

HET JURIDISCH WILSBEGRIP EN DE JURIDISCH-NORMATIEVE UITLEGGING VAN RECHTSHANDELINGEN

Met zijn oorspronkelijk als proefschrift verschenen en in 1971 door de bekende uitgeversmaatschappij Kluwer te Deventer in aantrekkelijke vorm zelfstandig uitgegeven werk 'Normatieve uitleg van rechtshandelingen. Een onderzoek naar de grondslagen van het geldende verbintenissenrecht' heeft MR. J. M. VAN DUNNÉ een wetenschappelijke prestatie geleverd, die in menig opzicht een nieuwe mijlpaal in de Nederlandse literatuur over het verbintenissenrecht mag worden genoemd. Deze kwalificatie houdt op zich zelf nog geen waarderingsoordeel in, hoezeer ik ook voor de door hem geleverde arbeid in verschillende opzichten bewondering heb. Ze houdt slechts in, dat de schrijver de in de tachtiger jaren hoog oploaiende strijd over de grondslagen van het verbintenissenrecht, die voorlopig met de overwinning van de traditionele wilsleer eindigde en daarna in zijn eigenlijke betekenis in vergetelheid geraakte, weer in zijn volle draagwijdte voor het voetlicht heeft gebracht en de lijn van de toenmaals revolutionaire 'nieuwe leer' tot haar volle consequenties heeft doorgetrokken.

Dit heeft hij gedaan in een opmerkelijke poging de traditionele leer, die volgens hem in scherp conflict is gekomen met het moderne jurisprudentierecht, door een nieuwe te vervangen, die naar zijn mening met het heden ten dage geldende recht in overeenstemming is.

Schrijver heeft de door hem theoretisch uitgewerkte nieuwe leer, in haar radicale tegenstelling tot de nog steeds heersende traditionele, een typisch relief gegeven door haar in de XXe eeuwse Nederlandse rechtsliteratuur aan te knopen aan de tegenstelling tussen E. M. MEYERS, de ontwerper van het nieuwe B.W., en PAUL SCHOLTEN, tot wiens volgelingen de schrijver zich zelf rekent.

De traditionele leer, die de heer VAN DUNNÉ tot in alle schuilhoeken heeft willen vervolgen is de wilsleer of het wilsdogma, inhoudende dat de subjectieve psychische wil van het individu de grondslag is van de rechtsgevolgen van de door hem verrichte rechtshandelingen. De rechtshandeling is volgens deze opvatting een handeling met beoogd rechtsgevolg. D.w.z. de handelende moet de wil hebben gehad rechtsgevolgen in het leven te roepen. Is die wil niet of slechts gebrekkig aanwezig geweest, dan vindt de rechtsorde daarin aanleiding om de handeling vernietigbaar of zelfs nietig te verklaren.

Deze opvatting van de rechtshandeling bepaalde volgens de schrijver ook de visie op de uitleg van de rechtshandeling: deze uitlegging bestaat dan in het vaststellen van wat de handelende feitelijk gewild of bedoeld heeft. En daar die wil als het innerlijk psychisch moment niet voor directe waarneming vatbaar is, dient

men zich volgens deze opvatting bij de uitleg noodgedwongen te richten op de uiterlijke verschijning van die wil, op de wilsverklaring, waaruit men dan moet opmaken wat naar alle waarschijnlijkheid de handelende ten tijde van de handeling *feitelijk* gewild heeft.

Slechts een enkeling (bedoeld is J. PH. SUIJLING in diens *Inleiding tot het burgerlijk recht*, 1e stuk, 1918, p. 134v.) zou een wijziging in die leer hebben aangebracht, door te stellen dat het hier niet de *subjectieve* wil van de handelende betreft, maar de *objectieve*, uit de wilsverklaring af te leiden bedoeling. Maar dit zou slechts een nauwelijks opgemerkte dissonant zijn in de heersende doctrine, die niettemin bij de meeste latere schrijvers, gelijk VAN DUNNÉ zelf heeft aangetoond, een overwegende rol zou gaan spelen. 'In de traditionele opvatting', aldus de schrijver, 'geldt uitleg derhalve als een bewijsprocedure, waardoor de 'historische psychische' wil van de handelende komt vast te staan, zij het slechts bij wijze van waarschijnlijkheidsberekening'. Deze uitlegmethode wil hij de 'historisch-psychologische', of korter de 'feitelijke' noemen.

Volgens de traditionele wilsleer werd de overeenkomst, de meest centrale figuur in het burgerlijk privaatrecht, opgevat als een meerzijdige rechtshandeling gegrond in de consensus der partijen, die de tweeheid, resp. meerderheid van wil tot een eenheid zou maken.

Op het voetspoor van F. WIEACKER in diens geschrift '*Das Sozialmodell der klassischen Privatrechtsgesetzgebung*' (1953) merkt VAN DUNNÉ op, dat de wilsleer, die in de eerste helft der vorige eeuw op het europese vaste land ontwikkeld werd, wonderwel paste bij de toen gangbare maatschappijopvatting, die door liberalisme en individualisme gekenmerkt werd.

Het moet dan wel verwondering wekken, hoe deze leer zich in de XXe eeuw bij een zich steeds sneller voltrekkende verandering in de maatschappelijke verhoudingen, althans in de doctrine als heersende opvatting heeft kunnen handhaven. Ik meen, dat MR. VAN DUNNÉ de oorzaak daarin zal zoeken, dat de meerderheid van de latere schrijvers de 'historisch psychologische' methode van uitlegging der rechtshandelingen, die volgens hem toch rechtstreeks uit de wilsleer voortvloeide, hebben ingeruild voor een *normatieve*.

Weliswaar bleven ook zij aan de wil een centrale positie in de rechtshandeling toekennen, maar zij gaven aan het wilsbegrip een geheel andere inhoud. Zij hadden niet langer de wil in subjectieve zin op het oog, maar de wil zoals die vanuit haar objectivering in de wilsverklaring door de wederpartij *redelijkerwijze mocht worden opgevat*. Daarmede werd een normatief element in het wilsbegrip opgenomen, wat tot gevolg had dat de uitleg beheerst wordt door de beginselen van goede trouw.

Deze opvatting kwam in belangrijke mate tegemoet aan de nieuwe leer, die reeds in de tweede helft van de zeventiger jaren tegenover de 'individualistische wilsleer' verdedigd werd en met name in de tachtiger jaren onder het (van J. C. DE MAREZ OYENS in diens preadvies van 1877 voor de Ned. Juristenvereniging afkomstige) etiket van de 'vertrouwensleer' een revolutionaire stormloop tegen het 'wilsdogma' ondernam.

Het is ongetwijfeld een verdienste van VAN DUNNÉ dat hij de oorspronkelijke

betekenis van deze vertrouwensleer tegen de misvattingen, waaraan zij in later tijd van de zijde van MEYERS, VAN DER HEYDEN e.a. vooraanstaande aanhangers van de wilsleer heeft bloot gestaan, weer aan het licht heeft gebracht. Het ging hier immers niet, zoals deze laatsten meenden om een subjectief feitelijk vertrouwen, dat bij de wederpartij van hem, die de rechtshandeling verrichtte door zijn verklaring was opgewekt, maar om een *normatief gerechtvaardigd* vertrouwen.

