

De noodzaak en de mogelijkheid van rechtvergelijking in het civiele recht

Citation for published version (APA):

Smits, J. (1994). De noodzaak en de mogelijkheid van rechtvergelijking in het civiele recht. *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie*, 728-730. [6154].

Document status and date:

Published: 01/01/1994

Document Version:

Publisher's PDF, also known as Version of record

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

Take down policy

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

repository@maastrichtuniversity.nl

providing details and we will investigate your claim.

De noodzaak en de mogelijkheid van rechtsvergelijking in het civiele recht / Jan Smits

1. Inleiding

Dat de rechtsvergelijking met methodische vragen worstelt, is een gemeenplaats. Wie de overvloedige literatuur bestudeert, bemerkt dat wordt getwist over vrijwel dezelfde vragen als die rond 1900 speelden. Niet alleen zijn doel, object, nut en techniek van rechtsvergelijking nog steeds voorwerp van discussie, ook in de precaire kwestie of de rechtsvergelijking wel een zelfstandige discipline is of 'slechts' een hulpmiddel voor de bestaande takken der rechtswetenschap, is nooit consensus bereikt.¹

Dat roept de vraag op naar de aard van de vergelijkende methode. Is daarin misschien iets wezenlijks waardoor een status quo ten aanzien van methode en doel der rechtsvergelijking onmogelijk is? Zou het niet zo kunnen zijn dat het 'positieve' recht en de meer relativerende beoefening van rechtsvergelijking – daaronder begrepen rechtsgeschiedenis – eigenlijk niet van elkaar verschillen en dat dat de reden is voor de moeite die de rechtsvergelijking heeft zich een eigen, onomstreden plaats te verwerven?

In het navolgende wordt deze vraag aangevat door, behalve op de aard van de vergelijkende arbeid, ook in te gaan op de aard van het civiele recht zelf. Alvorens die hoofdlijn van het betoog – in hoeverre vormen 'positief' recht en rechtsvergelijking een tegenstelling – op te vatten, moet evenwel nog iets worden gezegd over het doel dat met de vergelijking kan worden nagestreefd. Wanneer daarin geen eigen, onderscheiden, kenmerk van de vergelijking gelegen is, is de weg vrij voor een meer principiële benadering.

2. Doel der rechtsvergelijking

Met de rechtsvergelijking kunnen legio doelen worden gediend. Zo noemt Sauveplanneⁱⁱ het lering trekken uit een ander systeem, het voorbereiden van rechtsunificatie, het opsporen van algemene beginselen en het aantonen van de superioriteit van het eigen rechtsstelsel. Hieraan vallen nog vele andere toe te voegen,ⁱⁱⁱ wat al aangeeft dat een specificering van de rechtsvergelijkende arbeid naar het doel weinig verhelderend is. Het komt er op neer dat het doel wordt ingegeven door de resultaten die men wenst te bereiken^{iv} en die kunnen van velerlei aard zijn, waarbij het enkele bevredigen van de nieuwsgierigheid niet in de laatste plaats moet worden genoemd. Maar wezenlijk voor de rechtsvergelijking is dat niet: grotendeels kunnen dezelfde doelen voor de bestudering van het nationale recht worden opgesteld.

Is het doel afgeschreven,^v dan rest de vraag waarin het eigene van de rechtsvergelijking wel ligt. Men kan dan niet volstaan met de enkele mededeling dat de rechtsvergelijkende arbeid bestaat in het bezig zijn met buitenlands of historisch recht. Wat minder vaag is al om te stellen dat vergelijken betekent het aangeven van overeenkomsten en verschillen met andere objecten dan die hic et nunc voorliggen. Maar dan is de vraag of dat alleen opgaat voor de vergelijking met andere landen en perioden, of ook voor het bepalen van het positieve recht in één land op één tijdstip. Hoe recht te vergelijken wordt nu eerst aan de hand van een belangrijke opvatting van Hoetink onderzocht voor de traditionele rechtsvergelijking. Vervolgens komt de rol van de vergelijking in het positieve recht aan de orde.

