

# Verleden, heden en toekomst van het privaatrecht

Citation for published version (APA):

Schoordijk, H. C. F., & Smits, J. M. (1999). Verleden, heden en toekomst van het privaatrecht. *Ars Aequi*, 48(11), 800-808. <http://arsaequi.nl/product/verleden-heden-en-toekomst-van-het-privaatrecht/>

## Document status and date:

Published: 01/01/1999

## Document Version:

Publisher's PDF, also known as Version of record

## Document license:

Taverne

## Please check the document version of this publication:

- A submitted manuscript is the version of the article upon submission and before peer-review. There can be important differences between the submitted version and the official published version of record. People interested in the research are advised to contact the author for the final version of the publication, or visit the DOI to the publisher's website.
- The final author version and the galley proof are versions of the publication after peer review.
- The final published version features the final layout of the paper including the volume, issue and page numbers.

[Link to publication](#)

## General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal.

If the publication is distributed under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license above, please follow below link for the End User Agreement:

[www.umlib.nl/taverne-license](http://www.umlib.nl/taverne-license)

## Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us at:

[repository@maastrichtuniversity.nl](mailto:repository@maastrichtuniversity.nl)

providing details and we will investigate your claim.

Deze bijdrage verscheen in:  
Ars Aequi 48 (1999), p. 800-808.

## VERLEDEN, HEDEN EN TOEKOMST VAN HET PRIVAATRECHT

H.C.F. Schoordijk en J.M. Smits

### A. VERLEDEN EN HEDEN (H.C.F.Schoordijk)

#### I Inleiding

Recht is een cultuurgood. De term kwam zo'n twintig jaar geleden voor het eerst in zwang. Door de verbinding van recht met cultuur te leggen brengen wij tot uitdrukking dat het recht aansluit bij een beschaving en een samenleving. Dit deed het privaatrecht van de negentiende eeuw tot de tachtiger jaren wel en ook weer niet niet duidelijk. De Franse revolutie predikte de vrijheid en het recht volgde. De contractsvrijheid stond voorop en dit paste bij het liberale laissez faire - laissez aller, het economisch gedachtegoed van die tijd. Maar daarmee hield de band recht en maatschappij ook op. Geen consumentenbescherming, een zeer beperkte rechtsbescherming, geen bescherming van de zwakkere, etc. De maatschappij kwam daar niet aan toe. Rond 1880/85 werden de eerste geluiden van een vermaatschappelijking hoorbaar. De namen van Molengraaff (1858-1931), Drucker (1857-1917) en J.F. Houwing (1857-1921) zijn hieraan verbonden. Drucker drong aan op arbeidswetgeving. Hij meende door zitting in de Tweede kamer te nemen de beste bijdrage te leveren. Het leverde hem -ook toen reeds!- een overheersend gevoel van teleurstelling op. Molengraaff was zonder twijfel de man met de meest vooruitziende blik. Hij wordt o.m. door Scholten ("Algemeen Deel" [1934] p.248) beschreven als de jurist die vooral legislatief werk van lange adem leverde. Gemakkelijk wordt zo vergeten dat zijn meest verstrekkende en langdurige invloed eerst in onze dagen volop voelbaar is. In zijn beroemde geschrift "De oneerlijke concurrentie voor het forum van de Nederlandse rechter" (R.M. 1887, p.373, Molengraaff-bundel p.101) komt hij op voor een breed onrechtmatigheidsbegrip, waarin voor het ongeschreven recht ruim plaats is. Minder bekend en uiteindelijk belangrijker is echter dat Molengraaff in dit artikel de goede trouw tot de norm der normen verheft, een gedachte die eerst in de laatste decennia van onze eeuw in de jurisprudentie van de Hoge Raad haar vorm krijgt, een ontwikkeling die overigens nog verre van voltooid is. Wij leven dan rond 1960. De gedachte dat de rechter, of beter de maatschappij en niet (zozeer) de wet ons regeert, rukt op.

#### II De rechtsontwikkeling tot 1960.

De privaatrechtsgeschiedenis werd vóór de oorlog door Paul Scholten gezien als een continuum van opeenvolgende momenten. Het is de tijd van het historisme in de rechtsvinding, toen nog veel te veel begrepen als een leer van de wetsduiding. Wij zijn de tijd van een legisme, waarbij de woorden van de wet louter centraal lijken te staan, voorbij maar het denken in termen van het gezag van een wetgever is dan nog steeds volop aanwezig. Scholten benadrukte teveel de macht van de historische wetgever, te weinig dat een wet slechts zo mag worden geduid dat de justiciabele op het moment van de rechterlijke uitspraak zich daarin herkent. Ten bewijze ga ik niet uit van abstracte, aan het "Algemeen Deel" ontleende betogen. Scholten is een te genuanceerd schrijver dan dat dit geoorloofd zou zijn. Meer houvast bieden citaten. Zo besteedde Scholten (Algemeen Deel p. 107) aandacht aan de dissertatie van zijn leermeester J.F. Houwing (1857-1921), betogend dat deze de verdienste heeft aan art. 1358 BW oud, dat rept van "de zelfstandigheid der zaak" een zinvolle inhoud te hebben gegeven door terugvallend op de historie te betogen dat een beroep op dwaling opgeld moet doen

`wanneer men onder inachtneming van alle omstandigheden, moet aannemen, dat beide partijen hun overeenkomst van de waarheid dier voorstelling, als van een voorwaarde hadden afhankelijk gesteld.'