Hierbij was echter volgens de schrijver meer in het geding dan louter een vervanging van 'het wilsbegrip' door dat van het '*redelijk vertrouwen*'. Het ging hier om de keuze: 'het individu als uitgangspunt van het recht' dan wel 'de rechtsgemeenschap'. Men koos voor de laatste, hetgeen naar schrijvers mening 'een copernicaanse wending in het privaatrecht' betekende (p. 10).

Ik laat de hier gemaakte tegenstelling, waarop ik later hoop terug te komen, voorlopig rusten, om eerst vast te stellen, welk alternatief hij voor de wilsleer te bieden heeft. Dit blijkt de 'toerekeningsleer' te zijn, die hij later meer systematisch uiteenzet. Intussen blijkt deze leer reeds ten grondslag te liggen aan de definities van rechtshandeling en uitleg, die hij bij de omschrijving van de opzet van zijn studie voorlopig als 'werkhypothesen' opstelt, om die in de loop van zijn onderzoek telkens aan de moderne jurisprudentie op haar deugdelijkheid te toetsen.

Onder rechtshandeling verstaat hij dan 'een handeling verricht door een persoon, bestaande in een doen of niet-doen waardoor krachtens de normen van het geldend recht, gezien de aard van de handelingen, de omstandigheden waaronder, en de wijze waarop zij tot stand kwam, rechtsgevolgen ontstaan die de handelende toegerekend worden'. Dit toerekeningsproces nu wordt door de schrijver uitleg genoemd en, wederom als werkhypothese, als volgt omschreven:

'Onder uitleg van een rechtshandeling wordt verstaan het vaststellen van de rechtsgevolgen, die de handelende persoon toegerekend worden. Dit betekent de vaststelling op grond van de voor het concrete geval geldende rechtsnorm(en), dat ten opzichte van de handelende persoon bepaalde verbintenissen ontstaan zijn en (of) tenietgegaan zijn, en in het eerste geval, de bepaling van hun inhoud' (p. 12).

Het is bijzonder te waarderen, dat de schrijver – overigens in de lijn van de Nederlandsche en Duitsche rechtsgeleerden, die hebben bijgedragen tot wat hij, 'de nieuwe leer' noemt – zo duidelijk partij kiest voor het eigengeaard juridisch karakter van de interpretatie van rechtshandelingen zowel in de rechtswetenschap als in de rechtspraktijk.

Het klinkt zo eenvoudig en eigenlijk vanzelfsprekend: In de juridische interpretatie gaat het om de vaststelling van de *rechtsbetekenis* der handeling die nimmer tot de taalkundige betekenis van haar eventueel schriftelijke formulering is te herleiden.

En toch vindt men in de traditionele leer niets daarvan. De klassieke opvatting van uitlegging in de traditionele leer vindt men nog altijd bij VON SAVIGNY, door VAN DUNNÉ (a.w., p. 204), 'de hogepriester van de wilsleer' genoemd, en wel in het vierde hoofdstuk van het eerste boek van zijn *System des heutigen römischen Rechts* (1840).

Hij handelt hier uitsluitend over de uitlegging van wetten. De interpretatie van

rechtshandelingen komt slechts incidenteel ter sprake en altijd in verband met de wetsuitleg. Deze uitleg wordt door hem omschreven als 'die Reconstruction des dem Gesetze inwohnenden Gedankens'.¹ Steeds gaat het daarbij om in woordtaal uitgedrukte gedachten. Vandaar dat VON SAVIGNY stelt: 'Soweit ist die Auslegung der Gesetze von der Auslegung jedes anderen ausgedrückten Gedankens (wie z.B. in der Philologie geübt wird) nicht verschieden. Das Eigenthümliche derselben zeigt sich aber, wenn wir sie in ihre Bestandtheile zerlegen'. Deze bestanddelen zijn dan een grammatisch, een logisch, een historisch en een systematisch element.

Dit zijn volgens VON SAVIGNY niet vier soorten van uitleg, die men naar believen kan kiezen, maar het zijn verschillende geestelijke werkzaamheden, die 'vereinigt wirken müssen, wenn die Auslegung gelingen soll'. Nergens is echter sprake van de *juridische modus* van uitlegging. De vier door VON SAVIGNY genoemde bestanddelen van de wetsuitleg kunnen ook in hun samenwerking geen juridische modus explicandi constitueren omdat zij als zodanig buiten de modale sfeer van het juridisch ervaringsaspect vallen. Zij zouden evengoed bijv. op een theologische exegese van bijbelteksten van toepassing kunnen zijn. Slechts het 'object' van de wetsuitleg, niet de interpretatieve werkzaamheid zelve heeft in VON SAVIGNY's gedachtengang een juridisch karakter. De uitleggende werkzaamheid is volgens hem van algemeen *wetenschappelijke* aard (*System* I, S. 206 sqq), ofschoon hij haar in haar practische beoefening een kunst noemt, die evenmin als iedere andere kunst uit algemene regels te leren valt. Maar we kunnen door de beschouwing van voortreffelijke voorbeelden van uitlegging onze aandacht scherpener voor datgene, waarop het bij iedere interpretatie aankomt. Dat, en de vermindering van de velerlei mogelijke dwaalwegen is het, wat we van een *theorie* der uitlegging mogen verwachten. Ofschoon ook bij het gewoonterecht en het (wetenschappelijk) juristenrecht uitlegging nodig is, is ze volgens hem hier van eenvoudiger aard, zodat een gedetailleerde uiteenzetting ervan niet nodig is. Anders ligt de zaak echter bij de wetten, waarbij juist de interpretatieve werkzaamheid dikwijls een zeer ingewikkeld karakter heeft, met name als de wetgever zijn gedachten op duistere of onvolledige wijze heeft uitgedrukt. Dat was de reden, waarom VON SAVIGNY het vierde hoofdstuk de speciale titel 'Auslegung der Gesetze' gaf.