3. Hoetinks benadering: de onmogelijkheid van vergelijking

Wie zich wil verdiepen in de aard van de rechtsvergelijkende arbeid, kan niet heen om het werk van H.R. Hoetink. Sprekend over zijn eigen discipline, de rechtsgeschiedenis, stelt hij^{vi} dat noodzakelijkerwijze altijd gebruik zal worden gemaakt van

`anachronistische begrippen' om het verleden te begrijpen. Men kan slechts trachten met de begrippen en ideeën van de eigen tijd die van vroeger te (re)construeren, want een werkelijk kennen van het recht zoals dat gold binnen de toenmalige sociale verhoudingen is uitgesloten.

Dat een `objectieve' weergave principieel onmogelijk is, is evenwel niet erg: juist door het geen oog (kunnen) hebben voor de historische en sociale achtergrond van het vroegere recht, kan men het overzetten naar de huidige tijd en aldus een gewenst resultaat bereiken: dit is Hoetinks `produktief misverstand'. Men zal een nooit helemaal logische keuze moeten doen uit het aanwezige materiaal. Manipuleren van het verleden is dus niet alleen onvermijdelijk, maar ook nuttig: het maakt rechtsontwikkeling mogelijk.

Met dezelfde vinger die Hoetink legt op een voor de rechtsgeschiedenis zere plek, kan nu worden gewezen naar een centraal probleem van de horizontale rechtsvergelijking. Ook daar is immers traditioneel de vraag hoe een vergelijking van nationale regelstelsels `eigenlijk' mogelijk is, waar tot een buitenlands recht en de daarmee zeer nauw samenhangende maatschappelijke verhoudingen maar moeilijk kan worden doorgedrongen. Ook daar is een keuze nodig.

De vinger kan echter nog in een derde richting wijzen. Wanneer het zo is dat vergelijken tussen rechtsstelsels problematisch is omdat steeds moet worden bepaald welke elementen soortgelijk zijn, en dus vergelijkbaar, dan is de vraag of dat niet ook opgaat voor het recht zoals dat hic et nunc geldt, het positieve recht.

4. Het `positieve' recht: de interpretatieve praktijk

De door Hoetink zo treffend blootgelegde omstandigheid dat vergelijken nooit echt mogelijk is omdat de omstandigheden per tijd en plaats verschillen, verwijst naar een gedachte die ook voor het positieve recht van uitzonderlijk belang is: het recht is (zoals de samenleving) constant in beweging en dat

schept voor de jurist het probleem hoe hij het recht, zoals dat tot op het moment van het geven van zijn beslissing bestaat, moet toepassen op het voorliggende geval. Onomstreden is dat de rechtsvinder dan een vergelijking moet weten te trekken tussen het systeem en de nieuw aan dat systeem toe te voegen beslissing en zo moet zien aan te sluiten bij het reeds bestaande.

Maar daarmee staat de civilist niet wezenlijk anders tegenover zijn materiaal dan de rechtsvergelijker tegenover het zijne! Het recht dat de rechtsvinder op het gegeven geval moet toepassen, is eveneens materiaal dat hij 'eigenlijk' niet kent, maar dat hij door middel van vergelijking moet 'vinden'. Het enige verschil is de noemer: wat in de comparatieve wetenschap vergelijken heet, heet hier aansluiten of interpreteren.^{vii}

Dit komt ook tot uiting bij de man die zich voor Nederland het meest principieel over uitleg heeft uitgelaten. Paul Scholtens^{viii} gedachte dat de rechtsvinder zelf een keuze zal moeten doen uit het aanwezige materiaal aan beginselen en regels en dat men dus staat tegenover het recht zoals tot op dat moment ontwikkeld – nu uit dat recht op geen enkele wijze 'de' oplossing automatisch voortvloeit – geeft goed dat interpretatieve karakter van het recht aan.

