



Universiteit
Leiden
The Netherlands

De articulatie van gedragsnormen. Deel II. Vaagheid van normen

Reurich, L.

Citation

Reurich, L. (2005, June 30). *De articulatie van gedragsnormen. Deel II. Vaagheid van normen. Meijers-reeks*. Kluwer, Deventer. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/15473>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License: [Licence agreement concerning inclusion of doctoral thesis in the Institutional Repository of the University of Leiden](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/15473>

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

De articulatie van gedragsnormen. Deel II: vaagheid van normen

De articulatie van gedragsnormen

Deel II

Vaagheid van normen

PROEFSCHRIFT

ter verkrijging van
de graad van Doctor aan de Universiteit Leiden,
op gezag van de Rector Magnificus Dr. D.D. Breimer,
hoogleraar in de faculteit der Wiskunde en
Natuurwetenschappen en die der Geneeskunde,
volgens besluit van het College voor Promoties
te verdedigen op donderdag 30 juni 2005
klokke 16.15 uur

door

Lucien Reurich

geboren te Arnhem in 1967

Promotiecommissie:

Promotor: prof. mr. Jac. Hijma
referent: prof. mr. J.H.A. Lokin (RUG)
leden: prof. mr. M.W. Hesselink (UvA)
prof. mr. J.H. Nieuwenhuis
prof. mr. H.J. Snijders

Lay-out: Anne-Marie Krens – Tekstbeeld – Oegstgeest

© 2005 L. Reurich

Een bewerking van de hoofdstukken vijf, zes en zeven van dit proefschrift verschijnt bij Kluwer te Deventer onder de titel *Het wijzigen van overeenkomsten* in de serie Recht en Praktijk onder nummer 135 met ISBN 90-130-2775-x.

ISBN 90-130-2776-8

Behoudens de in of krachtens de Auteurswet van 1912 gestelde uitzonderingen mag niets uit deze uitgave worden vervoelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voorzover het maken van reprografische vervoelvoudingen uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16h Auteurswet 1912 dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 3051, 2130 KB Hoofddorp, www.reprorecht.nl). Voor het overnemen van (een) gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (art. 16 Auteurswet 1912) kan men zich wenden tot de Stichting PRO (Stichting Publicatie- en Reproductierechten Organisatie, Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, www.cedar.nl/pro).

No part of this book may be reproduced in any form, by print, photoprint, microfilm or any other means without written permission from the publisher.

voor mijn vader

Verkorte inhoudsopgave

1	INLEIDING	1
2	EEN SYLLOGIST MET EEN HANG NAAR MATERIE	5
2.1	Inleiding	5
2.2	Het proefschrift van E.M. Meijers	6
2.3	Filosofische antecedenten	10
2.4	De moderniteit van Meijers' rechtstheorie	13
2.5	Evaluatie	16
3	REGELISME, REGELMATISME EN DE SFEER VAN HET NORMATIEVE	17
3.1	Inleiding	17
3.2	Het formalisme	18
3.3	Het regelisme	30
3.4	Het regelmatisme	45
3.5	Evaluatie	55
4	DE VERBORGEN NORMATIEVE DIMENSIE VAN MAATSCHAPPELIJK GEDRAG	57
4.1	Inleiding	57
4.2	Intuïtief onderzoek naar de sfeer van het normatieve	57
4.3	De crisis van het regelisme: drie Wittgensteiniaanse argumenten	66
4.4	De overgang naar een non-regelistische visie	73
4.5	Evaluatie	80
5	EEN METHODIEK VOOR DE VASTSTELLING VAN DE EISEN VAN REDELIJKHEID EN BILLIJKHEID	83
5.1	Inleiding	83
5.2	De articulerende werkwijze van Meijers en Sellars	83
5.3	Coherentie en het systeem van het vermogensrecht	86
5.4	Rechtsovertuigingen en de verborgen normatieve dimensie van maatschappelijk gedrag	92
5.5	Het moderne contractenrecht: van systeem naar gedrag	97
5.6	Evaluatie	103

6	SYSTEEM, GEDRAG EN DE WERKING VAN REDELIJKHEID EN BILLIJKHEID I	105
6.1	Inleiding	105
6.2	Door het recht erkende verstoringen van de contractuele verhouding	106
6.3	Gedeeltelijke aantasting van overeenkomsten	113
6.4	Normen <i>tot</i> aantasting en normen <i>bij</i> aantasting van overeenkomsten	118
6.5	De systematische ruimte bij het wijzigen van overeenkomsten	121
6.6	De discretionaire ruimte bij het wijzigen van overeenkomsten	127
6.7	Evaluatie	132
7	SYSTEEM, GEDRAG EN DE WERKING VAN REDELIJKHEID EN BILLIJKHEID II	135
7.1	Inleiding	135
7.2	De vernietiging wegens een verstoring van de wilsvorming (art. 6:228 BW)	136
7.3	De ontbinding wegens een verstoring van de feitelijke context van een overeenkomst (art. 6:258 BW)	148
7.4	De ontbinding wegens een verstoring van de uitvoering van een overeenkomst (art. 6:265 BW)	157
7.5	Functies van redelijkheid en billijkheid	172
7.6	Evaluatie	180
8	SLOTBESCHOUWING	183

Inhoudsopgave

1	INLEIDING	1
2	EEN SYLLOGIST MET EEN HANG NAAR MATERIE	5
2.1	Inleiding	5
2.2	Het proefschrift van E.M. Meijers	6
2.3	Filosofische antecedenten	10
2.4	De moderniteit van Meijers' rechtstheorie	13
2.5	Evaluatie	16
3	REGELISME, REGELMATISME EN DE SFEER VAN HET NORMATIEVE	17
3.1	Inleiding	17
3.2	Het formalisme	18
3.2.1	Inleiding	18
3.2.2	Van een monologische naar een dialogische ethiek	18
3.2.3	De communicatieve rationaliteit	20
3.2.4	De juridische argumentatietheorie van Alexy	25
3.2.5	Resultaat	29
3.3	Het regelisme	30
3.3.1	Inleiding	30
3.3.2	De herkomst van het regelisme	31
3.3.3	Het regelistisch gehalte van de methodenleer van Larenz en Canaris	32
3.3.4	Wellmers alternatieve visie op de regelistische toepassing van normen	37
3.3.5	Webers alternatieve visie op de <i>Fallgruppen</i> -methode	40
3.3.6	Het regelistisch gehalte van het Nederlandse debat over vage normen	42
3.3.7	Resultaat	44
3.4	Het regelmatisme	45
3.4.1	Inleiding	45
3.4.2	De <i>relational contract theory</i> van Macneil	46
3.4.3	De fenomenologische kritiek van Kennedy	49
3.4.4	Resultaat	54
3.5	Evaluatie	55
4	DE VERBORGEN NORMATIEVE DIMENSIE VAN MAATSCHAPPELIJK GEDRAG	57
4.1	Inleiding	57
4.2	Intuitief onderzoek naar de sfeer van het normatieve	57
4.2.1	Inleiding	57

4.2.2	De ‘vader-en-zoon’-casus van Hart	58
4.2.3	Het innemen van onuitgesproken normatieve posities	61
4.2.4	Resultaat	65
4.3	De crisis van het regelisme: drie Wittgensteiniaanse argumenten	66
4.3.1	Inleiding	66
4.3.2	De receptie van de late Wittgenstein	66
4.3.3	Het logische probleem van de oneindige regressie	68
4.3.4	Het diachrone probleem van de toepassing van regels op toekomstige gevallen	69
4.3.5	Het synchrone probleem van de afstand tussen regel en geval	71
4.3.6	Resultaat	72
4.4	De overgang naar een non-regelistische visie	73
4.4.1	Inleiding	73
4.4.2	Van representatie naar inferentialisme	73
4.4.3	Van de formele gevolgtrekking naar de materiële gevolgtrekking	76
4.4.4	Van regels expliciet in wat men <i>denkt</i> naar regels impliciet in wat men <i>doet</i>	77
4.4.5	Resultaat	80
4.5	Evaluatie	80
5	EEN METHODIEK VOOR DE VASTSTELLING VAN DE EISEN VAN REDELIJKHEID EN BILLIJKHEID	83
5.1	Inleiding	83
5.2	De articulerende werkwijze van Meijers en Sellars	83
5.3	Coherentie en het systeem van het vermogensrecht	86
5.3.1	Inleiding	86
5.3.2	Begripsbepaling	86
5.3.3	Coherentie en incoherentie van civielrechtelijke instrumenten	89
5.3.4	De methode van coherentie-onderzoek	90
5.3.5	Resultaat	92
5.4	Rechtsovertuigingen en de verborgen normatieve dimensie van maatschappelijk gedrag	92
5.4.1	Inleiding	92
5.4.2	De rechtsovertuigingen van art. 3:12 BW	92
5.4.3	Rechtsovertuigingen en de vaststelling van een gewoonte	94
5.4.4	Het articuleren van onuitgesproken normen	95
5.4.5	Resultaat	96
5.5	Het moderne contractenrecht: van systeem naar gedrag	97
5.5.1	Inleiding	97
5.5.2	Van bevoegdheidsverlening naar bevoegdheidsuitoefening	98
5.5.3	Van rechtseisen naar rechtsgevolgen	100
5.5.4	Van rechtsgezag naar partijgedrag	101
5.5.5	Resultaat	103
5.6	Evaluatie	103

6	SYSTEEM, GEDRAG EN DE WERKING VAN REDELIJKHEID EN BILLIJKHEID I	105
6.1	Inleiding	105
6.2	Door het recht erkende verstoringen van de contractuele verhouding	106
6.2.1	Inleiding	106
6.2.2	Drie verstoringen in het algemene contractenrecht	107
6.2.3	Verstoringen van de contractuele verhouding en de verbindende kracht van overeenkomsten	107
6.2.4	De primaire rechtsgevolgen van het 'aantastingsvoorschrift'	109
6.2.5	Het begrip 'relativering'	111
6.2.6	Afbakening	112
6.2.7	Resultaat	113
6.3	Gedeeltelijke aantasting van overeenkomsten	113
6.3.1	Inleiding	113
6.3.2	Gedeeltelijke aantasting 'binnen' het leerstuk	114
6.3.3	Gedeeltelijke aantasting 'buiten' het leerstuk	114
6.3.4	Gedeeltelijke aantasting 'binnen' en 'buiten' het leerstuk	115
6.3.5	Twee typen van gedeeltelijke aantasting	115
6.3.6	Resultaat	117
6.4	Normen <i>tot</i> aantasting en normen <i>bij</i> aantasting van overeenkomsten	118
6.4.1	Inleiding	118
6.4.2	Een principiële en graduele aantasting van overeenkomsten	118
6.4.3	De systematische ruimte bij het wijzigen van overeenkomsten, een verkenning	119
6.4.4	De discretionaire ruimte bij het wijzigen van overeenkomsten, een verkenning	120
6.4.5	Resultaat	121
6.5	De systematische ruimte bij het wijzigen van overeenkomsten	121
6.5.1	Inleiding	121
6.5.2	De norm van de evenredige reductie	122
6.5.3	Het criterium van het onverbreekelijke verband	124
6.5.4	De nadeelsopheffing	126
6.5.5	Resultaat	126
6.6	De discretionaire ruimte bij het wijzigen van overeenkomsten	127
6.6.1	Inleiding	127
6.6.2	Vrijheid in gebondenheid	127
6.6.3	Het bijhouden van de normatieve score tussen partijen	129
6.6.4	De discretionaire ruimte naar geldend recht	129
6.6.5	Resultaat	132
6.7	Evaluatie	132
7	SYSTEEM, GEDRAG EN DE WERKING VAN REDELIJKHEID EN BILLIJKHEID II	135
7.1	Inleiding	135
7.2	De vernietiging wegens een verstoring van de wilsvorming (art. 6:228 BW)	136
7.2.1	Inleiding	136

7.2.2	Een 'incorporerende' visie op de verhouding tussen art. 6:228 BW en art. 6:230 BW	136
7.2.3	Het 'nadeel' in de zin van art. 6:230 BW	140
7.2.4	Een 'ontkoppelde' visie op de verhouding tussen art. 6:228 BW en art. 6:230 BW	146
7.2.5	Resultaat	147
7.3	De ontbinding wegens een verstoring van de feitelijke context van een overeenkomst (art. 6:258 BW)	148
7.3.1	Inleiding	148
7.3.2	Art. 6:258 BW als <i>lex specialis</i>	149
7.3.3	Art. 6:258 BW als <i>lex suppleta</i>	152
7.3.4	De coherentie van art. 6:248 BW en art. 6:258 BW	153
7.3.5	Resultaat	156
7.4	Ontbinding wegens een verstoring van de uitvoering van een overeenkomst (art. 6:265 BW)	157
7.4.1	Inleiding	157
7.4.2	De interpretatie van de 'tenzij'-clausule	157
7.4.3	De verhouding tussen hoofdregel en uitzondering	159
7.4.4	Ontbinding bij vertraging in de nakoming	161
7.4.5	Ontbinding bij een tekortkoming in de nakoming van materieel deelbare prestaties	163
7.4.6	Ontbinding bij een tekortkoming in de nakoming van temporeel deelbare prestaties	165
7.4.7	Ontbinding bij een tekortkoming van nevenverbintenissen die samenhangen met (een tekortkoming in) de uitvoering van overeenkomsten	168
7.4.8	Resultaat	170
7.5	Functies van de redelijkheid en billijkheid	172
7.5.1	Inleiding	172
7.5.2	Twee typen van functies	173
7.5.3	Een lacune in de functieomschrijving	176
7.5.4	De verhouding tussen de aanvullende en de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid	177
7.5.5	Resultaat	179
7.6	Evaluatie	180
8	SLOTBESCHOUWING	183
	SAMENVATTING	187
	SUMMARY	193
	VERKORT AANGEHAALDE LITERATUUR	197
	PERSONENREGISTER	209
	ZAKENREGISTER	211
	CURRICULUM VITAE	213

1 | Inleiding

Recht is het resultaat van een redenering. Met deze stelling zijn uitgangspunt, werkwijze en doelstelling van onderhavige rechtstheorie gegeven. Zij kiest haar uitgangspunt *niet* in een abstracte rechtsgedachte maar in concreet materiaal; haar methode is *niet* de waarneming maar de redenering; zij streeft *niet* naar ijle rechtvaardigheid maar naar de correcte vaststelling van geldend recht. Het betoog is hiermee ten einde. Moge het volgende dienen als toelichting.

Niets vermenigvuldigt zich zo snel als theorieën over recht. Drie maal drie is negen. En ieder zingt zijn eigen lied. In veel van deze theorieën wordt het recht met een zekere afstandelijkheid tegemoet getreden. Die afstand is in de eerste plaats disciplinair van aard. In de afgelopen decennia is vanuit tal van *andere* disciplines onderzoek verricht: economie, sociologie, politicologie, psychologie. Het zijn wetenschappen waarin maatschappelijk gedrag vanuit een *descriptief* perspectief wordt bestudeerd. In de tweede plaats wordt afstand gecreëerd door de met deze disciplines verbonden ambitie. Elke discipline heeft dan haar eigen invalshoek en onderzoeksinstrumentarium, zij willen alle, ieder vanuit haar eigen optiek, het recht beter begrijpen, het bekritisieren, het veranderen. Deze studies zijn doorgaans meer of minder uitdrukkelijk tevens aan juristen geadresseerd. Zonder de verhelderende en soms emanciperende waarde van deze perspectieven op het recht te ontkennen, wordt in de onderhavige studie de focus beperkt tot de kerntaak van de rechtswetenschap: het onderzoek naar normen. Rechtswetenschap gaat over maatschappelijk gedrag vanuit een *normatief* perspectief.

Twee vragen staan centraal. Hoe kan een vage norm als de redelijkheid en billijkheid gedrag normeren? En hoe dient deze norm door de rechter te worden aangevat? De te ontwerpen rechtstheorie beoogt voor de eerste kwestie een verklaring te bieden, voor de tweede een methodiek.

Elke wetenschap kent een gefaseerde aanpak van haar theorie: vorming, toetsing en beoordeling. In dit onderzoek zullen deze fasen achtereenvolgens worden doorlopen. In de eerste fase – zij omvat de hoofdstukken twee tot en met vijf – wordt een rechtstheorie over de werking van de redelijkheid en billijkheid ontworpen. In de tweede fase, in de hoofdstukken zes en zeven, wordt getoetst of deze theorie de werking van redelijkheid en billijkheid bij het wijzigen en beëindigen van overeenkomsten inzichtelijk kan maken. Ten

slotte worden in de derde fase, het achtste hoofdstuk, de bevindingen geëvalueerd en de waarde van de ontworpen theorie vastgesteld.

Het onderhavige civielrechtelijk onderzoek bouwt voort op de hiervoor geboden (taal)filosofische analyse van de criteria van vaagheid. Deze analyse heeft om twee redenen een voorlopig karakter. In de eerste plaats is zij voorlopig omdat ze in letterlijke zin 'voorloopt'. Zonder inzicht in de criteria van vaagheid kan geen inzicht worden verworven in vage criteria. In de tweede plaats is zij voorlopig omdat een analyse 'in ruste', zoals Meijers het formuleert, nooit kan overtuigen. Alleen in de *werking* van de analyse en de scheidende kracht van haar distincties kan zij op juistheid worden getoetst. Het nu aan te vatten civielrechtelijk onderzoek staat met deze analytische taal filosofie dus in wederkerig verband. Wat niet wegneemt dat dit onderzoek voor een eigen civielrechtelijke beoordeling toegankelijk is.

Het tweede hoofdstuk – het eerste na deze inleiding – handelt over het proefschrift van Meijers. De rechtsvindingstheorie die hij in zijn proefschrift ontwikkelt heeft ten onrechte een recessief bestaan geleid. Als eerste in Nederland heeft Meijers de in zijn tijd gangbare, op Kant geïnspireerde werkwijze van zich afgeschud en de rechtsvinding op nieuwe leest geschoeid. Het bestaan van boven- of buitengerechterlijke criteria werd door hem rigoureus van de hand gewezen ten gunste van een controleerbare gedachtevorming op grond van concrete gegevens. Het doel van dit hoofdstuk is om de uitgangspunten van Meijers aan het licht te brengen en zijn theorie voor misverstand te behoeden. Haar verhoogde vatbaarheid voor misverstanden moet overigens voor een deel aan Meijers zelf worden toegeschreven. Hij presenteert zijn theorie in een divers en ingewikkeld boek waarin hij meer *doet* dan hij *zegt*. Een eerste lezing wekt de gedachte dat hij, wellicht ingegeven door zijn historisch besef, onvoldoende radicaal is. Latere lezingen maken duidelijk dat hij het wel is maar het zo niet verwoordt. De werkwijze is dan ook niet gelegen in de *beschrijving* van zijn argumenten – het doodvonnis voor elke argumentatie – maar in de articulatie van wat onuitgesproken is gebleven.

Het derde hoofdstuk handelt over de sfeer van het normatieve. De kritiek van Meijers op de formele Kantiaanse aanpak van ethische en maatschappelijke vragen, roept de vraag op hoe normen eigenlijk kunnen bestaan. Eerst wordt een procedurele variant van het formalisme besproken waarin een norm het resultaat is van een argumentatief proces waarbij de juistheid van de procedure de juistheid van het resultaat daarvan garandeert. Vervolgens richt het vizier zich op de gedachte dat een norm de vorm heeft van een regel. Dit zogenaamde regelisme is op juridisch gebied dominant en verleent aan de problematiek van vage normen haar specifieke en problematische positie. Het onderzoek richt zich in het bijzonder op de vraag waar de regelistische gedachte haar oorsprong heeft en in hoeverre zij het juridische debat over vage normen heeft beheerst. Ten slotte komt het regelmatisme aan de orde. In deze, op concrete feiten gestoelde, benadering wordt de zienswijze verdedigd dat normen uit

regelmatige gedragspatronen kunnen worden afgeleid. Een evaluatie voert vervolgens tot de conclusie dat het formalisme, het regelisme en het regelmatisme alle de sfeer van het normatieve *inperken* waardoor geen inzicht in de werking van vage normen kan worden verkregen.

In het vierde hoofdstuk worden uit dit negatieve resultaat spiegelbeeldig de randvoorwaarden afgeleid waaraan een nieuwe visie op de sfeer van het normatieve waarin theoretisch ruimte voor de werking van vage normen is ingebouwd, moet voldoen. Naar aanleiding van de beroemde ‘vader en zoon’-casus uit de rechtstheorie van Hart zal worden aangetoond dat normen niet altijd de herkenbare structuur bezitten van regels die op gedetailleerde wijze gedrag voorschrijven maar (ook) in maatschappelijk handelen besloten kunnen liggen. Aan de hand van een theorie van de Amerikaanse filosoof Sellars wordt inzichtelijk gemaakt hoe normen impliciet aan maatschappelijke gedragingen kunnen bestaan en op welke wijze zij kunnen worden geëxpliciteerd. De in dit hoofdstuk ontwikkelde gedachtegang brengt mee dat een normstelsel, zoals het geheel van regels in het contractenrecht, niet beschouwd moet worden als een door de wetgever *opgelegd* regime maar (mede) als de in regels vormgegeven explicatie van een normatieve dimensie die aan het maatschappelijk verkeer inherent is.

Het vijfde hoofdstuk biedt een methodiek die Meijers en Sellars verbindt en verenigt. Het is hoe dan ook een bezienswaardigheid. Meijers en Sellars. Het oude Europa en de nieuwe wereld. Op het eerste oog zijn het willekeurige derden die elkaar hooguit aansprakelijk houden maar niet zelf de verbintenis aangaan. Nader onderzoek wijst anders uit. Tussen beiden bestaan fundamentele overeenkomsten die een nieuwe, op hen geïnspireerde, rechtstheorie mogelijk maakt. De achtergrond van deze verwantschap is historisch van aard. *Beide* denkers hebben hun wortels in het fiasco van het abstracte denken van de *Begriffsjurisprudenz* en *beiden* werden daardoor gedrongen tot een andere, meer concrete wijze van redeneren. Dit maakt de overeenkomst krachtig genoeg om een verbinding tussen beide werkwijzen mogelijk te maken. Tegelijk verschillen ze voldoende om elkaar te kunnen aanvullen.

De rechtstheorie over de werking van de redelijkheid en billijkheid bestaat uit een systematische en een non-systematische component. De systematische component betreft de werking van de redelijkheid en billijkheid *via* het systeem van het vermogensrecht. De rechtsvinding krijgt gestalte met behulp van de in art. 3:12 BW genoemde ‘algemeen erkende rechtsbeginselen’ en de ‘maatschappelijke en persoonlijke belangen die bij het gegeven geval zijn betrokken’. De non-systematische component ziet op het vermogen van de redelijkheid en billijkheid om *zelfstandig* het gedrag van partijen te normeren. Zij ziet op een intrigerende vervlechting van het gedrag van schuldeiser en schuldenaar en de, mede op grond van dat gedrag, vast te stellen eisen van redelijkheid en billijkheid. De rechtsvinding is hier gericht op het expliciteren van onuitgesproken vermogensrechtelijke normen met behulp van de derde in art. 3:12 BW genoemde richtlijn: ‘de in Nederland levende rechtsovertuigingen’. Samen-

vattend biedt een en ander een overkoepelende benadering voor de methodische aanpak van art. 3:12 BW. Haar componenten brengen het verschil in gevoelswaarde tussen de redelijkheid en billijkheid beeldend tot uitdrukking: de systematische component neigt naar het 'hoofd', de non-systematische – 'gevoelige' – component is genegen naar het 'hart'.

Het lot van een theorie ligt in haar toetsing. De problematiek van het wijzigen en beëindigen van overeenkomsten is om twee redenen een aantrekkelijke kandidaat om de ontworpen rechtstheorie te beproeven. In de eerste plaats kent dit terrein een veelheid van wettelijke instrumenten die alle nauw met de redelijkheid en billijkheid samenhangen. Dat maakt dit terrein vanuit systematische optiek geschikt. In de tweede plaats speelt in het contractenrecht het gedrag van partijen een cruciale rol; niet alleen bij de contractsluiting maar ook bij de uitoefening van door de wet aan hen toegekende bevoegdheden. Dat maakt dit terrein vanuit de optiek van de gedragingen van partijen geschikt.

In het zesde hoofdstuk wordt het terrein eerst verkennend geanalyseerd. In verband met de werking van de redelijkheid en billijkheid *via* het systeem van het vermogensrecht zullen de relevante wettelijke bevoegdheden en instrumenten bij de vaststelling van rechtsgevolgen eerst als een coherent stelsel worden geïnterpreteerd. Deze interpretatie is mogelijk door het wijzigen en beëindigen van overeenkomsten te begrijpen vanuit een generiek begrip van door het recht erkende verstoringen van de contractuele relatie. De *zelfstandig* normerende werking van de redelijkheid en billijkheid komt vervolgens aan het licht waar het aldus gecreëerde stelsel aan partijen ruimte laat bij de uitoefening van aan hen toegekende bevoegdheden.

In het zevende hoofdstuk volgt de 'leerstukspecifieke' toetsing van de ontworpen rechtsvindingstheorie. Het algemene contractenrecht kent een drietal verstoringen van de contractuele relatie. De dwalingsregeling (art. 6:228 BW) ziet op een verstoring van de wilsvorming; de *imprévision* (art. 6:258 BW) ziet op een verstoring van de feitelijke context van een overeenkomst; de ontbinding wegens een tekortkoming (art. 6:265 BW) betreft de verstoring van de uitvoering van een overeenkomst. Onderzoek naar elk van deze leerstukken moet aan het licht brengen of de ontworpen rechtstheorie ook op detailniveau inzicht biedt in de werking van de redelijkheid en billijkheid.

In het achtste hoofdstuk worden de resultaten ten slotte beoordeeld en wordt de waarde van de ontworpen rechtstheorie vastgesteld.

2 | Een syllogist met een hang naar materie

2.1 INLEIDING

Op 3 april 1903 promoveerde E.M. Meijers op het proefschrift *Dogmatische rechtswetenschap*. Het is een ambivalent boek. Enerzijds wijst het ver vooruit, tot diep in de twintigste eeuw. De in art. 3:12 BW neergelegde ‘beginselen, belangen en rechtsovertuigingen’ waarmee bij de vaststelling van de eisen van redelijkheid en billijkheid rekening moet worden gehouden, worden in het proefschrift met een *geste* van volledigheid opgevoerd en ten opzichte van elkaar afgegrensd. Voorts moet elke vorm van formeel ethisch redeneren, volgens de in die tijd dominante Kantiaanse traditie, het ontgelden ten gunste van een materiële en praktische benadering van ethische en maatschappelijke vragen. En het project dat vijfenveertig jaar later gestalte zou krijgen in de *Algemene Leer van het Burgerlijk Recht*, wordt reeds in het proefschrift aangekondigd en het belang ervan inzichtelijk gemaakt. Anderzijds ademt het boek de sfeer van de negentiende eeuw. Dat wil zeggen, de negentiende eeuw zoals de jongere civilist haar graag ziet: mechanisch en achterhaald. Het strikt vasthouden aan het syllogisme als de enig juiste methode van rechtsvinding heeft op het boek van meet af aan een oud stempel gedrukt. Ambivalent is ten slotte ook de stijl: vrolijk én korzelig, spitsvondig met ingehouden ergernis. Een boek kortom dat niet hoeft te overtuigen om de kracht ervan te voelen.

De rechtsvindingstheorie van Meijers wordt gedragen door twee ambities: (i) ruimte zoeken voor vrije rechtsvinding zonder het wettelijk kader te verlaten; (ii) ruimte zoeken voor materiële overwegingen zonder het formele syllogistisch kader te verlaten. De eerste ambitie geeft antwoord op de vraag *wat* de rechter in zijn overweging moet betrekken, de tweede ambitie geeft antwoord op de vraag *hoe* de rechter dat moet doen. Noem Meijers met een slordige uitdrukking een ‘legist met een hang naar vrijheid’ dan is hij in gelijke mate een ‘syllogist met een hang naar materie’. Komt de eerste ambitie tot uitdrukking in zijn oratie, de tweede ligt in zijn dissertatie. Heeft de eerste ambitie veel aandacht gekregen, aan de tweede is minder aandacht besteed.

In dit hoofdstuk richt het vizier zich allereerst op de ambitie van Meijers om het syllogisme met inhoudelijke overwegingen te verrijken (2.2). Vervolgens komt de filosofische achtergrond van zijn werkwijze aan bod en zal worden vastgesteld waarin deze van de in zijn tijd dominante Kantiaanse aanpak verschilt (2.3). De analyse voert ten slotte tot een oordeel over het belang van

Meijers' rechtstheorie voor het moderne rechtsvindingsdebat (2.4). Het hoofdstuk sluit met een evaluatie af (2.5).

2.2 HET PROEFSCHRIFT VAN E.M. MEIJERS

Is een rechtsregel het resultaat van een waarneming of van een redenering? Dat deze vraag in het proefschrift niet als zodanig aan de orde komt en ook in zijdelingse passages geen contouren verkrijgt, betekent niet dat zij irrelevant is en geen bespreking behoeft; er is in feite geen moment in Meijers' betoog waarin haar invloed niet zichtbaar is.

Waar het gevoel, het geloof of het verstand als rechtsbron wordt gekozen draait het alles om waarneming.¹ De rechtsregel is dan een 'onmiddellijk gegeven' waarvan men kennis verwerft op grond van het fenomenologische devies: 'zien wat er te zien valt en dat zo nauwkeurig mogelijk beschrijven'.² Meijers wijst dit 'schouwen' van rechtsregels zonder enige vorm van argumentatie resoluut van de hand. Mocht iemand de opvatting huldigen dat 'een of ander rechtens zijn moet, zonder dat hij dit nader motiveren kan dan dat zijn rechtsgevoel het verlangt': voor de ontwikkeling van rechtsregels is het van geen betekenis.³ Kent men aan het geloof een macht toe naast de rede? Het is al even uitzichtloos: 'daartegen valt niet te redeneren'.⁴ En wat betreft het Kantiaanse 'zuivere verstand': ook dit ligt buiten het gebied van argumentatie en redengeving. "[E]en regel die opgevolgd moet worden, omdat onze rede dit nu eenmaal van ons eist daar is nadere argumentering uitgesloten: het recht is [dan] een *Faktum der Vernunft*, gelijk Kant het noemt".⁵ Rechtsregels worden niet ontleend aan de 'gegevens' van het gevoel, het geloof of het verstand. "Een rechtssysteem is iets wat met behulp van een *redenering* gevormd dient te worden."⁶

Een en ander vormt de systematische achtergrond van de centrale vraagstelling van het proefschrift: is een juiste wijze van redeneren, hoewel noodzakelijk, ook *voldoende* voor de ontwikkeling en toepassing van rechtsregels? Het antwoord op deze vraag bepaalt de waarde van de dogmatische rechtsweten-

1 Het 'verstand' wordt door Meijers in Kantiaanse zin opgevat: het verwerven van kennis door de waarneming van de structuur van het denken. Het verstand is dus *voorwerp* van onderzoek en moet dus niet in een moderne zin worden gelezen als het apparaat *waarmee* men redeneert of in de gebruikelijke betekenis van het woord als een bepaalde wetenschap of *know how* ('hij heeft verstand van motoren').

2 Het werk van Husserl is exemplarisch voor deze werkwijze: elk oordeel moet zich in de aanschouwing kunnen documenteren. Zie Th. de Boer, *Van Brentano tot Levinas, Studies over de fenomenologie*, Meppel/Amsterdam: Boom 1989, p. 60.

3 Meijers, *Dogmatische rechtswetenschap*, 's-Gravenhage: Zuid-Hollandse boek- en handelsmaatschappij 1903, p. 49-50.

4 Meijers 1903, p. 48.

5 Meijers 1903, p. 60.

6 Meijers 1903, p. 50, cursivering van mij, LR.

schap, de “wetenschappelijke bearbeiding van rechtsvoorschriften of beginselen uitsluitend met behulp van de wetten der logica”.⁷ De vraag naar de betekenis van de logica voor de rechtsvorming wordt door Meijers op drie niveaus uitgewerkt: bij de vorming van de meest wenselijke rechtsvoorschriften (*ius constituendum*, door Meijers het ‘modelrecht’ genoemd); bij de vorming van het positieve recht door de wetgever (*ius constitutum*), en ten slotte bij de rechtsvorming door de rechter.

De vorming van de meest wenselijke rechtsvoorschriften brengt Meijers ertoe de afwijzing van het ‘zuivere verstand als rechtsbron’ in groter formaat te herhalen.⁸ Dit heeft een historische achtergrond. De methode van Kant het verwerven van kennis op grond van de (logische) vorm van het denken is in de Duitse doctrine breed ingezet voor het onderzoek naar centrale juridische begrippen als verbintenis, zakelijk recht, dwaling. Vanaf de verschijning van *Das Recht des Besitzes* van Savigny in 1803,⁹ kwam deze zogenoemde dogmatische studie tot volle bloei, lokte vanaf het midden van de negentiende eeuw kritiek uit, maar bleef, ook op Nederlandse bodem, invloedrijk.¹⁰ De systematische vraagstelling van Meijers moet mede worden gezien tegen deze historische achtergrond waarvan hij zich wil losmaken.

Meijers richt zijn pijlen zowel op de werkwijze van Kant als op de resultaten daarvan. Het opsporen van de noodzakelijke eigenschappen van verschijnselen door uit te maken of hun tegendeel denkbaar is – een stoffelijk ding kan niet buiten een ruimte gedacht worden en dus is ruimtelijkheid een noodzakelijk kenmerk van een stoffelijk ding – is volgens Kant ook op ethisch gebied de geëigende methode.¹¹ Een ethische regel is een eis van de rede, een ‘du sollst’ omdat zijn tegendeel niet denkbaar is. Meijers reageert laconiek: dat tegendeel is bij ethische regels wél denkbaar. Kant heeft dat volgens Meijers ook wel gezien, getuige de passage: “die Erfahrung beweist oft genug, dass das vernünftige Subjekt auch eine wider seine (gesetzgebende) Vernunft streitende Wahl treffen kann (*wovon wir doch die Möglichkeit nicht begreifen können*)”.¹² Ligt het dan niet veel meer voor de hand, zo vervolgt Meijers, dat er geen noodzakelijkheid bestaat?¹³

Niet alleen is de methode niet plausibel, zij voert ook tot onbruikbare resultaten. Kants beroemde categorisch imperatief en de vier redewetten, het is voor Meijers een “hoed met vierdubbele bodem, waaruit Kant zijn gansche ethiek te voorschijn toovert”.¹⁴ Zowel deze praktische wetten als de uitwer-

7 Meijers 1903, p. 14.

8 Meijers 1903, hoofdstuk III, p. 67-89.

9 F.C. von Savigny, *Das Recht des Besitzes: eine civilistische Abhandlung*, Giessen: Heijer 1803.

10 Meijers 1903, p. 1-14.

11 I. Kant, *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, Hamburg: Verlag von Felix Meiner 1965 (1^e Aufl. 1785), p. 3-9.

12 Meijers 1903, p. 73, cursivering van EMM.

13 Meijers 1903, p. 73.

14 Meijers 1903, p. 77.

king ervan in de Duitse, op Kant geïnspireerde, doctrine leiden aan hetzelfde euvel.

“Wanneer wij (...) eens nagaan, welke beginselen men ons als praktische redewetten voorzet, dan zien wij, dat men ook hierin nog steeds het Kant’sse voorbeeld volgt [en] slechts formele beginselen opstelt. (...) En het is ook gemakkelijk in te zien, dat, indien er praktische redewetten bestaan, dit formele beginselen moeten zijn. Want formeel is al datgene, wat niet de inhoud van ons denken is, maar slechts een noodzakelijke voorwaarde voor de werking van ons denkvermogen”.¹⁵

Deze passage maakt de kern van het verschil in benadering tussen Meijers en Kant zichtbaar. De inhoud van het denken kan niet met behulp van formele beginselen worden vastgesteld.¹⁶ Het onderscheid dat zich hier aftekent tussen *logische* regels (noodzakelijk en formeel) en *ethische* regels (inhoudelijk en praktisch) zet zich bij de bespreking van de rechtsvorming door de wetgever en de rechter langs dezelfde lijnen voort.

Welke uitwerking heeft een rechtsregel op de samenleving?¹⁷ Het is een praktische vraag die de wetgever zich bij het ontwerpen van regels moet stellen. De waarde van een regel ligt uitsluitend in het ‘begeerlijk doel’ dat hij dient, in laatste instantie het algemeen welzijn.¹⁸ Deze functionele benadering van het recht wendt de blik af van wat ‘in zichzelf’ een goede regel is en toont zich alleen gevoelig voor concrete maatschappelijke behoeften en omstandigheden.¹⁹ Kennis daarvan moet volgens Meijers worden aangewend bij de vorming van de premissen van een syllogisme waaruit als conclusie de wenselijkheid van het voorschrift volgt.²⁰ Als de premisse luidt dat in een samenleving ‘de vermeerdering van de bevrediging van stoffelijke behoeften gewenst is’ en gegeven dat ‘vrijhandel een middel is tot de bevrediging van stoffelijke behoeften’ dan volgt als conclusie dat vrijhandel gewenst is.²¹ Het syllogisme biedt de (dwingende) structuur van een redenering waarvan de inhoud afhankelijk is van de (empirische) kennis van maatschappelijke behoeften en omstandigheden.

15 Meijers 1903, p. 76.

16 Voor een poging om de ethiek van Kant een inhoudelijke lading te geven, zie A. Wellmer, *Ethik und Dialog*, Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag 1986, zie m.n. p. 14-50. Vraag blijft intussen wat de inhoud van denken genoemd kan worden. In ander verband wijst Huizinga op eenzelfde onderscheid aan het einde van de inleiding tot ‘Herfsttij der Middeleeuwen’: “Vormen van het leven en van de gedachte zijn het, wier beschrijving hier beproefd is. Den wezenlijken *inhoud* te benaderen, die in de vormen heeft gerust, zal het ooit het werk zijn van geschiedkundig onderzoek?” J. Huizinga, *Herfsttij der Middeleeuwen*, tweede druk, Haarlem: Tjeenk Willink & Zoon 1921, p. ix (cursivering in origineel).

17 Meijers 1903, p. 70.

18 Meijers 1903, p. 85.

19 Meijers 1903, p. 97.

20 Meijers 1903, p. 94.

21 Meijers 1903, p. 94.

Ook de werkzaamheid van de rechter – het derde niveau – waarop Meijers de betekenis van de logica voor de rechtsvorming onderzoekt kenmerkt zich door een concrete en inhoudelijke aanpak. Ofwel de rechter interpreteert het voorschrift en past het toe op een voorliggend geval.²² Of hij zoekt naar de rechtsbeginselen en overige belangen die aan een voorschrift ten grondslag liggen en gaat na welke beslissing daaruit voortvloeit.²³ In het eerste geval ligt het accent op de interpretatie van wetstermen, in het tweede geval is sprake van vrije rechtsvinding.²⁴ Voor *beide* verrichtingen geldt het syllogisme als de enig juiste wijze van redeneren. Zij verloopt in het ene geval deductief: een syllogistische toepassing van een regel op een voorliggende casus. In het andere geval verloopt zij reductief: het wetsvoorschrift treedt ditmaal op in de conclusie van het syllogisme op grond waarvan de rechter via een algemene descriptieve uitspraak (in de *minor*) de rechtsbeginselen of de rechtsbelangen die aan het wetsvoorschrift ten grondslag liggen (in de *maior*) opspoort.²⁵ Dit onderzoek richt zich dus op het achterhalen van de motieven die aan het rechtsvoorschrift ten grondslag liggen. “Het moet begrijpelijk zijn”, zo stelt Meijers, “dat de wetgever uitgaande van de behartiging van het algemeen welzijn tot het beginsel gekomen is. Om dus een reductie tot stand te brengen, is niet alleen kennis der wetsvoorschriften noodzakelijk, maar bovendien van maatschappelijke toestanden en krachten, die daar werkzaam zijn”.²⁶

Samenvattend bestaat de rechtsvindingstheorie van Meijers uit twee geschaakelde syllogismen waarvan de rechtsregel het scharnier is. De regel vormt ofwel de *maior* van een syllogisme waaruit de beslissing als conclusie volgt (deductie), of hij is de conclusie van een syllogisme op grond waarvan de achterliggende beginselen en belangen volgen (reductie). De figuur van de reductie opent voor de rechter de weg naar de inhoudelijke overwegingen die aan een (stelsel van) rechtsregel(s) ten grondslag liggen, zonder dat het strikte syllogistisch kader behoeft te worden verlaten.

Ten derde male luidt de conclusie dat van de regels van de logica op *zichzelf* niets moet worden verwacht. De dogmatische rechtswetenschap, zo rondt Meijers de beschouwing af, is voor de *inhoudelijke* ontwikkeling van het recht van geen enkele betekenis: zij is een ‘woekerplant’,²⁷ uitsluitend een analyse waardig voorzover zij aan haar uitroeiing bijdraagt. Het dogmaticide van Meijers is het gebruik van heldere en scherp omlijnde begrippen. Als de begrippen helder zijn, zo is de gedachte, kan het syllogisme feilloos worden ingezet, al brengt die inzet op zichzelf genomen inhoudelijk niets voort. De

22 Meijers 1903, p. 123.

23 Meijers 1903, p. 123-124 en p. 162.

24 Het onderscheid tussen wetsuitlegging en vrije rechtsvinding keert terug in Meijers’ oratie, in: *Verzamelde Privaatrechtelijke Opstellen I*, Leiden: Universitaire Pers 1954, p. 3.

25 Zie in samenvattende zin, Meijers 1903, p. 189.

26 Meijers 1903, p. 188.

27 Meijers 1903, p. 202.

formulering en classificatie van begrippen in een algemene rechtsleer is volgens Meijers de taak van de rechtswetenschap.²⁸

Wat het proefschrift van Meijers een onverwachte wending geeft is dat de centrale vraag al wordt beantwoord voordat het onderzoek goed en wel op gang komt. Syllogistisch redeneren is noodzakelijk én onvoldoende: dit is van het betoog de conclusie én het punt van uitgang. Dat maakt het mogelijk om een kwestie die uit het betoog *voortvloeit* van meet af aan in het onderzoek te betrekken: ruimte maken voor inhoudelijke overwegingen zonder het syllogisme te verlaten.²⁹ De uitvoerige aandacht die Meijers aan deze kwestie besteedt, maakt het proefschrift tot een programmatisch boek: voor de wetgever (kennis van maatschappelijke behoeften en omstandigheden gebruiken als premissen van een syllogisme waaruit de wenselijkheid van een rechtsregel als conclusie volgt),³⁰ voor de rechter (reductie naar onder het rechtsvoorschrift liggende rechtsbeginselen en rechtsbelangen),³¹ en voor de rechtsgeleerde (het ontwerpen van een algemene rechtsleer).³²

2.3 FILOSOFISCHE ANTECEDENTEN

Meijers zet zich in zijn proefschrift uitdrukkelijk af tegen de benadering van Jhering die “zeer hoffelijk voor de filosofen de deur heeft gesloten”.³³ Dat Meijers de filosofen weer in huis toelaat, met name de logicus Sigwart,³⁴ is van invloed geweest op zijn opvatting over de methodologie en wijze van begripsvorming in het civiele recht.

Het werk van Sigwart (1830-1904) heeft in de geschiedenis van de logica geen diepe sporen getrokken.³⁵ Vanwege de verbinding die hij legt tussen logische analyse en de behandeling van ethische vragen is niettemin een aantal juristen waaronder Meijers door zijn werk beïnvloed.³⁶

28 Meijers 1903, p. 203.

29 Dit blijkt ook hieruit dat het eerste hoofdstuk over begripsvorming gaat terwijl dit de *consequentie* van het betoog zal blijken te zijn.

30 Meijers 1903, hoofdstuk IV, p. 90-105.

31 Meijers 1903, hoofdstuk V-VII, p. 106-189.

32 Meijers 1903, hoofdstuk I en VIII, p. 23-44 en p. 190-203.

33 Meijers 1903, p. 18.

34 C. Sigwart, *Logik, Erster Band: die Lehre vom Urteil, vom Begriff und vom Schluss*, Tübingen: Verlag von J.C.B. Mohr 1904a (1^e Aufl. 1873); C. Sigwart, *Logik, Zweiter Band: die Methodenlehre*, Tübingen: Verlag von J.C.B. Mohr 1904b (1^e Aufl. 1878).

35 Hij ontbreekt bijvoorbeeld in Stammers geschiedenis van de logica van de negentiende eeuw in Duitsland, G. Stammler, *Deutsche Logikarbeit seit Hegels Tod*, Berlin: Verlag für Staatswissenschaft und Geschichte 1936.

36 Aldus ook H. Maier in een voorwoord bij de derde editie van Sigwarts logica, Sigwart 1904a, p. xi. Zie ook de ethische beschouwingen onder de titel ‘Die methodischen Principien der Ethik’ die sterk verwant zijn aan de opvattingen van Meijers, Sigwart 1904b.

Sigwart omschrijft zijn logisch project als volgt:

“Die allgemeine Aufgabe der Methodenlehre ist Anweisung zu dem Verfahren zu geben, mittels dessen von einem gegebenen Zustande unseres Vorstellens und Wissens aus durch Anwendung der uns von Natur zu Gebote stehenden Denktätigkeiten der Zweck, den das menschliche Denken sich setzt, in vollkommener Weise, also durch vollkommen bestimmte Begriffe und vollkommen begründete Urteile erreicht werden könne”.³⁷

Afgezien van de negentiende eeuwse kleuring is helder waar het in deze passage om te doen is. De methodeleer moet aanwijzingen geven hoe men (i) vanuit een gegeven toestand van het denken en de voorstellingen (ii) met behulp van scherp omlijnde begrippen en (iii) gegronde oordelen tot (iv) algemeen geldige uitspraken kan komen.

De eerste fase van de werkzaamheden is de onzuivere en vage voorstellingen van alledag te ‘bewerken’ tot scherp omlijnde, ‘zuivere’ begrippen. Sigwart wil “also die Forderungen untersuchen, welche darin enthalten sind, dass unsere Vorstellungen *Begriffe* sein sollen”.³⁸ De term ‘begrip’ houdt een kwaliteitsoordeel in: het zijn voorstellingen die volkomen duidelijk en scherp omlijnd zijn.³⁹ Het eerste deel van zijn logica is aan deze ‘omwerking van voorstellingen tot begrippen’ gewijd; het tweede deel handelt over de wijze van redeneren met behulp van de aldus verkregen begrippen.⁴⁰ Beide delen worden in tal van gedetailleerde logische operaties uitgewerkt.

Zowel wat betreft de algemene indeling als op detailniveau is de invloed van Sigwart op Meijers significant. De indeling van het proefschrift in twee afdelingen loopt parallel aan die van Sigwart: een korte afdeling over de vorming van (rechts)begrippen⁴¹ en een uitgebreide afdeling over de oordeelsvorming.⁴²

In de eerste afdeling blijken wederom punten van overeenstemming. Meijers neemt als uitgangspunt onduidelijke voorstellingen die vervolgens moeten worden bewerkt tot begrippen. De term ‘begrip’ reserveert hij, gelijk Sigwart, voor “heldere, en scherp omlijnde voorstellingen”.⁴³ De omvorming van onduidelijke voorstellingen tot heldere begrippen ziet Meijers als de taak van de rechtswetenschap. “[H]et ideaal van iedere rechtswetenschap”, zo formuleert hij, “blijft toch steeds de onduidelijke voorstellingen te verwijderen, slechts voor begrippen plaats te laten.”⁴⁴ Hiermee doelt hij niet op de elimina-

37 Sigwart 1904b, p. 3.

38 Sigwart 1904a, p. 323, cursivering in origineel.

39 Sigwart 1904a, p. 323 en p. 324-390.

40 Sigwart 1904a, p. 323-324.

41 Meijers 1903, p. 21-45.

42 Meijers 1903, p. 45-203.

43 Meijers 1903, p. 24.

44 Meijers 1903, p. 28.

tie van onduidelijke voorstellingen waardoor de begrippen vanzelf overblijven, maar op de *bewerking* van voorstellingen tot begrippen: het is een eliminatie 'naar boven'. Zo zijn de voorstellingen van 'schuld' en 'belediging' in het dagelijks leven vaag en weinig precies; het is de wetenschappelijke bearbeiding van deze voorstellingen die hen tot begrippen kan maken.⁴⁵ Het onderscheid tussen voorstelling en begrip waarmee het proefschrift opent heeft dus geen voorbereidend karakter in afwachting van het eigenlijke betoog maar beoogt van meet af aan de taak van de rechtswetenschap duidelijk te maken.⁴⁶ Ook op detailniveau is Sigwarts invloed onmiskenbaar. Bij de formulering van het syllogisme, de deductie en de reductie sluit Meijers nauw bij de beschouwingen van Sigwart aan.

Er is één kwestie waar de receptie van Sigwart niet geheel zuiver verloopt, althans waar mogelijke verwarring op de loer ligt. In het proefschrift van Meijers worden de deductie en reductie als spiegelbeeldige logische figuren neergezet. Dat versluiert het gegeven dat de reductie voor Sigwart een heuristische rol vervult. Met nadruk wijst hij erop dat "die Reduktion einer der Wege ist, auf welchem Hypothesen entstehen (...), dass sie also als *heuristische Verfahren für Aufstellung Fragen* Wert hat".⁴⁷

Door via het syllogisme naar onderliggende overwegingen te reduceren, komt men bij hypothesen, vragen en invalshoeken die vervolgens nog op bruikbaarheid moeten worden getoetst.⁴⁸ De dwingendheid van het syllogisme werkt dus maar in één richting: *top down* en niet *bottom up*. Overigens ontkent Meijers het heuristisch karakter van het reduceren niet; het passeert terloops in door hem gegeven voorbeelden de revue zonder dat hij het met zoveel woorden aan de orde stelt.⁴⁹

Ten overvloede merk ik op dat het bekende 'normale type' van Meijers niet van Sigwart afkomstig is.⁵⁰ Anders dan wel wordt aangenomen lijkt mij een beïnvloeding door de 'familiegelijkenis' van Wittgenstein onwaarschijnlijk. Als al van enige invloed sprake is, dan moet zij worden gezocht in het werk van de jurist en socioloog Max Weber. In zijn studie *Wirtschaft und Gesellschaft* uit 1921, wijst hij op het feit dat de werkelijkheid van verschijnselen zeer gevarieerd is, niet alleen vanwege graduele onderscheidingen binnen een kwalitatief eenvormig verschijnsel, doch belangrijker ook door verschijnselen die kwalitatief heterogeen zijn.⁵¹ Met behulp van de ideaaltypen (*Idealtypen*)

45 Meijers 1903, p. 26-27.

46 Voor de achtergrond hiervan, zie par. 2.

47 Sigwart 1904b, p. 295-296, cursivering in origineel.

48 Sigwart 1904b, p. 295-296.

49 Meijers 1903, p. 169-173.

50 E.M. Meijers, *De Algemene Begrippen van het Burgerlijk Recht*, Leiden: Universitaire Pers 1948, p. 31.

51 M. Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft, Grundrisse der verstehenden Soziologie*, Tübingen: Mohr 1980 (1^e Aufl. 1921), p. 10. Terzijde merk ik op dat is verdedigd dat de introductie van het ideale en normale type door Weber in samenhang moet worden gezien met zijn juridische

tracht hij deze verschijnselen zo zuiver mogelijk te treffen, al zal die zuivere vorm niet in de werkelijkheid voorkomen. Daarnaast onderscheidt Weber de normale typen (*Durchschnittstypen*) die het bewuste verschijnsel beschrijft zoals het doorgaans wordt aangetroffen. Meijers lijkt nu het woord 'normale type' aan Weber te hebben ontleend, maar met een inhoud die verwant is aan het ideaaltipe.

2.4 DE MODERNITEIT VAN MEIJERS' RECHTSTHEORIE

Het proefschrift van Meijers is onderschat. De hiervoor gegeven analyse brengt mij tot de volgende (her)waardering. Het boek is van *historisch* belang vanwege Meijers' verhouding tot Scholten, het is van *systematisch* belang vanwege de gedachte dat een rechtsregel het resultaat is van een redenering, het is van *methodisch* belang vanwege de wettelijke richtlijnen voor de vaststelling van de eisen van redelijkheid en billijkheid (art. 3:12 BW).

De literatuur over de verhouding van Meijers tot Scholten kenmerkt zich door misverstand en strijd.⁵² De oorzaak ligt voor een deel bij Meijers zelf. Dat hij het syllogisme centraal stelt terwijl hij in feite naar zijn inhoudelijke verrijking zoekt,⁵³ dat hij naar de logische figuur van de reductie grijpt zonder het heuristisch karakter daarvan te beklemtonen,⁵⁴ dat hij ten slotte zijn boek een titel meegeeft die door de inhoud wordt gelogenstraft:⁵⁵ het werkt alles een juiste receptie niet in de hand. Wat betreft de titel: zo de vlag de lading moet dekken, zou 'pragmatische rechtswetenschap' een betere benaming zijn.

Afgezien van deze strategische zaken, en afgezien van het stylistische onderscheid tussen Meijers en Scholten, ligt de materiële kwestie die hen onderscheidt op ander terrein dan doorgaans wordt aangenomen. De gangbare voorstelling is dat Meijers syllogistisch redeneert in een gesloten rechtssysteem en Scholten zich vrij beweegt in een open rechtssysteem. Met de bovenstaande analyse heb ik getracht aan te tonen dat het syllogistisch kader waaraan Meijers inderdaad vasthoudt, niets afdoet aan zijn 'hang naar materie' en dat de bijzondere kwaliteit van het proefschrift juist is gelegen in het creëren van

achtergrond, zie S.P. Turner and Regis A. Factor, *Max Weber, The Lawyer as Social Thinker*, London, New York: Routledge 1994, p. 119-135.

52 Zie o.a. J. van Dunné, *Normatieve uitleg van rechtshandelingen*, diss. Leiden, Deventer: Kluwer 1971, p. 440; J.H. Nieuwenhuis, *Drie beginselen van contractenrecht*, diss. Leiden, Deventer: Kluwer 1979, p. 20; H. Drion, 'Scholten en Meijers: een tegenstelling?', *WPNR* 5314 (1975), p. 520-525; H.C.F. Schoordijk, 'Iets over de ontwikkeling van het burgerlijk recht in wetenschap en praktijk in deze eeuw tot ongeveer 1960', *WPNR* 5885 (1988), p. 495-501; W.L. Valk, 'Recht een billijkheid De zin en de legitimiteit van het voorlopige rechtsoordeel', in: *Als een goed huisvader, opstellen aangeboden aan J.H. Nieuwenhuis*, Deventer: Kluwer 1992, p. 47-48.

53 Zie par. 2.2.

54 Zie par. 2.3.

55 Zie par. 2.2.

ruimte voor materiële overwegingen zonder het syllogistisch kader te verlaten.⁵⁶ Deze inhoudelijke focus van Meijers maakt het verschil met Scholten minder groot dan wel wordt aangenomen. En dat geldt ook voor de betekenis van de logica voor de rechtsvinding. “De vraag moet (...) gesteld worden”, zo formuleert Scholten na een inventarisatie van problemen rond syllogistische regeltoepassing in de eerste paragraaf van zijn *Algemeen Deel*, “of het logische procédé van het syllogisme ons wel afdoende helpt”.⁵⁷ Beide rechtsgeleerden werden door deze vraag geïntrigeerd en *beiden* hebben haar ontkennend beantwoord. Dat bracht ieder van hen op een weg die ogenschijnlijk sterk verschilt. Omdat echter het ‘reduceren’ naar rechtsbeginselen en belangen een heuristische activiteit is,⁵⁸ zijn ook hier de verschillen kleiner dan op het eerste gezicht lijkt. Als Scholten uiteindelijk tot de slotsom komt: “Er is in *iedere* rechtsvinding logische arbeid, gebondenheid aan gegevens; er is ook altijd vrijheid.”,⁵⁹ dan is dit geheel in overeenstemming met de strekking van de beschouwingen van Meijers.

De echte breuklijn tussen Meijers en Scholten tekent zich af op filosofisch vlak. Ik noemde reeds dat Meijers bij de vorming van recht een beroep op ‘onmiddellijke gegevens’ noemt het geweten, geloof, gevoel, verstand resoluut van de hand wijst. Recht is voor hem het resultaat van een redenering. Op dit punt is het verschil met Scholten afgrondelijk. Scholten zoekt uiteindelijk steun in het geweten;⁶⁰ in laatste instantie gaat het hem niet om een redenering maar om een (geloofs)overtuiging.

Dit verschil in uitgangspunt maakt het proefschrift van Meijers vanuit systematische optiek tot een uitzonderlijk boek. Recht is het resultaat van een redenering. Hiermee doelt Meijers niet alleen op het statische, logische verband tussen haar onderdelen, maar ook op het actief *voeren* van een redenering. Illustratief voor de positie van Meijers is dat hij op een bepaald moment in het betoog een in de logica gebruikelijke indeling van de stof afwijst met het argument dat de logica slechts de redenering ‘in ruste’ tot voorwerp van studie heeft,⁶¹ daarmee suggererend dat de rechtswetenschap een actieve vorm van redeneren behelst. In dezelfde lijn ligt het aanbrengen van een onderscheid tussen oordeelsvorming als *werkzaamheid* het redeneren op zichzelf en de

56 Zie par. 2.2. Over de samenhang tussen legisme en vrijheid zie J.H.A. Lokin, ‘De plaats van Meijers in de legistische traditie’, in: *Rechtsvinding onder het NBW; Een Groningse kijk op het vermogensrecht*, Groningen: Chimaira 1992.

57 Asser/Scholten 1974, p. 6.

58 Zie par. 3; vgl. J.H. Nieuwenhuis, ‘Legitimatatie en heuristiek van het rechterlijk oordeel’, *RM Themis*, 1976, p. 494-515.

59 Asser/Scholten 1974, p. 76, cursivering van mij, LR.

60 Asser/Scholten 1974, p. 134-135.

61 Meijers 1903, p. 19; Het woord ‘redenering’ is ambigue op een wijze die voor de civilist niet onbekend is: de term ‘overeenkomst’ en ‘ondertekening’ vertonen eenzelfde vorm van ambiguïteit. Asser/Hartkamp 4-II, 2001, nr. 8; Max Black noemt deze vorm de *process-product-ambiguity*; zie met instemming W.O. Quine, *Words and Objects*, Cambridge (Massachusetts): MIT Press 1964, p. 130.

uitkomst daarvan.⁶² Recht is het resultaat van (het actief voeren van) een redenering. Hier klinkt in andere bewoordingen wat vele jaren later, onder invloed van moderne discours Theorieën,⁶³ zou heten: “recht is een discursieve grootheid, dit wil zeggen het altijd voorlopige resultaat van een proces van meningsvorming en overtuiging”.⁶⁴ Met deze omschrijving van recht en zijn rigoureuze afwijziging van boven- of buitenrechtelijke criteria, treedt Vranken onmiskenbaar in de voetsporen van Meijers.⁶⁵ Laat ik de bevindingen zo samenvatten: niet Scholtens *Algemeen Deel* maar het proefschrift van Meijers markeert het begin van de Nederlandse moderne rechtsvindingstheorie.

Ten slotte is het boek ook van methodisch belang. De drie elementen waarop de methode van Meijers is gebaseerd beginselen, belangen en rechts-overtuigingen keren in art. 7 van het Voorlopig Ontwerp uit 1954 terug en zijn thans in art. 3:12 BW wettelijk verankerd. Dit artikel, dat de richtlijnen bevat voor de vaststelling van de eisen van redelijkheid en billijkheid, vormt in feite een bondige samenvatting van de rechtsvindingstheorie van Meijers. Dat roept de vraag op in hoeverre deze theorie bij de methodische aanpak van art. 3:12 BW behulpzaam kan zijn. In ieder geval moet worden vastgesteld dat het heuristisch karakter van wat bij Meijers het reduceren naar onder het wetsvoorschrift gelegen beginselen en belangen heet, verwant is aan meer recente rechtsvindings Theorieën.⁶⁶ Het verlangen naar verheldering geldt tenslotte vooral de derde richtlijn. Hoe een (rechts)overtuiging verbonden kan zijn met een *gevolgtrekking* vergt een uitvoerige, hierna te voeren, argumentatie. Ook dát is uitvloeisel van het moderne uitgangspunt van Meijers: alleen een redenering kan overtuigen.

62 Meijers 1903, p. 14. *Ad passim* blijkt dat Meijers dit onderscheid niet alleen *maakt* maar het ook *betracht*.

63 Zie uitvoerig over de discours Theorie par. 3.1.

64 Asser/Vranken, nr. 105. Het is interessant dat het hiervoor gesignaleerde verschil tussen Meijers en Scholten naar aanleiding van de verschijning van het *Algemeen Deel* van Vranken opnieuw voorwerp van debat is, zie: J.H. Nieuwenhuis, ‘Een discursieve grootheid’, *NJB* 1995, afl. 38, p. 1387-1388 en de reactie hierop van H.J. Snijders, ‘Recensie Asser-Vranken en de congresbundel Rechtsvinding’, *NTBR*, 1996/8, p. 215.

65 Ik wijs evenwel op een belangrijk verschil met discoursdenkers als Alexy en Habermas. De kritiek van Meijers op Kant kan ook tegen deze discoursdenkers worden uitgespeeld omdat ook zij slechts formele regels opstellen voor het juridisch debat. Anders gezegd: deze regels vormen wel de noodzakelijk voorwaarden voor het juridisch debat maar niet voor het *juridisch*-zijn van dat debat: ook hier ontstaat een hang naar materie. Zie voorts par. 3.2.4 en 3.2.5.

66 Zie onder meer G.J. Wiarda, *Drie typen van rechtsvinding*, bewerkt door T. Koopmans, 4^e druk, Zwolle 1999; de deductie past bij Wiarda’s eerste type van rechtsvinding; de reductie is verwant aan het tweede en derde type. Zie ook Drion 1975, p. 523; Nieuwenhuis 1976, p. 494-515.

2.5 EVALUATIE

Meijers heeft als eerste in Nederland de in zijn tijd gangbare, op Kant geïnspireerde werkwijze van zich afgeschud en de rechtsvinding op nieuwe leest geschoeid. Het bestaan van boven- of buitengerechtelijke criteria werd door hem rigoureuus van de hand gewezen. Recht is het resultaat van het actief voeren van redeneringen. De inhoud van deze redenering ontleent hij onder meer aan beginselen en belangen die aan de wet ten grondslag liggen. Terwijl Scholten uiteindelijk de basis van het recht zoekt in het geweten, kiest Meijers voor een controleerbare gedachtevorming op grond van concrete gegevens. Omdat het recht buiten een (juridische) argumentatie geen bestaansrecht heeft, ligt het accent bij Meijers op coherentie, systematiek en argumentatieve helderheid. In een later stadium van het betoog wordt deze benadering nader uitgewerkt door het begrip 'coherentie' op te vatten als een systeemeis met een progressief karakter.⁶⁷ De aandacht zal zich eerst richten op de kwestie hoe rechtsovertuigenen het resultaat kunnen zijn van het actief voeren van redeneringen.

⁶⁷ Zie par. 5.3.

3 | Regelisme, regelmatisme en de sfeer van het normatieve

3.1 INLEIDING

Meijers is een syllogist met een hang naar materie. De formele redewetten van Kant worden door hem met een laconiek gebaar terzijde geschoven. In het vorige hoofdstuk werd aangetoond dat de breuklijn tussen Kant en Meijers zich aftekent in het onderscheid tussen logische regels (noodzakelijk en formeel) en ethische regels (inhoudelijk en praktisch). Logische regels zien op de werking van het verstand: *hoe* men denkt, niet *wat* men denkt. Voor de vaststelling van de normen van ethisch en maatschappelijk gedrag zijn, naar het oordeel van Meijers, logische regels weliswaar noodzakelijk maar onvoldoende.

In dit hoofdstuk wordt de sfeer van het normatieve nader onderzocht. In de eerste plaats komt een moderne variant van het Kantiaanse formalisme aan bod (3.2). Habermas en, op juridisch gebied, Alexy hebben getracht om Kants formalisme om te bouwen tot een *procedureel* formalisme. In hun zogenoemde 'discourstheorie' garandeert de juistheid van de procedure de juistheid van het resultaat daarvan. Ook voor hen zijn het ware woorden: recht is het resultaat van een redenering. Of de bezwaren van Meijers ook hier doel treffen, zal door onderzoek moeten worden vastgesteld. Vervolgens richt het vizier zich op de, met het formalisme samenhangende, gedachte dat een norm de vorm heeft van een regel (3.3). Dit zogenaamde 'regelisme' is op juridisch gebied dominant en verleent aan de problematiek van vage rechtsnormen haar bijzondere en problematische positie. Het onderzoek richt zich in het bijzonder op de oorsprong van deze gedachte en de kwestie in hoeverre zij het debat over vage normen heeft beheerst. Ten slotte komt het regelmatisme aan de orde (3.4). Dit betreft het idee dat regelmatige gedragspatronen van belang zijn voor de sfeer van het normatieve. De analyse richt zich eerst op de benadering van Nacneil waarin uit feitelijke gedragspatronen normen voor toekomstig gedrag worden afgeleid. Vervolgens komen de kritische beschouwingen van Kennedy aan bod. Hij ontdekt in feitelijke gedragspatronen van rechters een (politieke) vooringenomenheid die het objectieve bestaan van een normstelsel irrelevant maakt.

Een evaluatie zal tot de conclusie voeren dat het formalisme, het regelisme en het regelmatisme alle de sfeer van het normatieve *inperken* waardoor geen inzicht in de werking van vage normen kan worden verkregen (3.5). Uit dit negatieve oordeel worden vervolgens spiegelbeeldig de randvoorwaarden

afgeleid waaraan een andere, in het volgende hoofdstuk te ontwerpen, visie op de sfeer van het normatieve waarin theoretisch ruimte voor vage normen is ingebouwd moet voldoen.

3.2 HET FORMALISME

3.2.1 Inleiding

Die Sonne, die Sonne – sie scheint allgemein. In de *Kindertotenlieder* van Mahler schijnt de zon voor alles en allen.¹ Ook de ethiek van Kant en Habermas zijn doordrongen van het verlangen naar een onbegrensde reikwijdte, al is het niet op romantische maar op logische gronden. De vraag of de procedurele wending die Habermas aan de formele ethiek geeft méér ruimte biedt aan materiële overwegingen dan de Kantiaanse aanpak toestaat, is voorwerp van onderzoek in deze paragraaf. Na een bondige vergelijking van de ethiek van Kant en Habermas (3.2.2) volgt een verkennende schets van de onderneming van laatstgenoemde (3.2.3). Een en ander biedt de achtergrond voor de bespreking van de argumentatietheorie van Alexy die de procedurele benadering naar juridisch vlak heeft uitgewerkt (3.2.4). In een evaluatie wordt ten slotte de waarde van het procedureel formalisme vastgesteld (3.2.5).

3.2.2 Van een monologische naar een dialogische ethiek

Een stoffelijk ding kan niet buiten een ruimte gedacht worden en dus is ruimtelijkheid een noodzakelijk kenmerk van een stoffelijk ding. Het opsporen van de noodzakelijke eigenschappen van verschijnselen door uit te maken of hun tegendeel denkbaar is, is volgens Kant ook op ethisch gebied de geëigende methode.² Dat Kant het verwerven van ‘ruimtelijke’ wetten op één lijn stelt met ethische wetten is geen toeval. In een latere eeuw zou Hare aantonen dat een ethische wet en een ruimtelijke wet, zoals die van causaliteit, overeenkomen in algemene toepasselijkheid.³ Als a causaal is voor b dan moet b *altijd* volgen indien a. Wat in het juridische domein bekend staat als ‘het gelijk behandelen van gelijke gevallen’ heeft in deze visie een natuurlijk equivalent in de ‘behandeling’ van causale relaties.⁴ Dat het verwerven van universele reikwijdte ten koste gaat van inhoudelijke overwegingen is een krachtig

1 G. Mahler, *Kindertotenlieder für eine Singstimme und Orchester auf Gedichte von Friedrich Rückert*, Leipzig: Edition Peters, p. 4-5.

2 par. 2.1.

3 R.M. Hare, *Moral thinking*, Oxford: Clarendon Press, 1981, p. 8 e.v.

4 Vergelijk het categorisch imperatief van Kant met zijn omschrijving van de natuur als het “Dasein der Dinge, sofern es nach allgemeinen Gesetzen bestimmt ist”.

bezwaar dat tegen de formele ethiek kan worden aangevoerd. Een prijs die Meijers te hoog was.

Habermas maakt ten aanzien van het formele uitgangspunt van Kant een vindingrijke manoeuvre. Worden bij Kant de regels voor ethisch handelen in het *eigen* verstand aangetroffen – zijn theorie kan in wezen als een solipsistisch essentialisme worden gekenschetst – Habermas smeedt die monologische basis om tot een dialogische. Regels zijn het resultaat van de uitwisseling van argumenten. Het gaat Habermas niet om een vrijblijvend gedachtenexperiment maar om een ‘kooperative Durchführung der jeweiligen Argumentation’.⁵ Omdat de uitwisseling van argumenten haar beslag krijgt in concrete situaties door concrete gespreksdeelnemers en in het licht van wat Habermas ‘eine intersubjektiv geteilten Überlieferung’ noemt,⁶ verleent hij aan zijn universele ethiek een materiële basis.

Een vergelijking van de ethische basisregels brengt de verschillen tussen Kant en Habermas scherp aan het licht. De meest fundamentele regel uit de ethiek van Kant luidt: “Handel volgens die leefregel waarvan je kunt willen dat het een universele wet is”.⁷ In een bespreking van het werk van Habermas weet McCarthy scherp te formuleren waarom het Habermas te doen is.⁸

“Rather than ascribing as valid to all others any maxim that I can will to be a universal law, I must submit my maxim to all others for purposes of discursively testing its claim to universality. The emphasis is shifted from what each can will without contradiction to be a universal law, to what all can will in agreement to be a universal norm.”

In een kritische bespreking van de discours-theoretici weet Wellmer in nog strakkere bewoordingen het Kantiaanse imperatief tot een dialogisch adagium te herformuleren:⁹

“Act only according to maxims of which *we* are able to will that they should hold as universal laws.”

5 J. Habermas, “Diskursethik – Notizen zu einem Begründungsprogramm” in: *Moralbewußtsein und kommunikatives Handeln*, Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag, 1983, p. 54.

6 Habermas 1983, p. 54.

7 I. Kant, *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, Hamburg: Verlag von Felix Meiner 1965 (1^e Aufl. 1785), p. 3-9.

8 T. McCarthy, *The Critical Discourse of Jürgen Habermas*, Cambridge (Massachusetts): MIT Press, 1978, p. 327. Dit citaat wordt door Habermas met instemming geciteerd, J. Habermas, “Diskursethik – Notizen zu einem Begründungsprogramm” in: *Moralbewußtsein und kommunikatives Handeln*, Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag, 1983, p. 54.

9 A. Wellmer, *The Persistence of Modernity, essays on Aesthetics, Ethics and Postmodernism*, Cambridge (Massachusetts): MIT Press, 1993, p. 154. Deze formulering wijkt overigens enigszins af van die van Habermas.

Habermas weet in het hart van de Kantiaanse ethiek een dialogische wending door te voeren, een werkwijze die de filosofische onderneming van Habermas als zodanig kenmerkt.

3.2.3 De communicatieve rationaliteit

Het werk van Habermas behoort tot de zogenoemde kritische theorie.¹⁰ Zijn hoofdwerk *De theorie van het communicatieve handelen* is zowel uitzonderlijk van omvang als ambitie.¹¹ In twee lijvige delen zoekt hij een oplossing voor de crisis waarin het verlichtingsdenken in de tweede helft van de twintigste eeuw is terechtgekomen. In het werk van Adorno en Horkheimer, waarin als het ware de bron ligt van zijn theorie, is deze crisis ongewoon krachtig tot uitdrukking gekomen.¹²

Adorno en Horkheimer bekritiseren in een complexe en duistere tekst het verlichtingsdenken dat vanaf Kant de westerse (filosofische) traditie heeft gedomineerd en het weliswaar mogelijk maakte om de natuur aan de mens te onderwerpen maar dat tegelijk nieuwe bedreigingen bracht. Het staat geschreven in de beeldende krachttermen die aan de tekst haar stilistische signatuur verlenen: “de volledig verlichte aarde straalt in het teken van het triomferend onheil”.¹³ Het is een analyse met momentum. Kort na de Tweede Wereldoorlog stellen Adorno en Horkheimer de beheersing van de natuur op één lijn met de onderdrukking van de mens. Een onderdrukking die niet ‘toevallig’ voortvloeit uit willekeurig machtsmisbruik maar die aan het verlichtingsdenken inherent is. De bron van het onheil ligt dus uiteindelijk bij Kant. In dit verband is het illustratief dat Kant in het voorwoord van de *Kritiek van de zuivere rede* opmerkt dat de natuurwetenschap pas ‘den Gang einer sicheren

10 De schrijvers van de kritische theorie komen hierin overeen dat zij een Cartesiaanse opvatting van de ratio verwerpen. Over de vraag welke consequenties uit deze verwerping voortvloeien bestaan grote verschillen van opvatting. In de Duitse traditie – de Frankfurter Schule (Adorno en Horkheimer) en Habermas, Apel en Wellmer – wordt getracht een nieuwe vorm van rationaliteit te funderen, in de Franse traditie, waarvan onder meer Foucault en Derrida deel uitmaken, wordt elke funderingsgedachte als zodanig verworpen. Een goed overzicht van de verschillende posities in het debat aan zowel Duitse als Franse zijde biedt D. Couzens Hoy & T. McCarthy, *Critical Theory*, Oxford: Blackwell, 1994.

11 J. Habermas, *Theorie des kommunikativen Handelns, Band I Handlungsrationalität und gesellschaftliche Rationalisierung, Band II Zur Kritik der funktionalistischen Vernunft*, Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag, 1981; voor een bondige Nederlandse inleiding zie J. Keulartz, *De verkeerde wereld van Jürgen Habermas*, Amsterdam/Meppel: Boom, 1992; H. Kunneman, *Habermas' theorie van het communicatieve handelen*, Amsterdam/Meppel: Boom, 1983.

12 M. Horkheimer en T.W. Adorno, *Dialektik der Aufklärung*, Amsterdam: Querido Verlag, 1947; Nederlandse vertaling van M.J. van Nieuwstadt, *Dialectiek van de verlichting*, Nijmegen: Sun, 1987.

13 Adorno 1947, p. 17.

Wissenschaft' ging toen zij zich als rechter en niet als leerling ging gedragen.¹⁴ De natuurwetenschap *onderwerpt* de natuur aan haar vragen en oordelen. De natuur is in letterlijke zin een *Gegenstand*, een onderzoeksobject dat tegenover het subject staat en dat, in de woorden van de zakelijke definitie van het Burgerlijk Wetboek, 'voor menselijke beheersing vatbaar' is.¹⁵ De analyse van Adorno en Horkheimer beoogt inzichtelijk te maken dat in de ontwikkeling van het verlichtingsdenken de mens tot een object wordt *gereduceerd* – een proces dat door hen wordt aangeduid met een aan Lukács ontleende term die de onfortuinlijke situatie van het proletariaat, dat destijds nog geen proleten kende, beeldend kenschetst en die zoveel jaren later verwonderlijk helder maakt hoe doeltreffend onze huidige wetgever zijn zaken weet te regelen: 'verdinglijking'.¹⁶ Uiteindelijk zoekt Adorno een esthetische oplossing voor de gesignaleerde problematiek.¹⁷ Habermas kiest voor dezelfde problematiek een rationele oplossing. Voortbouwend op de analyse van Adorno en Horkheimer ontwikkelt hij een nieuwe vorm van rationeel denken die de bewuste tegenstelling tussen subject en object beoogt te overwinnen: de communicatieve rationaliteit. Onderzoekt Kant in zijn *Kritiek van de zuivere rede* de relatie van de mens tot de natuur,¹⁸ Habermas onderzoekt de verhouding van mens tot mens. Is Kant, juridisch gesproken, in zakelijke verhoudingen geïnteresseerd, Habermas gaat het om 'persoonlijke aanspraken'. Met deze verandering van focus tracht Habermas een paradigmatische verschuiving teweeg te brengen die het faillissement van het verlichtingsdenken moet afwenden.¹⁹ Het belang van de communicatieve rationaliteit wordt door hem als volgt omschreven.²⁰

“Für diese ist nicht die Beziehung des einsamen Subjekts zu etwas in der objektiven Welt, das vorgestellt und manipuliert werden kann, paradigmatisch, sondern die

14 I. Kant, *Kritik der reinen Vernunft*, Hamburg: Felix Meiner Verlag, 1956 (1^e Aufl 1781), Vorrede zur zweiten Auflage, p.14-15; terecht merkt De Boer op dat dit beeld nog niet ver genoeg gaat en het juister is om te zeggen dat de natuur op de pijnbank wordt gelegd, Th. de Boer, *Grondslagen van een kritische psychologie*, Baarn: Ambo, 1980, p. 78.

15 Art. 3:2 BW.

16 G. Lukács, “Die Verdinglichung und das Bewußtsein des Proletariats” in: *Werke*, band 2, Darmstadt: Neuwied, 1968, p. 257-395.

17 T.W. Adorno, *Negative Dialektik, Gesammelte Schriften* 6, Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag 1973. Vergelijk het mooie artikel van Wellmer over deze kwestie, A. Wellmer, “Wahrheit, Schein Versöhnung, Adornos ästhetische Rettung der Modernität” in: *Zur dialektik von Moderne und Postmoderne*, Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag 1985, p. 9-44.

18 Husserl gaat, als een late exponent van Kant, nog een stap verder en verontschuldigt zich ervoor dat hij een boek publiceert terwijl hij het bestaan van de medemens nog niet heeft aangetoond. Het publiceren van boeken getuigt kennelijk van een ontoelaatbare filosofische vooringenomenheid.

19 Habermas is een krachtig tegenstander van de zogenoemde postmoderne denkers waarin de mogelijkheid van het funderen van rationaliteit wordt opgegeven. Vgl. Wellmer 1993, p. 36-94.

20 Habermas 1981, p. 525.

intersubjektive Beziehungen, die sprach- und handlungsfähige Subjekte aufnehmen, wenn sie sich miteinander über etwas verständigen."

Sich miteinander über etwas verständigen – deze alledaagse praktijk van 'communicatief handelen' vormt de sleutel tot een nieuwe rationaliteitstheorie. In het kader van dit betoog, en vooruitlopend op de bespreking van de argumentatietheorie van Alexy, wijs ik op twee centrale elementen daarvan.

In de eerste plaats is er de vooraanstaande positie van de praktijk van het argumenteren. Zoals het woord 'handeling' al aangeeft, gaat het Habermas niet om de formele of inhoudelijke juistheid van argumenten maar om het innemen van (argumentatieve) posities in een concrete gesprekssituatie. Het handelingskarakter komt treffend naar voren uit de titels van twee boeken die hem op dit punt krachtig hebben beïnvloed: *The uses of argument* van Toulmin en *How to do things with words* van Austin.²¹ Argumenteren is handelen. Met het *doen* van een uitspraak wordt volgens Habermas tegelijk een geldingsaanspraak in het leven geroepen: wie spreekt moet ervoor instaan dat zijn uitspraak juist is. Spreken is kortom een handeling die heeft 'te gelden'. In een dialoog zal een gespreksdeelnemer een uitspraak alleen aanvaarden als de spreker in staat is om de daarmee verbonden geldingsaanspraken met argumenten te ondersteunen en eventueel nader op overtuigingskracht te toetsen. Elke (taal)handeling creëert in de visie van Habermas dus een immateriële dimensie van gelding en verantwoordbaarheid. Van dit communicatief handelen moet het strategisch handelen, dat uitsluitend gericht is op het effectief bereiken van doelen, worden onderscheiden.

Dit voert mij tot een tweede element van de communicatietheorie: het streven naar consensus (*Verständigungsorientierung*).²² In een gesprek is een kracht werkzaam die Habermas omschrijft als de 'zwanglos einigenden, konsensstiftenden Kraft argumentativer Rede'.²³ Habermas stelt daarbij als voorwaarde dat op de gespreksdeelnemers geen druk van buiten wordt uitgeoefend en ieder gelijke kansen heeft om aan het gesprek deel te nemen. Om deze verzoenende gedachte op waarde te kunnen schatten is het instructief haar herkomst te achterhalen. Deze is gelegen in het concept van de zogenoemde 'hermeneutische cirkel'. Het is met name Schleiermacher geweest die het belang van de hermeneutische cirkel heeft benadrukt.²⁴ Hij doelt hiermee op het gegeven dat de betekenis van een tekst tot stand komt doordat de lezer heen en weer pendelt tussen delen en gehelen: een dichtregel wordt gelezen – en begrepen – in verhouding tot het gedicht als geheel, het gedicht staat weer in verhouding tot de dichtbundel en de dichtbundel tot het gehele oeuvre

21 S.Toulmin, *The uses of argument*, Cambridge: Cambridge University Press, 1958; J.L. Austin, *How to do Things with Words*, Oxford: Clarendon Press, 1962.