De in de wetsuitleg besloten, 'vrije geesteswerkzaamheid', die alleen bij de zgn. 'authentieke' of legale interpretatie is uitgesloten, laat zich volgens VON SAVIGNY zo omschrijven, dat wij 'das Gesetz in seiner Wahrheit erkennen, das heisst so wie uns dessen Wahrheit durch Anwendung eines regelmässigen Verfahrens erkennbar wird'. Dit wil zeggen, dat de uitlegging van de wet streng gescheiden moet blijven van iedere *omvorming* van de wet, van iedere nieuwe rechtsvorming. Met name mag de algemene grond van de wet (de *ratio legis*), bijv. de *aequitas*, waarop zij berust, niet tot een uitlegging voeren, waardoor de uitdrukking van de gedachte van de wetgever als onjuist zou worden aangenomen en aan correctie zou worden onderworpen. Want deze behandeling van de wetstekst draagt reeds geheel het karakter ener van de uitlegging verschillende verdere ontwikkeling van het recht, omdat niet gevraagd wordt wat in de gedachte van de wetgever beslo-

1. *System*, Bnd. I, S. 213.

ten is, maar wat daarin consequenterwijze zou hebben moeten worden opgenomen. Wanneer wij niet zelden uitleggingen van deze aard bij de Romeinse juristen vinden, dan kunnen die ons naar VON SAVIGNY's mening niet tot voorbeeld dienen, daar deze juristen uitlegging en verdere ontwikkeling van het recht niet scherp onderscheiden hebben. (t.a.p., S. 239).

Deze opvatting van de wetsuitleg als reconstructie van de gedachte van de wetgever, die zich hetzij op duidelijke, hetzij op onduidelijke wijze in de wetstekst in zijn samenhang met het gehele geldend rechtssysteem belichaamd heeft en scherp onderscheiden blijft van iedere verdere ontwikkeling van 'het recht', is ongetwijfeld in de door MR. VAN DUNNÉ weer opgenomen 'nieuwe leer' uit de zeventiger en tachtiger jaren principieel doorbroken.

Wat de rechtshandelingen ('Rechtsgeschäfte') betreft, verdedigt VON SAVIGNY de klassieke wilsleer. Hij vereenzelvigt ze met 'wilsverklaringen' en definieert ze als rechtsfeiten, die niet slechts vrije (d.w.z. op vrije keuze berustende) handelingen zijn, maar waarin tegelijk de wil van de handelende op het ontstaan of te niet doen van een rechtsverhouding is gericht (*System*, Bnd. III, S. 99).

Ofschoon hij in het genoemde werk geen aparte theorie van de uitleg der rechtshandelingen ontwikkeld heeft, mag wel worden aangenomen, dat hij ook hier de uitlegging streng onderscheiden wil houden van een omvorming der wilsverklaring van de handelende door de rechtspraak op grond van de billijkheid. De uitlegging was voor hem uitsluitend de uitlegging van de wilsverklaring waarin als rechtshandeling de wil op het ontstaan of het te niet gaan van een rechtsverhouding is gericht.

Hierbij moet onmiddellijk worden aangetekend, dat VON SAVIGNY de wil alleen de grondslag noemt van de wilsverklaring, maar niet van de rechtsverhouding, op welke ontstaan of te niet gaan zij gericht is.

Het is volgens hem niet de private wil van degene die een rechtshandeling verricht, maar veeleer de *wet*, die de aard van de rechtsverhouding bepaalt, en die er voor heeft te waken, dat de in de wilsverklaring van de handelende beoogde rechtsverhouding tegen *dwaling* en *willekeur* beschermd wordt. 'Jedes Gesetz', zo vangt hij § 33 van het 4e hoofdstuk van Boek I van de Ie Band van zijn *System* aan, 'ist dazu bestimmt, die Natur eines Rechtsverhältnisses fest zu stellen, also irgend einen Gedanken (sey es einfach oder zusammengesetzt) auszusprechen, wodurch das Dasein jenes Rechtsverhältnisses gegen Irrtum und Willkühr gesichert werde' (S. 212).

M.a.w. de op het ontstaan of teniet gaan van een rechtsverhouding gerichte wil blijft onderworpen aan de wettelijke rechtsnormen, die deze rechtsverhouding regelen. Hij is niet de 'sovereine bron van de gebondenheid van de menselijke persoon aan de rechtsgevolgen van zijn wilsverklaring in het burgerlijk privaatrecht', zoals Opzoomer in het vijfde deel van zijn werk, 'Het Burgerlijk Wetboek verklaard' (1e druk, 1879, p. 29v, 2e dr., 1891, p. 27) stelde, een stelling die hij trouwens zelf weersprak door aan zijn uitspraak dat wat de wil van de private persoon gekozen heeft moet gelden, onmiddellijk de beperking toe te voegen 'voorzover niet een hoger en beter, krachtiger wil (bedoeld is die van de staat) zich er tegen verzet'.

Het bezwaar tegen de traditionele wilsleer in de begripsomschrijving van de rechtshandeling ook in de conceptie van VON SAVIGNY is dat het wilsbegrip hier in *psychologische* en niet in *juridische* zin wordt gevat. VAN DUNNÉ maakt zich in zijn bestrijding van de wilsleer aan de zelfde fout schuldig. Hij vereenzelvigt die 'leer' zelfs met het 'wilsbegrip', dat hij in aansluiting bij de 'wilsbestrijders uit de tachtiger jaren' omschrijft als 'innerlijke begeerte, motief van de handeling' (a.w., p. 323). Maar dat wilsbegrip geeft niet meer dan een gebrekkige omschrijving van het *sensitief psychische aspect* van het menselijk willen, dat principieel verschillend is van het *juridische*. Iedere poging dit laatste in de rechtswetenschap tot het eerste te herleiden voert tot antinomieën, die men dan door ficties tracht te maskeren.

Daarom kan de wil, in psychologische zin gevat, ook niet de grondslag zijn van de rechtshandeling of het teniet gaan van een rechtsverhouding.

Een concrete wilsacte is een feitelijkheid, die zich steeds in een bepaalde individualiteitsstructuur afspeelt. Daaronder verstaat de Wijsbegeerte der Wetsidee, waaraan mijn eigen visie op de grondslagen der rechtswetenschap georiënteerd is, een typische totaalstructuur, die in beginsel in alle modale aspecten van de menselijke ervaringswereld fungeert, maar waarin haar onderscheiden modale functies op een typische wijze zijn gegroepeerd en geïndividualiseerd tot een individueel geheel. De typische groepering der modale functies doet niets af aan de algemene plaatsorde, waarin de modale aspecten binnen de kosmische tijdsorde gerangschikt zijn. Zij betreft uitsluitend de vraag in welk modaal aspect wij de typische *kwalificerende* functie van het individueel geheel hebben te zoeken, die in de interne structuur van dit laatste tegelijk de rol van 'leidende functie' vervult in zover onder haar leiding de overige modale aspectfuncties zich ontsluiten in typische gerichtheid op haar. In zover het individualiteitstype, dat de kwalificerende aspectfunctie der individualiteitsstructuur vertoont, in dit aspect geen originair karakter heeft, maar terugwijst naar een originair individualiteitstype van haar functie in een vroeger gerangschikt modaal aspect, wordt deze laatste functie in de Wijsbegeerte der Wetsidee de *typische funderingsfunctie* van de individualiteitsstructuur genoemd. Ofschoon de onderscheiden interne individualiteitsstructuren der menselijke samenlevingsbetrekkingen (bijv. die van het gezin, van de staat, van een kerkverband, van een bedrijf, van de handel) zich in de typisering van haar modale aspectfuncties uitdrukken, blijven zij toch van de modale structuren harer verschillende aspecten onderscheiden. De modale structuur van het juridisch aspect ligt aan *alle* rechtsverschijnselen ten grondslag onverschillig in welke individualiteitsstructuur ze zich openbaren.