Rechtsvergelijking en positief recht kunnen dus worden teruggebracht tot een vraag van interpretatie. Zoals de rechtsvergelijker op zoek is naar vergelijkbare elementen in een ander recht, zo zoekt de positivist naar aanknopingspunten in zijn eigen systeem, in de wetenschap dat hij dat naar eigen inzicht moet uitleggen.^{ix}

Nu is die rol van de interpretatie zo belangrijk omdat die iets waarborgt wat voor het recht van het grootste belang is: continuïteit. De rechtsvorming dient op een continue wijze te geschieden. Daarom ook spreken wij van een rechtssysteem. En hier nu stuiten we op de kerngedachte van ons betoog: die continuïteit kan mijns inziens namelijk slechts worden bereikt

wanneer de maatstaf der vergelijking en die der interpretatie dezelfde is. Deze idee wordt nu uitgewerkt, waarbij ook die maatstaf zelf wordt geëxpliciteerd: deze vormt de 'hard core' van de civielrechtswetenschap.

5. De maatstaf der vergelijking en interpretatie

De maatstaf is een onderbelicht gebleven aspect van de rechtsvergelijkende methode.^x Ook bij de interpretatie wordt het belang ervan meestal niet geëxpliciteerd. Ten onrechte: de promordiale vraag luidt of vergelijken of interpreteren ooit mogelijk is zonder maatstaf.^{xi} Bij vergelijken lijkt dit onmogelijk: dit vereist immers een factor die wordt gelegd langs de te vergelijken elementen. De zaakwaarneming in Nederland vergelijken met die in Duitsland is slechts mogelijk door een derde element in het spel te brengen, dat als 'tertium comparationis' kan dienen.^{xii}

Maar ook bij het interpreteren speelt de maatstaf een bepalende rol. Dat het 'bestaande' rechtstelsel moet worden uitgelegd, zegt op zichzelf niets. De vraag is wat van dat stelsel moet worden uitgelegd, bij welk element aansluiting moet worden gezocht.

De continuïteit van de civiele traditie kan nu slechts worden gewaarborgd wanneer het element tot vaststelling waarvan de uitleg dient, hetzelfde is als de tertium comparationis. Wanneer eigen aan de civiele traditie is dat steeds zal kunnen worden teruggevallen op de ervaring die in het recht ligt opgeslagen,^{xiii} dan mag niet worden halt gehouden bij het nationale en huidige recht: het grootste deel van die ervaring ligt immers in historisch en buitenlands recht binnen die traditie. Er is geen enkele reden waarom dan het nationale recht – een nieuw BW ten spijt – bij voorkeur moet worden toegepast.

De vraag is wel welke maatstaf die traditie het best belichaamt. Dat zal een element moeten zijn dat enerzijds de continuïteit voldoende waarborgt, anderzijds voldoende

flexibel is om een rechtvaardige uitkomst mee te bereiken. Behalve al dan niet expliciete maatstaf in de interpretatieve praktijk – dus de factor waarbij steeds weer aansluiting wordt gezocht – is dit element ook de ideale maatstaf voor de rechtsvergelijking.

6. Op zoek naar de maatstaf

Een enkele lezer zal het tot nu toe geschrevene abstract getheoretiseer willen noemen. Voor hem is duidelijk waarin de eigen aard van de rechtsvergelijking ligt: in het object. Voor de positivist zijn dat de van de nationale organen afkomstige regels en uitspraken, voor de vergelijker de vroegere of buitenlandse.

Toch kan de gezochte maatstaf geen nationale zijn. Het eigene van de civiele traditie zou dan liggen in de politieke autoriteit van diegenen die het recht geven, maar dat wordt al gelogenstraft door het zeer lange bestaan van die traditie. Wie het nationale element op de voorgrond plaatst, zij herinnerd aan de bekende woorden van Jhering over de negentiende-eeuwse rechtsbeoefening: 'Die Rechtswissenschaft ist zur Landesjurisprudenz degradirt, die wissenschaftlichen Gränzen fallen in der Jurisprudenz mit den politischen zusammen. Eine demüthigende, unwürdige Form für eine Wissenschaft!'.^{xiv}

Het minst contingente element wordt ook wel gevonden in de functie die een regel of ander juridisch element heeft. Deze functionele benadering is opgekomen juist naar aanleiding van de problematische overzetting van nationale problemen op andere rechtsstelsels. Juridische regels en begrippen zijn niet te vergelijken zonder die te plaatsen tegen de achtergrond van hun functie in de maatschappelijke context.^{xv}

Het belangrijkste bezwaar tegen de functionele benadering lijkt dat juridische begrippen zo worden ontdaan van hun normatieve lading om hun sociale functie te ontdekken. Waar het echter om gaat, is hen te ontdoen van hun nationale

lading, met behoud van het juridische. Maar hoe moet dit?