22 Habermas 1981a, p. 385.

23 Habermas 1981a, p. 28.

24 F. Schleiermacher, *Hermeneutik und Kritik*, herausgegeben und eingeleitet von Manfred Frank, Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag, p. 133-165.

van een dichter. Aan deze gedachte, die weliswaar aantoont dat de betekenis van een tekst zich niet zomaar prijsgeeft maar tegelijk niet veel meer behelst dan een zinvol heen en weer bewegen, wordt door Heidegger en Gadamer een materiële wending gegeven.²⁵ Deze wending houdt kortweg in dat bij het begrijpen van een tekst de eigen inhoudelijke opvattingen van de lezer altijd zijn betrokken. Gadamer drukt een en ander zo uit dat de lezing begint met een 'vooordeel' of 'Vorverständnis' ten aanzien van de tekst.²⁶ Een lezer 'begrijpt' de tekst in zekere zin al voordat hij haar begrepen heeft. Dit aanvankelijke begrip – die 'zekere zin' – wordt vervolgens door de voortgaande lezing gecorrigeerd. Het lezen van een tekst beschouwt Gadamer dus als het voortdurend bijstellen en corrigeren van aanvankelijk gewekte 'vooroordelen' en 'voor-projecties'.

"A person who is trying to understand a text is always projecting. He projects a meaning for the text as a whole as soon as some initial meaning emerges in the text. Again, the initial meaning emerges only because he is reading the text with particular expectations in regard to a certain meaning. Working out this fore-conception, which is constantly revised in terms of what emerges as he penetrates into the meaning, is understanding what is there".²⁷

Uiteindelijk voert dit proces tot een versmelting van de 'horizon' van de tekst en de 'horizon' van de lezer. Wat deze analyse inzichtelijk maakt is dat bij het begrijpen van een tekst de lezer een *productieve* rol speelt. De lezer zet zijn eigen vooroordelen 'op het spel'. Die vooroordelen zijn er niet alleen, zij spelen daadwerkelijk mee en oefenen hun materiële invloed uit op de totstandkoming van betekenis. Voor Gadamer is het begrijpen van een tekst daarom telkens een 'anders' begrijpen.²⁸

De analyse kent ook zwakke kanten. Als er zoiets bestaat als horizonversmelting dan moet er ook zoiets bestaan als horizon*distantie*. Men moet volledig geïnformeerd de deur kunnen sluiten. Begrijpen behoeft geen 'begrip'. Voor dit laatste biedt de theorie van Gadamer weinig ruimte. De horizon van

25 Heidegger analyseert het begrijpen van de wereld, Gadamer richt zich, voortbouwend op Heidegger, op het begrijpen van teksten. Ik beperk mij hier tot een bondige bespreking van Gadamer; voor meer uitvoerige analyses, waarin ook de positie van eerstgenoemde aan de orde komt, verwijs ik naar het eerste deel van deze studie.

26 H.G. Gadamer, *Wahrheit und Methode, Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik*, Tübingen" J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1990, met name p. 270-295. Vertaling: Truth and Method, London: The Continuum International Publishing Group, 1994. Nota bene: de paginering in genoemde zesde oplage wijkt af van de eerste druk. Voor een heldere Nederlandse analyse zie Th.C.W. Oudemans, "Gadamer's wijsgerige interpretatieleer" in: *Hermeneutiek – filosofische grondslagen van mens- en cultuurwetenschappen*, Amsterdam: Boom, p. 54-89.

27 Gadamer 1994, p. 267; ik gebruik de Engelse vertaling omdat zij toegankelijker is dan de originele Duitse passage.

28 "Es genügt zu sagen, daß man *anders* versteht, wenn man überhaupt versteht", Gadamer 1990, p. 302 (cursivering in origineel, LR). Voor de reactie van Larenz naar aanleiding van deze opvatting vgl. par 3.3.3.

de tekst is uiteindelijk superieur aan die van de lezer. Hoewel overigens ook Habermas zich van de gesignaleerde asymmetrie distantieert, kan hij op het punt van het streven naar een(s)wording niettemin op één lijn met Gadamer worden gesteld.

De analyse wordt afgerond met twee onzakelijke kanttekeningen. De eerste is dat het lezen van het werk van Habermas na verloop van tijd schematische irritatie wekt. Het onderscheid tussen strategisch en communicatief handelen is op zichzelf al weinig overtuigend,²⁹ het dwingt zelfs Habermas tot groot-schalige herindelingen. Zo viel eerst het gehele juridische discours onder het strategische handelen terwijl het enkele jaren later, weliswaar na zeshonderd-vijftig pagina's welwillende argumentatie,³⁰ wordt overgeplaatst naar het communicatieve kamp. Het is alles symptomatisch voor een indelingsdrang die niet aan het leven is ontleend maar waaraan Habermas het leven onderwerpt. Een tweede kanttekening betreft de gedachte dat elk gesprek op consensus aanstuurt. Voor wie distantie meer nabij is dan versmelting wekt een dergelijke premisse aanvankelijk verwondering, vervolgens ergernis.³¹ Volgens

29 Habermas kadert een en ander zo af: "Eine Erfolgsorientierte Handlung nennen wir *instrumentell*, wenn wir sie unter dem Aspekt der Befolgung technischer Handlungsregeln betrachten und den Wirkungsgrad einer Intervention in einen Zusammenhang von Zuständen und Ereignissen bewerten; *strategisch* nennen wir eine erfolgsorientierte Handlung, wenn wir sie unter dem Aspekt der Befolgung von Regeln rationaler Wahl betrachten und den Wirkungsgrad der Einflußnahme auf die Entscheidungen eines rationalen Gegenspielers bewerten. Instrumentelle Handlungen können mit sozialen Interaktionen verknüpft sein, strategische Handlungen stellen selbst soziale Handlungen dar. Hingegen spreche ich von *kommunikativen* Handlungen, wenn die Handlungspläne der beteiligten Akteure nicht über egozentrische Erfolgskalküle, sondern über Akte der Verständigung koordiniert werden. Im kommunikativen Handeln sind die Beteiligten nicht primär am eigenen Erfolg orientiert; sie verfolgen ihre individuelle Ziele unter der Bedingung, daß sie ihre Handlungspläne auf der Grundlage gemeinsamer Situationsdefinitionen aufeinander abstimmen können. Habermas 1981a, p. 385.

30 J. Habermas, *Faktizität und Geltung, Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag, 1992.

31 In verband met deze kritiek op het concept van de horizonversmelting wijs ik in de marge van de voetnoot op een interessant voorval van eigen bodem. In het proefschrift van De Boer over de ontwikkelingsgang in het denken van Husserls – vergelijk par. 3.4.3 – maakt hij de volgende opmerking: "Slechts bij wijze van hoge uitzondering zullen wij een kritische kanttekening maken en verder Husserls advies volgen niet met de gids over de juistheid van de weg te twisten zolang we nog onderweg zijn". In de feestbundel ter gelegenheid van de zestigste verjaardag van De Boer merkt Philipse naar aanleiding van deze passage treffend op: "De maxime van volgzzaamheid stelt degene die haar toepast voor een cruciale vraag: *hoe lang is men eigenlijk onderweg?*" Philipse wijst hiermee op een interessante spanning tussen een welwillende lezing van een tekst en het komen tot een kritische distantie. Interessant is eveneens de suggestie die Philipse maakt over de persoonlijke achtergrond van genoemde volgzzaamheid: "Werd de gewetensvolle exegese van Husserls oeuvre voorbereid door eeuwen lang protestants uitpluizen van een onaantastbare tekst?". Dit is in feite ook de situatie bij Gadamer: de traditie neemt in zijn theorie de overhand vanwege Gadamers eigen bewondering en respect voor grote teksten. Th. de Boer, *Ontwikkelingsgang in het denken van Husserl*, Assen: Van Gorcum, 1966, p. xix; H. Philipse, "Natura-

Habermas is het niet mogelijk om een gesprek met ruzie te beëindigen terwijl een ieder weet dat dergelijke gesprekken tot de meest verhelderende behoren. Het werk van Habermas wordt samenvattend enerzijds gekenmerkt door een overmaat aan distinctie, anderzijds door een gebrek aan distantie.

3.2.4 De juridische argumentatietheorie van Alexy

Alexy ontwikkelt zijn juridische argumentatietheorie³² vanuit een klassieke vraagstelling: onder welke voorwaarden is juridisch discours mogelijk? Hoewel dit nergens met zoveel woorden wordt genoemd, loopt zijn onderzoek parallel aan dat van Kant naar de mogelijkheidsvoorwaarden voor de klassieke natuurkunde in de reeds hiervoor genoemde *Kritiek van de zuivere rede*. De inzet is even fundamenteel. Alexy probeert de structuren op te sporen die in juridische argumentaties altijd al worden voorondersteld. Zijn onderzoek resulteert in een canon van fundamentele argumentatieregels.

Het fundamentele karakter van deze regels is hierin gelegen dat zij het juridisch discours *definiëren*. In een eveneens aan Kant ontleende terminologie noemt hij deze regels constitutief, ter onderscheiding van regulatieve regels. Het principiële verschil tussen beide type regels wordt zichtbaar bij een schending van de regels. Als tijdens een schaakspel één van de spelers de pion als looper gebruikt, overtreedt hij een constitutieve regel: hij plaats zich daarmee *buiten* de praktijk van het schaakspel. De tegenspeler zal, vooral als hij aan de winnende hand is, geërgerd uitroepen: "Dit is geen schaak meer!" De gevolgen van de schending van een constitutieve regel is altijd fataal omdat de schender zich buiten de praktijk plaatst die door de regel wordt gedefinieerd. Regulatieve regels zijn van een geheel andere orde: zij geven een nadere regeling van een eenmaal geconstitueerde praktijk, zoals bijvoorbeeld de regels van het openingsspel bij schaak. De overtreder van zo'n regel speelt nog steeds schaak, zij het op een laag niveau.

De discoursregels zijn door Alexy in een zestal groepen ingedeeld. De eerste groep bestaat uit basisregels die de minimale eisen voor de rationaliteit van het discours bevatten; de tweede groep bestaat uit 'redelijkheidsregels' die daarvoor de maximale eisen bevatten. In de derde groep zijn de regels van bewijslast bijeengebracht. De laatste drie groepen bevatten respectievelijk de argumentatieschema's, de rechtvaardigingsregels en overgangsregels (van het ene naar het andere discours). Omdat de eerste drie groepen de kern van Alexy's argumentatiecanon uitmaken, en voor het betoog een goed en voldoende

lisme, idealisme, en de taak van de filosofie" in: *Filosofie aan de grens*, red. H.P. Kunneman en Th. C.W. Oudemans, Assen: Van Gorcum, 1992, p. 1.

32 R. Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation*, Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag, 1983.

de beeld geven van Alexy's theorie, geef ik de eerste groepen van regels hier weer.³³

De basisregels:

- 1.1 Geen enkele spreker mag zichzelf tegenspreken.
- 1.2 Iedere spreker mag alleen datgene beweren wat hij zelf gelooft.
- 1.3 Iedere spreker die een predikaat F aan een object a toekent, moet bereid zijn, F ook toe te kennen aan elk ander object dat in elk relevant opzicht gelijk is aan a.
- 1.4 Verschillende sprekers mogen dezelfde uitdrukking niet in verschillende betekenissen gebruiken.

De redelijkheidsregels:

- 2.1 Iedereen die kan spreken, mag aan discussies deelnemen.
- 2.2 a. Iedereen mag elke bewering problematiseren.
b. Iedereen mag elke bewering in de discussie naar voren brengen.
c. Iedereen mag zijn disposities, wensen of behoeften tot uitdrukking brengen.
- 2.3 Geen enkele spreker mag door een binnen of buiten de discussie heersende dwang worden gehinderd om zijn in (2.1) en (2.2) vastgelegde rechten uit te oefenen.

De argumentatielastregels:

- 3.1 Wie een persoon A anders wil behandelen dan een persoon B is verplicht dit te rechtvaardigen.
- 3.2 Wie een uitspraak of een norm die geen onderwerp van de discussie is aanvalt, moet hiervoor een reden geven.
- 3.3 Wie een argument aanvoert is alleen bij een tegenargument verplicht tot verdere argumentatie.
- 3.4 Wie iets over zijn disposities, wensen of behoeften in de discussie naar voren brengt wat niet als argument op een voorafgaande uiting betrekking heeft, moet op verzoek rechtvaardigen waarom hij dit doet.

Dit stelsel van regels bevat de eisen die aan een rationeel (juridisch) discours gesteld kunnen worden. Om de juistheid van een regel van geldend recht te beoordelen moet worden vastgesteld of in de argumentatieve procedure die aan de totstandkoming van de regel voorafging, genoemde regels in acht zijn genomen. Het is daarbij goed te realiseren dat het discours deze regels vooronderstelt maar dat dit niet impliceert dat elke feitelijke discussie geheel in overeenstemming met deze regels verloopt. De regels gelden volgens Alexy

33 Alexy 1983, de basisregels, p. 234-238; de redelijkheidsregels, p. 238-242; de argumentatielastregels, p. 242-245.

namelijk, met een aan Habermas ontleende term, *contrafactisch*. Dit wil zeggen dat elk juridisch discours deze regels vooronderstelt, maar dat zij tegelijk nog wel in een feitelijke gevoerde argumentatie moeten worden gerealiseerd. Een nadere bepaling van dit complexe begrip valt buiten het kader van het betoog. Ik volsta met op te merken dat dankzij de contrafactischeit het grondlagenonderzoek kan resulteren in een canon van regels die tevens het *kritische instrument* vormt waarmee feitelijke discussies kunnen worden beoordeeld.³⁴

Volgens Alexy krijgt met dit stelsel van regels zijn theorie van het juridische discours op een zo concreet mogelijk niveau gestalte.³⁵ Daarvan onderscheidt hij nog twee andere niveaus. Op het eerste, meest abstracte niveau bevindt zich het algemene idee van praktische rationaliteit; op het tweede, nog steeds vrij globale niveau bevinden zich de principes van rationaliteit zoals consistentie, efficiëntie, controleerbaarheid, coherentie, generaliseerbaarheid en oprechtheid. Op het derde niveau worden deze vage, en vaak conflicterende principes³⁶ uitgewerkt in de hierboven weergegeven canon van argumentatieregels waarin de genoemde principes gemakkelijk zijn te herkennen.³⁷

Zoals gezegd zijn de door Alexy ontworpen regels constitutief van karakter: zij leggen de eisen vast die aan het juridische discours *als zodanig* worden gesteld. Met behulp van deze regels kan worden bepaald wat binnen het discours wel en niet mogelijk is. In de woorden van Alexy: wat 'discursief mogelijk' en 'discursief onmogelijk' is.³⁸ In deze algemeenheid ligt echter tevens een beperking. Als algemene regels omvatten zij weliswaar het gehele juridische discours, zij missen het vermogen om door te dringen tot wat zich binnen het discours afspeelt. Zij zien niet op de *inhoud* en opeenvolging van

34 In dit verband is in Musils *Der Mann ohne Eigenschaften* een verhelderende opmerking te vinden: "De mens weet gewoonlijk niet dat hij moet geloven meer te zijn om dat te kunnen zijn wat hij is." Om te kunnen bestaan, anticipeer je op iets wat je tegelijkertijd veronderstelt. Je leeft als het ware, met een eveneens aan Musil ontleend beeld, op krediet. Dat gebeurt ook in een gesprek. Het discours trekt voortdurend een wissel op de toekomst, zij wordt 'gefinancierd' met geleend geld. Zie nader hierover De Boer 1980, p. 104; R. Musil, *De man zonder eigenschappen*, Amsterdam: Meulenhoff 1988 (Nederlandse vertaling van I. Lesener), p. 693.

35 Aarnio, Alexy en Peczenik, "The foundation of legal reasoning" in: *Rechtstheorie*, Beiheft 21, nr. 2, Dordrecht: Kluwer Academic Publishers, p. 266-267.

36 Het is gangbaar het verschil tussen regels en principes aldus op te vatten: regels bezitten een alles-of-niets karakter, terwijl principes het karakter hebben van meer of minder. Verschillende (tegenstrijdige) principes kunnen derhalve naast elkaar – in een bepaalde 'mengverhouding' – bestaan. Vgl. Alexy, "Zum Begriff des Rechtsprinzips", in: *Recht, Vernunft Diskurs. Studien zur Rechtsphilosophie*, Frankfurt am Main, 1995, p. 177-212; R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Londen: Duckworth, 1987 (1e druk 1977), p. 82-84.

37 Bijvoorbeeld: *consistentie* in regels 1.1 en 1.3; *efficiëntie* in 1.4, 3.2 en 3.4.

38 Alexy 1983, p. 35.

argumentatiestappen. Keer op keer heeft Alexy dan ook benadrukt dat zijn theorie geen beslissingstheorie is, maar een procedurele theorie.³⁹

Niettemin verbindt Alexy aan het volgen van de (procedurele) discoursregels belangrijke consequenties. Als in de *procedure* van de argumentatie de regels in acht worden genomen, kan het inhoudelijke *resultaat* daarvan worden aangemerkt als juist en rationeel.⁴⁰ Het discours geeft dus het criterium voor de rationaliteit en juistheid van het resultaat ervan. Uiteraard heeft Alexy op deze vergaande inhoudelijke consequentie veel kritiek gekregen.⁴¹ Kern van deze kritiek vormt de stelling dat tussen de procedurele en inhoudelijke dimensie van een argumentatie geen noodzakelijke maar een contingente samenhang bestaat.⁴² De juistheid van een normatief standpunt, zo luidt de kritiek, vloeit niet noodzakelijk voort uit de gevolgde procedure, maar heeft te maken met het bestaan van goede redenen. Het weerwoord van Alexy is genuanceerd. Door het begrip 'juistheid'⁴³ te splitsen kan Alexy zijn eigen positie handhaven én de kritiek moeiteloos in zijn theorie opnemen.⁴⁴

De splitsing wordt geïntroduceerd aan de hand van een voorbeeld. Stel dat het resultaat van de door de discoursregels gedefinieerde procedure N én niet-N luidt. Volgens Alexy vereist een *absoluut* procedureel begrip van juistheid dat verder wordt gezocht naar het juiste antwoord; juistheid functioneert dan als regulatief idee, dat wil zeggen: als iets waarnaar gestreefd wordt. Een *relatief* procedureel 'juistheidsbegrip' merkt echter beide resultaten aan als juist en rationeel. Alexy merkt daarbij op dat het relatief begrip van juistheid tamelijk zwak is: er zullen veel normatieve standpunten zijn die als 'discursief juist' kunnen worden aangemerkt. Niettemin is er wat mee gewonnen:

"Die Anwendung der Diskursregeln würde zwar nicht zur Gewißheit in jeder praktischen Frage, wohl aber zu einer erheblichen Reduktion der Bestände an Irrationalität führen".⁴⁵

Ondanks de uitvoerige en heldere argumentatie van Alexy kan zijn theorie per saldo niet overtuigen. Het nadeel dat kleefte aan een metatheorie als die van Alexy is dat zij een fors stuk boven de juridische werkvloer blijft hangen.

39 Alexy 1983, p. 399; R. Alexy, "Die Idee einer proceduralen Theorie der juristischen Argumentation" in: *Rechtstheorie*, Beiheft 2, Dordrecht: Kluwer Academic Publishers, 1981, p. 178 e.v.

40 R. Alexy, "Nachwort: Antwort auf einige Kritiker" in: *Theorie der juristischen Argumentation*, 1991 (tweede druk), Frankfurt: Suhrkamp am Main, p. 400.

41 Met name van E. Tugendhat en O. Weinberger in verscheidene publikaties.

42 O. Weinberger, Logische Analyse als Basis der juristischen Argumentation in: W. Krawietz / R. Alexy (Hg.), *Metatheorie juristischer Argumentation*, Berlin: Duncker & Humblot. 1983, p. 189.

43 In Duitse juridische teksten wordt de term 'waarheid' doorgaans vermeden ten gunste van de meer bescheiden term 'juistheid'.

44 Alexy 1991, p. 410-417.

45 Alexy 1991, p. 416.

De bestudering van zijn theorie laat een hinderlijk gevoel na dat het allemaal voor de praktische argumentatie weinig uitmaakt. Al bevinden de argumentatieregels zich volgens Alexy op het meest concrete niveau, zij lijken de inhoudelijke kwestie waar het in juridische discussies om gaat, niet te raken. Nu is een aantal discoursregels stellig in staat om eventuele 'discoursfouten' weg te zeven. De door Alexy geformuleerde regels kunnen de argumentatie dus *tot op zekere hoogte* controleren. De reden daarvan is dat deze regels wel de noodzakelijke voorwaarden maar niet de voldoende voorwaarden van het juridisch discours bevatten. Zij geven met andere woorden de voorwaarden voor het juridisch discours maar niet voor het *juridisch-zijn* van het discours. Het is goed denkbaar dat binnen het door de discoursregels gedefinieerde kader, een dialoog over de kwaliteit van diepvrieskippen wordt gehouden nu de regels niet reiken tot de inhoudelijke dimensie van het debat.

Niettemin beweert Alexy dat zijn discoursregels inhoudelijke consequenties hebben. Zo heeft de regel van de 'tegenspraakvrijheid' (1.1) aldus Alexy, onmiddellijk betrekking op de kwaliteit van de argumenten en is daarmee dus 'inhoudelijk'. Dit heeft stellig mijn instemming, maar dan wel met de toevoeging: alleen maar aan de buitenkant. Het postulaat indiceert immers wel *dat* er een tegenspraak is, maar niet *wat* die tegenspraak inhoudt. Wat zich binnen de argumentatie inhoudelijk afspeelt vermogen de discoursregels niet onder controle te krijgen. De kracht van de discoursregels ligt dan ook voornamelijk in het vermogen een afgrenzing te geven van wat discursief mogelijk en discursief onmogelijk is. Een *inhoudelijke* controle van de argumentatie ligt buiten hun bereik.

3.2.5 Resultaat

Met een vindingrijke manoeuvre weet Habermas aan de formele ethiek van Kant een procedurele wending te geven. De regels van ethisch en maatschappelijk handelen zijn geen 'gegevens' die in het denken worden aangetroffen, zij zijn het resultaat van een argumentatief proces. Zijn aanpak heeft daarmee een materiële basis gevonden in concrete dialogen die door concrete gespreksdeelnemers worden gevoerd. Alexy werkt deze dialogische aanpak naar juridisch vlak uit door een canon van regels op te stellen die in elk juridisch discours wordt voorondersteld. De beoordeling van de juistheid van een rechtsvoorschrift geschiedt derhalve door een beoordeling van een door deze regels beheerste procedure waaruit het rechtsvoorschrift argumentatief voortvloeit.

In twee opzichten ligt deze benadering op één lijn met die van Meijers: (i) het bestaan van 'natuurlijke gegevens' waaraan rechtskennis kan worden ontleend wordt rigoreus van de hand gewezen ten gunste van (ii) het voeren van redeneringen waarin het rechtsvoorschrift op argumentatieve gronden wordt vastgesteld. Voor beiden is een rechtsvoorschrift het resultaat van een

redenering. Een rechtsregel heeft met andere woorden buiten de sfeer van redeneringen geen bestaansrecht. Het feit dat een redenering soms onjuist kan zijn doet overigens aan deze stellingname niets af omdat een onjuiste redenering door een andere – juiste – redenering moet worden weerlegd. Een argumentatie laat zich dus nooit door niet-argumentatieve gegevens ‘inhalen’.

Tegelijk tekent zich tussen Meijers en Alexy een wezenlijk verschil af. De argumentatieregels van Alexy bezitten niet het vermogen om het juridisch discours inhoudelijk onder controle te krijgen. Zij geven weliswaar de noodzakelijke voorwaarden voor het juridische discours maar niet voor het *juridisch-zijn* van het discours. De kritiek van Meijers op de formele aanpak van Kant is om deze reden gelijkkelijk van toepassing op Habermas en Alexy. De procedurele ethiek van Habermas en de uitwerking daarvan naar juridisch vlak door Alexy geeft niet méér ruimte aan materiële overwegingen dan de Kantiaanse aanpak toestaat. Voor de vaststelling van de normen van ethisch en maatschappelijk gedrag, zo laat de kritiek van Meijers zich herformuleren, zijn de procedurele argumentatieregels van Alexy weliswaar noodzakelijk maar onvoldoende. Een uitsluitend discours-theoretische opvatting van de sfeer van het normatieve wordt daarom verworpen.

3.3 HET REGELISME

3.3.1 Inleiding

Een norm heeft de vorm van een regel. In het zogenoemde ‘regelisme’ is de sfeer van het normatieve uiterlijk herkenbaar.⁴⁶ De vanzelfsprekendheid van deze voorstelling van zaken hangt samen met een gangbare opvatting over de wet als een geheel van voorschriften die navolging behoeft. In deze paragraaf wordt de aanzet gegeven om het comfort van dit vanzelfsprekende te verstoren; later in het betoog zal de kritiek op de logische en temporele prioriteit van een regel – het ‘voorschrijven’ tegenover het ‘navolgen’ – zich tot een constante ontwikkelen.⁴⁷

Het vizier richt zich eerst op de oorsprong van het regelisme (3.3.2). Vervolgens wordt onderzocht in hoeverre het regelisme het debat over vage normen heeft beheerst. Daartoe wordt allereerst de visie van Larenz en Canaris op vage normen besproken (3.3.3), daarna volgens de alternatieve visies van Wellmer (3.3.4) en Weber (3.3.5). Vervolgens wordt het Nederlandse debat

46 De term ‘regelisme’ is ontstaan in contrast met het hiervoor besproken formalisme en het hierna te bespreken regularisme. Ik wijs terzijde op verwantschap met de door Brandom gebruikte ‘regulism’. R.B. Brandom, *Making it explicit*, Reasoning, Representing, and Discursive Commitment, Cambridge: Harvard University Press, 1994, p. 624.

47 Zie onder meer hierna in par. 6.6 waar deze kritiek op het concrete niveau van het wijzigen van overeenkomsten wordt uitgewerkt.

over vage normen op regelistisch gehalte onderzocht (3.3.6). In een evaluatie wordt ten slotte de waarde van het regelisme vastgesteld (3.3.7).

3.3.2 De herkomst van het regelisme

In de prolegomena bij De Groot's *De iure belli ac pacis* worden aan rechten twee kenmerken toegekend: (i) zij bestaan van nature, (ii) zij hebben de vorm van regels. Het uitgangspunt dat rechten vooraf in de vorm van natuurrechtelijke regels gegeven zijn, bracht De Groot tot zijn beschouwingen over het volkenrecht: dat uitgangspunt brengt immers mee dat rechten niet aan de landsgrenzen ophouden te bestaan.⁴⁸ In het vorige hoofdstuk werd reeds in de voetsporen van Meijers de opvatting verdedigd dat het bestaan van dergelijke 'natuurlijke gegevens' moet worden afgewezen. In deze paragraaf gaat de aandacht uit naar het tweede door De Groot genoemde kenmerk: een norm heeft de vorm van een regel. De Groot spreekt consequent van natuurrechtelijke *regels*.⁴⁹ Met instemming citeert hij Euripides, die in zijn *Finicische vrouwen* Polynices laat zeggen: "Dit heb ik zonder omwegen gezegd, moeder, maar daar het steunt op de *regels* van billijkheid en goedheid, is het even klaar voor ongecultiveerden als voor geleerden".⁵⁰ De billijkheid en goedheid bestaan in de vorm van voorafgegeven regels die 'altijd hetzelfde zijn';⁵¹ zij kunnen eenvoudig worden gesystematiseerd en kennis ervan berust op evidentie.⁵²

De theorie van De Groot is door Pufendorf verder ontwikkeld. Het regelkarakter van natuurlijke rechten komt bij hem nog sterker uit de verf. De wil van de mens, meent Pufendorf, is grillig en inconsistent. Er zijn daarom regels nodig die de mens onder controle houden. "For mankind to have achieved order and decency therefore, there must have been some rule to which those wills might conform. (...) This rule is called law".⁵³ Deze regels hebben ook voor Pufendorf een 'natuurlijke' oorsprong. Elke verplichting berust volgens hem op een voorafgegeven natuurrechterlijke regel die door een daartoe bevoegde 'hogere instantie' wordt uitgevaardigd. De constitutie van de mens is voor dergelijke universele regelgeving ontvankelijk: 'he can recognize a prescribed rule'.⁵⁴

48 E. Aster, *Geschichte der Philosophie*, 17e Aufl, Stuttgart: Alfred Kröner Verlag, p. 185.

49 Hugo de Groot, *Het recht van oorlog en vrede*, Prolegomena & Boek I, Baarn: Ambo, 1993, p. 52; zie voorts het voorbeeld van de contractuele gebondenheid, p. 45.

50 De Groot 1993, p. 54; cursivering van mij, LR.

51 De Groot 1993, p. 52.

52 De Groot 1993, p. 52 en 54-55. Zie ook een dergelijke indeling in regels in *Inleidinge tot de Hollandsche Rechtsgeleerdheid*, Arnhem: Gouda Quint, 1993, met aantekeningen van S.J. Fockema Andreae, bewerkt door L.J. van Apeldoorn, m.n. p. 1-3.

53 S. Pufendorf, *On the Duty of Man and Citizen according to Natural Law*, Cambridge: Cambridge University Press, 1991, p. 27; org. *De officio hominis et civis juxta legem naturalem libri duo* (1673).

54 Pufendorf 1991, p. 28.

Deze specifieke bestaansvorm van de sfeer van het normatieve heeft zich sterk verbreid. Dit is niet alleen het gevolg geweest van de invloed van De Groot en Pufendorf, het is met name de filosofie van Kant die deze gedachte heeft versterkt en haar werkingsterrein heeft vergroot. Kant heeft haar versterkt door haar in zijn ethiek een solide basis te geven. Haar werkingsterrein is vergroot – een belangrijker ontwikkeling – door haar voor elke vorm van rationaliteit uit te breiden. Het vaststellen van de juistheid van een oordeel of een gedraging is voor Kant gelijk aan het toepassen van regels op gevallen. Wat handelen en oordelen rationeel maakt is hun *normatieve* karakter. Met verwijzing naar een regel kan een oordeel of een gedraging op juistheid worden beoordeeld.

Kenmerkend voor Kant is dat hij, gelijk aan De Groot, meent dat deze regels in het denken kunnen worden aangetroffen. Dit blijkt reeds uit de formulering van het hiervoor besproken eerste maxime: 'handle nur nach derjenigen Maxime, durch die du zugleich wollen kannst, daß sie ein allgemeines Gesetz werde'.⁵⁵ Door op deze wijze op het spoor te komen waartoe men moreel gehouden is, verkrijgt het normatieve de gedaante van een regel. Het is de *vorm* van de regel die de regel als een 'moreel moeten' herkenbaar maakt. In de volgende passage komt het uitgangspunt helder tot uitdrukking.

"Therefore, either a rational being cannot conceive his subjective practical principles, that is, his maxims, as being at the same time universal laws, or he must suppose that their mere *form*, by which they are fitted for universal legislation, is alone what makes them practical laws".⁵⁶

Alleen de gedaante – de vorm van een regel – maakt de maxime als praktische leefregel geschikt. In de bondige formulering van Brandom: "For Kant, rules are the form of the normative as such".⁵⁷

3.3.3 Het regelistisch gehalte van de methodenleer van Larenz en Canaris

De vraag in hoeverre het regelisme het debat over vage normen beheerst laat zich effectief onderzoeken aan de hand van de methodenleer van Larenz en

55 Kant 1965, p. 42. Dat Kant zijn ethiek uitdrukkelijk in praktische zaken van toepassing acht blijkt uit de volgende passage: "In all moral judgments we ask ourselves: how is this action constituted if it is taken as universal? If the intention of the act is in harmony with itself when it is made into a universal rule, then the act is morally possible; if the intention of the act is not in harmony with itself when it is as universal, then the act is not morally possible", I. Kant, *Gesammelte Schriften*, vol. XXVII (Kants Vorlesungen, vol IV: *Vorlesungen über Moralphilosophie*, Berlin 1979, p. 1276, (in vertaling) ontleend aan Wellmer 1993, p. 125, noot 12.

56 Passage van Kant, ontleend aan Wellmer 1993, p. 125; cursivering van mij, LR.

57 R.B. Brandom, *Making it explicit*, Reasoning, Representing, and Discursive Commitment, Cambridge: Harvard University Press, 1994, p. 624.

Canaris. De problematiek van vage normen komt hierin op vele plaatsen aan de orde. Het leeuwendeel van de methodenleer is in feite aan een gecontroleerde omgang met vage normen gewijd. Niet dat hieraan een thematische keuze ten grondslag ligt. Deze aandacht vloeit voort uit de wetenschapsopvatting die schrijvers huldigen: de rechtswetenschap is een ‘verstehende’ wetenschap zoals zij met name door Gadamer methodisch is vormgegeven en daarin zijn toepassing, concretisering en uitlegging de centrale figuren.⁵⁸ Met deze figuren verwelkomt men het verschijnsel van vaagheid in het hart van het juridisch denken.

Vaagheid wortelt volgens Larenz in een principieel gegeven, waarop de door hem onderscheiden typen van vaagheid – toepassing als zodanig, normaaltypen en *ausfüllungsbedürftige Wertungsmaßstäbe* – alle kunnen worden teruggevoerd. Anders dan Hart, vindt hij dat gegeven niet in de onmogelijkheid om op toekomstige feiten te anticiperen,⁵⁹ maar in de ‘logische’ afstand tussen regel en geval – een verschijnsel dat in Nederland is verbonden met de ‘sprong van Scholten’.⁶⁰ De *single cause approach* van Larenz en Canaris maakt een eenduidige oplossing mogelijk. De methode om de afstand tussen regel en geval te overbruggen is de concretisering.

“Das Hauptproblem für den Normanwender ist nicht die zeitliche Abstand, sondern der Abstand zwischen der notwendigen Allgemeinheit der Norm und der Besonderheit jeder konkreten ‘Falles’. Ihn zu überbrücken oder vielmehr: zu vermitteln, ist die Aufgabe der ‘Konkretisierung’ der Norm”.⁶¹

Kan Larenz zich wat betreft zijn principiële en eenvormige aanpak meten aan Hart, zijn methode is niettemin rijker en gedifferentieerder. De drie onderscheiden vaagheden mogen dan op hetzelfde principiële gegeven worden teruggevoerd, gradueel doen zich aanmerkelijke verschillen voor. Die gradaties zijn zichtbaar aan de mate waarin de concretisering aan het licht treedt. Elke norm behoeft volgens Larenz concretisering, ook een norm van klassieke snit. Zij komt echter meer uit de verf bij de toepassing van normaaltypen. En bij de toepassing van open normen spant zij de kroon:

“Bei der ausfüllungsbedürftigen Maßstäben zeigt sich mit besonderer Deutlichkeit, daß ihre ‘Anwendung’ stets ihre Konkretisierung, d.h. ihre inhaltliche Fortbestimmung verlangt”.⁶²

58 K. Larenz & C.W. Canaris, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 3^e Aufl. Berlin/Heidelberg: Springer, 1995, p. 25-27.

59 Dat gegeven speelt slechts een ondergeschikte rol; het wordt door Larenz besproken bij zijn beschouwingen over het ‘type’. Larenz/Canaris 1995, p. 44.

60 Asser/Scholten, (Algemeen deel), 1974, p. 7-12; H. Drion, “Functies van rechtsregels in het privaatrecht” in: *Speculum Langemijer*, Zwolle 1973, p. 496.

61 Larenz/Canaris 1995, p. 34.

62 Larenz/Canaris 1995, p. 45; in gelijke zin p. 29.

Dat deze gradaties van 'oplopende concretisering' een rijker methodisch instrumentarium met zich meebrengen, heeft te maken met het feit dat de *wijze* van concretisering bij de onderscheiden gradaties verschilt. Een klassieke regel die is samengesteld uit een aantal voldoende of noodzakelijke voorwaarden, wordt door middel van een proces van uitlegging geconcretiseerd. Dat proces verloopt niet op een lineaire of mechanische wijze maar heen en weer pendelend tussen regel en geval; Larenz gebruikt in dit verband de bekende, aan Engelsch ontleende uitdrukking: *das Hin- und Herwandern des Blickes*.⁶³ Aan het andere uiterste van het spectrum staat de vage norm die wordt geconcretiseerd door de vorming van *Fallgruppen*. Het gaat hier om een norm waarin een bepaalde rechtsgedachte is neergelegd die weerbarstig is aan een begripsmatige definitie.⁶⁴ Die gedachte kan met algemeen geaccepteerde voorbeelden – *einleuchtende Beispiele*⁶⁵ – worden verduidelijkt. Deze voorbeelden bieden het aanknopingspunt voor een vergelijking met het voorliggende geval en eerder door de rechter besliste gevallen. In dit netwerk van casuïstiek kunnen *Fallgruppen* worden onderscheiden die zich door dezelfde omstandigheden kenmerken.⁶⁶ Door ten slotte het voorliggende geval bij een gevalstype in te delen bereikt de open norm haar laatste fase van concretisering.⁶⁷ De normen met normaaltypen nemen een tussenpositie in: zij worden geconcretiseerd door aansluiting bij een als 'typisch' omschreven voorbeeld – 'eine exemplarisch gemeinte Typenbeschreibung'. Zij onderscheidt zich van de klassieke rechtsregel omdat de beschrijving geen noodzakelijke of voldoende voorwaarden omvat; zij onderscheidt zich van de (integraal) vage norm omdat het exemplarische voorbeeld in een wettelijke omschrijving is neergelegd.

Wat in de benadering van Larenz de aandacht trekt, is dat de wijzen van concretisering sterk uiteenlopen terwijl zij niettemin door eenzelfde uitgangspunt onder controle worden gehouden. De term 'controle' is niet in metaforische zin bedoeld. Larenz waakt er nauwgezet voor om de gedachte dat een geval wordt beoordeeld aan de hand van een *regel* en het gedrag van justitia-

63 In dit 'Hin- und Herwandern des Blickes' ligt het aanknopingspunt met de hermeneutische cirkel van Schleiermacher en Gadamer, vergelijk par. 3.2.3. Intrigerend is dat de invloed hier wederzijds is. Esser heeft de methodenleer van Gadamer naar juridisch vlak uitgewerkt terwijl Gadamer het juridisch concept van toepassing – de applicatio – op filosofisch vlak uitwerkt. Zowel Kant en Gadamer leggen aan hun filosofie een concept ten grondslag – respectievelijk: het regelkarakter van normen en het concept van de toepassing – dat zij aan juristen hebben ontleend. De invloed die deze filosofen op juristen hebben uitgeoefend kan mede worden verklaard door de invloed van juristen op hén. J. Esser. *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag, 1972.

64 Larenz/Canaris 1995, p. 44-45.

65 Larenz/Canaris 1995, p. 112 en 113.

66 Larenz/Canaris 1995, p. 45 en 113.

67 Larenz/Canaris 1995, p. 114.

belen door *regels* wordt genormeerd,⁶⁸ intact te laten.⁶⁹ Zelfs de toepassing van vage normen tracht hij zoveel mogelijk binnen de klassieke regeltoepassing in te passen door enerzijds te benadrukken het hier gaat om de concretisering van een algemene rechtsgedachte en anderzijds de eis te stellen dat de relevante omstandigheden van het voorliggende geval ‘verallgemeinerungsfähig’⁷⁰ zijn. Zo schept Larenz een zekere afstand tot het voorliggende geval die het toepassen van een regel – het aanleggen van een maatstaf – vereist. Dit verklaart tevens dat in elk van de door hem onderscheiden vaagheden een proces van concretisering zichtbaar is.

Op twee momenten doemt in zijn methodenleer het gevaar op dat dit regelistisch uitgangspunt wordt losgelaten. In de eerste plaats is er de gedachte van Gadamer dat een maatstaf in *é*lk geval *anders* begrepen kan worden, wat betekent dat het regelkarakter goeddeels verloren gaat.⁷¹ In de tweede plaats zijn er de vage normen die zelf het klassieke regelkarakter ontberen. Larenz bouwt zijn methodische beschouwingen geheel op aan de hand van Gadamer, doch ziet zich op het eerste punt genoodzaakt “an der These Gadamer einige Abstriche zu machen”.⁷² Ook wat betreft het tweede punt redeneert hij omzichtig richting een regelistisch perspectief. We volgen hem op beide punten op de voet.

“Der Jurist fragt nach der ‘normativen Verbindlichkeit des zu verstehenden Sinns’, weil er der Norm – met Recht – als den Maßstab betrachtet an dem er den ‘Fall’ zu messen hat. Die Frage ist die, wie das Möglich ist, wenn doch der Maßstab erst im Prozeß seiner ‘Anwendung’ seine letzte inhaltliche Bestimmtheit erlangt. (...) Ein ‘Maßstab’ verlangt, daß er auf alle an ihm zu messende Fälle in gleicher Weise angewandt wird. Das wäre nicht möglich, wenn sein Inhalt, was Gadamer ausdrücklich auch für die juristische Auslegung in Anspruch nimmt, ‘in jedem Augenblick, d.h. in jeder konkreten Situation, neu und anders verstanden werden muß’. Zwar ist es richtig, daß kein Fall einem anderen in jeder Hinsicht gleicht. Soll dennoch der ‘gleiche’ Maßstab angelegt werden, so darf jedenfalls nicht jede Veränderung der Fallkonstellation auch schon eine neue und andere Auslegung des Maßstabes nach sich ziehen. Dann wäre der Gedanke des ‘gleichen Maßes’,

68 In het eerste hoofdstuk van de methodenleer komt de wettelijke regel primair als gedragsnorm aan het licht; gaandeweg verschuift de aandacht naar de wettelijke regel als rechterlijke oordeelsmaatstaf. Doordat de methodenleer vanuit het rechterlijk perspectief is geschreven, komt niet uit de verf of de beschouwingen steeds in gelijke zin gelden voor de regel als gedragsnorm. Omdat beide functies van wettelijke regels in het eerste hoofdstuk op één lijn worden gesteld, als twee zijden van dezelfde medaille, is aannemelijk dat de vaagheid van de beoordelingsmaatstaf eenzelfde vaagheid als gedragsnorm met zich meebrengt.

69 Zie in dit verband zijn afwijziging van de rechtvinding aan de hand van *topoi* of omstandighedencatalogi, Larenz/Canaris 1995, p. 317.

70 Larenz/Canaris 1995, p. 71.

71 Zie voor de achtergrond van deze gedachte par. 3.2.3.

72 Larenz/Canaris 1995, p. 34.

ein Grundelement des 'Gerechtigkeit', reine Illusion. Man wird also an der These Gadamer einige Abstriche machen müssen".⁷³

In het geval van de toepassing van vage normen, wordt een analoge passage aangetroffen:

"Wenn auch kein einzelner Fall dem anderen in jeder Hinsicht gleicht, so gleichen sich doch viele Fälle in bestimmten Zügen und in bestimmten Ausmaß. Da es ein Grundpostulat der Gerechtigkeit ist, 'gleiche Fälle' gleich zu behandeln, so kommt es zunächst darauf an, zu erkennen, welche Umstände in welchem Ausmaß für die hier geforderte Bewertung (nach dem allgemeinen Maßstab) von Bedeutung sind, denn nur und alle solche Fälle, die sich hinsichtlich aller diese Umstände gleichen, sind gleich zu beurteilen.⁷⁴ Damit sich aus der zunächst fallbezogenen Konkretisierung eines Rechtsprinzips oder eines ausfüllungsbedürftigen Maßstabes eine neue Rechtsregel ergibt, muß sie allerdings in dem Sinne verallgemeinerungsfähig sein, daß sie auf gleichliegende oder 'ähnliche' Fälle anwendbar ist. Das ist der Fall, wenn und soweit sie an die 'typische' Züge des jeweils entschiedenen Falles anknüpft".⁷⁵

De passages bezitten een Kantiaanse signatuur: het maxime 'volg de regel waarvan je kunt willen dat het een algemene wet zou zijn' geeft in feite uitdrukking aan het vereiste om gelijke gevallen gelijk te beoordelen. Vanuit het perspectief van de eerste persoon enkelvoud: maak geen uitzondering voor jezelf waar het normatieve zaken betreft.⁷⁶ Dat Larenz ruimte maakt voor een regel is derhalve terug te voeren op het gelijkheidspostulaat dat hij als een grondelement van de gerechtigheid beschouwt.⁷⁷

Al komt het proces van concretisering bij de open norm dramatischer naar voren, het klassieke Kantiaanse kader van regeltoepassing wordt niet verlaten. Tekstueel vindt dit uitdrukking in de toename van het aantal aanhalingstekens: Larenz spreekt van toepassing en 'toepassing', van het syllogisme en het 'syllogisme', van uitlegging en 'uitlegging'. Met de aanhalingstekens geeft hij aan dat deze termen voor de problematiek van vage normen weliswaar niet zuiver zijn, maar intussen verklaart hij hen wel van overeenkomstige toepassing. Het gaat hier niet slechts om een stijlkenmerk; in feite tracht Larenz de werking van vage normen zoveel als mogelijk binnen het klassieke model te assimileren. Dat is gezien zijn regelistisch uitgangspunt verklaarbaar. Voor

73 Larenz/Canaris 1995, p. 34. Larenz zoekt de verklaring van deze aan Gadamer ontleende gedachte aan het feit dat hij historicus is; dan doet zich het 'maatstaf-probleem' niet voor want "er denkt nicht daran, die Gegenwart am Maßstab der Vergangenheit zu messen".

74 Larenz/Canaris 1995, p. 113.

75 Larenz/Canaris 1995, p. 71.

76 Wellmer 1993, p. 125, p. 121.

77 Larenz/Canaris 1995, p. 35. Zie ook: K. Larenz, *Richtiges Recht, grundzüge einer Rechtsethik*, München: Verlag C.H. Beck, 1979, p. 124-130.

de problematiek van vage normen biedt het weinig meer dan een verlegenhedsoplossing – een ‘verklaring’ die geen verklaring is.

Dat een vage norm niet naar klassiek model met een aantal noodzakelijke of voldoende voorwaarden is opgebouwd, maakt het concept van regeltoepassing, ook in de levendige hermeneutische variant daarvan, problematisch.⁷⁸ Het concept veronderstelt immers logischerwijs een regel die in beginsel *anwendungsfähig* is. Het is deze herkenbare ‘vatbaarheid’ voor toepassing die bij vage normen ontbreekt. Larenz kiest in dit verband een behoudende strategie: de vage norm onderscheidt zich gradueel en niet principieel van klassieke normen. Het vereist enige bijzondere aandacht, een wat andere werkwijze, maar verder is het min of meer hetzelfde. Door strikt aan het regelistisch perspectief vast te houden wordt niet zichtbaar dat in de gesignaleerde problematiek een aanknopingspunt ligt voor een principieel andere benadering.

3.3.4 Wellmers alternatieve visie op de regelistische toepassing van normen

De observatie dat morele leefregels – de Kantiaanse maxims – naar hun aard vaag zijn, ligt aan de basis van Wellmers visie. Hij neemt weliswaar niet deel aan het juridisch debat over (vage) normen, maar die afwezigheid maakt zijn analyse niet minder instructief. Een filosoof eigen, bouwt hij zijn beschouwingen op vanuit een dilemma:

“...we are confronted with the dilemma that the more *precise* I describe the type of situation involved, the *smaller* the field of application for such a maxim becomes, and that the more *general* I make my description the more *indeterminate* it becomes”.⁷⁹

78 Het is verrassend dat de specifieke problematiek van de onderscheiden vaagheden bij de meeste schrijvers niet uit de verf kan komen omdat alle vormen van vaagheid op een hermeneutische vaagheid worden teruggevoerd. Zo stelt Habermas ‘*alle geltenden Normen [sind] sozusagen von Haus aus unbestimmt*’, Habermas 1992, p. 258. Zie ook Smits in zijn reactie op Barendrecht: ‘Normen zijn *nooit* scherp omdat zij vaag zijn in hun toepassing’. J.M. Smits, *Het vertrouwensbeginsel en de contractuele gebondenheid: beschouwingen omtrent de dogmatiek van het overeenkomstenrecht*, diss. Leiden 1995, Deventer: Kluwer 1995, p. 66. Hiervoor is aangetoond dat het basale hermeneutische gegeven – de afstand tussen regel en geval – onverlet laat dat tussen diverse vormen van vaagheid kan worden onderscheiden; bijgevolg kan een hermeneutisch proces niet de eenduidige oplossing zijn voor alle vormen van vaagheid. Het punt waarop ik doel is helder onder woorden gebracht door Canaris. Hij stelt dat het feit dat elk woord eerst door een proces van uitlegging betekenis verkrijgt, niet meebrengt dat een letterlijke betekenis ‘hermeneutisch onmogelijk’ is. C.W. Canaris, *Die Bedeutung allgemeiner Auslegungs- und Rechtsfortbildungskriterien im Wechselrecht*, *Juristenzeitung* 1987, p. 543-544. Zie voorts uitvoerig de beschouwingen in het eerste deel van deze studie.

79 Wellmer 1993, p. 128.

Hier wordt in feite geen dilemma beschreven maar een lineair verband. De wens om de uitersten op de linie met elkaar te *verenigen* doet eerst het dilemma ontstaan: een *preciese* regel met een *algemeen* toepassingsgebied. Morele leefregels kenmerken zich nu door het ontbreken van het eerste element waardoor zij ongeschikt zijn voor de beslissing van concrete gevallen.⁸⁰

Deze stand van zaken is volgens Wellmer de achtergrond dat morele controverses niet aan de orde komen in de vorm van regels of conflicterende regels,⁸¹ maar in de vorm van beschrijvingen van feitelijke situaties of typen van feitelijke situaties. “[I]n matters of moral controversy, it is not as a rule the basis moral norms that are at issue, but the description of situations or of types of situation”.⁸² Concluderend oordeelt hij: “we might say that moral demands reside in the concrete circumstances of action”.⁸³ Werd bij Larenz nauwgezet een logische afstand tussen regel en geval in acht genomen; Wellmer meent – met een echo van Scholten – dat de morele normen in de casus liggen: zij ‘resideren’ in de feiten.⁸⁴ Dit is een principieel andere opvatting van een norm dan de gangbare zienswijze wil. In antwoord op die zienswijze stelt Wellmer:

“[T]he moral command to act in a particular way is seen as following from the fact that this way of acting corresponds to a valid norm. By contrast, the view that I am propounding here is that the validity of moral norms only stretches as far as the validity of the moral judgements that can be – not grounded, but – expressed through these norms. The norms themselves carry, so to speak, a situational index which binds them to the situations in which they have their origin”.⁸⁵

Ten opzichte van de opvatting van Larenz kan de positie van Wellmer met twee omkeringen worden gekenschetst: de norm is niet op voorhand gegeven maar vindt eerst in de concrete omstandigheden van het geval uitdrukking (omkering één), en: niet de regel maar het *oordeel* dat door middel van de regel kan worden uitgedrukt, staat centraal (omkering twee). Het is zaak hier voor ogen te houden dat deze omkeringen niet de sfeer van het normatieve inperken maar aan die sfeer een andere bestaansvorm toekennen dan die van op voorhand geformuleerde regels.⁸⁶

Een en ander brengt Wellmer tot de eigenlijke kwestie, het probleem van de toepassing. De opleving van het debat over toepassing in de twintigste eeuwse

80 Wellmer 1993, p. 128.

81 Wellmer schetst bijvoorbeeld een conflict tussen de regel ‘je zult niet liegen’ en ‘ik zal de levens van onschuldige mensen redden’; een dergelijk conflict kan slechts worden uitgevochten met het oog op de concrete omstandigheden van het geval, Wellmer 1993, p. 128-129.

82 Wellmer 1993, p. 129.

83 Wellmer 1993, p. 129.

84 Wellmer 1993, p. 128.

85 Wellmer 1993, p. 204.

86 Vergelijk par. 3.6.

hermeneutiek berust op het aristotelische inzicht dat geen enkele regel zijn eigen toepassing kan regelen.⁸⁷ Deze dwingende eis drijft een even dwingende scheiding tussen de rechtvaardiging en de toepassing van regels en verleent aan de toepassing haar klassieke positie. Wellmer bestrijdt noch het genoemde inzicht noch de onderscheiding die het in zijn kielzog meeneemt, maar beperkt de reikwijdte ervan tot regels van klassieke snit. Voor normen die naar hun aard vaag zijn, en dat geldt voor elke morele leefregel, verliest het zijn gelding. Dat brengt Wellmer tot een principieel ander concept van toepassing.

“If Habermas’ response to this is to say that ‘no norm [contains] the rules of its application’, then this may be true, but it does not justify the separation of the problems of grounding from the problems of application in this case. It seems to me that he is conflating two different problems of application. One of these is the kind of problem that presents itself when prescribed rules, codes of behaviour or norms – such as the norms of penal law – are to be applied to concrete cases, in which case the grounding of norms and the application of norms are two different things: the grounding of the norm (or at least the ‘promulgation’ of it) precedes its application. But precisely because moral consciousness becomes emancipated from the dogmatism of *substantial* prescribed norms (..), the problem of application that emerges for morality is a problem of a *different* kind. This *second* kind of problem of application is concerned with the question of the correct way to bring the ‘moral point of view’ to bear in the case at issue”.⁸⁸

Twee problemen van toepassing: de klassieke toepassing van een voorafgegeven regel en een nieuwe vorm van toepassing die wordt omschreven als de juiste manier om ‘the moral point of view’ in een voorliggende casus tot uitdrukking te brengen. Het is jammer dat Wellmer de methodische implicaties van dit tweede probleem van toepassing niet uitwerkt want het blijft onduidelijk aan de hand van welke werkwijze deze toepassing verloopt.

Het voorstel van Wellmer is niet zonder kritiek gebleven. Interessant is dat de kritiek de beslissende invloed van de omstandigheden van het geval erkent, maar daarvoor een andere oplossing aandraagt. De oplossing van Günther, die een belangrijk deel van zijn beschouwingen aan Wellmer wijdt, is uiterst klassiek: hij voegt aan de regel een *rebus sic stantibus*-clausule toe. Deze clausule, die op civielrechtelijke gebied als ondeugdelijk⁸⁹ en onwetenschappelijk⁹⁰ is verworpen, wordt hier ingezet om aan het primaat van regels

87 Habermas 1992, p. 244.

88 Wellmer 1993, p. 207-208.

89 R. Zimmermann, “Heard melodies are sweet, but those unheard are sweeter...”, *condicio tacita*, implied condition und die Fortbildung des europäischen Vertragsrecht, *AcP* 1993, p. 121-173. Op p. 167 concludeert Zimmermann: “Zweifelloos beruhte diese Begründung, soweit sie die Vertragsauflösung aus dem Willen der im je konkreter Fall am Vertrag beteiligten Parteien zu begründen versuchte, auf einer Fiktion.”

90 E.M. Meijers, *preadvies*, 1918, p. 86; dezelfde, *Algemene Begrippen*, Leiden: Universitaire pres, 1948, p. 225.

te kunnen vasthouden. Günther: "A norm is valid if the consequences and side effects of its general observance for the interests of each individual *under unaltered circumstances* can be accepted by all." Deze benadering krijgt de bijval van Habermas⁹¹ in een poging om zijn discoursstheorie voor het recht uit te werken. Ook daarin blijft de toepassing ondanks haar discoursstheoretische inkleding, een klassieke rol spelen. De vaagheid van normen, in de zin van Larenz,⁹² wordt volgens Habermas 'gecompenseerd'⁹³ door een argumentatieproces bij de toepassing – *ein Anwendungsdiskurs*⁹⁴ – die de juistheid van het resultaat van dat proces garandeert. De zwakke stee van deze compensatie ligt, zoals in de vorige paragraaf werd aangetoond,⁹⁵ in het ontbreken van elke inhoudelijke oriëntatie. Zij mag dan de juistheid van het juridisch discours garanderen doch niet het *juridisch-zijn* van dat discours. Habermas geeft kortom een formele oplossing voor een materieel probleem; in dit licht wekt het geen verwondering dat bij Habermas het accent verschuift naar het procesrecht.⁹⁶ Dat kan treffend worden geïllustreerd met de invulling die hij geeft aan het begrip 'rechtszekerheid': het gaat niet om de zekerheid van een bepaald inhoudelijk resultaat, maar de zekerheid van een eerlijk argumentatieproces.⁹⁷

Ik vat samen. De waarde van de beschouwingen van Wellmer is gelegen in het feit dat hij de problematiek van vage normen als zodanig problematiseert. Dat brengt hem tot een positie die ten opzichte van Larenz met twee 'omkeringen' kan worden gekenschetst. Hij verlaat daarmee het strikt regelistische perspectief en werkt de consequenties daarvan voor de figuur van de toepassing uit. Welke *methodische* consequenties die positie met zich meebrengt, blijft evenwel duister.

3.3.5 Webers alternatieve visie op de Fallgruppen-methode

Weber beweegt zich met zijn kritiek op de concretisering van vage normen door middel van *Fallgruppen* op civielrechtelijk terrein. Net als Wellmer tracht hij aan het heersende regelistisch perspectief te ontsnappen. Zijn kritiek op de *Fallgruppen*-methode berust op twee typen argumenten.

In de eerste plaats is hij van mening dat deze methode in verband met de machtscheiding niet door de beugel kan: de rechter mag slechts concrete gevallen beoordelen. *Rechtssetzung* door het vormen van *Fallgruppen* is niet

91 J. Habermas, *Justification and Application*, 1991, p. 35-39; dezelfde 1992, p. 244 en p. 265-268.

92 Habermas 1992, p. 268.

93 Habermas 1992, p. 258.

94 Habermas 1992, p. 280.

95 Zie par. 3.2.3.

96 Habermas 1992, p. 287-291.

97 Habermas 1992, p. 270: "...der Anspruch auf ein faires Verfahren, das keine Ergebnissicherheit, aber eine diskursive Klärung der einschlägigen Tatsachen- und Rechtsfragen garantiert".

toegestaan.⁹⁸ Dit argument berust op een zeer strikte lezing van de machtscheiding die in Duitsland, en dat geldt *a fortiori* voor Nederland, door niemand wordt verdedigd.

Het tweede type argument is methodisch van aard. De *Fallgruppen*-methode leidt tot een subsumptie onder door de rechter vervaardigde feitelijke voorwaarden – Weber spreekt van *Fallgruppen* als *Ersatzbestand-merkmale*⁹⁹ – en voert daarmee weg van het concrete geval dat voorligt. Ook al wordt met de introductie van vage normen, het ‘regelistische programma’ aan de buitenkant verlaten, in feite houdt deze methode vast aan het oude regelistische ideaal. Weber.

“Nicht mehr programmatisch, aber der Sache nach steckt dahinter also immer die alte, nicht einlösbare Wunschvorstellung des Positivismus, jede einzelne Entscheidung als Subsumtion auffassen und damit mühelos in das gesetzliche Normenrecht einbinden und zurückführen zu können. Die alte Idee des Richters als Subsumtionsautomaten findet sich hier in neuem Gewande wieder”.¹⁰⁰

Wat Weber tracht aan te tonen is dat de omgang met vage normen in het klassieke model van regeltoepassing wordt geassimileerd. Hij maakt tegen die assimilatie bezwaar omdat een vage norm als *Treu und Glauben* de *Einzelfallgerechtigkeit* beoogt te dienen.

Een tweede bezwaar dat Weber aanvoert is dat deze methode niet alleen van het concrete voorliggende geval wegvoert, zij kan bovendien niet als de concretisering van een algemene rechtsgedachte worden beschouwd. De *Fallgruppen* worden namelijk vanuit casuïstiek opgebouwd: het proces gaat niet van algemeen naar bijzonder maar omgekeerd. Weber:

“Die einzelnen Fallgruppen sind daher nicht schon als solche in den allgemeinen Rechtsgedanken der Generalklauseln enthalten, sondern sie werden am ersten konkreten Fall dieser Art jeweils neu entwickelt. Damit werden sie aber im methodischen Sinne gerade nicht aus der Generalklauseln konkretisiert, sondern es werden erstmals abstrakte Maßstäbe geschaffen, die dann unter die Generalklauseln systematisiert werden”.¹⁰¹

Beide problemen staan op gespannen voet met de functie van open normen:

“Denn die besondere Eigenart dieser Vorschriften besteht auch und gerade in ihrer vom Gesetzgeber im Zeichen der Einzelfallgerechtigkeit bewußt in Kauf genomme-

98 R. Weber, Einige Gedanken zur Konkretisierung von Generalklauseln durch Fallgruppen, *AcP* 192 (1992), p. 543.

99 Weber 1992, p. 534.

100 Weber 1992, p. 529.

101 Weber 1992, p. 538.

nen, durch den Verweis auf außerrechtliche Maßstäbe bedingten Mehrdeutigkeit und Subjektivität der vorzunehmenden Wertungen".¹⁰²

Weber breekt een lans voor *Einzelfallgerechtigkeit*: die kan men slechts bereiken op kosten van de subjectiviteit van het rechterlijk oordeel. Terecht heeft dit voorstel kritiek uitgelokt.¹⁰³ Ik deel de analyse van Weber waar hij vaststelt dat de *Fallgruppen*-methode de vage normen bij het klassieke rechtsvindings-ideaal tracht te assimileren. Het is echter de vraag of dat kwalijk is. In deze studie wordt verdedigd dat het onjuist is om de functie van open normen tot de *Fallgruppen*-methode te beperken. Maar daarmee is niet gezegd dat deze methode in het geheel waardeloos is. Ook Beater deelt deze kritiek. Een vage norm als *Treu und Glauben* heeft mede de functie recht te doen aan de bijzondere omstandigheden van het geval maar men mag 'Sinn und Zweck von Generalklauseln nicht auf diesen einen Aspekt reduziert werden'.¹⁰⁴

Ook al kan de oplossing van Weber niet overtuigen, intussen bevat zijn analyse waardevolle elementen. Ik zou de verdienste van zijn beschouwingen zo willen samenvatten. Hij wijst erop dat de *Fallgruppen*-methode aan twee zijden afbreuk doet. Enerzijds doet zij afbreuk aan de abstracte rechtsgedachte die in de *Generalklauseln* besloten ligt, anderzijds aan het concrete geval dat voorligt. Beide elementen tracht hij te verenigen in de (subjectieve) waardering van de rechter. Met deze oplossing blijkt Weber zélf gevangen in het ideaal dat hij bestrijdt. De achtergrond van de *Fallgruppen*-methode, zo kwam hiervoor aan de orde, is het regelisme. Wie meent dat het normatieve slechts in de vorm van regels kan bestaan, zal elke beslissing op een regel, en bij gebreke daarvan, op een pseudoregel als een *Fallgruppe* willen terugvoeren. Wie het concrete geval in het oog vat, moet afzien van een algemeen regelniveau en dan rest slechts, aldus Weber, het subjectieve oordeel. De vraag rijst of een alternatieve benadering van de sfeer van het normatieve niet beter rekenschap kan geven van wat hier gaande is.

3.3.6 Het regelistisch gehalte van het Nederlandse debat over vage normen

De tegenstelling tussen een regelistische benadering van vage normen en de voorzichtige pogingen daaraan te ontsnappen, komt op eigen bodem minder scherp uit de verf.¹⁰⁵ De twee meest recente uitvoerige studies naar de problematiek van vage normen zijn beide op regelistische leest geschoeid.

¹⁰² Weber 1992, p. 559.

¹⁰³ A. Beater, *Generalklauseln und Fallgruppen*, *AcP* 194 (1994), p. 82-89 met een repliek van Weber, *AcP* 194, 1994, p. 90-92.

¹⁰⁴ Beater 1994, p. 83.

¹⁰⁵ Voor een uitvoerige bespreking van dit debat verwijs ik naar het eerste deel van deze studie; het gaat mij hier uitsluitend om het regelistische gehalte van dit debat.

De doorgaans positieve bejegening van vage normen die aan de verschijning van het huidige Burgerlijk Wetboek voorafging, werd doorbroken met de verschijning van het proefschrift van Barendrecht.¹⁰⁶ Het kenmerk van dit boek is dat het in feite niet over vage normen maar over scherpe normen handelt. Barendrecht vindt in de wetenschapstheorie van Popper het theoretisch aanknopingspunt voor zijn stelling dat een rechtsregel voldoende informatie moet bevatten om het gedrag van justitiabelen te normeren. Net zoals een empirisch-analytische wetenschapstheorie door de confrontatie met nieuwe gegevens kan worden gefalsifieerd en vervolgens worden vervangen door een betere – want ‘scherpere’ – theorie, zo kunnen ook rechtsregels zich tot een steeds rechtvaardiger geheel ontwikkelen.¹⁰⁷ De beschouwing van Barendrecht is nog meer doordrongen van het regelisme dan de methodenleer van Larenz. Zij is niet alleen volledig gebaseerd op het onuitgesproken uitgangspunt dat de sfeer van het normatieve bestaat uit een geheel van regels, zij draagt ook de gedachte uit dat naarmate de regel *scherper* is, zij haar normerende taak *beter* kan vervullen. Dit ‘betere’ schuilt niet alleen in de *vorm* van de regel, het kent ook een inhoudelijk pendant. Zoals de elkaar afwisselende theorieën in de empirisch-analytische wetenschap steeds meer de waarheid naderen, zo zou ook het civiele recht steeds meer op rechtvaardigheid afstevenen. Barendrecht dynamiseert het begrip rechtvaardigheid door het in een graduele ontwikkeling te plaatsen van zich allengs aanscherpende rechtsregels. Rechtvaardigheid is het hypothetisch correlaat van een horizontale ontwikkeling – de wijkende horizon van de rechtsvinder.

Een tweede studie van de problematiek van vage normen is van de hand van Hesselink. Uitvoerig onderzoek naar de redelijkheid en billijkheid in het Europese privaatrecht voert hem tot de conclusie dat de redelijkheid en billijkheid een volledig open norm en dus geen norm is.¹⁰⁸ De reden daarvan is zijns inziens hierin gelegen dat de functies van de norm van de redelijkheid en billijkheid – concretiseren, aanvullen en corrigeren – door de rechter werden geassimileerd. Hierdoor ging het normatieve gehalte van deze norm verloren en werd zij slechts een rechterlijke dekmantel voor de ontwikkeling van nieuwe regels. Net als bij Barendrecht het geval is, legt Hesselink een verbinding tussen

106 J.M. Barendrecht, *Recht als model van rechtvaardigheid; Beschouwingen over vage en scherpe normen, over binding aan het recht en rechtsvorming*, Deventer: Kluwer, 1992.

107 Een van de bezwaren die tegen dit model kan worden aangevoerd is overigens dat Popper in de eerste plaats de empirisch-analytische wetenschap op het oog heeft; de transitie van zijn theorie naar de ontwikkeling van een rechtsstelsel wordt niet inzichtelijk gemaakt. Een ander bezwaar die tegen de theorie van Popper zelf kan worden aangevoerd is dat zich een belangrijk kwalitatief verschil kan voordoen tussen gefalsifieerde theorieën. Zo kunnen de theorieën ‘alle zwanen zijn zwart’ en ‘alle zwanen zijn paars’ beide gefalsifieerd worden terwijl de eerste theorie dicht bij de waarheid ligt dan de tweede. Dit voerde Popper ertoe om aan het einde van zijn leven het concept van de *Wahrheitsähnlichkeit* te introduceren.

108 M.W. Hesselink, *De redelijkheid en billijkheid in het Europese privaatrecht*, diss. Utrecht 1999, Deventer: Kluwer 1999, p. 406.

de *mate* van openheid van een norm en de *mate* waarin zij normerend vermogen bezit. Een norm moet op voorhand helderheid verschaffen over het gedrag dat zij voorschrijft en de rechtsgevolgen die afwijkend gedrag met zich meebrengen.

Het interessante van de beschouwingen van Barendrecht en Hesselink is dat zij gezien hun uitgangspunten beide tot een juiste conclusie komen. Mijn kritiek richt zich nu juist op het uitgangspunt, namelijk de gedachte dat de sfeer van het normatieve samenvalt met een geheel van regels die op voorhand en op gedetailleerde wijze gedrag voorschrijven. Dat uitgangspunt voert immers onvermijdelijk tot de conclusie dat een vage norm als de redelijkheid en billijkheid geen norm kan zijn. In die zin kenmerken de studies van Barendrecht en Hesselink zich door een merkwaardige 'ingebouwde onfeilbaarheid'. De werkwijze in deze studie gaat precies in omgekeerde richting. Het neemt tot uitgangspunt dat in een samenleving een vage notie als de redelijkheid en billijkheid gedragsnormerend kan werken en tracht voor dát gegeven een verklaring te vinden.

3.3.7 Resultaat

Een norm heeft de vorm van een regel. Deze gedachte vindt haar oorsprong in het werk van De Groot en Pufendorf. Haar werkingsterrein heeft zich vervolgens in het werk van Kant verdiept en verbreed. De verdieping is gelegen in een nadere filosofische onderbouwing van deze gedachte; de verbreding is gelegen in de uitbreiding van haar reikwijdte. Volgens Kant heeft niet alleen het juridisch-maatschappelijk gedrag een normatief karakter maar het geheel van menselijk handelen en oordelen. Dit betekent, nog steeds volgens Kant, dat de juistheid van een handeling of oordeel kan worden getoetst aan de hand van vooraf gegeven regels.

Hiervoor kwam reeds aan de orde dat de vaststelling van rechtsvoorschriften niet kan worden gegrond in de gegevens van het verstand.¹⁰⁹ In deze paragraaf is de gedachte dat de sfeer van het normatieve de vorm heeft van regels nader onderzocht. Het debat over vage normen blijkt, als een verborgen constante, te worden beheerst door de tegenstelling tussen het heersende regelistische perspectief (Larenz en Canaris) en de voorzichtige pogingen om aan dat perspectief te ontsnappen (Wellmer en Weber). De eerstgenoemden trachten vage normen zoveel mogelijk binnen het klassieke regelstelsel te assimileren waardoor de eigensoortige problematiek van vage normen als het ware uitdooft. Laatstgenoemden kennen aan vage normen een principieel andere positie toe. In het Nederlandse debat komt deze tegenstelling minder scherp uit de verf. Aan de ene zijde staan schrijvers die het gebruik van vage

¹⁰⁹ Zie par. 2.2, par. 2.3 en par. 3.2.

normen als zodanig verwerpen. Volgens onder meer Barendrecht en Hesselink zijn vage normen niet in staat om het gedrag van justitiabelen te normeren. Aan de andere zijde staan weliswaar schrijvers, waaronder Schiffgaarde en Vranken, die principieel belang hechten aan het gebruik van vage normen zonder evenwel deze belangstelling te onderbouwen met een verklaring voor de normerende kracht van een vage norm. Door ook het Nederlandse debat op regelistisch gehalte te onderzoeken, kon aan het licht worden gebracht dat de tegenstelling tussen de voor- en tegenstanders van het gebruik van vage normen uiteindelijk moet zijn gelegen in een tegengestelde visie op de sfeer van het normatieve. Het debat over vage normen kan dus slechts productief gevoerd worden als *tegelijk* ook laatstgenoemde kwestie in het debat wordt betrokken.

Wie de sfeer van het normatieve opvat als een geheel van regels die op voorhand en op gedetailleerde wijze gedrag voorschrijven, kan eenvoudigweg geen verklaring bieden voor de werking van vage normen omdat deze normen naar hun aard niet op voorhand precies zijn. Het onderzoek voert samenvattend tot de conclusie dat de sfeer van het normatieve niet uitsluitend kan bestaan uit een geheel van regels die op voorhand en op gedetailleerde wijze gedrag voorschrijven. Een strikt regelistische opvatting van de sfeer van het normatieve wordt derhalve verworpen.

3.4 HET REGELMATISME

3.4.1 Inleiding

Dat ook minder ondernemende types een verschil zullen bevroeden tussen het overeenkomstig de regels aanvragen van het eigen faillissement en het in de regel aanvragen daarvan, duidt noch op een overdreven empathie noch op financiële overgevoeligheid. Zelfs wie zich tot harde feiten wil beperken zal niet ontkennen dat er een principieel onderscheid bestaat tussen regels en regelmatigheden. Een regelmatigheid ziet op een feitelijke herhaling van identiek gedrag zoals bij uitstek in de vorming van een gewoonte naar voren komt.¹¹⁰ Dergelijke regelmatigheden kunnen door descriptie in kaart worden gebracht. Een regel is daarentegen een gedragsvoorschrift en heeft dus een prescriptief karakter.

In deze paragraaf staan twee descriptivisten centraal met sterk contrasterende visies op 'juridische feiten'. De analyse richt zich eerst op de benadering van Macneil die uit regelmatige gedragspatronen van justitiabelen normen voor toekomstig gedrag afleidt (3.4.2). Vervolgens komt de kritische theorie van Kennedy aan bod (3.4.3). Zijn descriptief onderzoek naar (regelmatige) gedrags-

¹¹⁰ Zie ook de beschouwingen van H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, second edition, Oxford: Clarendon Press, 1998 (1^e druk 1961), p. 52-53.

patronen van rechters zou aantonen dat rechters in het kleed van systematische overwegingen feitelijk hun eigen ideologische projecten nastreven. De bespreking sluit af met een evaluatie waarin de waarde van het regularisme wordt vastgesteld (3.4.4).

3.4.2 De *relational contract theory* van Macneil

In de eerste helft van de negentiende eeuw werd, met een uitdrukking van Zimmermann, een dogmatische Kaap Hoorn gepasseerd toen in continentaal Europa het gehele contractenrecht werd begrepen vanuit het archimedische punt van de wilsovereenstemming.¹¹¹ Deze omslag vond enkele decennia later in Engeland plaats waarna de Verenigde Staten volgde.¹¹² Door opeenvolgende generaties is met name in de Verenigde Staten bezwaar gemaakt tegen de, in de ogen van de critici, simplistische voorstelling van zaken waarin alle contractuele verschijnselen tot één (wils-)moment worden teruggevoerd. Het belang van het moment van wilsovereenstemming wordt treffend door de rechtsgeleerde Kohler geformuleerd: "It is the province of the law of obligations to draw the future into the present".¹¹³ De constante in deze kritische literatuur is dat het model van wilsovereenstemming geen oog heeft voor de praktijk van het contracteren en de feitelijke inbedding van het contract.¹¹⁴ Voortbouwend op deze kritiek heeft Macneil een theorie ontworpen die bekend staat als de *relational contract theory*.¹¹⁵

"We shall start at the beginning. In the beginning was society".¹¹⁶ Volgens Macneil moet het contractenrecht worden gezien tegen de maatschappelijke achtergrond van een voortdurende uitwisseling van goederen en diensten in een 'relationele' context. Vanwege deze context bestaat tussen contractpartijen reeds op allerlei fronten 'overeenstemming' die niet in een formele wilsovereenstemming tot uitdrukking komt. Daarnaast wijst Macneil op zaken die meer op de voorgrond treden en die eveneens de formele contractuele drempel niet halen.

¹¹¹ Zimmermann 1993, p. 129.

¹¹² Voor een overzicht van deze ontwikkeling zie Zimmerman 1993, p. 129-134; James Gordley, *Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine*, Oxford: Clarendon Press, 1991.

¹¹³ J. Kohler, *Philosophy of Law*, Boston: The Boston Book Company 1914, p. 136; geciteerd uit Macneil 2001, p. 184.

¹¹⁴ Voor een overzicht van deze ontwikkeling zie J. Feinman, "The reception of Ian Macneil's Work on Contract in the USA" in: *The relational theory of contract: selected works of Ian Macneil*, editor: D. Campbell, London: Sweet & Maxwell 2001, p. 59-66.

¹¹⁵ Vgl. J.H.M. van Erp, *Contract als rechtsbetrekking: een rechtsvergelijkende studie*, Zwolle: Tjeenk Willink 1990 m.n. p. 278-184; F.W. Grosheide, "Evenwicht in contractsverhoudingen" in: *Europees Privaatrecht, opstellen van internationale transacties en intellectuele eigendom*, Lelystad: Koninklijke Vermande 1997, p. 45-97.

¹¹⁶ I. Macneil, *The New Social Contract: An Inquiry into Modern Contractual Relations*, New Haven (CT): Yale University Press 1980, p. 1.

"In all societies, custom, status, habit and other internalizations project exchange into the future. (...) [T]he very existence of ongoing contractual relations creates expectations that future exchange will occur and in partially predictable patterns, simply through the dynamics of the existing relations (...)"¹¹⁷

Een en ander voert Macneil tot het onderscheid tussen het type contract op grond van een klassieke wilsovereenstemming (*promissory types of discrete contracts*) en het type contract waarin de 'overeenstemming' is gebaseerd op patronen van uitwisseling tussen twee partijen (*nonpromissory types of relational contracts*).¹¹⁸ De kern van zijn kritiek is nu dat geen enkel contract tot het eerste type kan worden gereduceerd.¹¹⁹

"These nonpromissory types may be and are often accompanied by promises. But more important to understanding contract is the other side of the coin: promissory projectors are *always* accompanied by nonpromissory projectors. This emanates from the interplay of the always present social matrix with the nature of promises themselves. Promises are inherently pragmatic".

De normatieve consequentie van dit standpunt is dat in een contractuele verhouding normen gelden die niet in de wet of het contract zijn gepositieerd maar voortvloeien uit de wederkerige relatie tussen partijen. Deze normen, waarvan Macneil een uitvoerige classificatie geeft, komen hierin overeen dat zij uit feitelijke gedragspatronen worden afgeleid. De gedachte dat een dergelijke afleiding als 'broad-brush naturalistic morality' moet worden verworpen weerstaat hij op grond van zijn overtuiging dat er naast de in de wet en het contract gepositieerde normen geen 'normative zero' bestaat.¹²⁰ Later zou Macneil, naar aanleiding van een sociologische uitwerking¹²¹ van zijn theorie, zijn normatieve standpunt zowel uitvoeriger als puntiger weergeven. "The behaviour pattern", zo stelt Macneil, "give rise to norms, a case of an 'is' creating an 'ought'. The norms parallel the element of behavior, in some cases the behavioral words being satisfactory to describe the norms (...)"¹²²

Voortbouwend op Macneil formuleert een jongere relationist, Nassar, de normatieve dimensie van het contracteren eveneens in volstrekt feitelijke

117 Macneil 1980, p. 131.

118 In het eerste geval gaat het om een eenvoudig 'uitwisselingscontract' waarbij de relatie tussen partijen van geen belang is en het louter om de uitvoering van de afspraak gaat; in het tweede geval is het contract relationeel van aard en komen de hierboven genoemde nonpromissory elements ten volle tot uitdrukking. Vgl. Macneil 2001, p. 133-141.

119 Macneil 1980, p. 132.

120 Macneil 1980, p. 158.

121 S. Lindenberg & M. de Vos, 'The Limits of Solidarity: Relational Contracting in Perspective and Some Criticism of Traditional Sociology', in: *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, 1985.

122 I. Macneil, "Reflections on the Relational Theory", in: *The relational theory of contract: selected works of Ian Macneil*, editor: David Campbell, London: Sweet & Maxwell, 2001, p. 311-312.

termen. "Contractual undertakings and legal relationships are defined in reference to the entire factual circumstances surrounding the contract".¹²³ Hij spreekt in dit verband van "norms emerging from the repetition of contractual practice that have not yet attained the characteristic of a rule of law".¹²⁴

Dit feitelijke beeld van de sfeer van het normatieve voert mij tot een juridisch en een filosofisch bezwaar. In juridisch opzicht heeft de theorie van Macneil een 'negatief' karakter. Hij ontwerpt een theorie die (de praktijk van) het contracteren meer inzichtelijk beoogt te maken in voortdurende tegenstelling en verwerping van de formele eis van wilsovereenstemming. Deze tegenstelling krijgt zelfs theoretisch contouren in het onderscheid tussen twee type contracten, *the discrete and relational contracts*. Hiermee maakt Macneil de overtuigingskracht van zijn benadering (negatief) afhankelijk van de juistheid waarmee hij het heersende contractenrecht beschrijft. En juist op dit punt kan worden vastgesteld dat de soep aanmerkelijk minder heet wordt gegeten dan zij wordt opgediend. De gedachte dat alle contractuele verschijnselen op de wilsovereenstemming moeten worden teruggevoerd is zelfs eenvoudig onjuist. Voor het Nederlandse recht zegt Hartkamp met zoveel woorden: "Praktisch is het uitgesloten dat bij het aangaan van de meest voorkomende overeenkomsten de contractanten hun rechtsverhouding volledig regelen".¹²⁵ Dat het contract niet altijd spreekt is in zoverre geen probleem omdat het recht kan spreken waar het contract zwijgt. In het Engelse recht, waar veel aandacht is geweest voor de theorie van Macneil, klinkt eenzelfde geluid: "Just as contract is complex and relational, so, in many respects, is our doctrinal law".¹²⁶

Een belangrijker bezwaar is van filosofische aard. Hiervoor kwam reeds de verleiding aan de orde om fysieke regels, zoals de regel van causaliteit, op één lijn te stellen met normen voor menselijk gedrag.¹²⁷ Het is mijns inziens deze verleiding waaraan de theorie Macneil ten prooi valt. Het springende punt is dat feitelijk gedrag niet kan worden beoordeeld of gecorrigeerd met een verwijzing naar ander feitelijk gedrag. Dat iemand een rekening betaalt wordt niet verklaard door het gegeven dat hij gewoon is om rekeningen te betalen maar door het immateriële gegeven dat hij dit *behoort* te doen. Deze 'dimensie van behoren' wordt niet inzichtelijk gemaakt door haar te beschouwen als de lineaire voortzetting van feitelijke gedragspatronen. Men kan nu eenmaal niet op graduele wijze een principiële hobbel nemen. Wel is het mogelijk dat op grond van feitelijke gedragspatronen normatieve verwachtingen

123 N. Nassar, *Sanctity of Contract revisited, A story in theory and practice of longterm international commercial transactions*, Dordrecht: Martinus Nijhoff, 1995, p. 53.