**Error! Bookmark not defined.**

Over Houwings werkwijze merkt hij op:

'Hij toont aan dat Pothier het beginsel dat hij uitsprak, gebrekkig samenvatte en niet juist formuleerde, doch zonder dat historisch onderzoek zou hij nooit de vrijheid hebben kunnen vinden zijn formule in plaats van die der wet te stellen.'

Het betreft een gevaarlijk betoog. Nadere historische studies (zouden hebben) kunnen aantonen dat Houwing ten onrechte de dogmengeschiedenis van art. 1358 BW oud niet geheel goed, twijfelachtig of onjuist heeft weergegeven. Betekent dit dat de Hoge Raad op zijn duiding van het begrip "zelfstandigheid van de zaak" dan had dienen terug te komen? Het antwoord moet ontkennend luiden. Naar moderne opvattingen is voldoende dat een rechter overweegt dat het begrip "zelfstandigheid van de zaak" als een wanbegrip gekwalificeerd moet worden en daarvoor een formule in de plaats stelt waarmede in de praktijk wel te werken valt. Deze formule was ook onder het oude recht gemakkelijk te vindien geweest indien de rechter het dwalingsleerstuk als een uitlegvraagstuk zouden hebben aangemerkt.

Ook andere voorbeelden ontleend aan Scholtens Algemeen Deel kunnen bewijzen hoe twijfelachtig Scholten met de rechtshistorie omging. Met een bestrijdbaar beroep op de historie (Bourjon) pleitte hij o.m. in WPNR [1925] 2897 e.v.; Verz.Geschriften deel III p.462) voor de opvatting, dat art. 2014 BW (oud) gezien moest worden als bewijs dat de verkrijger van een beschikkingsonbevoegde houder van een roerend goed slechts beschermd wordt indien hij voor het overige aan alle vereisten van eigendomsverkrijging voldoet. Vergeefs zal men in zijn "Zakenrecht" van 1945 nog zoeken naar het argument dat zo de praktijk het best gediend wordt, als ook dat aan nieuwere regelingen zoals het toenmalige cognossemmentsrecht (art. 510 lid 1 K), het wisselrecht (art. 115 lid 2 W) analogiën ontleend konden worden. Scholten propageerde het analogisch denken in zijn Algemeen Deel, maar zijn tijdgenoten (met uitzondering van Suyling en Eggens), noch de Hoge Raad kwamen tot 1960 aan analogisch denken voldoende toe. Ik verwijs in dit verband naar mijn bijdrage aan de Eggens-aflevering van WPNR [1960] 4701.

Ook bij Scholtens betoog over de taal laten zich vraagtekens zetten. Zijn betoog op p. 48 e.v. wijst er op dat hij veel te sterk de nadruk legt op de grammaticale interpretatie, waarbij de bedoeling van de wetgever nog te veel centraal staat. In de tijd dat hij de Algemeen Deel schreef was dit nog de gebruikelijk gezichtshoek. In de loop van de dertiger jaren gaat de taal filosofie (zie voor Nederland de dissertatie van A. Reichling "Het Woord", 1936) de richting op van een denken vanuit een ander paradigma - woorden, zinnen richten zich tot personen, tot de gemeenschap. De nadruk komt dan veel meer te liggen bij het antwoord op de vraag: hoe mag een wederpartij, hoe mag de gemeenschap de taal verstaan, dan bij de veelal niet te achterhalen bedoeling van degeen (contractspartij, wetgever) die zich uit. Natuurlijk, ook in Scholtens tijd werd van de woorden van de wet soms afgeweken als de situatie daarom vroeg. Zo meende de Hoge Raad dat art. 1507 BW oud (verkoop van eens andermans zaak is nietig) geduid moest worden als verkoop van eens andermans zaak, vernietigbaar. Het woord rechthebbende in art. 1910 BW (oud) werd door de Hoge Raad opgevat als niet omvattend rechtverkrijgenden onder bijzondere titel. Scholten schrijft hierover (p.54):

'Dit alles is onvermijdelijk, doch het is met de voorstelling, dat de gehoorzaamheid aan de wet onderwerping beduidt aan haar betekenis naar spraakgebruik, onverenigbaar. Volgt men onze opvatting, dan is hier voor de rechtszoekende niet een grenssteen die hij niet mag verplaatsen, doch een sterk gespannen koord dat de uiterste weerstand biedt, dat niet alleen voortdurend wordt verbogen, maar zelfs in hoge nood kan worden verbroken.'

Dit schrijft de moderne jurist niet meer niet; steeds gaat het om een uitleg van de wet, die een onaanvaardbaar resultaat niet meer aanvaardt en aan de woorden van de wet op zich slechts een uiterst beperkte betekenis toekent. Wie dit niet gelooft, leze Hirsch Ballins opstel ("Onafhankelijke rechtsvorming - Staatsrechtelijke aantekeningen over de plaats en functie van de Hoge Raad in de Nederlandse rechtsorde", Hoge Raad-bundel 1988, p.211 en met name sub IV -van toepassingsjurisdictie naar belangenjurisdictie-, waar de rechtspraak van de Hoge Raad van 1951 die nog sterk onder invloed van Scholten staat, en die van 1987 aan de hand van arresten geanalyseerd worden), alsook (in dezelfde bundel) C.J.M. Schuyt, (p. 297 e.v., een artikel dat iedere jurist gelezen moet hebben).