Een eerste juridische maatstaf die zich aandient als ijkpunt voor vergelijking en interpretatie is de regel. Theoretische afgrenzingsperikelen ten spijt, moet gezegd dat dit in ieder geval een meer concrete maatstaf is dan het beginsel en dat zelfs de factor dat een regel in meerdere landen voor zal komen, reden is waarom hij een beginsel genoemd wordt. Zo bezien is de regel te specifiek om als maatstaf te dienen voor een vergelijking tussen verschillende landen. Dat beginselen wel als zodanig kunnen dienen, moet overigens ook worden betwijfeld: van werkelijk internationale, Europese beginselen kan niet worden gesproken^{xvi} en zeggen dat zij de civiele traditie belichamen zou hun belang grovelijk overschatten. Regels en beginselen gaan tezamen op in een ander element en dat moet de nadruk krijgen.

Dat minst incidentele element van de civiele traditie, ultieme maatstaf voor interpretatie en vergelijking, wordt mijns inziens gevormd door de leerstukken van het burgerlijk recht. Het zijn begrippen als contract, zaakwaarneming, delict of verzuim die de harde kern vormen van het burgerlijk recht. Een leerstuk kan dan worden gedefinieerd als een structuur van een aantal typische gedragspatronen die worden erkend als bij elkaar horend en die zich door middel van eigen middelen kan ontwikkelen.^{xvii} Die eigen middelen bestaan in regels en beginselen binnen het leerstuk, die de heuristische functie hebben de weg naar de uitkomst te vergemakkelijken, maar ze zijn ondergeschikt aan het leerstuk, dat hen samenbindt en hun bestaan legitimeert.

Die leerstukken zijn enerzijds uitermate flexibel door een hoge mate van 'poly-interpretabiliteit'^{xviii}: begrippen als contract, huwelijk, eigendom hebben eeuwigheidswaarde^{xix} omdat zij steeds weer kunnen worden voorzien van een andere inhoud door de ontwikkeling van regels en beginselen binnen het leerstuk.^{xx}

Maar essentieel is dat met die verandering een ander –

formeel – gedeelte van het leerstuk in stand blijft, waardoor aansluiting bij het bestaande stelsel is verzekerd.^{xxi} De tegenwerping dat juist door die poly-interpretabiliteit de leerstukken te algemeen zijn om als maatstaf te dienen, is dan ook onjuist: door in leerstukken te denken, wordt een veelheid aan ervaring t.a.v. een rechtvaardige wijze van recht doen juist toegankelijk gemaakt voor het positieve recht. En dat is noodzakelijk omdat alleen op die manier de continuïteit kan worden gehandhaafd.

Continuïteit, interpretatie en rechtsvergelijking horen dan bij elkaar: waar in de rechtspraktijk steeds zal worden getracht door middel van interpretatie aansluiting te zoeken bij de leerstukken, is het bijzonder vruchtbaar om bij die interpretatie ook buitenlands en historisch recht te betrekken nu die bij uitstek de gezochte continuïteit kunnen waarborgen.^{xxii} Vreemd en oud recht wijzen als geen ander de weg door het 'eigen' stelsel van positief recht.^{xxiii}