124 Nassar 1995, p. 67-81.

125 Asser/Hartkamp II 2005, nr. 290.

126 R. Austin-Baker, "A relational Law of Contract" in: *Journal of Contract Law* 20, 2004, p. 144. Tot eenzelfde relativerende conclusie komt Feinman, "The reception of Ian Macneil's Work on Contract in the USA" in: Macneil 2001, p. 59-66.

127 Par. 3.2.2.

gen ontstaan, maar deze bewegen zich meet af aan op een niet-feitelijk vlak en aan die dimensie besteden Macneil en Nassar geen aandacht. De enige aanwijziging dat de sfeer van het normatieve in de theorie van Macneil niet zonder meer met een feitelijke sfeer samenvalt, schuilt in het gebruik van het woord 'parallel': normen zouden, krachtens het hiervoor gegeven citaat, parallel aan de feiten bestaan. Het gebruik van dit woord is weinig behulpzaam. In Macneils voorstelling van zaken, waarin normen uit feitelijke gedragspatronen voortvloeien, zou het analytisch juist zijn om vast te stellen dat feiten en normen 'serie geschakeld' zijn. Door de parallellie wordt het contact tussen beide werelden immers geheel verbroken terwijl Macneil beide werelden juist met elkaar verbindt.

3.4.3 De fenomenologische kritiek van Kennedy

De moderne filosofie laat zich beschrijven als een voortdurende strijd tegen filosofische vooringenomenheid. Toont de ene generatie filosofen aan dat de vorige generatie een belangrijke filosofische vooronderstelling over het hoofd heeft gezien, de daarop volgende generatie legt op haar beurt in dát werk verstrekkende vooronderstellingen bloot. De moderne filosofie bestaat uit een ganzemars van revoltes tegen de eigen leermeesters. Allen streven naar volstrekte 'Voraussetzungslosigkeit',¹²⁸ allen zijn gefaald.¹²⁹

In de rechtstheorie kan een dergelijke ontwikkeling ook worden onderkend. Hart ontwikkelt zijn rechtstheorie in kritische distantie tot Austin omdat deze bepaalde, naar later zou blijken, fundamentele zaken over het hoofd heeft gezien.¹³⁰ Dworkin ontwerpt vervolgens een rechtstheorie die op een aantal punten afstand neemt van de theorie van Hart omdat zij 'confusing' zou zijn.¹³¹ De meest recente stap wordt gezet door Kennedy: hij voert een indringende strijd tegen de 'juridische vooringenomenheid' van de voorgaande generatie(s).¹³²

Kennedy kan gerekend worden tot de kritische theorie.¹³³ De vooringenomenheid die hij aan de kaak stelt is politiek van aard. Reeds in zijn onderzoek naar de ambivalentie tussen het gebruik van scherpe en vage normen binnen één regelsysteem, komt hij tot de conclusie dat onder deze tegenstelling

128 De term is afkomstig van Husserl.

129 Zie over deze ontwikkeling in de filosofie R.M. Rorty, "Metaphilosophical Difficulties of Linguistic Philosophy", voorwoord bij *The Linguistic Turn* (ed. R.M. Rorty), Chicago: University of Chicago Press, p. 1-39.

130 H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, Oxford: Clarendon Press 1998, (1e druk 1961), m.n. p. 18-49.

131 R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Londen: Duckworth, 1987 (1e druk 1977), m.n. p. 1-13.

132 D. Kennedy, *A Critique of Adjudication*, Cambridge (Massachusetts): Harvard University Press 1997; de oppositie met Dworkin blijkt met name uit de zinssnede: 'Taking ideology seriously', m.n. p. 23-38.

133 Vgl. par. 3.2.3.

een diepere inhoudelijke ambivalentie tussen liberale en conservatieve politieke voorkeuren schuilt. ¹³⁴ Zijn kritiek, die hij later uitvoerig uitwerkt in *A Critique of Adjudication*, luidt dat rechters in het kleed van systematische overwegingen in feite hun eigen ideologische projecten nastreven. De positie van Kennedy laat zich in bondige termen als volgt kenschetsen. ¹³⁵

Een rechtsvindingstheorie – de centrale positie van de lettergreep ‘vinding’ verradt reeds haar optimistische inslag – is naar haar aard ‘oplossingsgericht’. Of het theoretisch accent nu ligt bij conflicterende regels, wettelijke lacunes of de afweging van conflicterende overwegingen die aan een regelstelsel als geheel ten grondslag liggen, in al deze varianten wordt een oplossing geboden voor een herkenbare vorm van juridische onbepaaldheid. Deze onbepaaldheid zou *inherent* zijn aan een (stelsel van) norm(en), zij zou een ‘wezenlijke’ of ‘intrinsieke’ eigenschap zijn. Een op deze onbepaaldheid afgestemde werkwijze zou de rechter vervolgens naar het ‘juiste’ antwoord in het gegeven geval moeten voeren. De centrale vraag die Kennedy stelt is op de keper beschouwd eenvoudig: hoe komt de rechter tot het oordeel dat zich een juridische onbepaaldheid voordoet? Het is een vraag die aan genoemde rechtstheorieën *voorafgaat* en binnen die theorieën dus niet gesteld kan worden. In de onbepaaldheid van het normstelsel ligt de verklaring dat de rechter zijn rechtsvormende taak ter hand neemt terwijl die onbepaaldheid zélf ‘onverklaard’ blijft. Zij is, met een aan Brandom ontleende term, *an unexplained explainer*.

Kennedy toont aan dat de onbepaaldheid van een normstelsel niet een intrinsiek gegeven is maar voortvloeit uit juridische arbeid die ‘strategisch’ wordt verricht en waarin de politieke voorkeuren van de rechter tot uitdrukking (kunnen) komen. ¹³⁶ Hij stelt dat “de bepaaldheid of de onbepaaldheid van de norm niet anders begrepen kan worden dan als het effect – de schijn van noodzakelijkheid – dat op een contingente manier totstandgekomen is in de interactie tussen tijd, strategie en vaardigheid van de uitlegger met een onkenbaar Ding an Sich ofwel de ‘wezenlijke’ aard van de regel”. ¹³⁷ Kennedy karakteriseert zijn visie als een ‘linkse fenomenologische kritiek’. ¹³⁸ De kwestie of de onbepaaldheid van een norm ‘echt’ of ‘wezenlijk’ is wordt door hem

134 D. Kennedy, “Form and Substance in Private Law Adjudication” *Harvard Law Review* 1976, p. 89. Kennedy relateert later de koppeling tussen vage normen met linkse politieke voorkeuren en scherpe normen met rechtse politieke voorkeuren, zie “Interview met Duncan Kennedy” in: *Nederlands tijdschrift voor Rechtstheorie en Rechtsfilosofie*, 2004 / 3, p. 261-264; zie voor een heldere expositie van visie van Kennedy: Mark Kelman, *A Guide to Critical Legal Studies*, Cambridge (Massachusetts): Harvard University Press, 1987, ten aanzien van onderhavige kwestie, m.n. p. 16-25.

135 Ik maak hierbij in het bijzonder gebruik van een helder overzicht dat Kennedy van zijn eigen theorie geeft in “Een linkse fenomenologische kritiek op de rechtsvindingstheorie van Hart en Kelsen”, in: *Nederlands tijdschrift voor Rechtstheorie en Rechtsfilosofie*, 2004 / 3, p. 242-257.

136 Kennedy 2004, p. 246.

137 Kennedy 2004, p. 248.

138 Kennedy 2004, p. 242.

in een zogenoemde ‘fenomenologische reductie’ betrokken. “Op klassieke wijze zet [de strategische uitlegger] deze kwestie tussen haakjes (Husserl). Hij probeert gewoon dingen te veranderen zonder een of ander standpunt in te nemen aangaande de ontologie van de norm”.¹³⁹

Ten aanzien van de beroemde vraag of op elke vraag slechts één juist antwoord mogelijk is, formuleert Kennedy een equivalent standpunt:

“De enige begrijpelijke betekenis van een ‘juist antwoord’ in een bepaald geval, of dat nu een makkelijk of een moeilijk geval is, is gegeven de fenomenologie dat de uitlegger, nadat hij volgens een bepaalde gekozen strategie gewerkt heeft met de beschikbare tijd en middelen, geen alternatief kan vinden voor een bepaalde inschatting van welke regel toepasselijk is en wat de regel vereist als hij wordt toegepast. Met andere woorden, na fenomenologische reductie te hebben toegepast, is het ‘juiste antwoord’ het antwoord dat wordt teweeggebracht door een argument dat een zekere schijn van noodzakelijkheid heeft. Op de vraag of er een juist antwoord bestaat in de zin van ‘kenbaar’, neemt CLS het standpunt in dat Kant innam over het ‘Ding an sich’”.

Deze analyse brengt mij tot twee kritische vragen: (i) laat de fenomenologische reductie van Husserl zich ‘transporteren’ naar de kwestie die Kennedy aan de orde stelt? en (ii) is er met dit transport iets *gewonnen*?

De fenomenologie van Husserl berust op een eenvoudig devies: zien wat er te zien valt en dat zo nauwkeurig mogelijk beschrijven.¹⁴⁰ Deze beschrijving heeft geen betrekking op feitelijke gegevens maar op de gegevens van het verstand, door Husserl ‘intentionele objecten’ genoemd. Zoals ook bij Kant het geval is,¹⁴¹ kunnen de verschijnselen van het denken volgens Husserl door waarneming – ‘zien wat er te zien valt’ – inzichtelijk worden gemaakt. De *Logische Untersuchungen* van Husserl kunnen in die zin beschouwd worden als een omvangrijke landkaart van het denken.¹⁴² Tegelijk is Husserl radicaler dan Kant. Kant stelt dat de werkelijkheid zich richt naar de structuur van het denken. Het *Ding an sich* – de wereld zoals zij buiten die structuur om ‘werkelijk’ is – kan volgens Kant niet gekend worden. Husserl gaat een stap verder.¹⁴³ Als de wereld *an sich* niet kenbaar is, dan heeft ook niemand iets met haar te maken. We kennen slechts de fenomenen zoals zij, dankzij de constituerende activiteit van het bewustzijn, in het denken worden aangetroffen. Dit brengt Husserl tot zijn beroemde fenomenologische reductie: de wereld wordt

139 Kennedy 2004, p. 249.

140 Vgl. par. 2.2.

141 Par. 2.2 en par. 3.2.2.

142 E. Husserl, *Logische Untersuchungen, Zweiter Band, Untersuchungen zur Phänomenologie und Theorie der Erkenntnis*, Erste Teil, sechste Aufl., Tübingen: Max Niemeyer Verlag, 1980.

143 De Boer 1989, p. 56-58; Philipse 1992, p. 14-23.

door hem 'tussen haken' gezet – zij wordt vernietigd¹⁴⁴ – om vervolgens als een 'fenomenale wereld' terug te keren. Deze operatie maakt inzichtelijk dat de natuurlijke wereld uitsluitend het resultaat is van de zingevende activiteit van het bewustzijn: zij is slechts een bewustzijnsrelaat. Het bewustzijn is niet gefundeerd in de natuur, de natuur is gefundeerd in het bewustzijn.¹⁴⁵ Zelfs een concreet gegeven als de stad Parijs, zo betoogt Husserl, is net zozeer een fenomenaal, intentioneel object als de 'Kuchen zum Kaffee'. Omdat de natuurlijke wereld eerst wordt 'vernietigd' en vervolgens als een bewustzijnsrelaat terugkeert, merkt De Boer treffend op dat door de fenomenologische reductie per saldo niets verloren gaat – behoudens een metafysische illusie.¹⁴⁶

De fenomenologische reductie is de ultieme consequentie van Husserls kentheoretische uitgangspunten waarvan de wortels liggen in de filosofie van Kant en Descartes. Neem deze achtergrond weg en het uitvoeren van deze operatie is niet zozeer 'onjuist' maar verliest volledig haar zin – zij is in dat geval met een Duitse term *widersinnig*. Een bezwaar dat tegen de theorie van Kennedy kan worden aangevoerd, is niet alleen dat een dergelijke achtergrond bij hem ontbreekt, zijn reductie voltrekt zich bovendien in omgekeerde richting. De reductie ziet bij Husserl uitsluitend op de feitelijke, fysieke wereld – hij spreekt regelmatig pejoratief van de 'Aberglaube der Tatsache'.¹⁴⁷ Abstracte entiteiten zoals de begrippen van de wiskunde of een notie als rechtvaardigheid worden altijd al in het denken aangetroffen en zijn dus geen voorwerp van de fenomenologische reductie; kennis daarvan kan uitsluitend, ook zonder reductie, door wezensschouw worden verkregen. Kennedy draait de wereldorde van Husserl om: het 'wezen' van een abstracte norm wordt fenomenologisch gereduceerd ten gunste van een strategisch-feitelijke werkzaamheid waarin allerlei contingente factoren een rol spelen. Een ander bezwaar tegen het filosofische instrumentarium van Kennedy is het gebruik van het *Ding an sich*. Het *Ding an sich* heeft ook bij Kant alleen betrekking op de fysieke wereld – Kant onderzoekt in de *Kritiek van de zuivere rede* immers de mogelijksvoorwaarde van de klassieke natuurkunde. Bezwaarlijker is echter dat Kennedy de fenomenologische reductie gebruikt in combinatie met het Kantiaanse *Ding an sich* terwijl het juist de inzet van Husserl was om zich met de reductie radicaal van het *Ding an sich* te ontdoen.¹⁴⁸ Deze bezwaren worden

144 E. Husserl, *Ideen zu einer reinen Phänomenologie und phänomenologischen Philosophie, Erstes Buch: Allgemeine Einführung in die reine Phänomenologie*, neu ausgegeben von Karl Schuhmann, Husserliana: Edmund Husserl, *Gesammelte Werke*, Den Haag: Martinus Nijhoff, 1976, par. 49.

145 De Boer 1989, p. 68.

146 De Boer 1989, p. 26.

147 Geciteerd uit De Boer 1989, p. 67.

148 Husserl geeft overigens een nieuwe interpretatie aan het *Ding an sich*: door de reductie ligt het *Ding an sich* niet 'achter' de fenomenale wereld maar kan het worden beschouwd als een limiet: het intentionele relaat van een volmaakte waarneming. Op deze interpretatie beroept Kennedy zich echter niet. Vgl. De Boer 1989, p. 30; Philipse 1992, p. 20-22.

mijns inziens onvoldoende ondervangen door Kennedy's aankondiging dat hij methodisch 'eclectisch' te werk zal gaan.¹⁴⁹

Een tweede vraag is wat er met de fenomenologische reductie is gewonnen. De analyse voert uiteindelijk tot het resultaat dat het irrelevant is of normen intrinsiek onbepaald zijn. "Volgens de strategische uitlegger maakt een beslissing over de essentie van de regel geen enkel verschil. De linkse fenomenologische beweging binnen de CLS neemt deze houding over".¹⁵⁰

Kennedy bereikt op *eclectische* wijze een *ecliptisch* resultaat: hij laat de wereld van echte lacunes, echte regelconflicten en juiste antwoorden volledig verdwijnen om haar vervolgens te laten terugkeren als een wereld waarin nog steeds lacunes, regelconflicten en antwoorden bestaan maar zonder een ontologische aanspraak op intrinsieke echtheid. Per saldo gaat er niets verloren – behoudens een metafysische illusie.

Is met de benadering van Kennedy ook iets gewonnen? Mijns inziens ligt de winst op drie vlakken. De kracht van de beschouwingen van Kennedy is dat hij (i) een nieuwe vooringenomenheid blootlegt die tot nader kritisch (zelf)onderzoek aanzet; (ii) die vooringenomenheid verbindt aan een instituut dat bij uitstek zijn eigen neutraliteit in het vaandel draagt en (iii) dat die vooringenomenheid betrekking heeft op iets wat volledig van de rechterlijke werkzaamheid wordt geacht te zijn uitgesloten: persoonlijke politieke voorkeuren. Kennedy heeft kortom het inzicht geboden dat feitelijke gedragspatronen bij rechters politiek geladen kunnen zijn en *voorafgaand* aan de coherente en systematische rechtsvinding hun invloed op dat proces (kunnen) uitoefenen. Zoals in de hiervoor geciteerde passages naar voren komt, gaat het hem uitdrukkelijk om feitelijke gedragspatronen van rechters.¹⁵¹ Zijn theorie is, in overeenstemming met deze focus, louter descriptief van aard.¹⁵²

Het gesignaleerde contrast dat enerzijds niets verloren gaat en anderszijds winst wordt geboekt, brengt mij ten slotte tot een tweetal observaties.

Aan de theorie van Kennedy, en de *Critical Legal Studies* in het algemeen, wordt doorgaans een radicale invloed toegeschreven die de gangbare positivistische wijze van rechtsvinding in het hart bedreigt.¹⁵³ Met name de Engelse rechtsfilosoof Bix heeft Kennedy op deze gronden aangevallen.¹⁵⁴ In een recent artikel van Kennedy wordt deze interpretatie niet alleen met zoveel woorden van de hand gewezen,¹⁵⁵ met het beroep op de fenomenologische

149 Kennedy 1997, p. 15.

150 Kennedy 2004, p. 249; de letters CLS staan voor Critical Legal Studies.

151 De politieke voorkeur van rechters is dus in veel gevallen niet bewust: "it may conscious, unconscious, half-conscious". Kennedy merkt overigens op dat een voorkeur in zoverre méér is dan een feitelijk gedragspatroon omdat op grond van dat patroon een psychologische dispositie aan de actor wordt toegekend. Kennedy 1997, p. 54.

152 Kennedy 1997, p. 5.

153 Zie mijn opmerking hierna in par. 4.1.1 en de aldaar genoemde literatuur.

154 B. Bix, *Law Language and Legal Determinacy*, Oxford: Clarendon Press, 1993, p. 37.

155 Kennedy 2004, p. 253-256.

reductie tracht hij ook theoretisch aan te tonen dat slechts een bepaalde *wijze* van rechtsvinding – namelijk één die onkritisch is naar haar eigen vooronderstellingen – voorwerp is van radicale kritiek. De gematigde toon van Kennedy bevestigt de hiervoor geboden analyse dat door de fenomenologische reductie niets verloren gaat. Ook in zijn visie blijven dus normconflicten, lacunes en al die andere figuren van de positivistische rechtsvindingstheorie, zij het dan in ‘gereduceerde’ vorm, het rechtsvindingstoneel beheersen. Zijn theorie biedt voor de (post)positivistische wijze van rechtsvinding dus geen alternatief; zij beweegt zich op een ander, feitelijk niveau die aan deze wijze van rechtsvinding *voorafgaat*. En dat maakt mijns inziens de winst die Kennedy boekt radicaler dan hij suggereert. Kennedy legt een nieuwe vooringenomenheid bloot op een terrein waar vooringenomenheid institutioneel wordt geweerd. Dat aan deze analyse een radicale lading wordt toegekend vloeit mijns inziens hieruit voort dat zich hier een repeterende problematiek voordoet. De vraag hoe de rechter aan een oplossing komt, voert tot de vraag hoe de rechter aan zijn probleem komt, de vraag hoe de rechter aan zijn probleem komt, voert op haar beurt tot de vraag hoe de rechter aan zijn probleemanalyse komt, de vraag hoe de rechter tot zijn probleemanalyse komt, voert tot de vraag hoe hij tot zijn analysevorming komt – *ad infinitum*. In het volgende hoofdstuk zal het karakter van deze repeterende problemen nader worden toegelicht;¹⁵⁶ uit die beschouwing zal tevens naar voren komen waarom mijns inziens het standpunt van Bix over het radicale karakter van de Kennedy meer hout snijdt dan Kennedy doet vermoeden.

3.4.4 Resultaat

Hoewel Macneil en Kennedy zich beiden richten op ‘juridische feiten’, liggen de feiten niet alleen anders, er liggen ook andere feiten. Het gaat Macneil erom dat uit feitelijke regelmatige gedragspatronen normen voor toekomstig gedrag kunnen worden afgeleid. Deze afleiding roept krachtige principiële bezwaren op. Geen enkel feit kan door een ander feit worden gecorrigeerd. Net zo min als, met een beeld van Frege, de ene draaikolk door een andere draaikolk kan worden gecorrigeerd.¹⁵⁷ De normatieve dimensie kan om deze reden niet samenvallen met regelmatige, feitelijke gedragspatronen omdat daarmee de normatieve dimensie *verloren* gaat. Het regularisme moet op deze gronden worden verworpen.

De descriptieve theorie van Kennedy beweegt zich op een geheel ander vlak. Hij maakt een ‘blinde’ vlek in de (post)positivistische theorieën zichtbaar door te onderzoeken hoe in feitelijke gedragspatronen bij rechters ideologische

¹⁵⁶ Par. 4.2.3 en par. 4.2.3.

¹⁵⁷ H. Hermes, F. Kambartel en F. Kaulbach (eds), *Gottlob Frege: Posthumous Writings*, Chicago: University of Chicago Press, 1979, p. 144.

voorkeuren schuilgaan. In deze benadering wordt de vraag naar het bestaan van de normatieve dimensie als irrelevant terzijde gelegd. Voor de vraagstelling in dit hoofdstuk is zij derhalve niet langer behulpzaam; in een later stadium van het betoog zal de visie van Kennedy evenwel opnieuw worden opgepakt.

3.5 EVALUATIE

De beschouwingen in dit hoofdstuk voerden tot een drietal negatieve resultaten. Een formalistische opvatting van de sfeer van het normatieve werd verworpen omdat zij geen ruimte biedt aan materiële overwegingen. Een regelistische opvatting van de sfeer van het normatieve werd verworpen omdat zij per definitie de werking van vage normen niet kan verklaren. Een regelmatische opvatting van de sfeer van het normatieve werd verworpen omdat zij teveel in de feiten opgaat waardoor de normatieve dimensie verloren gaat. Nadat deze verschillende posities in analytische afzondering zijn besproken, worden zij thans in onderlinge samenhang gezien.

Het is geen toeval dat in de analyse het formalisme aan het regelisme voorafging en met het regelmatisme afsloot. Het formalisme en het regelmatisme vormen onverenigbare uitersten terwijl het regelisme met ieder van deze visies verenigbaar is. Het formalisme kenmerkt zich door de volstrekte afwezigheid van materie terwijl het regelmatisme zich kenmerkt door de volstrekte aanwezigheid daarvan. Het formalisme kan zich alleen op de vorm van een regel beroepen, het regelmatisme kan zich alleen op feitelijke materie beroepen. In het eerste geval bestaat de regel *ex ante*, in het tweede geval bestaat de regel *ex post*. In het eerste geval moet de regel nog voorzien worden van materie, in het tweede geval moet de materie nog voorzien worden van een regel. In het eerste geval is de regel een voorschrift, in het tweede geval is de regel een 'naschrift'. Men zou een en ander, met een aan Kant ontleende uitdrukking, zo kunnen kenschetsen: het formalisme zonder inhoud is leeg, het regelmatisme zonder 'vorm' is blind.

Tegen beide visies werden bezwaren aangevoerd. Het bezwaar dat het formalisme geen ruimte biedt aan materiële overwegingen laat zich eenvoudig aantonen. Ook door de formalistische schrijvers wordt dit gegeven immers zonder meer onderkend zij het dat dit door hen niet als een bezwaar wordt ervaren. Het bezwaar dat tegen het regelmatisme werd aangevoerd vergt een langere adem. De kern daarvan luidt als volgt: omtrent menselijk gedrag kunnen uit feitelijke gedragspatronen geen normen worden afgeleid. Een stuk staal reageert op een bepaalde manier op zijn omgeving door te gaan roesten als het vochtig is. Uit dit regelmatig 'gedragspatroon' kan een causale regel worden afgeleid. Dat een leverancier op zijn omgeving reageert door elke vrijdag bij een restaurant een partij wijn af te leveren, wordt echter niet verklaard door het feit dat hij dit vorige week ook al deed. Hij levert de wijn af

omdat hij meent dat hij dit *behoort* te doen. Deze ‘dimensie van behoren’ wordt niet inzichtelijk gemaakt door haar te beschouwen als de lineaire voortzetting van feitelijke gedragspatronen. Men kan nu eenmaal niet op graduele wijze een principiële hobbelen nemen. Door het centraal stellen van regelmatig gedrag wordt de normatieve dimensie tot causale verbanden gereduceerd en worden normatieve redenen verward met feitelijke oorzaken.

De gedachte dat de sfeer van het normatieve bestaat uit een geheel van vooraf gegeven regels die op gedetailleerde wijze gedrag voorschrijven, is voor onderhavig betoog van bijzonder belang. Dat belang is in de eerste plaats hierin gelegen dat zij de hiervoor genoemde visies op de sfeer van het normatieve overkoepelt. Of de regel nu als een ‘voorschrift’ of als een ‘naschrift’ moet worden beschouwd, in zowel de formele als de regularistische variant komt de normatieve dimensie eerst tot stand met het formuleren van een regel. De totstandkoming van een regel en het ontstaan van een normatieve dimensie zijn in deze visies *gleichursprünglich*. In de tweede plaats is het regelisme van belang in verband met de centrale vraagstelling van deze studie. Het onderzoek naar het bestaan van de sfeer van het normatieve resulteerde in de afwijzing van twee visies die enerzijds als ‘leeg’ en anderzijds als ‘blind’ werden gekenschetst. Voor de vraag hoe vage normen gedrag kunnen normeren bleek evenwel de angel te zitten in het regelisme. Wie tot uitgangspunt neemt dat de sfeer van het normatieve bestaat uit een geheel van regels die op voorhand en op gedetailleerde wijze gedrag voorschrijven, kan eenvoudig geen verklaring bieden voor de werking van vage normen omdat deze niet op voorhand precies zijn. Dit gegeven is de logische achtergrond van de ‘ingebouwde onfeilbaarheid’ waardoor de Nederlandse discussie over vage normen zich kenmerkt.

Gaandeweg is het moment aangebroken om een nieuwe visie op de sfeer van het normatieve te ontwikkelen waarin theoretisch ruimte voor de werking van vage normen is ingebouwd. Uit het negatieve resultaat van bovenstaande beschouwingen laten zich spiegelbeeldig de randvoorwaarden afleiden waaraan deze nieuwe benadering moet voldoen. Kan er een visie op de sfeer van het normatieve worden ontwikkeld die *niet*-formalistisch, *niet*-regularistisch en *niet*-regularistisch is? Is, met andere woorden, een ‘ongeregeld’ aanpak mogelijk die tegelijk niet leeg én niet blind is? Is de sfeer van het normatieve, ten derde male, *beperkt* tot een geheel van regels die op voorhand en op gedetailleerde wijze gedrag voorschrijven of laat zich een *breder* visie op het normatieve denken waarin de werking van vage normen op adequate wijze begrepen kan worden? De vragen brengen het betoog in een suggestief vaarwater. In het volgende hoofdstuk wordt koers gezet – met de intuïtie aan het roer.

4 | De verborgen normatieve dimensie van maatschappelijk gedrag

4.1 INLEIDING

“Gedraag je!” – in de dagelijkse verhouding tussen ouder en kind kan zelfs een volledig vage gedragsnorm normatief gewenste effecten sorteren. Intussen is het lastig om een verklaring voor de normatieve dimensie van dergelijke eenvoudige casuïstiek te geven. Vraag naar het vanzelfsprekende en men verdwaalt op de bekende weg.

In dit hoofdstuk wacht de positieve taak om een nieuwe visie op de sfeer van het normatieve te ontwikkelen. In het vorige hoofdstuk zijn de randvoorwaarden daarvoor vastgesteld: (i) zij mag niet op regelistische leest zijn geschied, (ii) zij dient ruimte te bieden aan materiële overwegingen en (iii) zij mag niet samenvallen met de feiten. Nu de angel van de problematiek van vage normen is gelegen in de eerste randvoorwaarde, richt de theoretische activiteit zich primair op het overwinnen van het regelisme. Vervolgens zal de verworven visie aan de overige twee randvoorwaarden worden getoetst.

Eerst zal een intuïtief onderzoek worden verricht naar aanleiding van een eenvoudige casus (4.2). Juist omdat het regelisme ten aanzien van alledaagse gedragingen in het maatschappelijke verkeer, die doorgaans ongemerkt passeren, het minst overtuigt, kan hier het aanknopingspunt worden gevonden voor een andere visie op de sfeer van het normatieve. Het resultaat van deze intuïtieve beschouwingen zal vervolgens argumentatief worden onderbouwd (4.3). Deze onderbouwing zal langs bondige, dragende lijnen gestalte krijgen nu meer uitvoerige beschouwingen over deze kwestie reeds in het eerste deel van deze studie worden aangetroffen. Vanuit drie kenmerken van het regelisme wordt langs drie lijnen een transitie uitgevoerd naar een alternatieve benadering. In de evaluatie wordt ten slotte getoetst of deze visie ook aan de twee overige twee randvoorwaarden voldoet (4.4).

4.2 INTUÏTIEF ONDERZOEK NAAR DE SFEER VAN HET NORMATIEVE

4.2.1 Inleiding

De beschouwing opent met de beroemde ‘vader-en-zoon’-casus uit de rechtstheorie van Hart. Getracht zal worden om aan te tonen dat Hart de normatieve dimensie van deze casus onvoldoende inzichtelijk maakt (4.2.2). Vervolgens

zal aan de hand van het concept van de ‘materiële redenering’ naar een alternatieve benadering worden gezocht (4.2.3). Ten slotte worden de intuïtieve bevindingen samengevat (4.2.4).

4.2.2 De ‘vader-en-zoon’-casus van Hart

Het zevende hoofdstuk van *The concept of Law* van Hart opent met de vraag hoe algemene gedragsregels in een samenleving worden overgedragen. Hart onderscheidt twee vormen van overdracht: regelgeving en precedent. Het verschil tussen beide vormen maakt hij duidelijk aan de hand van twee *simple non-legal cases*.

“One father before going to the church says to his son, ‘Every man and boy must take off his hat on entering a church’. Another baring his head as he enters the church says, ‘Look: this is the right way to behave on such occasions; do as I do’”.¹

Hoe kan de zoon in het laatste geval weten welke regel wordt toegepast? Hart erkent dat het leren van een regel door middel van een precedent bepaalde onzekerheden met zich meebrengt: neemt men de hoed af met de linker- of rechterhand? moet het snel of langzaam? mag de hoed in de kerk weer op of niet?² Deze uitleggingsproblemen versluieren een andere, radicale kwestie. Stel dat de jongen het voorval interpreteert als: ‘wie zijn hoed afzet, behoort een kerk binnen te lopen’. Dit is op het eerste gezicht absurd; het is de omgekeerde moraal. Hoe absurd deze lezing ook mag zijn, onmogelijk is zij niet. Het gedrag van de vader is immers zonder meer met deze regel verenigbaar. Zou de jongen achteraf vertellen wat hij heeft geleerd, dan zou de vader terstond ingrijpen: “dit is de verkeerde regel”, zo zou hij spreken, “wat ik bedoelde was de regel van H.L.A. Hart!”. Maar hoe kan zijn zoon weten dat hij déze regel bedoelde? Hij zou de regel reeds moeten kennen om hem te kunnen leren. En zelfs *als* de zoon de regel kent, dwingt niets hem tot een keuze in de door zijn vader bedoelde zin. De lezing van de zoon blijft ook in dat geval met het gedrag van zijn vader verenigbaar en is dus verdedigbaar.³ Laat ik het over een andere boeg gooien. Men zou kunnen beweren dat het allemaal aan die jongen ligt. Dat komt ervan als men zo weinig is ingevoerd in het reilen en zeilen van het dagelijks leven. Dit argument treft geen doel. Het ingevoerd raken in het reilen en zeilen van het dagelijks leven bestaat uit het leren van de regels van dat dagelijks leven.⁴ En ook bij het leren van

1 H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, Oxford: Clarendon Press 1998, (1e druk 1961), p. 124; de toevoeging ‘do as I do’ staat op p. 125.

2 Hart 1998, p. 125.

3 Dit gegeven toont aan dat de onzekerheid omtrent de vraag welke regel wordt toegepast niet wordt weggenomen door de eerste wijze van communicatie via regelgeving.

4 Althans volgens de interpretatie van Hart.

díe regels doet zich keer op keer de mogelijkheid voor van een onbeslisbare, radicale misinterpretatie.⁵ Misschien wéét die jongen wel weinig maar dat is in verband met onderhavige problematiek geen geldig verwijt. En niet *kunnen* weten is niet verwijtbaar.

Het argument dat ik hier ontwikkel is niet nieuw. Het betreft het centrale probleem van de *Philosophical Investigations* van Wittgenstein.⁶ Om twee redenen breng ik dit argument in verband met de rechtstheorie van Hart. In de eerste plaats vormt de gesignaleerde problematiek de aanleiding om een alternatieve visie op de sfeer van het normatieve te ontwikkelen. Wat de casus van Hart duidelijk maakt is dat normatief handelen gelijk is aan het handelen overeenkomstig voorafgegeven regels. Dat uitgangspunt maakt het noodzakelijk om uitvoerig stil te staan bij de communicatie van regels. Of zij nu via regelgeving of precedent verloopt, beide vormen van overdracht moeten erin resulteren – en garanderen – dat de betrokkene de juiste regel ‘voor ogen’ krijgt zodat deze vervolgens met een syllogistische operatie kan worden toegepast.⁷ Zou de zaak hier spaaklopen dan zou die aloude theorie van syllogistische regeltoepassing een reus op lemen voeten zijn. Dat Hart zijn argumenten uiteenzet aan de hand van een alledaags en onbeduidend voorval is zo interessant omdat juist daar zijn normatieve visie het minst overtuigt. De vraag is in feite hoe de normatieve dimensie van de door hem geschetste casus begrepen moet worden.

In de tweede plaats grijp ik de gelegenheid aan om een zonderlinge stand van zaken ten aanzien van de Wittgenstein-receptie door juristen aan de kaak te stellen. Hart staat aan het begin daarvan (wat als het om vrouwen ging ‘de eerste golf’ zou worden genoemd), de schrijvers van de *Critical Legal Studies* kunnen als een voorlopig eindpunt worden beschouwd.⁸ Deze receptie kenmerkt zich door deze onevenwichtigheid: waar Hart te weinig radicaal is, zijn de schrijvers van de *CLS*-beweging het teveel. Met enige verwondering moet

5 Waarbij het voorvoegsel ‘mis’ gebruikt wordt vanuit het perspectief van de vader. Het uiteindelijke probleem is dat er geen maatstaf bestaat om iets als juist of onjuist te kwalificeren waardoor de term ‘misinterpretatie’ zinloos is.

6 L. Wittgenstein, *Philosophical Investigations*, 2nd edition, Oxford: Blackwell Publishers, 1958, § 201: “this was our paradox: no course of action could be determined by a rule, because every course of action can be made out to accord with the rule”. Ik volg de interpretatie van deze passage door Kripke. S. Kripke, *Wittgenstein on Rules and Private Language, an Elementary Exposition*, Oxford: Blackwell Publishers, 1982, p. 7-54.

7 Hart 1998, p. 125.

8 Ik doel op schrijvers als S. Fish, *Doing What Comes Naturally, Change and the Rethoric of Theory in Literary and Legal Studies*, Durham and London: Duke University Press, 1989; D. Kennedy, *A Critique of Adjudication*, Harvard University Press, 1997, dezelfde “Form and Substance in Private Law Adjudication” in: *Harvard Law Review* 89, 1976, p. 1685 e.v. De reactie van de aanstichter van dit alles, Jacques Derrida, is teleurstellend, zie J. Derrida, *Force de la loi. Le ‘Fondement mystique de l’autorité’*, Parijs: Editions Galilée, 1994; Ned. Vert. R. Sneller, *Kracht van wet*, Kampen: Agora, 1994, m.n. p. 48-57.

worden vastgesteld dat Hart, mede met het oog op zijn befaamde *open texture*,⁹ zich uitdrukkelijk als een Wittgenstein-adept¹⁰ afficheert, terwijl hij het move-rende argument van Wittgenstein volledig passeert. Wat de onderzoeken van Wittgenstein een fundamenteel karakter verleent, is niet in de eerste plaats zijn analyse van vage termen – al was hij op dit punt een pionier – zijn fundamentele inzicht is dat het volgen van regels tot onoplosbare conceptuele problemen leidt. Waar Wittgenstein op aanstuurt is dat het concept van regeltoepassing *als zodanig* problematisch is, afgezien van het gegeven of de bewuste regel meer of minder vaag is.¹¹ Bij de schrijvers van de CLS-beweging gebeurt precies het omgekeerde. Zij exploiteren het argument van Wittgenstein door aan elk rechtstelsel een radicale onbeslisbaarheid toe te schrijven en achten zich vervolgens ontslagen van een zorgvuldige analyse van de *open texture*, verschillende vormen van ambiguïteiten en andere problemen van regeltoepassing.¹² Beide kwesties spelen op een ander conceptueel niveau en moeten dus worden onderscheiden; zij verhouden zich tot elkaar als de wegen van een ongelijkvloerse kruising.

Een volgende opmerking ten aanzien van de casus van Hart betreft de toevoeging 'do as I do'. In deze uitspraak komt het woord 'do' in verschillende gedaanten voor. De eerste maal speelt het een *imperatieve* rol: het maakt duidelijk dát de zoon zich in de gegeven situatie op een bepaalde wijze behoort te gedragen. De tweede maal speelt het een *indicatieve* rol: het maakt duidelijk hoe men zich in de gegeven situatie gedraagt (namelijk overeenkomstig het gedrag van de vader op het moment van de uitspraak). In feite zegt de vader: pas de toepasselijke regel toe. Hiervoor werd aangetoond dat de keuze van die regel onzeker is. Dat deze onzekerheid zich bij zijn toepassing *herhaalt*, maakt het probleem oncontroleerbaar. De kwestie is dat geen enkele regel zijn eigen toepassing kan regelen. En dus zal een keuze moeten worden gemaakt uit een verzameling van metaregels die de toepassing van regels regardeert. En de toepassing van metaregels voert op haar beurt tot een keuze uit de verzameling van metametaregels die de toepassing van metaregels regardeert.

-
- 9 Hart 1998, p. 123, uitwerking op p. 128-136. Het curieuze is dat deze term niet van Wittgenstein afkomstig is maar van Waismann die de gedachten van Wittgenstein toegankelijk heeft gemaakt; F. Waismann, *How I see philosophy*, New York: St. Martin's Press, 1968, p. 32. Deze receptie is overigens niet geheel zuiver verlopen: Waismann zet de 'open texture' af tegen andere vormen van vaagheid: in het eerste ziet hij de *mogelijkheid* van vaagheid. Bij Hart vloeien beiden vormen ineen.
 - 10 Dat blijkt niet alleen in *The Concept of Law*, ook in zijn latere werk worden de denkbeelden van Wittgenstein onderschreven en de nadere ontwikkeling daarvan door Austin toegejuicht. H.L.A. Hart, "Jhering's Heaven of Concepts and Modern Analytical Jurisprudence", in: *Essays in jurisprudence and philosophy*, Oxford: Clarendon Press, 1983, p. 275-276.
 - 11 Voor de verhouding tussen het verschijnsel van vaagheid en de analyse van Wittgenstein verwijs ik naar het eerste deel van deze studie. Zie voorts de beschouwingen van C. Yablon, "Law and Metaphysics", *Yale Law Journal* 613, 1987, p. 96; zie voorts in kritische zin, B. Bix, *Law, language and Legal Determinacy*, Oxford: Clarendon Press, 1993, p. 37.
 - 12 Vgl. de analyse in par. 3.4.3.

Ad infinitum.¹³ Het concept van regeltoepassing brengt zichzelf in onverzadigbare problemen; het imperatieve ‘do as I do’ moet in feite worden gelezen als ‘do as I do’ – *repent*.

Inmiddels brandt het bezwaar op de lippen: waarom zou men zo moeilijk doen? Het gaat hier om een eenvoudige casus, het type tafereel dat zich talloze malen per dag afspeelt zonder enige problemen te veroorzaken. De analyse daarvan als een uitdrukkelijk proces van regeltoepassing met in haar kielzog een gigantische repeterende problematiek, stuit om een of andere reden krachtig tegen de borst. Waar het op neerkomt, is dat de analyse intuïtief niet aannemelijk is. Laat ik op voorhand helder zijn: dit bezwaar heeft van harte mijn instemming. Mijn punt is alleen dat ik niet weet wat het bezwaar *betekent*. Is een zekere onwennigheid niet eigen aan elke analyse die zichtbaar maakt wat verborgen is, het latente manifest? Of wijst het bezwaar op een *onjuistheid* in de analyse die de weg zou moeten banen voor een andere verklaring van de normatieve dimensie van de geschetste casus? Laat ik een definitief oordeel opschorten en het bezwaar eerst handen en voeten geven.

4.2.3 Het innemen van onuitgesproken normatieve posities

Handelen en oordelen zijn normatieve activiteiten.¹⁴ Beide kunnen aan de hand van een norm op juistheid worden getoetst. Het oordeel dat deze vloeistof een zuur is wordt gedragen door de regel dat een zuur lakmoespapier rood kleurt (en de feitelijke vaststelling dat het papier na indoping rood is). Dat twee mensen bij een ontmoeting elkaar de rechterhand schudden hangt samen met de regel dat men bij ontmoetingen elkaar de rechterhand behoort te schudden. Als ik mij in het volgende dus in eerste instantie tot oordelen beperk, is dat slechts een bijzonder geval van wat in beginsel het gehele terrein van handelen en oordelen bestrijkt.

Een zoon vraagt aan zijn vader: “waarom zet je je hoed af?” De vader antwoordt: “omdat ik een kerk binnenloop”. Een zoon vraagt aan zijn vader: “waarom zeg je niet dat je een vliegbrevet hebt, dan kunnen we de lucht in”.

13 M.i. doet zich dit probleem ook voor bij de keuze van een probleemanalyse zoals Kennedy schetst. Dat is de reden dat de kritiek van Kennedy radicaler is dan hij zelf suggereert, vgl. 3.4.3.

14 Deze constatering is niet onproblematisch. Als een redenering primair als handeling wordt opgevat (en niet als de logisch correcte samenhang tussen de onderdelen van een redenering) is zij de overkoepelende categorie waarvan de redenering een bijzonder geval is. En dat betekent dat beide categorieën *onder* elkaar en niet *naast* elkaar geplaatst moeten worden. Ik denk overigens niet dat deze overwegingen het normatieve karakter van deze categorieën raakt; in zoverre kan ik dus met de constatering instemmen.

De vader antwoordt: “omdat het een leugen is”. “Waarom zijn de straten nat?”, is de vraag. “Omdat het regent”, luidt het antwoord.¹⁵

Deze redeneringen zijn alle ongeldig. Omdat ze onvolledig zijn. Wat ontbreekt, is een regel die de redenering sluitend maakt. Eerst door het toevoegen van de bewuste regel ontstaat een logisch geldige gevolgtrekking. Wie een kerk binnenloopt, behoort zijn hoed af te zetten. Men behoort niet te liegen. Als het regent worden de straten nat. Wat in de conversatie plaatsvindt, is een *verkorting* van een redenering, een zogenaamde *enthymeme*.¹⁶ Pas met het formuleren van de regel wordt de redenering geldig en komt de normatieve dimensie van de casus aan het licht. In de conversatie komt de bewuste regel weliswaar niet met zoveel woorden tot uitdrukking, zo zou men kunnen redeneren, maar de gespreksdeelnemers hebben hem natuurlijk wel ‘voor ogen’. Dat moet ook wel want anders kan men hem niet toepassen en dan zou het hele idee van het volgen van voorafgegeven regels in gevaar komen. Dat dit gevaar niet denkbeeldig is, brengt de argumentatie in een beslissend stadium.

Moet de afwezigheid van een regel in dergelijke dagelijkse handelingen en oordelen nu worden opgevat als een slordige gewoonte of, vriendelijker, *a matter of convenience*? Of kunnen deze handelingen en oordelen, hoewel formeel logisch onvolledig, niettemin als materieel juiste gevolgtrekkingen worden beschouwd?¹⁷ Een bevestigend antwoord op de laatste vraag zou impliceren dat de normatieve dimensie van het dagelijks leven niet zonder meer de gearticuleerde structuur heeft van voorafgegeven regels die op gedetailleerde wijze gedrag voorschrijven. En dat gegeven zou een nieuw licht werpen op de hiervoor beschreven en als onwennig ervaren problematiek van het regelisme.¹⁸

Ter zake. Het concept van de materiële redenering heeft lange tijd een verborgen bestaan geleid. Zij werd aan het zicht onttrokken door haar ondergeschikte – preciezer: parasitaire positie – ten opzichte van de logisch geldige redenering. Het is Frege geweest, een tijdgenoot van Sigwart, die in zijn jonge werk aan de materiële redenering aandacht besteedt;¹⁹ via zijn leerling Carnap

15 R.B. Brandom, *Making It Explicit, Reasoning, Representing, and Discursive Commitment*, Cambridge (Massachusetts): Harvard University Press, 1994, p. 243-249. De uitspraak ‘als het regent worden de straten nat’ waarmee vrijwel elke inleiding tot de logica opent, is voor Sellars het aanknopingspunt om de materiële redenering te introduceren, W. Sellars, “Inference and Meaning”, *Mind* 62, 1953, p. 313, herdrukt in: *Pure Pragmatics and Possible Worlds, the early essays of Wilfrid Sellars*, (ed. J.F. Sicha), Atascadero: Ridgeview Publishing Company, 1980, p. 261-286.

16 Sellars 1953, p. 313.

17 Sellars 1953, p. 315-316.

18 Vgl. par. 3.3.

19 G. Frege, *Begriffsschrift, eine der arithmetischen nachgebildeten Formalsprache des reinen Denkens*, Halle: Louis Nebert, 1879; het is Brandom die Frege vanuit dit perspectief interpreteert; voor een bondig overzicht zie R.B. Brandom, *Articulating Reasons, an introduction to inferentialism*, Cambridge (Massachusetts)/London: Harvard University Press, 2000, p. 49-52.

wordt zijn analyse overgedragen aan Sellars die haar tot de hoeksteen van zijn filosofie heeft gemaakt.²⁰

Een materiële redenering kan worden omschreven als het leggen van een inhoudelijk verband tussen twee of meer elementen van een redenering.²¹ Doorgaans wordt een redenering opgevat – zo ook in de rechtstheorie van Hart – als het logische, dwingende verband tussen haar bestanddelen. De materiële redenering ziet op een redenering in een andere betekenis van het woord: de redenering als proces, als het *leggen* van een inhoudelijk verband tussen haar elementen.²² Om het wezenlijke verschil tussen beide vormen van redeneren inzichtelijk te maken, schets ik een klassiek verhaal van Lewis Carroll.²³

De schildpad en Achilles kuieren langs de bosrand. Achilles wil dat de schildpad conclusie Z accepteert. De premisses A en B wil hij aanvaarden, maar Z niet. Daarop introduceert Achilles een nieuwe premisse C: ‘als A en B, dan Z’. Ook C wordt door de schildpad aanvaard, maar opnieuw weigert hij Z. Verontrust legt Achilles aan de schildpad uit dat wie C accepteert logisch is *gedwongen* ook Z te accepteren. Dus introduceert hij premisse D: ‘wie A, B én C accepteert, is *logisch gedwongen* Z te accepteren’. De schildpad is bereid om D te aanvaarden. Maar van Z wil hij niets weten. En zo blijft Achilles nieuwe premissen invoeren zonder de schildpad tot Z te kunnen bewegen.

Wat het verhaal duidelijk maakt is dat er een onderscheid bestaat tussen de logische samenhang van de onderdelen van een redenering en de bereidheid de redenering te *voeren*.²⁴ Maar ook anders. Niet alleen dat de logische vorm van een redenering niets zegt over de bereidheid de redenering te voeren, omgekeerd speelt er bij voeren van een redenering méér dan door haar logische vorm kan worden verklaard. Dit maakt het concept van de materiële redenering actueel.²⁵

20 Voor een historische beschouwing zie R.B. Brandom, *Tales of the Mighty Dead, Historical Essays in the Metaphysics of Intentionality*, Cambridge (Massachusetts)/London: Harvard University Press, 2002, p. 57-75 en 83-89.

21 In de schaarse literatuur over de materiële redenering wordt overigens geen definitie of algemene beschrijving aangetroffen.

22 Voor de civilist is deze vorm van ambiguïteit niet onbekend: de term ‘overeenkomst’ en ‘ondertekening’ zijn op gelijke wijze ambigue. Vgl. Asser/Hartkamp II, 2005, nr. 8; Max Black noemt het de *process-product-ambiguity*; zie met instemming W.O. Quine, *Words and Objects*, Cambridge, Massachusetts: MIT Press, p. 130.

23 L. Carroll, “What the Tortoise Said to Achilles”, *Mind*, vol. IV, 1895, p. 278-280; het verhaal is een eeuw later opnieuw afgedrukt met enkele kritische beschouwingen, zie *Mind*, vol. 104, 1995, p. 691 e.v.; ik geef hier een sterk verkorte versie die zakelijk hetzelfde probleem weergeeft. Ik ontleen de associatie van dit verhaal met onderhavige problematiek aan G. Harman, “Logic and Reasoning”, *Synthese* 60 (1984), p. 107-128.

24 Deze observatie wordt ook aangetroffen bij Harman 1984, p. 107-128; zij kenmerkt zich door *top-down* benadering, naar mijn idee is de *bottom-up*-observatie (zie volgende zin) meer adequaat.

25 Het volgende valt buiten het kader van dit betoog. Op het gevoel af zou ik menen dat de beweging van het zich voltrekken de eigenlijke zaak betreft en niet het materieel-zijn van de redenering. In het dagelijks leven vinden talloze redeneringen plaats die zowel formeel

Wie stelt dat Leiden ten zuiden ligt van Amsterdam, kan de gevolgtrekking maken dat Amsterdam ten noorden ligt van Leiden. Wie bliksem ziet, kan de conclusie trekken dat donder zal volgen. Niet dat de inhoud van het concept het gebruikt dicteert – dat is immers (regelistische) regeltoepassing – maar omgekeerd, het gebruik bepaalt de inhoud van het concept dat in de redenering voorkomt. Dat bijvoorbeeld het concept ‘een goed milieu’ vandaag een andere inhoud heeft dan vijftig jaar geleden is uitsluitend het gevolg van een gewijzigd gebruik ervan in de dagelijkse praktijk van het redeneren. Het verschil dus of men kan concluderen dat de rivieren schoon zijn of dat de erfenis is veiliggesteld. Niet dat men dan een gewijzigde regel ‘voor ogen’ heeft die met een syllogistische operatie wordt toegepast, het is alles een praktische *know how* van het gebruik van woorden in de samenleving op een bepaald moment in de tijd.²⁶

Om nu te voorkomen dat deze constatering terstond wordt gerelativeerd als een welkome correctie op een overigens regelistisch model, is het zaak om de normatieve consequenties ervan onder ogen te zien. De betekenis van een woord wordt bepaald door het een (materiële) positie toe te kennen in de praktijk van het redeneren. Met het toekennen van deze positie – een praktische handeling – wordt het woord impliciet gedefinieerd.²⁷ Deze definitie ligt niet aan het gebruik ten grondslag; zij ligt in dat gebruik *besloten*. Door het gebruik van een woord, op een bepaald moment in de tijd, in bepaalde omstandigheden, wordt dus tegelijk een normatieve positie ingenomen. De normatieve dimensie van dat gebruik bestaat echter niet expliciet in wat men *denkt* maar impliciet in wat men *doet*.²⁸ Als iemand spreekt over een ‘vlak tuinpad’ en zijn gesprekspartner verwijst vervolgens naar het vlakke bureaublad op zijn kantoor terwijl een derde ten slotte spreekt over de vlakheid van een aluminiumplaat, dan wordt in deze conversatie door de opeenvolgende kwalificaties impliciet de ‘standaard van precisie’ verhoogd. Niet dat telkens een meer aangescherpte regel wordt toegepast: die aanscherping vloeit uit de opeenvolgende verklaringen van de gespreksdeelnemers voort. Een van de kenmerken van (discursief) taalgebruik is dat gespreksdeelnemers op grond van hun verklaringen en gedragingen ongemerkt normatieve posities innemen;

als materieel ongeldig zijn. Zijn dat nog redeneringen? Men zou het simulatie kunnen noemen. Of louter de beweging of motoriek van een redenering. Maar is het niet de redenering in haar meest zuivere vorm? In een andere dan formele of materiële zin? Is het niet eigenaardig dat het *voltrekken* van een redenering Sellars tot een concept voert dat daarvan het (materiële) *resultaat* is? Wat blijft er dan nog van de beweging van het zich voltrekken over? En staat die beweging onder het regime van regels, als de choreografie van een argumentatie?

26 De term *know how* in dit verband is afkomstig van Brandom 2000, p. 48.

27 W. Sellars, “Language, Rules and Behavior” in: *Pure Pragmatics and Possible Worlds, The early essays of Winfrid Sellars* (ed. J.F. Sicha), Atascadero: Ridgeview Publishing Company, 1980, p. 142.

28 Brandom 1994, p. 105-116; Brandom 2000, p. 4 en 45-61.

taalvaardigheid bestaat uit het vermogen tot het bijhouden van deze ‘normatieve score’ van een conversatie.²⁹

Per saldo is van een voorafgegeven regel die men ‘voor ogen’ heeft en vervolgens toepast geen sprake – men *handelt* eenvoudig zo.³⁰ Vervolgens is het weliswaar *mogelijk* om de normatieve dimensie van deze dagelijkse handelingen te expliciteren tot een regel met een herkenbare en gearticuleerde structuur, maar voor een juist begrip daarvan is dat niet *noodzakelijk*.³¹ Een en ander voert tot de conclusie dat de normatieve dimensie van het dagelijkse leven niet is beperkt tot in regels gearticuleerde normen die op gedetailleerde wijze gedrag voorschrijven.

4.2.4 Resultaat

In de voorgaande is een andere visie op de door Hart geschetste casus ontwikkeld. Het model van voorafgegeven regels die syllogistisch moeten worden toegepast bleek intuïtief niet aannemelijk omdat het dagelijkse leven eenvoudig niet uit het voortdurend toepassen van regels bestaat. De afwezigheid daarvan wijst noch op een slordige gewoonte noch op een normatief vacuüm. In de praktijk van het handelen en redeneren ligt een normatieve dimensie *besloten*. Leren hoe men zich moet gedragen of het nu gaat om taalgebruik, het afzetten van een hoed als men een kerk binnenloopt of het in acht nemen van de in de gegeven situatie vereiste zorgvuldigheid het is alles primair het verwerven van een praktische vaardigheid, een *sich einüben in einer Lebenspraxis*.³² Rest nog de taak om deze vaststelling argumentatief te onderbouwen.

29 De term ‘normatieve score’ ontleen ik aan het Engelse ‘deontic scorekeeping’, afkomstig van D. Lewis, “Scorekeeping in a Language Game”, *Philosophical Papers, Volume I*, Oxford: Oxford University Press, 1983, p. 233-249. Lewis toont aan dat het gebruik van het predikaat ‘vlak’ niet inconsistent is zoals Unger heeft verdedigd (vanwege het gegeven dat het altijd mogelijk is om een nóg vlakker voorwerp te vinden).

30 Zie ook Wittgenstein die keer op keer met een zekere korzeligheid opmerkt: ‘zo handelen we nu eenmaal’, ‘zo is het gebruik van woorden’. Bij Wittgenstein lijken deze handelingen en gebruiken te worden opgevat als louter regelmatige gedragspatronen waardoor de normatieve dimensie verloren gaat. Het aantrekkelijke van de benadering van Sellars is dat hij deze handelingen en gebruiken centraal stelt zonder de normatieve dimensie kwijt te raken.

31 Eenzelfde lijn van argumentatie wordt aangetroffen bij Davidson (al is het verschil met Sellars in normatief opzicht significant). R. Davidson, “Intending”, *Actions and Events*, Oxford: Oxford University Press, 1980, p. 84: “We cannot suppose that whenever an agent acts intentionally, he goes through a process of deliberation or reasoning, marshals evidence, and draws conclusions. Nevertheless, if someone acts with an intention, he must have attitudes and beliefs from which, had he been aware of them at the time, he *could* have reasoned that his action was desirable (or had some other positive attribute).”

32 A. Wellmer, “Verstehen und Interpretieren”, *Deutsche Zeitschrift für Philosophie*, nr. 45, 1997, p. 393.

4.3 DE CRISIS VAN HET REGELISME: DRIE WITTGENSTEINIAANSE ARGUMENTEN

4.3.1 Inleiding

De intuïtieve beschouwingen van de vorige paragraaf voerden tot een nieuwe visie op de sfeer van het normatieve. In deze paragraaf wordt de aanzet gegeven om deze visie argumentatief te onderbouwen. De eerste fase bestaat uit het in kaart brengen van een drietal conceptuele problemen rond regeltoepassing volgens het regelistisch model die in de filosofie van Wittgenstein worden aangetroffen. Hiermee is niet gezegd dat het onderstaande een eigen lezing of een specifieke interpretatie van Wittgenstein beoogt te bieden; in zekere zin wil het slechts bondig duidelijk maken tot welke interpretaties Wittgenstein *aanleiding* heeft gegeven. Het gaat mij om drie kritische lijnen die in het werk van de late Wittgenstein in zake het volgen van regels worden aangetroffen en die in de receptie van zijn werk van nadere contouren zijn voorzien.³³

Na een korte beschouwing over de receptie van Wittgenstein (4.3.2) volgt in de eerste plaats het logische probleem van de oneindige regressie (4.3.3). In de tweede plaats is er het diachrone probleem van de toepassing van een regel op toekomstige gevallen (4.3.4). In de derde plaats is er het synchrone probleem van de afstand tussen regel en geval, die door de toepassing van de regel moet worden overbrugd (4.3.5). Deze problemen hangen met elkaar samen en zijn alle gericht op het ontmantelen van de voorstelling dat het volgen van een regel is gebaseerd op een innerlijke voorstelling van de regel in kwestie. Elk van deze lijnen kenmerkt zich door een hoge moeilijkheidsgraad; bekendheid met civielrechtelijke problemen van regeltoepassing kan echter, hoewel afkomstig uit een andere probleemcontext, voor een juist begrip behulpzaam zijn. De paragraaf wordt met een evaluatie afgerond (4.3.6).

4.3.2 De receptie van de late Wittgenstein

“To present Wittgenstein’s argument precisely is to some extent to falsify it”³⁴ – met deze karakteristiek kenschetst Kripke de moeilijkheid die een bespreking van Wittgenstein met zich meebrengt. Dat zijn filosofie zich niet eenvoudig in heldere lijnen laat neerzetten, is niet alleen het gevolg van de stylistische voorkeuren van Wittgenstein, het hangt ook samen met de aard van het

33 Dat het late werk van Wittgenstein met een aan Wellmer ontleende term, treffend als *ungeschützt* wordt aangeduid, bemoeilijkt de receptie ervan. Vgl. A. Wellmer, “Ludwig Wittgenstein – Über die Schwierigkeiten einer Rezeption seiner Philosophie und ihre Stellung zur Philosophie Adornos”, in: *Eindspiele: Die unversöhnliche Moderne*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1993, p. 239-249.

34 Kripke 1982, p. 5.

onderwerp.³⁵ Wittgenstein stelt een gangbare voorstelling van zaken aan de kaak die zo overheersend is dat ook hij zich daaraan niet kan onttrekken. Met ‘overheersend’ doel ik niet slechts op het gegeven dat deze voorstelling wijd verbreid is, hoewel dat ook het geval is, maar dat een heldere en systematische uiteenzetting hem op de bekritiseerde voorstelling terugwerpt. Dat is de inhoudelijke achtergrond voor de stijl van de late Wittgenstein: een stroom van opmerkingen, argumenten en observaties die op het eerste gezicht tamelijk losjes met elkaar samenhangen.³⁶ De kritische argumenten die in deze stroom worden aangetroffen, passeren op pulserende wijze de revue, telkens aangezwengeld door een imaginaire interlocuteur die vragen stelt en antwoord uitlokt; de stilte die volgt is steeds tijdelijk om door nieuwe tegenwerpingen te worden verbroken.

Met Kant meent Wittgenstein dat rationaliteit samenhangt met het volgen van regels. Het gaat hier niet om de regelmatigheid van een causaal verband of die van een ingeslopen gewoonte.³⁷ Rationeel handelen onderscheidt zich van causale relaties en geconditioneerde gedragingen doordat op grond van een *concept* van een regel wordt gehandeld: men handelt overeenkomstig de regel die men ‘voor ogen’ heeft. Wat Wittgenstein in steeds wisselende varianten aan de kaak stelt, is dat het concept van een regel niet kan bestaan uit een vooraf gegeven expliciete beschrijving daarvan die correspondeert met een representatie daarvan in het hoofd. Deze kritiek op de ‘mentale voorstelling’ van een regel kan als een centraal element in de late filosofie van Wittgenstein worden beschouwd.³⁸ Zij wordt uitgeserveerd aan de hand van eenvoudige voorbeelden zoals het gebruik van kleurwoorden of het voortzetten van een mathematische reeks. Het gaat hem er niet om of deze voorbeelden juist of onjuist zijn – dat is telkens volstrekt helder – maar om de vraag wat het voorbeeld juist of onjuist *maakt*.³⁹ Op dit punt toont Wittgenstein aan dat een verwijzing naar een regel die men ‘voor ogen’ heeft tot onoplosbare problemen leidt en daarmee brengt hij het regelisme ernstig in diskrediet.

35 Kripke 1982, p. 5.

36 Een mooie beschrijving van de stijl van filosoferen van Wittgenstein wordt aangetroffen bij A. Wellmer, *Endspiele: die unversöhnliche Moderne*, Frankfurt am Main: Suhrkamp 1993, p. 239-249. Zie voorts D. Pears, *The false prison*, Oxford: Clarendon Press, 1987, p. 3-19 en in het bijzonder met betrekking tot het onderhavige argument, p. 336; P.M.S. Hacker, *Wittgenstein's Place in Twentieth-century Analytic Philosophy*, Oxford: Blackwell Publishers, 1996, p. 97 en p. 124.

37 Vergelijk mijn kritiek in par. 3.4.2 en 3.5.

38 S. Kripke 1982, p. 7; Pears noemt het ‘one of the recurrent themes’ in de *Philosophical Investigations*, Pears 1987, p. 328. De aandacht voor het wezen van de taal geeft volgens Hacker aan de onderzoeken ‘thematic unity’, Hacker 1996, p. 124.

39 Dit brengt hem tot de opmerking in §258: “But in the present case I have no criterion of correctness. One would like to say: whatever is going to seem right to me is right. And that only means that here we can’t talk about ‘right’”. Vgl. B. Bix, Law, *Language and legal determinacy*, Oxford: Clarendon Press, 1993, p. 36.

4.3.3 Het logische probleem van de oneindige regressie

Wittgenstein introduceert het probleem van de oneindige regressie aan de hand van een eenvoudig voorbeeld van iemand die in een groentewinkel vijf rode appels koopt. Om tussen de groene Granny Smith's en de gele Golden Delicious de juiste, roodkleurige appel te kiezen, moet de groenteman het concept 'rood' toepassen. De gangbare opvatting wil dat hij in zijn hoofd daarvan een voorstelling heeft waarmee de lettercombinatie r-o-o-d correspondeert. Hij kiest de juiste appel door de kleuren van de appels met deze 'mentale staalkaart' te vergelijken. Wat Wittgenstein in steeds wisselende varianten tegen deze visie aanvoert, is dat de winkelier al moet *weten* wat 'rood' is om op de mentale staalkaart de juiste kleur te kiezen. Voor die keuze zou men over een mentale metastaalkaart moeten beschikken. Zo brengt de klassieke voorstelling van het volgen van een regel zichzelf in overzadigbare problemen. Zij voert tot een intellectuele zonde van de ergste soort: de oneindige regressie. De keuze voor de regel die de toepassing van het woord 'rood' beheerst, wordt zelf beheerst door een meta-regel wiens keuze wordt bepaald door een metameta-regel, en zo verder.⁴⁰ Wittgenstein pareert deze problematiek door telkens, met een zekere toon van korzeligheid, naar het gebruik van woorden te verwijzen. 'Zo handelen we nu eenmaal.' 'Zo is het gebruik van woorden.' En, verwijzend naar de oneindige regressie: 'verklaringen moeten een keer een einde nemen'.⁴¹ Ik geef de bewuste passage hieronder weer, waarbij ik de imaginaire interlocuteur van zijn opponent onderscheid met de aanduiding 'Ludwig1' en 'Ludwig2'.

L1: Denke nun an diese Verwendung der Sprache: Ich schicke jemand einkaufen. Ich gebe ihm ein Zettel, auf diesem stehen die Zeichen: "fünf rote Äpfel". Er trägt den Zettel zum Kaufmann; der öffnet die Lade, auf welcher das Zeichen 'Äpfel' steht; dann sucht er in einer Tabelle das Wort 'rot' auf und findet ihm gegenüber ein Farbmuster; nun sagt er die Reihe der Grundzahlwörter – ich nehme an, er weiß sie auswendig – bis zum Worte 'fünf' und bei jedem Zahlwort nimmt er einen Apfel aus der Lade, der die Farbe des Musters hat. So, und ähnlich, operiert man mit Worten.

L2: Wie weiß mann aber, wo und wie er das Wort 'rot' nachschlagen soll und was er mit dem Wort 'fünf' anzufangen hat?

L1: Nun, ich nehme an, er *handelt*, wie ich es beschrieben habe. Die Erklärungen haben irgendwo ein Ende.

L2: Was ist aber die Bedeutung des Wortes fünf?

40 In de *Logical Investigations* wordt het regelscepticisme vanuit verschillend perspectief naar voren gebracht. De lijn van redeneren die hier is gekozen wordt met name in de eerste paragrafen van de LI aangetroffen. Zij is later met name verder ontwikkeld door W. Sellars, "Some reflections on language games" in: *Science, Perception and Reality*, Atascadero: Ridgeview Publishing Company, 1991, p. 321-358.

41 Vergelijk Wittgenstein 1958, §217: "If I have exhausted the justifications I have reached bedrock, and my spade is turned. Then I am inclined to say: "This is simply what I do".

L1: Von einer solchen war hier gar nicht die Rede, nun davon, wie das Wort ‘fünf’ gebraucht wird.

De bezwaren die Wittgenstein hier, op het eerste gezicht tamelijk ongeprofileerd introduceert, beperken zich niet tot taalgebruik (dit is een rode appel, het gras onder mijn voeten is groen, hij staat hier, zij staat daar) maar strekken zich uit over het gehele terrein van handelen op grond van regels. Wie met een roddel wordt geconfronteerd, kan met toepassing van de regel ‘men behoort elkaar niet nodeloos te schaden’ concluderen: ik vertel deze roddel niet verder. Maar hoe kan hij uit de waaier van regels die hij in zijn hoofd aantreft (‘men moet zich behoorlijk gedragen’, ‘men behoort niet te liegen’, ‘men drage geen hoed ter kerke’, ‘men schade elkaar niet nodeloos’) de juiste keuze maken? Men zou over een metawaaier van regels moeten beschikken om tot de juiste keuze te komen en die keuze is weer afhankelijk van een metametawaaier van regels, en zo verder tot in het oneindige.⁴²

4.3.4 Het diachrone probleem van de toepassing van regels op toekomstige gevallen

Het probleem van de oneindige regressie wordt versterkt en gedramatiseerd door een tweede kritische lijn in de *Logische Untersuchungen*: het diachrone probleem van het toepassen van regels op toekomstige gevallen. Kern van dat probleem is het gegeven dat de vraag of mijn toekomstig gedrag onderworpen is aan *dezelfde* regel als mijn gedrag in het verleden, niet beslissend kan worden beantwoord. Volgens Wittgenstein kan iedere nieuwe handeling in overeenstemming met een regel worden gebracht zonder dat een argument ons tot een keuze – en tot het volgen – van een bepaalde regel *dwingt*. Nu de notie van een regel juist van doen heeft met ‘toekomstige’ gebondenheid, raakt deze kritiek het volgen van een regel in het hart. Wittgenstein formuleert de kritiek in de vorm van een paradox: “this was our paradox: no course of action could be determined by a rule, because every course of action can be made to accord with the rule”.⁴³

Het gaat hier om een zeer lastig argument. Het punt is niet dat het praktisch duidelijk is of iemand een regel volgt; dat is doorgaans boven twijfel verheven. Het punt is evenmin dat het absurd is om het volgen van een regel zo radicaal in twijfel te trekken; dat een argument absurd is maakt het nog niet ongeldig. Het springende punt is dat er geen argument bestaat dat deze,

42 Deze eerste kritische lijn wordt op heldere wijze ook bij Sellars ten tonele gevoerd, zie noot 16. Bondig stelt hij: wie een taal beheerst moet de regels van die taal kennen; om deze regels te kennen moet men de taal leren waarin deze regels zijn gesteld; om deze taal te leren moet men deze regels (van de tweede orde) leren, en zo verder.

43 Wittgenstein 1958, §201.

op het eerste gezicht absurde twijfel kan *wegnemen*. Met andere woorden: Wittgenstein brengt een bezwaar naar voren dat *logisch mogelijk* is, maar *niet* kan worden weerlegd. Dat brengt hem tot zijn paradox. Ik zal deze lastige kwestie uit de doeken doen in een vorm die naar mijn idee het meest toegankelijk is, namelijk aan de hand van een beroemd voorbeeld van Kripke.⁴⁴

Kripke kiest het gebruik van het woord 'plus'. Dit woord verwijst naar een bekende regel uit de wiskunde. Ook al is het aantal optellingen dat iemand feitelijk heeft verricht eindig, wie over een *regel* voor optelling beschikt kan de som van willekeurig welke twee natuurlijke getallen uitrekenen. Stel nu dat door mij alleen optellingen van natuurlijke getallen lager dan 57 zijn verricht en mij gevraagd wordt naar de som van '68 + 57'.⁴⁵ Toepassing van de genoemde regel resulteert in het antwoord: 125. Stel nu dat ik een scepticus ontmoet die aan deze uitkomst twijfelt. Hij confronteert mij met de bizarre opmerking dat het juiste antwoord moet zijn: 5. Deze opmerking is absurd; men zou hem opnieuw naar school willen sturen en hem leren optellen. Niettemin is zijn opmerking niet onmogelijk. Kripke beschrijft de sceptische uitdaging aldus:

"[T]he idea is that, in this new instance, I should apply the very same function or rule that I applied so many times in the past. But who is to say what function that was? In the past I gave myself only a finite number of examples instantiating this function. All, we have supposed, involved numbers smaller than 57. So perhaps in the past I used 'plus' and '+' to denote a function which I will call 'quus' and symbolize by $\oplus$. It is defined by:

$$\begin{aligned} x \oplus y &= x + y \text{ if } x, y < 57 \\ &= 5 \text{ otherwise} \end{aligned}$$

Who is to say that this is not the function I previously meant by '+'? The sceptic claims (or feigns to claim) that I am now misinterpreting my own previous usage. By 'plus', he says, I *always meant* quus; (..) Now if the sceptic proposes his hypothesis sincerely, he is crazy; such a bizarre hypothesis as the proposal that I always meant quus is absolutely wild. Wild it indubitable is, no doubt it is false; but if it is false, there must be some fact about my past usage that can be sited to refute it. For although the hypothesis is wild, it does not seem to be a priori impossible".⁴⁶

Wat Kripke duidelijk maakt is dat de scepticus een absurde tegenwerping maakt die logisch mogelijk is, maar niet kan worden weerlegd. Want dat is het verrassende: er kan geen enkel feit of argument worden gevonden die de sceptische tegenwerping kan ontkrachten. Het debat met de scepticus moet

⁴⁴ Kripke 1982, p. 7-54.

⁴⁵ De beperking tot 'getallen lager dan 57' is uiteraard omwille van de helderheid gekozen; in werkelijkheid zal de verzameling van verrichte optellingen een wanordelijk geheel vormen. Het gaat er hier slechts om een optelling te geven die nog niet is verricht.

⁴⁶ Kripke 1982, p. 8-9.

wel in een patstelling eindigen. De verwijzing naar de functie ‘addition’, kan door hem worden gepareerd met de opmerking: nee, je bedoelde in het verleden altijd ‘quaddition’.⁴⁷ Ook als we de scepticus met een berg knikkers confronteren en de optelling voor zijn ogen *voortellen*, zal hij zeggen: “by count [you] formerly meant *quount*, where to ‘quount’ a heap is to count in the ordinary sense, unless the heap was formed as the union of two heaps, one of which is 57 or more items, in which case one must automatically give the answer ‘5’”.⁴⁸ Het weerwoord dat de optelling ‘*independent* of its composition in sub-heaps’ moet worden verricht, zal op het sceptische opmerking afketsen dat ik met het woord ‘independent’ in het verleden altijd bedoelde ‘*quindependent*’.⁴⁹

Het denken raakt verzeild in een Wittgensteiniaanse tredmolen zonder daaruit op *logische* gronden te kunnen ontsnappen. Het is de paradox van Wittgenstein: er bestaat geen rechtvaardiging dat je de ene betekenis op het oog had en niet een andere. Zolang je niet over de metaregel beschikt die de keuze voor de juiste regel bepaalt, kan elke regel in overeenstemming met mijn huidige handelen worden gebracht: “every course of action can be made out to accord with the rule”. En zelfs dát verplaatst slechts het probleem omdat, zoals bleek, de keuze tussen de meta-regels weer zal worden geregardeerd door metameta-regels en het probleem van de oneindige regressie optreedt. Het is, vanuit regelistisch perspectief, een desolate toestand. Kripke verwoordt haar in samenvattende zin:

“To say that there is a general rule in my mind that tells me how to add in the future is only to throw the problem back on to *other rules* that also seem to be given only in terms of finitely many cases. What can there be in my mind that I make use of when I act in the future? It seems that the entire idea of meaning vanishes into thin air”.⁵⁰

4.3.5 Het synchrone probleem van de afstand tussen regel en geval

De derde kritische lijn is wat minder eminent aanwezig en laat zich eenvoudiger beschrijven. Ik doel op het synchrone probleem van de afstand tussen regel en geval. Omdat het normatieve een principieel andere sfeer is dan het feitelijke, doet zich een ‘koppelingsprobleem’ voor. Er is het normatieve en het feitelijke – *and the twain shall never meet*. Het is dit ongrijpbare probleem dat aan het einde van de negentiende eeuw, met name in Duitse literatuur, aanleiding gaf om te spreken van de ‘kunst van de rechtsvinding’. Ook in Neder-

47 Kripke 1982, p. 11.

48 Kripke 1982, p. 16.

49 Kripke 1982, p. 17.

50 Kripke 1982, p. 22.

land wordt erkend dat de afstand tussen regel en geval lastig kan worden overbrugd, zoals de bekende term ‘de sprong van Scholten’ duidelijk maakt. Dit voor civilisten bekende probleem komt *ad passim* in de Logische Untersuchungen aan de orde. Ik sluit de bespreking van de kritiek op het regelisme af met een karakteristiek van Pears van deze derde kritische lijn.

“The point is not just that there is often a need to interpret rules by defining their terms, but also that the process of defining a term and then defining the terms in the definition cannot possibly close all gabs, because sooner or later there will have to be a leap, not guaranteed by any definition, from language to the world”.⁵¹

4.3.6 Resultaat

Drie problemen passeerden de revue: (i) het kiezen van de juiste regel (regressieproblematiek), (ii) het toepassen van ‘dezelfde’ regel op toekomstige gevallen (diachrone problematiek) en (iii) het afstemmen van een regel op het voorliggende geval (synchrone problematiek). Afgezien van de korzelige en pulserende stijl van de late Wittgenstein, laten zijn beschouwingen zich lezen als een juridisch-methodisch handboek. De conceptuele problemen die Wittgenstein signaleert hebben hun equivalent in de juridische problemen van regeltoepassing. De reden daarvan ligt in het gegeven dat het concept van een regel, waarop de kritische beschouwingen van Wittgenstein betrekking hebben, uiteindelijk van juristen afkomstig is. Het was immers Kant die de van De Groot en Pufendorf afkomstige gedachte dat de sfeer van het normatieve bestaat uit voorafgegeven regels die op gedetailleerde wijze gedrag voorschrijven, heeft verbreed tot het gehele terrein van handelen en oordelen.⁵² Ik merk terzijde op dat het eveneens geen toeval is dat in Wittgensteins betoog tevens het verschijnsel van vage termen, voor het eerst in de moderne filosofie, niet meer in pejoratieve maar in positieve zin aan de orde wordt gesteld. “Ga eens een stukje naar links” – dat een dergelijk vage gedragsaanwijzing in het dagelijks handelen wel degelijk effect sorteren was ook voor Wittgenstein een ‘ontregelend’ gegeven.

Uit het gegeven dat het regelisme hoe dan ook met ernstige conceptuele problemen kampt, kan echter nog geen steun worden gevonden voor de hiervoor langs intuïtieve lijnen ontwikkelde visie. Daartoe is een zelfstandige argumentatie vereist die in de volgende paragraaf ter hand zal worden genomen.

⁵¹ Pears 1988, p. 432.

⁵² Par. 3.3.2.

4.4 DE OVERGANG NAAR EEN NON-REGELISTISCHE VISIE

4.4.1 Inleiding

Het toepassen van een expliciete regel die men ‘voor ogen’ heeft – dat is met een grove streek de boodschap van het regelisme. In deze omschrijving worden drie met elkaar samenhangende kenmerken aangetroffen: (i) het normatieve kan slechts in de vorm van expliciete regels bestaan; (ii) van deze regels wordt in het denken een zuivere representatie aangetroffen; (iii) de toepassing van regels berust op een logisch geldige operatie.

In deze paragraaf wordt een principieel andere benadering voorgesteld die aanknoopt bij verschillende van de hiervoor genoemde suggesties doch die het niveau van het puur suggestieve probeert te ontstijgen. Deze niet-regelistische visie op de sfeer van het normatieve, ontleen ik aan het jonge werk van Sellars en de nadere articulatie daarvan door Brandom. Ik zet haar uiteen aan de hand van een drietal transitities, telkens vertrekkend vanuit een van de genoemde kenmerken van het regelisme.⁵³ Zoals al eerder werd opgemerkt is stilistisch en inhoudelijk gekozen voor bondigheid nu uitvoerige beschouwingen in het eerste deel van deze studie worden aangetroffen. Het gaat om de volgende transitities: van representatie naar inferentialisme (4.4.2), van de formele gevolgtrekking naar de materiële gevolgtrekking (4.2.3) en van regels expliciet in wat men *denkt*, naar regels impliciet in wat men in een bepaalde praktijk *doet* (4.3.4). In de evaluatie worden de bevindingen samengevat (4.3.5).

4.4.2 Van representatie naar inferentialisme

De term ‘inferentialisme’ is afgeleid van het Engelse *inference*, gevolgtrekking. Het maken van gevolgtrekkingen staat in het werk van de jonge Sellars centraal. Hij is hardnekkig gepreoccupeerd met de vraag: wat is een reden voor wat? Nu is een gevolgtrekking geen geïsoleerd gegeven; zij wordt aan beide zijden door argumenten omgeven. De vraag wordt ‘richting’ gegeven door haar te betrekken op het antecedens en het consequens van de redenering. Waaruit vloeit een argumentatief oordeel voort? Wat vloeit uit dat oordeel voort? Het gaat Sellars niet om enige logische competentie: het is de *praktische* vaardigheid van het maken van gevolgtrekkingen die bij hem centraal staat. *The game of giving and asking for reasons* – het vragen en geven van redenen. Waarin onderscheidt een stuk metaal, dat zijn omgeving in één van twee soorten kwalificeert door al dan niet te roesten, zich van een mens die met de opmerking ‘het is buiten vochtig’ eenzelfde classificatie aanbrengt? Waarin

53 Deze transitities ontleen ik aan het hoofdwerk van Brandom (Brandom 1994); in een latere introductie bij dat hoofdwerk geeft hij deze transitities scherpe contouren (Brandom 2000).

onderscheidt de papagaai die in de rozentuin uitroept: 'dit is rood', zich van een menselijke roodrapporteur die in dezelfde omstandigheden hetzelfde opmerkt? Het zijn verontrustende vragen waarmee Sellars zijn onderzoek naar de inhoud van concepten opent. Wat de reactie van het stuk metaal en de papagaai onderscheidt van de respons van de menselijke rapporteur, is dat alleen hij over een concept van 'vochtigheid' en 'rood' beschikt. In de klassieke visie daarop heeft de menselijke rapporteur een voorstelling van 'rood' en 'vochtigheid' voor ogen. Dit wil zeggen dat hij in zijn denken een regel aantreft voor het gebruik van deze concepten die hij vervolgens op de genoemde situaties met behulp van een logisch geldige operatie toepast. Het waren de onoplosbare problemen waarin deze voorstelling van zaken verzeild raakte, die haar ernstig in diskrediet brachten.

