

DE METHODE VAN RECHTSVINDING EN HAAR GESCHIEDENIS

door

Prof. Mr. H.C.F. SCHOORDIJK(*)

De belangstelling voor de methode van de rechtsvinding heeft haar „ups” en „downs”. Vóór (Von Jhering) en ná 1900 (Geny, Saleilles) zijn Duitsland en Frankrijk zich hierop gaan bezinnen. Lange tijd bleef het dan wat stil. Scholtens Algemeen Deel (1932) was voor de Nederlandstalige rechtwereld een belangrijke gebeurtenis. Dit boek werd echter eerst na de oorlog echt geraadpleegd. Het was pas in de tijd tussen 1955 en 1970 dat de juristen in allerlei landen — te denken valt o.m. aan Dworkin, Esser, Hart, Larenz, Perelman, Ter Heide, Van Gerven, Van Hoecke — wederom de vraag stelden: wat doet de rechter en wat moet hij in onze dagen doen? Eerst eind twintigste eeuw wordt aandacht geschonken aan de methode van rechtsvinding vanuit rechtshistorisch en rechtsvergelijkend zicht. Recente studies van Schröder, Vogenauer en Zimmermann geven de auteur zijn bijdrage in.

(*) Emeritus hoogleraar (Anglo-Amerikaans) privaatrecht UvT en UvA.

INHOUD

- I. INLEIDING (1-3)
- II. DE WAARDE VAN VOGENAUERS STUDIE (4-7)
- III. RECHTSVINDING TOT 1800 (8-11)
- IV. UITLEG IN FRANKRIJK EN NEDERLAND VANAF 1800-1900 (12-14)
- V. FRANSE RECHTSONTWIKKELING NA 1800 — INTERPRETATIE NA DE INVOERING VAN DE CODE CIVIL IN FRANKRIJK EN NA DE INVOERING VAN HET BW VAN 1838 IN NEDERLAND (15-17)
- VI. DE DUITSE RECHTSONTWIKKELING IN DE NEGENTIENDE EEUW (18-20)
- VII. DE DUITSE RECHTSONTWIKKELINGEN NA 1900 (21-23)
- VIII. RECHTSONTWIKKELING IN NEDERLAND NA 1880 (24-25)
- IX. INTERPRETATIE NAAR ENGELS RECHT (26-33)
- X. DE AMERIKAANSE RECHTSONTWIKKELING (34-35)
- XI. HEEFT HET EUROPESE HOF EEN METHODE VAN RECHTSVINDING? (36)
- XII. LEREN STUDIES OVER DE METHODE VAN UITLEG ONS IETS OVER HET RECHT VAN DE TOEKOMST? (37)

I. Inleiding

1. De methode van rechtsvinding kreeg eerst bij Von Savigny systematisch aandacht, na hem bij Von Jhering die met zijn *Der Zweck im Recht* zijn tijd ver vooruit was en eenieder — toen nog onbegrepen — duidelijk maakte dat de dogmatiek (lees de Pandektistiek) nooit een maatschappelijk aanvaardbare oplossing in de weg dient te staan. De invoering van het BGB (1900) gaf niet de stoot tot „*black letter law*” maar leidde tot grote aandacht voor een sociologisch getinte rechtsvinding die na de tweede wereldoorlog aanleiding gaf tot veel literatuur en een mede door de Grondwet vereiste „*Rechtsfortbildung*”.

Ook Frankrijk heeft zijn helden aan het begin van de twintigste eeuw gekend (Saleilles, Geny).

De lage landen bleven achter. Scholtens *Algemeen Deel* werd zeer geprezen. Eerst na de tweede wereldoorlog, zo rond de zeventiger jaren (Ter Heide, Wiarda, Langemeijer e.a., Van Hoecke, Perelman, Van Gerven) kregen de juristen weer echt aandacht voor de grenzen van de rechtsvinding. De onder invloed van Scholten en Meijers sterk historisch getinte wijze van rechtsvinding had reeds vlak voor de tweede wereldoorlog afgedaan, de wetenschap heroriënteerde zich, zo ook de rechtshistorici onder ons. Feenstra met name liet zien dat het beoefenen van rechtshistorie niet tot historisme hoeft te leiden, Ankum had aandacht voor de *Dogmengeschiede* die in Duitsland door het werk van vooral Coing het zicht, ook van de practicus, op het verleden verbreedde. Eerst de laatste jaren verschijnen werken over de historie van de rechtsvinding in wetenschap en praktijk. België bleef niet achter. Van Caenegem schreef de fraaie monografie *Judges, legislators and professors* (Cambridge, 1988). De bundel ter herdenking van Laurent in 1986 geeft interessant materiaal. Het werk van Vogenauer in twee delen vormt in dit verband een machtige bijdrage, al blijft er nog veel te wensen over.

2. Vogenauers studie in twee delen(1) heeft mijn aandacht meer dan een jaar lang gevangen gehouden. Een lezer is dan verplicht er veel omheen te lezen. Deel I van zijn werk heeft betrekking op de uitleg van wetten in continentaal Europa, zij het dat de schrijver zich beperkt tot Duitsland (Kapittel 1) en Frankrijk (Kapittel 2). De betekenis van

(1) S. VOGENAUER, *Die Auslegung von Gesetzen in England und auf dem Kontinent*, Max Planck Institut für Ausländisches Recht und internationales Privatrecht, Tübingen, Mohr-Siebeck, 2001.

de invoering van de grote wetgevingen voor de rechtsvinding, de C.C. van 1804 en het BGB, krijgt in het kader van de rechtsgeschiedenis alle aandacht (Kapittel 4). In Kapittel 3 komt de wetsuitleg van de Europese Hoven in de EU aan de orde. Deel II heeft betrekking op de Engelse rechtspraak en haar historie. Vergelijkingen worden gemaakt met continentale ontwikkelingen. Het is het werk van een bij verschijnen 34-jarig jurist, medewerker van Reinhard Zimmermann in Regensburg, die kort geleden verhuisd is naar het befaamde Max Planck Instituut in Hamburg. De hoeveelheid materiaal is overstelpend. Als een nadeel ervaar ik dat de rechtscultuur, die achter dit materiaal schuil gaat, soms voor de lezer wat verborgen blijft. In het werk van meer ervaren auteurs pleegt het associatieve denken een grotere rol te spelen.

3. In Europa wordt gedacht aan een éénvormig Europees privaatrecht. Veelal wordt in dit verband een beroep gedaan op het *Jus Commune* van 1800, recht dat — hoezeer verschillend naar tijd en plaats — doordrenkt was van het romeinsrechtelijk gedachtegoed, waarop het canonieke recht — naar vooral in de tweede helft van de vorige eeuw door onderzoek gebleken is — een aanmerkelijke invloed heeft gehad. Zelf geloof ik niet in dit *jus commune* als argument voor een éénvormig Europees recht — daarvoor zijn de Europese landen mede of wellicht vooral door hun verschillende wetgevingen en uiteenlopende rechtspolitieke doeleinden te veel uit elkaar gegroeid. Wat hiervan zij, zowel voor de gelovigen als voor niet-gelovigen is het van eminent belang vooral denkstijlen — zowel naar tijd als naar plaats — met elkander te vergelijken en dat op een wijze die „*Auslandkunde*” te boven gaat. Dit geeft meer inzicht in de mogelijkheid tot een éénvormig Europees privaatrecht te geraken dan het louter aan de orde stellen van rechtsinstituten. Een beoefenaar van hedendaags Nederlands recht kan bij dit vergelijken van zoveel ideeën — van wat ik nu maar noem methodologische en dogmatische aard — zich niet veroorloven — tenminste ook in grote lijnen — verre te blijven van het werk van rechtshistorici en rechtsvergelijkers. Het blijft voor een niet-specialist in de rechtshistorie overigens maar behelpen. Troost ontleen ik aan de gedachte dat ook rechtshistorici en rechtsvergelijkers veelal niet verder komen dan hun discipline. Menig rechtshistoricus verkrijkt zich op zijn beurt evenzeer doordat dogmatische kennis evenzeer een specialisme vormt. Hetzelfde geldt voor rechtsvergelijkers. Het belang van met name functionele rechtsvergelijking is groot. Talrijke tractaten en eenvormige wetten worden in de kiem gesmoord, worden niet ingevoerd of voldoen niet omdat de makers stil zijn blijven staan

bij onwrikbaar gedachte rechtsfiguren, bij het denken in tegenstellingen, bij onvoldoende zicht ook op denkstijlen.

II. De waarde van Vogenauers studie

4. De vlak naoorlogse generatie aankomende juristen stonden als het gaat om rechtshistorisch inzicht met betrekkelijk lege handen. De Romanisten hadden veel studie gemaakt van interpolaties om zo het „ware klassieke Romeinse recht” beter te leren onderkennen. Het werk was lange tijd sterk filologisch van aard en bood zo te weinig aan juristen. Om de waarde van het Romeinse recht aan te tonen hielden te onzent velen (Scholten, Meijers) het er op dat lijnen uit het verleden moesten en konden worden doorgetrokken. Naar achteraf duidelijk is geworden heeft dit historisme de rechtsontwikkeling tegengehouden. Daarmee is niet gezegd dat rechtshistorie weinig zin heeft. De student van vroeger hoeft van de bestudering van het Romeinse recht, zoals het na de oorlog veelal onderwezen werd, geen spijt te hebben. De sterk pandectistische benadering van dit recht in de collegebanken was en is nog steeds nuttig om rechtsfiguren, die in ieder rechtsstelsel voorkomen, te leren onderkennen. De inductieve wijze van denken van de Romeinen vervult een voorbeeldfunctie voor de jonge jurist die later met wetten moet omgaan.