7. De paradox van de rechtsvergelijking

Dat de moderne rechtstoepassing en de rechtsvergelijking ineengestremgelde disciplines zijn – want zo luidt het antwoord op de in paragraaf 1 gestelde vraag – door een gemeenschappelijke grondslag van methode (interpretatie) en object (leerstukken),^{xxiv} moet nog wat worden gerelativeerd. De aloude leerstukken waarvan sprake was zijn immers typisch Europees, want afkomstig uit het voormalige *ius commune*.^{xxv} Een vergelijking met daarbuiten staande stelsels zal minder vruchtbaar zijn.^{xxvi} Hier is sprake van een paradox: de beste rechtsvergelijking is die tussen stelsels die reeds één zijn. Het is aan ons die eenheid ook aan het licht te brengen. Dat kan door rechtsvergelijking en positief recht te meten met dezelfde maat: die der leerstukken. En dan heet vergelijken interpreteren.^{xxvii}

1. Zie over de onzekerheden van de rechtsvergelijking bijv. Léontin-Jean Constantinesco, *Rechtsvergleichung* Bd. I

(Einführung), Köln etc., p. 203 v. en Ernst A. Kramer, *Topik und Rechtsvergleichung*, *RabelsZ* 33 (1969) p. 2.

2. J.G. Sauveplanne, *De methoden van privaatrechtelijke rechtsvergelijking*, preadvies NVR, Deventer 1975, p. 3. Vgl. D. Kokkini-Iatridou, *Enkele methodologische aspecten van rechtsvergelijking*, preadvies NVR, Deventer 1985, p. 15 v.

3. Een uitgebreide en recente opsomming bij Héctor Fix-Zamudio, John Henry Merryman and the Modernization of Comparative Legal Studies, in: *Comparative and Private International Law (Essays in Honor of John Henry Merryman)*, Berlin 1990, p. 25. Zie nog Zweigert/Kötz, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, I, Tübingen 1984, p. 14 v.

4. Ferdinand F. Stone, *The End to be served by Comparative Law*, 1950, in: *Zweigert/Puttfarcken (hrsg.)*, *Rechtsvergleichung*, Darmstadt 1978, p. 218.

5. Anders Stone, o.c., p. 222, voor wie de vraag naar het doel de essentiële vraag is van recht en rechtsvergelijking.

6. Bijv. in *Les Notions anachroniques dans l'Historiographie du droit*, 1955, in: *Opera Selecta*, Zutphen 1986, p. 216 v. De geschriften van Hoetink worden in de moderne literatuur niet veel meer aangehaald. Zie echter D.P. Visser, *The Legal Historian as Subversive; or: Killing the Capitoline Geese*, in: Visser (ed.), *Essays on the History of Law*, Cape Town etc. [1989], p. 1 v.

7. Vgl. A.J.M. Kunst, *Historische ontwikkeling van het recht*, I, 2e dr., Zwolle 1969, p. 248: 'De rechtshistorie begint gisteren.'

8. Asser-Scholten (*Algemeen Deel*), 3e dr., Zwolle 1974, vooral p. 75 v, 82 v. en 120 v.

9. Vgl. een andere parallel bij Constantinesco, o.c., p. 88, waar hij opmerkt dat men soms in de tertium comparationis het gemeenschappelijk element ziet. Volgens hem is dat innerlijk tegenstrijdig omdat de tertium dan het beginpunt voor de vergelijking is, terwijl juist ook door de vergelijking het element (resultaat) ontstaat. Hetzelfde probleem speelt bij de 'gewone' uitleg. Uitleg is 'hinein interpreteren'.

10. Zie echter reeds Gustav Radbruch, *Über die Methode der Rechtsvergleichung*, 1906, in: *Zweigert/Puttfarcken*, o.c., p. 55.

11. Zie over het gemeenschappelijk element en de vergelijkbaarheid ook Kokkini, o.c., p. 16-18.

12. Zie recent over die tertium comparationis Peet J. van Niekerk en Alis K. Koekkoek, *Theory of public comparative law: the structural-empirical method*, *AAE* 43 (1994), p. 349 v.

13. Dat is de veronderstelling waarop mijn betoog is gebouwd. Zie daarover mijn *Beginnelsen, rechtsvinding en het karakter van ons burgerlijk recht*, in: *Beginnelsen van vermogensrecht (BW-krant Jaarboek 1993)*, Arnhem 1993, p. 33 v.

14. *Geist des römischen Rechts*, Bd. I, 1878, p. 15.