Sellars zoekt de verklaring lager bij de grond. Hij stelt eenvoudig vast dat een uitspraak als 'dit is rood' conceptuele inhoud heeft vanwege de rol die deze uitspraak in de praktijk van het maken van gevolgtrekkingen speelt. Als een mens zegt 'dit is rood' kan hij niet over hetzelfde object zeggen 'dit is groen'. Wie de opmerking hoort dat Amsterdam ten noorden ligt van Leiden, kan de gevolgtrekking maken: Leiden ligt ten zuiden van Amsterdam.

"To grasp or understand such a concept is to have practical mastery over the inferences it is involved in – to know, in the practical sense of being able to distinguish (a kind of know *how*), what follows from the applicability of a concept, and what is follows from".⁵⁴

Wie deze vaardigheid beheerst, heeft, om het ouderwets uit te drukken, de 'leeftijd des onderscheids' bereikt: hij wordt geacht de reikwijdte van zijn (linguïstische) gedragingen te overzien wat wil zeggen dat hij overzicht heeft over de inferentiële relaties waarvan de bewuste gedraging deel uitmaakt.

De identificatie van conceptuele inhoud met zijn rol in de praktische vaardigheid van het vragen en geven van redenen, brengt een tweetal consequenties met zich mee. Als de inhoud van een concept gelijk is aan zijn rol in het maken van gevolgtrekkingen, impliceert het gebruik van één concept vele andere. De benadering van Sellars is dus, gelijk aan die van Wittgenstein, holistisch van karakter. De aandacht voor de praktische vaardigheid van redeneren, brengt tevens een ander aspect in beeld dat voor de niet-regelistische benadering van de sfeer van het normatieve die hier wordt gepresenteerd, van eminent belang is. Wie een concept gebruikt moet niet alleen beschikken over de praktische vaardigheid om de relevante voorwaarden en consequenties van zijn toepassing te onderscheiden. Door het gebruik raakt hij tevens op een specifieke manier *geëngageerd*: hij staat jegens de deelnemers aan de praktijk in voor de juistheid van de inferentiële relaties waarin het concept zijn plaats heeft. Dat de gebruiker van een concept zich 'committeert'

54 Brandom 2000, p. 48.

noemt Brandom, de Sellariaanse draad voortbordurend, *inferential commitment*. Het betreft hier niet een ‘gebondenheid’ die haar bron vindt in een voorafgegeven regel; zij ontstaat in de praktijk van het vragen en geven van redenen. Dit normatieve aspect van het gebruik van concepten wordt bij de bespreking van de derde transitie nader uitgewerkt.

De eerste transitie brengt een ommekeer teweeg. De inhoud van een concept wordt niet bepaald door een zuivere representatie van een voorafgegeven regel die in het hoofd wordt aangetroffen en vervolgens met een logisch juiste operatie op een voorliggend geval wordt toegepast, uitmondend in de vaststelling: ‘dit is rood’. De inhoud van een concept wordt bepaald door de rol die het speelt in de ketting van gevolgtrekkingen. Het maken van dergelijke gevolgtrekkingen is een praktische vaardigheid en staat los van enige logische competentie. Het is weliswaar *mogelijk* om de praktische beheersing van concepten met behulp van logica te expliciteren, maar dat is geen *noodzakelijk* moment in de geldigheid van het redeneren. De analyse van Sellars beweegt zich, ook wat betreft haar verklarende potentie, uitsluitend op het concrete en praktische niveau. Een en ander werpt, zoals hiervoor al aan de orde kwam,⁵⁵ een ander licht op het verschijnsel van vaagheid. Dat een concept meer of minder vaag kan zijn, heeft in deze visie niets van doen met de afwijking of distorsie van een ‘zuiver’ origineel dat in het denken zou worden aangetroffen; het hangt samen met een meer of minder volledig inzicht in de inferentiële relaties die het concept omgeven.

De eerste transitie verlost het volgen van regels van de hooggestemde abstracties van Kant en Consorten. Het wordt naar de aarde teruggehaald en op menselijke maat gesneden. De andere twee transities geven nader reenschap van de aard van de gevolgtrekking en de (sociale) praktijk van het redeneren. Ik sluit de bespreking met een samenvattende karakteristiek van Brandom af.

“Understanding or grasping a propositional content is here presented not as the turning on of a Cartesian light, but as a practical mastery of a certain kind of inferentially articulated doing: responding differentially according to the circumstances of proper application of a concept, and distinguishing the proper inferential consequences of such application. This is not an all-or-none affair; the metallurgist understands the concept of *tellurium* better than I do, for training has made her master of the inferential intricacies of its employment in a way that I only crudely approximate. Thinking clearly is on this inferentialist rendering a matter of knowing what one is committing to by a certain claim, and what would entitle one to that commitment. Writing clearly is providing enough clues for a reader to infer what one intends to be committed to by each claim, and what one takes it would entitle one to that commitment. Failure to grasp either of these commitments is failure

55 In het eerste deel van deze studie.

to grasp the inferential commitment that use of the concepts involves, and so failure to grasp its conceptual content".⁵⁶

4.3.3 Van de formele gevolgtrekking naar de materiële gevolgtrekking

Dat de praktische vaardigheid van het maken van gevolgtrekkingen niets van doen heeft met een logische competentie, brengt Sellars ertoe redeneringen vanuit een ander dan logisch perspectief te beschouwen. Sellars introduceert in dit verband de *material inference*.⁵⁷

Volgens Sellars kan de juistheid van een gevolgtrekking niet uitsluitend op haar puur logische vorm worden teruggevoerd: zij omvat ook de inhoud van een gevolgtrekking. De gevolgtrekking kan materieel geldig zijn, afgezien van de logische vorm van de redenering. De redenering kan logisch sluitend gemaakt worden door een regel toe te voegen. Dat is echter slechts een *mogelijkheid* want die regel is voor de normatieve dimensie niet noodzakelijk. In de redenering 'Ik draag een stropdas want ik werk op een bank' is weggelaten: mannelijke bankmedewerkers behoren op hun werk een das te dragen. In de redenering 'ik vertel de roddel niet verder want ik wil hem nietodeloos schaden' ontbreekt: men behoort elkaar nietodeloos te schaden. Uit de vaststelling dat bij dergelijke redeneringen van een omissie sprake is blijkt wederom het regelistisch perspectief: de redenering is uitsluitend geldig op grond van haar *logische vorm* die door de toevoeging van een 'onderdrukte' premisse kan worden verduidelijkt.⁵⁸

De eerste transitie maakte duidelijk dat in de visie van Sellars de inhoud van een concept samenvalt met de rol die het speelt in het maken van gevolgtrekkingen. Het gaat dus niet om een inhoudelijk omlijnd concept dat *vervolgens* een rol speelt in het redeneren – dat zou een terugval in de klassieke voorstelling van zaken betekenen: de inhoud van het concept wordt met die rol *geïdentificeerd*. Met de tweede transitie wordt de geldigheid van redeneren niet louter teruggevoerd op formeel geldige gevolgtrekkingen. De geldigheid van redeneren wordt tevens door inhoudelijke relaties bepaald. Dit voert mij ten slotte tot de derde transitie.

⁵⁶ Brandom 2000 p. 63-64.

⁵⁷ Sellars 1953, 313-317; Brandom 1994, p. 243-349; voor een heldere introductie zie Brandom 2000, p. 52-55.

⁵⁸ Brandom 2000, p. 53.

4.4.4 Van regels expliciet in wat men *denkt* naar regels impliciet in wat men *doet*

Dat de inhoud van een concept gelijk is aan de rol die het speelt in het maken van (materiële) gevolgtrekkingen en dus beschouwd kan worden als ‘a move in the game of giving and asking for reasons’,⁵⁹ maakt de interpersoonlijke context van het maken van gevolgtrekkingen zichtbaar. Een gevolgtrekking maakt deel uit van een sociale praktijk; het gebruik van concepten heeft dus een wederkerig karakter.⁶⁰ Een dergelijke praktijk wordt niet beheerst door theoretische kennis of logische competentie: het gaat om een doen.⁶¹ Dit verklaart dat voor Brandom het *maken* van gevolgtrekkingen, het *verrichten* van taalhandelingen, het *tentoon spreiden* van houdingen van de deelnemers aan de bewuste praktijk, centraal staat. De derde transitie moet de normatieve dimensie die aan deze praktijk impliciet is, zichtbaar maken.

Door het maken van een gevolgtrekking (‘dit is rood’, ‘het is vochtig’) staat men aan de ene kant in voor passende omstandigheden die het maken van die gevolgtrekking rechtvaardigen, aan de andere kant voor de consequenties ervan. Dat instaan voor ‘wat eraan vooraf gaat’ en ‘wat erop volgt’ geeft een normatieve dimensie aan het gebruik van concepten. Het betreft namelijk een ‘engagement’ dat kritische evaluatie mogelijk maakt: het gedrag van de betrokkene kan op grond daarvan als juist of onjuist, als passend of niet passend worden beoordeeld.⁶² Met een overkoepelende term duidt Brandom dit engagement aan met de term ‘deontische status’.⁶³ Het gebruik van een concept heeft deontische status in de zin dat de gebruiker instaat voor de inferentiële relaties – wat vloeit eruit voort? waaruit vloeit het voort? – waarin het concept zijn plaats heeft. Deze gehoudenheid komt niet ‘van boven’. Het is zaak op dit punt niet in regelistische denkgewoonten te vervallen: het gaat niet om een gehoudenheid die is ‘opgelegd’ of haar bron vindt in een voorafgegeven regel.⁶⁴ De gehoudenheid bestaat uitsluitend bij gratie van andere deelnemers aan de bewuste praktijk die, door hun houding, aan de persoon in kwestie deze status *toekennen*.⁶⁵

In algemene zin kan worden vastgesteld dat rationeel handelen zich onderscheidt van causale en geconditioneerde gedragingen doordat het een verande-

59 Brandom 1994, p. 158.

60 Brandom volgt dus Wittgenstein met zijn *private language argument*, Wittgenstein 1958, § 258.

61 Wat Brandom hier persenteert kan als een uitwerking van Austins performatieven worden beschouwd. Dit is de achtergrond van de kritiek op Hart die weliswaar het gedachtengoed van Austin omarmt doch daaruit niet de consequenties trekt, zie hiervoor par. 4.2.2.

62 Brandom 1994, p. 159.

63 Brandom 1994, p. 159.

64 Brandom 1994, p. 160.

65 Brandom 1994, p. 162-163: “It is by reference to the attitudes of others toward the deontic status (attributing a commitment) that the attitude of the one whose status is in question (acknowledging of undertaking a commitment) is to be understood.”

ring in deontische status teweegbrengt.⁶⁶ Het toekennen en bijhouden van deze status is het moverende inzicht dat aan de theorie van Brandom ten grondslag ligt;⁶⁷ het vindt pregnant uitdrukking in de term *deontic score-keeping*.⁶⁸ Met deze term doelt hij op het toekennen en bijhouden van de 'deontische score' in het spel van het vragen en geven van redenen. Met deze analyse legt Brandom, in navolging van Sellars, een normatieve dimensie bloot die niet uit een externe bron voortvloeit maar impliciet aan een bepaalde praktijk bestaat. In samenvattende zin omschrijft Brandom zijn visie aldus:

"Here, then, is a way of thinking about implicitly normative social practices. Social practices are games in which each participant exhibits various deontic statuses – that is, commitments and entitlements – and each practically significant performance alters those statuses in some way. The significance of the performance is how it alters the deontic statuses of the practitioners. Looking at the practices a little more closely involves cashing out the talk of deontic *statuses* by translating it into talk of deontic *attitudes*. Practitioners take or treat themselves and others as having various commitments and entitlements. They keep score on deontic statuses by attributing those statuses to others and undertaking them themselves. The significance of a performance is the difference it makes in the deontic score – that is, the way in which it changes what commitments and entitlements the practitioners, including the performer, attribute to each other and acquire, acknowledge, or undertake themselves".⁶⁹

De intrigerende transitie van regels *expliciet* in wat men *denkt* naar regels *impliciet* in wat men *doet*, betekent geenszins dat deze normatieve dimensie slechts 'in stilte' werkzaam is. De praktijk van het vragen en geven van redenen heeft namelijk ook betrekking op zichzelf. Het cruciale gegeven dat deze praktijk zich 'over zichzelf' kan buigen, maakt iets mogelijk wat sinds de Griekse oudheid voor de Westerse beschaving karakteristiek is: kritische reflectie. Door de vragen op het (linguïstisch) handelen in kwestie te richten, kan men boven tafel krijgen welke normen in dat handelen besloten liggen: 'making *explicit* in the form of a claim what is *implicit* in what is *done*'.⁷⁰ De te volgen werkwijze noemt Sellars, met gevoel voor historische wortels, de

66 Vergelijk mijn kritiek op Macneil, par. 3.4.2.

67 Een belangrijk deel van Brandoms theorie is afkomstig van Sellars en een groot aantal andere filosofen uit verschillende tradities; zijn verdienste is dat hij verschillende lijnen met elkaar verbindt en tot een systematisch geheel uitwerkt. Ik meen dat de combinatie van de '(material) inference' van Sellars met de gedachte van 'scorekeeping' die afkomstig is van David Lewis als het hart van de theorie van Brandom moet worden beschouwd. Vgl. David Lewis, "Scorekeeping in a Language Game" in: *Philosophical Papers*, p. 233-249.

68 Het is interessant dat ook waar de theorie Brandom kritisch wordt ontvangen, deze 'deontic scorekeeping' als een cruciaal aspect van sociaal handelen wordt beschouwd, zie R. Stout in zijn boekbespreking in *Mind*, 1997, p. 342.

69 Brandom 1994, p. 166.

70 Brandom 2000, p. 56.

‘socratische methode’.⁷¹ Het is rationeel handelen bij uitstek: op socratische wijze expliceren en evalueren van wat een reden is voor wat. Brandom geeft daarvan de volgende karakteristiek.

“Socratic method is a way of bringing our practices under rational control by expressing them explicitly in the form in which they can be confronted with objections, and alternatives, a form in which they can be exhibited as the conclusions of inferences seeking to justify them on the basis of premises advanced as reasons, and as premises in further inferences exploring the consequences of accepting them”.⁷²

Maak manifest wat latent is – dat is de uitdaging van rationaliteit; haar werkwijze is de socratische. Dat die werkwijze op haar beurt een plaats heeft in de praktijk van het vragen en geven van redenen, brengt een tweetal consequenties met zich mee waarmee ik de bespreking van de derde transitie afsluit.

In de eerste plaats is een totaal-inzicht in het volgen van regels niet mogelijk. Omdat de explicatie van regels haar beslag krijgt in een praktijk waaraan (andere) regels impliciet zijn, is volledige transparantie onbestaanbaar. Dit gegeven kan worden geïllustreerd aan de hand van de ervaring van voorgrond en achtergrond. Men kan zich niet van de achtergrond waartegen de dingen verschijnen ontdoen want wie zich op de achtergrond concentreert, maakt haar tot de voorgrond die op haar beurt tegen een achtergrond verschijnt. De beschreven explicatie geschiedt dus altijd in een praktijk van het maken van gevolgtrekkingen waaraan regels – maar niet steeds dezelfde – voor een deel impliciet blijven. In een vroeg essay formuleert Sellars dit verschijnsel zo: “Linguistically we always operate *within* a framework of *living* rules. To *talk about* rules is to move *outside* the talked-about rules *into* another framework of living rules. (The snake which sheds one skin lives within the other)”.⁷³ Het is onmogelijk om regels volledig ‘in te halen’ want elke inhaalmanoeuvre moet weer van (andere) regels gebruik maken.

Een tweede gevolg van het gegeven dat de explicatie een plaats heeft in de praktijk van het geven van en vragen naar redenen, is dat zij de vorm heeft van een debat. Het is door het voeren van een debat dat het ‘engagement’ van deelnemers aan de kaak kan worden gesteld en de regels die zij in hun denken en handelen gebruiken ‘naar buiten’ kunnen worden gebracht. Dat debat is niet een overbodige uitwisseling van standpunten omdat zij reeds op voorhand met cartesiaanse helderheid ‘gegeven’ zijn,⁷⁴ noch een formeel proces van discours-theoretische consensuszoekers, maar een proces waarin materieel ter tafel komt wat aan de bewuste praktijk impliciet is.

71 “...socratic method serves the purpose of making explicit the rules we have adopted for thought and action”, Sellars 1980, p. 136.

72 Brandom 2000, p. 56.

73 Sellars 1980, p. 155.

74 Vgl. mijn kritiek in par. 2.2 en par. 3.2.

4.4.5 Resultaat

In deze paragraaf vond de overgang plaats naar een nieuwe visie op de sfeer van het normatieve. Vertrekpunt was de regelistische gedachte dat normatief handelen bestaat uit het toepassen van regels die men 'voor ogen' heeft. De overgang voltrok zich langs drie lijnen: (i) van wat men zich op voorhand *voorstelt* naar wat uit concrete gedragingen normatief *voortvloeit*; (ii) van formeel naar materieel; (iii) van wat men *denkt* naar wat men *doet*. De sfeer van het normatieve ligt in maatschappelijk gedrag besloten. De articulatie van deze normen in de vorm van een regel is weliswaar mogelijk maar voor het bestaan van deze normen niet noodzakelijk. In maatschappelijk gedrag ligt van meet af aan een immateriële dimensie van 'behoren' *besloten*.

4.5 EVALUATIE

De normatieve dimensie van maatschappelijk verkeer heeft haar basis in datzelfde maatschappelijk verkeer. Zij is geen 'opgelegd' regime, zij komt niet 'van boven', zij is niet van nature 'gegeven'. Maatschappelijk gedrag bestaat uit het innemen en het wijzigen van normatieve posities. Het leggen en verleggen van verbanden: wat vloeit uit het gedrag voort? waaruit vloeit het gedrag voort? Elke handeling in het maatschappelijk verkeer creëert een immateriële dimensie van 'behoren'. Deze dimensie valt niet met feitelijke gedragingen samen want zij is van meet af aan niet-feitelijk van aard. Zij vloeit niet uit de feiten voort, zij ligt van meet af aan in feitelijk gedrag *besloten*. Zij laat zich weliswaar articuleren in de vorm van regels of in een 'normatieve score' maar de normatieve werking is van die articulatie niet *afhankelijk*. De normatieve dimensie is niet *gleichsprünglich* met het formuleren van een regel, de regel is slechts de explicatie van een normatieve dimensie die aan maatschappelijk gedrag inherent is. Wat de vader van Hart aan zijn zoon leert, is *niet* het toepassen van regels maar het bijhouden van de normatieve score van maatschappelijk gedrag. Het gaat om een praktische vaardigheid, een *know how*, een *sich einüben in einer Lebenspraxis*.

Zie hier de contouren van een normatieve dimensie die niet-regelistisch is en de conceptuele problemen van het regelisme weet te bezijden. Rest ten slotte nog de taak de ontwikkelde visie aan de overige twee randvoorwaarden te toetsen. In de eerste plaats is er de kwestie of zij ruimte biedt aan materiële overwegingen. Deze toets kan zij glansrijk doorstaan. Centraal staat immers het leggen en verleggen van *inhoudelijke* verbanden. De *vorm* van een regel is slechts de gedaante waarin deze materiële positie zich laat articuleren – en zich vervolgens laat becommentariëren en bekritisieren – terwijl dat voor het *bestaan* van de norm niet noodzakelijk is. In de tweede plaats is er de kwestie van de feitelijkeheid. Ook deze toets verloopt ten positieve nu de

normatieve dimensie weliswaar in feitelijke gedragingen besloten ligt maar niet daarmee *samenvalt* of lineair daaruit *voortvloeit*.

De ontwikkelde visie is ten slotte ook praktisch plausibel. In het dagelijks leven zijn mensen zich doorgaans niet expliciet van normen bewust. Het kopen van een brood, een ritje met de tram, het huren van een auto: het zijn dagelijkse handelingen zonder dat het stelsel van civielrechtelijke regels die deze handelingen reguleren, en de leemtes, contradicties of andere vaagheden die in dat stelsel worden aangetroffen, aan betrokkenen helder voor ogen staat. De gedachte dat justitiabelen hun gedrag laten leiden door *regels* is in haar algemeenheid onjuist. In het normale geval handelen mensen zonder dat een bewust proces van regeltoepassing daaraan is voorafgegaan. Mensen oefenen zich in de dagelijkse praktijk van het maatschappelijk verkeer waarin van meet af aan een normatieve dimensie besloten ligt. Het is nu zaak om te onderzoeken in hoeverre deze normatieve dimensie civielrechtelijk relevant kan zijn en zo ja, op welke wijze zij moet worden geëxpliciteerd.

5 Een methodiek voor de vaststelling van de eisen van redelijkheid en billijkheid

5.1 INLEIDING

Meijers en Sellars. Het oude Europa en de nieuwe wereld. Voor beiden zijn regels het resultaat van een redenering. Meijers redeneert systematisch naar coherente regels met het oog op aan de wet ten grondslag liggende beginselen en belangen. Sellars redeneert naar de in een regel vormgegeven explicatie van een normatieve dimensie die in het maatschappelijk verkeer besloten ligt. De centrale werkzaamheid is voor beiden gelegen in de articulatie van gedragsnormen.

In dit hoofdstuk wordt de methode van Meijers verbonden met die van Sellars (5.2). Dat resulteert in een overkoepelende methodische aanpak voor de vaststelling van de eisen van de redelijkheid en billijkheid. Enerzijds is er het instrument van coherentieonderzoek (5.3). Dit instrument neemt met name de werking van de redelijkheid en billijkheid *via* het systeem van het vermogensrecht in het vizier. Anderzijds is er het instrument van het 'bijhouden van de normatieve score' en het tot een regel expliciteren van een normatieve dimensie die in het maatschappelijk verkeer besloten ligt (5.3). Dit instrument ziet op het *zelfstandig* normerende vermogen van de redelijkheid en billijkheid. Tezamen maken deze instrumenten een intrigerende vervlechting zichtbaar tussen systematische overwegingen en 'gedragsoverwegingen'. Deze 'gecombineerde' methodische aanpak is met name actueel door een belangrijke verschuiving in het moderne contractenrecht: van 'systeem' naar 'gedrag' (5.4). In een evaluatie wordt de waarde van de bevindingen vastgesteld (5.5).

5.2 DE ARTICULERENDE WERKWIJZE VAN MEIJERS EN SELLARS

De theorieën van Meijers en Sellars vertonen op een aantal punten overeenkomsten. Een deel daarvan ligt op het terrein van technische uitwerking. Daarnaast kan een aantal dragende en principiële lijnen worden onderkend die uit hun gemeenschappelijke intellectuele achtergrond voortvloeit.

Tot aan het einde van de negentiende eeuw is de abstracte wijze van begripsvorming van Kant heersend geweest. Volgens diens zienswijze is het

mogelijk om uitsluitend met behulp van het verstand kennis op te bouwen.¹ Kant zag zich voor het epistemologische probleem gesteld hoe het mogelijk is om kennis van de wereld te verwerven. Zijn antwoord luidt dat de wereld *an sich* niet kenbaar is maar alleen de wereld zoals zij voor het kenvermogen verschijnt.² Dit voert hem tot de belangrijke consequentie dat de structuur van het denken bepalend is voor wat kenbaar is. Het onderzoek naar denkstructuren, dat hij in zijn *Kritiek van de zuivere rede* ter hand neemt, levert dus op zichzelf reeds kennis op van de manier waarop de wereld gekend kan worden. Deze benadering heeft met name op Duitse juristen een onuitwisbare indruk gemaakt. De Kantiaanse methode is in de zogenaamde *Begriffsjurisprudenz* ingezet om kennis van juridische begrippen te verwerven.³ Het betreft hier een benadering die in de kern *top down* is.

Aan het begin van de twintigste eeuw doet zich de intrigerende situatie voor dat de Kantiaanse methode als het ware is uitgewerkt. Zowel de juridische als filosofische literatuur vertonen het karakter van een crisis: het vanzelfsprekende van de gangbare werkwijze ligt in het verleden maar er is nog geen alternatief. De richting waarin zowel Meijers als Sellars denken is een *bottom up*-benadering. Het is onmogelijk om op grond van de formele structuur van het denken tot inhoudelijke resultaten te komen, menen zowel Meijers als Sellars.⁴ Beiden vertonen vervolgens een hang naar materie. Kijk naar wat je concreet aantreft en ga daarmee aan de slag – zo luidt hun devies. Volgens Meijers is een begrip een bewerking van de onzuivere voorstellingen in het dagelijks leven.⁵ Volgens Sellars is een begrip een – expliciterende – bewerking van impliciete overtuigingen die in het dagelijks leven worden aangetroffen.⁶

Deze achtergrond verklaart dat er ook op technisch niveau tussen Meijers en Sellars grote overeenkomsten bestaan. Beiden houden vast aan het syllogisme als de logisch juiste wijze van redeneren en beiden erkennen dat syllogistisch redeneren alléén niet productief kan zijn.⁷ Deze (Kantiaanse) kritiek brengt hen ertoe om het syllogisme met inhoudelijke overwegingen te verrijken. Meijers doet dit door achter de regel op zoek te gaan naar beginselen en belangen, Sellars door de analyse van het innemen van normatieve posities in maatschappelijk gedrag. De werkwijze bestaat in beide gevallen uit de articulatie van gedragsnormen. Meijers noemt dit proces de bewerking van de onduidelijke voorstellingen tot begrippen,⁸ en het reduceren naar onderlig-

1 Vergelijk par. 2.2.

2 Vergelijk par. 3.4.3.

3 Par. 2.2.

4 Par. 2.2 en 4.4.2.

5 Par. 2.2 en 2.3.

6 Par. 4.4.4.

7 Par. 2.2 en 4.2.3.

8 Par. 2.3.

gende belangen en beginselen.⁹ Sellars noemt het de explicitering van normatieve voorstellingen die impliciet aan gedragingen bestaan.¹⁰

Beiden vinden in het denken van Kant dezelfde intellectuele achtergrond waaraan zij zich trachten te onttrekken, beiden hebben op technisch vlak min of meer dezelfde lijnen gevolgd. De belangrijkste overeenkomst is gelegen in het uitgangspunt dat voor hen de inhoud van (rechts)begrippen met behulp van een redenering dient te worden geëxpliciteerd. Elke vorm van onmiddellijke en natuurlijke gegevenheid wordt rigoureus afgewezen ten gunste van een actief proces van redeneren. Een regel is het resultaat van een redenering. Dat is de constante die in het werk van beide denkers doorklinkt. Wat betreft dit centrale uitgangspunt staan Meijers en Sellars op één lijn. Het gaat ook Meijers om het actief voeren van redeneringen; wat hij 'een redenering in ruste' noemt wordt van de hand gewezen.¹¹

Met de door Sellars ontwikkelde benadering van het expliciteren van een normatieve dimensie die in het maatschappelijk verkeer besloten ligt, kan de theorie van Meijers op een belangrijk punt worden aangevuld. Eerder werd immers vastgesteld dat de rechtsovertuigingen, waarnaar in art. 3:12 BW verwezen wordt, in zijn theorie geen aandacht krijgen. Toen werd de vraag opgeworpen hoe het mogelijk is dat een rechtsovertuiging met een redenering samenhangt. Door een in het maatschappelijk verkeer besloten normatieve overtuiging te expliciteren in de vorm van een regel, werd een redenering gevonden die door Meijers niet werd gevoerd. Door het leggen van een verbinding tussen Meijers en Sellars ontstaat aldus een overkoepelende theorie voor de methodische aanpak van art. 3:12 BW, waarbij Meijers de coherente en systematische werkwijze vertegenwoordigt en Sellars de op het gedrag toegesneden benadering.

Op beide posities moet een belangrijke correctie worden toegepast. Het strikt vasthouden aan het syllogisme als de enige logisch juiste vorm van redeneren kan niet (meer) overtuigen. Hiervoor werd reeds aangetoond dat bij Meijers dit standpunt voortvloeit uit een onjuiste receptie van Sigwart en dat zijn theorie aan een meer heuristische aanpak niet in de weg staat.¹² Ten aanzien van Sellars moet een soortgelijke correctie worden toegepast. Door het bijhouden van een 'normatieve score' kunnen (rechts)overtuigingen worden geëxpliciteerd zonder dat dit noodzakelijk de vorm heeft van een strikt syllogistische gedachtevorming. In dit verband biedt Brandom, zoals hiervoor reeds bleek, een belangrijke aanvulling op de theorie van Sellars.¹³

9 Par. 2.2.

10 Par. 3.5.

11 Par. 2.4.

12 Par. 2.4.

13 Par. 3.5.2.

5.3 COHERENTIE EN HET SYSTEEM VAN HET VERMOGENSRECHT

5.3.1 Inleiding

De systematische werking van redelijkheid en billijkheid zal door coherentie-onderzoek aan het licht worden gebracht. Deze benadering is wat breder dan die Meijers beschrijft omdat ook met andere factoren dan onder de wet liggende belangen en beginselen wordt rekening gehouden. Meijers kan evenwel zonder meer beschouwd worden als een voorstander van de coherente rechtsvinding waarin het burgerlijk recht als systematisch geheel wordt begrepen. Zijn rechtstheorie berust uitsluitend op systematische overwegingen. In deze paragraaf worden enkele aspecten van deze coherente aanpak in kaart gebracht, in het volgende hoofdstuk wordt deze aanpak op het gebied van het wijzigen en beëindigen van overeenkomsten toegepast.

De centrale vraag luidt wat een aantal samenhangende regelingen coherent maakt. Eerst zal daartoe het begrip 'coherentie' worden onderzocht (5.3.2). Vervolgens worden, bij wijze van negatieve afgrenzing, enkele vormen van *incoherentie* in kaart gebracht (5.3.3). Een schets van de methode van onderzoek voert tot het onderscheiden van enkele opzichten van vergelijking tussen civiele instrumenten (5.3.4). Ten slotte worden de bevindingen samengevat (5.3.5).

5.3.2 Begripsbepaling

Er is een stapel bakstenen en een gemetselde muur; door haar systematiek onderscheidt het een zich van het ander. De systematiek, waarin ook het Burgerlijk Wetboek zich van een stapel regels onderscheidt, maakt een bepaald soort overwegingen mogelijk. Een treffend voorbeeld daarvan biedt de vaststelling van een leemte. De muur maakt het ontbreken van een steen zichtbaar en maakt dat ontbreken tot een *gemis*. Zo ook in de wet. Wie onverschuldigd heeft betaald kan krachtens art. 6:208 BW aan de op hem rustende vergoedingsplicht ontkomen door afstand te doen van zijn recht op terugvordering. Het artikel verplicht de ontvanger vervolgens om aan een zodanige overdracht mee te werken doch verzuimt te bepalen dat deze verplichting ook geldt voor *afstand* van het recht op terugvordering.¹⁴ Canaris spreekt in dit verband met

14 Ik ontleen dit voorbeeld aan Jac. Hijma, "Analogie in het nieuwe vermogensrecht", *BW-krant Jaarboek 1990*, Arnhem: Gouda Quint, p. 22-23. De vaststelling van een leemte heeft overigens niet alleen een feitelijk maar ook een normatief karakter; zo kan het ontbreken van een dwalingsregeling voor eenzijdige rechtshandelingen alleen als een leemte worden beschouwd als men de opvatting is toegedaan dat een dergelijke regeling – gezien het systeem van het vermogensrecht – zou *behoren* te bestaan.

een prachtige term van *planwidrige Unvollständigkeit*.¹⁵ De term maakt helder dat de vaststelling van een leemte het resultaat is van systematische overwegingen. Er is iets *niet*. En dat 'niets' is een stelselmatige omissie.

Ook de eis van coherentie vloeit uit systematische overwegingen voort. Er is *eerst* de vraag of een civielrechtelijk instrument voor bepaalde rechtsmaterie *passend* is; er is *vervolgens* de vraag of het bewuste instrument *inpasbaar* is. De eis van coherentie ziet op inpasbaarheid van civielrechtelijke instrumenten in het systeem van het vermogensrecht. Als de wetgever – in zijn hoedanigheid van systeemfobicus – een regel ontwerpt ongeacht de systematische repercussies daarvan, is dat zoiets als het applaudisseren met één hand of het trillen van slechts één poot van een stemvork. Het instrument is oninpasbaar. En dat geeft systematisch geen pas. Eenheid, gelijk(vormig)heid en coherentie: het zijn alle systeemeisen. Eenheid en gelijk(vormig)heid zijn de meer overkoepelende noties; de eis van coherentie – mits minutieus aangelegd – maakt detailanalyse mogelijk.

In bovenstaande spreek ik bewust van de *eis* van coherentie. Het onderzoek naar coherentie heeft namelijk een progressief karakter. Al vormt het doorgaans het startpunt van onderzoek, het is niet de *feitelijk* geconstateerde samenhang tussen twee of meer regelingen die de interesse wekt maar de vraag hoe zij tot een coherent geheel kunnen worden *geïnterpreteerd*. De progressie schuilt in de *afstemming* van aanverwante regelingen in onderlinge samenhang bezien. Dit brengt tevens aan het licht dat coherentie niet alleen ziet op inpasbaarheid van nieuwe regels. Ook bestaande regelingen dienen telkens vanuit deze optiek te worden beoordeeld. Daarvoor laten zich drie redenen aanwijken.

In de eerste plaats heeft de wetgever bij het opstellen van regels vaak onvoldoende oog voor systematische overwegingen.¹⁶ Dat geldt met name voor de Europese regelgever nu bij het opstellen van richtlijnen niet met ieder nationaal stelsel rekening zal (kunnen) worden gehouden.¹⁷ Het vermogensrecht is dan gedwongen tot het verwelkomen van systeemvreemde regels. De diachrone variant van dit argument is dat de wetgever de systematische

15 C.W. Canaris, *Die Feststellung von Lücken im Gesetz, eine methodische Studie über Voraussetzungen und Grenzen der richterlichen Rechtsfortbildung praeter legem*, Schriften zur Rechtstheorie, Heft 3, Berlin: Duncker & Humblot, 1964, p. 17.

16 Zie bijvoorbeeld Hijma waar hij aantoonst dat het schriftelijkheidsvereiste bij ontbinding, art. 6:267 BW als een boemerang kan werken indien de handelende deze eis niet naleeft. Jac. Hijma, *Nietigheid en vernietigbaarheid van rechtshandelingen*, diss. Leiden 1988, Deventer: Kluwer, 1988, p. 137. Een ander voorbeeld biedt de nieuwe regeling van de bedenktijd voor koop van onroerende zaken (art. 7:2 lid 2 BW); T. Hartlief en L. Reurich, "De invloed van een afkoelingsperiode op toepassing van het dwalingsleerstuk", *WPNR* 6342 (1999), p. 49-51. Zie tevens de bijdrage van Hijma in deze bundel 'Een bedenktijd voor de koper'.

17 Zie bijvoorbeeld de regeling van 3:310a BW dat een ander gestructureerde verjaringsregeling kent dan de normale regeling bij revindicatie. Zie daarover W.H. Wissink, *Richtlijnconforme interpretatie van burgerlijk recht*, diss. Leiden 2001, Deventer: Kluwer, 2001, p. 244-245.

samenhang wel *ziet* maar haar anders *waardeert*.¹⁸ Het kan dan gebeuren dat na verloop van tijd de argumenten van de wetgever voor de 'systeemvreemde' regeling niet meer kunnen overtuigen.

In de tweede plaats kunnen ontwikkelingen in de jurisprudentie aandringen op een herwaardering van de samenhang tussen aanverwante regelingen. Dit is met name actueel nu de Hoge Raad – grofweg: sinds de invoering van het huidige Burgerlijk Wetboek – zijn rechtsvinding steeds vaker vanuit een stelselmatische optiek ontwikkelt: hij beziet een aantal regels in onderlinge samenhang en onderzoekt vervolgens wat het aldus gecreëerde stelsel met zich meebrengt.¹⁹

In de derde plaats kan worden gewezen op ontwikkelingen in de doctrine. Een verandering van invalshoek kan een ander licht werpen op de samenhang van wettelijke regels. Te denken valt aan het pleidooi van Hammerstein en Vranken om de regels voor het wijzigen en beëindigen van overeenkomsten, door onderlinge 'horizontale' vergelijking, te interpreteren als één omvattend beëindigingsleerstuk.²⁰

Verbind de punten tot een lijn en er ontstaat een stramien. Coherentie is *pivotaal*: vanwege de interpretatie van systeemvreemde regels, vanwege de stelselmatische wijze van rechtsvinding door de Hoge Raad en vanwege een op coherentie gericht 'vergelijkend denken' in de doctrine.

Ten slotte is er nog een gewichtig inhoudelijk argument. Coherentie ziet op inpasbaarheid van civielrechtelijke instrumenten in het systeem van het vermogensrecht. Hoewel een logische eis niets van doen heeft met materiële overwegingen, ligt aan de eis van coherentie wel degelijk een inhoudelijk doel ten grondslag. Het systeem beoogt immers – juist door zijn coherentie – de rechtseenheid en rechtszekerheid te dienen. Kritiek op een gebrek aan aandacht voor coherentie vloeit daarom niet zozeer voort uit logisch purisme maar uit inhoudelijke bezorgdheid.

18 Zie bijvoorbeeld het verplicht inschakelen van de rechter bij onvoorziene omstandigheden, Parlementaire Geschiedenis Boek 6, MvA II, p. 974 en 979. Vgl. Asser/Hartkamp II 2005, nr. 335.

19 Zie bijvoorbeeld HR 21 februari 1997, *NJ* 1999, 145 (wrongful birth), r.o. 3.7: "in verband met de art. 6:74, 6:96 en 6:98 in onderlinge samenhang gelezen..."; HR 28 november 1997, *NJ* 1998, 659 (Luyck/Kroonenberg), r.o. 3.5: "Het Hof heeft hier terecht in de eerste plaats gewezen op art. 6:230 (...). Het Hof heeft hieraan een verwijzing naar de art. 6:248 en 6:258 BW toegevoegd, kennelijk en terecht ervan uitgaande dat ook dit laatste artikel een grondslag voor wijziging van de gevolgen van een overeenkomst biedt...". Zie ook recent (HR 11 juli 2003, *JOL* 2003, 391) over de opvatting dat aan een wijziging van de gevolgen van een overeenkomst op grond van art. 6:230 in de regel terugwerkende kracht toekomt: "Ook de geschiedenis van de totstandkoming van deze bepaling, bezien in samenhang met die van de art. 3:54 en 6:258 lid 1, biedt voor deze opvatting geen steun."

20 A. Hammerstein en J.B.M. Vranken, *Beëindigen en wijzigen van overeenkomsten. Een horizontale vergelijking*, 2e druk monografieën Nieuw BW nr. A10, Deventer: Kluwer, 2003.

5.3.3 Coherentie en incoherentie van civielrechtelijke instrumenten

De eis van coherentie ziet op inpasbaarheid van civielrechtelijke instrumenten in het systeem van het vermogensrecht. Dat maakt de vraag actueel op welke wijze deze inpasbaarheid moet worden beoordeeld. Op voorhand kan worden vastgesteld dat de vraag of een civielrechtelijk instrument voor een bepaalde rechtsmaterie passend is een geïsoleerd oordeel vergt, terwijl de vraag of het instrument *inpasbaar* is berust op een omvattend oordeel. In dit laatste geval moeten immers de overige instrumenten in het oordeel worden betrokken.

Voorts is het karakter van het systeem voor het onderzoek van belang. Het systeem van het vermogensrecht heeft een open karakter.²¹ Het woord ‘inpasbaar’ is wat dit betreft goed gekozen. Het instrument behoeft niet definitief te worden ingepast als het laatste stukje van een legpuzzel. Niet het dichtgetimmerde verband maar het bewegelijk aan elkaar gerelateerd zijn kenmerkt de inpasbaarheid van civiele instrumenten in het vermogensrecht. Ik wees hiervoor reeds op het progressieve karakter van de eis van coherentie. Ik gaf een aantal, met name diachrone argumenten die de vraag naar coherentie actueel maken. Daarnaast is er het eenvoudige ‘synchrone’ gegeven dat regels moeten worden toegepast. Dat geeft aan het contractenrecht op elk moment in de tijd een inherente dynamiek. Vranken deed het in zijn proefschrift en later in de profane versie daarvan – zijn Algemeen Deel – opnieuw: aantonen dat bij de toepassing van een regel een verzameling van regels is betrokken.²² Hij doelt hiermee op het proces van selecteren van de relevante feiten en het vinden van de ‘passende’ regel: toepassing is in deze zin tegelijk inpassing. In één oordeel zijn vele betrokken. Inpasbaarheid ziet niet op een gegeven toestand maar betreft het *vermogen* tot een evenwichtige afstemming van instrumenten binnen het systeem van het vermogensrecht.

Om het verschijnsel van inpasbaarheid nader te verhelderen, zal, bij wijze van negatieve afgrenzing, een aantal vormen van *on*inpasbaarheid de revue passeren. Deze typologie zal hierna worden ingezet bij het onderzoek naar de werking van de redelijkheid en billijkheid op het terrein van het wijzigen en beëindigen van overeenkomsten. De meest overtuigende vorm van incoherentie is zonder twijfel de contradictie. Indien een regel op voet van logische onverenigbaarheid staat met een andere regel is inpassing zonder een drastische verstoring van het systeem eenvoudig onmogelijk. Deze incoherentie zal tot de zeldzaamheden behoren. Belangrijker dan deze logische kwestie is een vorm van incoherentie die met rechtsmaterie samenhangt. Eerst hier

21 Vgl. Vranken: “In deze zin kan men zeggen dat rechtsnormen – en daarmee het rechtssysteem –, niet af, niet gesloten en in ieder geval nooit definitief zijn”, Asser/Vranken, nr. 103.

22 J.B.M. Vranken, *Kritiek en methode in de rechtsvinding. Een onderzoek naar de betekenis van de hermeneutiek van H. G. Gadamer voor de analyse van het rechterlijk beslissingsgebeuren*, diss. Nijmegen 1978, Deventer: Kluwer 1978; Asser/Vranken, met name nr. 82-84.

wordt duidelijk dat incoherentie niet primair een logisch of feitelijk oordeel vergt maar berust op *waardering*.²³ Ik doel op incoherentie in verband met een schending van het gelijkheidsbeginsel. Dit heeft een materiële en formele zijde. De materiële zijde hangt samen met het uitgangspunt dat gelijke gevallen gelijk moeten worden behandeld. Indien twee gevallen in relevante opzichten aan elkaar gelijk zijn, behoren zij rechtens hetzelfde lot te treffen. Dit postulaat vestigt een bewijslast in de zin dat afwijkingen met zakelijke argumenten moeten worden gerechtvaardigd. Een concreet voorbeeld hiervan wordt gevonden in de verhouding tussen art. 6:248 lid 2 en art. 6:258 BW: indien geen zakelijke argumenten voor een afzonderlijke regeling van de *imprévision* beschikbaar zijn, behoort art. 6:258 in art. 6:248 lid 2 BW op te gaan. De eis van coherentie dwingt zo tot materiële gelijkheid. Dat geldt in gelijke mate voor formele kwesties. Het is bijvoorbeeld incoherent om verschillende eisen te stellen aan de rechtsuitoefening – in rechte, buiten rechte, mondeling, schriftelijk – indien deze verschillen niet door zakelijke argumenten worden gerechtvaardigd. De eis van coherentie dwingt aldus tot eenvormigheid.

Een bijzondere doch niettemin eminente vorm van incoherentie, betreft de situatie dat een bepaalde problematiek niet ‘tot zijn recht’ kan komen. Deze vorm van incoherentie vloeit hieruit voort dat de instrumenten van het systeem niet alleen bij *elkaar* moeten passen; het samenhangende stelsel van regels moet ook geschikt zijn voor de bewuste rechtsmaterie. Indien, gezien de aard van de problematiek, behoefte bestaat om buiten rechte een overeenkomst te wijzigen of ontbinden wegens onvoorziene omstandigheden dan wordt deze vorm van wijziging door de verplichte rechterlijke tussenkomst (art. 6:258 BW) gefrustreerd; een buitengerechterlijke wijziging kan daardoor niet floreren. Omgekeerd kan worden geredeneerd dat de problematiek van de onvoorziene omstandigheden niet in het kader van de algemene (beperkende) werking van redelijkheid en billijkheid haar beslag mag krijgen omdat het de regeling van art. 6:258 BW tot op zekere hoogte overbodig zou maken. Dit laatste argument kan uiteraard alleen overtuigen indien op grond van zakelijke argumenten een afzonderlijke regeling is *vereist*.

Het zijn alle vormen van incoherentie: ongelijkheid, ongelijkvormigheid, materiële beknotting en overbodigheid. De interpretatie van samenhangende regelingen zal erop gericht moeten zijn om deze vormen te vermijden.

5.3.4 De methode van coherentie-onderzoek

Na een omschrijving van het begrip ‘coherentie’ en het in kaart brengen van enkele vormen van incoherentie, rijst de vraag naar de methode van coherentie-onderzoek. Deze is de vergelijking. Het oordeel of het ene bij het andere past

23 Vergelijk noot 3.

is het resultaat van vergelijking. Daartoe is het telkens nodig om een *opzicht* van vergelijking vast te stellen. Het is een waarheid die zich bewezen heeft: 'wir können zwei Dinge nicht als gleich bezeichnen, ohne die Hinsicht anzugeben, in der sie gleich sind'.²⁴ Objecten kunnen even zwaar of even groot zijn, al naar gelang men het gewicht of de omvang als vergelijkingspunt kiest.

Dit brengt mij tot het in kaart brengen van enkele vergelijkingspunten voor de inpasbaarheid van civiele instrumenten. In de eerste plaats wijs ik op de materiële eisen die de wet aan de uitoefening van een bevoegdheid stelt. Enerzijds gaat het om feitelijke normbestanddelen waarmee het wetsvoorschrift een bepaald type casus selecteert. In de regeling van onvoorziene omstandigheden betreft het (i) omstandigheden die op het moment van contractsluiting in de toekomst liggen en (ii) niet in de overeenkomst zijn verdisconteerd. Anderzijds gaat het om waarderende normbestanddelen. Om opnieuw de *imprévision*-regeling tot voorbeeld te nemen: de vraag of de onvoorziene omstandigheden van dien aard zijn dat de wederpartij naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid ongewijzigde instandhouding van de overeenkomst niet mag verwachten. Het is zaak om de feitelijke en waarderende normbestanddelen scherp uit elkaar te houden. De feitelijke component selecteert slechts een bepaald type casus; bij eenvoudige regels worden aan de aanwezigheid van deze relevante feiten reeds rechtsgevolgen verbonden. Veel normen kennen echter naast een feitelijk vereiste tevens een waarderend element; ook dat element kan – en moet – in de vergelijking worden betrokken.

In de tweede plaats kunnen de primaire rechtsgevolgen op coherentie worden onderzocht. Het gaat om het type constatering dat vernietiging van een rechtshandeling terugwerkende kracht heeft (art. 3:53 BW) terwijl aan de ontbinding wegens een tekortkoming (art. 6:265 BW) de terugwerkende kracht juist wordt onthouden (art. 6:269 BW). Met de totstandkoming van het huidige Burgerlijk Wetboek is de aandacht voor het leeuwendeel naar dit type constatering uitgegaan; in dat debat komt scherp naar voren dat de eis van coherentie tot een(vorming)heid *dwingt*: zonder zakelijke argumenten is geen verschil van aanpak toegestaan.

Een derde vergelijkingspunt heeft minder aandacht gekregen. Ik doel op het instrumentarium om rechtsgevolgen te nuanceren. Wat betreft de *imprévision* gaat het om mogelijkheden tot partiële ontbinding, mogelijkheden tot het stellen van kostenvergoeding (art. 6:260 BW) en het verlenen van terugwerkende kracht (art. 6:258 lid 1 BW, in fine). In de vierde plaats kan gewezen worden op de wijze van rechtsuitoefening als een punt van vergelijking: de vraag of een bevoegdheid in of buiten recht, schriftelijk of vormvrij moet worden uitgeoefend.

24 E. Husserl, *Logische Untersuchungen*, Zweiter Band: *Untersuchungen zur Phänomenologie und Theorie der Erkenntnis*, Tübingen: Max Niemeyer Verlag, 1980 (eerste druk 1901), p. 102.

5.3.5 Resultaat

Coherentieonderzoek hangt samen met systematische overwegingen. Coherentie is een systeemeis met een progressief karakter. De geschetste methode van coherentieonderzoek zal later in het betoog dienst doen om de werking van de redelijkheid en billijkheid inzichtelijk te maken.

5.4 RECHTSOVERTUIGINGEN EN DE VERBORGEN NORMATIEVE DIMENSIE VAN MAATSCHAPPELIJK GEDRAG

5.4.1 Inleiding

De tweede methode om de werking van de redelijkheid en billijkheid inzichtelijk te maken betreft het expliciteren van een normatieve dimensie die in het maatschappelijk verkeer besloten kan liggen. Daartoe zal eerst het begrip ‘rechtsovertuigingen’ in art. 3:12 BW nader worden onderzocht (5.4.2). Vervolgens richt het vizier zich op de verhouding tussen rechtsovertuigingen en het vaststellen van een gewoonte (5.4.3). Ten slotte komt de rechtsovertuiging als een (geëxpliciteerde) normatieve dimensie van maatschappelijk gedrag aan de orde (5.4.4). De bevindingen worden ten slotte samengevat (5.4.5).

5.4.2 De rechtsovertuigingen van art. 3:12 BW

Art. 3:12 BW verleent aan de rechtsovertuigingen, als een ‘belangrijk gezichtspunt’²⁵ voor het onderzoek naar de eisen van redelijkheid en billijkheid een wettelijke basis. Het betreft de tweede verwijzing naar een niet-juridisch gegeven dat voor de vaststelling van het ongeschreven recht van betekenis is. Naast de rechtsovertuigingen spreekt art. 3:12 BW immers van rechtsbeginselen die ‘algemeen erkend’ zijn en verwijst aldus naar in de maatschappij levende opvattingen omtrent die beginselen.²⁶ Intussen is het onderscheid tussen juridische en niet-juridische gegevens niet altijd even scherp. Reeds in de Toelichting Meijers wordt opgemerkt dat aannemelijk is dat de rechtsbeginselen en de rechtsovertuigingen tevens in de wet zijn belichaamd.²⁷ Ook in de doctrine wordt een vloeiende grens aangenomen tussen de wet, gewoonte, rechtsbeginsel en rechtsovertuigingen. Daarbij komt dat de opsomming niet limitatief is en begrippen als goede zeden, openbare orde, moraal en fatsoen eveneens de inhoud van de redelijkheid en billijkheid bepalen.²⁸

25 Parlementaire Geschiedenis, Boek 3, 5 en 6 Inv. MvT, p. 1036.

26 Parlementaire Geschiedenis, Boek 3, 5 en 6 Inv., TM, p. 1032.

27 Parlementaire Geschiedenis, Boek 3, 5 en 6 Inv., TM, p. 1032.

28 Parlementaire Geschiedenis, Boek 3, 5 en 6 Inv., TM, p. 1035.

Blijkens de parlementaire toelichting kan het gaan om rechtsovertuigingen binnen de kring van personen waarin het voorliggende geval zich heeft afgespeeld,²⁹ zij kunnen onderling van elkaar afwijken,³⁰ en zij kunnen betrekking hebben op overtuigingen zonder Nederlandse oorsprong: de toelichting spreekt in dit verband van overtuigingen van inwoners van Nederland die geen Nederlander zijn met betrekking tot een situatie die zich niet onder Nederlanders pleegt voor te doen.³¹

Het zijn intrigerende opmerkingen die in de parlementaire toelichting worden aangetroffen. In de eerste plaats wekt het verwondering dat aan de rechtsovertuiging verhoudingsgewijs veel aandacht wordt besteed terwijl deze factor in de doctrine nauwelijks enig reliëf heeft gekregen. In de tweede plaats is intrigerend – wederom anders dan in de doctrine wordt aangenomen³² – dat volgens de toelichting de pluraliteit van rechtsovertuigingen geen beletsel vormt voor rechtsvinding, maar kennelijk tot een lokaal georiënteerde rechtsvinding inspireert.

Nu de rechtsovertuigingen zich, aldus de toelichting, kunnen beperken tot een bepaalde kring van personen waarin zich het voorliggende geval heeft voorgedaan, ligt een vergelijking met het gewoonterecht voor de hand. Dat een gebruik of gewoonte binnen een (beperkte) kring van personen een bron kan zijn van rechtsregels wordt reeds lang erkend.³³ Het significante verschil tussen een gewoonte en een rechtsovertuiging is echter dat de gewoonte kan worden omschreven als een gedragslijn die algemeen en bij herhaling wordt gevolgd en waarvan op naleving wordt gerekend.³⁴ De regel vloeit voort uit regelmatigheid.³⁵ Dit is anders bij een rechtsovertuiging nu hier niet van een bij herhaling gevolgde gedragslijn sprake hoeft te zijn. De regel vloeit derhalve niet voort uit regelmatigheid doch vindt uitsluitend zijn basis in de normatieve overtuigingen binnen de kring van personen die bij de bewuste situatie zijn betrokken. Dat deze overtuiging wellicht strijdig is met overtuigingen die in andere kringen van personen worden gehuldigd doet hieraan niets af. Zoals hiervoor al aan de orde kwam spreekt de wet om deze reden – in meervoud – van rechtsovertuigingen.³⁶ De verwijzing naar niet-juridische gegevens in art. 3:12 BW kenmerkt zich samenvattend door het volgende accentverschil: de rechtsbeginselen hebben gezien hun aard en het vereiste van ‘algemene

29 Parlementaire Geschiedenis, Boek 3, 5 en 6 Inv., TM, p. 1036.

30 Parlementaire Geschiedenis, Boek 3, 5 en 6 Inv., TM, p. 1035.

31 Parlementaire Geschiedenis, Boek 3, 5 en 6 Inv., TM, p. 1037.

32 Van Gerven 1973, p. 152; Smith, 1999, p. 154.

33 Zo werd bijvoorbeeld door de Hoge Raad uit een gebruik in de Nederlandse kerk een rechtsregel afgeleid in HR 24 februari 1938, NJ 1938, 950 m.nt. PS; zie voorts Scholten, *Algemeen Deel*, p. 106 e.v.; De Schmidt, *Rechtsgewoonten: de gebruiken en plaatselijke gebruiken waarnaar het BW verwijst*, diss. Leiden 1954; Asser/Hartkamp II 2005, nr. 293.

34 Asser/Hartkamp II 2005, nr. 292.

35 Zie mijn kritiek op deze voorstelling van zaken in par. 3.4.2.

36 Parlementaire Geschiedenis, Boek 3, 5 en 6 Inv., TM, p. 1035.

instemming' een *globaal* karakter, terwijl de rechtsovertuigingen *lokaal* van karakter zijn.

5.4.3 Rechtsovertuigingen en de vaststelling van een gewoonte

De rechtsovertuigingen waarnaar art. 3:12 BW verwijst, ziet op de overtuigingen die in een bepaalde kring van personen worden gedeeld.³⁷ De parlementaire toelichting wijst op een 'functionele' kring van personen zoals een kring van beroeps- of bedrijfsgeenoten,³⁸ maar het ligt in de rede dat zij ook territoriaal kan zijn bepaald zoals de overtuigingen in een bepaalde streek, gemeente of wijk.³⁹ De vraag of ten aanzien van een bepaalde kwestie een rechtsovertuiging bestaat en op welke wijze zij moet worden vastgesteld, werpt aanzienlijke moeilijkheden op.

Indien een rechtsregel aan een gewoonte wordt ontleend, richt het onderzoek zich op een gedragslijn die algemeen en bij herhaling wordt gevolgd en op grond waarvan een normatieve verwachting is gewekt.⁴⁰ Het aantonen van de regelmatigheid – het bestaan van de gewoonte voert tot het aannemen van een regel.⁴¹ De werkwijze bestaat uit drie fasen:

- a. Bestaat er ten aanzien van de voorliggende kwestie een algemene gedragslijn?
- b. Wordt in de betrokken kring van personen op naleving daarvan gerekend (wekt de feitelijke gedragslijn een normatieve verwachting)?
- c. Behoort deze normatieve verwachting civielrechtelijk te worden gehonoreerd?

In de doctrine is het onderscheiden van de derde fase niet gebruikelijk.⁴² Mijns inziens ten onrechte. In het dagelijks leven wemelt het van normatieve verwachtingen, zowel op zichzelf als op grond van regelmatige gedrag patronen. Een onkritische receptie van deze verwachtingen in het civiele recht is niet wenselijk. Bij Larenz heet het alsdus:

„[E]infach die 'vorherrschende [Sozialmoral] unkritisch zu rezipieren, wäre mit der Aufgaben der Rechtsordnung und mit der Bezug auf die Idee der Gerechtigkeit unvereinbar“.⁴³

37 Parlementaire Geschiedenis, Boek 3, 5 en 6 Inv., TM, p. 1036.

38 Parlementaire Geschiedenis, Boek 3, 5 en 6 Inv., TM, p. 1036.

39 Asser/Hartkamp II 2005, nr. 292.

40 Asser/Hartkamp II 2005, nr. 292.

41 Asser/Hartkamp II 2005, nr. 293.

42 Asser/Hartkamp II 2005, nr. 292.

43 Larenz/Canaris, *Lehrbuch des Schuldrechts II*, Besonderer Teil, Bd. 2, 1994, par. 78 II 1a.

In de genoemde derde fase zal moeten worden uitgemaakt of de gewoonte tot een rechtsregel kan worden verheven. De criteria voor de receptie van de gewoonte in het civielrechtelijk systeem, zullen mede aan dat systeem moeten worden ontleend. Het zal met name immers de mogelijkheid van een systematische inpassing zijn die beslissend is voor de vraag of een voorliggende gewoonte civielrechtelijk kan worden gehonoreerd. De derde fase zal derhalve bestaan in een, hiervoor geschetst, coherentieonderzoek.

5.4.4 Het articuleren van onuitgesproken normen

In vergelijking met de gewoonte is de rechtsovertuiging significant anders nu hier een gedragslijn die algemeen en bij herhaling wordt gevolgd, ontbreekt.⁴⁴ De rechtsovertuiging is een normatieve verwachting *tout court*, zonder dat zij door een regelmatig gedragspatroon binnen de betrokken kring van personen hoeft te worden gedragen. Wat in het onderzoek naar de gewoonte als eerste fase is onderscheiden, is bij de vaststelling van rechtsovertuigingen derhalve afwezig. Er resteren dan twee vragen:

- a. Bestaat in de betrokken kring van personen een normatieve verwachting?
- b. Behoort deze normatieve verwachting civielrechtelijk te worden gehonoreerd?

Deze rechtsovertuigingen hebben in de doctrine geen gunstig onthaal gekregen. Een onderzoek naar die overtuigingen zou weinig opleveren omdat overtuigingen naar hun aard algemeen van aard zijn. Dit standpunt komt treffend naar voren in een bekende passage in het Algemeen Deel van Scholten:

“Verder dan algemene, vage overtuigingen over wat in het algemeen behoort komen we niet. En zelfs voor zulke overtuigingen is het uiterst moeilijk uit te maken of ze door velen worden gedeeld en vooral of het *rechtsovertuigingen* zijn, niet uitspraken door eigen- en groepsbelang of wel door vooroordeel gedicteerd”.⁴⁵

Dit kritische oordeel laat onverlet dat in een voorliggend geval bij betrokkenen een normatieve verwachting bestaat waarmee rekening kan worden gehouden. Voorts blijft in het citaat van Scholten onderbelicht dat het bestaan van een normatieve verwachting niet tot een onkritische receptie hoeft te voeren. Dit is de reden dat in de eerste fase van het onderzoek beter gesproken kan worden van normatieve verwachtingen omdat dit ruimte laat voor een belangrijk kritisch moment in de tweede fase.

Een belangrijker bezwaar tegen de kritische opmerking van Scholten is dat rechtsovertuigingen geen geïsoleerde gegevens zijn die men onafhankelijk van concrete situaties aan een onderzoek kan onderwerpen. Een rechtsovertui-

44 Vgl. Asser/Hartkamp II 2005, nr. 292.

45 Asser/Scholten 1974, p. 127.

ging kan eerst ten aanzien van een concrete situatie of een concreet (rechts)probleem gestalte krijgen. Zonder deze concrete oriëntatie zijn rechtsovertuigingen noodzakelijk vaag en algemeen en verdient de kritiek van Scholten bijval. Dit laat echter onverlet dat wat hiervoor de lokale betekenis van de rechtsovertuiging is genoemd, in stand blijft.

In weerwil van de term 'overtuiging', hoeft het niet om opvattingen te gaan waarvan men reeds overtuigd *is* in de zin dat deze overtuigingen de betrokkenen op voorhand helder gearticuleerd voor ogen staan. Zoals hiervoor uitvoerig is betoogd zijn mensen in het dagelijks verkeer zich niet expliciet van hun normatieve overtuigingen bewust.⁴⁶ Eerst op het moment dat in de dagelijkse gang van zaken een *verstoring* optreedt, komt aan het licht dat een normatieve verwachting werd doorkruist. Het gaat mij hier om een, hiervoor in kaart gebrachte, normatieve dimensie die in een praktische gang van zaken besloten kan liggen. Dat deze verwachtingen min of meer onopgemerkt blijven omdat zij niet de gearticuleerde structuur bezitten van regels die op voorhand en op gedetailleerde wijze gedrag voorschrijven, brengt noch mee dat zij het gedrag niet normeren noch dat een explicatie van deze verwachtingen onmogelijk is. Deze explicatie vindt plaats door het bijhouden van de 'normatieve score' tussen partijen en de articulatie in de vorm van een regel van een normatieve dimensie die in het gedrag van partijen besloten ligt.

5.4.5 Resultaat

De in art. 3:12 BW genoemde rechtsovertuigingen hebben volgens de parlementaire toelichting een *lokaal* karakter. Voor onderhavig betoog biedt de in art. 3:12 BW genoemde rechtsovertuigingen het aanknopingspunt om een normatieve dimensie die in maatschappelijk gedrag besloten ligt civielrechtelijk te honoreren. De werkwijze verloopt in twee fasen. In de eerste fase bestaat de werkzaamheid uit het 'bijhouden van de normatieve score tussen partijen' en het in een regel expliciteren van een normatieve dimensie die in het gedrag van partijen besloten ligt. In de tweede fase moet worden vastgesteld of de aldus geëxpliciteerde norm civielrechtelijk dient te worden gehonoreerd waarbij met name systematische overwegingen centraal staan.

⁴⁶ Vgl. par. 4.2.3, par. 4.4.4 en par. 4.5.

5.5 HET MODERNE CONTRACTENRECHT: VAN SYSTEEM NAAR GEDRAG

5.5.1 Inleiding

Een civielrechtelijk instrument heeft de structuur van voorwaarden en gevolgen. Als aan de materiële eisen is voldaan treden de rechtsgevolgen in. Elk methodologisch handboek blijft aan dit uitgangspunt trouw.⁴⁷ Wat in deze schematische voorstelling van zaken wegvalt, is dat contractuele instrumenten door partijen moeten worden *ingezet*. Er is een tijd geweest dat men het recht 'vanzelf' aan zijn zijde vond; de nietigheid trad van rechtswege in,⁴⁸ de ontbinding werd geconstrueerd als het in vervulling gaan van een stilzwijgende voorwaarde,⁴⁹ en van contractaanpassing op initiatief van partijen had men nog nooit gehoord. Tegenwoordig is het de teleurgestelde contractpartij die de wapens in handen heeft en *twee keer* moet controleren of ze scherp genoeg zijn.⁵⁰ Hij heeft de keuze of, en zo ja, in hoeverre, hij de aan hem toegekende bevoegdheden uitoefent. Dat biedt hem de mogelijkheid om de materiële vereisten en rechtsgevolgen van regels die zich in beginsel voor toepassing aandienen, met elkaar te vergelijken en daarop zijn handelwijze te baseren. Welke rechtsgevolgen intreden staat daarmee niet op voorhand vast doch wordt (mede) bepaald door de wijze waarop de betrokkene de aan hem toegekende bevoegdheden uitoefent.

Een en ander maakt zichtbaar dat in de loop van de tijd het civielrechtelijk sanctiearsenaal van karakter is veranderd: het beeld van het objectieve recht dat 'van boven' op een contractuele verhouding ingrijpt heeft zijn overtuigingskracht verloren. Voor het moderne contractenrecht, waarin de redelijkheid en billijkheid een levendige rol vervult, met mogelijkheden tot selectieve uitoefening van aan partijen toegekende bevoegdheden en met nieuwe instrumenten om tijdens de uitvoering van een overeenkomst de contractuele verhouding te wijzigen, is dit beeld te verticaal. Het heeft onvoldoende oog voor het partij-initiatief dat zowel bij de totstandkoming als bij de uitoefening van door het recht verleende bevoegdheden een rol speelt.

Deze tendens heeft een belangrijke verschuiving teweeg gebracht. Sinds de invoering van het huidige Burgerlijk Wetboek is het contractenrecht inhoudelijk weinig veranderd: het gaat om dezelfde instrumenten, dezelfde voorwaarden, dezelfde rechtsgevolgen. Wat zich sindsdien in de jurisprudentie heeft afgespeeld maakt dit niet anders; het komt alles neer op verwerping, verheldering en *fine-tuning*. De ontwikkeling moet elders worden gezocht: zij betreft

47 K. Larenz/C.W. Canaris, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 3^e, neu bearbeitete Aufl., Berlin: Springer, 1995, p. 99-131.

48 Jac. Hijma, "Nietigheden in het vermogensrecht", *RM Themis*-9, 1992, p. 403-406.

49 Art. 1302 lid 1 BW (oud); zie voorts in toelichtende zin T. Hartlief, "Ontbinding wegens wanprestatie, rechterlijke vrijheid en tijdstip van bevrijding", *RM Themis*-2, 1993, p.60-67.

50 Wat betreft de laatste toevoeging (en zoveel meer): met dank aan Sellars.

niet de materie maar het *perspectief*. Het moderne contractenrecht voorziet in een waaier van bevoegdheden als in de uitvoering van een overeenkomst een verstoring optreedt. Dat scala van verfijnde instrumenten voert tot een verschuiving van focus: van bevoegdheidsverlening naar bevoegdheidsuitoefening (5.5.2) van rechtseisen naar rechtsgevolgen (5.5.3) van rechtsgezag naar partijgedrag (5.5.4). Tezamen genomen een significante *herziening* van het contractuele sanctierecht. Ten slotte worden de bevinden samengevat (5.5.5).

5.5.2 Van bevoegdheidsverlening naar bevoegdheidsuitoefening

Bevoegdheidsuitoefening heeft een formele en materiële zijde. De formele zijde betreft de vraag op welke wijze een bevoegdheid moet worden uitgeoefend: in rechte of buiten rechte, schriftelijk of vormvrij. Het contractenrecht kent elk van deze vormen en dat dringt, zoals hieronder zal blijken, tot enige coördinatie. De materiële zijde van de bevoegdheidsuitoefening is van groter gewicht. Zoals hiervoor werd opgemerkt heeft de teleurgestelde contractpartij de keuze of, en zo ja, in hoeverre, hij de aan hem toegekende bevoegdheden uitoefent. Dat biedt hem de ruimte voor een strategische afweging van alternatieven. De vraag is nu hoe deze 'ruimte' moet worden gezien. Naar analogie van een wettelijk woord is de situatie aldus: de teleurgestelde contractpartij *kan*. Maar *kán* hij inderdaad onbekommerd wat hem in beginsel toekomt? Kent het contractenrecht zoiets als een discretionaire bevoegdheid voor contractpartijen? Of wordt de ruimte van wat 'in beginsel kan' door normen beheerst en dus ingeperkt?

Laat ik verwarring scheppen om vervolgens de *redenen* van verwarring te kunnen onderzoeken. Over de verwarring kan ik kort zijn: partijen zijn vrij én gebonden. Het onderzoek naar de redenen van verwarring vergt een langere adem.

Schuldeiser en schuldenaar zijn verplicht zich jegens elkaar te gedragen overeenkomstig de eisen van redelijkheid en billijkheid (art. 6:2 BW). Deze eisen gelden niet alleen als willekeurige derden tot elkaar komen te staan in een (geïntensiveerde) verhouding van schuldeiser en schuldenaar, maar ook als die verhouding teleurstellend verloopt en een van beide partijen naar de wapens grijpt. Hij mag dan kunnen kiezen welke bevoegdheid hij uitoefent, *bij* die uitoefening wordt zijn gedrag – nog steeds – geregardeerd door de eisen van redelijkheid en billijkheid. Dat brengt mij tot de volgende principiële onderscheiding. De norm *tot* ingrijpen in een contractuele verhouding komt tot uitdrukking in de materiële eisen van de bewuste regeling. De norm *bij* het ingrijpen komt tot uitdrukking in de eisen van redelijkheid en billijkheid. Er is *eerst* een vraag van bevoegdheidsverlening (wat kan in welke mate?), er

is *vervolgens* een vraag van bevoegdheidsuitoefening (mag wat in beginsel kan?).⁵¹

Ik formuleer hetzelfde nog eens anders. Het contractuele actierecht is *dispositioneel*: als aan de materiële eisen is voldaan staat het bewuste instrument in beginsel aan partijen ter beschikking. De bevoegdheid tot vernietiging, ontbinding of wijziging van overeenkomsten betreft een door de wet verleende dispositie *tot* een bepaald door het recht gesanctioneerd gedrag van partijen; het maakt een overeenkomst vernietigbaar, ontbindbaar of wijzigbaar. De *uitoefening* van de bevoegdheid betreft het gedrag *zélf*, het in de gegeven omstandigheden, in een bepaalde mate en op bepaalde wijze vernietigen, ontbinden of wijzigen van een overeenkomst. In het ene geval staan de wettelijke materiële eisen centraal, in het tweede geval, als eenmaal aan die eisen is voldaan en deze als het ware zijn ‘uitgewerkt’, staan de eisen van redelijkheid en billijkheid centraal.

Na deze uit-een-zetting, is de weg gebaad voor een onderzoek naar de redenen van de ontstane verwarring. De eerste reden is dat de werking van redelijkheid en billijkheid zich niet beperkt tot bevoegdheidsuitoefening. De tweede reden is dat zich verschillende beoordelingskaders aandienen waarin de gegevens van een voorliggend geval kunnen meewegen.

In dit betoog is het inmiddels een constante geworden: de redelijkheid en billijkheid komt overal in het contractenrecht tot uitdrukking en wijst daar, als algemene notie van rechtvaardigheid, tegelijk boven uit. Zij doorschrijdt en overschrijdt het gehele contractenrecht. In het leeuwendeel van de literatuur wordt deze integraal vage norm als een correctie op het wettelijk systeem ten tonele gevoerd; stellig is dit een van haar functies.⁵² Dat de norm in de eerste plaats een gedragsnorm is die zich richt tot schuldeiser en schuldenaar is in de literatuur onderbelicht gebleven. De woorden zijn van rustige eenvoud: schuldeiser en schuldenaar zijn verplicht zich te *gedragen* overeenkomstig de eisen van redelijkheid en billijkheid. De theoretisch nieuwe belichting van het vierde hoofdstuk had niet ten doel – en heeft noch tot effect – om de systeemfunctie van de redelijkheid en billijkheid in de schaduw te plaatsen. De inzet was juist om *beiden* in evenwicht te brengen. Daarmee is, naast haar systematische correctie, theoretisch ruimte ingebouwd voor het zelfstandige gedragsnormerende vermogen van de redelijkheid en billijkheid.

Dat een en ander onvoldoende uit elkaar worden gehouden, leert het debat inzake de beperking van de ontbindingsbevoegdheid van art. 6:265.⁵³ De Hoge Raad heeft herhaaldelijk de stelling verworpen dat de ontbindingsbevoegdheid op voorhand door de redelijkheid en billijkheid moet worden beperkt. Gezien de tenzij-clausule van art. 6:265 BW is, aldus dit rechtscollege, slechts weinig ruimte voor de redelijkheid en billijkheid gelaten. Dit oordeel heeft echter niets

51 Dit onderscheid wordt in hoofdstuk 6 nader uitgewerkt.

52 De functies van redelijkheid en billijkheid komen nader in par. 7.5 aan de orde.

53 Vergelijk de nadere uitwerking in par. 7.4.

van doen met het gegeven dat het gedrag van partijen bij de *uitoefening* van de ontbindingsbevoegdheid wordt beheerst door de eisen van redelijkheid en billijkheid en dat dit mee kan brengen dat *in dat kader* een (algehele) ontbinding zich niet zal kunnen doorzetten.

De tweede reden van verwarring is dat de bevoegdheidsverlening en bevoegdheidsuitoefening beide andere beoordelingskaders bieden waarin de gegevens van het voorliggende geval kunnen meewegen. Hier geldt bovendien dat het beoordelingskader niet alleen *anders* is maar ook anders van *karakter*. De materiële eisen die de wet stelt zijn doorgaans scherp omgrensd en maken een precieze selectie van specifieke gegevens relevant; een toetsing aan de redelijkheid en billijkheid heeft een meer open karakter waarbij alle omstandigheden van het geval kunnen meewegen. Zo zal, om nog even de ontbindingsbevoegdheid van art. 6:265 BW tot voorbeeld te nemen, het gegeven dat een tekortkoming voorligt zowel relevant zijn voor de toetsing aan art. 6:265 BW als voor een eventuele toetsing aan de redelijkheid en billijkheid. Terwijl het gegeven dat de schuldenaar een tardief aanbod doet tot correcte uitvoering van de overeenkomst, of het gegeven dat een ontbinding de bedrijfsvoering van de schuldenaar in gevaar brengt in het kader van de regeling van art. 6:265 BW *niet* maar in het kader van een redelijkheidstoets *wél* mee kunnen wegen.

Ik vat samen. Het gegeven dat partijen kunnen kiezen uit door het recht verleende bevoegdheden in het geval zich in de uitvoering van een overeenkomst een verstoring optreedt, geeft hen de ruimte om de beschikbare alternatieven tegen elkaar af te wegen. In deze ruimte, zo was de stelling, zijn partijen zowel vrij als gebonden. In het volgende hoofdstuk zal deze paradoxale vaststelling nader worden uitgewerkt.⁵⁴

5.5.3 Van rechtseisen naar rechtsgevolgen

Een civielrechtelijk instrument heeft de structuur van voorwaarden en gevolgen. Als aan de materiële eisen is voldaan treden de rechtsgevolgen in. In dit verband is het verhelderend om onderscheid te maken tussen de primaire rechtsgevolgen – de rechtsgevolgen die het uitoefenen van een bevoegdheid in beginsel met zich meebrengen – en rechtsgevolgen omdat nuanceringsinstrumenten worden ingezet of selectief van in beginsel gegeven bevoegdheden gebruik wordt gemaakt. De variëteit die zich aan de rechtsgevolgenzijde voordoet, is steeds meer aandacht gaan opeisen. De klassieke focus ligt bij de rechtseisen: de belanghebbende zal geïnteresseerd zijn of aan deze eisen is voldaan zodat hij de bevoegdheid kan uitoefenen. Wat de genoemde variëteit mogelijk maakt is dat hij tevens onderzoekt welke rechtsgevolgen hij het meest wenselijk acht en *daarop* zijn keuze baseert. In die zin kan gesteld worden dat

⁵⁴ Par. 6.6.

de rechtsgevolgen op een eigenaardige wijze de rechtseisen zijn gaan overvleugelen. De wenselijkheid van de rechtsgevolgen bepaalt of de bevoegdheid wordt uitgeoefend in plaats van het gegeven dat aan de materiële vereisten is voldaan.

In contractuele situaties rijst bij verstoringen van de contractuele verhouding de vraag: 'wat *kan* de teleurgestelde schuldeiser?'. In de handboeken volgt op deze vraag doorgaans een opsomming van wettelijke sancties als nakoming, opschorting, schadevergoeding en ontbinding. De teleurgestelde schuldeiser zal echter niet in de eerste plaats schools geïnteresseerd zijn in de vraag wat hij in beginsel kan maar wat in een concrete situatie, gezien zijn belangen, het meest aangewezen is. Deze laatste vraag ligt meer aan de zijde van de rechtsgevolgen dan aan de zijde van de rechtseisen.

Naast genoemde praktische en strategische zaken, noopt nog een andere ontwikkeling tot een concentratie op rechtsgevolgen. Tijdens de totstandkoming van het huidige Burgerlijk Wetboek is de aandacht zowel in de Parlementaire Toelichting als in de doctrine met name uitgegaan naar de rechtseisen en de primaire rechtsgevolgen van bevoegdheden. Hoe het instrumentarium van nuanceringsinstrumenten moet worden gehanteerd is tamelijk onderbelicht gebleven. Zoals reeds gezegd, geldt deze vraag niet alleen binnen een gegeven bevoegdheid, maar betreft ook de nuanceringsinstrumenten in onderling verband bezien.

5.5.4 Van rechtsgezag naar partijgedrag

In een denkbeeldig stelsel waarin verstoringen in de uitvoering van een overeenkomst van rechtswege worden opgelost, is het gedrag van partijen tot aan het moment van contractsluiting relevant. Aan hen is de keuze of zij contracteren, met wie zij contracteren en met welke inhoud. In de contractuele relatie blijft dat moment het ijkpunt: de gedragingen over en weer zijn tot dat moment van belang, zowel bij uitlegging, aanvulling als bij de vaststelling van eventuele wilsgebreken. Daarna is de rol van het subject uitgespeeld en staat (de uitvoering van) het contract onder het gezag van het objectieve recht.⁵⁵

Door de actieve rol van partijen bij de uitoefening van aan hen toegekende bevoegdheden is deze boedelscheiding inmiddels achterhaald. De receptie van deze ontwikkeling kenmerkt zich intussen door onbegrip. Zo wordt wel opgemerkt dat de actieve rol van partijen in strijd is met de partijautonomie en de verbindende kracht van overeenkomsten. De gedachte is dan dat met de contractsluiting een 'vast gegeven' is bereikt waaraan niet getornd kan worden: wat bestendig is mag niet bespreekbaar zijn. Deze voorstelling van

55 Uiteraard behoudens het geval dat contractpartijen bij nadere overeenkomst hun onderlinge verhouding opnieuw inrichten.

zaken acht ik onjuist. Het (initiërende) gedrag van partijen speelt slechts een rol bij *door het recht* erkende problemen in de uitvoering van overeenkomsten. Voor het algemene contractenrecht zijn dit een verstoring in de totstandkoming (wilsgebreken), een verstoring in de uitvoering (een tekortkoming in de nakoming) en een verstoring van de feitelijke context van het contract (onvoorziene omstandigheden). Dat het gedrag een rol kan spelen bij de uitoefening van de bevoegdheden bevestigt slechts dat het recht het partij-initiatief *ook in dit stadium van de overeenkomst* honoreert; het alternatief zou zijn om het oplossen van conflicten aan de 'automatische werking' van het objectieve recht over te laten, en dat zou een nog grotere inbreuk op de partijautonomie vormen. In het huidige contractenrecht is het gedrag van partijen na het sluiten van de overeenkomst om verschillende redenen van belang.

In de eerste plaats is er het logische gegeven dat het gedrag van partijen relevant is indien de wet een bepaalde handelwijze als vereiste stelt. Het is uiteraard relevant of de dwalende zijn vernietigingsbevoegdheid uitoefent omdat bij het achterwege blijven daarvan de overeenkomst als geldig moet worden aangemerkt. Bij de totstandkoming van het huidige wetboek is met name aan deze formele zijde van de bevoegdheidsuitoefening aandacht besteed. Vanwege het beginsel van cumulatie speelt echter ook de materiële vraag wélke bevoegdheid hij kiest en, gezien de huidige mogelijkheden tot partiële uitoefening van door het recht verleende bevoegdheden, in welke mate hij deze uitoefent. Dat iemand zich op verschillende wijzen kan gedragen maakt logischerwijs de wijze *hoe* hij zich gedraagt relevant.