### III Het denken over het recht na 1960. Het denken vanuit een ander paradigma.

Eind vijftiger jaren wordt de kijk van de rechter op wet en recht een andere (zie mijn Amsterdamse rede "Redelijkheid en billijkheid van de vooravond van een nieuw millennium" 1996). De wet die -althans naar de uiterlijke schijn- goeddeels taalkundig werd uitgelegd, gaat door wetenschap en praktijk op zijn m.i. echte (betrekkelijke) waarde geschat worden. De jurist leert zien hoe talloze maatschappelijke waarde-oordelen aan de wet ten grondslag gelegd kunnen worden. Wij kunnen het op een andere wijze formuleren. De vraag naar de zgn innerlijke waarde van de wet wordt -althans door hen die het begrijpen- dan niet meer (zo) gesteld. De wet heeft geen innerlijke waarde, wij schatten haar op zijn eigentijdse waarde. Met een voorbeeld valt dit te verduidelijken. A heeft als directeur van de vennootschap B recht op tantième. Hij wordt ontslagen en de vennootschap stuurt het er op aan dat hij -zulks in strijd met de wet- niet over de jaarstukken kan beschikken omdat de accountant met zijn werk achter is (!) en de grootte of hoogte van de of het tantième nog niet is komen vast te staan. Loonvorderingen verjaren na 5 jaar. Zeven jaar later, na zijn vertrek krijgt de directeur een aanslag voor de inkomstenbelasting. De vennootschap had het tantième als ware deze betaald opgegeven aan de fiscus. Onze directeur had dan nog geen gerechtelijke stappen ondernomen en wachtte nog een aantal jaren met het aanspannen van een procedure. De rechter wees -wij leven dan nog onder het oud BW- in een niet gepubliceerd vonnis de vordering af. Ik heb hierbij mijn grote aarzeling, ook al dienden zich in casu andere flankerende feiten aan. Eén ding moge duidelijk zijn: tot 1960 zou er bijna geen jurist te vinden zijn geweest die dit vonnis als onjuist zou hebben durven aangemerken. Verjaringsregels leverden in de ogen van juristen toen 'hard and fast rules' op. Daarna heeft het recht zich echter veel sterker verzedelijkt. De burger gaat recht op maat verlangen en duldt niet dat veelal met een beroep op de rechtsonzekerheid zekerheid omtrent onrecht geschapen wordt. Voor de engelsrechtelijke regel van equity, volgens welke "one must go to the court with clean hands", komt dan ruimte. Onze ex-directeur had deze procedure met een beroep op het toen nieuwe BW wellicht moeten winnen. De rechter had hierop kunnen anticiperen (art. 3:321 lid 1 sub f).

Anticiperen en interpretatie is vanuit methodisch standpunt een interessant verschijnsel. Het nieuwe recht lijkt nog niet te gelden. De wetgever heeft zijn "nihil obstat" nog niet gegeven, toch geldt het. Waarom? Omdat de waardeoordelen van morgen tegenwoordig reeds reçu zijn. Blijkt hier niet duidelijk uit dat niet (zozeer) het gezag van de wetgever bepaalt wat rechtens is, maar rechtsopvattingen van nu. De rechter is dan niet meer 'la bouche de la loi', maar de mond door welke de gemeenschap wordt geacht te spreken. Niet slechts materieelrechtelijke normen komen zo op de schopstoel te staan. Zelfs formele normen -anders dan Scholten in zijn Algemeen Deel (p.122) betoogt- zijn niet meer veilig. Volgens Scholten gold nog

'dat daar de rechtszekerheid zwaar weegt, waar onze overtuiging wat behoort, ons zedelijk oordeel, niet meesprekt in de beslissing.'

Hij noemt in dit verband vragen van vorm, rechterlijke bevoegdheden, dagvaarding of verzoekschrift en wij spreken zeker in zijn geest wanneer wij de 'verjaring' ook in dit verband noemen. Hoe anders oordeelt de generatie die de 21e eeuw binnentreedt? Zij kan wijzen op de deformalisering-tendens, die de rechtspraak van de Hoge Raad kenmerkt, en de algemene normen van een goede procesorde. Anno 1999 lijken wij zo bezien een voldoende instrumentarium te bezitten om de 21e eeuw met vol vertrouwen tegemoet te treden. Maar is dit wel zo? Waardoor zal deze eeuw gekenmerkt worden? Zeker niet door de te grote lettertekengebondenheid van de eerste zestig jaren van de 20e eeuw. Maar dit is nog te negatief geformuleerd. Te verwachten is ook dat het misbruik van rechtsconstructies en misplaatste theorieën veel meer verre van ons zullen blijven, al is de neiging tot de zgn 'Begriffjurisprudenz' nooit voorbij. Er waren er nogal wat: de vele causaliteitstheorieën, de leer van de adequate veroorzaking, de toerekening naar redelijkheden billijkheid. Zij vallen thans te ontmaskeren als theorieën die verbergen dat het recht beheerst wordt door waarde-oordelen, door rechtspolitieke en rechtseconomische noties. Met dit betoog zijn wij aan een voorspelling nog niet toe. Eerst echter een antwoord op de vraag: valt de toekomst wel te voorspellen?