Slechts door een theoretische analyse van deze structuur kunnen wij hopen begripsinzicht te verkrijgen in de juridische modaliteit als zodanig die de eenheid der rechtswetenschap bij alle typische verscheidenheid harer onderdelen waarborgt. Dit inzicht dient het transcendentale kentheoretisch rechtsbegrip te verschaffen, dat ook richtsnoer behoort te zijn bij het opsporen van de juridische modaliteit van de menselijke wilsactiviteit. De eerste, die deze weg heeft pogen te volgen, is RUDOLPH STAMMLER geweest. Hij trachtte KANT's 'critische' kennistheorie die deze alleen voor de door GALILEI en NEWTON gefundeerde mathematische natuurwetenschap had bedoeld, ook op de rechtswetenschap en de andere zgn.

geesteswetenschappen toe te passen. Met toepassing van KANT's kentheoretisch vorm-materie-schema meende hij dat wij bij kritische analyse onzer bewustzijns-inhouden twee zuivere grondvormen kunnen ontdekken, waarnaar wij de materie dezer inhouden ordenen, nl. de causale en de teleologische. De laatste is volgens hem de transcendentiaal-logische categorie van het willen, volgens welke wij het psychisch materiaal onzer begeerten ordenen in de logische relatie van middel en doel, waarbij het doel als een in vrije keuze der middelen te bewerken object wordt gedacht. De transcendentiaal-logische wijze van ordening onzer bewustzijnsinhouden naar de teleologische relatie van middel en doel staat dus volgens STAMMLER tegenover die naar de causale relatie van oorzaak en gevolg van in de zinnelijke waarneming gegeven ruimtelijke objecten. De eerste relatie bepaalt het gebied van het willen, de tweede dat van de waarneming van ruimtelijke verschijnselen. Het willen als generieke ordeningsvorm laat zich volgens STAMMLER indelen in de specifieke ordeningswijzen van het gescheiden en het verbindend of sociale willen. Het eerste heeft betrekking op het innerlijk leven van de enkele mens en is bepalend voor moraal en religie, het tweede heeft betrekking op de mensen in de samenleving en impliceert een uitwendige regeling van hun samenwerking, waartoe zowel de rechtsregels als de op conventie berustende omgangsregels van fatsoen, hoffelijkheid, etikette, mode enz. alsmede de taalregels behoren. De rechtsregels onderscheiden zich volgens STAMMLER van de omgangsregels, die slechts een conventioneel uitnodigend karakter zouden dragen, door hun soeverein, boven de door hen verbonden mensen staand karakter, terwijl ze zich van de subjectieve willekeur onderscheiden door hun onschendbaarheid. Samen-vattend wordt dus het rechtsbegrip gedefinieerd als onschendbaar soverein verbindend willen, dat als *juridisch* willen scherp onderscheiden wordt van het willen in *psychologische* zin.

Ook Kelsen heeft reeds in zijn *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre* (2 Aufl. 1923) een scherp onderscheid gemaakt tussen het willen in psychologische en het willen in juridisch normatieve zin. Uitgaande van de Kantiaanse tegenstelling tussen 'sein' en 'sollen', die hij echter tegen KANT's bedoeling een kentheoretische strekking gaf, schreef hij hier (S. 146): 'Der Wille der Psychologie ist eine empirisch durch Selbstbeobachtung festzustellende Tatsache, die der Welt des Seins angehört, der Wille der Ethik und Jurisprudenz ist eine unter dem Gesichtspunkt der Norm, des Sollens vollzogene Konstruktion, der am realen Seelenleben des Menschen kein konkreter Vorgang entspricht'. Eerst later heeft hij zijn oorspronkelijke logicistische conceptie van het juridisch 'sollen' als een hypothetisch logisch oordeel van de vorm 'wenn a, soll b', dat zich, in scherpe tegenstelling tot de psychologische imperatief, tot niemand zou richten, prijsgegeven. De rechtsworm, zo leerde hij nu, is niet de ideële zin van een logische *denk*akt, maar van een feitelijke *wils*akt. Hij is dus niet, zoals een logisch oordeel, waar of vals, maar kan slechts op zijn al of niet *geldigheid* worden getoetst.

Ik vermeld hier deze beide neo-Kantiaanse concepties van het juridisch wilsbegrip in zijn tegenstelling tot het psychologische allermintst om mijn instemming daarmee te betuigen. Ik heb ze in verschillende geschriften aan een fundamentele critiek onderworpen.

Mijn bedoeling was alleen er op te wijzen, dat MR. VAN DUNNÉ's vereenzelviging van het wilsbegrip in zijn juridisch gebruik met het psychologische geen rekening houdt met de modale zinverscheidenheid die de wilsfuncties binnen de verschillende aspecten van de menselijke ervaringswereld vertonen. En dat ofschoon hij, gelijk hierboven bleek, toch zelf had moeten erkennen dat in de XXe eeuw de meerderheid der civilisten aan het wilsbegrip niet langer een *subjectief psychologische*, maar een *normatief sociale* inhoud geven. Van STAMMLER en KELSEY had hij in ieder geval kunnen leren dat het juridisch wilsbegrip, het enige, dat in de rechtswetenschap op een legitieme functie kan aanspraak maken, principieel verschillend moet zijn van het psychologische en dat dus uit de onbruikbaarheid van een psychologisch wilsbegrip in de rechtswetenschap allerm minst mag worden geconcludeerd dat deze wetenschap het zonder een wilsbegrip zou kunnen stellen. Ook de bestrijders van de psychologischer gevatte wilsleer, die meenden dat dit laatste mogelijk zou zijn, hebben dat in werkelijkheid niet gekund. Wanneer VAN DUNNÉ in zijn aanvankelijk als werkhypothese aangediende definitie van de rechtshandeling deze laatste brengt onder het generieke begrip van handeling (van een persoon), bestaande in een doen of niet doen, dan vergeet hij dat ieder menselijk handelen een wilsuiting impliceert en dat slechts een wilsuiting, die rechtsbetekenis heeft, een juridische wilsverklaring is, die als rechtsgrond voor rechtsgevolgen in aanmerking kan komen.

Doordat hij het generieke handelingsbegrip niet in zijn essentiële bestanddelen geanalyseerd heeft, waardoor het eigenlijk in zijn betoog meer als *woord* dan als *begrip* functioneert, ontstaat de schijn, dat hij in zijn definitie zonder wilsmoment zou uitkomen. En toch moet hij in zijn later betoog zelf erkennen, dat het altans als een der momenten van de rechtshandeling een rol blijft spelen. Dit doet hij echter zo terloops, dat uit niets blijkt dat hij dit wilsmoment in een wezenlijk juridische zin zou bedoelen. Ook bij de overeenkomst komt men zonder juridische wilsverklaringen niet uit. De schrijver verwerpt gelijk we zagen, de heersende leer dat de overeenkomst een twee- of meerzijdige rechtshandeling is, die door de consensus der partijen tot eenheid wordt gebracht. Hij wil slechts eenzijdige rechtshandelingen erkennen en vat daarom de overeenkomst alleen als een rechtsverhouding, die ontstaat door de aanvaarding van een aanbod, waarbij dan aanbod en aanvaarding als twee *zelfstandige* rechtshandelingen worden opgevat, die niet tot een juridische eenheid zijn te integreren.