De tweede reden is van groter gewicht en hangt samen met normering. Hiervoor werd het reeds opgemerkt: ook bij de uitoefening van door de wet verleende bevoegdheden wordt het gedrag beheerst door de eisen van redelijkheid en billijkheid. Welke deze eisen zijn kan niet op voorhand worden vastgesteld; dit is afhankelijk van alle omstandigheden van het geval waaronder mede het gedrag van partijen. Zo kan een constructieve opstelling van een der partijen met zich meebrengen dat de ander in zijn bevoegdheidsuitoefening wordt beperkt. Laat ik op dit punt iets helder maken door vaag te zijn. Het gedrag van partijen wordt niet alleen *genormeerd*, dat gedrag is ook van belang voor de *normering*. Nog één slag vager: het gedrag van partijen wordt beheerst door de eisen van redelijkheid en billijkheid maar omgekeerd worden de eisen van redelijkheid en billijkheid beheerst door het gedrag van partijen. De laatste cryptische toevoeging beoogt duidelijk te maken dat het gedrag van partijen *meeweegt* bij de vraag wat redelijkheid en billijkheid voor het voorliggende geval met zich meebrengt.

Een derde punt is dat normering – derhalve – niet zonder meer 'van boven' komt. De normen van het maatschappelijk verkeer hebben niet altijd de structuur van een voorafgeven regel die op gedetailleerde wijze gedrag voorschrijft; normen kunnen in gedragingen besloten liggen. Het formuleren van een regel is dan een explicatie van wat reeds in het gedrag besloten lag. In plaats van te stellen dat iemand normatieve verwachting heeft omdat hij onder het regime

van de redelijkheid en billijkheid staat, is het in voorkomende gevallen juist te stellen dat dit regime het mogelijk maakt om normatieve verwachtingen die reeds *bestonden* civielrechtelijke te *honoreren*. Dit laatste beoogt duidelijk te maken dat het objectieve recht mede in het maatschappelijk leven is geworteld.

5.5.5 Resultaat

Een drietal tendensen in het contractenrecht toont aan dat het gedrag van partijen van inhoudelijke invloed is op wat in hun contractuele verhouding rechtens geldt. Deze tendens sluit naadloos aan wat hiervoor op filosofische gronden werd vastgesteld: de sfeer van het normatieve is niet uitsluitend een ‘opgelegd’ regime dat ‘van boven’ komt of van nature is ‘gegeven’.

5.6 EVALUATIE

In dit hoofdstuk is een methodiek voor de vaststelling van de eisen van de redelijkheid en billijkheid ontwikkeld. Haar werking *via* het systeem van het vermogensrecht kan alleen in samenhang met het wettelijk stelsel inzichtelijk worden gemaakt. De systematische samenhang van deze regels zal immers bepalen hoeveel ruimte aan de redelijkheid en billijkheid wordt gelaten. De methodische aanpak van de redelijkheid en billijkheid hangt hier met systematische overwegingen samen. In dit verband werd het begrip van coherentie geanalyseerd als een systeem met een progressief karakter. Het coherentie-onderzoek naar een aantal samenhangende regelingen indiceert welke ruimte wordt gelaten aan de redelijkheid en billijkheid. Het leeuwendeel van de beschouwingen van dit onderzoek was evenwel gewijd aan het zelfstandig normerende vermogen van de redelijkheid en billijkheid. De verklaring dat de redelijkheid en billijkheid gedrag kan normeren hangt samen met het gegeven dat in gedragingen van partijen een normatieve dimensie besloten kan liggen. In de in art. 3:12 BW genoemde rechtsovertuigingen werd het aanknopingspunt gevonden om deze onuitgesproken normatieve dimensie te articuleren en mogelijk civielrechtelijk te honoreren. Omdat deze laatste fase een afzonderlijke kritische beoordeling vereist is van een directe invloed van de normatieve opvattingen in de samenleving geen sprake.

In een klassieke voorstelling van zaken was het initiatief van partijen tot aan het moment van wilsovereenstemming relevant. In het moderne contractenrecht speelt het initiatief van partijen ook een eminente rol als zich een door het recht erkende verstoring van de contractuele verhouding voordoet. De *consequentie* daarvan – een consequentie die in deze studie theoretisch en methodisch contouren is gegeven – is dat in de rechtsvinding zowel aandacht moet worden besteed aan zowel systematische overwegingen als ‘gedragsoverwegingen’. In onderhavige rechtstheorie is gepoogd om de samenhang van

systeem en gedrag inzichtelijk te maken. Uit deze theorie kon een drietal instrumenten worden afgeleid. Het coherentieonderzoek is van belang in verband met de systematische werking van de redelijkheid en billijkheid. Haar zelfstandig normerende vermogen dient te worden vastgesteld met het zogenoemde bijhouden van de 'normatieve score' tussen partijen en het in een regel expliciteren van een normatieve dimensie die aan het gedrag van partijen besloten ligt. In het volgende hoofdstuk zal worden getoetst of deze theorie de werking van redelijkheid en billijkheid op het terrein van het wijzigen en beëindigen van overeenkomsten inzichtelijk kan maken.

6 | Systeem, gedrag en de werking van redelijkheid en billijkheid I

6.1 INLEIDING

De in deze studie ontworpen rechtstheorie beweegt zich op een tastbaar niveau van rechtsvoorschriften en gedragingen van justitiabelen in concrete situaties. In dit hoofdstuk wordt getoetst of deze theorie de werking van redelijkheid en billijkheid op het terrein van het beëindigen en wijzigen van overeenkomsten inzichtelijk kan maken. Gezien deze opzet zal dit omvangrijke rechtsgebied slechts worden betreden voorzover het de toetsing van de ontworpen theorie kan dienen. Het doel is niet primair om inhoudelijk positie te kiezen in het debat – al zal dit in het voorbijgaan ook gebeuren – maar om de hiervoor geformuleerde theoretische uitgangspunten aan de hand van het positieve recht op overtuigingskracht te toetsen. De juridisch-technische uitwerking van de bevindingen zal elders gestalte krijgen.¹

In verband met de werking van de redelijkheid en billijkheid *via* het systeem van het vermogensrecht zullen de bevoegdheden tot het beëindigen en wijzigen van overeenkomsten in het algemene contractenrecht als een samenhangend geheel worden geïnterpreteerd. Deze coherente interpretatie is mogelijk door het beëindigen en wijzigen van overeenkomsten te begrijpen vanuit een generiek begrip van door het recht erkende verstoringen van de contractuele relatie. Haar *zelfstandig* normerende vermogen komt vervolgens aan het licht waar het aldus geïnterpreteerde wettelijk stelsel aan partijen ruimte laat bij de uitoefening van aan hen toegekende bevoegdheden.

In de eerste plaats wordt aandacht besteed aan een eenvormig begrip van door het recht erkende verstoringen van de contractuele verhouding (6.2). Vervolgens richt het onderzoek zich op de gedeeltelijke aantasting van overeenkomsten (6.3). Dat onderzoek resulteert in het invoeren – en doorvoeren – van een onderscheid tussen normen die het ingrijpen in overeenkomsten rechtvaardigen en de normen die *bij* het ingrijpen van toepassing zijn (6.4). De laatstgenoemde normen creëren een zogenoemde systematische ruimte waarin verschillende, alternatieve wettelijke instrumenten bij het wijzigen van overeenkomsten kunnen worden ingezet (5.5.). Daarnaast wordt een discretionaire ruimte onderscheiden waarin aan partijen ‘vrije’ ruimte toekomt bij de uitoefening van aan hen toegekende bevoegdheden. In dit verband zal worden

1 L. Reurich, *Het wijzigen van overeenkomsten*, Recht & Praktijk, nr. xx, Deventer: Kluwer, 2005.

geanalyseerd hoe het gedrag van partijen van invloed is op wat in hun contractuele verhouding rechtens geldt (5.6). In een evaluatie wordt gezien in hoeverre de toetsing van de rechtstheorie op het generieke niveau van door het recht erkende verstoringen van de contractuele verhouding is geslaagd (5.7).

6.2 DOOR HET RECHT ERKENDE VERSTORINGEN VAN DE CONTRACTUELE VERHOUDING

6.2.1 Inleiding

Het contract markeert de overgang van vrijheid naar gebondenheid. Tot aan het moment van contractsluiting is een ieder vrij om te contracteren, met wie men wil en met welke inhoud men wil.² Met de contractsluiting slaat deze vrijheid om in (contractuele) gebondenheid. De beginselen van vrijheid en gebondenheid verlenen niet alleen aan het moment van het tot stand komen een centrale positie, zij bepalen tevens het 'natuurlijke' einde van de overeenkomst en de wijze waarop zij kan worden gewijzigd. Uit het beginsel van de verbindende kracht vloeit voort dat een overeenkomst eindigt door nakoming van de uit haar voortvloeiende verplichtingen.³ Het beginsel van contractvrijheid brengt mee dat een wijziging van de contractuele verhouding door partijen altijd bij nadere overeenkomst kan geschieden. Nakomen is beëindigen, wijzigen is 'opnieuw beginnen'. Uit een en ander vloeit voort dat de ene contractuele verhouding weliswaar door een andere kan worden *vervangen* doch dat een wijziging van *dezelfde* contractband niet aan de orde is.⁴ Contractueel materiaal is *vaste* materie die niet vervloeit en niet verdampt. Dit uitgangspunt laat slechts uitzonderingen toe indien daarvoor in het recht een rechtvaardiging kan worden gevonden. In deze paragraaf wordt eerst aandacht besteed aan een drietal door het recht erkende verstoringen in het algemene contractenrecht die de aantasting van overeenkomsten rechtvaardigen (6.2.2). Vervolgens wordt gezien hoe deze verstoringen samenhangen met de verbindende kracht van overeenkomsten (6.2.3). De primaire rechtsgevolgen van een beroep op genoemde 'aantastingsvoorschriften' komen vervolgens aan

2 Asser/Hartkamp II 2005 nr. 34; uiteraard met inachtneming van de beperkingen die voortvloeien uit art. 3:40 BW en de precontractuele fase.

3 Asser/Hijma I 2001, nr. 489; zie voor mogelijk normatieve consequenties Asser/Hartkamp II 2005, nr. 165a.

4 De visie dat bij een wijziging de ene overeenkomst door de andere wordt vervangen is in verband met de wijzigingsbevoegdheid van art. 6:230 BW verdedigd door H.C.F. Schoordijk, *Het algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht naar het nieuw burgerlijk wetboek*, Deventer: Kluwer 1979, p. 503 en C.J.H. Brunner, Boekbespreking van Jac. Hijma, *Nietigheid en vernietigbaarheid van rechtshandelingen*, WPNR 5928 (1989), p. 922. Deze visie wordt in deze studie als onjuist verworpen omdat de aanpassing wordt gestoeld op contractuele verstoringen.

bod (6.2.4). Na een bondige beschouwing van het begrip ‘relativering’ (6.2.5) volgt een nadere afbakening van de problematiek van het wijzigen en beëindigen van overeenkomsten (6.2.6). Ten slotte worden de bevindingen samengevat (6.2.7).

6.2.2 Drie verstoringen in het algemene contractenrecht

De rechtvaardiging voor de aantasting van overeenkomsten is gelegen in door het recht erkende *verstoringen* van de contractuele verhouding. De benadering van de problematiek vanuit een generiek begrip van door het recht erkende verstoringen van de contractuele relatie, kan inzichtelijk maken dat het daarop gestoelde ingrijpen niet op gespannen voet met genoemde beginselen staat.⁵ Het algemene contractenrecht kent drie typen van verstoringen van de contractuele relatie.

In de eerste plaats is er de verstoring van de *wilsvorming*. Art. 3:44 BW bepaalt dat een overeenkomst die onder invloed van bedreiging, bedrog of misbruik van omstandigheden is tot stand gekomen, vernietigbaar is. Art. 6:228 BW stelt dezelfde sanctie op een overeenkomst die is tot stand gekomen onder invloed van dwaling.⁶ In de tweede plaats kent het recht een verstoring die is gelegen in de *uitvoering* van overeenkomsten. Art. 6:265 BW bepaalt dat een tekortkoming van een partij in de nakoming van een van haar verbintenissen de wederpartij in beginsel de bevoegdheid geeft om de overeenkomst te ontbinden.⁷ Een derde verstoring van de contractuele verhouding kan worden gesitueerd in de *context* van de overeenkomst. Art. 6:258 BW bepaalt dat een overeenkomst kan worden gewijzigd of ontbonden indien de wederpartij op grond van onvoorziene omstandigheden naar redelijkheid en billijkheid ongewijzigde instandhouding van de overeenkomst niet mag verwachten.⁸

6.2.3 Verstoringen van de contractuele verhouding en de verbindende kracht van overeenkomsten

De gedachte die aan de zogenoemde ‘wilsgebreken’ ten grondslag ligt, luidt dat indien het proces van (vrije) wilsvorming verstoord is geweest, de overeenkomst als het *resultaat* van dat proces aantastbaar behoort te zijn.⁹ Verstoorde vrijheid voert tot verstoorbare gebondenheid. Nu de overeenkomst niet op zuivere wijze is tot stand gekomen, dient de verbindende kracht daarvan zich

5 Anders dan in de handboeken, vgl. Asser/Hartkamp II 2005, nr. 330.

6 Zie voor een uitvoerige bespreking par. 6.2.

7 Zie voor een uitvoerige bespreking par. 6.3.

8 Zie voor een uitvoerige bespreking par. 6.4.

9 Asser/Hartkamp II 2005, nr. 168.

niet zonder meer door te zetten. Ook een ingrijpen op grond van een verstoring van de uitvoering van overeenkomsten is met het beginsel van verbindende kracht verenigbaar: het gegeven dat de prestatie van een der partijen achterblijft bij wat de (contractuele) verbintenis vergt, maakt de daar tegenover staande prestatie aantastbaar. Partijen hebben met de wilsovereenstemming beide prestaties aan elkaar geklonken. Indien een partij in de nakoming van een prestatie achterblijft dient de wederpartij zich van de daar tegenover staande prestatie te kunnen bevrijden.

Het is met name bij een verstoring van de feitelijke context van een overeenkomst waar het beginsel van de verbindende kracht zich sterker laat voelen. Het is gangbaar om de verhouding tussen deze bevoegdheid en de verbindende kracht van overeenkomsten als onverenigbaar te kenschetsen. Slechts in bijzondere gevallen, zo luidt nog steeds wat gangbaar is, kan de (beperkende) werking van redelijkheid en billijkheid wegens onvoorziene omstandigheden meebrengen dat een contractuele regel zich niet kan doorzetten en aanpassing van de overeenkomst aangewezen is. In de verplicht voorgeschreven rechterlijke toetsing zou dit uitzonderlijke gehalte in zijn 'terughoudende' opstelling tot uitdrukking moeten komen.¹⁰ De gedachte dat deze benadering geen navolging verdient wordt verworpen omdat het verwerpen van gangbare gedachten door bestrijding geschiedt. De geschetste benadering kent aan art. 6:258 BW een uitzonderingspositie toe die niet past in een betoog waarin het beëindigen en wijzigen van overeenkomsten vanuit een generiek begrip van contractuele verstoringen is opgezet. Dit strategisch argument heeft een inhoudelijke achtergrond.¹¹ Wat de gangbare benadering buiten beschouwing laat, is dat het gegeven dat een overeenkomst voorligt van meet af aan in de toetsing meeweegt. Het staat met zoveel woorden in de parlementaire geschiedenis: redelijkheid en billijkheid eisen primair trouw aan het gegeven woord.¹² De voorstelling van zaken dat de redelijkheid en billijkheid op een gegeven moment 'van buiten' op een door partijen vormgegeven contractuele verhouding inwerkt – en als het ware 'haaks' op de (verbindende kracht van de) overeenkomst komt te staan – is ten gronde *irreführend*. Er bestaat geen later moment waarop deze eisen actueel worden omdat de partijverhouding van meet af aan – ook precontractueel¹³ – door de eisen van redelijkheid en billijkheid wordt geregeerd. Het gegeven dat een contractuele verhouding voorligt, is dus altijd al in de toetsing verdisconteerd. En niet alleen dát een afspraak voorligt – de verbindende kracht van overeenkomsten wordt ten onrechte vaak

10 Parlementaire Geschiedenis Boek 6, MvA II, p. 974.

11 Nader hierover par. 7.5.

12 Parlementaire Geschiedenis Boek 6, p. 969. Deze benadering wordt ook in de jurisprudentie aangetroffen in HR 20 februari 1998, NJ 1998, 493 (Briljant Schreuders) en HR 25 februari 2000, NJ 2000, 471 (Frans Maas).

13 Ik zal hier niet ingaan op de discussie of de bron van precontractuele verplichtingen is gelegen in de redelijkheid en billijkheid of in een 'verdichte' zorgvuldigheidsnorm; materieel zal dit weinig verschil uitmaken.

als een louter formeel beginsel ten tonele gevoerd¹⁴ – maar ook wát de afspraak inhoudt. Het relatieve gewicht van de bij het gegeven geval betrokken belangen zal de uitkomst van de toetsing bepalen; alleen bij aanwezigheid van een *groter* belang dan dat van de contractuele gebondenheid zal een contractueel beding zich niet kunnen doorzetten. Het *resultaat* van de toetsing mag dan tegen het contract indruisen, het zou onjuist zijn de werking van redelijkheid en billijkheid uitsluitend vanuit het resultaat te begrijpen. Een en ander voert tot de slotsom dat het beginsel van de verbindende kracht van overeenkomsten niet onverenigbaar is met – want reeds verdisconteerd in – een toetsing aan de beperkende werking van redelijkheid en billijkheid.

6.2.4 De primaire rechtsgevolgen van het ‘aantastingsvoorschrift’

De wetsvoorschriften die in dit onderzoek centraal staan, onderscheiden zich sterk op het punt van de rechtsgevolgen. Vernietiging heeft terugwerkende kracht (art. 3:53 BW) terwijl aan de ontbinding terugwerkende kracht wordt onthouden (art. 6:269 BW en art. 6:258 BW, laatste zin, *a contrario*). Vooral dit laatste rechtsgevolg heeft, vanwege de radicale breuk met het oude recht, veel aandacht gekregen.¹⁵ Deze aandacht kan gemakkelijk versluieren dat deze nieuwe sanctie veel scherper contrasteert met het oude recht dan met de nietigheidssanctie in het huidige wetboek. In de eerste plaats moet hier worden gewezen op het feit dat het verlenen of ontnemen van terugwerkende kracht een primair rechtsgevolg is dat vervolgens voor correctie vatbaar is. In dit verband kan onder meer worden gewezen op de rechterlijke bevoegdheid om aan de vernietiging de terugwerkende kracht te onthouden (art. 3:53 lid 1, tweede zin) en het equivalent daarvan om aan een ontbinding terugwerkende kracht te verlenen (art. 6:258 lid 1 BW, tweede zin). Belangrijker is evenwel dat bij de vaststelling van rechtsgevolgen ook andere normen (kunnen) worden betrokken. Het verlenen of ontnemen van terugwerkende kracht is daarmee slechts het beginpunt en niet het eindpunt van de redenering. In dit verband is het instructief om te wijzen op een passage van Meijers over het verschil tussen nietigheid en vernietigbaarheid. Eerst stelt hij vast dat de grenslijnen hier niet ‘van nature’ gegeven zijn.¹⁶ “Daarom”, zo voegt Meijers hieraan toe, “is in een gegeven geval een bestaan met mogelijkheid van vernietiging evengoed te rechtvaardigen als een niet-bestaan met mogelijkheid van een

14 Wie stelt dat de redelijkheid en billijkheid trouw aan het gegeven woord meebrengt, kan de verbindende kracht van overeenkomsten niet meer louter als een formeel beginsel zien omdat art. 6:248 BW een inhoudstoetsing betreft. Zie voorts hierover de evaluerende beschouwing in het zevende hoofdstuk.

15 Aan de vernietiging is betrekkelijk weinig aandacht uitgegaan. Vergelijk de beschouwingen van Bakels 1993, p. 49-99.

16 Meijers 1958, p. 251.

latere geldigheid (...)"¹⁷. Deze opmerking kan evengoed betrekking hebben op de sancties van vernietiging en ontbinding. Of men nu terugwerkende kracht verleent en 'naar de toekomst' corrigeert of terugwerkende kracht ontnemt en 'naar het verleden' corrigeert: het bepaalt slechts in welke richting de redenering uitgaat zonder dat dit een materieel verschil met zich hoeft mee te brengen. Zelfs als het wettelijk stelsel niet geheel symmetrisch is – een bepaling dat aan de ontbinding wegens een tekortkoming terugwerkende kracht kan worden verleend ontbreekt – blijft staan dat het vaststellen van rechtsgevolgen een breder oordeel vergt dan de vaststelling dat het (primaire) rechtsgevolg intreedt.

Een volgende kwestie betreft de wijze waarop de sanctie op de overeenkomst ingrijpt. Een wegens dwaling vernietigbare of wegens een tekortkoming ontbindbare overeenkomst is immers geldig zolang de vernietiging of ontbinding niet is ingeroepen. Bij een aantastbaarheid op grond van onvoorziene omstandigheden, ligt echter reeds de situatie voor dat het contract op grond van de redelijkheid en billijkheid zich niet kan doorzetten. Dit gegeven kan het bezwaar oproepen dat deze vorm van aantastbaarheid niet op één lijn mag worden gesteld met de aantastbaarheid op grond van een wilsgebrek of een tekortkoming. Vanuit de optiek van het alles-of-niets-systeem zou men dit bezwaar zo kunnen formuleren dat in het ene geval de analyse met een 'alles' aanvangt terwijl er bij onvoorziene omstandigheden in beginsel een 'niets' voorligt.

Dit bezwaar kan niet overtuigen. De eerste reden is dat de aanwezigheid van een onvoorziene omstandigheid in de zin van art. 6:258 BW de contractuele regel niet ongeldig maakt (*ausser Geltung*); zij is, in de woorden van art. 6:248 lid 2 BW, in de gegeven omstandigheden slechts niet van toepassing (*ausser Anwendung*). Ook al is het contract rechtens niet uitvoerbaar, zij moet vooralsnog wel als geldig worden aangemerkt. Het betreft hier niet een louter dogmatische stellingname. Een onvoorziene omstandigheid kan immers meebrengen dat slechts van een deel van een overeenkomst de nakoming niet mag worden verwacht. In de literatuur over de onvoorziene omstandigheden voeren tamelijk spectaculaire casus haast als vanzelf de boventoon. Terecht merkt Hartkamp op dat deze regeling ook van toepassing is op bedingen van meer ondergeschikte betekenis zoals de plaats of wijze van betaling.¹⁸ Het zijn juist eenvoudiger casus die aan het licht brengen dat art. 6:258 BW een gedeeltelijke aantasting van de overeenkomst met zich mee kan brengen. De wijziging of ontbinding ziet dan niet op het gehele contract maar op dat gedeelte waarvan de wederpartij ongewijzigde nakoming op grond van de redelijkheid en billijkheid niet mag verwachten. Gelijk hiervoor werd geconstateerd, geldt ook hier dat de onvoorziene omstandigheid van meet af aan een gedeeltelijke aantasting

¹⁷ Meijers 1958, p. 251.

¹⁸ Asser-Hartkamp II 2005, nr. 334; Parlementaire Geschiedenis Boek 6, p. 974; zie voor een voorbeeld uit de jurisprudentie HR 25 februari 2000, NJ 2000, 471 (Frans Maas).

van de overeenkomst kan meebrengen. Ten slotte kan worden vastgesteld dat het ook bij ontbinding wegens een tekortkoming kan voorkomen dat het contract niet kan worden uitgevoerd, bijvoorbeeld in situaties van overmacht.¹⁹ Een en ander voert tot de slotsom dat de verschillende wijzen waarop de door het recht geboden sanctie op de overeenkomst ingrijpt geen belemmering vormt om genoemde leerstukken vanuit een generiek begrip van door het recht erkende verstoringen van de contractuele verhouding te begrijpen.

6.2.5 Het begrip 'relativering'

De term 'relativering' wordt in het contractenrecht doorgaans in verband gebracht met het zogenaamde alles-of-niets-systeem. Dat systeem neemt tot uitgangspunt dat een overeenkomst rechtens volledig in orde behoort te zijn; doet zich ergens in het traject van de overeenkomst een verstoring voor, dan komt de overeenkomst ofwel niet tot stand,²⁰ of zij gaat – met terugwerkende kracht – alsnog van tafel. In meest zuivere vorm is het effect van een door het recht erkende verstoring op de overeenkomst dus maximaal. Een overeenkomst is geldig. Of er is niets. De relativering is een aanmerkelijk minder strak gesneden verschijnsel. Tussen het enerzijds 'geldig' en het anderzijds 'ongeldig' opent zij een palet van mogelijke nuances en grijstinten.

Daarnaast wordt de term in een meer technische betekenis gebruikt. Het leerstuk van de nietigheid biedt daarvan een goede illustratie. Het nietigheidsoordeel ten tijde van de non-existentieleer van Diephuis was een oordeel *tout court*.²¹ In een later stadium van ontwikkeling is de gedachte naar voren gebracht dat een initieel aangewezen nietigheid niet verder mag strekken dan de ratio van het nietigheidsvoorschrift meebrengt.²² Het relateren van de rechtsgevolgen aan de ratio van het nietigheidsvoorschrift brengt het alles-of-niets-systeem ten val. Strikt genomen wordt niet het alles-of-niets systeem, maar het nietigheidsleerstuk zélf gerelativeerd.²³ Er zijn ook andere geluiden te beluisteren. Recentelijk klinkt het pleidooi om de uitoefening van een (wettelijke) bevoegdheid op grond van de redelijkheid en billijkheid te beperken met het oog op de partijbelangen en omstandigheden van het geval.²⁴ Het resultaat daarvan kan zijn dat een beroep op een bevoegdheid wordt ontzegd ten gunste van een minder ingrijpend rechtsmiddel, of dat uitoefening

¹⁹ Asser/Hartkamp II 2005, nr. 340.

²⁰ In geval van nietigheden.

²¹ Zie voor een overzicht van deze zogenoemde non-existentieleer, Jac. Hijma, "Nietigheden in het vermogensrecht" in *RM Themis*-9 1992, p. 403-406.

²² Jac. Hijma, *Nietigheid en vernietigbaarheid van rechtshandelingen*, diss. Leiden 1988, Deventer: Kluwer, 1988, p. 110.

²³ Zie verder par. 3.

²⁴ F.B. Bakels, *Ontbinding van wederkerige overeenkomsten*, diss. Leiden 1993, Deventer: Kluwer, 1993, p. 277.

van die bevoegdheid alleen is toegelaten indien in de sfeer rechtsgevolgen met de betrokken belangen rekening wordt gehouden.²⁵ Dit debat wordt met name bij het leerstuk van de ontbinding wegens een tekortkoming gevoerd, maar is ook in ander verband te beluisteren.²⁶ Weer een andere vorm van relativering klinkt op uit het pleidooi om bij het vaststellen van rechtsgevolgen rekening te houden met een na het aangaan van de overeenkomst ingetreden wijziging van de waardeverhouding tussen de prestaties van een wederkerige overeenkomst.²⁷ Dan ligt niet de vraag voor of het contract geldig of ongeldig is, maar hoe bepaalde risico's over partijen moeten worden verdeeld.

De slotsom is dat onder de term 'relativering' van alles aan elkaar wordt gerelateerd. Vanwege het diffuse karakter zal zij in deze studie niet in technische zin worden gebruikt. In plaats daarvan zal hieronder een aantal nieuwe onderscheidingen worden geïntroduceerd die voor de problematiek van het wijzigen en beëindigen van overeenkomsten meer behulpzaam zijn.

6.2.6 Afbakening

Het 'natuurlijke' einde van een overeenkomst door nakoming van de contractuele verplichtingen is geen afzonderlijk probleemgebied dat toegankelijk is voor onderzoek; dit gebied kan in dit onderzoek dus worden afgekoppeld. Voorzover nakoming problematisch is lost zij zich op in de vraag in hoeverre de schuldenaar in zijn verplichtingen is *tekortgeschoten* en die vraag beweegt zich op het terrein van een verstoring van de contractuele verhouding. De wijziging van de contractuele verhouding bij nadere overeenkomst wekt meer interesse. Deze interesse is ingegeven door de volgende observatie. Het feit dat partijen bij nadere overeenkomst hun (oorspronkelijke) contractuele verhoudingen kunnen wijzigen vloeit voort uit het beginsel van contractvrijheid. Deze vrijheid laat zich in bepaalde opzichten echter beter kenschetsen als een 'vrijheid in gebondenheid'. In de eerste plaats zijn partijen niet meer vrij in de keuze met *wie* zij contracteren; daarvoor komen alleen de bestaande contractpartijen in aanmerking. In de tweede plaats zal een wijziging eerst aan de orde zijn indien de uitvoering van het oorspronkelijke contract door (een der) partijen als onwenselijk wordt ervaren. Analoot aan de hiervoor ontwikkelde gedachtegang kan worden gesteld dat partijen kennelijk geïnitieerd worden tot een contractwijziging op grond van een door *henzelf* erkende verstoring van de contractuele relatie. Dat roept de vraag op in hoeverre het oorspronkelijke contractuele materiaal op deze contractwijziging van invloed is. Het ligt in

25 Zie wat betreft laatstgenoemd standpunt Asser/Hijma I 2001, nr. 497 en Asser/Hartkamp I 2001, nr. 516.

26 R.P.J.L. Tjittes, "Relativering van rechtsverwerking" in: *NTBR*, nr. 7, p. 193-198.

27 J.H. Nieuwenhuis, "Vernietigen, ontbinden of aanpassen. Wat is het lot van teleurstellende overeenkomsten?" in: *WPNR* 2164, 1995, p. 26.

de rede dat zich een zekere binding aan het oorspronkelijke materiaal zal voordoen voorzover het geen invloed ondervindt van de door partijen erkende verstoring. Deze vaststelling voert vanuit *normatief* perspectief tot de vraag of naar de eisen van redelijkheid en billijkheid de onderhandelingen die aan de ‘wijzigingsovereenkomst’ voorafgaan onder het regime staan van het oorspronkelijke contract.²⁸ Een positief antwoord op deze vraag opent een interessant gebied – een *intercontractus* – waarin post- en precontractuele verplichtingen met elkaar samenvallen. In dit onderzoek staat deze kwestie niet in het centrum van de aandacht. Zij zal evenwel in een latere fase van het betoog worden opgenomen in het kader van de vraag in hoeverre een contractaanpassing door partijen verschilt van een door het recht aangewezen aanpassing van de overeenkomst. Thans wordt reeds de alsdan te toetsen hypothese geformuleerd dat de verschillen op dit vlak niet principieel maar gradueel van aard zijn.

6.2.7 Resultaat

Onderhavig onderzoek richt zich op het beëindigen en wijzigen van overeenkomsten op grond van door het recht erkende verstoringen van de contractuele relatie. Ten aanzien van de wilsgebreken zij opgemerkt dat het betoog zich met name zal richten op de vernietigbaarheid wegens dwaling; dat de overige wilsgebreken niet afzonderlijk worden onderzocht betekent echter niet dat de verkregen resultaten niet ook voor deze wilsgebreken hebben te gelden. Voorts zal het onderzoek zich beperken tot wederkerige overeenkomsten; deze overeenkomsten zijn praktisch van groot belang en het wederkerig verband zal bij de contractaanpassing een eminente rol blijken te spelen.

6.3 GEDEELTELIJKE AANTASTING VAN OVEREENKOMSTEN

6.3.1 Inleiding

De vaststelling dat het beëindigen en wijzigen van overeenkomsten door een verstoring van de contractuele verhouding moet worden gerechtvaardigd, roept de vraag op hoe het met een *partieel* ingrijpen in overeenkomsten is gesteld. Op voorhand lijkt een afwijkende benadering niet in de rede te liggen nu ook hier een, zij het dan gedeeltelijke, aantasting van contractueel materiaal voorligt. De eigenlijke kwestie betreft hier dan ook niet het belang van de aanwezigheid van een rechtens erkende verstoring van de contractuele relatie maar de vraag hoe die verstoring met een gedeeltelijke aantasting van een overeenkomst

28 Vgl. Asser/Hartkamp II 2005, nr. 165a.

samenhangt. Ten aanzien van deze vraag kunnen in abstracto twee visies worden onderscheiden. Enerzijds kan een gedeeltelijke aantasting 'binnen' het leerstuk gestalte krijgen (6.3.2), anderzijds kan zij 'buiten' het leerstuk om plaatsvinden. Vervolgens wordt de hypothese geformuleerd dat een aantasting zowel 'binnen' als 'buiten' het leerstuk gestalte kan krijgen (6.3.3). Dit voert vervolgens tot het onderscheiden van twee typen van gedeeltelijke aantasting van overeenkomsten (6.3.4). Ten slotte worden de bevindingen samengevat (6.3.5).

6.3.2 Gedeeltelijke aantasting 'binnen' het leerstuk

In de eerste visie bestaat geen onderscheid tussen een algehele en een gedeeltelijke aantasting van overeenkomsten. Een verstoring van de contractuele verhouding maakt het ingrijpen in een overeenkomst mogelijk doch daarin vindt het tevens zijn begrenzing. De centrale gedachte is dat een aantasting van een overeenkomst niet verder mag reiken dan de ratio van het 'aantastingsvoorschrift' kan rechtvaardigen.²⁹ Door het voorschrift in samenhang met zijn ratio te bezien kan *van meet af aan* een gedeeltelijke aantasting van de overeenkomst aangewezen zijn. Omdat de ratio van het 'aantastingsvoorschrift' zijn toepassing onder controle houdt, valt de (principiële) vraag naar aantastbaarheid samen met de (gelijkelijk principiële) vraag naar de *mate* van aantastbaarheid. Men zou een en ander ook zo kunnen formuleren dat de hiervoor genoemde nuancering *binnen* het leerstuk gestalte heeft gekregen.³⁰ Deze 'ingebouwde relativering' verleent aan elk leerstuk een intrinsieke beperking omdat zij van meet af aan en op principiële gronden uit het toepasselijke voorschrift voortvloeit.

6.3.3 Gedeeltelijke aantasting 'buiten' het leerstuk

In de tweede plaats kan de gedeeltelijke aantasting van overeenkomsten worden beschouwd als een 'gecorrigeerde algehele aantasting'. Illustratief voor deze visie is een uitdrukking die met name op Duitse bodem in zwang is geraakt: 'het preciseren of nuanceren van rechtsgevolgen'. Deze uitdrukking situeert de gedeeltelijke aantasting in de rechtsgevolgensfeer en reduceert het daarmee tot een 'uitwerkingsprobleem' nadat de principiële vraag naar aantastbaarheid reeds (positief) is beantwoord. Eerst het principe, dan de gradatie: subtiel zijn mág maar alleen als het principiële gelijk reeds is binnengehaald. Vanuit normatief oogpunt kan deze visie op de gedeeltelijke aantasting van

29 Deze visie wordt verdedigd door Jac. Hijma, *Nietigheid en vernietigbaarheid van rechtshandelingen*, diss. Leiden 1988, Deventer 1988, p. 76-77.

30 Hijma 1992, p. 414-415.

overeenkomsten worden omschreven als een door de redelijkheid en billijkheid geïndiceerde correctie op in beginsel verleende bevoegdheden.³¹

6.3.4 Gedeeltelijke aantasting ‘binnen’ en ‘buiten’ het leerstuk

Het vergelijken van beide visies op de verhouding tussen de rehtens erkende verstoring en de gedeeltelijke aantasting van overeenkomsten voert tot een paradoxaal oordeel. De geschetste visies kunnen mijns inziens *tegelijk* worden verdedigd *without flying in the face of reason*. Dat brengt mij tot het introduceren van visie nummer drie: de combinatie van één en twee.

Het in elkaar schuiven van de geschetste visies stuit op twee blokkades. De eerste blokkade ligt in de contradictie tussen een nuancering die intrinsiek van aard is (‘binnen het leerstuk’) en een nuancering die ligt in de uitwerking van rechtsgevolgen (‘buiten het leerstuk’). De tweede blokkade is gelegen in de contradictie tussen een principiële en graduele benadering van de problematiek. Deze blokkades zijn niet onoverkomelijk. Contradicties kennen immers een betrouwbare vluchtroute: het maken van een onderscheid. Dit logische gegeven voert mij tot de volgende inhoudelijke observatie. Als bij wijze van gedachte-experiment beide visies als juist worden beschouwd, *dwingt* dat tot het maken van een onderscheid tussen twee *soorten* van gedeeltelijke aantasting van overeenkomsten. Enerzijds kan het toepasselijke voorschrift van meet af aan een gedeeltelijke aantasting met zich meebrengen; op dit principiële niveau bestaat geen onderscheid tussen een algehele en gedeeltelijke aantasting. Anderzijds kan een in beginsel aangewezen (algehele of gedeeltelijke) aantasting in de rechtsgevolgensfeer nader worden genuanceerd. In het laatste geval bestaat een belangrijk, nog nader te onderzoeken, normatief verschil tussen de in principe aangewezen aantasting en de nader aan te brengen gradaties.

6.3.5 Twee typen van gedeeltelijke aantasting

Reeds in deze experimentele fase van analyse roept het onderscheid tussen twee soorten van gedeeltelijke aantasting spontane bijval op. Voor een bestendige verbintenis moeten de geloofspapieren echter op twee punten nader worden onderzocht. In de eerste plaats rijst de vraag hoe beide polen van het onderscheid zich tot elkaar verhouden. In de tweede plaats is er de kwestie wat eigenlijk onder de term ‘gedeeltelijk’ of ‘partieel’ moet worden verstaan.

Indien het onderscheid tussen twee soorten van gedeeltelijke aantasting inhoudelijk neutraal is, dan is de vraag of deze aantasting binnen of buiten het leerstuk om wordt vormgegeven louter instrumenteel van aard. Vanwege

31 J.B.M. Vranken, ‘Nietige overeenkomsten binden tot wat de goede trouw meebrengt’, *NJB* 1990, p. 485-488.

het principiële karakter van de vraag naar aantastbaarheid van overeenkomsten is er meer aan de hand. Hiervoor werd reedsesignaleerd dat elk van de drie in dit betoog betrokken leerstukken een inhoudelijk probleem centraal stelt. Dat brengt mee dat een nuancering alleen binnen het leerstuk kan worden vormgegeven als zij op de bewuste inhoud is georiënteerd. Deze vaststelling laat zich tot een kameleonachtig uitgangspunt formuleren. Nuanceringen die de 'kleur' hebben van het bewuste leerstuk dienen deze kleur ook te bekennen. Elementen met een *ander* karakter dienen op andere wijze – dus buiten het leerstuk om – vorm te krijgen. Een en ander voert tot een gefaseerde aanpak van de problematiek. Het bewuste leerstuk verschaft principieel toegang tot enigerlei vorm van aantasting van de overeenkomst. Is een overeenkomst eenmaal aantastbaar, dan behoort vervolgens een veelheid van factoren bij deze aantasting te (kunnen) worden betrokken – ook elementen die vreemd zijn aan het leerstuk dat de toegang tot de aantasting heeft verschaft. Het gaat mij hier om een eerste en voorlopige stellingname die later nog uitvoerig wordt onderzocht en onderbouwd: het bewuste voorschrift moet het ingrijpen initiëren zonder het te fixeren.

Resteert de kwestie van wat onder de term 'gedeeltelijk' of 'partieel' moet worden verstaan. In de doctrine en de toelichting bij het huidige Burgerlijk Wetboek worden de (nieuwe) mogelijkheden tot gedeeltelijke aantasting van overeenkomsten ten tonele gevoerd als verfijnde – liever: verfijnende – instrumenten in het contractenrecht.³² Hieraan lijkt de gedachte ten grondslag te liggen dat overeenkomsten zich als duidelijk afgegrensde, althans afgrensbare, eenheden aandienen.³³ Deze gedachte is evident onjuist. Het hangt af van de toevallige inrichting van het contract door partijen of van een min of meer samenhangend geheel kan worden gesproken; en zelfs dan kan een complex van afspraken in beginsel altijd nader worden (onder)verdeeld in een geheel van deelafspraken. Een benadering waarin *op voorhand* het contractuele materiaal op splitsbaarheid wordt getoetst om vervolgens het afgesplitste deel op aantastbaarheid te onderzoeken, staat diametraal tegenover de gefaseerde aanpak die in dit betoog wordt voorgestaan. Zij kiest een omgekeerde route waar de juiste volgorde een dwingende is. Door een 'vooronderzoek' naar de splitsbaarheid van overeenkomsten te introduceren maakt men een principiële kwestie afhankelijk van toevallige gegevens. De hechte verbanden binnen het contractuele materiaal kunnen meebrengen dat een partieel aangewezen aantastbaarheid zich over de gehele overeenkomst uitstrekt. Deze situatie moet worden onderscheiden van het geval dat een aantastbaarheid *van meet af aan* de gehele overeenkomst raakt. Dat de uitkomst dezelfde is – algehele aantastbaarheid – mag niet versluieren dat er een rechtens significant verschil bestaat

32 Vgl. Bijvoorbeeld Parlementaire Geschiedenis, Boek 6, p. 1018-1020; J.B.M. Vranken, "Themis en het vermogensrecht nieuw BW; naar een inhoudelijke beoordeling van de boeken 3, 5, 6 Nieuw BW", *NJB* 1988, p.682-683.

33 Hijma 1988, p. 259.

tussen een partieel aangewezen aantastbaarheid die op grond van toevallige gegevens in een algehele aantastbaarheid *resulteert* en een van meet af aan aangewezen algehele aantastbaarheid. Zoals ook omgekeerd eenzelfde verschil bestaat tussen een in principe aangewezen gedeeltelijke aantasting en een algehele aantasting die slechts ‘gedeeltelijk’ wordt uitgeoefend. Dit onderscheid – en het methodische inzicht waaruit het voortvloeit – gaat verloren indien de principiële kwestie niet vooraan wordt gesteld. De werkzaamheden dienen kortweg te geschieden in volgorde van belangrijkheid. Het toepasselijke voorschrift bepaalt op principiële gronden of een afspraak tussen partijen aantastbaar is. Het is eerst de (vervolg)kwestie hoe een aantastbare afspraak met eventuele overige afspraken samenhangt, die meebrengt of *per saldo* van een algehele of gedeeltelijke aantasting kan worden gesproken.

6.3.6 Resultaat

De aantastbaarheid van overeenkomsten staat onder een principieel gesternte. Het zijn de materiële vereisten van het bewuste voorschrift die, mede in het licht van zijn doel en strekking, bepalen of een overeenkomst aantastbaar is. Op dit principiële niveau bestaat geen onderscheid tussen een algehele en gedeeltelijke aantasting van overeenkomsten. Is deze materiële drempel eenmaal gepasseerd, dan behoort vervolgens een veelheid van factoren bij deze aantasting te (kunnen) worden betrokken – ook elementen die vreemd zijn aan het leerstuk dat de toegang tot de aanpassing heeft verschaft. Deze tweede fase concentreert zich op de toevallige – lees: casuïstische – gegevens van een voorliggend geval zoals de inrichting van het contract door partijen en de overige omstandigheden van het geval. De vereisten van het bewuste leerstuk geven kortweg de contouren van een bepaald *type* casus. De aandacht richt zich op de vraag of een voorliggend geval aan dit type beantwoordt. Eventuele nuances kunnen slechts vorm krijgen indien de bewuste omstandigheden materieel op dit type kunnen worden afgestemd. In de tweede fase staat niet het gepolijste type centraal maar de toevallige – ruwe – gegevens van de casus. Nu de norm die toegang tot het ingrijpen in de overeenkomst heeft verschaft voor deze non-typische gegevens niet gevoelig kan zijn, zal deze vorm van (gedeeltelijke) aantasting door andere normen moeten worden beheerst. Dit normatieve en methodische verschil wordt in dit betoog gearticuleerd in het onderscheid tussen twee soorten van gedeeltelijke aantasting van overeenkomsten.

6.4 NORMEN TOT AANTASTING EN NORMEN BIJ AANTASTING VAN OVEREENKOMSTEN

6.4.1 Inleiding

In zijn oratie merkt Hijma naar aanleiding van de redactie van art. 6:258 BW op dat dit voorschrift in strikte zin wel de norm *tot* het ingrijpen in de overeenkomst geeft, maar niet de norm *bij* het ingrijpen.³⁴ Vervolgens oordeelt hij dat deze normen in spiegelbeeldig verband tot elkaar staan en dus identiek zijn. Deze spiegelbeeldige afleiding verdient mijns inziens geen navolging. De spiegeling ontnemt namelijk aan de juiste analytische observatie haar slagkracht. Mijn inzet is om het terloops door Hijma geïntroduceerde onderscheid tot de hoeksteen van de argumentatie te maken. Dat het hier wel degelijk om een slagvaardig onderscheid gaat vloeit hieruit voort dat de norm *tot* ingrijpen *niet* dezelfde is als de norm(en) *bij* het ingrijpen. Eerst wordt (nogmaals) het onderscheid tussen principiële en graduele aantasting van overeenkomsten contouren gegeven (6.4.2). Hierin is de achtergrond gelegen voor het openen van een systematische ruimte bij het wijzigen van overeenkomsten die verkennend zal worden geanalyseerd (6.4.3). Daarvan moet een discretionaire ruimte bij het wijzigen van overeenkomsten worden onderscheiden die vervolgens in de verkenning wordt betrokken (6.4.4). Ten slotte worden de bevindingen samengevat (6.4.5).

6.4.2 Een principiële en graduele aantasting van overeenkomsten

Het algemene contractenrecht, zo werd hiervoor betoogd, kent een drietal door het recht erkende verstoringen van de contractuele verhouding. De materiële vereisten van de bewuste wetsvoorschriften selecteren en benoemen een bepaald type probleem op grond waarvan een overeenkomst – op principiële gronden – aantastbaar is. Of deze aantasting ziet op de gehele overeenkomst of een deel daarvan is, op het principiële niveau van het leerstuk, een neutrale kwestie. De aandacht concentreert zich in deze fase van analyse op de dwaling en haar invloed op de totstandkoming van de overeenkomst, de aard en ernst van de tekortkoming en de (gevolgen van de) ontbinding, de onvoorziene omstandigheid en de vraag of naar redelijkheid en billijkheid (ongewijzigde) nakoming mag worden verwacht. Elk van deze verstoringen maakt een overeenkomst aantastbaar, meer in het bijzonder en afhankelijk van het toepasselijke voorschrift: vernietigbaar, ontbindbaar en wijzigbaar.

Met het principiële oordeel over de aantastbaarheid van overeenkomsten, is de analyse echter nog niet afgerond. De door het recht erkende verstoring

³⁴ Jac. Hijma, *Het constitutionele wijzigingsvoornis in het licht van de algemene werking van redelijkheid en billijkheid*, Deventer: Kluwer, 1989, p. 5.

van de contractuele relatie opent weliswaar de deur *tot* het ingrijpen doch daarmee is de *modaliteit* van dat ingrijpen nog niet gegeven. Het beeld van de geopende deur is ook na het openen instructief. De bevoegdheid tot het ingrijpen in overeenkomsten geeft namelijk toegang tot een systematische en discretionaire ruimte.

6.4.3 De systematische ruimte bij het wijzigen van overeenkomsten, een verkenning

Wat betreft de systematische ruimte moet in de eerste plaats worden gewezen op diverse (wettelijke) instrumenten die bij een wijziging behulpzaam kunnen zijn – het verlenen of ontnemen van terugwerkende kracht (art. 3:53 lid 2 BW; art. 6:258 BW, *in fine*), de mogelijkheid van kosten- of schadevergoeding (art. 3:53 lid 2 BW, tweede zin; art. 6:277 BW), voordeelstoerekening (art. 6:277 lid 2 BW) en het stellen van voorwaarden (art. 6:260 lid 1 BW). Van groter gewicht nog is het gegeven dat een (gedeeltelijke) vernietiging of ontbinding op zichzelf reeds complexe vragen oproept. Het (be)klemmende punt is nu dat deze vragen niet kunnen worden beantwoord – preciezer: zij kunnen niet worden gesteld – indien mét de aantastbaarheid ook de *modaliteit* van de aantasting zou zijn gegeven. Door het maken – en in acht nemen – van een onderscheid tussen de norm *tot* ingrijpen en de norm(en) *bij* het ingrijpen wordt systematisch ruimte gecreëerd om de complexe problematiek van het wijzigen van overeenkomsten tot een oplossing te brengen. Het beeld dat dan ontstaat is dat in eerste – principiële – fase moet worden vastgesteld of zich een door het recht erkende verstoring van de contractuele verhouding voordoet terwijl in een (eventuele) vervolgfase de wijziging van de overeenkomst haar beslag krijgt. Zoals hieronder nog uitvoerig aan de orde komt, wordt deze tweede fase niet beheerst door de eisen van het bewuste rechtsvoorschrift – deze zijn met het passeren van de principiële drempel als het ware ‘uitgewerkt’ – maar door een veelheid van normen waaronder het criterium van evenredigheid (art. 6:270 BW), het onverbrekelijk verband (art. 3:41 BW) en de afdoende nadeelsopheffing (art. 3:54 en 6:230 BW).

Het belang van het onderscheid tussen de norm tot ingrijpen en de norm(en) bij het ingrijpen wordt voorts gedragen door het *binair* karakter van onderhavige problematiek. Uitgangspunt van het contractenrecht is dat overeenkomsten bindend zijn. Op deze verbindende kracht wordt slechts een uitzondering gemaakt als zich een door het recht erkende verstoring van de contractuele relatie voordoet. Deze verstoring voert naar haar aard tot een negatief oordeel:³⁵ reeds de term ‘aantastbaar’ geeft aan dat er iets mis is met wat zich in beginsel als geldig aandient. In het geval de verstoring tot een

35 Hijma 1988, p. 84.

algehele aantasting van de overeenkomst leidt, strekt het negatieve oordeel zich over de gehele overeenkomst uit en kan met juistheid worden beweerd dat de norm tot ingrijpen gelijk is aan de norm bij het ingrijpen. Bij een gedeeltelijke aantastbaarheid kan deze voorstelling van zaken echter geen stand houden. Dit hangt samen met het banale gegeven dat een half leeg glas tegelijk ook half vol is. Bij een gedeeltelijke aantasting dient het negatieve oordeel over de overeenkomst hand in hand te gaan met een positief oordeel over het contractuele materiaal zoals dat na de wijziging ter tafel ligt. Met opzet gebruik ik niet de uitdrukking 'zoals dat na de wijziging resteert' want zij wekt de onjuiste suggestie dat het wijzigen van overeenkomsten bestaat uit contractueel materieel waarvan het aantastbare deel is afgetrokken. Het is juist deze voorstelling van zaken waardoor de systematische ruimte waarover ik hierboven spreek verloren gaat. Het stelt de contractaanpassing in een 'negatief' daglicht en sluit daarmee de ogen voor het binaire karakter van de problematiek. De systematische ruimte, die hieronder nader wordt geanalyseerd, dient dus 'positief' te worden bejegend.

6.4.4 Een discretionaire ruimte bij het wijzigen van overeenkomsten, een verkenning

Een door het recht erkende verstoring van de contractuele relatie opent naast een systematische ook een discretionaire ruimte. Met deze term doel ik op het gegeven dat partijen een zekere ruimte toekomt waarin zij zelf kunnen beslissen of, en zo ja, in welke mate zij de aan hen toegekende bevoegdheden uitoefenen. Welke rechtsgevolgen intreden staat daarmee niet op voorhand vast doch wordt (mede) bepaald door de wijze waarop de betrokkene de aan hem toegekende bevoegdheden uitoefent.³⁶ Het beginsel van cumulatie brengt mee dat hij kan kiezen *welke* bevoegdheid hij uitoefent, het uitgebreide instrumentarium dat hem vervolgens ten dienste staat brengt mee dat hij tevens kan kiezen op welke *wijze* hij de gekozen bevoegdheid uitoefent. Reeds Meijers oordeelde dat het 'niet bevredigend' is dat 'een keuze van de wetgever tussen de denkbare rechtsgevolgen' bepaalt welke gevolgen intreden.³⁷ Met deze systematische achtergrond is genoemde discretionaire ruimte echter nog onvoldoende gekarakteriseerd. Van eminent belang is dat de wijze waarop een contractpartij van zijn discretie gebruik maakt in de eerste plaats zal worden bepaald door de gedragingen van partijen, mede in het licht van nieuw gebleken feiten die met de verstoring samenhangen. Wie zich constructief opstelt ten aanzien van een door het recht erkende verstoring van de contractuele relatie versterkt zijn positie terwijl onverschilligheid jegens de ander zijn positie juist verzwakt. Men zou kunnen stellen dat door een door het recht

36 Par. 5.5.

37 Parlementaire Geschiedenis, Boek 6, p. 1004.

erkende verstoring de rechtsverhouding tussen partijen in een bepaald opzicht wordt *verbreed* waardoor hun gedragingen over een weer opnieuw relevant zijn. In het normale geval wordt de rechtsverhouding tussen contractpartijen beheerst door de afspraken die in het contract zijn vastgelegd. Het (initiërende) gedrag van partijen is *tót* het moment van contractsluiting relevant; na dat moment volgt immers de (contractconforme) uitvoering daarvan. De verbreding van de rechtsverhouding vloeit hieruit voort dat met de aantastbaarheid van de overeenkomst de contractuele verhouding niet langer een ‘vast’ gegeven is. Dat maakt het (initiërende) gedrag van partijen *in tweede instantie* relevant. Dat geldt in de eerste plaats voor de (wijze van) uitoefening van aan hen toegekende bevoegdheden maar ook hun constructieve danwel afhoudende opstelling naar aanleiding van de gebleken verstoring. Ik noem deze ruimte discretionair omdat partijen niet geheel vrij zijn – op de wijze waarop willekeurige derden zich tot elkaar verhouden – maar slechts een zekere, nog nader in kaart te brengen, vrijheid genieten bij de uitoefening van aan hen toegekende bevoegdheden.

6.4.5 Resultaat

Een door het recht erkende verstoring van de contractuele relatie maakt het ingrijpen in overeenkomsten mogelijk. Als deze principiële drempel eenmaal is gepasseerd dient vervolgens een veelheid van factoren bij het ingrijpen te (kunnen) worden betrokken. Inmiddels kan deze vervolgfase nader in kaart worden gebracht. Het ‘aantastingsvoorschrift’ opent enerzijds een *systematische* ruimte waarbij de aandacht uitgaat naar het wettelijke instrumentarium om de aanpassing (nader) gestalte te geven en anderzijds een *discretionaire* ruimte waarbij het gaat om het gedrag van partijen, mede in het licht van de nieuw gebleken feiten en het door henzelf gecreëerde contractuele kader. Beide ruimtes zullen vanuit normatief perspectief nader worden onderzocht.

6.5 DE SYSTEMATISCHE RUIMTE BIJ HET WIJZIGEN VAN OVEREENKOMSTEN

6.5.1 Inleiding

Het onderscheid tussen de norm *tot* het ingrijpen en de norm(en) *bij* het ingrijpen in overeenkomsten, kan ook vanuit een omgekeerde richting worden benaderd. Door de aandacht niet eerst te richten op de hiervoor besproken ‘aantastingsvoorschriften’ maar op de vaststelling van rechtsgevolgen, kan inzichtelijk worden gemaakt in hoeverre het wijzigen van overeenkomsten

– de aantasting in graduele zin³⁸ – wel of niet ‘leerstukspecifiek’ is. In deze verkennende fase van de analyse behoeven een drietal normen nader onderzoek: het vereiste van evenredigheid (6.5.2), het criterium van het onverbrekelijk verband (6.5.3) en de zogenoemde nadeelsopheffing (6.5.4). Ten slotte worden de bevindingen samengevat (6.5.5).

6.5.2 De norm van de evenredige reductie

De norm van evenredigheid is neergelegd in art. 6:270 BW. Een gedeeltelijke ontbinding geschiedt volgens dit voorschrift door evenredige vermindering van beide prestaties in hoeveelheid of hoedanigheid. Dit voorschrift hangt nauw samen met de wederkerige structuur van overeenkomsten.

Beide partijen verplichten zich tot het verrichten van een prestatie om het recht op de wederprestatie te verwerven. Partijen zijn zowel schuldeiser als schuldenaar *van elkaar*. Het wederkerig verband laat zich vanwege zijn synallagmatisch karakter ook inhoudelijk uitdrukken: de waarde van de ene prestatie kan worden gelijkgesteld aan de waarde van de andere prestatie. Wie een wederkerige overeenkomst sluit, verplicht zich niet alleen tot het verrichten van een prestatie en verwerft niet alleen het recht op een prestatie maar relateert deze prestaties ook aan *elkaar*. Elk wederkerig contract bevat een structureel waardeoordeel. Het is zinvol te onderscheiden tussen de formele en materiële zijde van dit waardeoordeel. In de formele structuur van de overeenkomst ligt besloten dát een waardeoordeel is gegeven. Het gaat om een wezenlijk onderdeel van de overeenkomst zonder hetwelk een wederkerige overeenkomst niet kan bestaan. De materiële zijde van dit verband ziet op de door partijen gekozen contractinhoud. Dit onderscheid maakt het mogelijk om de gedachte dat een contractwijziging het wederkerig verband niet mag raken te nuanceren. Een wijziging van de (materiële) verhouding tussen prestatie en tegenprestatie raakt niet de formele structuur van de wederkerige overeenkomst maar geeft die structuur slechts een andere inhoud. Dat dit verband ‘onverbrekelijk’ zou zijn is een weinig overtuigende stellingname. Zoals een rechtens erkende verstoring contractuele gebondenheid aantastbaar maakt, zo wordt in het licht van dezelfde verstoring het ‘onverbrekelijke’ breekbaar. De rechtvaardiging is – het zij wederom vermeld³⁹ – gelegen in de verstoring.

Omdat bij een verstoring in de uitvoering de tekortkoming in beginsel slechts aan één zijde van het wederkerig verband moet worden gesitueerd – meervoudige problematiek wordt vooralsnog buiten beschouwing gela-

38 Par. 6.3.5.

39 Par. 6.2.2.

ten⁴⁰ – garandeert deze regel dat het synallagmatisch verband bij een contractaanpassing wordt gerespecteerd. De contractaanpassing bij een verstoring in de uitvoering van overeenkomsten is in feite gelijk aan het herstel van het ‘contractuele evenwicht’ – de afstemming van het contractuele regime aan de gepresteerde feiten. Dit maakt de regel van art. 6:270 BW in zekere zin overbodig omdat deze wijze van contractaanpassing reeds uit het wederkerig verband zelf voortvloeit. De prestaties worden immers door de overeenkomst aan elkaar geklonken; blijft de ene prestatie achter bij wat de verbintenis vergt dan mag de andere partij haar prestatie gelijkelijk verminderen.⁴¹ Omdat de eis van evenredigheid uit de wederkerige structuur van de overeenkomst voortvloeit lijkt het op het eerste oog aannemelijk dat deze maatstaf bij elke aanpassing van wederkerige overeenkomsten moet worden toegepast, ongeacht het leerstuk dat de toegang tot het ingrijpen heeft verschaft. Deze gevolgtrekking is in deze *ongekwalificeerde* vorm onjuist. De reden daarvan is dat niet elke verstoring in het synallagmatisch verband kan worden gesitueerd. Indien een schuldenaar tekortschiet in zijn verplichtingen ligt reeds een ‘gereduceerde prestatie’ voor en kan de aanpassing betrekkelijk eenvoudig langs de geschetste lijnen gestalte krijgen. Indien evenredige vermindering niet mogelijk is, zo moet naar geldend recht worden aangenomen,⁴² kan een evenredige waardevergoeding worden vastgesteld. Zonder de ogen te sluiten voor de lastige problemen die zich bij de toepassing van deze maatstaf kunnen voordoen, zoals bijvoorbeeld ten aanzien van getrapte prijsvoordelen,⁴³ is de normstelling zelf niet in het geding. Dat is anders indien een overeenkomst aantastbaar is op grond van dwaling. In dat geval is de verrichte prestatie weliswaar in orde – zij verschaft wat de verbintenis vergt – maar schuilt de verstoring in het wilsvormingsproces. Nu deze verstoring niet gelegen is in het wederkerig verband, kan de contractaanpassing niet bestaan in de evenredige reductie van de tegenover liggende prestatie. De contractaanpassing bestaat met andere woorden niet in het *herstel* van het contractuele evenwicht maar in de *doorbreking* daarvan. Dit gegeven maakt het herstel van het contractuele evenwicht als het ‘einddoel’ van de contractwijziging ongeschikt.⁴⁴ Een contractaanpassing moet, zoals hiervoor is uiteengezet, worden beschouwd als contractuele ingreep op grond van een door het recht erkende verstoring van de contractuele relatie. Vanuit deze optiek kunnen de relevante leerstukken op één lijn

40 De meervoudige problematiek is letterlijk een vermeervoudiging zonder dat de problematiek van karakter vanandert. De analyse kan zich dus beperken tot eenvoudige problematiek; zij kan zich kwantitatief vermeerderen maar dat is kwalitatief neutraal.

41 Asser/Hartkamp 4-II.

42 Zie het oorspronkelijke art. 6:170 lid 3 BW. Deze bepaling is in het kader van een algehele versoering van de ontbindingsregeling geschrapt en aan de slottournure van art. 6:265 BW overgelaten. De regel kan geacht worden deel uit te maken van het geldend recht. Vgl. Bakels 1993, p. 311, Asser/Hartkamp II 2005, nr. 526, Hijma 1988, p. 272.

43 Jac. Hijma, “Evenredigheid bij gedeeltelijke ontbinding” in WPNR 6137, 1994, p. 357-358.

44 Vgl. Nieuwenhuis 1995, p. 23-26.

worden gezet. Als het doel van de contractwijziging wordt gezocht in het hervinden van evenwicht wordt het wijzigen van overeenkomsten door een leerstukspecifiek kenmerk beheerst. Hierdoor kan een deel van de problematiek niet goed uit de verf komen. Dat het synallagmatisch verband bij een ontbinding wegens een tekortkoming intact kan blijven vloeit slechts hieruit voort dat de tekortkoming aan één zijde van dat verband kan worden gesitueerd. Het herstel van contractevenwicht is derhalve geen doel op zichzelf maar het 'toevallige' gevolg van het karakter van onderhavige problematiek. Omdat bij dwaling de verstoring in de wilsvorming zit, voert een contractaanpassing tot een wijziging in het synallagmatische verband. Deze wijziging is echter gerechtvaardigd omdat de waardeverhouding tussen prestatie en wederprestatie onzuiver is tot stand gekomen. In geval van onvoorziene omstandigheden is de situatie nog lastiger. De verstoring is niet gelegen in het door partijen gekozen synallagmatisch verband, noch in de totstandkoming daarvan: zij komt in letterlijke zin 'van buiten'. De wijziging van omstandigheden brengt mee dat de door partijen gekozen waardeverhouding niet meer aan de (veranderde) werkelijkheid beantwoordt. Dat kan meebrengen dat een aanpassing van het synallagmatisch verband in het licht van nieuw gebleken feiten aangewezen is. Van oudsher wordt de problematiek van onvoorziene omstandigheden behandeld als een probleem van een wijziging van de waardeverhouding tussen beide prestaties. Toch is de gedachte dat het contract overeenkomstig de oorspronkelijk door partijen gekozen waardeverhouding moet worden aangepast, te eenvoudig. Zoals bij het leerstukspecifieke onderzoek nog zal blijken, zal ook hier een veelheid van factoren een rol dienen te spelen.

De conclusie is dat een contractwijziging niet in het, vanwege haar beeldende kracht aantrekkelijke, doel van het 'herstel van evenwicht' gelegen is. De uit de wederkerige structuur van de overeenkomst voortvloeiende eis van evenredigheid is derhalve niet in brede zin toepasbaar: de contractaanpassing kan niet altijd via de betrekkelijk eenvoudige 'horizontale' optiek – het aanpassen van de tegenoverliggende prestatie aan de gepresteerde feiten – gestalte krijgen. Dit betekent echter niet dat een contractaanpassing niet mede door de eis van evenredigheid wordt beheerst maar deze eis vloeit dan niet voort uit het wederkerig verband tussen prestatie en wederprestatie maar uit de eisen van redelijkheid en billijkheid.

6.5.3 Het criterium van het onverbrekelijk verband

Een tweede norm die de contractaanpassing beheerst is de norm van het onverbrekelijk verband, zoals neergelegd in art. 3:41 BW.⁴⁵ Toegespitst op wederkerige overeenkomsten stelt deze bepaling dat indien een grond van nietigheid slechts een deel van een overeenkomst betreft, het overige deel in

⁴⁵ Asser/Hartkamp I 2001, nr. 341.

stand blijft voorzover dit, gelet op zijn inhoud en strekking, niet in onverbrekkelijk verband met het nietige deel staat. Nu dit artikel de feitelijke verbanden binnen een overeenkomst centraal stelt, ligt het in de rede te veronderstellen dat dit criterium ook relevant is bij een contractaanpassing wegens een tekortkoming of onvoorziene omstandigheid. In het wetsontwerp van de ontbinding wegens een tekortkoming is inderdaad ook voor deze kwestie een voorziening getroffen. Art. 6.5.4.12 Ontwerp BW voorzag in een verbod van gedeeltelijke ontbinding indien het ontbonden deel, gezien de aard en strekking van de overeenkomst, met het restant in onverbrekkelijk verband staat. In een later stadium van de parlementaire behandeling is deze problematiek evenwel in het kader van een algehele versobering van de ontbindingsregeling, aan de slottournure van art. 6:265 BW overgelaten. Dit laat onverlet dat ook in dit kader zal moeten worden onderzocht of een gedeeltelijke ontbinding zich wellicht over een nog groter deel van de overeenkomst uitstrekt. Eenzelfde redenering kan worden gevolgd bij de aantastbaarheid wegens onvoorziene omstandigheden. Dit roept de vraag op wat de eis van het onverbrekkelijk verband nu eigenlijk inhoudt.

De benadering waarin op voorhand moet worden uitgemaakt of op grond van het contractuele materiaal een gedeeltelijke aantasting mogelijk is moet worden verworpen. De toetsing aan de eisen van het toepasselijke voorschrift geeft op principiële redenen een bepaalde mate van aantastbaarheid; de norm van het onverbrekkelijk verband is een norm die bij de aantasting van belang is en bepaalt waarin de (gedeeltelijke) aantasting zal *resulteren*. Ten onrechte wordt wel verdedigd dat deze partiële (ver)nietig(baar)heid wordt geregardeerd door art. 3:41 BW. Dit artikel bevestigt echter slechts wat reeds het causale verband tussen de verstoring en de (nakoming van de) overeenkomst met zich meebrengt. De betekenis van het artikel is louter hierin gelegen dat het aangeeft wanneer een partieel aangewezen nietigheid zich over een *groter* deel van de overeenkomst uitstrekt. Omdat het artikel slechts ziet op het *effect* van een partieel aangewezen aantasting – het gaat om een uitdijende aantasting – kan ermee worden volstaan vast te stellen welk deel van de overeenkomst in causaal verband met de verstoring staat; staan de overige afspraken tussen partijen daarmee in onverbrekkelijk verband dan neemt het aangetaste deel het (onverbrekkelijk) restant van de overeenkomst in zijn val mee. Mijn argument komt – wederom – hierop neer dat vanuit het principiële niveau van het leerstuk bezien er in feite geen partiële aantastbaarheid bestaat. De analyse vangt dus niet aan met het onderscheiden van delen en gehelen van een overeenkomst die vervolgens al dan niet in causaal verband met de dwaling staan. Het causale karakter van de verstoring bepaalt of een contractuele afspraak aantastbaar is; of deze afspraak vervolgens weer samenhangt met, of deel uitmaakt van een samenstel van andere afspraken betreft een nader gegeven dat voor de vaststelling van vernietigbaarheid geen betekenis toekomt. Partiële nietigheid is vanuit principieel perspectief een non-leerstuk.

6.5.4 De nadeelsopheffing

In de derde plaats wordt de wijziging beheerst door de norm van de afdoende nadeelsopheffing. Krachtens art. 6:230 BW kan de wederpartij van de dwalende een vernietiging afwenden door een wijziging van de gevolgen van de overeenkomst voor te stellen die het nadeel dat de tot vernietiging bevoegde bij instandhouding van de overeenkomst lijdt, op afdoende wijze opheft. De bepaling staat, met een niet geheel zuivere term, bekend als het ‘wijzigingsvoorstel’. Het tweede lid van dit artikel bepaalt dat beide partijen een verlangen bij de rechter kunnen neerleggen. In de literatuur over dit betrekkelijk jonge artikel wordt dit artikel gezien als de uitwerking van de ‘misbruik van recht’-gedachte. Indien het nadeel dat iemand door de dwaling lijdt wordt opgeheven, heeft hij geen belang meer bij de uitoefening van zijn vernietigingsbevoegdheid. Deze lezing brengt mee dat de betekenis van art. 6:230 BW in feite beperkt is tot een louter technisch voorschrift: het bewerkstelligt slechts dat het wijzigingsvoorstel nog – terstond – ná ontvangst van de vernietigingsverklaring kan worden gedaan. In het leerstukspecifieke onderzoek in het volgende hoofdstuk zal een andere, bredere lezing van deze wijzigingsbevoegdheid worden voorgesteld. Op dit punt in het betoog rijst de vraag of dit criterium ook bij de andere leerstukken een rol kan spelen. Het antwoord moet mijns inziens bevestigend luiden. In verband met de ontbindingsregeling van art. 6:265 BW heeft de nadeelsopheffing evenwel minder contouren omdat die opheffing is gelegen in een correcte nakoming. Indien een correcte nakoming niet meer mogelijk is, lijkt aan een afzonderlijke nadeelsopheffing geen behoefte terwijl bij de onvoorziene omstandigheden de nadeelsopheffing opgaat in het vereiste van redelijkheid en billijkheid.

6.5.5 Resultaat

Hiervoor is uiteengezet dat de ‘aantastingsvoorschriften’ weliswaar vanuit een eenvormig begrip van door het recht erkende verstoringen kunnen worden begrepen doch elk op zichzelf zien op een eigen materieel probleem dat van elkaar kan worden afgebakend. Bij de normen die *bij* de wijziging van belang zijn, ligt veeleer een samenspel van normen in de rede. Hiervoor kan een drietal redenen worden gegeven. In de eerste plaats past dit samenspel bij het graduele karakter en de bijpassende nuancerende aanpak van de problematiek nadat de principiële drempel tot het ingrijpen in een overeenkomst is gepasseerd. In de tweede plaats laten deze normen zich niet rechtlijnig toepassen. Anders dan het voorschrift dat toegang verschaft – en een materiële drempel opwerpt – dienen de normen *bij* de aanpassing in onderlinge samenhang te worden beschouwd. Zoals hiervoor gesteld is de norm van de evenredige reductie gezien het karakter van de problematiek alleen in een gecorrigeerde versie toepasbaar. Deze normen dienen kortweg steeds vanuit hun

onderlinge samenhang – en dus samenspel – te worden toegepast. In de derde plaats maakt bovenstaande normvergelijking inzichtelijk dat deze normen niet vatbaar zijn voor afgrenzing. De norm van het onverbrekelijk verband valt deels samen met de norm van de evenredige reductie terwijl alle genoemde normen kunnen worden beschouwd als uitwerkingen van de redelijkheid en billijkheid.

6.6 DE DISCRETIONAIRE RUIMTE BIJ HET WIJZIGEN VAN OVEREENKOMSTEN

6.6.1 Inleiding

Het contract markeert de overgang van vrijheid naar gebondenheid. Partijen die bij nadere overeenkomst hun contractuele verhouding willen wijzigen bevinden zich in een tussenpositie: vrij om te contracteren maar met een mogelijke binding aan het oorspronkelijke contractuele materiaal. Deze middenpositie is ook kenmerkend voor partijen die met een door het recht erkende verstoring van hun contractuele relatie worden geconfronteerd. De vrijheid van de discretionaire ruimte is een ‘vrijheid in gebondenheid’. Het ambivalente karakter van deze ruimte kan op drie niveaus worden geanalyseerd. Op *existentieel* niveau rijst de vraag hoe het mogelijk is dat partijen zowel vrij zijn als gebonden (6.6.2), op *methodisch* niveau is er de vraag hoe de gedragingen van partijen binnen deze ruimte door de rechter moeten worden getoetst (6.6.3), op *positiefrechtelijk* niveau luidt de vraag of deze ruimte naar geldend recht wordt erkend (6.6.4). De bevindingen worden ten slotte samengevat (6.6.5)

6.6.2 Vrijheid in gebondenheid

Vrijheid is gelijk aan ongebondenheid. Het comfort van deze gangbare voorstelling van zaken ligt in haar fysieke vanzelfsprekendheid. Wie aan banden is gebonden verliest zijn vrijheid van beweging. Dit beeld is normatief weinig behulpzaam. Normatieve gebondenheid is *niet* onverenigbaar met vrijheid. Een overeenkomst komt tot stand door een aanbod en de aanvaarding daarvan (art. 6:217 BW). Deze norm maakt de uitoefening van contractvrijheid mogelijk. Zij voorziet in een ‘vrijheidscheppende gebondenheid’. Met een zekere hang naar losheid zou men dit het ‘normatief antecedenst’ van contractvrijheid kunnen noemen. Zo zijn er ook normen die het wijzigen en beëindigen van overeenkomsten beheersen. Deze normen geven aan partijen vrijheid bij de uitoefening van aan hen toegekende bevoegdheden – het normatief antecedenst van deze vrijheid – terwijl een eenmaal gekozen wijze van vrijheidsuitoefening op haar beurt verplichtingen met zich mee kan brengen – het normatief consequens van die vrijheid. Deze ‘ingebonden vrijheid’ voert tot een nieuwe

onoverzichtelijkheid: uitoefening van vrijheid door gebondenheid en gebondenheid door uitoefening van vrijheid.

In het civiele recht neemt de normschending een centrale positie in. Er gaat daardoor een zekere verleiding uit van de gedachte dat het geheel van civielrechtelijke normen een 'buitengrens' vormt waarbinnen justitiabelen vrij zijn. Onlangs is deze gedachte nog eens gevolgd op het punt van rechterlijke toetsing: deze zou altijd marginaal zijn omdat zij een grensbepaling biedt.⁴⁶ Zij bepaalt de grens waar de vrijheid van partijen begint en eindigt. Hoewel deze gedachte in verband met het leerstuk van misbruik van recht plausibel is, moet zij in haar algemeenheid worden verworpen. De eerste reden is dat het doorrekenen ervan tot het standpunt voert dat normconform gedrag onmogelijk is. Zij verklaart immers al het gedrag dat niet normschendend is tot 'vrij' gedrag. Nu deze logische consequentie niet kan worden aanvaard moet ook de gedachte waaruit zij voortvloeit worden verworpen. In de tweede plaats gaat deze visie ervan uit dat een norm *tegenover* gedrag staat. Dit 'tegenover' heeft in de klassieke voorstelling van zaken een diachroon karakter in de zin dat de norm aan het gedrag *voorafgaat*; het heeft synchroon karakter in de zin dat het gedrag systematisch *onder* het regime van een norm staat. In feite gaat het hier om het klassieke, door Kant geïntroduceerde onderscheid tussen *sein* en *sollen*.⁴⁷ Ik herhaal in dit verband de vaststelling dat Kant zijn normbesef ontleent aan Pufendorf en De Groot.⁴⁸ De verklaring voor het gegeven dat deze filosoof juristen zo krachtig heeft beïnvloed is uiteindelijk gelegen in de invloed van juristen op hém. Hiermee is niet gezegd dat de klassieke wijze van normeren *onmogelijk* is. Mijn punt is dat de sfeer van het normatieve niet tot dit type van normering is *beperkt*.⁴⁹ Dat blijkt onder meer uit de positie van partijen die met een verstoring van de contractuele verhouding worden geconfronteerd. In de discretionaire ruimte wordt het gedrag van partijen niet op voorhand door scherpe regels genormeerd. Een eenmaal door partijen gekozen gedragslijn kan echter wel normatieve consequenties met zich meebrengen. Juister is het om te stellen dat deze normatieve dimensie in dat gedrag ligt *besloten*.⁵⁰ Het volgen van een gedragslijn bestaat immers uit het innemen – en het verschuiven van – normatieve posities die mogelijk civielrechtelijk relevant zijn.⁵¹ In deze zin is vrijheidsuitoefening van meet af aan vervlochten met normering.

46 B.T.M. Van der Wiel, *De rechtsverhouding tussen procespartijen*, diss. Leiden 2004, Deventer: Kluwer 2004, p. 121.

47 Vergelijk par. 3.4.2, par. 3.5 en par. 4.5.

48 Vergelijk par. 3.3.2.

49 Vergelijk par. 3.5 en 4.5.

50 Vergelijk par. 4.2.3, par. 4.4.2, par. 4.4.4 en par. 4.5.

51 Vergelijk par. 4.5 en par. 5.6.

6.6.3 Het bijhouden van de normatieve score tussen partijen

Vervolgens rijst de vraag hoe een rechter de gedragingen van partijen binnen deze discretionaire ruimte toetst. Omdat regels die op gedetailleerde wijze gedrag voorschrijven ontbreken, kan de toetsing in ieder geval niet bestaan uit het aanleggen van een vooraf gegeven maatstaf. Het klassieke pad zal dus moeten worden verlaten. De alternatieve route zou ik als volgt willen formuleren: de rechterlijke werkzaamheid bestaat uit het bijhouden van de 'normatieve score' van het gedrag van partijen.⁵² Wie zich constructief opstelt ten aanzien van een door het recht erkende verstoring versterkt zijn positie terwijl onverschilligheid jegens de ander zijn positie juist verzwakt. Deze versterking of verzwakking is geen feitelijke maar een normatieve aangelegenheid die in het (feitelijk) gedrag van partijen ligt besloten.⁵³ Er bestaat geen betere illustratie van deze werkzaamheid dan de dagelijkse gang van zaken bij de rechter in eerste aanleg. Indien partijen een geschil over een verstoring van de contractuele relatie voorleggen, zal hij met 'ervaring geschoolde intuïtie' op onderzoek uitgaan. Hebben partijen in het verleden eerder zaken met elkaar gedaan? Heeft zich in de loop van de jaren een zeker gedragspatroon ontwikkeld? Hoe is over de gerezen problematiek tussen partijen gecommuniceerd? In hoeverre hebben partijen zich welwillend getoond bij de oplossing van het geschil? Lag er reeds een mogelijke oplossing in het verschiet? Wie heeft het initiatief tot een mogelijke oplossing genomen? Hoe is door de andere partij daarop gereageerd? Welke belangen hebben partijen bij het voortzetten van de contractuele relatie? Zijn er maatschappelijke belangen bij het geschil betrokken? Al deze – uiteraard niet limitatieve – vragen zijn gericht op gegevens waaraan mogelijk normatieve consequenties kunnen worden verbonden. Dit feitelijke onderzoek resulteert in de vaststelling van een 'normatieve score', de explicatie van de normatieve consequenties die uit de gedragslijn van partijen en de overige omstandigheden van het geval voortvloeien.

6.6.4 De discretionaire ruimte naar geldend recht

De analyse op positiefrechtelijk niveau kan aan de hand van de wet en de jurisprudentie gestalte krijgen. Uit het wettelijk voorschrift van art. 6:2 BW vloeit voort dat het gedrag van partijen ook is genormeerd waar het wettelijke systeem aan hen een zekere vrijheid laat. Dit gegeven heeft in de doctrine betrekkelijk weinig aandacht gekregen. Het debat in de afgelopen jaren laat uitvoerige, deels repeterende, beschouwingen zien over de redelijkheid en billijkheid in verband met de nadeelsopheffing (art. 6:230 BW),⁵⁴ de regeling

⁵² Vergelijk par. 4.4.4 en par. 5.4.4.

⁵³ Vergelijk par. 3.5 en par. 4.2.3.

⁵⁴ Vergelijk par. 7.2.

van de *imprévision* (art. 6:258 BW),⁵⁵ en de ontbindingsbevoegdheid (art. 6:265 BW).⁵⁶ De vraag in hoeverre de redelijkheid en billijkheid aan deze bevoegdheden kan 'derogeren' betreft evenwel haar werking *via* het systeem van het vermogensrecht. Zij laat overlet – en de discussie laat ongemoeid – dat de redelijkheid en billijkheid ook een *zelfstandig* normerend vermogen bezit die rechtstreeks op art. 6:2 BW is gebaseerd.⁵⁷

De 'vrijheid in gebondenheid' van de discretionaire ruimte is in de jurisprudentie aan de orde geweest in *HR 5 januari 2001, NJ 2001, 79 (Multi Vastgoed/Nethou)*.

Op 5 december 1989 verplicht Multi Vastgoed BV (hierna: Multi Vastgoed) zich jegens de Onroerend Goed Maatschappij Nethou B.V. (hierna: Nethou) tot het bouwen en leveren van een onroerend goedproject 'Rotterdam-Plaza' aan het Weena in Rotterdam. Multi Vastgoed garandeert onder meer de deugdelijkheid van het materiaal en de afwerking van de stalen gevelbeplating. Als blijkt dat kort na oplevering de gevelplaten van het gebouw aan corrosie onderhevig zijn, vordert Nethou van Multi Vastgoed volledige vervanging van de gevelbeplating. Rechtbank en Hof wijzen de vordering toe. In cassatie voert Multi Vastgoed dat het Hof heeft miskend dat een volledige vervanging van de platen disproportioneel is, nu vervanging van enkele in het oog lopende panelen reeds een adequate vorm van redres biedt. De Hoge Raad oordeelt aldus:

"In beginsel heeft de crediteur dan de keuze tussen nakoming, voorzover deze nog mogelijk is (...) en schadevergoeding in enigerlei vorm (...). De crediteur is evenwel niet geheel vrij in deze keuze, maar daarbij gebonden aan de eisen van redelijkheid en billijkheid, waarbij mede de gerechtvaardigde belangen van de wederpartij een rol spelen. (...) [Dit] betekent dat in een geval als het onderhavige een afweging plaats dient te vinden van de belangen van de crediteur Nethou tegenover die van de debiteur, Multi Vastgoed, met het oog op enerzijds de door Nethou verlangde nakoming en anderzijds de door Multi Vastgoed aangeboden vorm van schadevergoeding".