Mager was in de vlak naoorlogse jaren nog de kennis van de periode 800 tot 1800. Deze periode kreeg eerst daarna (volop) aandacht (Feenstra), zo ook de dogmengeschiedenis. Veel inzichten levert dit op. Hoewel de historische interpretatie — zoals daarvoor begrepen — heeft afgedaan, krijgt de hedentijdse jurist dankzij de verworven kennis van het verleden, niet in het minst kijk op het *discontinue*. Dit werkt bevrijdend. En dat op het moment dat de bestudering van het Romeinse recht en de rechtshistorie in het onderwijs langzaam maar zeker is gemarginaliseerd.

De literatuur van thans maakt het voor een jurist en voor een wetenschapsbeoefenaar die niet zelfstandig de historie beoefent thans wel heel veel gemakkelijker dan vroeger. Als het gaat om de dogmengeschiedenis kan hij o.m. terugvallen op Coing (*Europäisches Privatrecht*(2)), als het gaat om de rechtsontwikkeling in Europa op Koschaker (*Europa und das Römische Recht*(3)) en Wieacker's *Privat-*

(2) In twee delen: I van 1500-1800, II van 1800-1914.

(3) Dat na de oorlog (1947) een *eye-opener* bleek en intussen ook in het Nederlands is vertaald.

recht der Neuzeit of op de fraaie studie van de Amerikaanse auteur J.P. Dawson (*The oracles of the law*).

5. De geschiedenis van de methode van rechtsvinding was vóór Vogenauer niet min of meer integraal te boek gesteld. Vogenauers studie voorziet hierin in ruime mate. De wijze van rechtsvinding van vóór en ná 1800 komt breed aan de orde. Het aangedragen materiaal is ronduit indrukwekkend.

Moeite heb ik echter met de structuur. Deel I, hoofdstuk 1 houdt een overzicht in van de *interpretatiepraktijk in Duitsland*. Het beslaat ongeveer 200 pagina's. Alle denkbare uitlegkriteria komen aan de orde: taal, wetshistorie, structuur (systeem der normen, buitenwettelijke maatstaven), etc. Daarbij heeft de auteur ook aandacht voor de vragen hoe al deze factoren gewogen zijn (onder D) en waarom dit zo is (onder E). Het kost de lezer soms veel moeite hier de chronologische structuur te onderkennen. Dit is niet onbelangrijk. Interessant bijvoorbeeld is het te weten wanneer analogiserend denken niet slechts ten onzent maar ook elders een grote rol gaat spelen.

In hoofdstuk 2 van deel I wordt de *Franse interpretatiepraktijk* onderzocht en in hoofdstuk 3 de interpretatiepraktijk van de *Europese gemeenschappen*. Steeds wordt consequent dezelfde indeling gevolgd en steeds ook kost het de lezer moeite te weten te komen wanneer in een bepaalde periode een bepaalde vorm van interpreteren in opmars is en of zij in de mode is. De lezer moet bij het bestuderen soms ook op zijn hoede zijn. Ten tijde van het Franse humanisme, bij ons ten tijde van de elegante school, werd door juristen vol bewondering teruggegrepen op het Romeinse recht⁽⁴⁾ zoals het geweest moet zijn. Zulks zegt dus niet veel over de *praktijk* van uitleg van wet en recht. In dat opzicht zijn verzamelingen van uitspraken, zoals die van Van Bynckershoek en van Pauw, belangrijk.

6. Legrand beweert dat de Engelse rechtscultuur echt verschilt van die op het continent. Zelf houd ik het er op dat — anders dan veelal wordt betoogd — de *common law* rechters in de tweede helft van de twintigste eeuw verbintenisrechtelijk van een denkstijl uitgaan die zeer wel compatibel is met die van Nederland en Duitsland. De „*form*” moge verschillen, maar „*in substance*” zijn de verschillen

(4) Volgens Th. VEEN (zie *Athenum Illustre 1639-1877*, 127) — en hij niet alleen — mogen dit philologisch best aardige denkexercities zijn, ze helpen de rechtsgeleerdheid niet verder. Zie over de zogenaamde elegante jurisprudentie L.J. VAN APELDOORN, *Gedenkboek van het Athenum en de Universiteit van Amsterdam*, Amsterdam, 1932, 135 e.v.

overzienbaar. Zulks hangt samen met een op het continent nog steeds toenemend gebruik van een meer inductieve methode van rechtsvinding, gevolg veelal van de enorme betekenis van open normen. Dit geldt niet voor alle continentale landen.

7. Ik maakte melding van de strakke structuur waarmede Vogenauer de rechtsvinding in Duitsland en Frankrijk en die van het Hof van de Europese Unie aan de orde stelt. Zulks geldt ook voor hoofdstuk 4 van deel I, dat de historische ontwikkelingen op het continent aan de orde stelt. Vogenauer trekt vanaf p. 430 t.e.m. p. 668 van deel I de lijnen door tot in onze dagen. Ook hier veel interessant materiaal met wederom dezelfde structuur als die van de hoofdstukken 2 (Duitsland) en 3 (Frankrijk). Steeds weer heb ik mij bij het bestuderen afgevraagd of de rechtsontwikkeling *na 1800* in Duitsland en Frankrijk niet beter in die eerdere hoofdstukken geïntegreerd had kunnen worden. Een en ander bewerkstelligt dat Vogenauers boek zich minder gemakkelijk als ideeëngeschiedenis laat hanteren. Daarvoor kunnen wij als het gaat om bepaalde perioden bijvoorbeeld beter terecht bij de monografie van Jan Schröder (geb. 1943), hoogleraar in Tübingen, die in zijn *Recht als Wissenschaft* (Tübingen, 2001) een schets geeft van de methode van rechtsvinding vanaf het humanisme tot en met de historische school. Aanbevelenswaard voor wie in kort bestek de invloed van het Romeinse recht op het recht van Europa wil bestuderen is Peter G. Stein's (Oxford) *Römisches Recht und Europa*(5) dat ondanks zijn geringe omvang de achtergronden met veel verve weet te schetsen.

In 2001 verschenen ook de hoogst interessante *Clarendon Law Lectures*(6) van Reinhard Zimmermann, waarop ik verder in mijn bijdrage zal ingaan. Met name de wijze waarop de rechtsontwikkeling in Duitsland in de negentiende eeuw en daarna geschetst wordt, opent vergezichten die de lezer tot dusverre te veel „hap snap” kent.

III. Rechtsvinding tot 1800

8. Als in de laatste helft van de elfde eeuw in Bologna het Romeinse recht tot bloei komt, dan staat — aldus Vogenauer, I, p. 467 — voor de

(5) Frankfurt am Main, Fischer Tachenbuch Verlag, 1997.

(6) *Roman Law, Contemporary Law, European Law (The civilian tradition today)*, Oxford, Clarendon Press, 2001.

Glossatoren in de hoge en latere Middeleeuwen de beroemde Celsustekst 1.3.17 centraal, die wij in menige (Amerikaanse) bibliotheek in gouden letters terugvinden „*Scire leges non hoc est verbum earum tenere sed vim ac potestatem*”. Bartolus en Baldus waren van mening dat de *eigenlijke bedoeling van woorden* centraal diende te staan maar dat hiervan afgeweken diende te worden als de *mens* (geest) van de woorden „andere taal sprak”. Linguistisch gezien weten wij dat woorden *op zich* geen lading hebben. Woorden krijgen/hebben voor ons betekenis door onze maatschappelijke „*Vorverständnis*” (Gadamer, Esser) of door het gebruik (Witgenstein). Dat Bartolus en Baldus met deze denkhouding niet alleen stonden blijkt ook uit het decretum Gratiani (circa 1140) dat eenheid moest brengen in talloze elkaander tegensprekende canoniekrechtelijke teksten en als *Leitmotiv* had „*preponitur animus corpori*”. Vogenauer kan na vele uiterst lezenwaardige omzwervingen door de tijd concluderen (p. 473): „*Bis zum frühen 18. Jahrhundert galt das Kriterium der Billigkeit als Masstab und Korrektur Faktor für das positiven Buchstabenrecht*”.

9. De aanhangers van de derogerende werking van de goede trouw, waartoe ikzelf zoals bekend niet behoort, zullen zich hier gaarne in herkennen, maar voor mij geldt — ik formuleer het alleen anders — hetzelfde. De goede trouw is de alles beheersende uitlegfactor die eerst aan wet of contract hun zin geeft. De redelijkheid en billijkheid worden voor een groot deel bepaald door de behoeften van onze tijd, inclusief de positieve moraal. Op te merken valt hierbij dat de komst van wetboeken in de achttiende en negentiende eeuw een caesuur in de benadering te zien geeft waar de Verlichting uiteraard debet aan was. De tijd van de „*Buchstaben*” breekt dan aan die — of men nu Frankrijk, Duitsland, Nederland, Engeland of de VS neemt — min of meer tot 1920, soms 1950 doorloopt. Het betreft geen one-liner. Heirbaut betoogt(7) dat codificaties uiteindelijk het *Vernunftrecht* de nek omgedraaid hebben.

Voor een goed begrip haast ik mij te betogen geen tegenstander van codificaties te zijn. De wettelijke regeling van het zakenrecht is noodzaak, evenals bijvoorbeeld van personen- of erfrecht. De vraag laat zich echter stellen of wij met het BW van 1992 — als het gaat om het verbintenissenrecht — zoveel beter af zijn dan met de summie regeling van 1838. Dit is soms wel, soms niet het geval. Het betreft dikwijls een kwestie van smaak. Gevaarlijk worden codificaties echter

(7) *Europese Juristen en oud recht*, Gent, 2000, 87.