Ook hier is het weer de voorbarige vereenzelviging van de menselijke wilsakten met hun sensitief-psychisch aspect, onder miskenning van hun normatieve aspecten, die de schrijver er toe brengt de juridisch-sociale zin van de consensus als essentieel vereiste voor een overeenkomst in haar rechtsbetekenis te negeren en de consensus zonder meer als een metafysisch-psychologistische constructie van de traditionele wilsleer te bestempelen. Maar de schrijver mag niet vergeten, dat niet ieder aanbod en iedere aanvaarding daarvan rechtsgevolgen met zich brengt, maar dat de noodzakelijke voorwaarde daarvoor is, dat zij als wilsverklaringen in *juridische zin* zijn te beschouwen. Ook hij heeft toch niet willen beweren, dat bijv. het vriendschappelijk aanbod van een gastheer om zijn gasten de bezienswaardigheden van Amsterdam te tonen, een rechtshandeling zou zijn. Het begrip

aanbod dient m.a.w. eerst in modaal-juridische zin te worden omlijnd, vóór de vraag of het volgens geldend recht als 'zelfstandige specifieke' rechtshandeling is te beschouwen, aan de orde kan komen. De schrijver spreekt ook zelf van een 'aanbod in juridische zin' waarbij hij echter het juridisch karakter alleen zoekt in de onherroepelijkheid van het aanbod, die voor de aanbieder als hoofdverplichting meebrengt het gestand doen van zijn toezegging en voorts een aantal nevenverplichtingen in het leven roept. Maar daarmee is de prelabelle vraag i.z. de juridische *modus* van het aanbod zelf als rechtsgrond voor de genoemde rechtsgevolgen nog niet beantwoord.

De schrijver roert deze prelabelle vraag even aan in Hoofdstuk III §5 van zijn boek onder de titel 'De grenzen tussen rechtshandeling en feitelijke handeling in de dogmatiek. Het alternatief in de toerekeningsleer'. Maar spoedig blijkt, dat zijn begripsomschrijving van de rechtshandeling hem belet op deze vraag werkelijk in te gaan. Hij merkt (p. 289) op, dat men zich voor het trekken van de grens tussen een rechtshandeling aanbod en een 'feitelijke' handeling, dient af te vragen of de toezegging, die gedaan werd, in de *rechtssfeer* of in de *sociale sfeer* ligt en daarnaast, of zij al of niet met de wet of de goede zeden (art. 1371 en 1373 B.W.) in strijd is. 'Doch een dergelijke tweeledige toets' zo vervolgt hij, 'ligt aan iedere uitleg van menselijke handelingen ten grondslag, met behulp waarvan men bepaalt of van een rechtshandeling sprake is. De in het verkeer geldende rechtsnormen en de omstandigheden van het geval zijn hier, gelijk bij iedere uitleg maatgevend'.

Maar ook bij de uitvoeringshandeling die op grond van de gesloten overeenkomst wordt verricht, dient men zich volgens de schrijver af te vragen, of zij als de rechtshandeling 'nakoming' dan wel als 'feitelijke handeling' is te beschouwen.

In geval zij in strijd met de wet of de goede zeden zou zijn, kan zij volgens hem niet onder de eerste kwalificatie vallen, maar moet ze als 'feitelijke handeling' worden aangemerkt, die eventueel een strafbaar feit kan opleveren. Bij dit betoog zou ik de volgende kritische kanttekeningen willen plaatsen: In de eerste plaats is de tegenstelling die de schrijver hier tussen de *rechtssfeer* en de 'sociale' sfeer maakt terminologisch verwarrend, omdat het woord 'sociaal' in zeer verschillende zin kan worden gebruikt en de auteur ons niet zegt in welke zin hij het bedoelt. In de grondbetekenis van 'op de menselijke samenleving betrokken' kan het zeker niet tegenover de juridische modaliteit worden gesteld, omdat de *rechtssfeer* zelf een modale samenlevingssfeer is. Ik vermoed echter, dat VAN DUNNÉ met de term 'sociaal' wil aanduiden de modale zin van het omgangaspect der menselijke samenleving met zijn normen van fatsoen, hoffelijkheid, 'service', eer, mode enz. die STAMMLER 'Konventionálnormen' noemde. In deze zin genomen is het natuurlijk juist, dat de 'sociale sfeer' onderscheiden is van de juridische, ofschoon deze beide modale sferen tegelijk in een inter-modale zin-samenhang zijn gevoegd, die in bepaalde analogische zin-momenten hunner modale structuur tot intra-modale uitdrukking komt.

Hoe is dan echter een binnen de *rechtssfeer* vallend aanbod (of toezegging, gelijk VAN DUNNÉ het liever noemt) anders te verstaan dan als een directe, resp. indirecte juridische wilsverklaring gericht tot een bepaald rechtssubject, resp. een onbepaalde meerderheid van rechtssubjecten (bijv. het publiek, de boekhandel,

de aannemers enz.) en te kennengevende de bereidheid tot het sluiten van een overeenkomst met degene(n) tot wie zij gericht is, en wel op de voorwaarden in het aanbod vermeld, resp. in nader overleg bij overeenkomst vast te stellen. De bedoelde juridische wilsverklaring heeft nu door normatief juridische uitleg vast te stellen rechtsbetekenis, dat zij voor de aanbieder een eventueel meervoudige verbintenis doet ontstaan, d.w.z. dat zij de *juridische ontstaansvorm* van deze verbintenis is. Deze verbintenis is, zoals VAN DUNNÉ terecht, met een beroep op het arrest van de H.R. van 15 Nov. 1957, N.J. 1958, 67 i.z. Baris contra Riezenkamp, vaststelt een *rechtsverhouding*.