### IV De toekomst van het privaatrecht in de eenentwintigste eeuw valt eigenlijk niet te voorspellen.

Methodisch is door geschied-filosofen de vraag gesteld of de toekomst te voorspellen valt. Een grote fout, die historici (Toynbee bijv.) welke deze vraag bevestigend beantwoordden, maken is gelegen in de gedachte dat

**Error! Bookmark not defined.**

de wetten die de bêta-wetenschappen als de natuur- en sterrenkunde kennen, ook denkbaar zijn voor de alpha-wetenschappen. Een dergelijke gedachte kan alleen maar opkomen -aldus de geschiedfilosoof F.R. Ankersmit ("Denken over geschiedenis", Groningen 1986, p. 56)- doordat alpha's onvoldoende kennis hebben van wat bijv. natuurkundige wetten inhouden

`Dynamische systemen zijn voor natuurkundigen systemen als ons zonnestelsel, die afgesloten (van invloeden van buitenaf) en repetitief (een bepaalde toestand keert met een gezette regelmaat steeds terug) zijn.'

Te groot zijn de onzekere factoren die de geschiedenis van de mensheid bepalen dan dat wij met enige zekerheid voorspellingen kunnen doen. Wel kunnen wij tendenzen aangeven waarvan met het grootst denkbare voorbehoud gezegd kan worden, dat zij zich zullen doorzetten. De Europese éénwording? Maar zal zij bestendig blijken?

#### V Ligt de toekomst in de eenheid van wetgeving?

Eenheid van wetgeving betekent bepaald niet eenheid van recht. Het is gevaarlijk om vanuit gelijkheid van wetgeving te kunnen concluderen dat het recht wel hetzelfde zal zijn, een gedachte die in het verlengde ligt van een nog bij te vele juristen heersend besef, als zouden wij door de wet geregeerd worden. Een misverstand dus. In de praktijk blijkt dit ook. Na de aanvaarding van de Geneefse tractaten in 1931 kreeg continentaal Europa een eenvormig wisselrecht. Wie kennis neemt van de jurisprudentie, die lange tijd rechtsvergelijkend gepubliceerd werd (Von Caemmerer, "Rechtsprechung: Internationale Rechtsprechung zum Genfer einheitlichen Wechsel- und Scheckrecht" 1954, 1967, 1975), kan alleen maar schrikken. In verschillende jurisdicties werden ook centrale bepalingen als bijv. die op het stuk van derdenbescherming geheel verschillend uitgelegd. Ook talloze andere voorbeelden laten zich in dit verband opvoeren. Welke Nederlandse advocaat en welke rechter is er op verdacht dat na een echtscheiding tussen Franse echtgenoten, die in uitsluiting van iedere gemeenschap getrouwd zijn, een echtgenote met weinig vermogen over de boeg van de ongegronde verrijking reallocatie van vermogen kan verlangen. Lezing van de wetsteksten geeft hier geen enkele aanleiding toe. De Franse rechter komt langs een ongebruikelijke, ongeschreven weg in een constante rechtspraak tot resultaten die in common law landen (inclusief de VS), Duitsland en Italië) krachtens wet of ongeschreven recht eveneens opgeld doen. Schrijvers van deze bijdrage leggen hierbij niet hun prioriteit en zelfs als dit anders uitpakt, zal de burger zolang er nog lokale rechters zijn zich niet daardoor Europeaan voelen.

#### VI Betekent dit dat wij niet moeten unificeren?

Als unificatie van wetgeving nog altijd niet (om niet te zeggen bijna nooit) garandeert dat rechtsgenoten - waaronder met name handelspartners- van verschillende landen elkaar verstaan, betekent dit dan dat wij alle unificerend streven moeten opgeven? Zo ver willen wij ook weer niet gaan. De Unidroit Principles for International Commercial Contracts: a New Lex Mercatoria [1995] (uitgave International Chamber of Commerce 1995) stemmen echter bepaald niet vrolijk. In dit verband een enkel voorbeeld. Krachtens art. 4.1 9.0 van de Unidroit Principles of International Commercial Contracts geldt dat

`(1)A contract shall be interpreted to the common intention of the parties.'

Wie ietwat te kwader trouw leest, zal hier een tautologie onderkennen. De Principles gaan uit van het dogmatisch uitgangspunt dat de gebondenheid aan een contract haar grondslag vindt in wilsovereenstemming. Zij lijken geen oog te hebben voor de worsteling met het wilsbegrip van de laatste decennia, een gevecht waarvan nog lang niet de laatste ronde en voor vele toeschouwers het resultaat in zicht is. Zij heeft in, zoverre wel tot consensus geleid heeft dat er tussen niet en wel contractuele gebondenheid een glijdende schaal bestaat met kwalificaties als precontractuele goede trouw, geruststellende verklaringen, etc. Juristen van de kort naoorlogse generatie die kennismaken van de Unidroit regels kunnen niet ontkomen aan het déjà vue gevoel, de impressie dat de Unidroit Principles niet verder komen dan wat Asser-Losecaat Vermeer (1939, 1947) reeds te bieden had. Dit houdt bepaald geen diskwalificatie van deze auteur in. Losecaat Vermeer was een

**Error! Bookmark not defined.**

begenadigd jurist die zeker bij zijn tijd niet ten achter liep. Zijn boek was en vormt bij lezing toch nog duidelijk de neerslag van het Romeinse recht, zoals dat via Pothier en de Code tot ons gekomen is: het recht als een rustig bezit! Hierbij kunnen wij echter niet stil blijven staan, om het met J.P. Dawson ("Oracles of the law" p.498) te zeggen:

'The materials to be organised by legal scholarship have become immensely complex with all the wealth of particulars and variables to be found in case law.'

Onze tijd, de tijd van de eeuwwende, vormt niet meer een periode voor 'hard and fast rules'. De burger verlangt recht op maat. Haaks hierop staan de Unidroit regels die, hoezeer vooral voor de handel geschreven, desondanks dynamiek lijken te missen en in ieder geval voor het oog verborgen houden dat de dogmatiek van het privaatrecht opnieuw doordacht moet worden.