15. Vooral Ernst Rabel, *Aufgabe und Notwendigkeit der Rechtsvergleichung*, 1924, in: *Zweigert/Puttfarcken*, o.c., p. 85 v. Zie voorts Max Rheinstein, *Comparative Law - its Functions, Methods and Usages*, 1968, in: *Collected Works I*, Tübingen

1979, p. 239 v. Zie voor voorbeelden Sauveplanne, o.c., p. 28.

16. Zie Reiner Schulze, *Allgemeine Rechtsgrundsätze und europäisches Privatrecht*, ZEuP 1 (1993) p. 442 v, i.h.b. 470.

17. Deze omschrijving sluit deels aan bij die van Scholten, o.c., p. 84, die ook opmerkt dat zonder de 'rechtsinstelling' de regel niet te begrijpen valt. Zie ook principieel Okko Behrends, *Institutionelles und prinzipielles Denken in römischen Privatrecht*, ZSR (ROM) 59 (1978) p. 187 v.

18. Een term van Jan Romein. Zie hierover in enigszins ander verband R. Feenstra, *Interpretatio multiplex*, oratie Leiden 1953, Zwolle 1953, p. 21.

19. Verklaringen daarvoor bij Alan Watson, *Comparative Law and Legal Change*, Cambridge LJ 37 (1978) p. 314 v. Over het belang van de traditie in het Anglo-Amerikaanse recht ook P.S. Atiyah, *Pragmatism and Theory in English Law (The Hamlyn Lectures 1987)*, London 1987, p. 34.

20. Vgl. Roberto M. Unger, *The Critical Legal Studies Movement*, Harvard LR 96 (1983) p. 578: de abstracte categorieën 'can receive (...) alternative institutional embodiments'.

21. Vgl. P.W.A. Immink, recensie, RM Themis 1952, p. 266 v. Dat hier een welhaast natuurrechtelijke opvatting van recht wordt geschetst, acht ik niet problematisch. Reeds Paul Koschaker, *Europa und das Römische Recht*, 2. Aufl., München, Berlin 1953, p. 147, 253 merkte op dat de historisch-vergelijkende benadering naar een (relatief) natuurrecht voert.

22. Vgl. Reinhard Zimmermann, *Legal History: Does it Still Deserve Its Place in the Curriculum? Inaugural Lecture Cape Town [1981]*, p. 9: 'Roman Law is the best documentation of legal science we have. It opens to the student a far wider prospect than any modern system can disclose.'

23. Daarmee is de rechtsgeschiedenis belangrijk. Zie recent over het belang daarvan Reinhard Zimmermann, *The Law of Obligations, Cape Town etc. [1990]*, p. xi, dez., *Das römisch-kanonische ius commune als Grundlage europäischer Rechtseinheit*, JZ 1992, p. 8 v. en dez. *Rechtsvergelijking, rechtsgeschiedenis en ius commune*, AAe 43 (1994), p. 276 v. Vgl. Hein Kötz, recensie, RabelsZ 54 (1990) p. 773 en Bernhard Grossfeld, *Rechtmethoden und Rechtsvergleichung*, RabelsZ 55 (1991) p. 6.

24. Zie voor een minder vergaande poging de rechtsvergelijking maatstaf der interpretatie te doen zijn Zweigert/Kötz, o.c., p. 19 v.

25. Zie bijv. Helmut Coing, *European Common Law: historical Foundations*, in: Mauro Cappelletti (ed.), *New Perspectives for a Common Law of Europe*, Leyden etc. 1978, p. 34: 'a common stock of legal institutions, rules and concepts'.

26. Hoewel onderzoek naar de typische kenmerken van de landen in de gemene rechtstraditie nodig is. Vgl. recent James Gordley, *Common law and civil law: eine überholte Unterscheidung*, ZEuP 1 (1993) p. 498 v.

27. De hier verwoorde gedachten konden gelet op de beperkte ruimte slechts schetsmatig – zonder voorbeelden – voor het

voetlicht worden gebracht. Ik hoop op hen deels in mijn proefschrift, deels elders, te kunnen terugkomen.