— zoals in de Lando rules — als een min of meer gedetailleerde regeling van het verbintenissenrecht gaat verleiden tot een rechtspraak die de dynamiek uit dat recht weg haalt. Met name Pitlo voerde zulks als argument aan tegen de invoering van ons BW dat in 1992 in werking trad. Hiervan is overigens niet veel gebleken. Wel zien wij dat een nieuw burgerlijk wetboek vooral in het begin een zoeken en tasten met zich brengt, dat evenwel het denken in een rechtspraak die werfkracht uitstraalt, niet in de weg behoeft te staan. Ons rechtsklimaat einde twintigste eeuw was er overigens niet naar.

10. Terugkomend op de redelijkheid: als tot 1800 de rechter wetten interpreteerde en aanvulde, dan dient te worden opgemerkt dat de *rechtsvinding in de periode tot 1800* in de verschillende landen over een kam geschoren kan worden. Er vallen drie periodes te onderscheiden: die van het recht van vóór Hugo de Groot (natuurrecht derhalve(8)). Het is de periode dat het canonieke recht (school van Salamanca) mede de uitleg van de wet bepaalde. Vervolgens de periode die beginnend met de vrede van Westfalen (1648, als de echte Statenvorming aanvangt) loopt tot aan de Verlichting, die van een „wereldlijk natuurrecht,, en daarna de periode van de Verlichting met zijn omarming van het natuurrecht omdat het recht geacht werd rederecht (*ratio scripta*) te zijn(9).

Wel kan gezegd worden dat in de tijd van na Hugo de Groot, als het wettenrecht gaat toenemen, het denken in termen van billijkheid ietwat onder spanning komt te staan. De *voluntas* en de *intentio legislatoris* gaan dan een rol spelen. Maar ook werd de oorsprong van de billijkheid anders dan daarvoor verklaard. Het natuurrecht werd gezien als de bron van de beroemde „*aequitas canonica*”, de canoniekrechtelijke billijkheid waardoor het „*ius strictum*”, dat wil zeggen: het positieve recht, werd getemperd. Dit was ook reeds voor wat betreft het volkenrecht(10) opgemerkt door De Groot zelf en overgenomen door Pufendorf. Het bood echt een *novum*, omdat zo afgeweken werd van de traditie van vele eeuwen waar louter zo-

(8) Hierover helder LOKIN/ZWALVE, *Hoofdstukken uit Europese Codificatiegeschiedenis*, 2001, 30. Vogenauer wijdt aan deze periode vanaf p. 465 t/m 511 (deel I) heldere, vlot lezende beschouwingen en laat zien dat deze stijl van rechtspreken ook de rechtsvinding in Europa in de eerste dertig jaar van de negentiende eeuw beheerst. Ook (p. 432) neemt hij stelling tegen de zienswijze dat het denken over de methode van rechtsvinding eerst ten tijde van de Verlichting aanving.

(9) Zie over deze periodisering VOGENAUER, *o.c.*, I, 458 e.v.

(10) Zie *De jure belli ac pacis*, boek II, cap. XVI, par. 1, nr. 2.

genaamde objectieve uitleg de dienst had uitgemaakt. Dat ook deze uitleg eigentijds was, drong toen niet of niet voldoende door.

11. Het denken in termen van de wil van de wetgever begon ten tijde van de Verlichting toe te nemen, omdat wetten steeds meer gezien werden als een „*presidium libertatis*”, een bescherming tegen despotisch, willekeurig optreden, waarvan vooral rechters verdacht werden. Vandaar dat Montesquieu (1748) in zijn *Esprit des lois* de rechter graag zag als „*la bouche de la loi*”: de rechters moesten zich aan de wet houden. Bevestiging van deze gedachte vinden wij voor wat betreft de VS ook bij Morton J. Horwitz(11). De billijkheid bleef tot 1800 ondanks alles een primordiale rol spelen.

IV. Uitleg in Frankrijk en Nederland vanaf 1800-1900

12. Als een tekortkoming in Vogenauers werk beschouw ik dat hij een lang hoofdstuk wijdt aan de interpretatie in Frankrijk en dan *ononderbroken* de periode van 1800 tot thans behandelt. Zo wordt niet goed duidelijk dat tot rond 1900 wetsuitleg tekstuitleg was en ná 1900 onder invloed van Geny en Saleilles in Frankrijk de uitleg door de rechter — zij het soms of wellicht veelal verborgen — sterk rechtssociologische trekken gaat vertonen, anders dan in Nederland waar Coningk Liefsting, Houwing en diens leerlingen Scholten, Meijers, en Van Oven voorstander waren van rechtshistorische interpretatie, waarbij opgemerkt dient te worden dat de laatste zich weer het meest van de historie wist los te maken. In diens werk gaat de goede trouw (begrepen als weg naar de aanvaardbare oplossing) een eminente rol spelen. Hij staat dichterbij de nieuwe tijd, die van na 1960, dan Meijers en Scholten, de twee andere beroemde leerlingen van J.F. Houwing. Als civilist wordt Van Oven, de derde bekende leerling, nog wel eens onderschat.

13. Over de Franse rechtspraak na 1804 komen wij bij Vogenauer weinig te weten. In Scholtens *Algemeen Deel* (p. 242) lezen wij dat van de belangrijke auteurs Demolombe vooral streefde naar een bil-

(11) *The transformation of american law 1780-1860*, 5: „*The great danger of judicial discretion for the colonists arose not from common law adjudication but in connection with judicial construction of statutes, for whenever we leave Principles and clear and positive laws John Adams observed and wander after Constructions, one Construction (uitleg) or Consequence is piled up another until we get and immense distance from Fact, Truth and Nature.*”.

lijke oplossing en later Laurent, legist en tekstverheerlijker bij uitzondering was. Onduidelijk blijft zo of en in hoeverre de rechtspraak resultaatgericht was en of en hoelang het Romeins recht — zij het ietwat verborgen — toch nog in de rechtspraak doorsijpelde. Aarzeling heb ik over Scholtens kwalificatie van Laurent. Deze wordt afgeschilderd als een tekstverheerlijker. Bestudering van hoofdstuk VI van deel I (1869) van diens *Principes de droit* maakt inderdaad duidelijk dat de angst voor de rechter van het *ancien régime* er bij hem nog volop inzigt. Hij citeert (I, nr. 273) in dit verband D'Aguessau waar deze opmerkt dat billijkheidsrechtspraak „*combat la lettre par l'esprit et l'esprit par la lettre, et au milieu de cette contradiction apparente, la vérité échappe, la règle disparaît et le magistrat demeure le maître*”.

Maar ook geeft hij toe (p. 346) dat „*Il se peut que la lettre, quoi que claire, n'exprime pas la vraie pensée du législateur*” in welk geval uit noodzaak teruggevallen moet worden op „*des études historiques*” (nr. 274). „*Il (de rechter, HCFS) doit signaler les lacunes, mais ce n'est pas à lui à les combler; il doit signaler des défauts, mais ce n'est pas à lui à corriger l'oeuvre du législateur.*”

In het verleden heb ik niet uit noodzaak, maar uit nieuwsgierigheid de Gentse jurist Laurent regelmatig geraadpleegd en ik herinner mij niet beschouwingen gevonden te hebben die voor die tijd onaanvaardbaar waren. Integendeel. Moeilijk kunnen wij een schrijver die bijvoorbeeld verjaringstermijnen verlengt omdat een schuldeiser door de schuldenaar op het foute been gezet is, als een uitgesproken legist aanmerken. Wel valt op dat de negentiende eeuwse Franse schrijvers en rechters naar de woorden van de door Vogenauer geciteerde schrijver Larnaude(12) met een „*désespérant monotonie*” die iedere discussie doormaakt, een beroep doen op „*texte*” en „*travaux préparatoires*”.

14. Zoals gezegd breekt rond 1900 ook voor Frankrijk een nieuwe tijd aan, maar de argumenten ontleend aan de „*sens clair*” van de wet blijven tot op onze dagen gebruikt. Dit zegt weinig als wij bijvoorbeeld Nuchelmans(13) zienswijze tot ons laten doordringen dat wij ieder ogenblik van de dag in ons taalgebruik een eindeloze verscheidenheid van concrete gegevens met behulp van een vrij beperkt aantal algemene benamingen ordenen en classificeren, maar elkaar desondanks eigentijds verstaan en naar de tijd genomen weer anders kunnen

(12) *Rev. Crit.* 1890, Bd XIX, 373-378.

(13) *Overzicht van de analytische wijsbegeerte*, Utrecht, 1971, 50.

verstaan. De conclusie is duidelijk: de hoorder, de lezer, de uitlegger, gaat van een bepaald „Vorverständnis” uit, waardoor geschreven namen in de loop der rechtsgeschiedenis een andere betekenis krijgen.

V. Franse rechtsonwikkeling na 1800 — Interpretatie na de invoering van de Code Civil in Frankrijk en na de invoering van het BW van 1838 in Nederland

15. Als Vogenauer een lang hoofdstuk 2 wijdt aan de interpretatie in Frankrijk (p. 232 e.v.) dan ligt de nadruk vooral op het denken over interpretatie rond 1900 tot nu. In Frankrijk gaat de uitleg — zij het soms verborgen — meer en meer rechtssociologische trekken vertonen. Reeds in 1899 verscheen Geny's *Méthode*(14), een boek dat op Scholtens *Algemeen Deel* grote invloed zou hebben gehad. Verschil dient zich tussen beide schrijvers aan, dat terwijl Scholten steeds maar weer hamert op de historische interpretatie, Geny daarentegen haar voor de rechtsvinding afwijst (waarover Vogenauer, p. 331). Geny's werk is — anders dan dat van Scholten — veel sterker rechtssociologisch gekleurd. Hetzelfde geldt voor het werk van Saleilles(15). Hun invloed op generaties auteurs is onmiskenbaar gebleken. Officieel blijft de *Cour de Cassation* de grondregel trouw dat de rechter niet op de stoel van de wetgever mag gaan zitten. De werkelijkheid van alle dag leert — aldus Alexis Ballot-Bainpré(16), geciteerd door Vogenauer (p. 335) — dat „*Dans l'état économique et social de la France la justice et la raison commandent d'adapter libéralement, humainement, le texte aux exigences de la vie moderne. Pour cette évolution nécessaire, le Code Civil est, entre les mains des juristes, un instrument d'une singulière puissance.*”

De Franse *Cour de Cassation* heeft evenals de Nederlandse Hoge Raad dezelfde interpretatiemogelijkheden. Naar mijn stellige indruk lag de Franse rechtspraak in het bijzonder in de jaren twintig en dertig qua moderniteit vóór op Nederland. Een schrijver met de inzichten van Demogue — waarvan Vogenauer ten onrechte niet rept — heeft Nederland niet gehad. De Franse rechtspraak is na 1960 — qua moderniteit — weer achtergebleven bij die van Nederland.