De uitspraak maakt twee zaken duidelijk. In de eerste plaats ziet de uitspraak op de situatie dat aan partijen een zekere vrijheid wordt gelaten. De Hoge Raad stelt dat de crediteur 'in beginsel' de keuze heeft tussen nakoming en schadevergoeding in enigerlei vorm. Dat de Hoge Raad *dé* keuze-alternatieven opvoert vloeit voor uit de zaak die ter beslissing voorligt. Dit staat er niet aan in de weg om deze keuzevrijheid in het algemeen aan te nemen. Het arrest laat zich zo lezen dat bij de uitoefening van bevoegdheden tot wijzigen en beëindigen van overeenkomsten aan de teleurgestelde partij een keuzevrijheid toekomt. Maar ook zijn wederpartij heeft een keuze in de door hem te kiezen

55 Vergelijk par. 7.3.

56 Vergelijk par. 7.4.

57 Vergelijk par. 4.2.3, par. 4.4.4 en 5.4.

gedragslijn. Aan hém is bijvoorbeeld de keuze wel of niet met een wijzigingsvoorstel op een vernietigingsverklaring wegens dwaling te reageren of al dan niet constructief op een wijzigingsvoorstel van zijn wederpartij wegens onvoorziene omstandigheden te reageren. Dat in deze brede zin van het woord aan partijen een keuzevrijheid toekomt wordt ook bevestigd door het arrest *HR 14 juni 2002, NK 2003, 112* (Bramer/Hofman c.s.). In dit arrest staat de samenloop van art. 6:233 lid 1 sub a BW en de algemene regel van art. 6:248 lid 2 BW centraal. Hoewel het niet mogelijk is dat de rechtsgevolgen van beide bepalingen ten aanzien van één feitencomplex kunnen worden ingeroepen oordeelt de Hoge Raad:

“Niet valt evenwel in te zien op welke grond hier afgeweken zou moeten worden van het algemeen geldende uitgangspunt dat, indien verschillende bepalingen voor toepassing op één feitencomplex in aanmerking komen en cumulatie niet mogelijk is, aan de gerechtigde de keuze is welke rechtsgevolgen hij wenst in te roepen en op welke rechtsgrond hij zich wenst te baseren”.

Hier verwoordt de Hoge Raad een *algemeen uitgangspunt* luidende dat aan de gerechtigde de keuze is op welke rechtsgrond hij zich wenst te baseren en welke rechtsgevolgen hij wenst in te roepen. In dit oordeel klinkt niet alleen het in dit betoog doorgevoerde onderscheid tussen normen *tot* ingrijpen (de rechtsgrond) en normen *bij* het ingrijpen (de rechtsgevolgen) door, belangrijker is dat hiermee vaststaat dat de gerechtigde een ‘vrije keuzeruimte’ heeft die in dit betoog als een discretionaire ruimte is bestempeld. Deze ontwikkeling kan ook zo worden verwoord dat de *lex specialis*-gedachte terrein heeft verloren.⁵⁸

De tweede belangrijke kwestie die het Multi Vastgoed/Nethou-arrest duidelijk maakt is dat aan de teleurgestelde crediteur niet alleen een ‘keuzeruimte’ toekomt maar dat deze ruimte is *genormeerd*. Nu normen die op voorhand en op gedetailleerde wijze gedrag voorschrijven ontbreken – anders zou van een vrije ruimte niet kunnen worden gesproken – wijst de Raad terecht op een normering door de redelijkheid en billijkheid. Reeds het gegeven dat een *keuzevrijheid* door de redelijkheid en billijkheid is *genormeerd* brengt aan het licht dat het hier niet om een klassieke wijze van normeren gaat.⁵⁹ Het is een normering die voortvloeit uit het gedrag van partijen, de bij het gegeven geval betrokken (gerechtvaardigde) belangen en de overige omstandigheden van het geval. Juist omdat normen die ‘vooraf’ en ‘van boven’ zijn gegeven ontbreken – vergelijk het diachrone en synchrone aspect van klassieke normering⁶⁰ – gaat het hier om een explicatie van normatieve consequenties van

58 Vergelijk hierna de beschouwingen over art. 6:258 BW par. 6.4. Vgl. de annotatie van Hijma onder *HR 14 juni 2002, NK 2003, 112* (Bramer/Hofman c.s.).

59 Vergelijk par. 3.3.7, par. 4.2, en par. 4.5.

60 Vergelijk par. 4.3.4, 4.3.5 en 4.5.

het gedrag van partijen mede in het licht van hun gerechtvaardigde belangen de omstandigheden van het geval.

De conclusie is dat op positiefrechtelijk niveau wordt erkend wat in deze studie de gebonden vrijheid van de discretionaire bevoegdheid van partijen wordt genoemd. De Hoge Raad doet het met een ambivalente observatie: partijen zijn 'niet geheel vrij'. Deze observatie bezit evenwel de kenmerken van een belangrijke gedachte: eenvoudig van formulering, verstrekkend in haar gevolgen.

6.6.5 Resultaat

In deze paragraaf werd de discretionaire ruimte bij het wijzigen van overeenkomsten nader geanalyseerd. Inzichtelijk werd gemaakt hoe het mogelijk is dat partijen zowel vrij zijn als gebonden. Vastgesteld werd dat een eenmaal in vrijheid gekozen gedragslijn normatieve consequenties met zich kan meebrengen. De rechterlijke werkwijze voor het vaststellen van die consequenties bestaat uit het bijhouden van de 'normatieve score' tussen partijen. Het gaat hier niet om een normering via een scherpe regel die op voorhand en op gedetailleerde wijze voorschrijft wat rehtens in een contractuele verhouding geldt, maar om een normatieve dimensie die in gedragingen van partijen besloten ligt en vervolgens dient te worden geëxpliciteerd. Zoals ook in de jurisprudentie wordt erkend zijn het juist vage noties, zoals de redelijkheid en billijkheid, die het gedrag in de 'vrije ruimte' normeren.

6.7 EVALUATIE

In dit hoofdstuk heeft de eerste fase van de toetsing van de hiervoor ontworpen rechtstheorie haar beslag gekregen. Deze theorie beoogt een verklaring te bieden voor de werking van de redelijkheid en billijkheid; haar centrale methodische werkzaamheid bestaat uit het articuleren van gedragsnormen. Deze articulatie geschiedt enerzijds door een coherente interpretatie van samenhangende regelingen, anderzijds door de explicatie van een normatieve dimensie die in maatschappelijke gedragingen besloten kan liggen. Dit laatste geschiedt op haar beurt door het formuleren van een regel of door het bijhouden van de 'normatieve score' tussen partijen.

De, op de redelijkheid en billijkheid gestoelde, coherente interpretatie kreeg haar beslag door het wijzigen en beëindigen van overeenkomsten te analyseren vanuit een generiek begrip van 'verstoringen van de contractuele verhouding'. Deze door het recht erkende verstoringen geven – op principiële gronden – 'toegang' tot de aantasting van een overeenkomst. Vervolgens opent zich een systematische en discretionaire ruimte waarin deze wijziging nader gestalte kan krijgen en die (mede) door de redelijkheid en billijkheid wordt beheerst.

Inzichtelijk kon worden gemaakt dat de werking van redelijkheid en billijkheid bestaat uit een combinatie van systematische overwegingen en 'gedragsoverwegingen'. Deze laatste overwegingen spelen met name een rol in de zogenaamde discretionaire ruimte. In deze ruimte zijn partijen vrij en gebonden. Zij zijn vrij in de wijze waarop zij de aan hen toegekende bevoegdheden uitoefenen maar een eenmaal gekozen gedragslijn – een bepaalde wijze van vrijheidsuitoefening – brengt wel normatieve consequenties met zich mee. Het gegeven dat partijen door een bepaalde gedragslijn hun eigen positie kunnen versterken of verzwakken, kan niet worden verklaard door een verwijzing naar een voorafgegeven regel die op gedetailleerde wijze gedrag voorschijft. De norm van de redelijkheid en billijkheid ziet bij uitstek op een onuitgesproken dimensie van 'behoren' die vervolgens kan worden geëxpliciteerd in de vorm van een regel of door het bijhouden van de 'normatieve score' tussen partijen.

Het wijzigen en beëindigen van overeenkomsten kenmerkt zich door een vervlechting van 'systeem' en 'gedrag'. De in deze studie gepresenteerde theorie over de werking van de redelijkheid en billijkheid kon de toetsing op dit terrein doorstaan: (i) zij wist de samenhang tussen systematische overwegingen en gedragsoverwegingen inzichtelijk te maken; (ii) zij wist met haar opvatting van 'coherentie' als een systeemeis met een progressief karakter de samenhang tussen de wettelijke instrumenten productief te interpreteren; (iii) zij wist inzichtelijk te maken hoe het gedrag van partijen van invloed kan zijn op wat in hun contractuele verhouding rechtens geldt. Wacht ten slotte de leerstukspecifieke toetsing van de ontworpen rechtstheorie.

7 | Systeem, gedrag en de werking van redelijkheid en billijkheid II

7.1 INLEIDING

In een eerste fase van de toetsing is onderzocht of de ontworpen rechtstheorie de werking van de redelijkheid en billijkheid op het terrein van het wijzigen en beëindigen van overeenkomsten inzichtelijk kon maken. Op het generieke niveau van aantastbaarheid van overeenkomsten wegens door het recht erkende verstoringen van de contractuele verhouding, kon deze vraag bevestigend worden beantwoord. In dit hoofdstuk staat de leerstukspecifieke toetsing centraal. Wederom zij opgemerkt dat gezien deze doelstelling de leerstukspecifieke problematiek slechts wordt betreden voorzover het de toetsing van de ontworpen theorie kan dienen. Dat hier en daar onvermijdelijk een inhoudelijke positie in het debat wordt betrokken, laat onverlet dat de focus is gelegen bij de toetsing van de hiervoor geformuleerde theoretische uitgangspunten.

Van elk van de bewuste leerstukken – de dwalingsregeling (art. 6:228 BW), de *imprévision* (art. 6:258 BW) en de regeling van de ontbinding wegens een tekortkoming (art. 6:265 BW) – zal de werking van redelijkheid en billijkheid worden onderzocht. Het onderzoek volgt daarbij het theoretisch stramien dat in het vorige hoofdstuk werd getoetst doch dat thans leerstukspecifiek zal moeten worden ingekleurd. Het onderzoek zal zich richten op de coherente interpretatie van de bewuste wettelijke regelingen. In de eerste plaats is de vernietigbaarheid wegens dwaling voorwerp van onderzoek (7.2). Het (coherentie)onderzoek richt zich in het bijzonder op de verhouding tussen art. 6:228 BW en de wijzigingsbevoegdheid van art. 6:230 BW. In de tweede plaats gaat de aandacht uit naar de samenhang tussen de regeling van de *imprévision* (art. 6:258 BW) en de algemene werking van redelijkheid en billijkheid van art. 6:248 lid 2 BW (7.3). Ten slotte komt de ontbinding wegens een tekortkoming aan bod (7.4). Ditmaal is het de samenhang tussen de hoofdregel van art. 6:265 BW en de zogenoemde ‘tenzij’-clausule die in het centrum van de aandacht staat. Dit systematisch onderzoek moet successievelijk de werking van de redelijkheid en billijkheid *via* het systeem van het vermogensrecht aan het licht brengen. Deze systematische beschouwingen zijn de aanleiding voor een bondig onderzoek naar de functie(s) van de redelijkheid en billijkheid (7.5). In de evaluatie wordt ten slotte, in vervolg op de systematische beschouwingen, de *zelfstandig* normerende werking van de redelijkheid en billijkheid onderzocht. Hierbij wordt een oordeel gegeven of de in deze studie ontwikkel-

de rechtstheorie de werking van redelijkheid en billijkheid op leerstukspecifiek niveau inzichtelijk kan maken (7.6).

7.2 DE Vernietiging wegens een verstoring van de wilsvorming (ART. 6:228 BW)

7.2.1 Inleiding

Een verstoring van de wilsvorming maakt een overeenkomst aantastbaar. Als aan de voorwaarden van art. 6:228 BW is voldaan, verleent het recht aan de dwalende de bevoegdheid tot vernietiging van de overeenkomst. Ook zijn wederpartij worden wapens verleend: onder voorwaarden heeft hij een bevoegdheid tot het wijzigen van de overeenkomst. In welke mate (de uitoefening van) deze bevoegdheden wordt beheerst door de werking van redelijkheid en billijkheid is thans voorwerp van onderzoek. In het bijzonder komt de systematische component van de redelijkheid en billijkheid aan de orde: haar werking via het systeem van het vermogensrecht. Dat brengt de verhouding tussen art. 6:228 BW en art. 6:230 BW in het centrum van de aandacht. Eerst wordt een zogenoemde ‘incorporerende’ visie op deze verhouding besproken (7.2.2). Vervolgens wordt het begrip ‘nadeel’ in de zin van art. 6:230 BW geanalyseerd (7.2.3). Deze analyse voert tot het formuleren van een ‘ontkoppelde’ visie op de verhouding tussen art. 6:228 BW en art. 6:230 BW (7.2.4). Ten slotte worden de bevindingen samengevat (7.2.5).

7.2.2 De ‘incorporerende’ visie op de verhouding tussen art. 6:228 en art. 6:230 BW

De wetgever heeft de wijzigingsbevoegdheid van art. 6:230 BW vormgegeven als een correctie op de vernietiging wegens dwaling (art. 6:228 BW). Optisch komt dit naar voren uit de plaatsing achter genoemde regelingen, inhoudelijk volgt het uit het primaire rechtsgevolg van een juist uitgebracht wijzigingsvoorstel: het verval van de vernietigingsbevoegdheid.¹ Kern van de regeling is dat het wijzigingsvoorstel ‘het nadeel dat de tot vernietiging bevoegde bij instandhouding van de overeenkomst lijdt’ op afdoende wijze opheft.² Is aan dit criterium voldaan, dan vervalt de vernietigingsbevoegdheid en leeft de overeenkomst met gewijzigde inhoud voort, zonder dat daarvoor de instem-

1 Ook in de handboeken wordt de wijzigingsbevoegdheid behandeld onder het kopje ‘verval’, zie Asser/Hartkamp II 2005, nrs. 480-481.

2 Art. 6:230 kwalificeert het nadeel als het nadeel ‘dat de tot vernietiging bevoegde bij instandhouding van de overeenkomst’ lijdt, terwijl die kwalificatie in art. 3:54 ontbreekt. Aan dat redactionele verschil worden doorgaans geen inhoudelijke consequenties verbonden.

ming van de vernietigingsbevoegde nodig is. Het wijzigingsvoorstel van art. 6:230 BW kan buitengerechtelijk alleen door de wederpartij van de vernietigingsbevoegde worden uitgebracht. Het tweede lid van het artikel opent de gerechtelijke weg: ook de rechter kan, op verlangen van een der partijen, ter opheffing van dit nadeel de overeenkomst wijzigen.

De eerste uitvoerige beschouwingen over de wijzigingsbevoegdheid zijn van de hand van Hijma.³ In zijn dissertatie over de (ver)nietig(baar)heid van rechtshandelingen ontwikkelt hij opvattingen die voor het debat richtinggevend zijn geweest. Hijma beziet de wijzigingsbevoegdheid in nauwe samenhang met de ratio van de vernietigingsbevoegdheid. De wet geeft zijns inziens deze sanctie in gevallen waarin de handelende vanwege een bepaalde zwakheid bescherming verdient. In de woorden van Hijma:

“Al deze situaties worden hierdoor gekenmerkt, dat de handelende zich in verband met een bepaalde zwakheid zijnerzijds (beperkte geestesvermogens, geringe feitenkennis, onvoldoende doordenken van het eigen gedrag, onvoldoende opgewassen zijn tegen de ander) enigerlei vorm van nadeel op de hals heeft gehaald, waaraan hij thans nog door terzijdestelling van zijn ‘zwakke’ daad behoort te kunnen onttrekken”.⁴

In deze visie hangt de sanctie van vernietigbaarheid van meet af aan samen met ‘enigerlei vorm van nadeel die de handelende zich op de hals heeft gehaald’. Aldus wordt het accent subtiel verschoven van de handeling die zélf een gebrek aankleeft – en reeds daarom rechtens aantastbaar behoort te zijn – naar de nadelige gevolgen die uit de onfortuinlijke handeling voortvloeien. Deze accentverschuiving maakt het vervolgens mogelijk om een geslaagd beroep op de vernietigingsbevoegdheid van dit nadeel *afhankelijk* te stellen: zonder nadeel, geen vernietiging. De inlijving van de wijzigingsbevoegdheid bij het onderliggende vernietigbaarheidsvoorschrift is dan nog maar een kleine stap. Die bevoegdheid voorziet immers in de mogelijkheid om – *ex post* – het nadeel van de vernietigingsbevoegde te ecarteren en haalt aldus de angel uit de dwalingsproblematiek. Een en ander brengt mee dat de betekenis van art. 6:230 BW in feite wordt gereduceerd tot een louter technisch voorschrift: het bewerkstelligt slechts dat het wijzigingsvoorstel nog – terstond – ná ontvangst van de vernietigingsverklaring kan worden gedaan. Principieel is de zaak echter reeds beklonken op grond van de gedachte dat zonder nadeel geen grond voor vernietiging (meer) bestaat en de vernietigingsbevoegde dan misbruik van zijn bevoegdheid zou maken.⁵

3 Jac. Hijma, *Nietigheid en vernietigbaarheid van rechtshandeling*, diss. Leiden 1988, Deventer: Kluwer, 1988.

4 Hijma 1988, p. 125-126.

5 Daarom kan Hijma de wijzigingsbevoegdheden zien als een uitvloeisel van het leerstuk van misbruik van bevoegdheid, Hijma 1988, p. 180.

De theorie van Hijma biedt een zuiver voorbeeld van wat de 'incorporerende' visie kan worden genoemd. In zijn benadering legt hij immers een nauwe samenhang tussen het wijzigingsvoorstel en de ratio van het vernietigbaarheidsvoorschrift. Een conceptueel intrigerende kwestie – zij zal later ook van praktische betekenis blijken – betreft de vraag: 'wie lijft eigenlijk wie in?'. Anders gezegd: 'is het inlijven of ingelijfd worden?' Hijma ontwerpt geen specifieke theorie over de wijzigingsbevoegdheid ten einde haar in samenhang met het vernietigbaarheidsvoorschrift inzichtelijk te maken, maar geeft omgekeerd een interpretatie aan de vernietigbaarheidssanctie in het algemeen – waaronder die der wilsgebreken – waardoor de wijzigingsbevoegdheid min of meer vanzelf op haar plaats valt. De theoretische activiteit ligt primair bij de vernietiging en niet bij de wijziging. Men zou kunnen stellen dat Hijma een 'afgeleide' interpretatie van de wijzigingsbevoegdheden geeft omdat zij berust op het onderliggende concept van vernietigbaarheid. Dat een verandering van dat concept ook de wijzigingsbevoegdheid raakt, komt aan het licht door de visie van Hijma te confronteren met die van Hammerstein en Vranken. Laatstgenoemden hebben immers betoogd om ook bij de ontbindingsbevoegdheid wegens een tekortkoming (art. 6:265 BW) een wijzigingsbevoegdheid toe te staan.⁶ In de benadering van Hijma moet dit voorstel wel gelijk staan aan een systeemfout, nu de ratio van art. 6:265 BW niet ligt in de bescherming van 'zwakheid', maar een sanctie op een tekortschieten behelst en daardoor een meer punitatief karakter draagt.

De visie van Hijma heeft een wonderlijke *Wirkungsgeschichte* gehad. Wat betreft de wijzigingsbevoegdheden hebben zijn beschouwingen op brede schaal instemming gevonden terwijl hij ten aanzien van zijn opvatting over het dwalingsleerstuk een solist is gebleven. Dit wekt verwondering omdat zonder zijn, op het nadeel van de handelende gestoelde, lezing van het dwalingsleerstuk, het 'nadeel' van art. 6:230 BW enigszins los komt te staan. Hijma wijst er dan ook terecht op – terecht binnen het kader van zijn theorie – dat dit nadeel niet als een 'zelfstandig invulbare grootheid' mag worden gezien.⁷ Het punt is nu dat door het loslaten van genoemde dwalingsleer, het een zelfstandig invulbare grootheid *wordt*: niet langer door het onderliggende leerstuk onder controle gehouden, zal het zich immers (kunnen) verruimen tot soorten van nadeel die met het dwalingsleerstuk niets van doen hebben. Op dit punt doet zich een opmerkelijk verschil voor tussen de doctrine en de rechtspraak van de Hoge Raad. In de doctrine vindt een strikte interpretatie van het nadeelsbegrip algemeen bijval. Was Hijma de mening toegedaan dat het nadeel niet een 'zelfstandig invulbare grootheid' is, bij Chao-Duivis heet het dat geen elementen mogen worden 'binnengesmokkeld' die vreemd zijn aan de dwalingsproblematiek,⁸ terwijl Hesselink erop wijst dat een ruime

6 A. Hammerstein en J.B.M. Vranken, *Beëindigen en wijzigen van overeenkomsten. Een horizontale vergelijking*, monografieën Nieuw BW, A10, 2^e druk, Deventer: Kluwer, 2003, nr. 43.

7 Hijma 1988, p. 185.

8 M.A.B. Chao-Duivis, *Dwaling bij de totstandkoming van de overeenkomst, een onderzoek naar de eigenlijke en de oneigenlijke dwaling*, diss. Tilburg 1996, Deventer: Kluwer, 1996, p. 327.

interpretatie van het nadeel met de ratio van het wijzigingsvoorstel – de *favor validitatis* – niets van doen heeft.⁹ Zelfs de contraire opvatting van Van Schaick dat rekening kan worden gehouden met waardewijzigingen ná het sluiten van de overeenkomst, kan op de dwalingsregeling worden teruggevoerd omdat zij berust op de gedachte dat de vernietigingsbevoegde niet in een slechtere positie mag raken in vergelijking met de situatie dat de vernietiging niet door het wijzigingsvoorstel wordt geblokkeerd.¹⁰ De Hoge Raad vaart een andere koers. Hij brengt de wijzigingsbevoegdheid van art. 6:230 BW in verband met een *andere* wijzigingsbevoegdheid – die van art. 6:258 BW – en de algemene eisen van redelijkheid en billijkheid en geeft aldus voeding aan de gedachte dat ook met ander nadeel, zoals waardewijzigingen van na het sluiten van de overeenkomst, rekening kan worden gehouden.¹¹

De vraag is al met al niet zonder urgentie: dient het wijzigingsvoorstel te worden teruggevoerd – én beperkt – door het onderliggende vernietigbaarheidsvoorschrift of is een bredere aanpak wenselijk waarbij meer ruimte wordt gelaten aan de redelijkheid en billijkheid. Inmiddels is voldoende naar voren gekomen dat de ‘incorporende’ benadering alleen slaagt als het dwalingsleerstuk in termen van nadeel wordt geïnterpreteerd. In oneerbiedige woorden: wie een aap in de mouw stopt, kan hem er vervolgens uithalen. Maar hoe nu in het geval een andere visie op het dwalingsleerstuk wordt aangehangen?

Het huidig recht beschouwt de wil die onder invloed van dwaling wordt gevormd als gebrekkig.¹² Het gaat hier niet om een principeverklaring aan de wilsleer omdat de afwezigheid van een juiste voorstelling van zaken alleen relevant is bij een inlichting van de wederpartij, diens zwijgen of bij wederzijdse dwaling. De eerste twee categorieën geven uitdrukking aan de opvatting dat de gedraging van de wederpartij van de dwalende, en de door zijn gedrag gewekte schijn, voor het dwalingsleerstuk relevant is.¹³ De wederzijdse dwaling biedt een meer zuiver voorbeeld van een wilsgebrek.¹⁴ In de huidige regeling, en overeenkomstig de heersende interpretatie daarvan, bestaat derhalve geen ruimte voor de gedachte dat de dwalende voor een geslaagd beroep op dwaling door het wilsbegrip moet zijn *benadeeld*.¹⁵ Dit is in verband met

9 M. Hesselink, “Het wijzigingsvoorstel”, in: *BW-krant Jaarboek 1995*, p. 41; M. Hesselink, “Vragen bij de toepassing van artikel 6:230” in: *WPNR* 6196 (1995), p. 542.

10 Van Schaick 1996, p. 224.

11 HR 28 november 1997, *NJ* 1998, 659 (Luycks/Kroonenberg), HR 18 januari 2002, *NJ* 2002, 106 (Ruinemans/Heijmeijer).

12 Asser/Hartkamp II 2005, nr. 168.

13 Deze opvatting werd onder meer verdedigd door E.M. Meijers, “Opmerkingen omtrent het leerstuk der dwaling”, in: *WPNR* 2749 e.v. (1932) en G. De Grooth, “De invloed van dwaling op rechtshandelingen”, preadvies voor de Broederschap der Candidaat-Notarissen, 1948. Hartkamp merkt in dit verband op dat het huidig BW een middenkoers vaart, Asser/Hartkamp II 2005, nr. 170.

14 Eveneens in deze zin P. Abas, “Kan de dwaling naar huidig recht nog als een wilsgebrek worden aangemerkt?” in: *Cahen-bundel*, Deventer: Gouda Quint, 1997, p. 21.

15 Vergelijk ook M.A.B. Chao-Duivis 1996, p. 138.

de wijzigingsbevoegdheid een saillant gegeven. Art. 6:230 BW dwingt er dan immers toe om het dwalingsleerstuk *achteraf* te interpreteren in termen die aan dat leerstuk vreemd zijn. In de dwalingsproblematiek moet het nadeel als het ware worden ‘ingelesen’. Met de op zichzelf begrijpelijke neiging om het dwalingsleerstuk dan maar met het nadeelsvereiste uit te breiden, waarvoor onlangs de appèlrechter gevoelig bleek, maakt de Hoge Raad korte metten:¹⁶

“Het Hof is in zijn onder 3.3 weergegeven oordeel ervan uitgegaan dat voor een geslaagd beroep op dwaling is vereist dat sprake is van nadeel aan de zijde van degene die zich op dwaling beroept. Aldus heeft het Hof miskend dat voor een beroep op de in art. 3:44 en 6:228 BW vermelde vernietigingsgronden niet is vereist dat degene die zich daarop beroept, door het aangaan van de overeenkomst onder invloed van het wilsgebrek, is benadeeld”.

De regeling van art. 6:228 jo. 6:230 BW roept een hardnekkig dogmatisch bezwaar op: het dwalingsleerstuk moet worden geïnterpreteerd in termen die het niet kent. Door pas- en meetwerk aan een van beide zijden kan dat bezwaar worden weggenomen. Ofwel door het onderliggende leerstuk in termen van nadeel te interpreteren, maar deze optie is gezien bovenstaande weinig aantrekkelijk. Of door ruimte te zoeken in het criterium van de nadeelsopheffing. Of dit laatste een aantrekkelijke optie is, hangt af van wat onder ‘nadeel’ in de zin van art. 6:230 BW wordt verstaan.

7.2.3 Het ‘nadeel’ in de zin van art. 6:230 BW

Er laten zich een drietal bezwaren tegen het nadeelsbegrip van de incorporende visie naar voren brengen. In de eerste plaats is het nadeel van art. 6:230 BW een relatief begrip omdat het de vergelijking van twee situaties impliceert (a). Het tweede bezwaar richt zich op de kenbaarheid van het nadeel (b). Het derde bezwaar ziet op de gedachte om het nadeel in termen van vertrouwensbescherming te interpreteren (c).

a. *Nadeel als relatief begrip*

Nadeel is een relatief begrip. De vaststelling ervan is het resultaat van de vergelijking van twee situaties. De wet omschrijft de ene situatie waar zij spreekt van nadeel ‘bij instandhouding van de overeenkomst’. Het zou onjuist zijn om hieraan spiegelbeeldig de andere situatie te ontleen: die waarin de overeenkomst niet in stand blijft en de vernietiging zich doorzet. De gedachte dat het wijzigingsvoorstel die situatie juist beoogt te voorkómen, staat eraan

¹⁶ HR 19 januari 2001, NJ 2001, 159, r.o. 3.4.

in de weg haar bij de vaststelling van het nadeel te betrekken.¹⁷ Het 'breekpunt' voor de dwalende is de instandhouding van de overeenkomst zoals zij *onder invloed van dwaling* is gesloten. De spiegelbeeldige situatie hiervan is het hypothetische geval waarin de invloed van dwaling op de overeenkomst wordt 'weggedacht'. Deze werkwijze geniet in de doctrine een zeker aanzien.¹⁸ Doorgaans wordt zij zo tot uitdrukking gebracht dat moet worden onderzocht welke (hypothetische) overeenkomst de dwalende zou hebben gesloten indien hij de juiste stand van zaken kende. Deze benadering van de problematiek is niet behulpzaam. Met het introduceren van een hypothetische overeenkomst wordt de contractwijziging op een verkeerde leest geschoeid. Het wekt de suggestie dat de wet een 'contractuele herkansing' biedt, een verlate optie voor spijtoptanten. Dat is in tegenspraak met het karakter van het wijzigingsvoorstel. Een contractwijziging biedt de mogelijkheid om een door het recht erkende verstoring van de contractuele relatie binnen die relatie tot een oplossing te brengen. De fictie van een hypothetische contractsluiting verliest deze oorspronkelijke contractuele inbedding uit het oog en miskent de initiërende rol die de wederpartij van de dwalende bij de contractwijziging kan spelen. Voorts verdient het in algemene zin de voorkeur om contractuele instrumenten op 'harde' gegevens te baseren.¹⁹ Ten slotte is de gedachte van vertrouwensbescherming waarmee deze maatstaf verwantschap vertoont, misplaatst. De wijzigingsbevoegdheid – het wordt nog te weinig gesignaleerd – verplaatst de aandacht van de totstandkoming van overeenkomsten naar de (gewijzigde) *uitvoering* ervan. De maatstaf die de wijziging regardeert kan dan niet worden ontleend aan de, in de totstandkomingsfase relevante, vertrouwensbescherming. Zij zal moeten zijn toegesneden op de uitvoering van overeenkomsten. De relevante maatstaf is met andere woorden niet het (geobjectiveerde) subjectieve vertrouwen in de zin van art. 3:35 BW maar de eisen die de redelijkheid en billijkheid stellen aan het (probleemoplossend) gedrag van partijen, mede gezien het bewuste contractuele kader dat voorligt en de door het recht erkende verstoring van de contractuele relatie in het licht van nieuw gebleken feiten en omstandigheden.

Een andere optie is om het nadeel rechtstreeks aan de voorstelling van de dwalende te ontleenen. Men gaat dan uit van de situatie dat de voorstellingen van de dwalende juist zijn. De wereld deugt. De contractpartij koopt een huis met kelder die als wijnkelder geschikt is, hij koopt een auto waarvan het kilometrage gelijk is aan het aantal gereden kilometers, hij trouwt een vrouw waarvan hij zich niet scheiden laat. Het is de spanning tussen schijn en werkelijkheid die het dwalingsleerstuk kenmerkt. Men zou kunnen zeggen dat de

17 Op grond van dit argument kan de opvatting van Van Schaick dat de dwalende niet in slechtere positie mag komen dan wanneer hij de overeenkomst zou vernietigen.

18 Chao-Duvis 1996, p. 326; Van Schaick 1996, p. 224.

19 Zie voor een historische ontwikkeling van deze fictie en de kritiek daarop, Zimmermann 1993, p. 120-173.

afstand tussen beide de omvang van het nadeel bepaalt. Indien het contract overeenkomstig de voorstellingen van de dwalende wordt uitgevoerd wordt het nadeel op afdoende wijze weggenomen. A meent een bos te kopen met 50.000 bomen. In feite gaat het om een bos met 20.000 bomen. Zijn nadeel bestaat uit het verschil tussen beide situaties: (de waarde van) 30.000 bomen. Deze benadering wordt in de *Unidroit Principles* gekozen: het contract moet volgens deze regeling 'overeenkomstig de voorstellingen van de dwalende' worden uitgevoerd.²⁰ Vanwege het relatieve karakter van het nadeelsbegrip kan worden gesteld dat de *Principles* en het Nederlandse BW in feite hetzelfde criterium geven: het nadeel dat de vernietigingsbevoegde bij instandhouding van de overeenkomst lijdt, wordt opgeheven *door* uitvoering van het contract overeenkomstig zijn voorstelling van zaken. De *Principles* geven aan in welke situatie de dwalende moet worden *gebracht*, het Nederlandse BW geeft de situatie waaruit hij moet worden *bevrijd*: in feite is het lood om oud ijzer. Dat wil zeggen: vanuit de optiek dat de wijziging op het onderliggende leerstuk moet worden teruggevoerd. In de *Principles* is deze geïncorporeerde benadering in de tekst zelf tot uitdrukking gebracht door aan te knopen bij de voorstellingen van de dwalende.

Het vergelijken van de genoemde situaties brengt nog een ander punt aan het licht. In de Nederlandse literatuur is de vraag aan de orde geweest of toepassing van art. 6:230 BW voert tot een contractwijziging of de vervanging van het ene contract door het andere.²¹ In het zuivere geval moet het antwoord luiden: geen van beide. Stemt de geleverde prestatie niet overeen met het contract, dan staat de schuldeiser een actie op grond van een tekortkoming in de nakoming ten dienste. Kenmerkend voor de dwaling is nu juist dat de uitvoering weliswaar contractconform is, maar niet overeenkomstig de verwachtingen die de dwalende zich bij dit contract heeft gevormd.²² De wederpartij kan nu vernietiging afwenden door alsnog *dit* contract overeenkomstig de voorstellingen van de dwalende uit te voeren.²³ Dergelijke casus vormen een zeldzaamheid. In het gewone geval is een uitvoering overeenkomstig de voorstelling van de dwalende niet mogelijk. Men kan niet hetzelfde bos leveren met meer bomen. Men kan de kilometerteller van een auto terugdraaien maar niet het daadwerkelijk aantal gereden kilometers. In deze gevallen bestaat de opheffing van het nadeel uit een wijziging van de contractuele condities.

b. *De kenbaarheid van het nadeel*

20 Art. 3.13 Unidroit Principles.

21 C.J.J. Brunner in zijn annotatie onder HR 12 mei 1989, *NJ* 1989, 235; Schoordijk 1979, p. 503; vgl. par. 6.2.2.

22 Uiteraard doet zich een belangrijk grensgebied voor, waarbij zowel een actie op grond van art. 6:228 als één op grond van art. 6:74 openstaat. Zie de vergelijkbare criteria van art. 6:228 en art. 7:17 BW waarbij de verwachtingen van de koper centraal staan. Hierover de Hoge Raad om HR 21 december 1991, *NJ* 1991, 251 (Van Geest/Nederlof).

23 In deze zin ook het criterium in de UP: '[she] performs the contract as it was understood...'

Een tweede bezwaar tegen de bovengeschetste benadering van het 'nadeel' is gelegen in het feit dat dwaling op een 'negatief' gegeven berust. Art. 6:228 BW maakt een overeenkomst die onder invloed van dwaling is tot stand gekomen, aantastbaar. Hiervoor werd opgemerkt dat deze regeling geen principeverklaring aan een – strikt subjectieve – wilsleer behelst. Een eerste objectivering bleek reeds hieruit dat de gedraging van de wederpartij voor de dwalingsproblematiek relevant is.²⁴ Een tweede objectivering komt naar voren uit het gegeven dat niet de interne motieven van de dwalende beslissend zijn, maar wat de *wederpartij* omtrent deze motieven begreep of behoorde te begrijpen. Deze eis wordt in de literatuur doorgaans van de kanttekening voorzien dat de dwaling zélf niet kenbaar hoeft te zijn.²⁵ Kennelijk ziet deze kanttekening niet op de, aan de wet ontleende, omschrijving van dwaling als 'de afwezigheid van een juiste voorstelling van zaken' – een afwezigheid zélf laat zich immers niet kennen – maar op de concrete voorstellingen die de dwalende zich, in weerwil van de werkelijke stand van zaken, heeft gemaakt. Voldoende is dat de dwalende niet wist dat het door hem aangekochte bos slechts 20.000 bomen telt; dat hij in de veronderstelling leefde dat het er 50.000, 40.000 of 35.000 waren, doet er niet toe. Met de eis van de afwezigheid van een juiste voorstelling van zaken berust de dwalingsregeling op een 'negatief' gegeven. Nu de dwaling zélf niet kenbaar hoeft te zijn, is zijn wederpartij niet zonder meer geïnformeerd over de 'positieve' voorstelling die de dwalende zich heeft gevormd.

Het feit dat de dwaling – als de afwezigheid van een juiste voorstelling van zaken – op een 'negatief' gegeven berust, is ook voor een andere kwestie relevant. In de literatuur is het gebruikelijk om, in navolging van Hijma, onderscheid te maken tussen 'lokaliseerbaar' en 'alomvattend' nadeel. Een wijziging van de overeenkomst ligt in de rede bij 'lokaliseerbaar' nadeel; nadeel dat alomvattend is kan immers alleen door de volledige teloorgang van de overeenkomst worden weggenomen. De vraag is evenwel of dit nadeel zich *laat* lokaliseren. De kwestie kan van twee zijden worden beschouwd. De wederpartij van de dwalende die op grond van art. 6:230 lid 1 BW een wijzigingsvoorstel wil doen, kan haar voorstel baseren op de hem kenbare motieven van de ander. De dwalende zal zich dan niet achteraf aan een wijziging kunnen onttrekken met de stelling dat het nadeel alomvattend is. De dwalende kan echter door een verlangen tot wijziging bij de rechter neer te leggen, deze kwestie naar zich toetrekken. Een en ander was aan de orde in *HR 18 januari 2002, NJ 2002, 18 (Ruinemans/Heijmeijer)*. In cassatie is de klacht van de wederpartij van de dwalende dat een aanpassing van de overeenkomst op grond van art. 6:230 lid 2 BW niet aan de orde is waar de dwaling het aangaan van de overeenkomst betreft en niet ziet op de condities waarop zij is gesloten.

²⁴ Par. 2.2 en daar genoemde literatuur.

²⁵ Asser/Hartkamp II 2005, nr. 182.

Hierin kan de stelling worden herkend dat alleen bij 'lokaliseerbaar' nadeel een wijziging in de rede ligt. De Hoge Raad blijkt niet gevoelig voor deze stelling nu de tot vernietiging bevoegde partij een wijziging van de overeenkomst wenste, en dus kennelijk een 'lokale' oplossing mogelijk achtte.²⁶ Het stelsel van art. 6:228 en 6:230 BW dwingt er derhalve niet toe om op voorhand een onderscheid tussen 'lokaliseerbaar' en 'alomvattend' nadeel te maken. De wensen van partijen op het moment van het uitbrengen van een wijzigingsvoorstel of het neerleggen van een verlangen bij de rechter, wijst uit in hoeverre de problematiek 'lokaal' is.

c. Nadeel en vertrouwensbescherming

De bovenstaande observaties worden ook wel zo verwoord dat de voorstelling van zaken van de dwalende slechts relevant behoort te zijn voorzover zij voor de ander kenbaar is en door de (objectieve) omstandigheden van het geval wordt gerechtvaardigd. Hier blijkt hoezeer het dwalingsleerstuk doordrenkt is van de gedachte dat opgewekt vertrouwen moet worden beschermd. Niettemin kan niet van een eigenlijke vertrouwensbescherming worden gesproken. De reden daarvan is dat de werking van art. 6:230 BW een significante *twist* met zich meebrengt.

Het is gangbaar om het dwalingsleerstuk in verband te brengen met vertrouwensbescherming. In het bijzonder komt dit verband tot uitdrukking in het vereiste van de kenbaarheid van het causale karakter van de dwaling. Bij het doen van een mededeling of bij een ongeoorloofd zwijgen, wekt de wederpartij door zijn toedoen een bepaalde schijn terwijl hij weet dat het bewuste punt voor de ander een (af)springend punt is. Ontbreekt de kennis omtrent de motieven om te contracteren, dan kan de ander niet achteraf met succes aanvoeren: dit bewuste punt was voor mij essentieel. De wederpartij mocht er dan op vertrouwen dat het zo in orde was. Deze vertrouwensgedachte heeft een ander karakter dan de vertrouwensbescherming van art. 3:35 BW. Dit laatste artikel ziet op de positieve kwestie of een concrete verwachting van de fidens ten aanzien van een verklaring of gedraging van een ander door de omstandigheden wordt gerechtvaardigd. In het kader van dwaling komt het vertrouwensbeginsel minder uitbundig tot uitdrukking: wie geen kennis heeft van wat voor de ander essentieel is, draagt niet het risico dat de werkelijke stand van zaken anders is.²⁷ De bevoegdheid van art. 6:230 BW maakt nu *ex post* de gerechtvaardigde verwachtingen van de dwalende alsnog relevant. De *twist* zit hierin dat deze verwachtingen vanuit een *ander perspectief* relevant zijn. De fidens speelt immers geen initiërende rol en het subjectieve element dat de vertrouwensbescherming kenmerkt, ontbreekt. Zou men in termen van vertrouwensbescherming denken, dan zou men de onmogelijke stelling moeten

²⁶ HR 18 januari 2002, NJ 2002, 18, r.o. 3.8.

²⁷ Dit wordt ook wel in termen van risico geformuleerd. Zonder deze kennis ligt het 'risico van de werkelijkheid' bij de dwalende.

verdedigen dat de wederpartij met het uitbrengen van een wijzigingsvoorstel 'de bescherming van de ander inroept'. Juister is het dan om de analyse ter zake te houden en helemaal niet van vertrouwensbescherming te spreken. Daaraan bestaat ook bepaald geen behoefte nu totstandkomingsproblematiek, zoals hiervoor werd opgemerkt, niets van doen heeft met de wettelijke bevoegdheid tot wijzigen van overeenkomsten.

Is het mogelijk om het dwalingsleerstuk in termen van nadeel te interpreteren? Zo ja, is het wenselijk? Het begrip nadeel werd geanalyseerd als een relatie tussen twee situaties: (i) de instandhouding van het contract dat onder invloed van dwaling is gesloten; (ii) het (hypothetische) geval waarin de (gerechtvaardigde) voorstellingen van de dwalende juist zijn. Het *resultaat* van de vergelijking tussen deze situaties is gelijk aan het nadeel in de zin van art. 6:230 BW. Deze analyse mondt uit in een kritische stellingname tegenover het wettelijk nadeelsbegrip. Beide polen van de vergelijking moeten aan de wederpartij van de dwalende – of aan de rechter die tot contractwijziging wordt geroepen – bekend zijn. Wat betreft de eerste situatie doen zich geen obstakels voor, nu hij naar de eis der wet met de werkelijke stand van zaken bekend is. De tweede situatie is problematischer omdat het dwalingsvoorschrift op een 'negatief' gegeven berust: de afwezigheid van een juiste voorstelling van zaken. Voor het vaststellen van het nadeel moet hij achterhalen welke 'positieve' voorstelling van zaken de wederpartij zich ten aanzien van het bewuste punt heeft gemaakt. Het is de objectiveringsgedachte die hulp biedt. Niet de louter interne verwachtingen van de dwalende mogen beslissend zijn, maar door de omstandigheden *gerechtvaardigde* verwachtingen. Men spreekt in dit verband doorgaans van vertrouwensbescherming. Deze kwalificatie – en de analyse waaruit zij voortvloeit – is op grond van een drietal argumenten van de hand gewezen. Zij verliest de oorspronkelijke contractuele verhouding van partijen uit het oog. Zij miskent de initiërende rol die de wederpartij van de dwalende, zowel in als buiten rechte, kan spelen. Zij miskent dat art. 6:230 BW een *twist* met zich meebrengt waardoor het subjectieve element dat vertrouwensbescherming kenmerkt, verloren gaat. Gezien deze argumenten kan het criterium van vertrouwensbescherming niet overtuigen. Een contractwijziging behoort te worden beheerst door een norm die van meet af aan op objectieve gegevens is gebaseerd: de eisen van redelijkheid en billijkheid. De conclusie is derhalve dat het nadeelscriterium voor de aanpassing van overeenkomsten bij nadere analyse zich oplost in de vraag waartoe partijen – gegeven hun (oorspronkelijke) contractuele verhouding en gegeven de door het recht erkende verstoring van die verhouding en in het licht van nieuw gebleken feiten en omstandigheden – krachtens de eisen van redelijkheid en billijkheid zijn gehouden. En dit criterium past precies bij het contractuele stadium waarin de problematiek der contractwijziging thuishoort: de (gewijzigde) *uitvoering* van overeenkomsten.

7.2.4 Een 'ontkoppelde' visie op de verhouding tussen art. 6:228 en 6:230 BW

De Nederlandse wetgever introduceert voor de contractwijziging het criterium van de nadeelsopheffing. Analyse bracht aan het licht dat het eigenlijke normatieve moment bij contractwijziging elders ligt: waartoe zijn partijen krachtens redelijkheid en billijkheid gehouden? Deze verschuiving maakt het mogelijk om de problematiek van contractwijziging 'los te koppelen' van het onderliggende vernietigbaarheidsvoorschrift. Een dergelijke loskoppeling ligt in de rede omdat contractwijziging geen totstandkomingsprobleem betreft maar een uitvoeringsprobleem. Tevens maakt zij het mogelijk om de problematiek van meet af aan vanuit een bredere optiek te benaderen. Vanwege het wettelijk nadeelscriterium ligt in de doctrine de *focus* op de vraag naar welk moment het nadeel moet worden berekend: dat van totstandkoming van de overeenkomst of dat van het uitbrengen van een wijzigingsvoorstel. Dat een dergelijke waterscheiding niet bevredigend is, blijkt onder meer uit de toevoeging dat in uitzonderlijke gevallen de redelijkheid en billijkheid aan een bepaald wijzigingsvoorstel in de weg kan staan. Een benadering die van meet af aan op de redelijkheid en billijkheid is geënt brengt een belangrijke verruiming met zich mee.

In de eerste plaats brengt deze benadering mee dat ook de dwalende een wijzigingsvoorstel kan doen. Dat een dergelijke voorstel tot een verstoring van het contractevenwicht leidt, is niet bezwaarlijk nu hieraan een door het recht erkende verstoring van de contractuele relatie ten grondslag ligt.²⁸ A verkoopt een woning aan B maar verzwijgt dat over de scheidsmuur een procedure met de achterburen aanhangig is.²⁹ In plaats van vernietiging op grond van dwaling wenst B een verlaging van de koopprijs met f 7.500,-. Gegeven de door het recht erkende verstoring en de sanctie van vernietigbaarheid die de wetgever daaraan verbindt, moet deze genuanceerde oplossing worden aanvaard. Het enkele gegeven dat het niet de wederpartij is die het voorstel doet, mag daaraan niet in de weg staan. Voor de ander staat vervolgens immers nog steeds op grond van 6:230 lid 2 de weg open om een rechterlijk oordeel over de kwestie in te roepen.

In de tweede plaats verruimt de 'ontkoppeling' het nadeelsbegrip van 6:230 BW. Ook nadeel van ná de contractsluiting kan worden meegenomen, mits uiteraard overeenkomstig de eisen van redelijkheid en billijkheid. Ik denk dan niet in de eerste plaats aan buitensporige gevallen waardewijzigingen, die de doctrine al te zeer hebben beheerst, maar bijvoorbeeld aan kosten om het nadeel van de dwalende vast te stellen, eventuele kosten van juridische bijstand, eventuele schade die uit zijn onjuiste voorstelling van zaken voort-

28 Par. 6.5.2.

29 Pres. Rb. Zwolle 27 april 1992, KG 1992, 190.

vloeit.³⁰ Alleen een meer ontkoppelde benadering van de problematiek kan aan deze vormen van nadeel recht doen.

In de derde plaats kan deze benadering tot een ineenvlechting leiden met andere kwesties die door de redelijkheid en billijkheid worden beheerst, zoals ontbinding of wijziging wegens onvoorziene omstandigheden (art. 6:258 BW). Aldus kan rekening worden gehouden met factoren die met dwaling op zichzelf niets van doen hebben, maar wel voor de contractuele situatie relevant zijn. Vergelijk de volgende casus.

A verkoopt en levert een perceel grond aan B en garandeert de bodem op zijn (A's) kosten te saneren tot de b-waarde zal zijn bereikt. Na het sluiten van de overeenkomst blijkt dat beide partijen ten aanzien van deze garantie van een onjuiste voorstelling van zaken zijn uitgegaan. Een en ander brengt mee dat de garantie verplicht tot een 'eeuwigdurende' sanering.

A verkoopt en levert een perceel grond aan B en garandeert de bodem op zijn (A's) kosten te saneren tot de b-waarde zal zijn bereikt. Na het sluiten van de overeenkomst blijkt dat beide partijen ten aanzien van deze garantie van een onjuiste voorstelling van zaken zijn uitgegaan. Na het sluiten van de overeenkomst heeft de overheid haar milieubeleid aangescherpt en aanmerkelijk hogere eisen gesteld aan de b-waarde. Een en ander brengt mee dat de garantie verplicht tot een 'eeuwigdurende' sanering.

In het geval het 'nadeel' van art. 6:230 strikt op het onderliggende leerstuk wordt teruggevoerd, kan met het nieuwe feit dat het milieubeleid van de overheid is aangescherpt geen rekening worden gehouden. Toch is het weinig overtuigend dat het contract zich zonder meer tegen dit nieuwe feit zou moeten doorzetten. Het is omgekeerd aannemelijker dat in het licht van alle relevante omstandigheden van het geval de contractaanpassing vorm krijgt.³¹

7.2.5 Resultaat

De redelijkheid en billijkheid is als een geïsoleerd gegeven een onhandelbaar ding: zij is ingebed in een groter geheel en vergt derhalve een 'omvattende benadering'. In deze paragraaf is de samenhang onderzocht tussen het stelsel van art. 6:228 en 6:230 BW en de algemene werking van redelijkheid en billijkheid. Dit onderzoek is in twee fasen ter hand genomen. In de eerste plaats is de verhouding tussen het vernietigbaarheidsvoorschrift en de wijzigingsbevoegdheid onderzocht. De uitkomsten van dit onderzoek brachten aan het licht welke ruimte aan de redelijkheid en billijkheid behoort toe te komen.

30 Aldus ook de Hoge Raad in HR 18 januari 2002, NJ 2002, 18 (Ruinemans/Heimeijer).

31 HR 18 januari 2002, NJ 2002, 18 (Ruinemans/Heimeijer).

Aan het einde van de beschouwing kan worden vastgesteld dat de tweede fase als het ware in de eerste fase is opgegaan. Dit is het gevolg van de vaststelling dat het nadeelscriterium niet adequaat vanuit het onderliggende vernietigbaarheidsvoorschrift kan worden begrepen. De contractwijziging vergt een breder beoordelingskader dan het dwalingskader heeft te bieden. De vraag of dit een wenselijke vaststelling is, hangt samen met de visie die men op de wijzigingsbevoegdheid ontwikkelt. Indien men hierin louter de uitdrukking ziet van de gedachte van misbruik van recht, laat zich een dergelijke bredere optiek niet goed denken. Verdedigt men echter, zoals in onderhavige beschouwingen, dat de wijzigingsbevoegdheid thuishoort in het stadium van (gewijzigde) uitvoering van overeenkomsten, dan wordt deze bredere optiek met instemming begroet. Ik rond de bespreking af met een passage uit een arrest van de Hoge Raad (HR 28 november 1997, NJ 1998, 659 (Luijcks/Kroonenberg)) waar steun voor deze benadering wordt gevonden.

“Het Hof heeft hier terecht in de eerste plaats gewezen op art. 6:230 lid 2 BW, dat de mogelijkheid opent dat de rechter op verlangen van een der partijen in plaats van de overeenkomst te vernietigen de gevolgen van de overeenkomst wijzigt ter opheffing van het nadeel dat de tot vernietiging bevoegde partij bij instandhouding van de overeenkomst zou lijden. Het Hof heeft hieraan een verwijzing naar de art. 6:248 en 6:258 toegevoegd, kennelijk en terecht ervan uitgaande dat ook dit laatste artikel een grondslag voor wijziging van de gevolgen van een overeenkomst biedt, met name in het door het Hof vermelde geval van onvoorziene omstandigheden, en dat bij dit alles de in art. 6:248 vervatte maatstaven een belangrijke rol spelen.”

7.3 DE ONTBINDING WEGENS EEN VERSTORING VAN DE FEITELIJKE CONTEXT VAN EEN OVEREENKOMST (ART. 6:258 BW)

7.3.1 Inleiding

In deze paragraaf wordt de werking van redelijkheid en billijkheid in verband met de ontbinding wegens onvoorziene omstandigheden onderzocht. In het bijzonder komt de systematische component van de redelijkheid en billijkheid aan de orde: haar werking via het systeem van het vermogensrecht. In het debat over de verhouding tussen art. 6:258 BW en de algemene werking van redelijkheid en billijkheid (art. 6:248 lid 2 BW) kunnen grofweg twee visies worden onderscheiden. Het leeuwendeel van de schrijvers beschouwt art. 6:258 BW als een *lex specialis* (7.3.2). Daartegenover staat de visie waarin deze regeling als een *lex suppleta* wordt beschouwd (7.3.3). De analyse van dit debat voert tot de slotsom dat genoemde verhouding niet in deze termen aan de orde moet worden gesteld (7.3.4). De bevindingen worden ten slotte samengevat (7.3.5).

7.3.2 Art. 6:258 BW als *lex specialis*

De verhouding tussen art. 6:248 lid 2 en art. 6:258 BW wordt doorgaans gekenschetst met het adagium *lex specialis derogat legi generali*.³² Dit adagium geeft een regel voor het geval waarin 'op één rechtsfeit twee of meer regels van eenzelfde rechtstelsel voor toepassing in aanmerking komen'.³³ Indien deze regels zich tot elkaar verhouden als 'algemeen' tegenover 'bijzonder', geeft het adagium een rangorde door aan de bijzondere regel voorrang te verlenen. Het adagium is in algemene zin vatbaar voor kritiek.³⁴ Als kenschets van de verhouding tussen art. 6:248 lid 2 en art. 6:258 BW rijzen specifieke bezwaren.

Het adagium vindt toepassing als de feitelijke normbestanddelen van twee regels zich verhouden van algemeen tot bijzonder.³⁵ Daarmee rijst terstond het probleem dat de regels van art. 6:248 lid 2 en art. 6:258 BW geen feitelijke bestanddelen kennen die zich zo tot elkaar verhouden. Art. 6:248 lid 2 BW stelt dat een tussen partijen geldende regel niet van toepassing is voorzover dit *in de gegeven omstandigheden* naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. De verwijzing naar 'de gegeven omstandigheden' heeft geen algemeen karakter zoals de feitelijke omschrijving van een genusbegrip. De regeling van art. 6:248 BW ziet *altijd* op de bijzondere omstandigheden van een voorliggend geval.³⁶ Zij kent immers geen 'vaste' feitelijke normbestanddelen. Liever zou ik in dit verband willen spreken van een 'index van feitelijkeheid': een lijst van mogelijk relevante gegevens die bij haar toepassing van betekenis kunnen zijn. Wel is het mogelijk dat een aantal feitelijke omstandigheden zich verdichten tot een *Fallgruppe*. Het gaat dan om paradigmatische casus die als afzonderlijk probleemveld kunnen worden herkend; deze feitelijke gegevens verwerven een status die grofweg gelijk is aan dat van een feitelijke normbestanddeel.³⁷ Zo heeft de wetgever in het voorschrift van art. 6:258

32 E.H. Hondius, Kwartaalbericht Nieuw BW, 1984/3, p. 102-103; W.L. Valk, Redelijkheid en billijkheid in het nieuwe Burgerlijk Wetboek, in: *Erudita Ignorantia*, Arnhem 1989, p. 161-167; Asser/Hartkamp 4-II (2001), nr. 341a. In HR 27 april 1984, NJ 1984, 679 (NVB/Helder) spreekt de Hoge Raad van de redelijkheid en billijkheid 'in het algemeen' zonder overigens in verband met de problematiek van onvoorziene omstandigheden de *lex specialis*-gedachte te formuleren.

33 C.A. Boukema, *Samenloop* (Mon. Nieuw BW A-21), Deventer: Kluwer 1992, p. 5.

34 C.J.H. Brunner, *Beginselen van samenloop*, tweede druk, Arnhem: Gouda Quint 1984, p. 14 e.v. Zie voor meer literatuur, Boukema 1992, p. 3-4 en p. 10-11.

35 K. Larenz/C.W. Canaris, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 3^e neu bearbeitete Aufl., Berlin: Springer, 1995, p. 88.

36 Vergelijk het debat in de parlementaire stukken naar aanleiding van het vraagpunt 21 waarin nog gesproken werd van bijzondere omstandigheden. Parlementaire Geschiedenis, Boek 6, p. 43-48.

37 Dat een en ander niettemin problematisch ligt blijkt uit de analyse van R. Weber, "Einige Gedanken zur Konkretisierung von Generalklauseln durch Fallgruppen", *Archiv für die civilistische Praxis*, 1992, p. 516-567.

BW het probleemveld van de onvoorziene omstandigheden wettelijke contouren gegeven. Dat maakt deze regeling echter niet 'bijzonder' ten opzichte van de regel van art. 6:248 lid 2 BW: zij is in gelijke zin 'bijzonder' als elk geval dat door de redelijkheid en billijkheid wordt beheerst. Een onderscheid tussen algemeen en bijzonder snijdt bij redelijkheidsnormen kortweg geen hout.

Een tweede bezwaar hangt eveneens samen met het ongespecificeerde karakter van art. 6:248 lid 2 BW. Een samenloop met een andere regel zal zich eerst voordoen als vaststaat dat art. 6:248 lid 2 BW op dezelfde feitelijke situatie ziet als die andere, alternatieve regel. Samenloop betreft immers de situatie dat op één feitelijke constellatie twee of meer regels van toepassing zijn. Nu onder de vlag van art. 6:248 lid 2 BW een veelheid van 'regels' schuilgaat, moet eerst worden uitgemaakt met het oog op welk type van geval zich de samenloop voordoet. Het adagium is bijvoorbeeld van geen waarde bij een 'samenloop' van een geval van rechtsverwerking op grond van art. 6:248 lid 2 BW in combinatie met een onvoorziene omstandigheid in de zin van art. 6:258 BW. Er ligt dan een *verschillende* problematiek ter tafel die niet vatbaar is voor een indeling in algemeen tegenover bijzonder.

Het onvoldoende in acht nemen van het ongespecificeerde karakter van art. 6:248 lid 2 BW tekent het debat over het arrest HR 25 juni 1999, *NJ* 1999, 602 (CSM/Effectenhandel).³⁸ In dit arrest lopen twee rechtsproblemen samen: een opzegging van een duurovereenkomst (art. 6:248 BW) en een wijziging op grond van onvoorziene omstandigheden (art. 6:258 BW). De cassatieklacht dat het hof ten onrechte heeft geoordeeld dat in dit geval *uitsluitend* de weg van art. 6:258 BW moet worden gevolgd, wordt door de Hoge Raad gehonoreerd.

"De klacht gaat uit van een juiste opvatting omtrent de verhouding tussen art. 6:248 en 6:258. Ook indien in een geval als vorenbedoeld op de voet van art. 6:258 wijziging van een duurovereenkomst kan worden gevorderd, staat het bestaan van deze mogelijkheid niet eraan in de weg dat de overeenkomst geldig kan worden opgezegd ingeval naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid instandhouding van de overeenkomst in ongewijzigde vorm niet mag worden verwacht. In dit geval is noch de toepassing van art. 6:248 (redelijkheid en billijkheid brengen mee dat de overeenkomst met een bevoegdheid tot opzegging in de gegeven omstandigheden wordt aangevuld) noch ook toepassing van het tweede lid van dit artikel (een beroep op het ongewijzigd voortduren van het overeengekomene is naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid in de gegeven omstandigheden onaanvaardbaar) uitgesloten doordat de opzeggende partij op grond van dezelfde omstan-

38 P. Abas, "Over de verhouding tussen art. 6:248 en 6:258 BW", *WPNR* 6379 (2000), p. 249-251. Een reactie van A.S. Hartkamp in *WPNR* 6404 (2000), p. 395-396 waarin hij terecht opmerkt dat een geval van samenloop in de hier bedoelde zin zich niet voordoet. Ook Valk leest het arrest in de alhier verdedigde zin, W.L. Valk, "Opzegging en de verhouding tussen art. 6:248 en 6:258 BW", *WPNR* 6382 (1999), p. 917-920.

digheden ook had kunnen kiezen voor een vordering tot wijziging van de overeenkomst op de voet van art. 6:258.”

Op grond van deze beslissing is wel verdedigd dat de Hoge Raad de *lex specialis*-gedachte heeft verlaten.³⁹ Dit betoog acht ik onjuist. Het belang van het arrest is juist dat de verhouding tussen art. 6:248 lid 2 en 6:258 BW *niet* in termen van dit adagium aan de kaak wordt gesteld.⁴⁰ Deze aanpak volgt de Hoge Raad ook als de zaak op de spits wordt gedreven. Hij heeft de vraag naar de verhouding tussen 6:248 lid 2 en 6:258 BW indien *dezelfde* problematiek voorligt – een (buitengerechtelijk) beroep op art. 6:248 lid 2 BW in een geval van onvoorziene omstandigheden – inmiddels, zij het stilzwijgend, beantwoord in zijn arrest HR 25 februari 2000, NJ 2000, 73 (Frans Maas).

De invoering van de Wet Terugdringing Ziekteverzuim (Wet TZ) brengt Frans Maas ertoe om de suppletieregeling in de overeenkomsten met zijn werknemers eenzijdig te wijzigen. De Vervoersbond FNV, optredend voor een aantal getroffen werknemers, vordert een verklaring voor recht dat Frans Maas de suppletieregeling zoals die vóór de wijziging gold, moet naleven. Frans Maas beroept zich op art. 6:258 BW. De rechtbank oordeelt dat het was toegestaan om de overeenkomst eenzijdig – buiten rechte – te wijzigen omdat het, gezien de ingrijpende wijziging die de invoering van Wet TZ voor de financiering van de suppletieregeling met zich meebrengt, ‘niet redelijk’ is dat Frans Maas de suppletieregeling in stand moet houden. Tegen dit oordeel richt zich het cassatiemiddel. De Hoge Raad:

“Terecht betoogt (...) het middel dat de Rechtbank, die het door Frans Maas gedane beroep op art. 6:258 BW kennelijk heeft opgevat als een beroep op art. 6:248 lid 2 BW, een onjuiste maatstaf heeft aangelegd bij de beantwoording van de vraag of het Frans Maas in verband met de inwerkingtreding van de Wet TZ was toegestaan de suppletieregeling eenzijdig te wijzigen. De Rechtbank heeft deze vraag bevestigend beantwoord op grond van haar oordeel dat het in de gegeven omstandigheden ‘niet redelijk’ is dat Frans Maas de suppletieregeling ongewijzigd in stand zou moeten laten. ‘Niet redelijk’ vormt echter een andere maatstaf dan die welke in de meer terughoudende woorden ‘naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar’ tot uitdrukking is gebracht in art. 6:248 lid 2.”

Deze uitspraak is interessant om wat niet wordt gezegd. De Hoge Raad stelt dat de rechtbank het beroep van Frans Maas op art. 6:258 BW kennelijk heeft opgevat als een beroep op art. 6:248 lid 2 BW. In haar conclusie betoogt AG

³⁹ Abas 2000, p. 249.

⁴⁰ Abas meent, mijns inziens ten onrechte, dat de Hoge Raad in HR 27 april 1984, NJ 1984, 679 (NVB/Helder) de *lex specialis*-gedachte heeft aanvaard. De Hoge Raad spreekt weliswaar van ‘de werking van de goede trouw’ in het algemeen – zonder overigens de imprévision-regeling ‘bijzonder’ te noemen – doch deze algemeenheid duidt niet op de algemeenheid die het genusbegrip kenmerkt. Er is, zo volgt uit het hier betoogde, geen ‘algemene werking’ buiten bijzondere gevallen om. Vgl. Abas in zijn naschrift bij Hartkamp 2000, p. 397.

De Vries Lentsch-Kostense dat het oordeel van de rechtbank dat Frans Maas zich met betrekking tot onderhavige *imprévision*-problematiek beroept op art. 6:248 lid 2 BW geen blijkt geeft van een onjuiste rechtsopvatting. De Hoge Raad stemt stilzwijgend hiermee in door het vonnis op een *andere* grond – het niet in acht nemen van het verschil in maatstaf tussen art. 6:248 lid 1 en art. 6:248 lid 2 BW – te vernietigen.⁴¹

Terecht wordt de verhouding tussen art. 6:248 lid 2 en art. 6:258 BW door de Hoge Raad niet in termen van het adagium *lex specialis derogat legi generali* aan de kaak gesteld. Gelijk betoogd is dit ook niet *mogelijk* omdat de verhouding tussen (deze) redelijkheidsnormen niet vatbaar is voor een indeling in algemeen tegenover bijzonder.

7.3.3 Art. 6:258 als *lex suppleta*

In zijn oratie ontwikkelt Hijma een gedachte die een samenspel tussen art. 6:248 lid 2 en art. 6:258 BW mogelijk maakt. Hij positioneert art. 6:258 BW niet als een *lex specialis* maar, met een hiermee contrasterende term, als een *lex suppleta*. Het samenspel maakt hij inzichtelijk door aan art. 6:258 BW de spiegelbeeldige vraag te koppelen: wat mogen partijen, gezien de wijziging van omstandigheden, wél van elkaar verwachten? Zijn antwoord luidt procedureel: men mag van elkaar verwachten *om in onderling overleg* tot een wederzijds aanvaardbare oplossing te geraken.⁴² Degene die het contract aan zijn zijde heeft is in het voordeel: hij zal nakoming kunnen vorderen totdat de ander een zinvol initiatief tot aanpassing van de overeenkomst ontplooit.⁴³ Stelt die ander zich constructief op, dan zal de nakoming zich op grond van art. 6:248 lid 2 BW niet kunnen doorzetten.⁴⁴ Zo kan in het kader van art. 6:248 lid 2 BW een buitengerechtelijke afwikkeling van de problematiek van onvoorziene omstandigheden worden vormgegeven. In de visie van Hijma wordt art. 6:258 BW slechts ‘supplementair’ toegepast indien het buitengerechtelijke pad doodloopt.

Het aantrekkelijke van dit voorstel is dat het ruimte biedt aan het (constructieve) gedrag van partijen bij een door het recht erkende verstoring van de contractuele relatie. In dit verband klemmt het des te meer dat er een neiging bestaat om de (beperkende) werking van redelijkheid en billijkheid te beschouwen als een abstract gegeven dat ‘van boven’ of ‘van buiten’ op een overeenkomst ingrijpt en dat door de rechter met gepaste ‘terughoudendheid’ moet

41 Zie ook Hartkamp die in een bespreking van dit arrest opmerkt: “De Hoge Raad oordeelde dat de rechtbank het beroep op art. 258 kennelijk had opgevat als een beroep op art. 248 lid 2 en zag daar *op zichzelf* geen probleem in (...).”, Hartkamp 2000 p. 395-396.

42 Jac. Hijma, *Het constitutieve wijzigingsvonnis in het licht van de algemene werking van redelijkheid en billijkheid*, Deventer: Kluwer, 1989, p. 15; cursivering in origineel, LR.

43 Hijma 1989, p. 15.

44 Hijma 1989, p. 16.

worden toegepast. Deze voorstelling van zaken is ten gronde *irreführend*. Reeds eerder was ik vaag om iets helder te maken.⁴⁵ Het gedrag van partijen wordt niet alleen beheerst door de eisen van redelijkheid en billijkheid, de eisen van redelijkheid en billijkheid worden ook beheerst door het gedrag van partijen. De laatste cryptische toevoeging beoogt duidelijk te maken dat het gedrag van partijen *meeweegt* bij de vaststelling van de eisen van redelijkheid en billijkheid. Wie zich constructief opstelt ten aanzien van een door het recht erkende verstoring van de contractuele relatie versterkt zijn positie terwijl onverschilligheid jegens de ander zijn positie juist verzwakt. Het gaat hier bij uitstek om een vervlechting van het gedrag van partijen en de, mede op grond van dat gedrag, vast te stellen eisen van redelijkheid en billijkheid. Door bij onvoorziene omstandigheden verplichte rechterlijke tussenkomst te eisen wordt niet alleen het initiërende vermogen van partijen geblokkeerd, het brengt tevens mee dat de werking van redelijkheid en billijkheid – anders dan via het rechterlijk vonnis – niet kan floreren.⁴⁶ Een en ander biedt een treffend voorbeeld van wat hiervoor als een bepaalde vorm van incoherentie – als ‘materiële beknotting’ – werd geanalyseerd.

Noem ik ten slotte één punt van kritiek. De term *lex suppleta* lijkt mij voor bovengenoemde visie minder geschikt. De eerste reden is dat zij een ‘afhankelijke’ term is omdat zij spiegelbeeldig uit de *lex specialis*-gedachte is afgeleid. Dat brengt mee – vergelijk art. 3:7 BW – dat deze term niet zonder die gedachte kan bestaan. De theoretische bestrijding raakt daarmee (negatief) afhankelijk van de bestreden theorie. De tweede reden is dat ook in genoemde visie de gerechtelijke weg nog steeds een koninklijke is; op het punt van naamgeving gaat de supplementaire route dus enigszins mank aan lichtvoetigheid.

7.3.4 Coherentie van art. 6:248 en art. 6:258 BW

Het huidig debat over de verhouding tussen art. 6:248 lid 2 en art. 6:258 BW kenmerkt zich door twee contrasterende visies. Aan de ene zijde wordt art. 6:258 BW als een *lex specialis* ten tonele gevoerd; aan de andere zijde wordt de bepaling gezien als een *lex suppleta*. Analyse voert tot de conclusie dat de verhouding tussen genoemde artikelen noch in termen van het adagium *lex specialis derogat legi generali* noch in termen van het contrasterende *lex suppleta* aan de orde kan worden gesteld. Beslissend is wat onder de termen schuilgaat. Op dit punt kon worden vastgesteld dat de visie van Hijma de voorkeur verdient omdat zij een belangrijke vorm van incoherentie – namelijk de ‘mate-

45 L. Reurich, “Functies van redelijkheid en billijkheid”, *BWKJ* 19, Deventer: Kluwer, p. 96-99.

46 Vergelijk Hijma 1989, p. 15: “Het wekt op zijn minst bevreemding, dat in dit soort gevallen redelijkheid en billijkheid anders dan via het rechterlijk vonnis niet meer tot haar recht zou kunnen komen.”

riële beknotting – weet te vermijden. Een en ander voert mij tot een verdergaand coherentieonderzoek.

In deze paragraaf wordt getracht het debat rond de verhouding tussen art. 6:248 lid 2 en art. 6:258 BW nader te verhelderen door het strikt toepassen van de eis van coherentie. Deze eis heeft, zoals reeds opgemerkt, een progressief karakter. Het is niet de feitelijk geconstateerde samenhang tussen twee of meer regelingen die de interesse wekt maar de vraag hoe zij tot een coherent geheel kunnen worden *geïnterpreteerd*: de progressie schuilt in de afstemming van aanverwante regelingen in onderlinge samenhang bezien. Inmiddels heeft de algemene beschouwing over het begrip ‘coherentie’ een aantal opzichten van vergelijking opgeleverd en enkele vormen van – te vermijden – incoherentie. Richt het onderzoek zich thans op een concrete toepassing daarvan.

Wat betreft materiële vereisten bestaat geen onderscheid tussen de regeling van art. 6:248 lid 2 en die van art. 6:258 BW. Aan het redactionele verschil tussen art. 6:248 lid 2 BW (‘naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar’) en art. 6:258 BW (‘naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet mag verwachten’) worden, naar men in het algemeen aanneemt, geen inhoudelijke consequenties verbonden.⁴⁷ Wat betreft de feitelijke situatie waarop de norm betrekking heeft – omstandigheden na het sluiten van de overeenkomst die niet in de overeenkomst zijn verdisconteerd – kan worden aangesloten bij de hiervoor geschetste positie: tussen art. 6:248 lid 2 en art. 6:258 BW bestaat geen verschil van ‘algemeen’ en ‘bijzonder’. De norm is dus niet meer toegespitst dan elke andere redelijkheidsnorm; hooguit kan worden beweerd dat de toespitsing die elke redelijkheidsnorm vereist hier wettelijke contouren heeft gekregen.

Dat brengt mij tot het volgende vergelijkingspunt. Bestaat in de rechtsgevolgensfeer een significant onderscheid tussen beide regelingen? In dit verband wordt er wel op gewezen dat art. 6:248 BW van rechtswege werkt terwijl art. 6:258 BW een constitutief vonnis vereist.⁴⁸ Dit verschil zou ik op een andere wijze willen benaderen. Het is juist dat art. 6:258 BW een constitutief vonnis vereist; de centrale vraag in dit betoog is echter of de problematiek van onvoorziene omstandigheden *ook* in het kader van art. 6:248 lid 2 BW tot een oplossing kan worden gebracht. Het wel of niet verplicht inschakelen van de rechter bij onvoorziene omstandigheden betreft geen intrinsiek kenmerk van onderhavige problematiek. Het gaat hier om een keuze van de wetgever die juist een verklaring *behoeft*. De vraag luidt dus of de problematiek van onvoorziene omstandigheden van dien aard is dat een verplichte inschakeling van de rechter is *vereist*. Twee punten dienen zich hier aan. In de eerste plaats kent art. 6:258 BW aan de rechter enkele speciale instrumenten toe. Gewezen kan worden op het verlenen van terugwerkende kracht (art. 6:258 lid 1 BW, *in fine*) en de mogelijkheid tot het stellen van voorwaarden van art. 6:260 BW, waar-

47 Asser/Hartkamp II 2005, nr. 335; anders Hijma 1989, p. 5-7.

48 Asser/Hartkamp II 2005, nr. 335 en 341a.

onder schadeloosstelling en het verminderen van de tegenprestatie. Dat deze voorzieningen een aparte regeling van de onvoorziene omstandigheden rechtvaardigt, kan echter niet overtuigen omdat soortgelijke voorzieningen bestaan bij vernietiging. Art. 3:53 lid 2 BW bepaalt immers, spiegelbeeldig aan onderhavige regeling, dat de rechter geheel of ten dele aan de vernietiging terugwerkende kracht kan ontzeggen, en kent ook de mogelijkheid van kostenvergoeding (art. 3:53 lid 2 BW).⁴⁹ Toch zal niemand willen beweren dat de vernietiging in rechte met haar eigen sanctieregeling als een *lex specialis* moet worden beschouwd. Een vergelijking met deze aanpalende regeling dwingt ertoe de verplichte rechterlijke tussenkomst om deze redenen af te wijzen.

In de tweede plaats kan worden gewezen op een intrigerende passage in de parlementaire toelichting. Daar wordt gesteld dat art. 6:258 BW van toepassing is 'voor gevallen die te gecompliceerd zijn om anders dan bij een constitutioneel vonnis, omringd met de waarborgen van art. 258 en 260 BW in de verhouding van partijen in te grijpen'. Het zijn wonderlijke woorden: art. 6:258 BW voor 'gecompliceerde' gevallen. Wonderlijk, niet alleen vanwege de suggestie dat bij de toepassing van art. 6:258 BW eerst een prealabele vraag naar de gecompliceerdheid van de voorliggende problematiek moet worden beantwoord. Het is vooral de gedachte dat rechtsproblematiek zich op voorhand als meer of minder gecompliceerd zou aandienen die bevreemding wekt. Indien een contractuele relatie wordt verstoord door een onvoorziene omstandigheid zijn het in de eerste plaats partijen zelf die maken of deze verstoring tot 'complicaties' voert. Het ligt daarom juist in de rede om in eerste instantie aan hén de bevoegdheid te verlenen tot het zoeken van een oplossing voor het gerezen probleem. Het is juist dat de regeling van art. 6:258 en 6:260 BW voorziet in extra waarborgen die art. 6:248 lid 2 BW vanwege haar werking van rechtswege niet kan bieden. Dat brengt mee dat de gang naar de rechter altijd moet *openstaan* maar niet dat de problematiek tot de rechterlijke gang moet worden *beperkt*.

Ik vat samen. Op elk van de onderscheiden opzichten van vergelijking is een debat gevoerd over de verhouding tussen art. 6:248 lid 2 en art. 6:258 BW. Een onderzoek naar zakelijke argumenten die aan de regelingen ten grondslag zouden liggen voert tot het volgende resultaat. De norm van art. 6:258 BW is wat betreft feitelijke normbestanddelen, niet meer bijzonder of meer toegespitst dan art. 6:248 lid 2 BW nu in het kader van het laatste artikel precies dezelfde feitelijke omstandigheden aan bod kunnen komen. De norm van art. 6:258 BW is wat betreft de waarderende component ('mag nakoming naar redelijkheid en billijkheid niet worden verwacht') niet anders dan art. 6:248 lid 2 BW ('naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar'). In de rechtsgevolgensfeer kent de regeling van art. 6:258 BW bepaalde waarborgen waarvan art. 6:248 lid 2 BW is verstoken, maar dit rechtvaardigt niet het

49 Art. 3:53 lid 2 spreekt van een 'uitkering in geld' aan degene die door de vernietiging benadeeld wordt.

verplicht voorschrijven van rechterlijke tussenkomst omdat dergelijke waarborgen ook bij vernietiging gegeven zijn terwijl hier de uitoefening niet tot rechterlijke tussenkomst is beperkt. Een laatste argument dat de ‘gecompliceerdheid’ van het geval tot rechterlijke tussenkomst dwingt kan niet overtuigen omdat gevallen zich niet op voorhand in deze categorie laten indelen, nog daargelaten dat dit niet tot een *verplicht* inschakelen van de rechter hoeft te voeren.

7.3.5 Resultaat

Het onderzoek naar de verhouding tussen art. 6:258 en 6:248 lid 2 BW voert tot de conclusie dat de problematiek van onvoorziene omstandigheden zowel buiten rechte als in rechte tot een oplossing kan worden gebracht. De buitengerechtelijke weg dient in het kader van art. 6:248 lid 2 BW gestalte te krijgen, de gerechtelijke heeft vormgekregen in art. 6:258 BW.

Wat betreft de redenen voor een afzonderlijke regeling in art. 6:258 BW kan in de parlementaire toelichting en het leeuwendeel van de doctrine een verborgen constante worden onderkend. Het is niet dat de problematiek van onvoorziene omstandigheden zo ‘gecompliceerd’ is – vergelijk immers de mogelijkheden tot nuancering van rechtsgevolgen bij ontbinding wegens een tekortkoming en vernietiging – zij ligt gewoonweg ‘gevoelig’. Dat heeft tot een regeling geleid die zonder coherente interpretatie in het moderne contractenrecht misstaat. Dit recht laat immers ruimte aan contractpartijen als zich in het traject van de overeenkomst een door het recht erkende verstoring voordoet. Dat deze verstoring in het geval van onvoorziene omstandigheden niet de totstandkoming of de uitvoering van een overeenkomst betreft maar haar ‘feitelijke context’, mag de parlementaire schroom begrijpelijk maken, een verschil in behandeling waarvan hier sprake is kan het niet rechtvaardigen. Steeds gaat het om door het recht erkende verstoringen van de contractuele relatie waarop door partijen, met behulp van aan hen toegekende bevoegdheden, actie kan worden ondernomen – in laatste instantie door het invoeren van de rechter. Het moderne contractenrecht heeft de gedachte dat het recht ‘van boven’ op een contractuele verhouding ingrijpt verlaten ten gunste van een meer horizontale optiek waarbij *partijen* bepalen of, en zo ja, in hoeverre, zij de aan hen toegekende bevoegdheden uitoefenen. Deze observatie verklaart de regeling van art. 6:258 BW met haar verplichte rechterlijke tussenkomst tot een halfslachtige figuur. De oorzaak is gevoeligheid. En louter gevoel kan als *reden* niet overtuigen.