Maar een rechtsverhouding tussen wie? Dit kan toch alleen zijn tussen de aanbieder en de eventuele acceptant. De aanvaarding is m.a.w. de voorwaarde waaronder de aanbieder de verbintenis aangaat. Blijft aanvaarding achterwege dan heeft het aanbod geen rechtskracht, geen rechtswerking. M.a.w. de hoofdverbintenis en de eventuele nevenverbintenissen van de aanbieder mogen dan in de precontractuele sfeer ontstaan zijn, zij krijgen eerst rechtsgevolgen in de contractuele. Daarmede vervalt het hoofdargument van de schrijver voor zijn opvatting, dat aanbod en aanvaarding twee *zelfstandige* rechtshandelingen zouden zijn. Zomin het aanbod rechtsgevolgen kan hebben los van de aanvaarding, zomin kan de aanvaarding de rechtsgevolgen van een rechtshandeling hebben, los van het aanbod als juridische wilsverklaring. Deze beide kunnen inderdaad slechts als een *juridische twee-eenheid* van rechtshandeling hun juridieke zin openbaren. En daarmede openbaart zich tegelijk middels de juridisch-normatieve uitleg van beide wilsverklaringen de rechtsbetekenis van de *consensus* als essentieel vereiste voor de overeenkomst als door de schrijver verworpen twee-, resp. meerzijdige rechtshandeling. De schrijver hecht bijzonder gewicht aan het arrest van de H.R. van 19 Dec. 1969, N.J. 1970, 154 i.z. Lindeboom contra de gemeente Amsterdam.² Hij wil echter meer uit dit arrest afleiden, dan wat daarin in werkelijkheid werd overwogen en beslist. De H.R. zou nl. volgens hem, met doortrekking van de lijn die reeds in enkele vroegere arresten gevolgd werd, die niet meer van wilsovereen-

2. Het geval lag in het kort als volgt. Lindeboom had bij brief van 29 Juli 1964 aan de gemeente Amsterdam te koop aangeboden het voortdurend recht van erfpacht van een perceel grond, de rechten op de opstal, t.w. de Pieter van Foreestkliniek, en de inventaris van die kliniek. Een en ander onder voorwaarde dat de koop en overdracht tussen 15 Nov. en 15 Dec. 1964 zouden plaats vinden. Bij brief van 25 Aug. kreeg Lindeboom bericht dat B. en W. op 21 Aug. besloten hadden aan de gemeenteraad voor te stellen het aanbod te aanvaarden. Op 28 Okt. besloot de raad dienovereenkomstig, welk besluit 10 Nov. door Gedeputeerde Staten werd goedgekeurd. Intussen had Lindeboom het gemeentebestuur bericht, dat hij op 7 September definitief zekerheid moest hebben. Op 18 Aug. verzocht hij de gemeente hem van zijn verkoopaanbod te ontslaan, wat door de gemeente werd afgewezen. In Oktober berichtte hij het gemeentebestuur, dat hij zijn vrijheid tegenover de gemeente hernomen had. Op 11 Dec. weigerde hij zijn medewerking aan het passeren der akte van overdracht. De rechtbank te Amsterdam veroordeelt hem tot medewerking aan het passeren dezer akte. Zij verwierp Lindeboom's verweer dat hij op 7 Sept. definitief antwoord van de gemeente had moeten hebben, omdat deze bewering in strijd was met de termijn in Lindeboom's aanbod bepaald en deze termijn niet eenzijdig door hem kon worden gewijzigd. In hoger beroep verwierp Het Hof Lindeboom's grief dat door het hernemen van zijn vrijheid geen wilsovereenstemming met de gemeente was tot stand gekomen en kwam tot de conclusie dat de goedkeuring van het raadsbesluit door Ged. Staten de aanvaarding van Lindeboom's aanbod en daarmee de wilsovereenstemming definitief gemaakt had.

stemming, maar van toetreding tot de overeenkomst *spreken*, hier uitdrukkelijk afgerekend hebben met het consensus vereiste voor de tot standkoming ener overeenkomst. 'Daarbij overweegt de Hoge Raad immers' zo betoogt VAN DUNNÉ, 'dat zich aldus wel het geval kan voordoen, dat *niet-gelijktijdig bij beide partijen de wil tot het aangaan van de overeenkomst bestaat*, maar dat anders dan in het middel wordt aangenomen – *geen rechtsregel deze laatste eis voor het tot standkomen van een overeenkomst stelt*'. (curs. van VAN DUNNÉ). Hij tekent hierbij aan dat het de annotator G. J. SCHOLTEN blijkbaar ontgaan is, dat deze overweging een afrekening inhoudt met de consensus-gedachte (p. 172). Maar dat is ook geen wonder, want deze overweging zegt niets meer dan dat de wil om de overeenkomst aan te gaan niet gelijktijdig bij beide partijen aanwezig behoeft te zijn, een eis, die men trouwens alleen uit een onjuridische psychologische opvatting van de consensus zou kunnen afleiden. De schrijver moet dan ook zelf erkennen, dat de aangehaalde overweging zich niet uitlaat over de consensus, bestaande in de overeenstemming van de in het aanbod vervatte juridische wilsverklaring, die gedurende de daarin bepaalde termijn onherroepelijk is (en dus immuun voor een gedurende deze termijn door de aanbieder verzonden contre lettre) met de juridische wilsverklaring, die in de aanvaarding besloten is. Hij is echter van mening dat dit wel, in afwijzende zin, het geval zou zijn in de daaraan voorafgaande overwegingen luidende: dat het Hof hieruit (nl. de onherroepelijkheid van het aanbod gedurende de daarin gestelde termijn) terecht de conclusie heeft getrokken, dat door de tijdige aanvaarding van het aanbod door de Gemeente de betreffende overeenkomst tot overdracht van de Pieter van Foreestkliniek tot stand was gekomen, ongeacht het feit dat Lindeboom op dat moment reeds zijn aanbod had ingetrokken; dat immers degen die zijn aanbod onherroepelijk maakt, daarmee zich zelf de bevoegdheid ontnemt om alsnog te voorkomen, dat door een aanvaarding van het aanbod binnen de gestelde termijn de overeenkomst tot stand komt'.

De cassatierechter laat hier volgens VAN DUNNÉ de hele consensusgedachte links liggen, in plaats van de 'zuivere consensusgedachte' (bedoeld is de psychologische) te corrigeren door een soort 'geobjectiveerde' wilsovereenstemming (bedoeld is hier kennelijk de *juridische*) te aanvaarden. In plaats daarvan concentreert zich de H.R. hier op de onherroepelijkheid van het aanbod 'in de beste traditie der Tachtigers'. 'Aanvaarding van dat aanbod, dat de aanbieder, die het 'onherroepelijk maakt' *tegen wil en dank bindt*', aldus VAN DUNNÉ, 'doet de overeenkomst tot stand komen'.

Wat de schrijver hier doet is een ongeoorloofd 'Hineininterpretieren' van eigen opvatting i.z. de overeenkomst in de overwegingen van het arrest. Er is geen sprake van dat de H.R. in de beide aan de slotoverweging voorafgaande overwegingen zou hebben afgerekend met het consensusvereiste. De H.R. ging daar slechts in op Lindeboom's argument, dat door de intrekking van zijn aanbod geen overeenkomst, wijl geen wilsovereenstemming was tot stand gekomen. Maar deze overwegingen sluiten onmiddellijk aan bij de conclusie in de slotoverweging, dat de wil tot het aangaan van de overeenkomst bij beide partijen niet gelijktijdig hoeft aanwezig te zijn, omdat geen rechtsregel dit voorschrijft. Dat de H.R. anders dan het Hof, de *term* wilsovereenstemming niet gebruikt is hier

zakelijk niet relevant, nog daargelaten, dat de H.R. in een der overwegingen van het door de schrijver met veel instemming aangehaalde Kruseman-gem. Amsterdam arrest van 13 April 1962, N.J. 1964, 366 dit wel doet.