(14) *La théorie générale de l'obligation, Méthode d'interprétation et sources en droit positif*, 2 delen, tweede druk, Parijs, 1919.

(15) Zie ook zijn „Ecole historique et droit naturel”, *Revue trimestr. dr. civ.* 1902, 80-112. Zie over het verschil tussen Geny en Saleilles: VOGENAUER, *o.c.*, 330 e.v.

(16) Bij het honderdjarig bestaan van de Code van 1804 in 1904 (p. 27).

16. Een waarschuwing is overigens op haar plaats. Op het eerste gezicht doen Franse uitspraken „primitief” aan. De arresten wordt kort gehouden. Zo wordt de indruk gewekt als zouden beslissingen rechtstreeks uit de wet voortvloeien. Vergissingen liggen echter op de loer. Wie echter de uitvoerige conclusies van de P.G. en de rapporterende raadsheer, die aan een arrest voorafgaan, bestudeert (ze worden veelal gepubliceerd op internet), kan alleen maar concluderen dat de Franse rechter niet over één nacht ijs gaat. Met argumenten van rechtspolitieke aard en wenselijkheid wordt terdege rekening gehouden. Als de Franse rechter achterstaat bij de Duitse en Nederlandse rechtspraak (voor wat betreft Nederland na 1960) dan valt dit terug te voeren op verschillende factoren:

- a) Frankrijk was en is een centralistische staat waar de klassieke trias nog hoog in aanzien staat. De trias wordt (nogal) statisch opgevat. De wetgever heeft zijn terrein, de rechter het zijne, terwijl in Nederland de Hoge Raad „de bal opzoekt”, d.w.z. daar aanvult waar de wetgever achtergebleven is.
- b) Anders dan in Duitsland, Engeland, de VS, Zwitserland en Nederland bestaat in Frankrijk nog een sterk geloof in de wilsleer(17). Schrijvers als Gilmore (*The death of the contract*), P.S. Atiyah (*Rise and fall of freedom of contract*), Canaris’ dissertatie (1971) over *Vertrauenshaftung*, J. Köndgen (*Selbst-bindung ohne Vertrag*) en Van Dunné (*Normatieve Uitleg*, 1971) kenden lang geen Franse pendanten. Eerst aan het eind van de twintigste eeuw zien wij verandering. In Engeland, de VS, Duitsland en Nederland heeft de aansprakelijkheid wegens geruuststellende verklaringen een grote vlucht genomen. In Frankrijk waren er tot voor kort geen aanwijzingen die in deze richting wijzen. Verrassend zijn dan ook de belangrijke beslissingen van de *Cour de Cassation*, waarbij gebondenheid aanvaard werd uit hoofde van zogenaamde patronaatsverklaringen(18). De indruk die ik aan lezing van de arresten van de laatste jaren over heb gehouden, is dat de *Cour de Cassation* zich opmaakt voor de „grote sprong voorwaarts”. Lang onbespreekbare rechtsverschijnselen als rechtsverwerking, *imprévision* en allerlei toepassingen van de goede trouw krijgen erken-

(17) Zie intussen E. SAVAUX, *La théorie générale du contrat, mythe ou réalité*, L.G.D.J., 1997.

(18) Zie o.m. Music Entertainment France v. France Télécom, *Dalloz* 150, 344, 26 januari 1999 (Sony Music), waarover A. TRICHARDT, „Comfort Letters. A quartet of decisions”, *Tilburg Foreign Law Rev.*, Vol. 9, 162. Het betreft een ontwikkeling die ons denken over de verhouding contract/onrechtmatige daad en onze visie op het contractsbegrip diepgaand kan beïnvloeden.

ning, maar niet onder het label van de goede trouw. Voor België geldt hetzelfde(19).

- c) In Duitsland, Oostenrijk, Engeland en Nederland bestaat meer oog voor zogenaamde figuren die tussen contract en onrechtmatige daad instaan. Ook de titel van het belangrijke, onder 3 vermelde boek van Köndgen wijst hierop. Leidinggevend in het Duitse taalgebied is Wilburg's artikel over de zgn. „*Zusammenhangende Kräfte im Schuldrecht*”(20). Een workshop in Oxford — leidend tot de bundel *The classification of obligations*(21), betrekking hebbende op de figuren die tussen contract en onrechtmatige daad in liggen, wijst op het feit dat de grenzen van de bronnen van verbintenis „*blurring*” zijn.
- d) Mij ontgaat niet dat Frankrijk en België reeds einde negentiende eeuw belangstelling toonden voor het leerstuk van de ongegronde verrijking, welke in Nederland op wat bredere schaal zichtbaar werd in 1959 en in Duitsland en Engeland resp. rond 1950 en 1965 (in beide laatste landen op een ongekend uitgebreide schaal). In Frankrijk is de aandacht voor dit leerstuk thans — in verhouding tot andere Europese landen zoals Duitsland en Engeland — betrekkelijk gering, zowel in de rechtspraak als in de doctrine.
- e) Anders dan in Duitsland werkt de Franse rechtsleer eerst de laatste jaren met het begrip rechtsstaat (*état de droit*) en dan — aldus Vogenauer (p. 298) — in de context „*des Vertrauensschutzes und der Berechenbarkeit staatlichen Handelns. Dabei wird ausdrücklich darauf hingewiesen, dass diese Bedeutung des Rechtsstaatsprinzips in Rechtsprechung und Lehre noch unterentwickelt ist*”.

17. Frankrijk kent een hoog ontwikkeld administratief recht, maar de bestuursrechter wordt niet gezien als een „*contre-pouvoir*”. Bevestiging vindt dit in een recent artikel van Elisabeth Zoller(22). Het

(19) Zie in dit verband mijn bijdrage aan de *Herbots-bundel* (2002) onder de titel „Het gebruik van open normen naar Belgisch- en Nederlands privaatrecht”, alwaar ook uitvoerige verwijzingen naar recente feestbundels en andere literatuur.

(20) J.G. BELLEY (Québec), „La théorie générale des contrats. Pour sortir du dogmatisme”, *Cahiers de droit* 1985, 1045 e.v. komt dit denken zeer nabij.

(21) P. BIRKS, ed. Oxford, 1997.

(22) „La justice comme contre-pouvoir: regards croisés sur les pratiques américaine et Française”, *Revue de droit international comparé* 2001, 519. Zie in dit verband de twee studies van L. COHEN-TANUGI, *Le droit sans l'état (sur la démocratie en France et Amérique)*, derde druk, Presses Univ. de France, 1987 en *La métamorphose de la démocratie*, Parijs, 1989. De lezer zij indachtig dat de betogen weliswaar nog goeddeels opgaan maar dat er ondertussen alweer belangrijke verschuivingen waarneembaar zijn.

wachten is — aldus Zoller — op een „*autre justice forte et indépendante de se heurter contre les autres pouvoirs et d'assurer respect de l'état.*” Sinds 1974 kent Frankrijk een toetsingsrecht, maar dit is heel beperkt. Op te merken valt dat de Duitse grondwet uitdrukkelijk in art. 2 G.G. in het verlengde van de traditie bepaalt dat de rechtsvorming niet slechts toekomt aan de wetgevende macht, maar ook aan de rechter. Wie enige kennis heeft van de rechtspraak van *Bundesverfassungsgericht* en *Bundesgerichtshof* weet dat de macht van de hoogste rechters(23) dan ook zeer groot is.

VI. De Duitse rechtsontwikkeling in de negentiende eeuw

18. De rechtsontwikkeling in Duitsland heeft in de negentiende eeuw tot niet opvallend veel van Frankrijk afwijkende rechtspraak geleid. Vogenauer betoogt (p. 486) met een beroep op Mertens(24) dat ook de Duitse rechter zich sterk bepaalde tot een „*Buchstabenkult*”, terwijl de staatkundige context waarin recht gesproken werd een geheel andere dan de Franse was. Duitsland was niet centralistisch geleid, hetgeen ten dele nog zo is. De Duitse eenheid kwam eerst in 1871 tot stand maar de Duitse „*Länder*” (hertogdommen en kleine koninkrijken) bleven bestaan tot 1918. Duitsland kende een bloeiende rechtswetenschap. De namen van Von Savigny, Puchta, Von Jhering, Windscheid spreken voor zich. Toch zien wij ook hier dat noch Von Savigny(25), noch Puchta, noch Windscheid veel vrijheid aan de rechter toekenden.

„*Um Ergebnisse zu erzielen, die Ihm entgegenstanden, musste die Interpreten einen hohen Argumentationsaufwand bestuben. Charakteristisch, wenn auch niet ausschliesslich massgeblich für die Auslegungstheorie des 19. Jahrhunderts ist deshalb die enge Bindung des Richters an den Gesetzestext.*” aldus Vogenauer (p. 483). Hij wijst er overigens op dat onderzoek uitwijst dat ook de negentiende-eeuwse

(23) Het denken in *checks and balances* is ook kenmerkend voor de VS, waar naar de ideeën van James Madison de rechter aan de zijde van de burgers staat. De rechter wordt daar ook gekozen door het volk; de *Supreme Court* heeft recht van toetsing. Het is de President die op zijn beurt het congres weer controleert door zijn vetorecht.