Hierbij past nog een kanttekening. De rechtsvergelijkende component in de opleiding en het onderzoek is niet slechts of slechts in beperkte mate van belang om kennis te nemen van in het buitenland nieuw ontwikkelde rechtsfiguren, maar ook om beter zicht te krijgen op het begrippenapparaat, waarmee wij en binnen- en buitenlandse rechtsverschijnselen kunnen analyseren. Rechtsfiguren zullen tengevolge van veranderingen in de samenleving elkander zo snel opvolgen en gedateerd blijken dat een practicus een levenlang slechts up to date kan werken als hij dogmatisch zo uitgerust is dat hij nieuwe verschijnselen weet te bemeesteren en in te passen. In dit verband een vrij willekeurig voorbeeld. Uncitral (de United Nations Commission on International Trade) hield zich in september voor de 35e maal (in Wenen) bezig met "rules on electronic signatures". Bestudering van deze regels dient niet slechts van belang te zijn om zo louter van een rechtsverschijnsel kennis te kunnen nemen, maar ook om de dieper liggende vraag te beantwoorden, of de heersende wils/verklaringsleer nog wel houdbaar is. Een ander voorbeeld uit het werk van Uncitral is niet minder leerrijk. Bij private financiering van snelwegen, bruggen, vliegvelden, bij overdracht van verzekeringspenningen aan een hypotheekhouder gaat de cessie een heel andere betekenis krijgen. De regel dat een debiteur zich tegenover een cessionaris moet kunnen beroepen op zijn verweermiddelen levert bij dit soort transacties geen passend recht op. Schuldenaars doen in deze context dan ook veelal (of tenminste nogal eens) afstand van hun verweermiddelen. En zo is het steeds. Grote delen van het vermogensrecht moeten opnieuw doordacht worden. Blijken zal echter dat zgn vreemde vogels in de juridische bijt zeer wel dogmatisch ingebed kunnen worden opdat en zodat zgn nieuwe ontwikkelingen ons niet als los zand (weetjes! sui generis) door de vingers glippen.

Hierbij moet ik het laten. Mijn collega Smits geeft zijn impressie met het oog op de toekomst. Ieder vogeltje zingt zoals hij gebekt is. Zijn en mijn betoog liggen wellicht niet geheel in elkaars verlengde. Dat hoeft ook niet. Musicologie anno 1995 leert dat muziek niet altijd uni sono hoeft te klinken om toch te bekoren.

## **B. DE TOEKOMST (J.M.SMITS)**

### VII Persoonlijke overtuiging en recht

Omdat de toekomst nu eenmaal niet valt te voorspellen - zoals Schoordijk in het voorafgaande terecht benadrukt - is het een hachelijke onderneming om te proberen op 'objectieve' wijze aan te geven in welke richting het privaatrecht zich zal ontwikkelen. Maar omdat recht een cultuurgoed is - ook daarin moet Schoordijk worden bijgevalen - kan men de pretentie hebben dat visies van individuele beoefenaren van het privaatrecht ook *invloed* kunnen hebben op die toekomst. Zoals de gemeenschap van schilders of van musici de toekomst van de schilderkunst of van de muziek zelf bepaalt, zo hebben juristen grotendeels zelf in de hand in welke richting hun vakgebied zich ontwikkelt. Hun persoonlijke overtuigingen *maken* het privaatrecht. Te denken valt aan de 'uitvinding' van leerstukken (en aanvaarding daarvan in de rechtspraak) als de *culpa in contrahendo* door Rudolf von Jhering en de *Wegfall der Geschäftsgrundlage* door Paul Oertmann, maar ook aan tendenties die zonder individuele auteurs ook wel zouden zijn opgekomen maar dankzij de kracht waarmee zij door prominente beoefenaren van hun vakgebied werden verdedigd, pas vaste voet aan de grond kregen. Aldus bijvoorbeeld in Nederland de verzedelijking van het privaatrecht dankzij de reeds genoemde

Molengraaff, Houwing en Drucker en de relativering van rechtsverhoudingen door de invloed van J. Eggens (1891-1964).

*Of persoonlijke overtuigingen tot gemeengoed worden, valt echter wederom niet te voorspellen. In het navolgende ga ik in op twee tendenties die mijns inziens niet enkel de toekomst van het privaatrecht zullen beheersen, maar dat naar mijn stellige overtuiging ook dienen te doen. Een van deze tendenties, de Europeanisering van het vakgebied, werd door Schoordijk reeds aangestipt. De tweede tendentie - die overigens nauw samenhangt met de eerste - noem ik de verdere ontmythologisering van het privaatrecht. Ik geloof dat deze beide ontwikkelingen het aangezicht van het huidige privaatrecht - dat in elk geval naar de vorm nog grotendeels negentiende-eeuws is - in de komende eeuw grondig zullen veranderen.*

#### VIII Europeanisering van het privaatrecht

Dat het laatste decennium van deze eeuw het beginpunt is van de ontwikkeling van een Europees privaatrecht, behoeft haast geen betoog meer. Maar liefst een tiental nieuwe tijdschriften gewijd aan (aspecten van) Europees privaatrecht werd tussen 1990 en nu opgericht. Aan vrijwel alle Nederlandse rechtenfaculteiten bestaan onderzoeksprogramma's die zijn gewijd aan de ontwikkeling van een Europees *ius commune*. Allengs verschijnen verzamelbundels en handboeken gewijd aan Europees privaatrecht. Verscheidene commissies houden zich bezig met de vervaardiging van 'Principles' (behalve de door Schoordijk al genoemde mondiale Unidroit Principles of International Commercial Contracts bestaan Principles of European Contract Law en Principles of European Trust Law en wordt gewerkt aan Europese beginselen van aansprakelijkheidsrecht). Van politieke zijde riep het Europees Parlement reeds twee maal op tot de vervaardiging van een Europees Burgerlijk Wetboek op terreinen van belang voor de interne markt. Steeds meer Europese Richtlijnen op privaatrechtelijk vlak zien het licht. Zo kan men doorgaan.