Deze overweging luidt als volgt:

‘dat het hierbij onverschillig is of de wilsovereenstemming, welke door de vol-doening aan hetgeen de overheid voor haar medewerking verlangt aan de dag treedt, al dan niet kan worden gekwalificeerd als een privaatrechtelijke overeenkomst’.

Men lette er op, dat de H.R. niet zegt dat de *wilsovereenstemming* blijkend uit de vol-doening aan hetgeen de overheid voor haar meewerking verlangt, onverschillig is, maar alleen de vraag of die wilsovereenstemming al dan niet als een *privaatrechtelijke* overeenkomst is te beschouwen hier indifferent acht. Die wilsovereenstemming in haar *juridische* zin bleek immers onomstotelijk uit aanbod en aanvaarding, als juridische wilsverklaringen, die beide gericht waren op het aangaan van dezelfde overeenkomst. Zij kon niet ongedaan worden gemaakt door een tussentijdse willekeurige intrekking van het aanbod, dat door de aanbieder zelf gedurende de daarin bepaalde termijn onherroepelijk was gemaakt. In elk geval blijkt uit niets, dat de H.R. de opvatting van MR. VAN DUNNÉ i.z. de rechtshandeling zou hebben aanvaard; die inderdaad slechts de voortzetting is van de revolutionaire ‘traditie van de Tachtigers’ en juist in haar revolutionaire consequenties slechts kort heeft kunnen standhouden. Daarmee kom ik vanzelf tot mijn tweede critische kanttekening bij VAN DUNNÉ’s betoog.

* * *

Zijn begripsomschrijving van de rechtshandeling miskent de uitzonderlijke functie die deze rechtsfiguur heeft in het proces der rechtsvorming, nl. als juridische ontstaansvorm van rechtsnormen en van de door deze normen geregelde rechtsverhoudingen. Want, gelijk we hierboven zagen, is in deze juridische ontstaansvorm de op rechtsvorming gerichte juridische wilsverklaring van een daartoe competent rechtsorgaan essentieel, die de schrijver in zijn stormloop tegen ‘het wilsbegrip’ bewust in zijn definitie van de rechtshandeling heeft uitgeschakeld. Niet alleen de overeenkomst, maar ook de wet, de algemene maatregel van bestuur, de verordeningen van publiekrechtelijke lichamen, vonnissen, statuten en reglementen van verenigingen, volkenrechtelijke tractaten, enz. zijn in formele zin rechtshandelingen in de zin van op rechtsvorming gerichte juridische wilsverklaringen van daartoe competente rechtsorganen.

Aan zulke juridische ontstaansvormen hangt het gehele bestaan van het stellig of positief recht!

De uitholling van het begrip rechtshandeling komt in VAN DUNNÉ’s conceptie wel het sterkst tot uiting waar hij – in zijn gedachtengang consequent – ook de onrechtmatige daden onder dit begrip brengt. Inderdaad is dit van zijn standpunt beschouwd consequent, want de onrechtmatige daden voldoen volkomen aan zijn begripsomschrijving van de rechtshandeling. Maar nu verstrikt hij zich in innerlijke tegenstrijdigheden. Hij was begonnen de *rechtshandeling* te stellen tegen-

over de *feitelijke* handeling. Onder feitelijke handeling werd dan kennelijk verstaan een handeling, die geen rechtsgevolgen heeft en in die zin 'buiten de rechtssfeer valt'. Hoe dan echter te oordelen over een overeenkomst met een 'ongeoorloofde oorzaak', die volgens art. 1371, j° art. 1373 B.W. krachteloos is? Zoals we gezien hebben wil de schrijver de overeenkomst niet als twee-, resp. meezijdige rechtshandeling erkennen, maar alleen als rechtsverhouding. Bovendien dient volgens hem het oorzaakbegrip van de genoemde artikelen tegelijk met het wilsbegrip te worden geëlimineerd, zodat alleen de vraag overblijft of de contractuele *rechtsverhouding* al of niet in strijd is met de wet, de goede zeden of de openbare orde (art. 1373 B.W.). Hoe kan echter een volgens stellig recht als *rechtsverhouding* te erkennen betrekking tussen de partijen van de overeenkomst in strijd zijn met de wet, de goede zeden of de openbare orde? En dat terwijl de schrijver (m.i. ten onrechte) het begrip 'misbruik van recht' innerlijk tegenstrijdig noemt! Het valt echter op, dat hij niet de consequentie aandurft, dat een onwettige overeenkomst geen rechtsverhouding, maar een 'feitelijke' verhouding zou zijn. In plaats daarvan brengt hij de vraag rechtsverhouding of feitelijke verhouding haastig terug tot de handelingen, die de contractuele verhouding constitueren: waren dit rechtshandelingen of feitelijke handelingen? Als criterium voor de beantwoording van deze vraag had hij niets anders aangegeven dan het vallen van de handelingen in de rechtssfeer dan wel in de sociale sfeer (vermoedelijk de modale sfeer der omgangsverhoudingen), waarvan hij als voorbeelden geeft een 'afpraak' en een 'gentleman's agreement'. Daarnaast had hij dan de vraag gesteld of zij al of niet in strijd zijn met de wet of de goede zeden. Maar is nu een illegaal aanbod en een illegale aanvaarding volgens de schrijver een rechtshandeling? Zij zijn ongetwijfeld geen handelingen, die buiten de rechtssfeer vallen. Want zulke handelingen kunnen niet illegaal zijn. In schrijver's gedachtengang kan hun onrechtmatigheid hun karakter van rechtshandelingen niet aantasten. En toch vermijdt de schrijver een rechtstreeks antwoord op de gestelde vraag te geven: 'Aanbod en aanvaarding', zo merkt hij op (p. 290), 'kunnen immers legaal bevonden worden, terwijl daarentegen de nakomingshandeling strijdig met de wet of de goede zeden kan zijn. In zoo'n geval heeft men met een feitelijke handeling te doen – die wellicht een strafbaar feit oplevert – en niet met de rechtshandeling nakoming. Of dit niet-nakomen wanpresteren betekent, hetgeen in mijn opvatting een rechtshandeling is, is eveneens een kwestie van uitleg'. Een illegale nakomingshandeling is dus volgens de schrijver een feitelijke, d.i. juridisch irrelevante handeling en kan nochtans rechtsgevolgen hebben en dus een rechtshandeling zijn als zij een strafbaar feit of wanprestatie oplevert. Hoe kan echter in schrijver's gedachtengang een overeenkomst als rechtsverhouding in strijd met de wet of de goede zeden zijn, terwijl een illegale nakomingshandeling als een juridisch irrelevante feitelijke handeling zou moeten worden beschouwd, voorzover ze niet als strafbaar feit of als wanprestatie is te interpreteren? Als de schrijver zou antwoorden dat een illegale nakomingshandeling als *nakomingshandeling* juridisch *nietig* is, dan moet worden opgemerkt, dat die juridische nietigheid een *rechtsgevolg* is van de *onwettigheid* van de handeling en wel op grond van hetzelfde art. 1373 B.W., dat een illegale overeenkomst als rechtsverhouding krachteloos verklaart. Ook de illegale