(24) *AcP* 1974, 333, 340-343.

(25) Aan de ideeën van Von Savigny over rechtsvinding besteedt U. Huber zeer onlangs uitvoerig aandacht in een opvallend artikel „Savigny's Lehre von der Auslegung in heutiger Sicht”, *JZ*. 2003, 1.

Duitse rechter niet louter een „*Subsumtionsautomat*” was en verwijst in dit verband naar de bekende studie van Ogorek(26).

19. De m.i. belangrijkste reden waarom de Duitse rechtspraak in beginsel statisch van aard bleef vinden wij bij Franz Wieacker „*Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*” (p. 442): „*Das abstrakte Privatrecht und seine Privatautonomie, die „freie” Arbeits- und Mietvereinbarungen, unbegrenzte Verschuldung des Schuldners und des Bodens, freie Erbteilung und Bodenzersplitterung erst ermöglichte, bedeutete eine Vorgabe für die expansiven Wirtschaftsgruppen der Finanz, des Handels und der Industrie zuungunsten der kapitalarmen Berufe und Klassen.*” Hij voegt hieraan toe: „*Die Pandektenwissenschaft entsprach dem Geist ihrer Zeit und unterliegt damit notwendig dem geschichtlichen Urteil über diese Zeit, dem keine Epoche entgeht.*” alsook „*Die Grundbegriffe der Privatautonomies, des subjektiven Rechts, des Eigentums und der Forderung, die sich aus Kants Rechtslehre übernommen hatten, kamen dem einseitigen wirtschaftlichen Interesse der Unternehmerklasse stärker entgegen, als ihr selbst bewusst wurde.*”

Het eerste citaat is onbestreden gebleven, het laatste niet. Gordley(27)merkt in dit verband op: „*The Anglo-American, French and German jurists did not ground their legal doctrines on any definite philosophical or political principles, liberal or otherwise. They wished to escape philosophical or political commitments.*”

20. Reinhard Zimmermann schenkt in zijn recente *Clarendon Lectures*(28) diepgaande aandacht aan die merkwaardige negentiende Duitse eeuw. In Eisenach — aldus Zimmermann (p. 7) — kwamen de Duitse docenten bijeen en constateerden dat in het onderwijs noch het Algemene Landrecht, noch het Badisches Landrecht of het burgerlijk wetboek van Saksen ooit centraal stonden. Middelpuntig stond het Romeinse recht dat geabstraheerd van zijn historie als uitgangspunt in het onderwijs gold en de Duitse jurist dogmatisch leerde denken maar geen *gelding* had. Men zou veronderstellen dat het de juristen daar — meer dan in enig ander land — moeite gekost moet hebben na 1900

(26) *Richterkönig oder Subsumtionsautomat, zur Justiztheorie in 19. Jahrhundert*, Frankfurt/M, 1986. Vooral eind negentiende eeuw zien wij (aldus HENNE/KAATSCHMANN, *Ius Commune* XXVI, 1999, 234) het *Reichsoberhandelsgericht* „*offensive Judikatur betrieben*”. Zie voor de parallellen tussen Duitsland en Frankrijk, A. ROSS, *On Law and Justice*, Londen, 1958, 141.

(27) *The philosophical origins of modern contract doctrine*, Oxford, 1991, 227.

(28) *Roman law, contemporary law, European law (The civilian tradition today)*, Oxford, 2001.

„waarderend” over het recht te denken: te zien dat het recht dienstbaar dient te zijn aan goede eigentijdse maatschappelijke verhoudingen. Onderzoek leert dat dit niet waar is. Sprekend over de twintigste eeuw kunnen wij constateren dat Duitsland in het BGB van 1900 weliswaar een geleerd wetboek bezit maar dat dit in bijna de hele twintigste eeuw nimmer in de weg heeft gestaan aan een ontwikkeling die vroegtijdig oog had voor rechtsfiguren als *undue influence*, de *imprévision*, de *culpa in contrahendo*, rechtsverwerking, het vertrouwensbeginsel en dat Duitsland in het verlengde van Von Jherings *Der Zweck im Recht* vroegtijdig oog had voor de *Interessen-*(29) en *Wertungsjurisprudenz*(30), kort gezegd: voor methodische vraagstukken. Dat de methodologie door de Nazi's misbruikt kon worden, doet hier niet aan af. Terecht merkt Rùthers(31) op dat iedere methodologie misbruikt kan worden door totalitaire regimes.

VII. De Duitse rechtsontwikkelingen na 1900

21. Onder rechtsvergelijkers geldt het BGB als het wetboek „mit der präzisesten, konsequentesten Rechtssprache vielleicht aller Zeiten”, aldus het Bundesgerichtshof(32). Vogenauer (p. 224) maakt duidelijk dat desondanks min of meer vanaf de invoering van het BGB in 1900, maar zeker na 1949 de Duitse rechtscultuur als „gemässigt wertbezogen” te gelden heeft. In een noot (nr. 1487) vermeldt hij het boek van Atiyah/Summers over *Form and Substance in Anglo-American Law* waaruit af te leiden valt dat ook naar zijn mening het Duitse en het Engels-Amerikaans recht veel minder ver uit elkaar liggen dan bij een oppervlakkige benadering wordt aangenomen. Ik voeg daaraan toe dat het rechtspositivisme — waarvan de Engelstalige rechtsfilosofische literatuur bol staat — wel met de mond beleden wordt maar goed bezien aan de *Common Law* praktijk vreemd is. Duitsland lag voor bij Nederland, waar het anders dan bijvoorbeeld Scholten aan de wettekst eerder een betrekkelijke waarde toescheidde. Vogenauer merkt in dit verband op (p. 163): „Die Rechtsprechung hat die hermeneutische Kritik an der Möglichkeit eines eindeutigen Wortlauts

(29) Waaraan de naam van Philipp Heck (*Das Problem der Gesetzesauslegung*, Tübingen, 1912) verbonden is.

(30) Voor een overzicht zie Bydlinski (*Methodenlehre*, 123-139) en Fikentscher (*Methoden*, band I-4, 405-453).

(31) *Die unbegrenzte Auslegung*, Tübingen, 1968, 270 e.v.

(32) *BGHZ* 98, 226, 230.

also zumindest zur Kenntnis genommen. Dies lässt sich auch daran erkennen, dass sie die Eindeutigkeitsregel seit den sechziger Jahren des 20. Jahrhunderts nicht mehr ausdrücklich formuliert.” en voegt hieraan toe (p. 163): „Dieses Subsumtionsmodell der Begriffsjurisprudenz, dem zufolge der Richter durch rein kognitive und wertfreie Tätigkeit aus dem Wortlaut einer Vorschrift Recht „findet”, „ermittelt” oder „ableitet”, wurde schon seit dem letzten Drittel des 19. Jahrhunderts und später vor allem von der sogenannten Freireichtschule bekämpft.”

Hoezeer dit onder de Duitse juristen reeds in 1932 gemeengoed was blijkt uit Radbruch(33) waar wij o.m. lezen: *„Sie sucht den vom Gesetzgeber wirklich gedachten, sondern einen ihm ansinnbaren Sinn, einen Sinn also der dem Gesetze entnommen wird, obgleich er nicht hinein gelegt wurde.”*

Als wij Scholtens *Algemeen Deel* vergelijken met Gustav Radbruch kan alleen maar geconstateerd worden dat de laatste veel eerder dichtbij de rechtsontwikkeling stond — zoals wij die eerst na 1960 kennen — dan Scholten. Radbruch houdt — anders dan Scholten — het gezag van de wetgever op redelijke afstand. *„Der Staat”* — aldus Radbruch (p. 103, uitgave 1932) — *„aber spricht nicht in den persönlicher Äusserung der an der Entstehung des Gesetzes Beteiligten, sondern nur im Gesetze selbst. Der Wille des Gesetzgebers fällt zusammen mit dem Willen des Gesetzes.”*

Anders dan Scholten had Radbruch ook veel meer aandacht voor het feit dat de wetstaal door de rechter gestadig geactualiseerd wordt en dient te worden. Recht doen is in zijn ogen een discursief gebeuren. Opvallend is ook dat de Duitsers(34) sinds Rudolf Müller-Erzbach in 1906(35) veel eerder oog hadden voor het belang van de rechtsvergelijking en dat Scholtens sprong (volgens welke de rechter het gevoel zou hebben „Zo is het en niets anders”) vreemd was aan het Duitse denken. Heck's *Interessenjurisprudenz* overgaande in de latere *Wertungsjurisprudenz*, was daar ver van verwijderd. Bevestiging vindt dit ook in Vogenauers boek.

(33) *Rechtsphilosophie*, derde druk (met kanttekeningen), 108 e.v., fraai (en goedkoop!) heruitgegeven voor studenten in 1999 door C.F.Müller Verlag te Heidelberg.

(34) Rabel, Rheinstein, Ehrenzweig en de vele andere joodse juristen die — gevlucht — op de ontwikkeling van het Amerikaans recht grote invloed hebben uitgeoefend.

(35) „Der Durchbruch des Interessenrechts durch allgemeine Rechtsprinzipien”, *Jherings Jahrbuch* 53 (1908).