Reden voor deze ongebreidelde activiteit op Europees-privaatrechtelijk vlak is formeel dat een waarlijk interne markt in Europa pas echt kan ontstaan indien ook het privaatrecht enigszins uniform is. Dat bijvoorbeeld het contractenrecht in Duitsland anders is dan dat in Frankrijk of Italië belemmert immers de handel omdat handelslieden in het ene land beducht zijn voor de valkuilen van het recht in een ander land en zich daarom maar liever beperken tot het sluiten van nationale contracten. Dit moge evenwel de politieke bemoeienis met unificatie van recht verklaren, het verklaart slechts ten dele waarom ook wetenschapsbeoefenaren zich met Europees privaatrecht bezighouden. De beste reden om dat te doen, is uiteraard dat het een enorme wetenschappelijke uitdaging is om rechtsstelsels met elkaar te vergelijken en te bezien in hoeverre gemeenschappelijke beginselen en nationale verschillen bestaan. Dit geschiedt bij voorkeur zonder enige politieke bijbedoeling. Zodra Principles met financiële steun van de Europese Unie worden vervaardigd, ligt de verdenking op de loer dat de rechtsverscheidenheid om puur economische motieven wordt opgeofferd aan de wens een Europese interne markt te bewerkstelligen. Rechtsgeleerden heulen nu eenmaal graag met machthebbers, zoals Van Caenegem voor de rechtsgeschiedenis heeft aangetoond in zijn *magistrale Judges, Legislators & Professors* (Cambridge 1987). Anthony Ogus (ICLQ 48 (1999), p. 405 v.) betoogt voorts dat de reden voor de groeiende populariteit van het Europees privaatrecht onder wetenschapsbeoefenaars is dat zij aldus hun marktwaarde kunnen verhogen: omdat de bijdrage van de wetenschap onontbeerlijk is voor de ontwikkeling van een nieuw *ius commune*, bepleiten hun beoefenaren het grote belang van rechtsunificatie in Europa.

Waarin zie ik de grote waarde van de tendentie naar een Europees privaatrecht? Niet zozeer in beide zojuist genoemde oneigenlijke motieven, maar in een andere reden. Het is mijn stellige overtuiging dat de bestudering van het Europees privaatrecht een hoge vlucht dient te nemen om het *intrinsiek* wetenschappelijke belang dat betrokken is bij het zoeken van overeenkomsten en verschillen tussen rechtsstelsels. Lange tijd (sinds de grote Europese codificaties van de eerste helft van de negentiende eeuw) is de rechtswetenschap nationaal geweest en heeft deze zich vooral bezig gehouden met problemen rond de interpretatie van nationale wetboeken. Thans bestaat de mogelijkheid om de nationale wetenschappelijke grenzen te doorbreken en de privaatrechtswetenschap op het niveau van een internationale discipline met een gemeenschappelijk denkkader te brengen. Dat impliceert in het geheel niet dat niet meer over nationaal recht geschreven kan worden en zelfs niet dat over het Europees privaatrecht niet in het Nederlands zou mogen worden geschreven. Het impliceert *wel* dat een internationaal debat gaat worden gevoerd over grondslagen van, wegen naar en regels voor een Europees privaatrecht. Dat is voor de Nederlandse rechtswetenschap (indien disciplines als

rechtssociologie en rechtsgeschiedenis buiten beschouwing worden gelaten) nieuw én buitengewoon opwindend. Consequentie daarvan is bijvoorbeeld een verhoging van kwaliteit door concurrentie. Dat geldt zowel voor rechtsonderwijs, rechtswetenschap als rechtspraak. Naarmate het recht in Europa uniformer wordt, kunnen studenten immers in sterkere mate dan thans het geval is kiezen voor de in hun ogen beste Europese juridische faculteit; wegvallen van de nationale rechtssystemen leidt aldus tot een rangorde van juridische faculteiten. Nederlandse rechtswetenschappers dienen te gaan concurreren met hun Europese collega's; ongetwijfeld zal ook dat leiden tot het ontstaan van een rangorde van Europese onderzoekers en wetenschappelijke tijdschriften. En ten slotte leidt een uniform Europees privaatrecht tot een grotere concurrentie in de rechtspraak omdat juristen uit andere landen dan evengoed kunnen adviseren omtrent 'Nederlandse' rechtsvragen als Nederlandse juristen. Nationale monopolies van bijvoorbeeld notarissen en advocaten verdwijnen daarmee mogelijkerwijs ook (met als gevolg dat hun inkomens worden aangepast aan Europese maatstaven). Dit alles verandert de Nederlandse (privaat)rechtswereld in de nabije toekomst fundamenteel en naar mijn oordeel ten goede.