7.4 DE ONTBINDING WEGENS EEN VERSTORING VAN DE UITVOERING VAN EEN OVEREENKOMST (ART. 6:265 BW)

7.4.1 Inleiding

In deze paragraaf wordt de werking van redelijkheid en billijkheid in verband met de ontbindingsregeling van art. 6:265 BW onderzocht. In de eerste plaats komt de systematische component van de redelijkheid en billijkheid aan de orde: haar werking via het systeem van het vermogensrecht. Daartoe komt de interpretatie van de 'tenzij'-clausule van art. 6:265 BW aan de orde (7.4.2). Vervolgens wordt de verhouding tussen hoofdregel en uitzondering onderzocht (7.4.3). Ten slotte worden de bevindingen betrokken op een aantal typische ontbindingsgevallen. Eerst volgt de ontbinding bij een vertraging in de nakoming (7.4.4), vervolgens de ontbinding van materieel deelbare prestaties (7.4.5) en temporeel deelbare prestaties (7.4.6). Ten slotte komt de ontbinding van nevenbedingen aan de orde, enerzijds nevenbedingen die met de uitvoering van de overeenkomst samenhangen (7.4.7) en anderzijds nevenbedingen die met een verstoring van de uitvoering samenhangen (7.4.8). Ten slotte worden de bevindingen samengevat (7.4.9).

7.4.2 De interpretatie van de 'tenzij'-clausule

Iedere tekortkoming geeft in beginsel aan de schuldeiser de bevoegdheid om de overeenkomst te ontbinden. Art. 6:265 BW stelt de bevoegdheid tot ontbinding voorop. De clausule dat 'de tekortkoming gezien haar bijzondere aard of geringe betekenis deze ontbinding moet rechtvaardigen', is als een uitzondering op deze hoofdregel geformuleerd. Naar aanleiding van de dissertaties van Bakels en Hartlief is in de doctrine veel aandacht besteed aan de reikwijdte van die bevoegdheid. In dat debat komt het niet aan op de vraag óf die bevoegdheid beperking behoeft, doch op welke *wijze* die beperking gestalte moet worden gegeven. Hartlief bepleit het verhogen van de drempel door alleen bij een substantiële tekortkoming ontbinding toe te laten.⁵⁰ Zijn voorstel loopt in de pas met buitenlandse rechtstelsels doch laat zich niet gemakkelijk met het wettelijke uitgangspunt verenigen.⁵¹ Bakels heeft de zogenoemde leer van het 'redelijk alternatief' geïntroduceerd. Deze leer komt hierop neer dat de wettelijke hoofdregel van art. 6:265 BW (*iedere* tekortkoming geeft recht op ontbinding) door de volgende vuistregel moet worden vervangen: ontbinding is, als het meest ingrijpende rechtsmiddel, pas gerechtvaardigd als aan de schuldeiser geen minder vergaande rechtsmiddelen ten dienste staan.⁵² Die

⁵⁰ Hartlief 1994, p. 204.

⁵¹ Over die inpassing is hij zeer beknopt, zie Hartlief 1994, p. 219-220.

⁵² Bakels 1993, p. 277.

vuistregel wordt door Bakels vervolgens aan de hand van een aantal gezichtspunten geconcretiseerd.⁵³ Deze vuistregel vloeit volgens Bakels voort uit de norm uit het Baris/Riezenkamp-arrest: partijen moeten hun gedrag mede laten bepalen door de gerechtvaardigde belangen van de wederpartij.⁵⁴ Dit voorstel heeft op brede schaal bijval gekregen.⁵⁵ Hijma, daarin bijgevalen door Hartkamp, meent evenwel dat de gewenste beperking in het kader van de huidige regeling gestalte kan krijgen.⁵⁶

De reikwijdte van de hoofdregel van art. 6:265 BW wordt primair bepaald door de betekenis die aan de tenzij-clausule wordt toegekend. Volgens Bakels moet die clausule tegen de achtergrond worden gezien van de artt. 3:12 en 6:29 BW.⁵⁷ Hoewel de parlementaire stukken tot deze interpretatie aanleiding zouden kunnen geven, moet zij mijns inziens als onjuist worden verworpen. In de eerste plaats vervult de tenzij-clausule een meer substantiële rol dan het waken tegen misbruik. Noch in het oorspronkelijke ontwerp, noch in de jongere parlementaire stukken wordt de opmerking aangetroffen – anders dan bij art. 6:278 BW – dat de tenzij-clausule misbruik beoogt te voorkomen. Kennelijk heeft de wetgever een wezenlijker toets voor ogen gehad dan het marginale “naar redelijkheid niet tot die uitoefening had kunnen komen”.⁵⁸ In de tweede plaats is het gewicht van de slotzinsnede van art. 6:265 BW belangrijk toegenomen door een tweetal wijzigingen tijdens de parlementaire behandeling. De eerste wijziging betreft een aanzienlijke vereenvoudiging van een afzonderlijke bepaling die Meijers voor de gedeeltelijke ontbinding had ontworpen.⁵⁹ Zij heeft tot gevolg gehad dat de afzonderlijke regeling voor algehele en gedeeltelijke ontbinding waarin het oorspronkelijke ontwerp voorzag, is komen te vervallen: in de uiteindelijke wettekst worden beide vormen van ontbinding door art. 6:265 BW beheerst. Alleen ten aanzien van de rechtsgevolgen van gedeeltelijke ontbinding bevat art. 6:270 BW nog een afzonderlijke regeling. De tweede wijziging betreft het laten vervallen van een afzonderlijke regeling voor de in de praktijk belangrijke duurovereenkomsten, de “naar tijdsruimte deelbare verbintenissen”: deze materie is aan de slotzinssnede van art. 6:265 BW overgelaten.⁶⁰ Die regeling voorzag in een verbod van algehele ontbinding voor de verstreken termijnen van duurovereenkomsten en een verbod van

⁵³ Bakels 1993, p. 277-285.

⁵⁴ HR 15 november 1957, NJ 1958, 67 (Baris/Riezenkamp).

⁵⁵ Abas 1994, p. 661-663; Abas 1996, p. 217; Nieuwenhuis 1995, p. 39-40; Linssen 1997, p. 67; Hartlief 1997, p. 196-202; M.M. van Rossum 1997, p. 577.

⁵⁶ Asser/Hijma I 2001, nr. 497; Asser-Hartkamp II 2005, nr. 516; in dezelfde zin, Valk 1997, p. 1222.

⁵⁷ Bakels 1993, p. 226.

⁵⁸ Van de drie onderscheidelijke categorieën kan alleen die (marginale) onevenredigheidstoets hier van toepassing zijn. Vgl. art. 3:13 BW.

⁵⁹ Art. 6.5.4.10, thans art. 6:270, zie Parlementaire Geschiedenis, Boek 6, p. 1018.

⁶⁰ Parlementaire Geschiedenis, Boek 6, p. 1021 en 1023.

gedeeltelijke ontbinding indien de inhoud en strekking van de overeenkomst zich tegen deze vorm van ontbinding verzet.⁶¹

Beide wijzigingen kunnen niet zonder gevolgen blijven voor de interpretatie van de tenzij-clausule van art. 6:265 BW. Waar in het oorspronkelijke ontwerp haar toepassing tot de uitzonderingen moest worden gerekend, biedt zij thans onderdak aan een omvangrijke en ingewikkelde materie. Dat Meijers in zijn toelichting kon opmerken dat het hier om een uitzonderingsbepaling gaat, hangt nauw samen met het gegeven dat de materie van gedeeltelijke ontbinding elders een regeling vond. Nu die materie aan de slotzinsnede van art. 6:265 BW is overgelaten, moet aan die opmerking niet teveel gewicht worden toegekend. Dat zij in de jongere parlementaire stukken niettemin onweersproken blijft, ja met zoveel woorden terugkeert – Bakels spreekt niet geheel ten onrechte van ‘het napraten’ van de Toelichting Meijers⁶² – heeft de interpretatie van art. 6:265 BW weinig goeds gedaan. Het is een vreemd ding om enerzijds de omvangrijke problematiek van naar tijdsruimte deelbare verbintenissen aan de slottournure van art. 6:265 BW over te laten, en anderzijds de opmerking dat het hier om een uitzondering gaat onweersproken te laten.⁶³ In feite maakt die toelichting daardoor twee interpretaties mogelijk, een strikte en een ruime, afhankelijk bij welke passage in de toelichting men aanhaakt. De keuze tussen deze opties moet ten gunste van de ruime interpretatie uitvallen. Op welke wijze de ‘verplaatste materie’ in het kader van de slotzinsnede zijn beslag moet krijgen wordt hieronder nader uitgewerkt. Dan blijkt de oorspronkelijke regeling daarvan en de toelichtende opmerkingen van Meijers, ook nu zij door art. 6:265 BW wordt geregardeerd, niet minder instructief.⁶⁴

7.4.3 De verhouding tussen hoofdregel en uitzondering

Het wettelijke uitgangspunt stelt het recht op ontbinding voorop. De toets of de tekortkoming de ontbinding kan rechtvaardigen is immers als uitzondering geformuleerd. Bovenstaande beschouwingen geven die uitzondering een specifieke status. Het gaat hier – in weerwil van het voegwoord ‘tenzij’ – niet om een uitzondering in eigenlijke zin. Zo’n uitzondering, die ik het adjectief ‘sterk’ zou willen geven, bezit een digitale structuur. De vervulling van hetgeen als uitzondering wordt opgevoerd, is noodzakelijk en voldoende om de hoofdregel van tafel te krijgen. Hij komt vanavond, tenzij het regent. De regen is voor zijn komst fataal. Er bestaan echter ook uitzonderingen die aan de hoofd-

61 Artt. 6.5.4.11 en 6.5.4.12.

62 Bakels 1993, p. 257.

63 Een soortgelijke spanning doet zich in parlementaire stukken voor bij het begrip ‘tekortkoming’, Parlementaire Geschiedenis, Boek 6, p. 1249. Bakels wijst op de mogelijkheid dat de latere wetgever “uit respect voor Meijers” zich kennelijk niet hardop van hem wilde distantiëren. Bakels (1993), p. 190.

64 In gelijke zin Asser-Hartkamp II 2005, nr. 526.

regel worden *gerelateerd*. Ik zou deze als ‘zwakke’ uitzonderingen willen aanduiden. In dat geval is de uitzondering niet digitaal maar gradueel. De kwestie is pas ‘beslisbaar’ als de gradatie tegen de hoofdregel wordt *afgewogen*. Alleen bij voldoende verstoring van de balans, zal de uitzondering opgaan. De uitzondering is in zoverre zwak dat zij niet *uit eigen kracht* doch alleen in relatie met de ‘hoofdregel’ kan optreden. En dat heeft ook gevolgen voor de hoofdregel zelf. Zij maakt de tekortkoming waarvan die regel spreekt, anders dan een geparafraseerde weergave van de ontbindingsbevoegdheid doet vermoeden, altijd al tot een *gekwalficeerde* tekortkoming. De afweging tussen ‘hoofdregel’ en ‘uitzondering’ kan er bovendien in resulteren dat de hoofdregel slechts in een bepaalde mate van toepassing is: algehele ontbinding is niet, gedeeltelijke ontbinding wel toegestaan. Het stelsel van art. 6:265 BW biedt derhalve meer ruimte aan nuances dan het patroon hoofdregel-uitzondering doet vermoeden. Die vaststelling werpt een ander licht op de theorie van Bakels. Hij verdient bijval waar hij schrijft: “Ondanks de souplesse waarmee art. 6:265 lid 1 is geformuleerd, is de bepaling te rigide voorzover zij de indruk wekt dat hier sprake zou zijn van een hoofdregel (*iedere* tekortkoming geeft de bevoegdheid tot ontbinding) en een te bewijzen althans aannemelijk te maken uitzondering (*tenzij*...). Die gedachte is onjuist.”⁶⁵ Deze bijval is ingegeven door de in de vorige paragraaf ontwikkelde gedachtengang. Bakels vaart echter een andere koers. Zijn argument voor de onjuistheid van de genoemde stelling heeft van doen met de verhouding van de ontbindingsregeling tot *andere* rechtsvorderingen die de crediteur ter beschikking staan. Hij vervolgt: “De vraag, of enige vorm van ontbinding gerechtvaardigd is, vergt altijd een proces van belangenafweging in concreto tegen de achtergrond, dat ontbinding als een terugkomen op een in beginsel voldongen feit juist veeleer “met een handicap start” in relatie tot andere op zichzelf eveneens beschikbare vorderingen en rechtsmiddelen”.⁶⁶ Dat het in een concreet voorliggend geval kan voorkomen dat tussen de verschillende rechtsvorderingen een zekere rangorde bestaat moet aan Bakels worden toegegeven. Doch de *toetsing* ligt daar niet: niet de afweging van de verschillende beschikbare vorderingen ten opzichte van elkaar, maar de afweging van de tekortkoming en de gevolgen van ontbinding bepaalt of deze vordering beschikbaar is. Indien deze drempel eenmaal is genomen, dan is de schuldeiser in beginsel vrij zich op ontbinding te beroepen. In deze zin stelt ook de Hoge Raad dat de ‘enkele grond’ dat er een alternatief bestaat die voor de schuldenaar minder nadelig is, niet aan de ontbindingsbevoegdheid in de weg staat.⁶⁷ Deze uitspraak laat uitdrukkelijk de mogelijkheid open dat *bijzondere* gronden een beperking van de ontbindings-

⁶⁵ Bakels 1993, p. 227.

⁶⁶ Bakels 1993, p. 227.

⁶⁷ HR 24 november 1995, NJ 1996, 160 (Tromp/Regency).

bevoegdheid met zich kunnen meebrengen. Die toets gaat echter niet aan het stelsel van art. 6:265 BW vooraf, doch moet in dat kader zijn beslag krijgen.⁶⁸

7.4.4 Ontbinding bij vertraging in de nakoming

De wet maakt onderscheid tussen het geval dat nakoming mogelijk is en het geval dat nakoming tijdelijk of blijvend onmogelijk is (art. 6:265 lid 2 BW). In het eerste geval moet de schuldenaar eerst in verzuim worden gebracht voordat kan worden ontbonden; in het tweede geval wordt die eis niet gesteld. Het verzuim treedt in als aan de vereisten van art. 6:81 BW is voldaan. In het normale geval moet de schuldenaar van een opeisbare vordering een redelijke termijn voor nakoming worden gesteld. Blijft nakoming binnen die termijn uit, dan raakt de schuldenaar in verzuim, tenzij hem de vertraging niet kan worden toegerekend. Aldus speelt de toerekenbaarheid van de tekortkoming, ofschoon in art. 6:265 BW niet als eis gesteld, in het kader van de verzuimregeling alsnog een rol. Dit stelsel zorgt ervoor dat het uitblijven van de prestatie door vertraging aan verschillende regels is onderworpen. Vijf typen gevallen laten zich onderscheiden, die als variaties op de volgende feiten ten tonele worden gevoerd. A heeft zich jegens B verplicht tot levering van een partij druiven tegen betaling van €2000,-. Levering blijft op de afgesproken datum uit vanwege:

- a. een wilde staking bij NS-cargo; de levering zal met alternatief vervoer moeten plaatsvinden (tekortkoming niet-toerekenbaar, nakoming mogelijk);
- b. een slordige bedrijfsorganisatie van de schuldenaar (tekortkoming toerekenbaar + nakoming mogelijk);
- c. blikseminslag waardoor de partij druiven tenietgaat; levering van een nieuwe partij kan eerst over vier weken plaatsvinden (tekortkoming niet-toerekenbaar, nakoming tijdelijk onmogelijk);
- d. gebrekkige hygiëne waardoor de druiven door druifluis verloren gaan; levering van een nieuwe partij kan eerst over vier weken plaatsvinden (tekortkoming toerekenbaar, nakoming tijdelijk onmogelijk);
- e. blikseminslag waardoor de partij druiven tenietgaat; levering kan in verband met een onverwacht afgekondigd invoerverbod, niet meer plaatsvinden (tekortkoming niet-toerekenbaar, nakoming onmogelijk).

Wanneer mag worden ontbonden? In geval a eist art. 6:265 BW het verzuim van de schuldenaar dat echter wegens het ontbreken van toerekenbaarheid niet kan intreden (art. 6:81 BW). Deze situatie zal overigens niet lang duren: de vertraging zal spoedig toerekenbaar zijn (alternatief vervoer is niet geregeld)

68 Zie in dit verband een arrest waarin de Hoge Raad overweegt dat “de aard van een (...) overeenkomst van invloed [kan] zijn op de vraag of de tekortkoming voldoende ernstig is om ontbinding te rechtvaardigen”, HR 4 februari 2000, NJ 2000, 562.

of nakoming is tijdelijk onmogelijk (alternatief vervoer is niet mogelijk). In geval b moet de schuldenaar met een ingebrekestelling in verzuim worden gebracht. In geval c, d en e kan de schuldeiser onmiddellijk ontbinden (geen verzuim vereist, art. 6:265 lid 2 BW).

De uitersten van deze typen gevallen kunnen bevredigen. Als de overeenkomst nog kan worden uitgevoerd, is ontbinding (nog) niet aan de orde. Heeft de overeenkomst haar zin verloren omdat nakoming blijvend onmogelijk is, behoort niets aan ontbinding in de weg te staan. Meer problemen levert de tijdelijke onmogelijkheid op. Omdat nakoming nog mogelijk is, zij het na enige tijd, ligt dit geval dichterbij a dan bij e. De wet stelt het echter op één lijn met 'onmogelijkheid van nakoming': het stellen van een redelijke termijn voor nakoming is niet vereist. Dit oordeel is juist doch onvolledig. De mate van vertraging bij tijdelijke onmogelijkheid van nakoming wordt namelijk *in een ander kader* meegewogen, en wel bij de vraag of de tekortkoming van voldoende betekenis is om de ontbinding te rechtvaardigen. In dat verband stelt Meijers in zijn toelichting: "Ofschoon nu een dergelijke aanmaning – als zinloos – bij onmogelijkheid van nakoming niet is voorgeschreven, ligt het voor de hand dat bij een niet-toerekenbare verhindering die zich als van tijdelijke aard laat aanzien, de crediteur niet met minder geduld ten opzichte van de wederpartij kan volstaan dan wanneer deze wel zou moeten worden aangevaard".⁶⁹ Eerst als de periode van vertraging de redelijke termijn van art. 6:81 BW overschrijdt, kan derhalve worden ontbonden. Aldus worden de gevallen b, c en d, zij het in verschillende wettelijke kaders, op gelijke wijze beslist. Deze benadering verdient bijval. Pas als de vertraging de 'redelijke termijn' overschrijdt, is ontbinding in beginsel gerechtvaardigd. In bijzondere gevallen is het zeer wel denkbaar dat ook deze vertraging niet van voldoende gewicht is om ontbinding te rechtvaardigen. Ik zou menen dat de 'analoge' redelijke termijn van art. 6:82 BW slechts een minimum biedt, dat op grond van de omstandigheden kan worden verlengd.⁷⁰ In dit verband zou het, anders dan Meijers stelt, geen verschil mogen maken of de tekortkoming wel of niet toerekenbaar is. De toerekenbaarheid is immers, met het oog op de belangen van de schuldeiser,⁷¹ in art. 6:265 BW niet als eis gesteld; die toerekenbaarheid mag zich dan niet 'ineens' tegen de schuldenaar keren bij het 'respijt' dat hem wordt gegund.

Op grond van bovenstaande kan worden vastgesteld dat bij een vertraging in de nakoming die niet blijvend onmogelijk is, de schuldeiser niet terstond de overeenkomst kan ontbinden. Buiten het geval dat de tekortkoming niet toerekenbaar is en ontbinding op die grond afstuit (art. 6:81 BW), wordt hem steeds een 'redelijke termijn voor nakoming' gegund, ofwel in het kader van

69 Parlementaire Geschiedenis, Boek 6, p. 1004.

70 Ik denk met name aan het geval dat het aannemelijk is dat over een aantal weken kan worden geleverd, ook al overschrijdt dat aantal weken de redelijke termijn van art. 6:82.

71 Parlementaire Geschiedenis, Boek 6, p. 1002.

art. 6:82 BW, ofwel in het kader van de 'betekenis van de tekortkoming' van art. 6:265 BW. Wat betreft dit laatste, moet die 'redelijke termijn' als een minimumvereiste worden beschouwd: omstandigheden van het geval kunnen een grotere coulance met zich meebrengen.

Samenvattend kan worden vastgesteld dat problemen rond vertraging van prestaties op bevredigende wijze in het wettelijk stelsel van art. 6:265 BW en art. 6:81 BW een regeling vindt. De wettelijke kaders bieden voldoende ruimte om, ofwel bij de redelijkheid van de termijn ofwel bij de betekenis van de tekortkoming, met de omstandigheden van het voorliggende geval rekening te houden.

7.4.5 Ontbinding bij een tekortkoming in de nakoming van materieel deelbare prestaties

De vraag of in principe een bevoegdheid tot gedeeltelijke ontbinding bestaat, wordt aan de hand van het criterium van art. 6:265 BW – met name de aard en ernst van de tekortkoming – beantwoord. Doorgaans zal reeds terstond duidelijk zijn of een gedeeltelijke ontbinding in een voorliggend geval is aangewezen. Het is echter ook mogelijk dat het initiële oordeel op dit punt vervolgens correctie behoeft. Een gedeeltelijke ontbinding moet namelijk worden afgewezen indien blijkt dat de overeenkomst niet voor een reductie van de prestaties vatbaar is. Deze kwestie wordt aan de hand van een tweetal cumulatieve vragen aan de kaak gesteld.

In de eerste plaats doet zich de vraag voor of de prestatie op logische gronden deelbaar is: doorgaans hangt dit samen met de aard van de zaak.⁷² Een partij kolen laat zich gemakkelijk in deelpartijen splitsen, een machine valt in onderdelen uiteen: levering van dergelijke zaken kan in principe in gedeelten geschieden. In de tweede plaats rijst de vraag of de prestatie in gesplitste vorm bestaanbaar is. Een machine kan in onderdelen worden geleverd, doch kan in de vorm van onderdelen *als machine* niet bestaan. Voordat de gedeeltelijke ontbinding aan de orde is, moet dus aan twee vereisten zijn voldaan: (i) de prestatie moet *deelbaar* zijn en (ii) zij moet in gesplitste vorm *bestaanbaar* zijn. Dat laatste vereiste betekent dat de overeenkomst in gereduceerde vorm voor partijen een zinvolle regeling moet behelzen.

Hierbij dient in het oog te worden gehouden dat deze vragen zich niet in abstracto voordoen. Indien de verkoper een partij groenten levert van de inferieure kwaliteit *b* in plaats van de afgesproken kwaliteit *a*, kan de schuldeiser de overeenkomst ontbinden. Nu is de kwaliteit van een product niet op voorhand een splitsbaar gegeven. Anders dan bij het tekortschieten in de levering van een bepaalde kwantiteit, kan niet door een volgende leverantie

72 Ik beperk mij hier tot koopovereenkomsten; *mutatis mutandis* geldt hetzelfde voor andere soorten van contracten.

de tekortkoming worden opgeheven. Nakoming is slechts mogelijk door levering van een nieuwe partij van de overeengekomen kwaliteit. De schuldeiser kan echter met de inferieure kwaliteit genoegen nemen, onder evenredige vermindering van de koopprijs. De vraag of aan de zijde van de tekortkoming de prestatie splitsbaar en in gesplitste vorm bestaanbaar is, wordt dus met de keuze van de schuldeiser voor gedeeltelijke ontbinding reeds beantwoord. Dan resteert de vraag of de *tegenprestatie* voor splitsing vatbaar en in gesplitste vorm bestaanbaar is. In geval van koop levert dit geen problemen op. De vraag naar splitsbaarheid en bestaanbaarheid dient zich dus niet in een symmetrische vorm aan omdat aan de schuldeiser de bevoegdheid toekomt om een passende vorm van ontbinding te kiezen. Illustratief voor deze asymmetrie is de wijze waarop een reductie van de koopprijs moet worden behandeld. De betaling van een stereo-installatie laat zich in deeltermijnen splitsen, doch is naar haar aard – het betreft de verbintenis tot betaling van één koopprijs – in gesplitste vorm ondenkbaar. Indien de schuldenaar slechts acht van de tien termijnen voldoet, bestaat geen mogelijkheid tot gedeeltelijke ontbinding. Indien echter de stereo-installatie een klein gebrek vertoont, ligt een gedeeltelijke ontbinding wél in de rede omdat de koopprijs dan aan de *andere* zijde van het synallagmatisch verband ligt.⁷³

Bij andere overeenkomsten dan koop kunnen zich gemakkelijk obstakels voordoen. Bij ruil van twee fietsen tegen een stofzuiger is, indien slechts één fiets wordt geleverd, gedeeltelijke ontbinding niet mogelijk omdat de tegenprestatie niet splitsbaar is. Bestaat de tegenprestatie uit de levering van een bank en een stoel die samen een zithoek vormen, dan kunnen problemen ontstaan omdat die prestatie niet voor *evenredige* splitsing vatbaar is of, indien zulks wel mogelijk is, in gesplitste vorm geen bestaansrecht heeft. Dit laatste hangt nauw samen met het doel wat de tekortschietende partij met de door hem verkregen recht op prestatie voor ogen had. Indien de schuldenaar kan aantonen dat de prestatie voor hem in gereduceerde vorm geen zin heeft, is een algehele ontbinding aangewezen. Hier kan steun worden gevonden bij het vervallen art. 6.5.4.12: die regeling bevat een verbod van gedeeltelijke ontbinding indien het ontbonden deel, gezien aard en strekking van de overeenkomst, met het restant van de overeenkomst in onverbrekelijk verband staat. De strekking ziet op het doel wat de schuldenaar met zijn verkregen prestatie voor ogen had; dit criterium moet subjectief worden geïnterpreteerd, mits de schuldenaar dat (subjectieve) doel voldoende aannemelijk maakt. Het mag niet zo zijn dat hij door het opvoeren van een willekeurig subjectief doel de gedeeltelijke ontbinding kan frustreren. Helaas is deze bepaling van het onverbrekelijk verband door de jongere wetgever geschrapt en aan de slottournure van art. 6:265 overgelaten. Dat is betreurenswaardig omdat deze kwestie

73 Een uitzondering kan zijn dat de schuldeiser zijn prestatie kwantitatief kan verminderen naar evenredigheid van het betaalde bedrag doch dit ligt minder voor de hand, nu doorgaans eerst na levering betaald wordt.

niet speelt bij de principiële vraag of een bevoegdheid tot (gedeeltelijke) ontbinding bestaat, maar ziet op het effect van een initieel aangewezen gedeeltelijke ontbinding op het restant van de overeenkomst.⁷⁴ Zoals reeds eerder opgemerkt was het beter geweest indien de bepaling in een tweede lid aan art. 6:270 was toegevoegd.⁷⁵

Doorgaans wordt de vraag naar gedeeltelijke ontbinding eerst actueel als er een gedeeltelijke nakoming ter tafel ligt. Dit hoeft evenwel niet steeds het geval te zijn. Meijers wijst in zijn toelichting op het voorbeeld van de verhuurder die geen enkele huurtermijn ontvangt doch ten aanzien van de eerste termijnen lankmoedigheid betracht: met een gedeeltelijke ontbinding kan hij nakoming van die termijnen vorderen.⁷⁶ Voorts kan volgens de toelichting worden gedacht aan een leverantiecontract waarbij vertraging grond geeft voor gedeeltelijke ontbinding omdat de schuldeiser zijn belang bij een deel van leverantie niet door de vertraging verliest.

Samenvattend kan worden vastgesteld dat de aard en ernst van de tekortkoming tot een gedeeltelijke ontbinding aanleiding kunnen geven. Nu aan de schuldeiser de bevoegdheid tot gedeeltelijke ontbinding toekomt, moet vervolgens worden vastgesteld of *zijn* prestatieverplichting voor splitsing vatbaar is en in gesplitste vorm *voor de schuldenaar* bestaansrecht heeft. Een ontkennende beantwoording van een van deze vragen kan ertoe leiden dat een initieel aangewezen gedeeltelijke ontbinding zich niettemin over de gehele overeenkomst uitstrekt. Bij de vraag of de gereduceerde prestatie voor de schuldenaar zinvol is, moeten subjectieve elementen een rol kunnen spelen, maar dat moet wel door de schuldenaar aannemelijk worden gemaakt.

7.4.6 Ontbinding bij en tekortkoming in de nakoming van temporeel deelbare prestaties

De ontbinding van duurovereenkomst heeft een centrale rol gespeeld bij de totstandkoming van het wetsontwerp. Onder het oude BW concentreerden de problemen bij ontbinding zich met name rond huur- en leverantieovereenkomsten.⁷⁷ Het wekt dan ook geen verwondering dat het wetsontwerp met name met het oog op dit type contracten is ontworpen. Zo wordt het ontbreken van terugwerkende kracht (6:269 BW) onder meer met een verwijzing naar duurovereenkomsten gerechtvaardigd.⁷⁸ Bij het ontwerp van de gedeeltelijke ont-

74 Vergelijk par. 2.3 en 2.4.

75 Vergelijk par. 2.4.

76 Parlementaire Geschiedenis, Boek 6, p. 1019.

77 Zie HR 5 maart 1926, NJ 1927, 504, HR 11 maart 1926, NJ 1926, 508 m.nt. PS. De Hoge Raad werd overigens steeds inventiever om de praktische problemen van de ontbinding van duurovereenkomsten op te lossen, zie bijvoorbeeld HR 3 april 1930, NJ 1930, p. 1358, m.nt. EMM. Voor een overzicht zie Bakels (1993), p. 292-298.

78 Parlementaire Geschiedenis, Boek 6, p. 1002-1003.

binding wordt nadrukkelijk steun gezocht bij de problematiek van duurovereenkomsten: andere type overeenkomsten komen minder geprofileerd ter berde.⁷⁹ Voorts is er een afzonderlijke regeling ontworpen voor 'naar tijdsruimte' deelbare prestaties.⁸⁰ De duurovereenkomst leidt in het ontwerp dus bepaald geen recessief bestaan. In dat licht bezien wekt het enige verwondering dat het debat rond de beperkingen van de ontbindingsbevoegdheid, zoals dat sinds de dissertaties van Bakels en Hartlief wordt gevoerd, zich op de ontbinding van duurovereenkomsten concentreert. Een en ander doet de vraag rijzen of de uiteindelijke wettekst werkelijk zoveel afstand van het Ontwerp Meijers heeft genomen. En zo ja, van welke aard deze 'afstand' is: klinkt het oorspronkelijk ontwerp in de uiteindelijke wettekst door of is het met 'voorbijgaan' aan Meijers gewijzigd? Wat betreft de eerste vraag kan eenvoudig worden vastgesteld dat de uiteindelijke wettekst op tal van punten afwijkt van het ontwerp. Die wijzigingen zijn evenwel – het antwoord op de tweede vraag – zonder uitzondering redactioneel van aard. Het gaat vooral om het nader stroomlijnen van het ontwerp: het overbodige vervalt, het omslachtige wordt beknot. Het karakter van de wijzigingen heeft niet aan de slagvaardigheid van de jongere wetgever in de weg gestaan: de afzonderlijke regeling voor gedeeltelijke ontbinding is geïntegreerd in art. 6:265 BW, de afzonderlijke regeling van naar tijdsruimte deelbare prestaties is aan de slotzinssnede van art. 6:265 BW overgelaten en een beperking van de gedeeltelijke ontbinding moet wegens een onverbrekelijk verband eveneens in het kader van de slotzinssnede van art. 6:265 BW haar beslag krijgen. Een en ander dwingt ertoe, gelijk hierboven is betoogd, om de tenzij-clausule minder strikt te interpreteren dan in het oorspronkelijk ontwerp het geval was. Nu de wetgever de materie van de naar tijdsruimte deelbare prestaties aan de tenzij-clausule 'overlaat', staat bovendien niets eraan in de weg om bij de interpretatie van die clausule, uit de vervallen ontwerpen met bijbehorende toelichting inspiratie te putten.

Dit geldt vooreerst voor een categorie van gedeeltelijke ontbinding die als zodanig in de wettekst niet is terug te vinden: de naar tijdsruimte deelbare prestaties. Samen met de kwantitatieve en kwalitatieve gedeeltelijke ontbinding, uitdrukkelijk in art. 6:270 BW genoemd, vormen zij de drieslag aan de hand waarvan de gedeeltelijke ontbinding doorgaans behandeld wordt. Met het verval van deze wettelijke categorie zal deze materie derhalve elders moeten worden ondergebracht. Daartoe kan alleen maar de ontbinding naar kwantiteit in aanmerking komen (art. 6:270 BW). Als de schuldenaar na een jaar tekortschiet in de maandelijkse leverantie van grondstoffen, dan kan de overeenkomst voor de verstreken termijn in stand blijven en voor de toekomst worden ontbonden. Vanuit de optiek van de gehele looptijd is sprake van een kwantitatieve ontbinding. Belangrijker dan de kwalificatie van het type ontbinding is

79 Parlementaire Geschiedenis, Boek 6, p. 1001: "in het bijzonder bij duurovereenkomsten ... maar ook bij andere overeenkomsten".

80 Art. 6.5.4.11.

het spiegelbeeldige effect daarvan op de kwalificatie van de tekortkoming. Bij niet-nakoming van een termijn van een leverantieovereenkomst blijft een deel van de prestatie uit. Zij verschilt in zoverre van de 'normale' kwantitatieve tekortkoming dat de schuldenaar niet verplicht was de prestatie als eenheid aan te bieden (vgl. art. 6:29 BW): het oordeel dat de schuldenaar kwantitatief tekortschiet is dus slechts mogelijk vanuit de optiek van de (verstreken) looptijd van de overeenkomst. In de door Meijers gegeven voorbeelden wijst hij dan ook steeds op het verband tussen de tekortkoming en de looptijd van het contract.⁸¹ Vanuit de optiek van de (verstreken) looptijd verkrijgt ook het wettelijke criterium van de 'geringe betekenis' van de tekortkoming reliëf: de (termijn van de) tekortkoming wordt afgezet tegen de (termijn van) deugdelijke nakoming. Het oordeel dat het stelsel van art. 6:265 BW geen ruimte biedt voor duurovereenkomsten is een te hard oordeel. Zo meent Bakels dat indien "een huurder na enkele jaren van behoorlijke nakoming zonder opgaaf van redenen zijn huur niet meer betaalt of een leverancier van een bedrijf in gebreke blijft met de overeengekomen geregelde aanvoer van grondstoffen, is het niet de bijzondere aard of de geringe betekenis van de tekortkoming, die aan de algehele ontbinding in de weg staat. Dat is wél met de aard van de overeenkomst samenhangende feit, dat in het verleden over en weer behoorlijk is gepresteerd".⁸² Deze zienswijze van Bakels is niet onmogelijk – het vergt immers enige 'inpassing' om de naar tijdsruimte deelbare prestaties als een kwantitatief gegeven te beschouwen – doch zij ligt niet erg in de rede. Vanuit de optiek van de in het verleden behoorlijk verrichte prestaties, is het uitblijven van slechts enkele prestaties 'gering' te noemen. De aard van de leverantieovereenkomst werkt aldus door in de vraag of de tekortkoming van voldoende gewicht is. Voor deze benadering kan recentelijk ook steun worden gevonden in de rechtspraak van de Hoge Raad. Het gaat in dit geval niet om een leverantieovereenkomst, maar om een overeenkomst die strekt tot overdracht van een onderneming. De klacht dat in dit geval de aard van een overeenkomst aan ontbinding in de weg behoort te staan, wordt door de Hoge Raad verworpen. Vervolgens overweegt hij: "Wel kan de aard van een dergelijke overeenkomst van invloed zijn op de vraag of de tekortkoming voldoende ernstig is om de ontbinding te rechtvaardigen".

Samenvattend kan worden gesteld dat de wettelijke term de 'geringe betekenis' van de tekortkoming voor wat betreft duurovereenkomst aldus dient te worden ingekleurd, dat de tekortkoming tegen de achtergrond van de verstreken looptijd wordt afgezet.

81 Parlementaire Geschiedenis, Boek 6, p. 1021-1022.

82 Bakels 1993, p. 234.

7.4.7 Ontbinding bij een tekortkoming van nevenverbintenissen die samenhangen met (een tekortkoming in) de uitvoering van de overeenkomst

Bakels wijst erop dat onder de aard van de tekortkoming kan worden begrepen of de niet nagekomen verbintenis de kern van de prestatie betreft, dan wel van bijkomende aard is. Voor een dergelijk onderscheid is in buitenlandse literatuur maar ook in eigen land steun te vinden.⁸³ Reeds in zijn oratie pleitte Meijers ervoor om onderscheid te maken tussen bedingen zonder welke de overeenkomst niet tot stand zou zijn gekomen en bijkomende bedingen, de zogenoemde *pacta adjuncta*.⁸⁴ Het is in dit verband van belang acht te slaan op het kader waarin Meijers deze opmerking maakt. Hij gebruikt het onderscheid ter adstructie van zijn stelling dat een wettelijke regel, zoals die van de ontbinding – art. 1302 BW (oud) – geen gelding heeft indien hij niet in overeenstemming is met de belangenafweging die eraan ten grondslag ligt. Het is kenmerkend voor het wetsontwerp van Meijers dat hij een dergelijke rechterlijke belangenafweging in zijn ontwerp zoveel als mogelijk met een wettelijke *toestemming* heeft willen sanctioneren⁸⁵: die toestemming wordt in de tenzij-clausule van art. 6:265 BW aangetroffen.⁸⁶ Die achtergrond brengt mee dat het onderscheid tussen hoofd- en nevenverplichting alleen in dát kader kan meewegen. Ook voor dit standpunt kan steun worden gevonden in de rechtspraak van de Hoge Raad. Twickler verhuurt aan R. een deel van een marktplein voor de verkoop van snacks. De overeenkomst bevat het beding dat R. verplicht de relevante wettelijke regels in acht te nemen. Als R. twee maal wordt veroordeeld wegens overtreding van de Warenwet, ontbindt Twickler de overeenkomst. De rechtbank wijst in hoger beroep de ontbindingsvordering af door een onderscheid te maken tussen bedingen die de kern van de prestatie betreffen en bijkomstige bedingen. In feite keert hier het onderscheid dat Meijers in zijn oratie met de ontbinding in verband bracht, terug. Het maken van een dergelijk onderscheid vindt echter geen genade in de ogen van de Hoge Raad:

“Voor het op voorhand maken van een onderscheid (...) als door de rechtbank is aangenomen, biedt art. 6:265 lid 1 geen grond. Volgens deze bepaling geeft immers *iedere* tekortkoming van een partij in de nakoming van een van haar verbintenissen in beginsel aan de wederpartij de bevoegdheid om de overeenkomst geheel of gedeeltelijk te ontbinden.”⁸⁷

83 Met het onderscheid tussen *condition* and *warranty* is het Engelse recht het meest rigide; het Duitse onderscheid tussen *Hauptpflicht* en *Nebenpflicht* is minder zwaar aangezet.

84 E.M. Meijers 1910, p. 16; tevens behandelt hij het geval dat de tekortkoming van een hoofdverbintenis te gering is om de ontbinding te rechtvaardigen.

85 Lokin toont overtuigend aan dat hierin de reden ligt dat Meijers zo vaak zijn toevlucht zocht in vage normen. Vgl. de analyse in hoofdstuk 4.

86 Parlementaire Geschiedenis, Boek 6, p. 1005.

87 HR 22 oktober 1999, NJ 2000, 208 m.nt. JH (Twickler/R).

Cruciaal in deze overweging is de term ‘op voorhand’: dat maakt duidelijk dat er geen *regel* bestaat die de ontbinding van een overeenkomst wegens de schending van een nevenverplichting verbiedt.⁸⁸ Aan het onderscheid tussen hoofd- en nevenverbintenissen komt op voorhand dus geen betekenis toe. Dat oordeel laat onverlet dat zij in het wettelijke stelsel van art. 6:265 wel van gewicht kan zijn.

Het is niet ongebruikelijk om contractuele voorzieningen te treffen met het oog op mogelijke verstoringen in de uitvoering van de overeenkomst. Te denken valt aan exoneratieclausules, boetebedingen en arbitragebedingen. Omdat een dergelijke regeling vastlegt wat in een geval van een verstoring in de uitvoering van een overeenkomst tussen partijen geldt, zou het onwenselijk zijn als zij, vanwege diezelfde verstoring, door ontbinding wordt getroffen. Met het oog hierop was in het oorspronkelijke ontwerp aan de regel dat de ontbinding de partijen van de daardoor getroffen verbintenissen bevrijdt (6:271) een uitzondering toegevoegd: “tenzij de overeenkomst iets anders meebrengt”.⁸⁹ Die clause werd evenwel overbodig geacht omdat de hoofdregel spreekt van ‘daardoor getroffen verbintenissen’ wat kennelijk als eenzelfde, zij het meer impliciete beperking van de ontbinding werd opgevat. In de rechtspraak is een dergelijke beperking van de gevolgen van ontbinding eveneens aan de orde geweest. De Hoge Raad oordeelt “dat de ontbinding van de overeenkomst op grond van wanprestatie geenszins uitsluit de mogelijkheid dat zekere bepalingen van de overeenkomst, zoals met name bepalingen betreffende bestaan en omvang van aansprakelijkheid voor door wanprestatie van een der partijen veroorzaakte schade, tussen partijen blijven gelden”.⁹⁰

Wordt de vraag of een dergelijke ‘beperking’ van de ontbinding mogelijk is eenstemmig beantwoord, over de vraag hoe zij dogmatisch moet worden ingepast, lopen de meningen uiteen. De vraag in hoeverre aan een beding in geval van ontbinding werking toekomt is volgens de toelichting, daarin bijgevalen door Hartkamp, een kwestie van uitlegging van het beding.⁹¹ Bakels wijst dit van de hand en stelt dat deze gevallen als een vorm van gedeeltelijke ontbinding moeten worden gezien.⁹² De door Hartkamp verdedigde benadering heeft als bezwaar dat niet valt in te zien hoe uitlegging van het *contract* – in zijn opvatting van uitlegging⁹³ – zich zo ver uitstrekt dat het de rechtsgevolgen van de wettelijke ontbindingsbevoegdheid kan beheersen. Tegen de optiek van Bakels kan worden aangevoerd dat dergelijke bedingen in zekere

88 Vergelijk de annotatie van Hijma onder dit arrest.

89 Art. 6.5.4.14.

90 HR 16 juni 1978, *NJ* 1978, 625 m.nt. GJS. Dit standpunt werd herhaald in HR 13 maart 1981, *NJ* 1981, 635 m.nt. CJHB.

91 Parlementaire Geschiedenis, Boek 6, p. 1028; Asser/Hartkamp II 2005, p. 516.

92 Bakels 1993, p. 297.

93 Asser/Hartkamp II 2005, nr. 280.

zin buiten de 'wederkerige structuur' van de overeenkomst vallen: zij zijn niet 'causaal' voor enigerlei prestatie. Dat brengt mee dat de gedeeltelijke ontbinding – met haar eis van evenredigheid tussen niet-nakoming en ontbinding (art. 6:270) – op deze bedingen geen vat heeft.

Deze problematiek moet mijns inziens zo worden benaderd. Het gaat hier namelijk om bedingen van een andere, ik zou menen, 'tweede orde': de regels worden pas actueel als de contractuele verhouding van partijen wordt verstoord. Dat dergelijke bedingen niet door ontbinding (kunnen) worden getroffen heeft derhalve noch met uitlegging noch met de gedeeltelijke ontbinding van art. 6:265 jo. 6:270 van doen. Het is hun *logische structuur* die daaraan debet is: zonder verstoring zijn ze overbodig, in geval van een verstoring worden ze actueel en zijn daarmee voor ontbinding niet vatbaar.

Het betreft hier een tweede voorbeeld waarbij de logische structuur van een overeenkomst van invloed is op de mate waarin kan worden ontbonden. Eerder kwam reeds het geval ter sprake dat een initieel aangewezen gedeeltelijke ontbinding zich vanwege de hechte logische samenhang van de overeenkomst, over een groter deel uitstrekt⁹⁴, thans wordt het omgekeerde verschijnsel zichtbaar: bepaalde bedingen worden vanwege hun logische structuur niet door (algehele) ontbinding getroffen.

7.4.8 Resultaat

In het bovenstaande is een aantal vormen van niet-nakoming aan de orde gesteld. Een vertraging in de nakoming, het tekortschieten bij materieel en temporeel deelbare prestaties, het tekortschieten ten aanzien van nevenbedingen: binnen het stelsel van art. 6:265 kan voor deze verschillende vormen van niet-nakoming ruimte worden gevonden. Daartoe was wel noodzakelijk om de tenzij-clausule van art. 6:265 als een 'zwakke' uitzondering te interpreteren. De wijziging van overeenkomsten die art. 6:265 mogelijk maakt, kan aldus binnen dat stelsel gestalte krijgen.

Nu een wijzigingsvoorstel door de wederpartij van de ontbindingsbevoegde met de ratio van ontbinding niet verenigbaar is, speelt de redelijkheid en billijkheid ook op dit punt geen specifieke rol. Daarbij moet worden opgemerkt dat een aanbod tot betaling na het uitbrengen van dagvaarding, een factor is waarmee binnen het ontbindingskader rekening kan worden gehouden.⁹⁵

De vraag of de redelijkheid en billijkheid bij de *vaststelling* van het recht op ontbinding een rol speelt moet eveneens ontkennend worden beantwoord omdat het stelsel van art. 6:265 voldoende ruimte biedt om met diverse vormen

⁹⁴ Vergelijk par. 6.5.3.

⁹⁵ HR 11 juni 1982, NJ 1983, 695 m.nt. CJHB. Vergelijk uit de lagere rechtspraak Rb. Middelburg 21 januari 1994, KG 1994, 74 waarin een gehele ontbinding niet gerechtvaardigd werd geacht tegen de achtergrond van een aanbod tot financiële compensatie.

van niet-nakoming rekening te houden. In bovenstaande zijn enkele van deze vormen nader verkend. In deze zin besliste eveneens de Hoge Raad ten aanzien van een ontbinding van een overeenkomst tot overdracht van een onderneming. De bewuste cassatieklacht richtte zich op de overweging van het hof dat een beroep op de redelijkheid en billijkheid ter afwering van de ontbinding slechts “in beperkte mate” mogelijk is. De Hoge Raad oordeelt aldus:

“Het bestreden oordeel van het Hof moet aldus worden begrepen dat uit de bewoordingen en de ontstaansgeschiedenis van artikel 6:265 BW blijkt dat in geval van tekortkoming een vordering tot ontbinding van de overeenkomst toewijsbaar is, tenzij de bijzondere aard of geringe betekenis van de tekortkoming daaraan in de weg staat, zodat voor de werking van de redelijkheid en billijkheid te dezer zake slechts een beperkte ruimte is opengelaten. Dit oordeel is juist”.⁹⁶

Zowel bij de vaststelling van de bevoegdheid als bij de vaststelling van rechtsgevolgen speelt de redelijkheid en billijkheid geen zelfstandige rol. Het wijzigen van overeenkomsten dient binnen het leerstuk zelf gestalte te krijgen.

Dat een beroep op de ontbindingsbevoegdheid niet licht op de redelijkheid en billijkheid afketst en het equivalent van een wijzigingsbevoegdheid van art. 6:230 ontbreekt, laat onverlet dat de eisen van redelijkheid en billijkheid bij de uitoefening van de in principe toegekende bevoegdheid van belang zijn. In de eerste plaats spelen zij een rol bij een wijziging indien de schuldenaar met een gedeeltelijke tekortkoming wordt geconfronteerd. In de tweede plaats indien de schuldeiser zijn in principe toegekende bevoegdheid selectief wil uitoefenen. Het antwoord op deze laatste vraag is ook voor de selectieve uitoefening van de vernietigingsbevoegdheid van belang; die kwestie werd in de vorige paragraaf opengelaten.⁹⁷

Art. 6:265 BW bepaalt wanneer in principe een bevoegdheid tot ontbinding bestaat. Bij die vraag wordt de aard en ernst van de tekortkoming afgewogen tegen deze ontbinding met haar gevolgen. Dat principiële oordeel kan op twee manieren worden gecorrigeerd. In de eerste plaats kan het onverbrekelijk verband tussen het ontbonden deel en het restant van de overeenkomst aan een gedeeltelijke ontbinding in de weg staan. De ontbinding strekt zich dan over een groter deel van de overeenkomst uit dan het initiële oordeel op grond van art. 6:265 BW met zich meebracht. In de tweede plaats kan de schuldeiser ervoor kiezen om zijn in principe toegekende ontbindingsbevoegdheid selectief uit te oefenen. De ontbinding ziet dan op een kleiner deel van de overeenkomst dan in principe aangewezen is. In beide gevallen gaat het om de vraag of de *wederprestatie* naar evenredigheid kan worden gereduceerd. Omdat aan de schuldeiser de bevoegdheid tot ontbinding toekomt, doet de vraag naar een reductie van de prestaties zich niet in een symmetrische situatie voor: De

⁹⁶ HR 4 februari 2000, NJ 2000, 652.

⁹⁷ zie par. 3.1.

redelijkheid en billijkheid brengt nu mee dat de (weder)prestaties voor splitsing vatbaar en in gesplitste vorm bestaanbaar moet zijn. Tussen beide correcties bestaat in zoverre een verschil dat in het eerste geval de ontbinding zich *verder* uitstrekt dan door de ontbindingsbevoegdheid wordt gedekt. Dat brengt mee dat er strenge eisen moeten worden gesteld aan de 'hechtheid' van de samenhang binnen de overeenkomst: er moet volgens het vervallen criterium sprake zijn van een 'onverbrekelijk verband' tussen het ontbonden deel en het restant. In dit geval vormt de inhoud en strekking van de overeenkomst het voorwerp van onderzoek. In het tweede geval wordt elke vorm van ontbinding door de ontbindingsbevoegdheid gedekt. In dat geval ligt het in de rede om minder zware eisen te stellen. De redelijkheid en billijkheid brengt dan mee om de relatie van partijen in brede zin mee te wegen.

7.5 FUNCTIES VAN REDELIJKHEID EN BILLIJKHEID

7.5.1 Inleiding

In de voorgaande paragraaf is de werking van redelijkheid en billijkheid telkens in verband met een stelsel van wettelijke regels onderzocht. Voordat de bevindingen worden geëvalueerd en wordt vastgesteld welke 'vrije' ruimte aan partijen wordt gelaten, volgt eerst een meer overkoepelende beschouwing over de functie(s) van de redelijkheid en billijkheid. Voor onderhavig onderzoek gaat het met name om de zogenaamde aanvullende en beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid. Niettemin zal ook een korte beschouwing worden gewijd aan haar methodische functie.

Op voorhand lijkt een functieonderzoek naar de redelijkheid en billijkheid zowel verhelderend als versluisend. Eerst de verheldering. Waar de gangbare omschrijving van de redelijkheid en billijkheid als een rechtsgedachte die concretisering behoeft in abstractie lijkt te verdampen, beweegt de functionele aanpak zich op een tastbaar en concreet niveau waarop ook deze studie zich tracht te bewegen. Het gaat er niet om wat de redelijkheid en billijkheid *is* – zij *is* namelijk niets – maar wat zij *doet*. Het gaat dus om wat in gangbare termen de *werking* van redelijkheid en billijkheid heet. Niet dat het uitsluitend concreet is wat de klok slaat. Ook de functionele aanpak kent haar abstracte momenten. Een functie veronderstelt immers een opzet, een doel, wellicht zelfs en voorzichtiger, een 'bedoeling'. Het ene is er *in verband met* het andere. Het planmatige onderscheidt het functionele van het feitelijke. En dat brengt mij bij de versluisende zijde van de vraagstelling. Is het in verband met de redelijkheid en billijkheid wel *mogelijk* om van functies te spreken? Is de redelijkheid en billijkheid er *in verband met* iets anders? Dringt zich niet juist een spiegelbeeldig verband op: dat het vermogensrecht er is in verband met de redelijkheid en billijkheid? En maakt dit het zoeken naar functies niet bij

voorbaat vergeefs? Het antwoord luidt zoals het hoort: het hangt er vanaf. *Waar* het vanaf hangt, is voorwerp van onderhavig onderzoek.

Na een onderscheiding tussen twee typen van functies, passeert een overzicht van functies zoals zij in de literatuur wordt aangetroffen de revue (7.5.2). De evaluatie hiervan maakt een lacune in de functieomschrijving zichtbaar (7.5.3). Een alternatieve benaderingswijze zal vervolgens een subtiel ander licht werpen op de verhouding tussen de aanvullende en beperkende werking van redelijkheid en billijkheid (7.5.4). Het betoog sluit met een conclusie af (7.5.5).

7.5.2 Twee typen van functies

Dat het voorwerp van studie de redelijkheid en billijkheid betreft, geeft aan het functieonderzoek een ander karakter dan wanneer een bondiger rechtsfiguur was gekozen. Het is in het voorgaande met zoveel woorden aan de orde gekomen: of de functie van bijvoorbeeld de dwalingsregeling (art. 6:228 BW) nu wordt gezocht in het beschermen van de zwakkere, het wegnemen van nadeel voor de dwalende, een prikkel tot het doen van onderzoek of juist tot het geven van relevante informatie of een combinatie hiervan: steeds ligt de vraag voor welke rol de regeling *op zichzelf* genomen speelt. Een dergelijk toegesneden werkwijze is bij de redelijkheid en billijkheid niet mogelijk. Deze vage norm komt immers in tal van bepalingen tot uitdrukking en wijst daar, als algemene notie van rechtvaardigheid, tegelijk bovenuit. De redelijkheid en billijkheid doorschrijdt en overschrijdt het gehele vermogensrecht. Dit brengt mee dat een onderzoek naar haar functie alleen vanuit een systematische inbedding kan worden aangevat. Hier ligt de reden dat de redelijkheid en billijkheid moet worden beschouwd vanuit een verstrengeling van systematische overwegingen en 'gedragsoverwegingen'.

In de literatuur worden verschillende functies van redelijkheid en billijkheid onderscheiden. Bij een inventarisatie daarvan tekent zich een onderscheid af tussen wat de methodische en materiële functie van redelijkheid en billijkheid genoemd kan worden. Met de term 'methodische functie' doel ik op het methodisch belang van de redelijkheid en billijkheid voor het systeem van het vermogensrecht als zodanig. De term 'materiële functie' ziet op de rol die de redelijkheid en billijkheid voor concrete vermogensrechtelijke verhoudingen speelt: haar betekenis bij de vaststelling van vermogensrechtelijke rechten en plichten. Beide typen vallen in drieën uiteen. Wat betreft de methodische functie gaat het mij om een onderscheiding die wortelt in de Duitse doctrine en aldaar inmiddels als heersend kan worden aangemerkt. Wat betreft de materiële functie doel ik op een driedeling die eveneens wortelt in de Duitse doctrine en, met inachtneming van enige aanpassing, ook naar het Nederlandse recht vertaalbaar is.

Bij de vraag naar de methodische functie van redelijkheid en billijkheid treedt de hiervoor gesignaleerde systematische inbedding scherp aan het licht.

De vraag is immers welke rol de redelijkheid en billijkheid in het systeem van het vermogensrecht speelt. Deze kwestie heeft voor het eerst op Duitse bodem aandacht getrokken. In beeldende bewoordingen kenschetst Hedemann de levensvatbaarheid van het Duitse burgerlijk wetboek.⁹⁸

“Wenn man ein Gesetzbuch für *lebendig* ansieht, so kriest eben doch unter dem Druck der neuen geistigen Vorstellungen das Blut ganz anders in seinem Gliedern als vor fünfundzwanzig Jahren”.

Deze levensvatbaarheid – elders spreekt Hedemann van ‘Anpassungsfähigkeit’⁹⁹ – vloeit voort uit het gebruik van vage normen, waaronder *Treu und Glauben* (§ 242 BGB) – het equivalent van de Nederlandse redelijkheid en billijkheid. ‘Die Generalklauseln gewären Beweglichkeit, Freiheit, Lockerung’.¹⁰⁰ Met zijn centrale vraag: ‘Lockerung wozu?’¹⁰¹ betreedt hij een gebied dat achteraf gezien als functieonderzoek kan worden bestempeld. Het zou echter tot de jaren zeventig van de vorige eeuw duren voordat de methodische functies van onder meer de *Treu und Glauben* op systematische wijze in kaart worden gebracht. Ik doel dan op de indeling van Teubner¹⁰² die thans als heersend kan worden aangemerkt.¹⁰³

In de eerste plaats is er de receptiefunctie: de redelijkheid en billijkheid maakt het mogelijk om buiten-juridische waarden en normen in het vermogensrecht op te nemen. Deze norm is in deze visie als het ware een ‘doorgeefluik’ van maatschappelijke normen.¹⁰⁴ In een recente karakteristiek van Ohly heet het aldus:¹⁰⁵

“Die klassischen Zentralbegriffe ‘Treu und Glauben’ und ‘gute Sitten’ haben die Struktur von Verweisungsbegriffen. Sie tragen ihren materiellen Inhalt nicht in

98 DJZ. 1925, p. 6, geciteerd uit Hedemann 1933, p. 62, cursivering in origineel, LR.

99 Hedemann 1933, p. 61.

100 Hedemann 1933, p. 60, cursivering in origineel, LR.

101 Hedemann 1933, p. 60, cursivering in origineel, LR.

102 G. Teubner, *Standards und Direktiven in Generalklauseln, Möglichkeiten und Grenzen der empirische Sozialforschung bei der Präzisierung der Gute-Sitten-Klauseln im Privatrecht*, Frankfurt am Main: Athenäum Verlag GmbH, 1971, p. 60-61. De norm van de *Treu und Glauben* (§ 242 BGB) en de *Gute Sitten* (§ 138 BGB) worden door Teubner op één lijn geplaatst, vgl. Teubner 1971, p. 60. Zijn poging om met behulp van empirisch onderzoek deze normen te concretiseren wordt enkele jaren later nader uitgewerkt, G. Teubner, ‘Generalklauseln als sozionormative Modelle’ in: *Generalklauseln als Gegenstand der Sozialwissenschaften*, Baden-Baden, 1978, p. 13-35.

103 A. Ohly, ‘Generalklauseln und Richterrecht’ in: *Archiv für die civilistische Praxis*, Tübingen: J.C.B. Mohr, 2001, p. 6-7.

104 Vgl. J.M. Barendrecht 1992, p. 8; M.W. Hesselink 1999, p. 43; C.E. Smith, *Feit en rechtsnorm, een methodologisch onderzoek naar de betekenis van feiten voor de rechtsvinding en legitimatie van het rechtsoordeel* (diss. Leiden), Maastricht: Shaker Publishing BV 1998, p. 4-5.

105 A. Ohly, *AcP Bd.* 201, 2001, p. 11.

sich selbst, sondern verweisen, jedenfalls nach ihrem eigentlichen Sinngehalt, auf außerrechtliche Normgefüge und Wertvorstellungen.”

Het Duitse wetboek bepaalt dat de vaststelling van *Treu und Glauben* geschiedt ‘mit Rücksicht auf die Verkehrssitte’.

De receptie functie is hiervoor met kracht benadrukt.¹⁰⁶ Art. 3:12 BW biedt aan de rechtsovertuigingen, als een ‘belangrijk gezichtspunt’¹⁰⁷ voor het onderzoek naar de eisen van redelijkheid en billijkheid, een wettelijke basis. Bovendien spreekt art. 3:12 BW van rechtsbeginselen die ‘algemeen erkend’ zijn en verwijst aldus naar in de maatschappij levende opvattingen omtrent die beginselen. Ten slotte moet er op worden gewezen dat, blijkens de toelichtende stukken, de opsomming in art. 3:12 BW niet limitatief is en begrippen als goede zeden, openbare orde, moraal en fatsoen eveneens de inhoud van de redelijkheid en billijkheid kunnen bepalen.¹⁰⁸ De conclusie is derhalve dat de wat Teubner de receptiefunctie heeft genoemd ook aan de redelijkheid en billijkheid kan worden toebedacht.

In de tweede plaats is er ‘transformatiefunctie’. Indien geen sociale normen worden gevonden die opgenomen kunnen worden, moet de rechter zelf de toepasselijke regel formuleren. Hij moet, in de woorden van Teubner, de ‘Verkehrs- und Geschäftsmoral programmieren’.¹⁰⁹ Bij deze functie past een grotere terughoudendheid, die niet zozeer materieel maar stylistisch van aard is. Het gaat hier om de bekende discussie of een rechter het recht vormt of vindt. De in de jurisprudentie gangbare objectiverende tournure ‘er bestaat een regel van geldend recht die meebrengt dat...’ is niet verenigbaar met de gedachte dat de rechter de justitiabelen zou ‘programmeren’.

De derde functie die Teubner onderscheidt is de delegatiefunctie. De norm is door de wetgever bewust vaag gehouden omdat de rechtsmaterie te divers is om op voorhand te kunnen regelen of om ruimte te bieden aan nieuwe ontwikkelingen. In dit verband past de bekende opmerking van Hedemann over de redelijkheid en billijkheid als een ‘een stuk opengelaten wetgeving’.¹¹⁰

Deze derde door Teubner onderscheiden functie heeft in het Nederlandse debat de meeste aandacht gekregen. Ik denk dat dit samenhangt met de vorming van het huidig Burgerlijk Wetboek. Hierdoor zijn vage normen vooral vanuit het perspectief van de wetgever aan de orde geweest. De wetgever heeft immers uitdrukkelijk van deze normen gebruik gemaakt waar hij meende dat een bepaalde rechtsmaterie nog in ontwikkeling of te weerbarstig was om op voorhand op gedetailleerde wijze te regelen.

106 Par. 5.4.

107 Parlementaire Geschiedenis, Boek 3, 5 en 6 Inv., MvT Inv., p. 1036.

108 Parlementaire Geschiedenis, Boek 3, 5 en 6 Inv., V.V. II, p. 1035.

109 Teubner 1971, p. 99, cursivering van mij, LR; de term ‘programmeren’ in dit verband is afkomstig van Esser.

110 J.W. Hedemann, *Die Flucht in die Generalklauseln, Eine Gefahr für Recht und Staat*, Tübingen: Verlag von J.C.B. Mohr 1933, p. 58.

Naast genoemde onderscheidingen bestaat nog een andere drieslag van functies die eveneens op Duitse bodem haar oorsprong vindt. In de tweede helft van de vorige eeuw is het gemeengoed geworden om de norm van *Treu und Glauben* (§ 242 BGB) in drie functies te verdelen: het aanvullen van plichten, het beperken van rechten en aanpassing aan veranderde omstandigheden.¹¹¹ In Nederland wordt de laatste functie bij de tweede geplaatst en wordt de derde gereserveerd voor de uitlegging.¹¹² De Duitse drieslag laat zich dus in het Nederlandse model vertalen als het onderscheid tussen de aanvullende en beperkende werking van redelijkheid en billijkheid. Het onderscheid tussen deze 'functies' komt tot uitdrukking in de wettelijke bifurcatie tussen art. 6:248 lid 1 (aanvulling) en art. 6:248 lid 2 (beperking). Het verschil schuilt in de toetsing: bij de aanvullende werking toetst de rechter 'volledig' waar bij de beperkende werking een 'terughoudende' toetsing aangewezen is.¹¹³ Het beeld dat uit de uitvoerige literatuur oprijst is dat de redelijkheid en billijkheid in 'lijn' met het contract kan liggen – zij vult het aan maar spreekt het niet tegen – of 'haaks' op het contract kan staan, in welk geval terughoudendheid geboden is. Smits zet het verschil tussen beide functies nog sterker aan door, als twee hoofden onder één pet, van *twee soorten* van redelijkheid en billijkheid te spreken.¹¹⁴ Er is een intern werkende redelijkheid en billijkheid die vorm geeft aan de horizontale verhouding tussen contractpartijen (art. 6:248 lid 1 BW) en er is een externe redelijkheid en billijkheid die ziet op de 'algemeen werkende rechtvaardigheid' die kennelijk op een hoger plan staat en in laatste instantie nog corrigerend kan optreden (6:248 lid 2 BW).¹¹⁵

7.5.3 Een lacune in de functieomschrijving

Hoe moeten genoemde functies worden gewaardeerd? Wat opvalt aan de methodische functies is de centrale plaats die de rechter inneemt. Teubner schetst de rechter in een positie tussen de justitiabele en de wetgever in. Dat resulteert in een drietal rollen: de rechter zoekt ofwel aansluiting bij de sociale normen die onder justitiabelen leven ('receptie'), of hij programmeert op eigen gezag sociale normen ('transformatie'), of hij treedt op als wetgever-plaatsvervanger ('delegatie'). Zoals veel theorieën over de redelijkheid en billijkheid

111 De indeling is afkomstig van Siebert in: Soergel/Siebert/Knopp (1967), nr. 34 e.v. Zie voorts de beschouwingen van Hesselink, M.W. Hesselink, *De redelijkheid en billijkheid in het Europese privaatrecht* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 1999, p. 48-54.

112 Asser/Hartkamp II 2005, nr. 305 en 306.

113 Asser/Hartkamp II 2005, nr. 306. Tevens wijst Hartkamp op een cassatietechnisch verschil; dit procesrechtelijke element laat ik in onderhavig betoog buiten beschouwing.

114 J.M. Smits, *Het vertrouwensbeginsel en de contractuele gebondenheid* (diss. Leiden), Arnhem: Gouda Quint 1995, p.95.

115 Smits 1995, p. 96.

komt dit per saldo neer op een theorie over de staatsrechtelijke positie van de rechter. De vraag hoe de redelijkheid en billijkheid werkt lost zich op in de vraag hoe de *rechter* werkt. Voor wie aan het *gedragsnormerende* vermogen van de redelijkheid en billijkheid vasthoudt – althans voor contractuele verhoudingen – is deze functieomschrijving ontoereikend.

Ook het geheel aan materiële functies stelt de positie van de rechter centraal, zij het dan met ‘gepaste terughoudendheid’. Het neemt immers tot uitgangspunt dat een door partijen gekozen regeling voorligt die vervolgens op grond van de redelijkheid en billijkheid kan worden aangevuld of beperkt. Het zijn ijle beelden die het debat beheersen: ‘hoger’ (dan de partijverhouding), ‘van buiten’ (het contract), ‘terughoudendheid’ (van de rechter). Een en ander brengt mij tot de volgende positie.

In de weergave van de materiële functies van redelijkheid en billijkheid zijn twee zaken voor bestrijding vatbaar. In de eerste plaats is er de terughoudende opstelling van de rechter, het verschil dus in toetsing tussen art. 6:248 lid 1 en lid 2. De gedachte van een ‘terughoudende toetsing’ berust mijns inziens op een onjuist beeld van de beperkende werking van redelijkheid en billijkheid in het contractenrecht. In de tweede plaats richt mijn kritiek zich op een aanmerkelijk schimmiger gegeven: de ‘beeldvorming’ van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid. Laat ik een en ander vormgeven in een drievoudige stelling. Ik verwerp de gedachte dat (i) de beperkende werking van redelijkheid en billijkheid op een ‘hoger’ niveau staat dan de aanvullende werking, (ii) dat zij ‘van buiten’ op overeenkomsten ingrijpt en (iii) dat zij een ‘terughoudende opstelling’ van de rechter eist. De kwalificaties ‘hoger’, ‘van buiten’ en ‘terughoudend’ wijzen naar mijn idee op een mystificerende denkwijze – een raar ding waarvan men zich eenvoudig moet ontdoen. Mijn alternatief luidt spiegelbeeldig dat (i) de beperkende werking zich op hetzelfde concrete niveau beweegt als de aanvullende werking, (ii) dat zij van meet af aan – slordiger: van binnenuit – de partijverhouding beheerst en (iii) dat er niet zoiets bestaat als een terughoudende toetsing; de toetsing is altijd volledig, al zal het feit dat reeds een contractuele regel voorligt van zodanig gewicht zijn dat de toetsing doorgaans niet in een beperking *resulteert*.

7.5.4 De verhouding tussen de aanvullende en beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid

Het gangbare beeld van de beperkende werking van redelijkheid en billijkheid is dat van een uitgangspunt en een correctie. Het uitgangspunt is dat overeenkomsten moeten worden nagekomen, het dragende beginsel dat aan het contractenrecht ten grondslag ligt. De correctie bestaat hierin dat een contractuele afspraak zich niet zal kunnen doorzetten indien dit, naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid, onaanvaardbaar is. Deze laatste wetterm zou de

rechter, in vergelijking met de aanvullende werking van art. 6:248 lid 1, tot een terughoudende toetsing dringen.

Wat in deze voorstelling van zaken naar mijn idee onjuist is, is dat het gegeven dat een overeenkomst voorligt van meet af aan in de toetsing meeweegt. Het staat met zoveel woorden in de parlementaire toelichting: redelijkheid en billijkheid eisen primair trouw aan het gegeven woord.¹¹⁶ De voorstelling van zaken dat de redelijkheid en billijkheid op een gegeven moment 'van buitenaf' op een door partijen vormgegeven contractuele verhouding inwerkt is onjuist. Er bestaat geen 'later' moment waarop deze eisen actueel worden omdat de partijverhouding van meet af aan – ook precontractueel – door de eisen van redelijkheid en billijkheid worden geregardeerd. Met andere woorden: er bestaat niet een 'andere' of 'hogere' redelijkheid en billijkheid noch een meer of minder terughoudende toetsing. Er bestaan slechts belangen; en sommige belangen wegen zwaarder dan andere.

Laat ik mijn punt helder maken door vaag te zijn. De contractuele verhouding wordt beheerst door de eisen van redelijkheid en billijkheid maar omgekeerd worden de eisen van redelijkheid en billijkheid beheerst door de contractuele verhouding. De laatste cryptische toevoeging beoogt duidelijk te maken dat het gegeven dat een contractuele verhouding voorligt *meeweegt* bij een toetsing aan de redelijkheid en billijkheid. In die zin staat de (beperkende werking van) redelijkheid en billijkheid, althans op het punt van toetsing, niet 'haaks' op het contract. En niet alleen dát een afspraak voorligt – de verbindende kracht van overeenkomsten wordt ten onrechte vaak als een louter *formeel* beginsel ten tonele gevoerd¹¹⁷ – maar ook wát de afspraak inhoudt. Natuurlijk kan het *resultaat* van de toetsing tegen het contract indruisen maar het is onjuist om de functie van de redelijkheid en billijkheid uitsluitend vanuit het resultaat te begrijpen. Dan zou men zich immers beperken tot het *effect* van de redelijkheid en billijkheid terwijl haar functie het voorwerp van onderzoek is.

In zekere zin is dit alles een kwestie van woorden. Maar, zoals ik hiervoor ten aanzien van de termen 'hogere', 'van buiten' en 'terughoudend' heb opgemerkt: achter de woorden gaan hardnekkige beelden schuil. En de beelden zijn, met een Duitse term, *irreführend*. Voor het moderne contractenrecht, waarin de redelijkheid en billijkheid een levendige rol speelt, met mogelijkheden tot selectieve uitoefening van aan partijen toegekende bevoegdheden en met nieuwe instrumenten om nog tijdens de uitvoering van het contract de contractuele verhouding te wijzigen, is dit beeld stellig te verticaal. Het heeft onvoldoende oog voor het partij-initiatief dat niet alleen bij de totstand-

116 Parlementaire Geschiedenis Boek 6, p. 969; Deze benadering wordt ook in de jurisprudentie aangetroffen in HR 20 februari 1998, NJ 1998, 493 (Briljant Schreuders) en HR 25 februari 2000, NJ 2000, 471 (Frans Maas).

117 Wie stelt dat de redelijkheid en billijkheid trouw aan het gegeven woord meebrengt, kan de verbindende kracht niet meer louter als een formeel beginsel zien omdat art. 6:248 een inhoudstoetsing betreft.

koming maar ook bij de uitvoering van overeenkomsten een significante rol vervult.

Terug naar de verhouding tussen art. 6:248 lid 1 en 6:248 lid 2. De redelijkheid en billijkheid eisen trouw aan het gegeven woord. Alleen bij aanwezigheid van een *groter belang* zal een contractueel beding zich niet kunnen doorzetten. De eisen van redelijkheid en billijkheid zijn dezelfde, de toetsing is dezelfde: de uitkomst is slechts anders door het gewicht van de bij het gegeven geval betrokken belangen. Op het punt van de eisen van redelijkheid en billijkheid en de rechterlijke toetsing bestaat derhalve geen onderscheid tussen art. 6:248 lid 1 en 6:248 lid 2.

7.5.5 Resultaat

Twee typen functies van de redelijkheid en billijkheid werden onderscheiden. Haar functie voor het vermogensrecht als zodanig, (haar methodische functie) en haar functie in verband met de vaststelling van rechten en plichten in concrete civielrechtelijke rechtsverhoudingen (haar materiële functie). Deze functies bevinden zich elk op een ander niveau. Op macroniveau speelt de vraag wat de redelijkheid en billijkheid in het systeem van het vermogensrecht doet (receptie, transformatie, delegatie). Op microniveau speelt de vraag wat de redelijkheid en billijkheid in een concrete contractuele verhouding doet (aanvullen en beperken). Beide functies bleken vatbaar voor kritiek. De methodische functie verliest met haar focus op de rechterlijke werkzaamheid het gedragsnormerende vermogen van de redelijkheid en billijkheid uit het oog.

De kritiek op de materiële functies voerde tot een subtiel andere zienswijze op de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid. Het standaardbeeld is dat van een uitgangspunt en een correctie. Overeenkomsten moeten worden nagekomen, tenzij de redelijkheid en billijkheid hieraan in de weg staat. Aldus staat de (beperkende) redelijkheid en billijkheid 'haaks' op het contract. Dit beeld behoeft subtiel bijstelling. De nuance zit hierin dat de eisen van redelijkheid en billijkheid van meet af aan trouw aan het gegeven woord meebrengen en alleen bij aanwezigheid van een *groter belang* een contractueel beding zich niet zal kunnen doorzetten. De eisen van redelijkheid en billijkheid zijn dezelfde, de toetsing is dezelfde: de uitkomst is slechts anders door het gewicht van de bij het gegeven geval betrokken belangen. En dat voert tot de conclusie dat op het punt van de eisen van redelijkheid en billijkheid in de rechterlijke toetsing geen onderscheid bestaat tussen art. 6:248 lid 1 en 6:248 lid 2.

7.6 EVALUATIE

In dit hoofdstuk heeft de tweede fase van de toetsing van de hiervoor ontworpen rechtstheorie haar beslag gekregen. Coherentie-onderzoek naar de betrokken regelingen voerde tot een vergelijkbaar resultaat. In de doctrine is het gangbaar om art. 6:230 BW op het onderliggende dwalingsleerstuk terug te voeren. Het artikel zou volgens deze interpretatie niet meer behelzen dan een uitwerking van de ‘misbruik van recht’-gedachte. Art. 6:258 BW treft eenzelfde lot nu ook dit artikel, volgens de gangbare interpretatie die steun vindt in de parlementaire toelichtende stukken, voor exceptionele gevallen zou zijn geschreven. Ook hier is de gedachte dat deze vorm van de beperkende werking van redelijkheid en billijkheid verwantschap vertoont met de ‘misbruik van recht’-gedachte. Ten slotte bleek dat de ‘tenzij’-clausule van art. 6:265 BW eveneens voor exceptionele gevallen is geschreven.

Tegen deze ‘kuise’ interpretatie van deze regelingen kon op systematische gronden bezwaren worden aangevoerd. Nu de dwalingsregeling niet het vereisen van ‘nadeel’ kent, ligt het niet in de rede om het nadeel van art. 6:230 BW uitsluitend op deze regeling terug te voeren. Nu de problematiek van de *imprévision*, wat betreft complexiteit en ingrijpendheid, vergelijkbaar is met die van de vernietigbaarheid en ontbindbaarheid van overeenkomsten is er geen grond voor het afzonderlijk stellen van het vereiste van rechterlijke betrokkenheid – nog daargelaten dat de figuur van de rechterlijke terughoudendheid op zichzelf reeds bezwaren oproept. Nu de ontbindingsregeling op een omvangrijke problematiek ziet, waaronder die van de duurovereenkomsten die aan de slottournure van art. 6:265 BW is overgelaten, moet een te strikte interpretatie van deze clausule op systematische gronden worden afgewezen.

Een en ander voerde tot het resultaat dat (i) de wijzigingsbevoegdheid van art. 6:230 BW niet moet worden beschouwd als een ‘gecorrigeerde totstandkoming’ maar als een gewijzigde uitvoering van overeenkomsten die wordt beheerst door de eisen van redelijkheid en billijkheid; (ii) het loslaten van de rechterlijke tussenkomst bij de *imprévision*-problematiek een samenspel van de normen van de redelijkheid en billijkheid van art. 6:248 en 6:258 BW mogelijk maakt zodat bij deze vorm van gewijzigde uitvoering van overeenkomsten ook aan partijen initiatief toekomt; (iii) een minder kuise interpretatie van de ‘tenzij’-clausule van art. 6:265 BW zoveel ruimte biedt voor de omvangrijke problematiek van de ontbinding zodat op die grond hier minder ruimte is gelaten voor de redelijkheid en billijkheid. Wat betreft dit laatste moet worden aangetekend dat een tekortkoming binnen het contractuele kader kan worden gesitueerd – in tegenstelling tot de dwaling die aan de totstandkoming *voorafgaat* en de onvoorziene omstandigheden die van *buiten* het contract komen – zodat die problematiek zich doorgaans binnen de wederkerige verbanden van de overeenkomst laat oplossen.

Naast deze systematische overweging kwam aan het licht dat bij de uitoefening van de bewuste bevoegdheden aan partijen initiatief toekomt terwijl bij

de eerste twee genoemde regelingen zelfs van een samenspel tussen partijen kan worden gesproken. De 'over-en-weer'-formule van het Haviltex-arrest die bij de totstandkoming van overeenkomsten van toepassing is, blijkt ook bij de uitvoering van overeenkomsten, als zich een door het recht erkende verstoring van de contractuele relatie voordoet, van belang. Samenvattend werd de werking van de redelijkheid en billijkheid *via* het systeem van het vermogenrecht inzichtelijk gemaakt in bovengeschetste interpretatie van de bewuste regelingen. Vervolgens bleek aan partijen bij het wijzigen van overeenkomsten een omgangrijke discretionaire ruimte toe te komen die eveneens door de redelijkheid en billijkheid wordt genormeerd. Deze normering – het is inmiddels de constante in het betoog – kan niet bestaan uit gedetailleerde regels die op voorhand gedrag voorschrijven; de normatieve dimensie ligt hier ten dele in het gedrag van partijen besloten. Samenvattend kon ook leerstukspecifiek inzicht worden geboden in de vervlechting van systematische overwegingen en 'gedragsoverwegingen' die de normering door de redelijkheid en billijkheid kenmerkt.

De in deze studie ontwikkelde visie op de sfeer van het normatieve kan bij wijze van samenvatting aan de hand van eenvoudige voorbeelden inzichtelijk worden gemaakt. Stel dat twee bekenden elkaar op straat tegenkomen. De een vraagt: “Waarom draag je een das?”, de ander antwoordt: “Omdat ik tegenwoordig bij een bank werk.” In dit eenvoudige tafereel ligt een normatieve dimensie *besloten*. Deze dimensie kan worden gearticuleerd in de herkenbare vorm van een regel (‘wie bij een bank werkt, behoort een das te dragen’) doch het bestaan van de norm is niet van deze articulatie *afhankelijk*. De gedachte dat normatief gedrag bestaat uit het toepassen van vooraf gegeven *regels* is in haar algemeenheid onjuist. Het zou zelfs bevreemding wekken indien de vraag “Waarom draag je een das?” werd beantwoord met de opmerking: “Vanochtend heb ik, kort na het douchen, de regel toegepast: ‘wie bij een bank werkt, behoort een das te dragen’”. Het *leggen* van een inhoudelijk verband tussen het dragen van een das en het werken bij een bank, is voor het creëren van een normatieve dimensie reeds voldoende. Deze dimensie is dus niet *gleichursprünglich* met de formulering van een regel. Het tafereel maakt tevens inzichtelijk dat een norm niet samenvalt met of lineair voortvloeit uit feitelijk gedrag. Het is al even bevreemdend als de ander op de vraag “Waarom draag je een das?” zou antwoorden: “Ik droeg gisteren ook een das”. Zelfs een consequent volgehouden feitelijk gedragspatroon – “Ik draag *altijd* een das” – kan de normatieve lading van deze casus niet inzichtelijk maken.

Doorgaans zullen deze onuitgesproken normen eerst aan het licht komen als zich in maatschappelijke gedragingen een verstoring voordoet. Dan is het moment aangebroken om de norm te articuleren in de vorm van een regel. In het genoemde tafereel zou de vragensteller verbaasd kunnen repliceren: “Hoezo? Wat heeft het werken in een bank met dassen van doen?” waarop de ander een regel zal formuleren; deze regel is echter slechts de uitdrukking van een normatieve dimensie die aan dat gedrag inherent was.