22. In het begin van de twintigste eeuw maakte het *Reichsgericht* zich meer en meer los van zijn rechtspraak, die tot dan toe sterk beïnvloed werd door „*Begriffsjurisprudenz*”, gekenmerkt door het deductief redeneren vanuit bepaalde dogmatische premissen, ook al leidde dat eventueel tot onredelijke oplossingen(36). De „*clausula rebus sic stantibus*” verworpen bij de totstandkoming van het BGB werd in 1920 *full flesh* aanvaard door het *Reichsgericht*(37) maar eerder reeds na de invoering van het BGB dienden zich een reeks van voorlopers aan: in 1903(38) en in 1905(39)(40). De *exceptio doli* (goede trouw) werd door het *Reichsgericht* aanvaard in 1909, maar was eigenlijk nooit weggeweest sinds de *usus modernus pandectarum*. Sinds 1880 werd zij in steeds toenemende mate(41) te hulp geroepen. Jherings *culpa in contrahendo* werd in 1918(42) aanvaard, zij het nog niet in de vorm zoals wij die kennen sinds Plas/Valburg. Groot ook was vóór 1945 de rol van open normen, zo overvloedig (wellicht) dat Justus Wilhelm Hedemann in 1933 zijn *Flucht in die Generalklauseln, eine Gefahr für Recht und Staat* veel handen op elkaar kreeg. Dat open normen in de Hitlerperiode misbruikt konden worden en zijn geworden, leidde na 1945 tot bedenkingen(43) in de literatuur maar heeft er niet toe geleid dat hun invloed geringer geworden is. Bernhard Rüter toont echter aan dat zowel het gebruik van open normen als iedere methode misbruikt kunnen worden. Belangrijk is slechts een politiek klimaat dat borg staat voor een maatschappij die de menselijke waardigheid hoog in het vaandel draagt. Vogenauer (p. 220, noot 1456) toont aan dat ook reeds het *Reichsgericht*(44) overwoog: „*Ein anderes Ergebnis erscheint regelmässig so unbillig und kann von so schädlichen wirtschaftlichen Folgen begleitet sein, dass von vornhe-*

(36) F. Wieacker (1967, p. 438) gewaagt van een „*richterliche Bindung an die wissenschaftliche Lehre*”, kenmerkend voor het positivisme. Op deze formulering valt het nodige af te dingen. Dogmatische uitgangspunten hoeven niet per se tot onaanvaardbare oplossingen te voeren wanneer het feit dat een theoretisch uitgangspunt tot onaanvaardbare gevolgen leidt voor een rechter of beoefenaar van wetenschap reden is om zijn theorie te herzien of te verfijnen.

(37) *RGZ* 100, 129 (132).

(38) *RGZ* 50, 255.

(39) *RGJW* 168.

(40) Zie hierover R. ZIMMERMANN, *Roman law, contemporary law, European Law (The civilian tradition today)*, Clarendon Law Lectures, 2001, 81.

(41) Zie hierover H. KRONKE [1997] 5 *ZE u*, 735 e.v.

(42) *RGZ* 93, 163.

(43) Zie U. DIEDERICHSEN, *Die Flucht des Gesetzgebers aus der politischen Verantwortung im Zivilrecht*, Karlsruhe, 1974 alsook Radbruch.

(44) *RGZ* 81, 303, 304 en 104, 29, 33.

rein gegen eine dahin zielende Absicht des Gesetzgebers zu vermuten ist.”

23. De Duitse rechtsontwikkeling na 1900 komt uitvoerig aan de orde. Als wij zouden afgaan op Larenz dan moet toch nog altijd onderscheiden worden tussen uitleg en „*Rechtsfortbildung*”. Bij deze laatste categorie moet onderscheid worden gemaakt tussen „*gesetz immanente*” en „*gesetzes übersteigende Rechtsfortbildung*”. Vogenauer bouwt hierop voort. Hij gelooft met de meeste andere Duitse juristen dat het mogelijk is de rechtspraak te analyseren (p. 610-662) op basis van criteria als *Wortlaut* (p. 610 e.v.), geschiedenis van totstandkomen (p. 646), teleologie (p. 652 e.v.) en systeem (p. 640 e.v.). Zo’n opzet die ook voor Frankrijk, Engeland en de Europese Unie gekozen wordt moge nuttig zijn, maar maakt het inschatten van de werkelijke criteria voor iemand die niet alle casuïstiek onderzoekt, heel moeilijk. Rechters hebben *rebus ipsis et factis* bijna altijd een geheime agenda, omdat zij — als het goed is — altijd toewerken naar een resultaat dat volgens hen werfkracht heeft en dit graag zoveel mogelijk met taalkundige argumenten onderbouwen. De taalkunde leert ons dat woorden eerst betekenis krijgen door onze eigentijdse „*Vorverständnis*”.

Ik ga — mede om mijn bespreking niet te veel te doen uitdijen — voor het verdere niet in op Vogenauers hoogst uitvoerige bespreking van de jurisprudentie en beperk mij tot zijn constatering (p. 154) dat voor de eerste wereldoorlog aan de „*Wortlaut*” veel waarde werd toegekend en dat na het begin van de Republiek van Weimar de teleologische argumenten steeds toenemen. Nadat de eerste vijf jaren na de tweede wereldoorlog, tijdens de Engelse bezetting, de rechters eerst veel waarde toekenden aan de wettekst, ontstaat een periode van fors rechtersrecht, om daarna vooral in de zestiger en zeventiger jaren van de twintigste eeuw de indruk te geven van een rechtspraak die zowel als „*freimütig*” als „*schöpferisch*” gekwalificeerd kan worden.

VIII. Rechtsontwikkeling in Nederland na 1880

24. In de naoorlogse jaren werd de student voorgehouden dat Paul Scholten in zijn *Algemeen Deel* de weg gewezen had die moest voeren naar een rechtsvinding, die eigentijds genoemd kon worden. Lange-meijer betoogde begin zeventiger jaren dat Scholtens methode van denken onweersproken gebleven was. In 1972 toonde ik in mijn

Tilburgse diësprede *Oordelen en vooroordelen* in dit verband aarzelend. Thans ben ik nog meer de mening toegedaan dat Scholten ons niet de juiste weg gewezen heeft. In zijn *Algemeen Deel* (1932) schrijft hij dat een nieuwe tijd was aangebroken. Voortbouwend op de rechtshistorie zou de rechter nieuwe wegen moeten inslaan. Kisch(45) wijst er in zijn bespreking van Scholtens werk op dat zich hier een zwakke stee aandient. Hij loopt hier wat luchtigjes (Kisch was Scholtens weerbarstige leerling maar toont zich hier mild) overheen alsof het wat los van Scholtens denkmethode zou staan. Als wij doordenken is Scholtens voorkeur verder reikend. Zouden wij steeds trachten lijnen door te trekken, dan dreigt het gevaar van stilstand in de rechtsontwikkeling en soms ook denkoneerlijkheid. Een voorbeeld van dit laatste: Bregstein, door Scholten met ere vermeld, betoogde in zijn proefschrift (1927) dat het beginsel dat ongegronde verrijking geredresseerd moet worden, in de *Code* niet was terug te vinden maar dat het toch niet verloren is gegaan omdat er geen grond was dat men het beginsel wilde buitensluiten. Op zich zegt zulk een betoog niets. Belangrijk is dat de rechtsontwikkeling in andere landen duidelijk maakt dat het aanvaarden van dit beginsel in hoge mate wenselijk is, ja voor ieder rechtssysteem onontbeerlijk. De Hoge Raad aanvaardde het de facto in zijn befaamde arrest Quint-te-Poel(46) op grond van analogische interpretatie en vermeed een beroep op de historie. Een voorbeeld voor gevaren voor de rechtsontwikkeling? Scholten prijst zijn leermeester J.F. Houwing, omdat hij door zijn historisch getinte dissertatie de Hoge Raad bij het vinden van een goede dwalingsmaatstaf op het juiste spoor zou hebben gezet. Met meer recht valt in dit verband op te merken dat de Hoge Raad in het arrest Baris/Riezenkamp(47) afstand deed van de historie, het dwalingsvraagstuk in de sleutel van de goede trouw zette, waarmede wij in de praktijk oneindig veel beter kunnen werken omdat de nadruk veel meer komt te liggen op de risico-elementen die ieder beroep op dwaling aankleven. Opmerkelijk is ook dat Scholten in zijn *Zakenrecht* vragen van causaal en abstract en zijn opvatting over 2014 BW louter onderbouwt met historische argumenten en nalaat systematische en wenselijke argumenten te hanteren. Eerst Pitlo's *Korte Uitleg* leerde ons de betekenis van 2014 BW waarlijk goed in te schatten. De latere Scholten, die van de *Vertegenwoordigng en Rechtspersoon* (1938 en 1940) was veel beter op weg. Bij zo'n jong onderwerp kon geen beroep op de rechts-

(45) *WPNR* 1975, nr. 5314, herdenkingsnummer Paul Scholten.

(46) *NJ* 1959, 548.

(47) *NJ* 1957.

historie gedaan worden. Het betreft zijn meest persoonlijke boek. Op het terrein van de vertegenwoordiging zijn wij anno 2002 eigenlijk niet veel verder gekomen.

25. Scholten rept in zijn *Algemeen Deel* van een open systeem van privaatrecht. De vraag echter of de wet een systeem vormt of dat dit systeem zich steeds wijzigt omdat de maatschappelijke werkelijkheid dit eist, komt onvoldoende aan de orde. In dit verband is het gevaarlijk om Scholten te citeren, omdat tegenover ieder citaat andere geplaatst kunnen worden die het weer afzwakken. Toch waag ik het er maar op. Op p. 159 lezen wij: „Doch binnen de grenzen door het systeem gesteld in langzaam voortschrijden moet ook wie recht zoekt met de veranderingen, die dagelijks in het maatschappelijk leven plaats grijpen, rekening houden.”

