grotere betekenis toe te kennen aan de op een bepaalde wijze geformuleerde regel dan deze eigenlijk mag hebben, gelet op de gevallen op grond waarvan hij is geformuleerd. Het is immers mogelijk om door middel van een redelijke uitleg tot een toepassing van welke regel dan ook in een gegeven geval te komen. Een dergelijke uitleg 'te goeder trouw' van de norm kan echter niet worden aanvaard.¹⁴⁵ Het wordt dan onmogelijk om een zuivere begripsvorming te behouden.¹⁴⁶ Deze is wel mogelijk wanneer de norm in zijn verhouding tot het daarbij behorende geval 'beperkt' wordt uitgelegd.¹⁴⁷ Het criterium of de waardenafweging, neergelegd in de regel, moet in ieder nieuw geval op zijn draagwijdte worden getest. Daarmee neemt de uitleg dus een nader bepaalde, geen allesomvattende, positie in.

Een vruchtbare dogmatische opvatting is er onzes inziens één die op de hier omschreven wijze omgaat met regels. Ziet men de regel als standdaardsituatie, dan betekent dit immers dat zodra de regel niet langer geacht kan worden de voorliggende belangenafweging op een juiste wijze te maken, op een andere wijze moet worden beslist. Alleen door een uitleg op deze wijze kan inzicht worden verkregen in de ontwikkelingsgang van het recht. We vinden hier, nu beargumenteerd vanuit het leggen van een verband tussen regel en geval, aansluiting bij Meijers en Nieuwenhuis die, al dan niet expliciet, ook wezen op de noodzaak van een relatief vrijstaande regel.

Al eerder werd er op gewezen dat bij Meijers en Nieuwenhuis echter slechts een deel van het verhaal naar voren kwam. Het resterende gedeelte,

144. Zie ook Esser, *Methodik des Privatrechts*, o.c., p. 344. Vgl. Hans Merz, Die Generalklausel von Treu und Glauben als Quelle der Rechtsschöpfung, *ZfSR* 1961, p. 335 v. De in het BW van 1992 neergelegde regels spelen overigens een betrekkelijk grote rol nu zij als *vermoedelijk* juist kunnen worden aangemerkt. Er is geen reden een codificatie als onzinnig af te doen. Vgl. Pio Caroni, Der Schiffbruch der Geschichtlichkeit; anmerkungen zum Neo-Pandektismus, *Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte* 16 (1994), p. 93 v.

145. Vgl. de rechtsopvatting van Meijers, *supra*, § 2.2.

146. Esser, *Möglichkeiten und Grenzen des dogmatischen Denkens*, p. 105, spreekt in dit verband van een 'verfremdende Benutzung' van oude concepten en van twijfelachtige 'Neukonstruktionen'.

147. Tsatsos, Zum Verhältnis von Gerechtigkeit und positivem Recht, o.c., p. 660.

dat de vraag betreft wat te doen indien juist géén standaardsituatie voorligt, moet worden opgelost aan de hand van onze rechtsvindingstheorie. Dan immers gaat het uit elkaar lopen van heuristiek en legitimatie zich wreken en moet worden teruggevallen op de ervaring der leerstukken.¹⁴⁸ Dat geschiedt door op zoek te gaan naar standaardsituaties die nog verborgen zijn, dat wil zeggen dat zij niet in een regel zijn neergelegd die voor het grijpen ligt, maar die wel *per definitie* elders kunnen worden gevonden. Het komt dus slechts aan op het *zoeken*. De 'sprong' van Scholten wordt zo gemaakt, niet naar de open norm, maar naar de altijd ergens aanwezige standaardsituatie. Onzes inziens is dat aansluiting zoeken bij ooit eens, al dan niet elders geformuleerde, gevallen in het recht het hoogst haalbare. De leerstukken, die die gevallen samenbinden, waarborgen daarbij als de 'relatieve eindpunten' de coherentie en de continuïteit.¹⁴⁹

6. VERVOLG: HET SPOOR TERUG

Bovenstaande beschouwingen waren gewijd aan de gedachte hoe de crisis in het verbintenissenrecht te bezweren. Waar eerder al bleek dat het niet verwonderlijk is dat de crisis als zodanig wordt ervaren wanneer men omgaat met het recht als een sociaal fenomeen, in plaats van als een stelsel van regels dat steeds weer dient te worden herijkt, is thans een aantal zg. 'dogmatische' opvattingen de revue gepasseerd omtrent de vraag hoe in het burgerlijk recht met geval en norm moet worden omgegaan. Deze bleken niet in de gewenste mate recht te doen aan datgene wat als gewenste rechtsopvatting kan worden geformuleerd: enerzijds profiteren van datgene wat reeds 'bereikt' is, anderzijds ruimte laten voor het bereiken van de rechtvaardige uitkomst.

Daarom is hier een dogmatische opvatting verdedigd waarin dat wél het geval is. Daartoe werd de waarde van de regel voor problematische gevallen gerelativeerd en werd teruggegrepen op het leerstuk als bepalend voor de rechtsontwikkeling en als vindplaats voor informatie omtrent een juiste wijze van recht doen. Deze opvatting zal echter eerst haar waarde kunnen bewijzen indien het spoor terug naar het positieve recht wordt gezocht. Het is dan thans ook tijd om het rechtstheoretisch deel af te sluiten en te bezien

148. Hier is nog kritiek op Fikentscher mogelijk. In *Methoden des Rechts, o.c.*, p. 212 schetst hij het leerstuk als slechts van belang om een verzameling Fallnormen (een 'Bündel von Normen') mee aan te duiden. Vgl. p. 213: 'Eine Rechtsgewinnung aus der Institution ist abzulehnen'. O.i. gaat van het leerstuk nog een eigen waarde uit omdat dit de verschillende standaardsituaties met elkaar *in verband* stelt, zodat duidelijk is waar de rechtsvinder *ongeveer* moet zoeken. Indien slechts een veelheid aan losse Fallnormen zou bestaan, is dit moeilijker.

149. Zie voor de hiermee corresponderende 'wetenschapsopvatting' *supra*, hoofdstuk I, § 4.

wat onze opvatting vermag op het terrein van het contractenrecht. De impliciet te bewijzen stelling luidt dat dit niet is verworden tot:¹⁵⁰

'a hodgepodge, a fragmented mass of ad hoc decisions and conflicting rules, united only by common "techniques"'.¹⁵¹

Daartoe dienen expliciet twee vraagstukken te worden aangevat. In de eerste plaats is dat waarin zich het 'niet-dogmatische' van het contractenrecht uit. Daartoe moet in het volgende hoofdstuk eerst de feitelijke worden gezocht. Vervolgens rest de dogmatische inpassing.

150. Harold J. Berman, *Law and Revolution; The Formation of the Western Legal Tradition*, Cambridge Mass. etc. 1983, p. 38.