In deze studie werd de stelling verdedigd dat de sfeer van het normatieve niet is *beperkt* tot een geheel van regels die op voorhand en op gedetailleerde wijze gedrag voorschrijven maar ook in maatschappelijke gedragingen *besloten* kan liggen. Het maatschappelijke verkeer is, met een aan Sellars ontleende term, *fraught with ought* – beladen met behoren. Vervolgens werd de stelling ingenomen dat deze (verborgen) normatieve dimensie mogelijk civielrechtelijk relevant is. De *theoretische* relevantie is hierin gelegen dat de verbreding van de sfeer van het normatieve het mogelijk maakt om de werking van vage

normen te verklaren. De *methodische* relevantie is gelegen in de articulerende werkwijze die uit de theoretische uitgangspunten voortvloeit. De redelijkheid en billijkheid is bij uitstek het 'scharnierpunt' tussen een normatieve dimensie die in het maatschappelijk verkeer besloten ligt en het systeem van het vermogensrecht. Zij ziet op een intrigerende vervlechting van 'systeem' en 'gedrag'. Het begrip 'coherentie' als een systeemeis met een progressief karakter, voorziet in een systematische articulatie van gedragsnormen terwijl het bijhouden van de 'normatieve score' en het ' expliciteren tot een regel' de articulatie biedt van een in maatschappelijk gedrag besloten normatieve dimensie. De werkwijze is per saldo niet gelegen in het concretiseren van een abstracte rechtsgedachte maar in het articuleren van gedragsnormen die aan het systeem van het vermogensrecht en het gedrag van partijen inherent zijn. Vanuit dit perspectief behoeft de gedachte dat de rechter in eerste aanleg uitsluitend 'feitenonderzoek' verricht om vervolgens op de geselecteerde feiten een regel toe te passen, bijstelling. De rechter onderzoekt wel feitelijk gedrag maar vooral met het oog op de normatieve *implicaties* van dat gedrag. Deze implicaties worden niet in kaart gebracht door het toepassen van een regel maar door het bijhouden van de 'normatieve score' tussen partijen.

Een en ander plaatst de beroemde kwestie of op elke rechtsvraag slechts één juist antwoord mogelijk is, in een ander licht. Er bestaat niet zoiets als een 'rechtsvraag'. Er is nog nooit een rechtsvraag geweest. Een rechtsvraag is geen geïsoleerd gegeven dat, losgeweekt van een concreet conflict tussen partijen, op haar enige juiste antwoord wacht.

Recht is het resultaat van een redenering. Een redenering moet worden gevoerd om te kunnen overtuigen. Dit brengt mee dat, op grond van *dezelfde* feitelijke gegevens, een verschil in wijze van argumentatie tot een verschillende uitkomst kan leiden. De feiten mogen dan hetzelfde zijn – partijen zullen zich ten aanzien van die feiten anders gedragen, zij zullen meer of minder constructief met de gerezen problematiek omgaan, zij zullen verschillende argumenten voeren en binnen die argumentaties andere accenten leggen, zij zullen vervolgens in rechte andere processuele posities innemen wat tezamen genomen ertoe leidt dat de wijze waarop de redenering wordt *gevoerd* een inhoudelijke invloed uitoefent op wat tussen partijen rechtens geldt. Buiten het proces van argumentatie bestaan geen rechtsvragen; binnen het proces van argumentatie bestaan geen enig juiste antwoorden. Het *voltrekken* van een argumentatie is mede beslissend voor de uitkomst daarvan terwijl in elke nieuwe situatie – op grond van in relevante opzichten identieke gegevens – een argumentatie weer *anders* gevoerd kan worden. Elke rechterlijke beslissing moet als het ware temporeel worden geïndexeerd. Rechtsvinding is per saldo noch absoluut noch arbitrair.

In deze visie is het recht op menselijke maat gesneden. Een benadering van rechtvaardigheid als een wijkende horizon of als een 'bovenmenselijke' werkzaamheid verliest zich in ijle abstracties. In de optiek van Barendrecht – hij begrijpt het burgerlijk recht als een graduele ontwikkeling van zich allengs

aanscherpende rechtsregels – is rechtvaardigheid het hypothetisch correlaat van een nimmer voltooid proces van rechtsvinding, terwijl Dworkin meent dat de rechter, in zijn zoektocht naar het enige juiste antwoord in het voorliggende geval, een Hercules-achtige taak wacht. Beide visies voorzien de rechter van een *oneindige* taak: enerzijds is er een diachrone oneindigheid door de rechtsvinding te plaatsen in een voortdurend voortstuwende ontwikkeling naar rechtvaardigheid – de rechter raakt hooguit vermoeid maar nooit verzadigd¹ – anderzijds is er een synchrone oneindigheid door de rechtsvinding tot onmetelijke proporties uit te vergroten.

In deze studie werd de norm van de redelijkheid en billijkheid geanalyseerd zonder een beroep te doen op absolute of natuurlijke noties en zonder de grenzen van de eindigheid te passeren. Rechtsvinding ziet op een controleerbare gedachtegang op grond van controleerbare gegevens. Het is ten slotte het eerste wat als allerlaatst blijkt: de redenering die in rechten resulteert.

1 Mijn beeldvorming is schatplichtig aan De Boer.

Samenvatting

Maatschappelijk verkeer is ‘beladen met behoren’. Het geven van een hand bij een begroeting, het onderhandelen over contractvoorwaarden, het in acht nemen van de vereiste zorgvuldigheid – het zijn dagelijkse handelingen die meestal door onuitgesproken en vage normen worden beheerst. Hoe kan een vage norm gedrag normeren? En hoe dient een vage norm door de rechter te worden aangevat? In de rechtstheorie die in dit boek werd gepresenteerd, staat de gedachte centraal dat in gedragingen van burgers een normatieve dimensie besloten kan liggen die mogelijk civielrechtelijk relevant is. Een normstelsel, zoals het geheel van regels van het contractenrecht, is niet alleen een door de wetgever *opgelegd* regime maar tevens een in regels vormgegeven explicatie van een normatieve dimensie die aan het maatschappelijke verkeer inherent is. Omdat deze rechtstheorie de sfeer van het normatieve niet *beperkt* tot een geheel van regels die op voorhand en op gedetailleerde wijze gedrag voorschrijven, kon zij een verklaring bieden voor de werking van vage normen in het vermogensrecht, waaronder bij uitstek de redelijkheid en billijkheid.

In hoofdstuk twee staat het proefschrift van Meijers centraal. In dit proefschrift wijst Meijers de op Kant gestoelde benadering van ethische en maatschappelijke vragen rigoureus van de hand ten gunste van een controleerbare gedachtegang op grond van concrete gegevens. Zijn betoog is erop gericht om het syllogisme met inhoudelijke overwegingen te verrijken. Deze materie vindt hij in aan de wet ten grondslag liggende beginselen en belangen. Omdat het recht buiten een (juridische) argumentatie geen bestaansrecht heeft, ligt het accent bij Meijers op coherentie, systematiek en argumentatieve helderheid. Zijn beschouwingen zijn het aanknopingspunt voor de opvatting dat het begrip ‘coherentie’ moet worden beschouwd als een systeemeis met een progressief karakter.

In hoofdstuk drie wordt naar aanleiding van Meijers’ kritiek op de formele Kantiaanse aanpak van ethische en maatschappelijke kwesties de vraag onderzocht hoe de sfeer van het normatieve kan bestaan. Drie visies op de sfeer van het normatieve werden in het onderzoek betrokken.

In de eerste plaats werd een procedurele variant van het formalisme besproken. In de zogenaamde discoursstheorie van Habermas, die door Alexy naar juridisch vlak is uitgewerkt, garandeert de juistheid van de gevolgde procedure de juistheid van het resultaat daarvan. Inzichtelijk werd gemaakt dat Habermas aan de formele ethiek van Kant een procedurele wending geeft. De normen van ethisch en maatschappelijk handelen worden niet vanzelf in

het verstand aangetroffen, zij zijn het resultaat van een argumentatief proces door concrete gespreksdeelnemers in een concrete gesprekssituatie. Analyse van de juridische argumentatieregels van Alexy toonde vervolgens aan dat deze regels het discours alleen aan de 'buitenkant' controleren. Zij vormen weliswaar de noodzakelijk voorwaarden voor het juridisch discours maar niet voor het juridisch-zijn van dat discours. De kritiek van Meijers op de formele aanpak van Kant is om deze reden gelijkelijk van toepassing op Habermas en Alexy. De procedurele ethiek van Habermas en de uitwerking daarvan naar juridisch vlak door Alexy geeft niet méér ruimte aan materiële overwegingen dan de Kantiaanse aanpak toestaat. Een uitsluitend discours theoretische opvatting van de sfeer van het normatieve werd daarom verworpen.

In de tweede plaats was het vizier gericht op het zogenaamde 'regelisme'. Volgens deze visie is de sfeer van het normatieve uiterlijk herkenbaar omdat een norm de vorm heeft van een regel. Onderzoek naar de oorsprong van deze gedachte voerde naar het werk van De Groot en Pufendorf. Die gedachte werd vervolgens door Kant verdiept en verbreedt. De verdieping is gelegen in de nadere filosofische onderbouwing van deze gedachte; de verbreding is gelegen in de uitbreiding van haar reikwijdte. Volgens Kant heeft niet alleen het juridisch-maatschappelijk gedrag een normatief karakter maar het geheel van menselijk handelen en oordelen. De juistheid van een handeling of oordeel kan worden getoetst aan de hand van vooraf gegeven regels. Het is deze regelistische gedachte die aan de problematiek van vage normen haar specifieke en problematische positie verleent. Onderzoek naar met name het Duitse debat over vage normen toonde aan dat dit debat, als een verborgen constante, wordt beheerst door het heersende regelistische perspectief, zoals met name in de methodeleer van Larenz en Canaris naar voren komt, en voorzichtige pogingen om aan dat perspectief te ontsnappen. Tevens kon worden vastgesteld dat ook enkele recente studies naar vage normen van eigen bodem op regelistische leest zijn geschoeid. De evaluatie van deze bevindingen voerde tot de conclusie dat wie de sfeer het normatieve *beperkt* tot een geheel van regels die op voorhand en op gedetailleerde wijze gedrag voorschrijven eenvoudig geen verklaring kan vinden voor de werking van vage normen. Een strikt regelistische opvatting van de sfeer van het normatieve werd om deze reden verworpen.

In de derde plaats was het regelmatigisme voorwerp van onderzoek. Dit betreft de gedachte dat normen uit een herhaling van feitelijke gedragspatronen voortvloeien. Een regelmatigheid ziet op een feitelijke herhaling van identiek gedrag zoals bij uitstek in de vorming van een gewoonte naar voren komt. De analyse richtte zich enerzijds op de benadering van Macneil die uit regelmatig gedrag patronen van justiabalen normen voor toekomstig gedrag afleidt. Vervolgens kwam de kritische theorie van Kennedy aan bod. Zijn descriptief onderzoek naar (regelmatige) gedragspatronen van rechters zou aantonen dat rechters in het kleed van systematische overwegingen feitelijk hun eigen ideologische projecten nastreven. Het afleiden van normen uit

regelmatige gedragspatronen riep krachtige bezwaren op. Omtrent menselijk gedrag kunnen uit feitelijke gedragspatronen geen normen worden afgeleid. Een stuk staal reageert op een bepaalde manier op zijn omgeving door te gaan roesten als het vochtig is. Uit dit regelmatige 'gedragspatroon' kan een causale regel worden afgeleid. Dat een leverancier op zijn omgeving reageert door elke vrijdag bij een restaurant een partij wijn af te leveren wordt echter niet verklaard door het feit dat hij dit vorige week ook al deed. Hij levert de wijn af omdat hij meent dat hij dit *behoort* te doen. Deze 'dimensie van behoren' wordt niet inzichtelijk gemaakt door haar te beschouwen als de lineaire voortzetting van feitelijke gedragspatronen. Het regelmatisme moet op deze gronden worden verworpen.

De evaluatie van deze drie visies op de sfeer van het normatieve voerde tot de conclusie dat zowel het formalisme, het regelisme als het regelmatisme de sfeer van het normatieve *beperken* waardoor geen inzicht in de werking van vage normen kan worden verkregen. Uit dit negatieve resultaat werden vervolgens spiegelbeeldig de randvoorwaarden afgeleid waaraan een alternatieve visie op de sfeer van het normatieve waarin theoretisch ruimte is ingebouwd voor de werking van vage normen, moet voldoen.

In het vierde hoofdstuk werd een visie op de sfeer van het normatieve ontwikkeld die niet-formalistisch, niet-regelistisch en niet-regelmatistisch is. Dat onderzoek kreeg eerst langs intuïtieve lijnen gestalte om vervolgens argumentatief te worden onderbouwd. De analyse opende met de beroemde 'vader-en-zoon'-casus uit de rechtstheorie van Hart. In deze casus leert een vader aan zijn zoon om zijn hoed af te nemen als hij een kerk binnenloopt. Analyse van deze casus voerde tot de conclusie dat dergelijke alledaagse casus niet moeten worden begrepen als de toepassing van een vooraf gegeven regel maar als de explicatie van een normatieve dimensie die in de bewuste gedragingen besloten ligt. Zoals bij het gebruik van een woord dat woord impliciet (opnieuw) wordt gedefinieerd, zo worden met maatschappelijke gedragingen impliciet normatieve posities ingenomen. De sfeer van het normatieve valt niet samen met een geheel van regels, zo werd vervolgens vastgesteld, een regel is slechts de articulatie van een normatieve dimensie dat een gedragingen impliciet is. Het is weliswaar *mogelijk* om deze normatieve dimensie te expliciteren tot de herkenbare vorm van een regel maar dat is voor het bestaan van de norm niet *noodzakelijk*.

Vervolgens werd op grond van een aan Sellars ontleende theorie dit standpunt nader onderbouwd. Volgens het regelisme bestaat normatief gedrag uit het toepassen van een expliciete regel die men 'voor ogen' heeft. In deze omschrijving worden drie met elkaar samenhangende kenmerken aangetroffen: (i) het normatieve kan slechts in de vorm van expliciete regels bestaan; (ii) van deze regels wordt in het denken een zuivere representatie aangetroffen; (iii) de toepassing van regels berust op een logisch geldige operatie. Telkens vertrekkend van een van deze kenmerken werd naar een alternatieve visie geredeneerd. Dit leverde volgende transities op: (i) van representatie naar

inferentialisme, (ii) van de formele gevolgtrekking naar de materiële gevolgtrekking en (iii) van regels expliciet in wat men *denkt*, naar regels impliciet in wat men in een bepaalde praktijk *doet*. Een en ander voerde tot de slotsom dat de normatieve dimensie van maatschappelijk verkeer haar basis heeft in datzelfde maatschappelijk verkeer. Zij is geen 'opgelegd' regime, zij komt niet 'van boven', zij wordt niet van nature 'gegeven'. Maatschappelijk gedrag bestaat uit het innemen en het wijzigen van normatieve posities.

In hoofdstuk vijf werd een methodiek gepresenteerd die Meijers en Sellars verbindt en verenigt. Eerst werd de inhoudelijke verwantschap tussen hen geschetst: beiden hebben hun wortels in het fiasco van het abstracte denken van de *Begriffsjurisprudenz* en beiden werden daardoor gedrongen tot een andere, meer concrete wijze van redeneren. De belangrijkste overeenkomst is gelegen in het uitgangspunt dat voor hen de inhoud van (rechts)begrippen met behulp van een redenering dient te worden geëxpliciteerd. Elke vorm van onmiddellijke en natuurlijke gegevenheid wordt rigoureus afgewezen ten gunste van een actief proces van redeneren. Op grond van een en ander werd een methodiek voor de aanpak van de redelijkheid en billijkheid ontwikkeld. Haar centrale methodische werkzaamheid bestaat uit het articuleren van gedragsnormen. Deze articulatie bleek enerzijds te geschieden door een coherente interpretatie van samenhangende regelingen, anderzijds door de explicatie van een normatieve dimensie die in maatschappelijke gedragingen besloten kan liggen. Dit laatste geschiedt op haar beurt door het formuleren van een regel of door het bijhouden van de 'normatieve score' tussen partijen. Omdat deze laatste fase een afzonderlijke kritische beoordeling vereist bleek van en directe invloed van de normatieve opvattingen in de samenleving evenwel geen sprake.

In het zesde hoofdstuk kreeg de eerste fase van de toetsing van de ontworpen rechtstheorie haar beslag. De coherente interpretatie kreeg haar beslag door het wijzigen en beëindigen van overeenkomsten te analyseren vanuit een generiek begrip van 'verstoringen van de contractuele verhouding'. Deze door het recht erkende verstoringen geven – op principiële gronden – 'toegang' tot de aantasting van een overeenkomst. Vervolgens opent zich een systematische en discretionaire ruimte waarin deze wijziging nader gestalte kan krijgen en die (mede) door de redelijkheid en billijkheid wordt beheerst. Inzichtelijk kon worden gemaakt dat de werking van redelijkheid en billijkheid bestaat uit een combinatie van systematische overwegingen en 'gedragsoverwegingen'. Deze laatste overwegingen spelen met name een rol in de zogenaamde discretionaire ruimte. In deze ruimte zijn partijen vrij en gebonden. Zij zijn vrij in de wijze waarop zij de aan hen toegekende bevoegdheden uitoefenen maar een eenmaal gekozen gedragslijn – een bepaalde wijze van vrijheidsuitoefening – neemt wel normatieve consequenties met zich mee. Het gegeven dat partijen door een bepaalde gedragslijn hun eigen positie kunnen versterken of verzwakken kan niet worden verklaard door een verwijzing naar een vooraf gegeven regel die op gedetailleerde wijze gedrag voorschrijft. De norm van

de redelijkheid en billijkheid ziet bij uitstek op deze onuitgesproken dimensie van 'behoren' die vervolgens kan worden geëxpliciteerd in de vorm van een regel of door het bijhouden van de 'normatieve score' tussen partijen.

In hoofdstuk zeven werd de leerstukspecifieke toetsing van de ontworpen rechtstheorie uitgevoerd. Een en ander voerde tot het resultaat dat (i) art. 6:230 BW niet moet worden beschouwd als een 'gecorrigeerde totstandkoming' maar als een gewijzigde uitvoering van overeenkomsten die wordt beheerst door de eisen van redelijkheid en billijkheid (ii) het loslaten van de rechterlijke tussenkomst bij de *imprévision*-problematiek een samenspel van art. 6:248 en 6:258 mogelijk maakt, en (iii) een minder kuise interpretatie van de tenzij-clausule van art. 6:265 zoveel ruimte biedt dat bij deze rechtsgrond minder ruimte is gelaten voor de redelijkheid en billijkheid. Na de systematische beschouwingen kwam aan het licht dat de 'over-en-weer'-formule uit het Haviltex-arrest ook bij de uitvoering van overeenkomsten van belang.

Summary

THE ARTICULATION OF NORMS OF BEHAVIOUR. PART II: VAGUENESS OF CRITERIA

Social behaviour is 'fraught with ought'. The extending of a hand in greeting, the negotiating of clauses in contracts, the exercising of the required due care – these are everyday actions governed mostly by unspoken and vague norms. How can a vague norm regulate behaviour? And how is a vague norm to be understood by the courts? In the legal theory presented in this book, the central notion is that the behaviours of citizens can involve a normative dimension that has possible relevance for civil law. A system of norms, such as the set of regulations involving contract law, is not only a regime established by lawmakers but also a rule-shaped explanation of the normative dimension inherent in social practices. Since the legal theory in this study does not *reduce* the normative domain to a set of rules prescribing behaviour in detail and in advance, it can offer some clarification about the operation of vague norms in civil law, including the prominent ones of reasonableness and fairness.

Chapter two is primarily concerned with Meijers' doctoral dissertation. In his dissertation, he dismisses a Kantian-based approach to ethical issues in favour of a verifiable rational process based on verifiable data. He argues for the need to enrich syllogism with considerations of content. The content that Meijers seeks is found by reasoning about the principles and interests that underlie the law. While Scholten ultimately seeks the basis of law in conscience, Meijers chooses a verifiable process of thought based on concrete data. Since law has no right of existence outside (legal) argumentation, Meijers places the accent on coherence, as well as on systematic and argumentative clarity. His observations are the key points supporting the view that requires the concept of 'coherence' to be regarded as a progressive system requirement.

The third chapter takes its lead from Meijers' critique of the formal Kantian approach to ethical and social issues by investigating the question of how the normative domain can exist. Three views of the normative domain are covered in the research.

First of all, a procedural variant of formalism is discussed. In the so-called discourse theory developed by Habermas and extended into the legal field by Alexy, the correctness of the procedure being followed guarantees the correctness of the result. It becomes clear that Habermas gives a procedural turn to the formal ethics of Kant. For Habermas, the norms of ethical and social action do not just emerge spontaneously in the understanding; instead, they

are the result of an argumentative process involving actual discourse participants in concrete discourse situations. Analysis of Alexy's rules of legal argument then reveal that these rules only regulate the 'appearance' of discourse. They certainly form the necessary conditions for legal discourse but not the legal nature of that discourse. Meijers' criticism of Kant's formal approach is, for this reason, equally applicable to Habermas and Alexy. The procedural ethic of Habermas and the elaboration of it into the legal field by Alexy does not give any more room for substantive considerations than the Kantian approach permits. A view of the normative domain exclusively based on discourse theory is therefore rejected.

The second view focuses on what has become known as 'rulism'. According to this view, the normative domain is ultimately recognisable because a norm takes the form of a rule. Research into the origin of this thinking leads to the work of De Groot and Pufendorf. Its area of concern is then deepened and broadened in the work of Kant. The deepening lies in the further philosophic undercurrents of this thought; the broadening in the extension of its scope. According to Kant, not just legal-social behaviour but all of human action and judgment have normative characteristics. The correctness of an action or judgement can be tested on the basis of pre-established rules. It is this rulistic thinking that grants a special and problematic position to the issue of vague norms. Research into what is primarily a German debate about vague norms reveals a hidden constant, the fact that it is dominated by a prevalent rulistic perspective (such as the one that is especially prominent in the method doctrine of Larenx and Canairs) and by cautious attempts to escape from this perspective. It can also be shown that a few recent Dutch studies into vague norms also fit into the rulistic mould. The evaluation of these findings leads to the conclusion that whoever *reduces* the normative domain to a set of rules prescribing behaviour in detail and in advance can simply not find any explanation for the operations of vague norms. A strict rulistic view of the normative domain is, for this reason, dismissed.

In the third view, regularity becomes the subject of concern. This involves the notion that norms result from the repetition of actual behavioural patterns. A regularity is drawn from an actual repetition of identical behaviour, such as that most clearly shown in the origination of a custom. The analysis is concerned, in one respect, with MacNeil's approach, which derives justiciable norms for future behaviour from regular behavioural patterns. Kennedy's theory is then given attention. His descriptive research into the (regular) behavioural patterns of courts suggests that courts actually strive for their own ideological projects in the mask of systematic deliberations. The derivation of norms from regular behavioural patterns evokes powerful objections. Insofar as human conduct is concerned, no norms can be derived from actual behavioural patterns. A piece of steel reacts, in a certain manner, to its environment by rusting when it gets wet. A causal rule can be derived from this regular 'behavioural pattern'. The fact that a supplier reacts to his environment

by delivering a shipment of wine to a restaurant every Friday is, however, not explained by the fact that he did it the previous week. He delivers the wine because he feels that he is *obliged* to do it. This 'dimension of obligation' is not clarified by regarding it as the linear continuation of actual behavioural patterns. Regularism must be rejected on these grounds.

The evaluation of these three views of the normative domain leads to the conclusion that formalism, rulism and regularism *restrict* the normative domain in such a way that no insight into the workings of vague norms can be obtained. This negative result is then used to reflectively derive the conditions for building an alternative view of the normative domain in which there is theoretical space for the workings of vague norms.

In the fourth chapter, such a view of the normative domain is developed, one that is not formalist, rulist or regularist. The study is first given shape along intuitive lines, for which argumentative support is subsequently provided. The analysis opens with the famous 'father and son' case in Hart's legal theory. In this case, a father teaches his son to take his hat off whenever he enters a church. Analysis of this case leads to the conclusion that such everyday occurrences must not be understood as the application of a pre-given rule but as the explanation of a normative dimension that underlies conscious behaviours. Just like the implicit (re-)definition of a work that occurs every time it is used, the implicit normative positions are adopted whenever social behaviours are displayed. The normative domain does not coincide to a set of rules, so it is then established that a rule is only the articulation of a normative dimension implicit in a behaviour. It is certainly *possible* to explain this normative dimension by referring to the recognisable form of a rule, but this is not *necessary* for the existence of the norm.

The viewpoint is then further reinforced by a theory derived from Sellars. According to rulism, normative behaviour consists of the application of an explicit rule that is readily apparent. This description involves three factors, all related to each other: (i) the normative can only exist in the form of explicit rules; (ii) a true representation of these rules is encountered in thought; (iii) the application of rules is based on a logically valid operation. Each of these three factors will be used to argue for an alternative view; this yields the following transitions: (i) from representation to inferentialism, (ii) from formal deduction to material inference and (iii) from explicit rules about what one *thinks* to implicit rules about what one *does* in a given practice. All of these lead to the realisation that the normative dimension of social intercourse has a basis in the same social intercourse. It does not involve an 'imposed' regime, it does not come 'from above', it is not a 'given' of nature. Social behaviour consists of the adoption and modification of normative positions.

Chapter 5 presents a methodology that combines and unites Meijers and Sellars. First, the interrelatedness of their subject matter is sketched: both have their roots in the fiasco of abstract thinking known as *Begriffsjurisprudenz*, and both were forced, as a result, into another more concrete method of reasoning.

The most important agreement between them lies in the principle that, for them, the content of (legal) concepts must be expressed by means of argumentation. Each form of immediate and natural givenness is rigorously denied in favour of an active process of reasoning. Based on the work of both men, a methodology has been developed for the reasonableness and fairness approach. Its central methodological activity concerns the articulation of behavioural norms. This articulation has proven, on the one hand, to involve a coherent interpretation of cohesive rules and, on the other, an explication of a normative dimension that can underlie social behaviours. The latter occurs, in its turn, by formulating a rule or by keeping the 'normative score' between parties. Because this latter requires an especially critical judgement, it does not address the normative views in the community or exercise any influence on them.

In the sixth chapter, the developed legal theory is subjected to the first stage of testing. Coherent interpretation is first examined by analysing the practices of revising and terminating contracts based on a generic notion of 'disruptions to contractual relationships'. These disruptions, which are recognised in law, give 'access' to the invalidation of contracts. Subsequently, they open a systematic and discretionary space in which revisions can be given further shape and (jointly) regulated by reasonableness and fairness. It can be shown that the effects of reasonableness and fairness consist in a combination of systematic considerations and 'behavioural considerations'. These last considerations play a particularly important role in the so-called discretionary space. In this space, parties are both free and bound. They are free in the way in which a line of conduct attributed to their competences but a once chosen way of conduct – a certain manner of exercising freedom – certainly entails normative consequences. The fact that parties can either strengthen or weaken their own positions by following a certain line of conduct cannot be explained by referring to a pre-given rule that prescribes behaviour in a detailed manner. The standard of reasonableness and fairness relates predominantly to this unspoken dimension of 'obligation', which subsequently might be expressed in the form of a rule or by keeping the 'normative score' between parties.

The doctrine-specific testing of the developed legal theory is conducted in chapter seven. Everything leads to the conclusion that: (i) art. 6:230 of the Dutch Civil Code must not be regarded as a 'correction to the formation' of contracts but as a modification of their fulfilment, which is governed by the requirements of reasonableness and fairness; (ii) the abandonment of judicial intervention in issues involving lack of foresight makes it possible for arts. 6:248 and 6:258 to come jointly into effect; and (iii) a less rigorous interpretation of the 'unless clause' in art. 6:265 occupies so much space that less room is left in the legal field for reasonableness and fairness. After the systematic considerations, it has come to light that the 'reciprocity' formula in the Havitex ruling is also important for the fulfilment of contracts.

Verkort aangehaalde literatuur

Aarnio 1977

A. Aarnio, R. Alexy en A. Peczenik, "The foundation of legal reasoning" in: *Rechts-theorie*, Beiheft 21, nr. 2, Dordrecht: Kluwer Academic Publishers 1977.

Abas 1997

P. Abas, "Kan de dwaling naar huidig recht nog als een wilsgebrek worden aangemerkt?" in: *Cahen-bundel*, Deventer: Gouda Quint 1997.

Abas 2003

P. Abas, "Over de verhouding tussen art. 6:248 en 6:258 BW" in: *WPNR* 6379, 2000.

Adorno 1947

M. Horkheimer en T.W. Adorno, *Dialektik der Aufklärung*, Amsterdam: Querido Verlag 1947.

Adorno 1973

T.W. Adorno, *Negative Dialektik, Gesammelte Schriften* 6, Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag 1973.

Alexy 1977

A. Aarnio, R. Alexy en A. Peczenik, "The foundation of legal reasoning" in: *Rechts-theorie*, Beiheft 21, nr. 2, Dordrecht: Kluwer Academic Publishers 1977.

Alexy 1981

R. Alexy, "Die Idee einer proceduralen Theorie der juristischen Argumentation" in: *Rechtstheorie*, Beiheft 2, Dordrecht: Kluwer Academic Publishers 1981.

Alexy 1983

R. Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation*, Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag 1983.

Alexy 1991

R. Alexy, "Nachwort: Antwort auf einige Kritiker" in: *Theorie der juristischen Argumentation*, tweede druk, Frankfurt am Main: Suhrkamp 1991.

Alexy 1995

R. Alexy, "Zum Begriff des Rechtsprinzips", in: *Recht, Vernunft Diskurs. Studien zur Rechtsphilosophie*, Frankfurt am Main 1995.

Asser/Hartkamp 2005 (4-II)

A.S. Hartkamp, Mr. C. Asser's *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 4. Verbintenissenrecht. Deel II. Algemene leer der overeenkomsten*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2005.

Asser/Hijma 2001

Jac. Hijma, Mr. C. Asser's *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. Bijzondere overeenkomsten. Deel I. Koop en Ruil*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2001.

Aster 1994

E. Aster, *Geschichte der Philosophie*, 17e Aufl., Stuttgart: Alfred Kröner Verlag 1994.

Austin 1962

J.L. Austin, *How to do Things with Words*, Oxford: Clarendon Press 1962.

Austin-Baker 2004

R. Austin-Baker, "A relational Law of Contract" in: *Journal of Contract Law* 20 2004.

Bakels 1993

F.B. Bakels, *Ontbinding van wederkerige overeenkomsten*, diss. Leiden 1993, Deventer: Kluwer 1993.

Beater 1994

A. Beater, "Generalklauseln und Fallgruppen" in: *AcP*, 1994.

Bix 1993

B. Bix, *Law Language and Legal Determinacy*, Oxford: Clarendon Press 1993.

Boukema 1992

C.A. Boukema, *Samenloop*, Mon. Nieuw BW A-21, Deventer: Kluwer 1992.

Brandom 1994

R.B. Brandom, *Making it explicit, Reasoning, Representing, and Discursive Commitment*, Cambridge: Harvard University Press 1994.

Brandom 2000

R.B. Brandom, *Articulating Reasons, an introduction to inferentialism*, Cambridge (Massachusetts)/London: Harvard University Press 2000.

Brandom 2002

R.B. Brandom, *Tales of the Mighty Dead, Historical Essays in the Metaphysics of Intentionality*, Cambridge (Massachusetts)/London: Harvard University Press 2002.

Brunner 1984

C.J.H. Brunner, *Beginselen van samenloop*, tweede druk, Arnhem: Gouda Quint 1984.

Brunner 1989

C.J.H. Brunner, "Boekbespreking van Jac. Hijma, Nietigheid en vernietigbaarheid van rechtshandelingen", *WPNR* 5928 1989.

Canaris 1964

C.W. Canaris, *Die feststellung von Lücken im Gesetz, eine methodische Studie über Voraussetzungen und Grenzen der richterlichen Rechtsfortbildung praeter legem*, Schriften zur Rechtstheorie, Heft 3, Berlin: Duncker & Humblot 1964.

Canaris 1987

C.W. Canaris, "Die Bedeutung allgemeiner Auslegungs- und Rechtsfortbildungskriterien im Wechselrecht" in: *Juristenzeitung* 1987.

Canaris 1995

K. Larenz & C.W. Canaris, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 3^e Aufl. Berlin/Heidelberg: Springer 1995.

Caroll 1895

L. Caroll, "What the Tortoise Said to Achilles", *Mind*, vol. IV, 1895.

Chao-Duivis 1996

M.A.B. Chao-Duivis, *Dwaling bij de totstandkoming van de overeenkomst, een onderzoek naar de eigenlijke en de oneigenlijke dwaling*, diss. Tilburg 1996, Deventer: Kluwer.

Couzens Hoy 1994

D. Couzens Hoy & T. McCarthy, *Critical Theory*, Oxford: Blackwell 1994.

- Davidson 1980
R. Davidson, "Intending", *Actions and Events*, Oxford: Oxford University Press 1980.
- De Boer 1966
Th. de Boer, *Ontwikkelingsgang in het denken van Husserl*, Assen: Van Gorcum 1966.
- De Boer 1980
Th. de Boer, *Grondslagen van een kritische psychologie*, Baarn: Ambo 1980.
- De Boer 1989
Th. De Boer, *Van Brentano tot Levinas, Studies over de fenomenologie*, Meppel/Amsterdam: Boom 1989.
- De Groot 1992
Hugo de Groot, Inleidinge tot de Hollandsche Rechtsgeleerdheid, met aantekeningen van S.J. Fockema Andreae en bewerkt door L.J. van Apeldoorn, Arnhem: Gouda Quint 1992.
- De Groot 1993
Hugo de Groot, *Het recht van oorlog en vrede, Prolegomena & Boek I*, Baarn: Ambo 1993.
- De Grooth 1948
G. De Grooth, "De invloed van dwaling op rechtshandelingen", preadvies voor de Broederschap der Candidaat-Notarissen, 1948.
- Derrida 1994
J. Derrida, *Force de la loi. Le 'Fondement mystique de l'autorité'*, Parijs: Editions Galilée 1994.
- De Schmidt 1954
De Schmidt, *Rechtsgewoonten: de gebruiken en plaatselijke gebruiken waarnaar het BW verwijst*, diss. Leiden 1954.
- Drion 1973
H. Drion, "Functies van rechtsregels in het privaatrecht" in: *Speculum Langemijer*, Zwolle 1973.
- Drion 1975
H. Drion, "Scholten en Meijers: een tegenstelling?" in: *WPNR* 5314, 1975.
- Dworkin 1987
R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Londen: Duckworth 1987 (1e druk 1977).
- Esser 1972
J. Esser, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag 1972.
- Feinman 2001
J. Feinman, "The reception of Ian Macneil's Work on Contract in the USA" in: *The relational theory of contract: selected works of Ian Macneil*, (editor: D. Campbell), London: Sweet & Maxwell 2001.
- Fish 1989
S. Fish, *Doing What Comes Naturally, Change and the Rethoric of Theory in Literary and Legal Studies*, Durham and London: Duke University Press 1989.
- Frege 1879
G. Frege, *Begriffsschrift, eine der arithmetischen nachgebildeten Formalsprache des reinen Denkens*, Halle: Louis Nebert 1879.

Gadamer 1990

H.G. Gadamer, *Wahrheit und Methode, Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik*, Tübingen" J.C.B. Mohr (Paul Siebeck) 1990.

Gordley 1991

James Gordley, *Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine*, Oxford: Clarendon Press 1991.

Grosheide 1996

F.W. Grosheide, "Evenwicht in contractsverhoudingen" in: *Europees Privaatrecht, opstellen van internationale transacties en intellectuele eigendom*, Lelystad: Koninklijke Vermande 1996.

Günther 1988

K. Günther, *Der Sinn für Angemessenheit. anwendungsdiskurse in Moral und Recht*, Frankfurt am Main: Suhrkamp 1988.

Habermas 1981a

J. Habermas, *Theorie des kommunikativen Handelns, Band I Handlungsrationalität und gesellschaftliche Rationalisierung*, Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag 1981.

Habermas 1981b

J. Habermas, *Theorie des kommunikativen Handelns Band II Zur Kritik der funktionalistischen Vernunft*, Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag 1981.

Habermas 1983

J. Habermas, "Diskursethik — Notizen zu einem Begründungsprogramm" in: *Moralbewußtsein und kommunikatives Handeln*, Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag 1983.

Habermas 1992

J. Habermas, *Faktizität und Geltung, Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaat*, Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag 1992.

Hacker 1996

P.M.S. Hacker, *Wittgenstein's Place in Twentieth-century Analytic Philosophy*, Oxford: Blackwell Publishers 1996.

Hammerstein 2003

A. Hammerstein en J.B.M. Vranken, *Beëindigen en wijzigen van overeenkomsten. Een horizontale vergelijking*, 2e druk monografieën Nieuw BW nr. A10, Deventer: Kluwer 2003.

Hare 1981

R.M. Hare, *Moral thinking*, Oxford: Clarendon Press 1981.

Harman 1984

G. Harman, "Logic and Reasoning", *Synthèse* 60 1984.

Hart 1983

H.L.A. Hart, "Jhering's Heaven of Concepts and Modern Analytical Jurisprudence", in: *Essays in jurisprudence and philosophy*, Oxford: Clarendon Press 1983.

Hart 1998

H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, second edition, Oxford: Clarendon Press, 1998 (1^e druk 1961).

Hartlief 1993

T. Hartlief, "Ontbinding wegens wanprestatie, rechterlijke vrijheid en tijdstip van bevrijding", *Rechtsgeleerd Magazijn Themis*, 1993.

Hartlief 1994

T. Hartlief, *Ontbinding*, diss. Groningen 1994, Deventer: Kluwer 1994.

Hartlief 1999

T. Hartlief en L. Reurich, "De invloed van een afkoelingsperiode op toepassing van het dwalingsleerstuk" in: *WPNR* 6342, 1999.

Hedemann 1933

J.W. Hedemann, *Die Flucht in die Generalklauseln, Eine gefahr für Recht und Staat*, Tübingen: Verlag von J.C.B. Mohr 1933.

Hermes 1979

H. Hermes, F. Kambartel en F. Kaulbach (eds), *Gottlob Frege: Posthumous Writings*, Chicago: University of Chicago Press 1979.

Hesselink 1995

M.W. Hesselink, "Vragen bij de toepassing van artikel 6:230" in: *WPNR* 6196, 1995.

Hesselink

M. Hesselink, "Het wijzigingsvoorstel" in: *BW-krant Jaarboek 1995*, Arnhem: Gouda Quint 1995.

Hesselink 1999

M.W. Hesselink, *De redelijkheid en billijkheid in het Europese privaatrecht*, diss. Utrecht, Deventer: Kluwer 1999.

Horkheimer 1947

M. Horkheimer en T.W. Adorno, *Dialektik der Aufklärung*, Amsterdam: Querido Verlag 1947.

Huizinga 1921

J. Huizinga, *Herftij der Middeleeuwen*, tweede druk, Haarlem: Tjeenk Willink & Zoon 1921.

Husserl 1976

E. Husserl, *Ideen zu einer reinen Phänomenologie und phänomenologischen Philosophie, Erstes Buch: Allgemeine Einführung in die reine Phänomenologie*, neu ausgegeben von Karl Schuhmann, Husserliana: Edmund Husserl, *Gesammelte Werke*, Den Haag: Martinus Nijhoff 1976.

Husserl 1980

E. Husserl, *Logische Untersuchungen, Zweiter Band, Untersuchungen zur Phänomenologie und Theorie der Erkenntnis*, Erste Teil, 6^e Aufl., Tübingen: Max Niemeyer Verlag 1980.

Hijma 1988

Jac. Hijma, *Nietigheid en vernietigbaarheid van rechtshandelingen*, diss. Leiden 1988, Deventer: Kluwer 1988.

Hijma 1989

Jac. Hijma, *Het constitutieve wijzigingsvonnis in het licht van de algemene werking van redelijkheid en billijkheid*, Deventer: Kluwer 1989.

Hijma 1990

Jac. Hijma, "Analogie in het nieuwe vermogensrecht", *BW-krant Jaarboek 1990*, Arnhem: Gouda Quint 1990.

Hijma 1993

Jac. Hijma, "Nietigheden in het vermogensrecht" in: *Rechtsgeleerd Magazijn Themis*, 1992.

Kant 1965 (1^e druk 1785)

I. Kant, *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, Hamburg: Verlag von Felix Meiner 1965.

Kant 1979

I. Kant, *Gesammelte Schriften*, vol. XXVII (Kants Vorlesungen, vol IV: *Vorlesungen über Moralphilosophie*, Berlin: Springer 1979.

Kelman 1987

Mark Kelman, *A Guide to Critical Legal Studies*, Cambridge (Massachusetts): Harvard University Press 1987.

Kennedy 1976

D. Kennedy, "Form and Substance in Private Law Adjudication" *Harvard Law Review* 1976.

Kennedy 1997

D. Kennedy, *A Critique of Adjudication*, Cambridge (Massachusetts): Harvard University Press 1997.

Keulartz 1992

J. Keulartz, *De verkeerde wereld van Jürgen Habermas*, Amsterdam/Meppel: Boom 1992.

Kohler 1914

J. Kohler, *Philosophy of Law*, Boston: The Boston Book Company 1914.

Kripke 1982

S. Kripke, *Wittgenstein on Rules and Private Language, an Elementary Exposition*, Oxford: Blackwell Publishers 1982.

Kunneman 1983

H. Kunneman, *Habermas' theorie van het communicatieve handelen*, Amsterdam/Meppel: Boom 1983.

Larenz 1979

K. Larenz, *Richtiges Recht, grundzüge einer Rechtsethik*, München: Verlag C.H. Beck 1979.

Larenz 1995

K. Larenz & C.W. Canaris, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 3^e Aufl. Berlin/Heidelberg: Springer 1995.

Lewis 1983

D. Lewis, "Scorekeeping in a Language Game", *Philosophical Papers, Volume I*, Oxford: Oxford University Press 1983.

Lindenberg

S. Lindenberg & M. De Vos, "The Limits of Solidarity: Relational Contracting in Perspective and Some Criticism of Traditional Sociology in: *Journal of Institutional and Theoretical Economics* 1985.

Lucács 1968

G. Lukács, "Die Verdinglichung und das Bewußtsein des Proletariats" in: *Werke*, band 2, Darmstadt: Neuwied 1968.

Lokin 1992

J.H.A. Lokin, "De plaats van Meijers in de legistische traditie", in: *Rechtsvinding onder het NBW; Een Groningse kijk op het vermogensrecht*, Groningen: Chimaira 1992.

Macneil 1980

I. Macneil, *The New Social Contract: An Inquiry into Modern Contractual Relations*, New Haven (USA): Yale University Press 1980.

Macneil

I. Macneil, "Reflections on the Relational Theory", in: *The relational theory of contract: selected works of Ian Macneil*, (editor: David Campbell), London: Sweet & Maxwell 2001.

McCarthy

T. McCarthy, *The Critical Discourse of Jürgen Habermas*, Cambridge (Massachusetts): MIT Press 1978.

Meijers 1903

E.M. Meijers, *Dogmatistische rechtswetenschap*, 's-Gravenhage: Zuid-Hollandsche boek- en handelsmaatschappij 1903.

Meijers 1932

E.M. Meijers, "Opmerkingen omtrent het leerstuk der dwaling", in: *WPNR* 2749, 1932.

Meijers 1948

E.M. Meijers, *De Algemene Begrippen van het Burgerlijk Recht*, Leiden: Universitaire Pers 1948.

Meijers 1954

E.M. Meijers, *Verzamelde Privaatrechtelijke Opstellen I*, Leiden: Universitaire Pers 1954.

Musil 1988

R. Musil, *De man zonder eigenschappen*, Ned. Vert. I. Lesener, Amsterdam: Meulenhoff 1988.

Nassar 1995

N. Nassar, *Sanctity of Contract revisited, A story in theory and practice of longterm international commercial transactions*, Dordrecht: Martinus Nijhoff 1995.

Nieuwenhuis 1976

J.H. Nieuwenhuis, "Legitimatatie en heuristiek van het rechterlijk oordeel" in: *Rechtsgeleerd Magazijn Themis*, 1976.

Nieuwenhuis 1979

J.H. Nieuwenhuis, *Drie beginselen van contractenrecht*, diss. Leiden, Deventer: Kluwer 1979.

Nieuwenhuis 1995a

J.H. Nieuwenhuis, "Een discursieve grootheid", *NJB* 1995, afl. 38.

Nieuwenhuis 1995b

J.H. Nieuwenhuis, "Vernietigen, ontbinden of aanpassen. Wat is het lot van teleurstellende overeenkomsten?" in: *WPNR* 2164, 1995.

Ohly 2001

A. Ohly, "Generalklauseln und Richterrecht" in: *AcP*, 2001.

Oudemans 1988

Th.C.W. Oudemans, "Gadamer's wijsgerige interpretatieleer" in: *Hermeneutiek — filosofische grondslagen van mens- en cultuurwetenschappen*, Amsterdam: Boom 1988.

Pears 1987

D. Pears, *The false prison, Volume 1 & Volume 2*, Oxford: Oxford University Press 1987.

Peczenik 1977

A., Aarnio, R. Alexy en A. Peczenik, "The foundation of legal reasoning" in: *Rechts-theorie*, Beiheft 21, nr. 2, Dordrecht: Kluwer Academic Publishers 1977.

Philipse 1992

H. Philipse, "Naturalisme, idealisme, en de taak van de filosofie" in: *Filosofie aan de grens*, (red. H.P. Kunneman en Th. C.W. Oudemans), Assen: Van Gorcum 1992.

Pufendorf 1991

S. Pufendorf, *On the Duty of Man and Citizen according to Natural Law*, Cambridge: Cambridge University Press 1991.

Quine 1964

W.O. Quine, *Words and Objects*, Cambridge (Massachusetts): MIT Press 1964.

Reurich 1999

T. Hartlief en L. Reurich, "De invloed van een afkoelingsperiode op toepassing van het dwalingsleerstuk" in: *WPNR* 6342, 1999.

Reurich 2003

L. Reurich, "Functies van redelijkheid en billijkheid", *BWKJ* 19, Deventer: Kluwer 2003.

Rorty 1967

R.M. Rorty, "Metaphilosophical Difficulties of Linguistic Philosophy", voorwoord bij *The Linguistic Turn* (ed. R.M. Rorty), Chicago: The university of Chicago Press 1967.

Schleiermacher 1995

F. Schleiermacher, *Hermeneutik und Kritik*, herausgegeben und eingeleitet von Manfred Frank, Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag 1995.

Schoordijk 1979

H.C.F. Schoordijk, *Het algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht naar het nieuw burgerlijk wetboek*, Deventer: Kluwer 1979.

Schoordijk 1988

H.C.F. Schoordijk, "Iets over de ontwikkeling van het burgerlijk recht in wetenschap en praktijk in deze eeuw tot ongeveer 1960", *WPNR* 5885, 1988.

Sellars 1980

W. Sellars, "Language, Rules and Behavior" in: *Pure Pragmatics and Possible Worlds, The early essays of Wilfrid Sellars* (ed. J.F. Sicha), Atascadero: Ridgeview Publishing Company 1980.

Sellars

W. Sellars, "Inference and Meaning", *Mind* 62, 1953, herdrukt in: *Pure Pragmatics and Possible Worlds, the early essays of Wilfrid Sellars*, (ed. J.F. Sicha), Atascadero: Ridgeview Publishing Company 1980.

Sellars

W. Sellars, "Some reflections on language games" in: *Science, Perception and Reality*, Atascadero: Ridgeview Publishing Company 1991.

Sigwart 1904a

C. Sigwart, *Logik, Erster Band: die Lehre vom Urteil, vom Begriff und vom Schluss*, Tübingen: Verlag von J.C.B. Mohr 1904a (1^e Aufl. 1873).

Sigwart 1904b

C. Sigwart, *Logik, Zweiter Band: die Methodenlehre*, Tübingen: Verlag von J.C.B. Mohr 1904b (1^e Aufl. 1878).

Smith 1998

C.E. Smith, *Feit en rechtsnorm, een methodologisch onderzoek naar de betekenis van feiten voor de rechtsvinding en legitimatie van het rechtsoordeel*, diss. Leiden, Maastricht: Shaker Publishing 1998.

Smits 1995

J.M. Smits, *Het vertrouwensbeginsel en de contractuele gebondenheid: beschouwingen omtrent de dogmatiek van het overeenkomstenrecht*, diss. Leiden 1995, Deventer: Kluwer 1995.

Snijders 1996

H.J. Snijders, "Recensie Asser-Vranken en de congresbundel Rechtsvinding", *NTBR*, 1996.

Stammler 1936

G. Stammler, *Deutsche Logikarbeit seit Hegels Tod*, Berlin: Verlag für Staatswissenschaft und Geschichte 1936.

Teubner 1971

G. Teubner, *Standards und Direktiven in Generalklauseln, Möglichkeiten und Grenzen der empirischen Sozialforschung bei der Präzisierung der Gute-Sitten-Klauseln im Privatrecht*, Frankfurt am Main: Athenäum Verlag GmbH 1971.

Teubner 1978

G. Teubner, 'Generalklauseln als sozionormative Modelle' in: *Generalklauseln als Gegenstand der Sozialwissenschaften*, Baden-Baden 1978.

Tjittes 1999

R.P.J.L. Tjittes, "Relativering van rechtsverwerking" in: *NTBR*, nr. 7, 1999.

Toulmin 1958

S.Toulmin, *The uses of argument*, Cambridge: Cambridge University Press 1958.

Turner 1994

S.P. Turner and Regis A. Factor, *Max Weber, The Lawyer as Social Thinker*, London, New York: Routledge 1994.

Von Savigny 1803

F.C. von Savigny, *Das Recht des Besitzes: eine civilistische Abhandlung*, Giessen: Heijer 1803.

Van Dunné

J. van Dunné, *Normatieve uitleg van rechtshandelingen*, diss. Leiden, Deventer: Kluwer 1971.

Valk 1989

W.L. Valk, Redelijkheid en billijkheid in het nieuwe Burgerlijk Wetboek, in: *Erudita Ignorantia*, Arnhem: Gouda Quint 1989.

Valk 1992

W.L. Valk, "Recht een billijkheid De zin en de legitimiteit van het voorlopige rechtsoordeel", in: *Als een goed huisvader, opstellen aangeboden aan J.H. Nieuwenhuis*, Deventer: Kluwer 1992.

Valk 1999

W.L. Valk, "Opzegging en de verhouding tussen art. 6:248 en 6:258 BW" in: *WPNR* 6382, 1999.

Van Erp 1990

J.H.M. van Erp, *Contract als rechtsbetrekking: een rechtsvergelijkende studie*, Zwolle: Tjeenk Willink 1990.

Van Nieuwstadt 1987

M.J. van Nieuwstadt, *Dialectiek van de verlichting*, Nijmegen: Sun 1987.

Vranken 1978

J.B.M. Vranken, *Kritiek en methode in de rechtsvinding. Een onderzoek naar de betekenis van de hermeneutiek van H. G. Gadamer voor de analyse van het rechterlijk beslissingsgebeuren*, diss. Nijmegen 1978, Deventer: Kluwer 1978.

Vranken 2003

A. Hammerstein en J.B.M. Vranken, *Beëindigen en wijzigen van overeenkomsten. Een horizontale vergelijking*, 2e druk monografieën Nieuw BW nr. A10, Deventer: Kluwer 2003.

Van der Wiel 2004

B.T.M. Van der Wiel, *De rechtsverhouding tussen procespartijen*, diss. Leiden 2004, Deventer: Kluwer 2004.

Waismann 1968

F. Waismann, *How I see philosophy*, New York: St. Martin's Press 1968.

Weber 1980

M. Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft, Grundrisse der verstehenden Soziologie*, Tübingen: Mohr 1980 (1^e Aufl. 1921).

Weber 1992

R. Weber, "Einige Gedanken zur Konkretisierung von Generalklauseln durch Fallgruppen" in: *AcP*, 1992.

Weinberger 1983

O. Weinberger, "Logische Analyse als Basis der juristischen Argumentation" in: W. Krawietz/R. Alexy (Hg.), *Metatheorie juristischer Argumentation*, Berlin: Duncker & Humblot 1983.

Wellmer 1985

A. Wellmer, "Wahrheit, Schein Versöhnung, Adornos ästhetische Rettung der Modernität" in: *Zur dialektik von Moderne und Postmoderne*, Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag 1985.

Wellmer 1986

A. Wellmer, *Ethik und Dialog*, Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag 1986.

Wellmer 1993

A. Wellmer, *The Persistence of Modernity, essays on Aesthetics, Ethics and Postmodernism*, Cambridge (Massachusetts): MIT Press 1993.

Wellmer 1993

A. Wellmer, "Ludwig Wittgenstein — Über die Schwierigkeiten einer Rezeption seiner Philosophie und ihre Stellung zur Philosophie Adornos", in: *Eindspiele: Die unversöhnliche Moderne*, Frankfurt am Main: Suhrkamp 1993.

Wellmer 1997

A. Wellmer, "Verstehen und Interpretieren", *Deutsche Zeitschrift für Philosophie*, nr. 45, 1997.

Wiarda 1999

G.J. Wiarda, *Drie typen van rechtsvinding*, bewerkt door T. Koopmans, 4^e druk, Zwolle 1999.

Wissink 2001

W.H. Wissink, *Richtlijnconforme interpretatie van burgerlijk recht*, diss. Leiden 2001, Deventer: Kluwer 2001.

Wittgenstein 1958

L. Wittgenstein, *Philosophical Investigations*, 2nd edition, Oxford: Blackwell Publishers 1958.

Yablon 1987

C. Yablon, "Law and Metaphysics", *Yale Law Journal* 613, 1987.

Zimmermann 1993

R. Zimmermann, "Heard melodies are sweet, but those unheard are sweeter...", *condicio tacita*, implied condition und die Fortbildung des europäischen Vertragsrecht" in: *AcP* 1993.

Personenregister

A

Abas, P. | p. 139, 150, 151
Adorno, T.W. | p. 20, 21
Alexy, R. | p. 17, 22, 25-29
Aster, E. | p. 31
Austin, J.L. | p. 22

B

Bakels, F.B. | p. 109, 111, 157, 158, 159, 160, 166, 167
Barendrecht, J.M. | p. 37, 43-45, 174, 185
Beater, A. | p. 42
Bix, B. | p. 53-54, 60
Black, M. | p. 14
Boukema, C.A. | p. 149
Brandom, R.B. | p. 30, 32, 50, 63, 64, 73-80
Brunner, C.J.H. | p. 106, 142, 149, 170

C

Canaris, C.W. | p. 30, 32-37, 44, 86, 87, 149
Carnap, R. | p. 62
Caroll, L. | p. 63
Chao-Duivis, M.A.B. | p. 138, 139, 140, 141

D

Davidson, R. | p. 65
De Boer, Th. | p. 24, 52
De Groot, H. de | p. 31, 32, 44, 72, 128
De Schmidt | p. 93
Derrida, J. | p. 59
Diephuis, G. | p. 111
Drion, H. | p. 13, 15
Dworkin, R. | p. 27, 49, 185

E

Engisch, K. | p. 33
Euripides | p. 31

F

Fish, S. | p. 59
Frege, G. | p. 62

G

Gadamer, H.G. | p. 23, 33, 35, 36
Gordley, J. | p. 46
Günther, K. | p. 39-40

H

Habermas, J. | p. 17-25, 27, 29, 30, 39, 40
Hammerstein, A. | p. 88, 138
Hare, R.M. | p. 18
Hart, H.L.A. | p. 33, 45, 49, 57-61
Hartkamp, A.S. | p. 93, 95, 106, 107, 110, 111, 113, 124, 136, 143, 149, 150, 151, 152, 159, 169, 176
Hartlief, T. | p. 157, 158, 166
Hedemann, J.W. | p. 174, 175
Heidegger, M. | p. 23
Hermes, H. | p. 54
Hesselink, M.W. | p. 43-45, 139, 174
Hijma, Jac. | p. 86, 87, 97, 106, 111, 114, 118, 119, 123, 137, 138, 152, 153, 169
Hondius, E.H. | p. 149
Horkheimer, M. | p. 20, 21
Huizinga, J. | p. 8
Husserl, E. | p. 6, 51, 52, 91

J

Jhering, J. von | p. 10

K

- Kant, I. | p. 6, 7, 8, 17, 18, 20, 25, 29, 32, 44, 51, 52, 55, 67, 72, 75, 83, 84, 85, 128
 Kennedy, D. | p. 17, 45, 49-55
 Keulartz, J. | p. 20
 Kohler, J. | p. 46
 Kripke, S. | p. 59, 66, 70, 71
 Kunneman, H. | p. 20

L

- Larenz, K. | p. 30, 32-37, 38, 40, 44, 94, 149
 Lewis, D. | p. 65, 78
 Lokin, J.H.A. | p. 14, 168
 Lukács, G. | p. 21

M

- Macneil, I. | p. 17, 45-49, 78
 Macneil, I. | p. 45-49
 Mahler, G. | p. 18
 McCarthy, T. | p. 19
 Meijers, E.M. | p. 5-16, 18, 29, 30, 83-86, 92, 109, 120, 128, 139, 158, 159, 162, 168

N

- Nassar, N. | p. 47-49
 Nieuwenhuis, J.H. | p. 13, 14, 112, 123, 158,

O

- Ohly, A. | p. 174

P

- Pears, D. | p. 72
 Philipse, H. | p. 24
 Popper, K.R. | p. 43
 Pufendorf, S. | p. 31, 32, 44, 72, 128

Q

- Quine, W.O. | p. 14

S

- Savigny F.C. von, | p. 7
 Schleiermacher, F. | p. 22
 Scholten, P. | p. 13, 38, 72, 93, 95, 96
 Schoordijk, H.C.F. | p. 13, 106
 Sellars, W. | p. 61-65, 73-80, 83-86
 Sigwart, C. | p. 10-13, 62
 Smits, J.M. | p. 37, 176
 Snijders, H.J. | p. 15, 131

T

- Teubner, G. | p. 175, 176
 Tjittes, R.P.J.L. | p. 112
 Toulmin, S. | p. 22

V

- Valk, L.W. | p. 13, 149, 150, 158
 Van der Wiel, B.T.M. | p. 128
 Van Dunné, J. | p. 13
 Van Erp, J.H.M. | p. 46
 Van Schaick, B. | p. 139, 141
 Vranken, J.B.M. | p. 15, 88, 89, 115, 138

W

- Weber, M. | p. 12
 Weber, R. | p. 30, 40-42, 44, 149
 Weinberger, O. | p. 28
 Wellmer, A. | p. 19, 30, 36, 37-40, 44, 65
 Wiarda, G.J. | p. 15
 Wissink, W.H. | p. 87
 Wittgenstein, L. | p. 12, 59, 60, 66-72

Y

- Yablon, C. | p. 60

Z

- Zimmermann, R. | p. 39, 46

Zakenregister

A

argumentatieregels | p. 25-29

B

Begriffsjurisprudentz | p. 7, 84

C

categorisch imperatief | p. 7, 18-19, 32, 36

coherentie | p. 16, 85-92

concretisering | p. 33

Critical Legal Studies | p. 53, 59, 60

D

discourstheorie | p. 18-30

doorsnee-typen | p. 13

dwaling | p. 135-148

E

enthymeme | p. 62

evenredige reductie | p. 122-124

F

Fallgruppen | p. 40-42

familiegelekenis | p. 12

fenomenologie | p. 6, 49-55

formalisme | p. 18-30

H

hermeneutische cirkel | p. 22-23

heurisme | p. 12, 85

I

ideaal typen | p. 12

L

leemte | p. 86-87

M

materiële redenering | p. 62-65

N

normale type | p. 12

normatieve score | p. 77, 78, 80, 85, 95-96, 104, 129

O

oneindige regressie | p. 54, 58-61, 68, 69,

ontbinding wegens een tekortkoming | p. 157-171

onverbrekelijk verband | p. 124-126

onvoorziene omstandigheden | p. 148-156

R

rechtsovertuiging | p. 15, 16, 92-96

regelisme | p. 30-45, 64

regelmaticisme | p. 45-55

relational contract theory | p. 46-49

S

sprong van Scholten | p. 33, 38, 72

syllogisme | p. 5, 9, 10, 13, 36, 59, 61, 62, 63, 65, 75, 85

T

terughoudende toetsing | p. 108, 177-179

Curriculum vitae

1967	geboren te Arnhem
1986	eindexamen V.W.O., Christelijk Lyceum Arnhem
1992	doctoraal examen Nederlands recht, Universiteit Leiden
1992-	universitair docent bij de afdeling Burgerlijk Recht aan de Universiteit Leiden
1993	doctoraal examen Wijsbegeerte, Universiteit van Amsterdam
1994	doctoraal examen Musicologie (<i>cum laude</i>), Universiteit van Amsterdam
2003	rechter-plaatsvervanger rechtbank Haarlem
2004-	rechter rechtbank Haarlem/Alkmaar

In de boekenreeks van het E.M. Meijers Instituut voor Rechtswetenschappelijk Onderzoek van de Faculteit der Rechtsgeleerdheid, Universiteit Leiden, zijn verschenen:

- MI-1 T. Barkhuysen, *Artikel 13 EVRM: effectieve nationale rechtsbescherming bij schending van mensenrechten* (diss. Leiden), Lelystad: Koninklijke Vermande 1998, ISBN 90 5458 530 7.
- MI-2 E.E.V. Lenos, *Bestuurlijke sanctietoepassing en strafrechtelijke waarborgen in de sociale zekerheid* (diss. Leiden), Lelystad: Koninklijke Vermande 1998, ISBN 90 5458 558 7.
- MI-3 M.V. Polak (red.), *Geschillenbeslechting naar behoren. Algemene beginselen van behoorlijke geschillenbeslechting in traditionele en alternatieve procesvormen*, Deventer: Kluwer 1998, ISBN 90 2683 298 2
- MI-4 C.E. Smith, *Feit en rechtsnorm* (diss. Leiden), Maastricht: Shaker 1998, ISBN 90 4230 045 0
- MI-5 S.D. Lindenberg, *Smartengeld* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1998, ISBN 90 2683 324 5
- MI-6 P.B. Cliteur, G.J.J. Heerma van Voss, H.M.T. Holtmaat & A.H.J. Schmidt (red.), *Sociale cohesie en het recht*, Lelystad: Koninklijke Vermande 1998, ISBN 90 5458 618 4
- MI-7 M.H. Elferink, *Verwijzingen in wetgeving. Over de publiekrechtelijke en auteursrechtelijke status van normalisatienormen* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1998, ISBN 90 2683 352 0
- MI-8 P.T.C. van Kampen, *Expert Evidence Compared. Rules and Practices in the Dutch and American Criminal Justice System* (diss. Leiden), Antwerpen/Groningen: Intersentia 1998, ISBN 90 5095 049 3
- MI-9 N.C. van Steijn, *Mobil Oil III, een uitvinding of een ontdekking? Een onderzoek naar de gevolgen van de Mobil Oil III-beschikking van het Europees Octrooi Bureau van Nederland*, Den Haag: Jongbloed 1999, ISBN 90 7006 221 6
- MI-10 R.A. Lawson, *Het EVRM en de Europese Gemeenschappen; bouwstenen voor een aansprakelijkheidsregime voor het optreden van internationale organisaties* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1999, ISBN 90 2683 463 2
- MI-11 J. Junger-Tas & J.N. van Kesteren, *Bullying and Delinquency in a Dutch School Population*, New York: Kugler Publications 1999 (or PB 97747, 2509 GC Den Haag), ISBN 90 6299 171 8
- MI-12 T. Hartlief & C.J.J.M. Stolker (red.), *Contractvrijheid*, Deventer: Kluwer 1999, ISBN 90 2683 511 6
- MI-13 P.W. Brouwer, M.M. Henket, A.M. Hol & H. Kloosterhuis (red.), *Drie dimensies van recht: rechtstheorie, rechtsgeleerdheid, rechtspraktijk*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 1999, ISBN 90 5454 026 5
- MI-14 T. Hartlief, *De vrijheid beschermd*, Deventer: Kluwer 1999, ISBN 90 2683 567 1
- MI-15 H.B. Krans, *Schadevergoeding bij wanprestatie*, Deventer: Kluwer 1999, ISBN 90 2683 557 4
- MI-16 H.I. Sagel-Grande & M.V. Polak (eds.), *Models of conflict resolution*, Antwerpen: Maklu 1999, ISBN 90 6215 651 7
- MI-17 H.J.Th.M. Van Roosmalen, *The King can do no wrong. Overheidsaansprakelijkheid naar Engels recht onder invloed van de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen*, Den Haag: Jongbloed 2000, ISBN 90 7006 223 2
- MI-18 R.A. Lawson & E. Myjer, *50 jaar EVRM*, Leiden: Stichting NJCM-Boekerij 2000, ISBN 90 6750 038 0
- MI-19 C.B. van der Net, *Grenzen stellen op het Internet. Aansprakelijkheid van Internet-providers en rechtsmacht*, Deventer: Gouda Quint 2000, ISBN 90 2683 622 8
- MI-20 R.P. Raas, *Het Benelux Merkenrecht en de Eerste Merkenrichtlijn: overeenstemming over verwarring?*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2000, ISBN 90 5454 028 1
- MI-21 R.H. Haveman, P. Ölçer, Th.A. de Roos & A.L.J. van Strien (red.), *Seks, zeden en strafrecht*, Deventer: Gouda Quint 2000, ISBN 90 3870 798 3
- MI-22 W.J. Zwolve, *Qui solvit alii. Beschouwingen over betaling aan inningsonbevoegden*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2000, ISBN 90 5454 033 8
- MI-23 Hans Krabbendam & Hans Martien ten Napel (eds.), *Regulating Morality. A Comparison of the Role of the State in Mastering the Mores in the Netherlands and the United States*, Antwerpen: Maklu 2000, ISBN 90 6215 736 x

- MI-24 Jan-Peter Loof, Hendrik Ploeger & Arine van der Steur, *The right to property. The influence of Article 1 Protocol no. 1 ECHR on several fields of domestic law*, Maastricht: Shaker Publishing 2000, ISBN 90 4230 103 1
- MI-25 D.L.M.T. Dankers-Hagenaars, *Op het spoor van de concessie. Een onderzoek naar het rechtskarakter van de concessie in Nederland en in Frankrijk*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2000, ISBN 90 5454 042 7
- MI-26 T. Hartlief & M.M. Mendel (red.), *Verzekering en maatschappij. Juridische beschouwingen over de maatschappelijke rol van verzekeringen en verzekeringsmaatschappijen*, Deventer: Kluwer 2000, ISBN 90 2683 713 5
- MI-27 J.E.M. Polak, *Effectieve bestuursrechtspraak. Enkele beschouwingen over het vermogen van de bestuursrechtspraak geschillen materieel te beslechten*, (oratie Leiden), Deventer: Kluwer 2000, ISBN 90 2715 268 3
- MI-28 H.F. Munneke, *Recht en samenleving in de Nederlandse Antillen, Aruba en Suriname. Opstellen over recht en sociale cohesie*, Nijmegen: Wolf Legal Productions 2001, ISBN 90 5850 011 x
- MI-29 C.P.M. Cleiren, *Geding buiten geding. Een confrontatie van het geding voor de strafrechter met strafrechtelijke ADR-vormen en mediation*, (oratie Leiden), Deventer: Kluwer 2001, ISBN 90 3870 833 5
- MI-30 W.M. Visser 't Hooft, *Japanese Contract and Anti-Trust Law. A Sociological and Comparative Study*, Richmond: Curzon Press 2001
- MI-31 M.H. Wissink, *Richtlijnconforme interpretatie van burgerlijk recht*, Deventer: Kluwer 2001, ISBN 90 2683 763 1
- MI-32 X.E. Kramer, *Het kort geding in internationaal perspectief. Een rechtsvergelijkende studie naar de voorlopige voorziening in het internationaal privaatrecht*, Deventer: Kluwer 2001, ISBN 90 2683 784 4
- MI-33 P.B. Cliteur & V. Van Den Eeckhout, *Multiculturalisme, cultuurrelativisme en sociale cohesie*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2001, ISBN 90 5454 093 1
- MI-34 C.P.M. Cleiren & G.K. Schoep (red.), *Rechterlijke samenwerking*, Deventer: Gouda Quint 2001, ISBN 90 3870 848 3
- MI-35 A.C. 't Hart, *Hier gelden wetten! Over strafrecht, openbaar ministerie en multiculturalisme*, Deventer: Gouda Quint 2001, ISBN 90 3870 847 5
- MI-36 U Drobnič, H.I. Sagel-Grande & H.J. Snijders, *Neue Entwicklungen im deutschen und niederländischen Involvenzrecht sowie Kreditsicherheiten an Mobilien*, Amsterdam: Rozenberg Publishers 2001, ISBN 90 6170 546 8
- MI-37 E.R. Muller & C.J.J.M. Stolker, *Ramp en recht. Beschouwingen over rampen, verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2001, ISBN 90 5454 113 x
- MI-38 P.B. Cliteur, H.J. van den Herik, N.J.H. Huls & A.H.J. Schmidt (red.), *It ain't necessarily so*, Deventer: Kluwer 2001, ISBN 90 2683 854 9
- MI-39 E.R. Muller, *Conflictbeslechting: Kruisbestuiving van rechtswetenschap en bestuurskunde*, (oratie Leiden), Alphen aan den Rijn: Kluwer 2001, ISBN 90 1408 204 5
- MI-40 H.C. Wiersinga, *Nuance in benadering. Culturele factoren in het strafproces*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2002, ISBN 90 5454 155 5
- MI-41 W. den Ouden, *De subsidieverplichting; wie betaalt bepaalt? Een onderzoek naar de rechtmatigheid van subsidieverplichtingen*, Deventer: Kluwer 2002, ISBN 90 2683 887 5
- MI-42 I. Sagel-Grande, *In the best interest of the child. Conflict resolution for and by children and juveniles*, Amsterdam: Rozenberg Publishers 2001, ISBN 90 5170 572 7
- MI-43 W.M. Visser 't Hooft, *Japanese Contract and Anti-Trust Law. Sociological and Comparative Study*, Richmond Surrey: Curzon Press 2002, ISBN 07 0071 577 0
- MI-44 M. Dekker, *Het water meester. Het recht rond de overheidszorg voor de beveiliging tegen overstroming*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2002, ISBN 90 5454 188 1
- MI-45 M. Lurks, W. Den Ouden, J.E.M. Polak & A.E. Schilder, *De grootste gemene deler. Opstellen aangeboden aan prof. mr. Th.G. Drupsteen ter gelegenheid van zijn afscheid van de Universiteit Leiden op 31 mei 2002*, Deventer: Kluwer 2002, ISBN 90 2684 004 7

- MI-46 S.C. Huisjes, *Over dode lijnen en een heuvel recht. De privaatrechtelijke aansprakelijkheid voor schade als gevolg van falende telecommunicatiedienstverlening*, Deventer: Kluwer 2002, ISBN 90 2684 003 9
- MI-47 M. Hallers, C. Joubert & J. Sjöcrona (eds.), *The Position of the Defence at the International Criminal Court and the Role of the Netherlands as the Host State*, Amsterdam: Rozenberg Publishers 2002, ISBN 90 5170 625 1
- MI-48 K. Teuben, *Rechtsregelingen als 'recht' in de zin van art. 79 Wet RO*, Den Haag: Jongbloed 2002, ISBN 90 7006 231 3
- MI-49 M. Hallers, A.J. Mauritz, E.R. Muller & C.J.J.M. Stolker, *Beginselen van behoorlijk rampenonderzoek*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2002, ISBN 90 5454 251 9
- MI-50 J.C. van der Steur, *Grenzen van rechtsobjecten. Een onderzoek naar de grenzen van objecten van eigendomsrechten en intellectuele eigendomsrechten*, Deventer: Kluwer 2003, ISBN 90 268 4117 5
- MI-51 Y.L.L.A.M. Delfos-Roy, C. de Groot, P.A.C.E. van der Kooij, S.J.A. Mulder (red.), *Zekerheidshalve. Opstellen aangeboden aan prof. mr. M.M. Mendel*, Deventer: Kluwer 2003, ISBN 90 268 4083 7
- MI-52 B. Barentsen, *Arbeidsongeschiktheid. Aansprakelijkheid, bescherming en compensatie*, Deventer: Kluwer ISBN 90G 0000 61X
- MI-53 A.F.M. Brenninkmeijer, M. Hallers, A.T. Marseille, N.M. Mulder & G.K. Schoep (red.), *De taakopvatting van de rechter*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003, ISBN 90 5454 279 9
- MI-54 H. Snijders & S. Weatherill, *E-commerce Law. National and transnational topics and perspectives*, Londen: Kluwer International 2003
- MI-55 F.B. Ronkes Agerbeek, *Zeg ik dat goed? EU-ambtenaren en hun vrijheid van meningsuiting*, Den Haag: Jongbloed 2003, ISBN 90 7006 2 33 x
- MI-56 A.C. Damsteegt, *De aansluiting van de Werkloosheidswet op het ontslagrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003, ISBN 90 5454 312 4
- MI-57 P. Vos, *Kredietopdraging en Insolventierisico. Overlevingskansen van bedrijven in financiële moeilijkheden en de Faillissementswet*, Deventer: Kluwer 2003, ISBN 90 13 00580 2
- MI-58 P.B. Cliteur & H.-M.Th.D. ten Napel (red.), *Rechten, plichten, deugden*, Nijmegen: Ars Aequi libri 2003, ISBN 90 6916 485 X
- MI-59 F.J.M. Feldbrugge (red.), *Law's beginnings*, Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publishers 2003, ISBN 90 0413 705X
- MI-60 A.F.M. Brenninkmeijer, *Effectieve conflictoplossing bij individuele arbeidsconflicten*, en L.C.J. Sprengers, *Collectieve belangen – uiteenlopende geschillen (oraties Leiden)*, Den Haag: Sdu 2003
- MI-61 A.H. Scheltema, *De goederenrechtelijke werking van de ontbindende voorwaarde*, Deventer: Kluwer 2003, ISBN 90 13 00744 9
- MI-62 W.H. Pokorný-Versteeg, *Milieu-effectrapportage in Nederland en de direct aangrenzende EU-lidstaten. Een rechtsvergelijkend onderzoek*, Deventer: Kluwer 2003, ISBN 90 13 00946 8
- MI-63 A.P.A. Broeders, *Op zoek naar de bron. Over de grondslagen van de criminalistiek en de waardering van het forensisch bewijs*, Deventer: Kluwer 2003, ISBN 90 13 00964 6
- MI-64 C.L.J. Caminada & K.P. Goudswaard, *Verdeelde zekerheid. De verdeling van baten en lasten van sociale zekerheid en pensioenen*, Den Haag: Sdu 2003, ISBN 90 1210 006 2
- MI-65 B.T.M. van der Wiel, *De rechtsverhouding tussen procespartijen*, Deventer: Kluwer 2004
- MI-66 A.J. Mauritz, *Liability of the operators and owners of aircraft for damage inflicted to persons and property on the surface*, Maastricht: Shaker 2003, ISBN 90 423 0234 8
- MI-67 T. Hartlief, Jac. Hijma & L. Reurich (red.), *Coherente instrumenten in het contractenrecht*, Deventer: Kluwer 2003 ISBN 90 13 0092 47
- MI-68 E.I. Helsloot, E.R. Muller, R. Pieterman & W.J.M. Voermans (red.), *Vervoer gevaarlijke stoffen in perspectief. Evaluatie van de Wet vervoer gevaarlijke stoffen 1996-2002*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003, ISBN 90 5454 420 1
- MI-69 W.J.M. Voermans, *Toedeling van bevoegdheid (oratie Leiden)*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004, ISBN 90 5454 433 3

- MI-70 M.C. Zwanenburg, *Accountability under International Humanitarian Law for UN and NATO Peace Support Operations*, diss. Leiden 2004
- MI-71 M. Kuijer, *The Blindfold of Lady Justice. Judicial Independence and Impartiality in Light of the Requirements of Article 6 ECHR*, Nijmegen: Wolf Legal Productions 2004, ISBN 90 5850 074 8
- MI-72 V.J.A. Sütő, *Nieuw Vermogensrecht en rechtsvergelijking – reconstructie van een wetgevingsproces (1947-1961)*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004, ISBN 90 5454 467 8
- MI-73 Paul Cliteur, Hans Franken & Wim Voermans (red.), *Naar een Europese Grondwet*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004, ISBN 90 5454 471 6
- MI-74 S.L. Kuipers, *Cast in Concrete? The Institutional Dynamics of Belgian and Dutch Social Policy Reform*, Delft: Eburon Academic Publishers 2004, ISBN 90 5972 028 8
- MI-75 J. Heinsius, *Collectief ontslagrecht. Enkele voorstellen betreffende een betere regelgeving*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004, ISBN 90 5454 502 x
- MI-76 N. Djebali, *Procedures ter beslechting van interstatelijke verrekenprijsgeschillen*, Den Haag: Jongbloed 2004, ISBN 90 70062 36 4
- MI-77 M.M. Groothuis, *Beschikken en digitaliseren. Over normering van de elektronische overheid*, Den Haag: Sdu 2004, ISBN 90 5409 448 6
- MI-78 K. Teuben, *Rechtsregelingen in het burgerlijk (proces)recht*, (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2004, ISBN 90 1302 144 1
- MI-79 K.P. Goudswaard, C.L.J. Caminada & H. Vording, *Naar een transparanter loonstrookje?*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004, ISBN 90 5454 521 6
- MI-80 P.J. Slot & M. Bulterman (eds.), *Globalisation and Jurisdiction*, Den Haag: Kluwer Law International 2004, ISBN 90 411 2307 5
- MI-81 R. Holtmaat, *Grenzen aan gelijkheid*, (oratie Leiden), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004, ISBN 90 5454 523 2
- MI-82 J. van der Leun & L. Vervoorn, *Slavernij-achtige uitbuiting in Nederland*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004, ISBN 90-5454-534-8
- MI-83 B.C. Labuschagne (red.), *Religie als bron van sociale cohesie in de democratische rechtsstaat?*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2004, ISBN 90 6916 526 0
- MI-84 J.H. Crijns, P.P.J. van der Meij & G.K. Schoep, (red.), *De taak van de strafrechtswetenschap*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2005, ISBN 90 5454 554 2
- MI-85 G.K. Schoep & P.M. Schuyt, *Instrumenten ter ondersteuning van de rechter bij straftoemeting*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2005, ISBN 90 5850 107 8
- MI-86 M.E. Koppenol-Laforce (red.), *De Europese vennootschap (SE) in de praktijk*, Deventer: Kluwer, ISBN 90 13023 22 3
- MI-87 A.P.A. Broeders, *Ontwikkelingen in de criminalistiek. Van vingerspoot tot DNA-profiel – van zekerheid naar waarschijnlijkheid*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2005, ISBN 90 5454 576 3
- MI-88 I.S.J. Houben, *Contractdwang*, (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2005, ISBN 90 1302 715 6
- MI-89 T. Barkhuysen, W. den Ouden & J.E.M. Polak (red.), *Recht realiseren. Bijdragen rond het thema adequate naleving van rechtsregels*, Kluwer: Deventer 2005, ISBN 90-130-2811-X
- MI-90a L. Reurich, *De articulatie van gedragsnormen. Deel I: normen van vaagheid*, Kluwer: Deventer 2006
- MI-90b L. Reurich, *De articulatie van gedragsnormen. Deel II: vaagheid van normen*, (diss. Leiden), Kluwer: Deventer 2005, ISBN 90-130-2776-8

Overige publicaties van het E.M. Meijers Instituut:

- H.D. Ploeger, *Privaatrechtelijke aspecten van de aanleg van boortunnels*, Kluwer Rechtswetenschappen-lijke publicaties, Deventer: Kluwer 1997, ISBN 90 2683 122 6
- T. Heukels, N. Blokker & M. Brus (eds.), *The European Union after Amsterdam; A Legal Analysis*, The Hague: Kluwer Law International 1998, ISBN 90 411 1131 x
(together with the Europa Instituut, Universiteit Leiden)

- T. Barkhuysen, M.L. van Emmerik & P.H.P.H.M.C. van Kempen (eds.), *The Execution of Strasbourg and Geneva Human Rights Decisions in the National Legal Order*, The Hague: Kluwer Law International 1999, ISBN 90 411 1152 2
(together with Van Asbeck Centrum, Universiteit Leiden)
- H. Peter van Fenema, *The International Trade in Launch Services, The Effects of US Laws, Policies and Practices on its Development*, Leiden 1999, ISBN 90 901 3064 0
(together with International Institute of Air and Space Law)
- E.C. Nieuwenhuys & M.M.T.A. Brus, *Multilateral Regulation of Investment*, Den Haag: Kluwer Law International 2001, ISBN 90 411 9844 x
- E. Nieuwenhuys, A. Toussaint & M. Valstar, *Verslag van het symposium Internationale Dimensies van Maatschappelijk Verantwoord Ondernemen*, Leiden: E.M. Meijers Instituut 2002, ISBN 90 9016 080 9
- E.R. Muller & J.P. Coenen, *Parlementair onderzoek in Nederland*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2002, ISBN 90 1209 700 2
- E.R. Muller, D. Starink, J.M.J. Bosch & I.M. de Jong, *Krijgsmacht. Studies over de organisatie en het optreden*, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2004, ISBN 90 1301 130 6
- E.R. Muller, *Veiligheid. Studies over inhoud, organisatie en maatregelen*, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2004, ISBN 90 1301 129 2