Scholten rept wel van een open systeem van het privaatrecht, de mate waarin dit systeem open is en de vraag of niet bij iedere beslissing, zelfs als deze niet afwijkt van die in het verleden, het systeem anders wordt en in hoeverre de rechter de vrijheid heeft om af te wijken van het verleden en nieuwe wegen te gaan, komt uiteindelijk niet bij hem aan de orde⁽⁴⁸⁾. Opvallend in dit verband is ook dat bij hem rechtsmisbruik slechts beperkt aanvaard wordt; rechtsverwerking, derogende werking van redelijkheid en billijkheid, de gedachte dat taal eerst betekenis krijgt door het gebruik, komen niet of onvoldoende aan de orde. Tot eind vijftiger jaren is het rechtsdenken mede onder zijn invloed in Nederland verbintenisrechtelijk statisch gebleven. Daarna zien wij een ontwikkeling waarin de rechtspolitieke momenten een beslissende rol gaan spelen. Waarbij, hoe de wetstekst ook luidt, altijd afgestevend wordt en kan worden op uiteindelijk het enige dat telt: het maatschappelijk gewenst resultaat. Nederland is in dit opzicht tot 1960 bij Duitsland achtergebleven maar heeft uiteindelijk een grote sprong voorwaarts gemaakt, zij het dat naar mijn indruk de Hoge Raad het laatste decennium zich terughoudender opstelt. Vergeleken met Frankrijk en België kan gezegd worden dat zich hier Romein's wet van de remmende voorsprong heeft doen gelden.

(48) Zie in dit verband E. SAVAUX, *La théorie générale du contrat, mythe ou réalité*, thèse Paris, L.G.D.J., 1997.

IX. Interpretatie naar Engels recht

26. Het tweede deel van Vogenauers studie is geheel gewijd aan de ontwikkeling van het Engelse recht vanaf de dertiende eeuw tot heden. Reeds de indeling van het boek roept — voor wie de rechtsgeschiedenis van de belangrijkste Europese landen kent — een *déjà vu* op. Vogenauer deelt de Engelse rechtsgeschiedenis in drie delen in: hoofdstuk V houdt de geschiedenis in tot begin negentiende eeuw; hoofdstuk VI de periode daarna tot de eerste helft van de twintigste eeuw — het is een periode gekenmerkt door „*strenge Buchstaben-treue*” — en hoofdstuk VII loopt vanaf de periode 1950-1960 tot heden. Het staat te boek als een periode met een zogenaamde „*zweck-oriëntierte Ansatz*”. Zij lopen goeddeels parallel met die op het continent, zij het met één verschil: de wetsuitleg, die met name in Duitsland sinds Von Jhering maar ook reeds in Frankrijk (Saleilles, Geny) sinds 1900 meer en meer gericht is af te stevenen op rechtspraak met werfkracht, ligt aanmerkelijk later. Met een dergelijke opmerking moeten wij wel voorzichtig omgaan. Engeland kent als belangrijke rechtsbronnen *common law* (rechttersrecht) en *statute law*. De rechter stond en staat soms nog tot het „*statute law*” altijd in een haat/liefde verhouding, met de nadruk op haat en een gebrek aan liefde. *Common law* is in Engelse ogen toch nog het „echte recht”; „*statute law*” hangt er zo’n beetje bij, al zien wij ook dat de laatste decennia van een cultuuromslag(49) sprake is. Over elk van deze periodes maak ik een opmerking.

27. Heette het — naar Vogenauer (p. 675) de lezer voorhoudt — bij de latere Lord Chancellor Hatton (1575) nog dat naast grammaticale „uitleg van de wet” geen uitleg naar billijkheid bestond, in het achttiende eeuwse *dictionary* van Jacob (1729) heet het „*Equity* (in dit verband te begrijpen als redelijkheid en billijkheid, HCFS) *must necessarily take place in the exposition of statutes*”.

Coke (*Institutes of the Laws of England*, 1628) houdt het er op dat de *ratio legis* — zoals die uit *statutes* blijkt — doorslaggevend is.

28. In de tweede periode na 1800 komt de nadruk sterker te liggen op de woorden van de wet. Maar van een consequente lijn kan volgens Vogenauer (p. 796) niet gesproken worden. Op p. 789 zien wij dat de

(49) Vgl. CALABRESI, *A common law for the age of statutes*, Harvard, 1982. Zijn betoog geldt ook de Engelse rechtsontwikkeling.

bekende negentiende eeuwse *Master of the Rolls* Jessel regelmatig gewaagt van „*the general spirit of the Act*”. Het geeft mij de gedachte in dat periodiseren enerzijds een goede zaak is, anderzijds gevaarlijk. Het aangeven van tendensen is voor ons onontkoombaar. Aan de andere kant moet altijd rekening gehouden worden met „verlichte geesten”, rechters die in duistere tijden toch hun taak begrijpen en recht trachten te spreken met werfkracht. Wie de rechtspraak van de negentiende eeuw of schrijvers als Diephuis en de volgens velen „wettische”, Gentse hoogleraar Laurent leest, bemerkt dat — voor wie oog heeft voor de economische achtergronden van een bepaald tijdvak — rechtsopvattingen waar wij negatief tegenover staan soms best in te voelen zijn. Het wil denken dat zo kenmerkend is voor Europa in de negentiende eeuw vond zonder twijfel zijn oorzaak in de stormachtige ontwikkelingen van de handel en industrie, die zich — naar het gevoel van toen — slecht verstonden met belangen van consumenten of oprispingen van partijen die beweerden onder *influence* gehandeld te hebben.

Verder valt op te merken dat, terwijl de Engelse rechter in deze periode — anders dan uitdrukkelijk in de periode na 1950 — zich niet bezig hield met de rechtspolitieke consequenties (zie Vogenauer, p. 793), het toch gevaarlijk is hier bij de beoordeling van een tijdvak geen aandacht voor te hebben. Een rechter (althans de Europese continentale) zal zich tot op de dag van vandaag zelden uitlaten over de rechtspolitieke consequenties van zijn oordelen, maar wie goed analyseert bemerkt dat dit „ondergronds” anders kan liggen. Mijn voorkeur gaat uit naar een rechter die dit wel doet⁽⁵⁰⁾. Hij is — uit oogpunt van democratie — beter te „vertrouwen” dan de rechter die dit niet doet.

Jammer is het dat Vogenauer zich overeenkomstig de titel van zijn boek goddeels beperkt tot *wetsuitleg*. Mijns inziens ontkomt een auteur die zich hiermee onledig houdt, niet aan de plicht ook ruimte te maken voor de omgang van de rechter met het ongeschreven recht, de *common law*. Zou hij dit gedaan hebben, dan zou duidelijk zijn geworden dat als het gaat om moderne rechtsvinding juist in de eerste jaren van de twintigste eeuw de Engelse rechter steeds meer zijn rigiditeit en het denken in precedents van zich heeft afgegooid. Een goed voorbeeld in dit opzicht is de beslissing van de *House of Lords* inzake Donoghue/Stevenson, 10 jaar gewezen na ons arrest van

(50) Zie in dit verband de recente Tilburgse opstellenbundel, *De Hoge Raad binnenste buiten. Verslag van een experiment*, Den Haag, 2003.

1919 (Cohen/Lindenbaum). Sprak de Engelse jurist daarvoor en ten dele nog daarna over de *law of torts*, waarbij de *torts* bestonden uit te onderscheiden onrechtmatige daden, daarna en vooral sinds rond 1960 worden heel veel onrechtmatige daden ondergebracht onder de *tort of negligence* en is daarmee de figuur van de onrechtmatige daad min of meer open geworden. Dit wil noch in Engeland, noch in Nederland zeggen dat beschadigde mensen naar willekeur een *tort* of onrechtmatige daad kunnen opvoeren als zij schade hebben en *à l'outrance* gezegd kan worden „pech moet weg”.

Niet onbelangrijk zijn de korte opmerkingen die Vogenauer (p. 961) — zich beroepend op Atiyah — maakt over de uitleg van overeenkomsten. Het contract was vooral in Engeland lang sacrosanct. De leer van de *imprévision* deed geen opgeld, zwakke partijen leken niet te bestaan, ongelijkwaardigheid van prestaties riep geen verwondering op.

29. In de derde periode, die na 1950, wellicht na 1940, wordt dit anders en gaat het Engelse recht een ander gezicht krijgen. Het is de tijd van Lord Denning (1899-1998), die in 1944 de beroemde uitspraak deed inzake de „*High Trees*”(51), hetgeen een grote deuk veroorzaakte in het zogenaamde „*consideration*” vereiste. Grote verdiensten had hij ook als het gaat om *commercial law*, zich uitend o.m. in belangrijke uitspraken over documentaire kredieten. Oog had hij ook voor de positie van zwakkeren, zich uitend in de uitbouw van figuren als *undue influence*; *duress* werd betrokken op *economic duress*. De figuur van de *unconscionability* kreeg aandacht. Oog was er voor gedrag als bron van verbintenis door, in navolging van de Amerikanen (par. 90 van de *Restatement on Contracts*), te werken met het *relianceprinciple*(52).

Belangrijk ook is de rol van de *Law Commission* (in 1965 ingesteld) en van de zogenaamde *White Papers*, waarmee de regering zijn rechtspolitieke doeleinden onderstreept (zie Vogenauer p. 967). Bestond sinds 1769 de zogenaamde *exclusionary rule*, volgens welke de debatten in het parlement in een procedure geen rol mochten spelen,

(51) [1947] KB, waarover indringend Lord Denning, *The discipline of law*, 1979, 197 e.v.

(52) Hoe parallel — naar het resultaat genomen — de Nederlandse rechtsontwikkeling met die in Engeland loopt, blijkt uit de briljante studie van D. IBBETSON, *A historical introduction to the law of obligations*, Oxford, 1999, 244. Zij doet vooral ook een continentaal jurist goed greep krijgen op de Engelse rechtsontwikkeling. In wat mindere mate geldt dit voor GUENT & TREITEL, *Some landmarks of twentieth contract law*, Clarendon Law Lectures, 2002.

een regel die — ondanks de door de *Law Lords* overruledede beslissing van Lord Denning in *Davis v. Johnson*(53) — staande is gebleven, zij wordt — afgaande op Vogenauer (p. 968) — regelmatig ontgaan, zodat de Lord Chancellor Hailsham veertien dagen na de beslissing in bovengenoemde zaak (dat de regel gehandhaafd dient te blijven) kon opmerken: „*The idea that we do not read these things is quite rubbish.*”

Intussen blijkt — afgaande op Vogenauer (p. 969) — dat na *Pepper v. Hart*(54) de regel in wezen zonder betekenis is.