De discussie over het Europees privaatrecht zal zich in de komende decennia wel vooral toespitsen op de vraag hoe dit moet worden bereikt. Mijns inziens kunnen vele methoden naast elkaar bestaan. Behalve van het opstellen van Principles en van de door Schoordijk al genoemde Europeanisering door het rechtsonderwijs en doordat nationale rechters zich rechtsvergelijkend zullen laten inspireren, valt een belangrijke bijdrage te verwachten van de Europese rechters. De bijdrage van het Hof van Justitie in Luxemburg en van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens in Straatsburg is weliswaar nog bescheiden, maar die kan in de nabije toekomst veel groter worden. In zaken als *Francovich* (HvJ C-6/90 en C-9/90, Jur. 1991, p. I-5357) en *Brasserie* (HvJ C-46/93, Jur. 1996, p. I-1029) heeft het Luxemburgse Hof een begin gemaakt met het noemen van elementen van een Europese onrechtmatige daad; het Hof in Straatsburg is in theorie in staat om delen van het privaatrecht waar mensenrechten in het geding zijn te uniformeren. Dat geschiedde reeds deels op het vlak van het procesrecht en het familierecht, maar het kan ook op het vlak van het contractenrecht. Nu aan het EVRM een bescherming van de menselijke waardigheid ten grondslag ligt, kan het Hof deze namelijk tot maatstaf nemen voor de beoordeling van contracten die evident onrechtvaardig uitpakken voor een der contractspartijen. Het Duitse constitutioneel Hof deed dit reeds door contracten te toetsen aan de Duitse Grondwet (zie onder).

#### IX Ontmythologisering van het privaatrecht

Een tweede tendentie waar ik hier graag de aandacht voor wil vragen is de verdere ontmythologisering van het privaatrecht. Schoordijk haalt een uitspraak van Dawson aan dat het materiaal dat de rechtswetenschap heeft te ordenen tegenwoordig zo complex is geworden dat het nog maar moeilijk in algemene regels is te vangen. 'Recht op maat' verdraagt zich niet goed met de oude systematiek van het privaatrecht. Verbazen doet dat niet: de huidige privaatrechtelijke dogmatiek is nog grotendeels die van de negentiende eeuw. De scherpe scheidingen tussen bijvoorbeeld verbintenissen- en goederenrecht en tussen de diverse bronnen van verbintenis zijn weliswaar in de rechtspraak gerelativeerd, maar de rechtsfiguren die dat heeft opgeleverd (zoals kwalitatieve verplichtingen, vertrouwen als bron van verbintenissen, recht van de 'samenhangende rechtsverhoudingen', waarover recent Meijer, WPNR 6329-6330 (1998), p. 617 v.) worden nog altijd beschouwd als *uitzonderingen* op het dogmatisch systeem. Wat eigenlijk vereist is, is het schrijven van een nieuwe dogmatiek waarbinnen in het geheel *geen* uitzonderingen bestaan, maar die ruimte biedt aan allerlei mogelijke (nieuwe én oude) rechtsfiguren. Als dat niet geschiedt, leidt dat tot een ontstaan van een nieuw billijkheidsrecht *naast* de oude dogmatiek, zoals het Engelse recht naast de starre common law *equity*-recht kent. Dat is naar Engels recht geen probleem, maar op het Europees continent vergt de rechtstraditie het ontwikkelen van een nieuwe systematiek zodra de oude niet langer voldoet. Geschiedt dat niet, dan blijft slechts de *mythe* van een leidinggevende dogmatiek over: in de rechtspraak worden de regels van het bestaande privaatrecht enkel gebruikt om een oplossing mee in te bedden in het bestaande systeem, terwijl de facto andere - dan niet expliciet genoemde - factoren de beslissing bepalen.

Nu vergt het opbouwen van een nieuwe dogmatiek steeds een rechtstheoretische verankering. De thans vigerende systematiek is grotendeels gebaseerd op het negentiende-eeuws liberalisme. Vraag is vanuit welke rechtstheoretische achtergrond de opbouw van dogmatiek thans heeft te geschieden. Eerder heb ik in mijn preadvies voor de Nederlandse Vereniging voor Wijsbegeerte van het Recht (R&R 27 (1998), p. 10 v.)



**Error! Bookmark not defined.**

verdedigd dat de leidinggevende gedachten in het huidige privaatrecht grotendeels tegenstrijdig zijn en dat proberen een coherent systeem op te bouwen dan vergeefse moeite is. Wat hebben in het contractenrecht bijvoorbeeld een *joint venture* tussen twee vennootschappen en een consumentenovereenkomst tot aankoop van een brood met elkaar gemeen? Naar mijn oordeel te weinig om een voldoende informatief en coherent contractenrecht mee op te bouwen. Soms dient het contractenrecht de consequenties van volledige contractsvrijheid en absolute gebondenheid aan de overeenkomst te honoreren, soms dient het de zwakkere partij te beschermen. Dat betekent dat een moderne privaatrechtdogmatiek niet anders dan *postmodern* kan zijn, dat wil zeggen: zich rekenschap heeft te geven van divergerende tendenties. Deze zinvol op één noemer proberen terug te brengen, is tot mislukken gedoemd.

Zelf zie ik in dit verband twee grote rechtstheoretische onderbouwingen van het moderne privaatrecht. Enerzijds is daar de gerechtigheid van de markt, geregeerd door de bekende beginselen van wilsautonomie en absolute bindende kracht, anderzijds is er de bescherming van de zwakkere partij. De dogmatiek van het eerste rechtsgebied kan grotendeels worden opgebouwd vanuit een economische analyse van het privaatrecht, die van het tweede vanuit de filosofie van de sociale rechtsstaat.