30. Dat de Engelse rechter bij de uitleg van de wet mikt op werfkracht, houdt niet in dat hij, louter afgaande op het cultuurbeeld zoals hij zich dit voorstelt, recht spreekt en zich niet bewust bedient van uitleg-technieken. Vogenauer (p. 974) bevestigt een beeld dat bij mij — slechts afgaande op enkele uitspraken — bestond, een beeld dat ook naar de tijd genomen parallel loopt met Nederland. In mijn bijdrage aan de *Eggens*-aflevering(55) betoogde ik dat de Hoge Raad tot dan aan analogiefobie leed. Daarna is het denken in analogieën in onze rechtspraak niet meer weg te denken. Het Engelse recht staat er precies zo voor. De rechter let na 1960 steeds meer op de samenhang van normen (Vogenauer, p. 974), op de samenhang van de *common law* met *statutes* (de beide bronnen van recht hangen niet meer als los zand aan elkaar), de rechter ziet — anders uitgedrukt — *statutes* veel minder als de vijand van zijn *common law*.

31. Anders dan de Franse rechter, die een trage volger is van het Straatsburgse Hof, volgt de Engelse rechter Straatsburg en Luxemburg loyaal (Vogenauer, p. 984). Ook hier ging Lord Denning voor.

32. Ten onrechte vermeldt Vogenauer niet dat vooral in de laatste twee decennia de Engelse rechter zich niet slechts richt op de *common law* van de landen van de (vroegere) *Commonwealth* en de VS maar ook, en dat soms sterk, op continentale ontwikkelingen. Vogenauer (p. 984) schenkt ook redelijk veel aandacht aan de betekenis van de taal in het rechtsbedrijf. Met een beroep op Lord Browne-Wilkinson (1984) heet het: „*Bei der Betrachtung des Wortlauts lehnen die Richter es ab, feststehende Begrifflichkeiten zu übernehmen, die bestimmte Ausdrücke im englischen Recht erhalten haben.*”

(53) 1979, *AC* 264.

(54) 1993, *AC* 593 (HLE).

(55) *WPNR* 1960, nr. 4701.

33. Toenemend in Engeland is ook het beroep van de Engelse rechter op de rechtsvergelijking in de zin dat ze „*Auslandkunde*” overstijgt. Geregeld maken met name Amerikaanse *cases* deel uit van debatten. Voorbij is ook de tijd dat de *common law* wereld eenzijdig naar Londen keek. Australische ontwikkelingen met name hebben invloed op die in Engeland en omgekeerd.

X. De Amerikaanse rechtsontwikkeling

34. Wie de Amerikaanse rechtsontwikkelingen — door Vogenauer niet aan de orde gesteld — daarmee vergelijkt, komt al met al tot de ontdekking dat het Duitse pandectistische denken, dat het recht als een soort wiskunde aanmerkte, zijn Amerikaanse pendant had.

„*Late nineteenth-century legal reasoning brought categorical modes of thought to their highest fulfillment*” aldus Morton Horwitz⁽⁵⁶⁾ om daaraan toe te voegen (p. 18): „*By contrast early twentieth-century legal thought was devoted to attacking these modes of categorical thinking by partraying them as formalistic and artificial.*”

35. De twintigste eeuw begint met de sociologische school van Pound met zijn „*weighing of social interests*” die weer overging in Llewellyn’s realisme en werd — als het om invloedrijke rechters gaat — goed gemarkeerd door Holmes en Cardozo. Uiteindelijk is juridisch Amerika in de praktijk hierin blijven steken *n’en déplaie law and economics*, en andere benaderingen.

XI. Heeft het Europese Hof een methode van rechtsvinding?

36. Aandacht schenkend aan de rol van de grammaticale interpretatie in de beslissingen van de Europese rechters merkt Vogenauer op (p. 408): „*Während die deutsche Rechtsprechung erst seit den sechziger Jahren des 20. Jahrhunderts davon ausgeht, dass es keinen von vornherein klaren und eindeutigen Wortlaut gibt, war diese sprachphilosophische Erkenntnis für den Gerichtshof von Beginn an selbstverständlich. Angesichts der Mehrsprachigkeit des Gemeinschafts-*

(56) In zijn *The transformation of American Law 1870-1960, the crisis of legal orthodoxy*, 1992, 17.

rechts war es offensichtlich, dass es eine petitio principii darstellte, eine Vorschrift ohne vorhergehende Auslegung für klar zu halten.”

Over de karakteristieken van de Europese rechtspraak het volgende. Het Luxemburgse Hof acht zich niet aan precedënten gebonden(57). Evenals de Engelse rechter oordeelt het Hof echter wel *uitgaande* van precedënten. Het denken in precedënten is overigens dikwijls schijn. Door te onderscheiden tussen de *ratio decidendi* en *obiter dicta* weet een Engelse rechter regelmatig de bakens te verzetten. Omdat het Hof echter niet zoals de Engelse rechter in beginsel aan zijn precedënten gebonden is, treffen wij — volgens Vogenauer (p. 429) — een dergelijk manipulerend denken weinig aan. Vogenauer (p. 420) is van mening dat als het Hof van precedënten afwijkt de argumentatie te wensen overlaat.

Veel voorkomend ook is dat het Luxemburgse Hof regelmatig afwijkt van precedënten, omdat het gemeenschapsrecht in de ogen van het Hof zulks verlangt (het zogenaamde „*effet utile*”). Begrijp ik het goed dan kan Vogenauer zich hier niet in vinden, waar hij opmerkt (p. 427): „*Auf diese Weise drohe dem Bestand der gesamten Rechtsordnung Gefahr.*”

Wat hiervan te zeggen? Mijns inziens moeten wij hier anders tegen aan kijken. Het gemeenschapsrecht is betrekkelijk jong. Het heeft niet een geschiedenis die het BGB en de *Code Civil* hebben. Daar komt bij dat het rechtspolitiek gehalte van het gemeenschapsrecht nu eenmaal fors is en het beeld van waar wij met Europa heen willen en hoever wij willen gaan zich steeds kan wijzigen. Everling(58) toont aan dat het Hof vooral oordeelt naar „*Sinn und Zweck*”. De vraag is echter steeds: welk is het doel van een regeling? Dit wijzigt steeds weer en moet zich wel wijzigen omdat het Europese recht om rechtspolitieke redenen steeds weer wijzigingen moet ondergaan. Zo ergens dan is het denken in termen van rechtszekerheid hier wel uiterst dubieus.

XII. Leren studies over de methode van uitleg ons iets over het recht van de toekomst?

37. Wetgeving of rechtspraak, waar zal in de 21^e eeuw de nadruk op liggen in Europa? Onder socialistische invloed is in Europa het geloof

(57) EuGH. Verb.Rs. 28 bis 30/62, Stg 1963, 63, 82.

(58) *Rabels Z.* 1986, 193 e.v. Zie ook Norbert RÖTTGEN, *Die Argumentation des Europäischen Gerichtshofes, Typik, Methodik, Kritik*, diss. Bonn, 2001.

in de maakbaarheid van de maatschappij gegroeid. Geldt dit ook als vermogensrechtelijke wetgeving aan de orde is? Als een van de grote verworvenheden van de twintigste eeuw mag gelden dat de rechtspraak aan de wettekst steeds minder doorslaggevende waarde toekent. Steeds meer wordt gestreefd naar beslissingen met werfkracht terwijl de wetten goeddeels dezelfde bleven. Algemene rechtsbeginselen als redelijkheid en billijkheid leiden er toe dat wij niet meer geloven in contracten, die ook bij fors veranderde omstandigheden onveranderd blijven gelden. Afgebrokkeld is een wilsdenken dat geen oog had voor ongelijkwaardigheid van partijen. Ingezien wordt dat aandacht voor het gedrag van partijen steeds belangrijker wordt, hetgeen leidde tot de rechtskracht van geruststellende verklaringen, tot een meer open en tot elkander denken van verbintenissen, tot een toevloed van informatie en mededelingsplichten, tot het verdwijnen van het geloof in een „*sens clair*” met uitzondering van Frankrijk en België waar overigens achter de tekst een geheime agenda van de rechter schuil kan gaan. In dit licht dient er m.i. geen plaats te zijn voor gedetailleerde wetgeving — vooral niet op het stuk van het verbintenissenrecht — maar slechts voor wetgeving op hoofdpunten en ook daar staan de juristen nog huiverig tegenover. Niet voor niets wordt het Weense koopverdrag veelal uit internationale contracten uitgesloten en zijn weinig landen tot het zogenaamde vertegenwoordigingsverdrag toegetreden. Haaks op deze gedachte ook staan de Lando-rules, de Unidroit regels met hun gedetailleerde regelingen van bijvoorbeeld de *battle of forms* en op andere terreinen. Als het er op aankomt zijn weinig gevallen van verbintenisrechtelijke aard fluitjes van een cent. Zij vereisen een *ad hoc* benadering naar de aard van het handelen van partijen, de overeenkomst. De toekomst van de „dynamica” van het recht moeten wij niet zoeken in éénvormige regels maar in beperkte wetgeving ter bescherming van het publiek én in een (vergelijkende) rechtswetenschap, die er oog voor heeft dat de categorieën van het Romeinse recht aan een heroriëntatie toe zijn en het zicht op de zogenaamde remedies, die liggen op de grens van het materiële en formele recht waarvoor tot voor kort weinig aandacht bestond, in de toekomst fors verbreed dient te worden.