Dat rechtseconomische inzichten van nut kunnen zijn in het privaatrecht, is inmiddels gemeengoed. In grote delen van het contracten-, aansprakelijkheids- en goederenrecht zijn de beste regels die, die tot de meest efficiënte uitkomst leiden. Invloed van de overheid is daar niet gewenst. De nadruk op wilsautonomie en op bindende kracht in het overeenkomstenrecht, op schuldaansprakelijkheid in het onrechtmatige daadsrecht en op een vrij absolute bescherming van de eigendom in het goederenrecht zijn hiermee grotendeels compatibel. Dat betekent dat de negentiende-eeuwse dogmatiek voor het privaatrecht van de markt in essentie als de juiste kan worden beschouwd. Een rechtseconomische onderbouwing van die dogmatiek dient echter nog grotendeels plaats te hebben. Het is misschien wel een van de belangrijkste wijzen van verdere rationalisering en verwetenschappelijking van het privaatrecht, zoals ook Richard Posner benadrukt (zie bijvoorbeeld de inleiding tot zijn *Overcoming Law*, Cambridge Mass. 1995).

Waar de bescherming van de zwakkere aan de orde is, dient daarentegen nog grotendeels een nieuwe dogmatiek te worden opgebouwd. Ik ben er zelf een voorstander van om dat te doen vanuit een grondrechtenbenadering: waar grondrechten horizontaal (dienen te) werken, kunnen deze het geraamte vormen van een meer sociaal privaatrecht. Met name de bescherming van de gelijkheid en van de menselijke waardigheid zijn hier de leidende thema's. Het Duitse constitutioneel Hof heeft hier in 1993 de weg gewezen door een vergaande interpretatie te geven van art. 2 van de Duitse Grondwet dat een bescherming van de menselijke waardigheid behelst. Voor het Hof kwam een zaak waarin een jonge ongeschoolde vrouw zich jegens een bank borg had gesteld voor een lening van haar vader. Toen na enige jaren de schuld van de vader aan de bank was opgelopen tot bijna 2,5 miljoen DM werd de vrouw als borg aangesproken. De hoogste civiele rechter overwoog dat dat de vrouw ten tijde van de borgstelling meerderjarig was en bij haar volle verstand de borgstelling aanging en dus de consequenties daarvan moest dragen (een oordeel kennelijk ingegeven door een vergaande toepassing van het *ius vigilantibus scriptum*).

Interessant is dat de vrouw vervolgens in een procedure bij het constitutioneel Hof heeft beargumenteerd dat de civiele hoogste rechter hiermee had gehandeld in strijd met art. 2 Grondwet omdat de last die de borgstelling met zich brengt haar aan zou tasten in haar menselijke waardigheid omdat zij nu werd gedwongen een leven te leiden dat haar reduceerde tot een voorwerp en dat haar financiële vrijheid zozeer beperkte dat zij geen menswaardig bestaan meer kon leiden. Het Duitse constitutioneel Hof gaf de vrouw hierin gelijk:

„Haben die Vertragspartner eine an sich zulässige Regelung vereinbart, so wird sich regelmässig eine weitergehende Inhaltskontrolle erübrigen. Ist aber der Inhalt des Vertrages für eine Seite ungewöhnlich belastend und als Interessenausgleich offensichtlich unangemessen, so dürfen sich die Gerichte nicht mit der Feststellung begnügen: "Vertrag ist Vertrag". Sie müssen vielmehr klären, ob die Regelung eine Folge strukturell ungleicher Verhandlungsstärke ist, und gegebenenfalls im Rahmen der Generalklauseln des geltenden Zivilrechts korrigierend eingreifen“.

In casu had de borg een in verhouding tot haar inkomen uitzonderlijk hoog risico toebedeeld gekregen en daaromtrent had de bank haar uitgebreid moeten informeren. Omdat de bank dit niet deed, werd de

**Error! Bookmark not defined.**

‘Vertragsparität’ verstoord, hetgeen in strijd kwam met het vigerende privaatrecht (Bundesverfassungsgericht 19 oktober 1993, *Entscheidungen* 89 (1994), no. 18, p. 214 v. (citaat op p. 234); zie ook Tjittes, *Bezwaarde verwanten* 1996, p. 24 v.). Mijn overtuiging is dat ondanks het ontbreken van een constitutionele rechter ook in Nederland het privaatrecht steeds meer onder invloed van de Grondwet zal komen te staan. Hoe dat moet, wordt getoond door Canaris, *Grundrechte und Privatrecht* (Berlin 1999).

Waarom dit alles nu een ontmythologisering genoemd? Omdat privaatrechtelijke regels niet langer *op zichzelf* als redengevend worden beschouwd voor een bepaalde uitkomst. Steeds dienen zij te worden beschouwd tegen de achtergrond van hun rechtstheoretische inbedding. Daarmee is niet gezegd dat het privaatrecht niet langer als zelfstandige discipline mag worden beschouwd. Een verbinding met andere disciplines zal er echter meer en meer komen, overigens precies zoals voorgestaan door onder meer William Twining (*Law in Context: Enlarging a Discipline*, Oxford 1997). Regels zijn geen mythologische grootheden, het zijn - zoals Schoordijk het formuleert - slechts lettertekens die naar eigentijdse waarde moeten worden geschat. Dat doe ik echter liever vanuit een meer omlijnde rechtstheoretische visie dan naar enkel de omstandigheden van het geval.