nakomingshandeling moet dus in VAN DUNNÉ's systeem als rechtshandeling worden geïnterpreteerd, ongeacht of zij een strafbaar feit of wanprestatie oplevert. Dat hij dit niet doet, bewijst m.i. dat hij de nivellerende strekking van zijn begripsomschrijving van de rechtshandeling toch niet consequent genoeg heeft doorgedacht. Er is hier echter meer aan de hand dan alleen een gebrek aan consequentie. De door de schrijver gemaakte tegenstelling tussen rechtshandeling en feitelijke handeling is zelve innerlijk tegenstrijdig. Immers iedere menselijke handeling is als werkelijk gebeuren van feitelijke aard. Beschouwt men dus met de schrijver de rechtshandeling slechts als een species van een onjuridisch gevat generiek begrip handeling, dan is ook zij noodzakelijk van feitelijke aard. De rechtshandeling is echter niet een species van een onjuridisch gevat genus handeling, maar een *juridische aspectfunctie* van een feitelijke handeling, die slechts onder een omvattender *juridisch* genus (en niet onder een *onjuridisch* omvattender generiek begrip) is te brengen, nl. dat van *rechtsfeit*.

Het begrip rechtsfeit omvat inderdaad de gehele feitelijke zijde van het rechtsleven, die echter slechts in onverbreekelijke correlatie tot de haar bepalende rechtswetten is te vatten. Dat de heer A momenteel eigenaar is van het door hem bewoonde huis is evengoed een rechtsfeit als de door een blikseminslag veroorzaakte brandschade aan dat huis, wanneer het tegen deze schade verzekerd was, en evenzeer als de inbraak, die tijdens de brand in zijn huis gepleegd wordt, waarvan de aan de eigenaar berokkende schade op grond van art. 291 W.v.K. met de brandschade wordt gelijkgesteld. In het eerste geval is het rechtsfeit een feitelijk bestaand eigendomsrecht van A. als *rechtssubject* aan het door brand getroffen huis als *rechtsobject*. In het tweede geval gaat het om een *objectief* rechtsfeit, dat als zodanig slechts kan fungeren in de juridische subject-object relatie tot een *subjectief* rechtsfeit, nl. de feitelijk bestaande subjectieve rechtsverhouding tussen de verzekerde huiseigenaar en de verzekeraar tengevolge van de tussen deze beide gesloten overeenkomst als tweezijdige rechtshandeling, die de juridische ontstaansvorm is van de bedoelde rechtsverhouding. Dat het tegen het wilsbegrip gerichte banvonniss ook het civielrechtelijk schuldbegrip in de conceptie van de onrechtmatige daad moest treffen, is niet verwonderlijk. Immers beide begrippen hebben blootgestaan aan een verpsychologisering, die ze voor juridisch gebruik ondeugdelijk maakte, al leende zich de schuldvorm van de *dolus* daarvoor beter dan die van de *culpa*, in zover men de normatieve kwalifikatie van de eerste als *dolus malus* elimineerde en de opvatting van het z.g. 'neutrale opzet' aanvaarde. Zomin het echter wetenschappelijk geoorloofd is uit de onbruikbaarheid van een psychologisch wilsbegrip in de rechtswetenschap te besluiten tot de onbruikbaarheid van het juridisch wilsbegrip, zomin kan men dit laatste wetenschappelijk bestrijden met argumenten, die slechts tegen zijn verpsychologisering opgaan. De vraag i.z. de juridische zin van het schuldmoment in de modale structuur van de onrechtmatige daad mag ook niet worden verward met de vraag of het schuldvereiste voor de schadevergoedingsplicht ex art. 1401 B.W. heden ten dage nog onverkort in de rechtspraak wordt gehandhaafd en met het oog op de moderne ontwikkeling van het maatschappelijk verkeer nog is te handhaven. Die laatste vraag is slechts ontkennend te beantwoorden. Zelfs in het strafrecht, waar het schuldprincipe uit de aard der

zaak een veel belangrijker rol speelt dan in het meer onpersoonlijke civielrechtelijk schadevergoedingsrecht, is het schuldprincipe niet over de gehele linie doorgevoerd. Men denke slechts aan de door het gevolg gequalificeerde delicten.

Maar het is wetenschappelijk onverantwoord, wanneer VAN DUNNÉ schrijft (p. 271) dat het wilsbegrip en het schuldbegrip 'stammen uit een op het individualisme gebaseerde rechtsfilosofie (de wilsleer), die in de rechtsontwikkeling van deze eeuw in steeds sterkere mate uit de rechtspraktijk geweerd werd' en wanneer hij Hommes' onderscheiding van het schuldprincipe en het risicoprincipe als twee fundamentele en onderling onherleidbare principes op deze individualistische rechtsfilosofie terugvoert (ib. noot 242).

Het juridische schuldmoment behoort, evenzeer als de goede, resp. kwade trouw en de juridische billijkheid, resp. onbillijkheid, tot die zin-momenten in de modale structuur van het juridisch aspect, waarin de anticiperende zinsamenhang tussen het juridisch en het morele aspect binnen de bedoelde modale structuur van het juridische zelve tot uitdrukking komt. Het juridisch schuldoordeel houdt een moreel *rechtsverwijt* in, waarbij het adjectief 'moreel' slechts een morele analogie binnen de juridische sfeer aanduidt. Deze analogie behoort niet, gelijk b.v. de juridische causaliteit, de onrechtmatigheid en de toerekening, tot de *constitutieve* zin-momenten van de onrechtmatige gedragswijze, maar tot de *regulatieve*, die de zin dezer laatste verdiepen en ontsluiten *in de richting* op de eisen der moraal, maar met volledig behoud van hun juridisch karakter. Daarom kan het juridisch toerekeningsbegrip het juridisch schuldbegrip niet vervangen. Want de toerekening is slechts één van de constitutieve zinnmomenten in de modale structuur van de onrechtmatige gedragswijze, dat zijn juridische zin slechts in onverbreekelijke samenhang met de overige kan openbaren en een *maatgevend beginsel voor de aansprakelijkheidsregeling* vraagt volgens hetwelk de toerekening dient te geschieden. Daarbij biedt zich het alternatief aan van het principe der schuldaansprakelijkheid, dat formeel in art. 1401 B.W. werd aanvaard en het principe van de risicoaansprakelijkheid, waarbij zelfs de *onrechtmatigheid* van de schadeveroorzakende handeling kan ontbreken. Beide principes onderstellen de toerekening van de rechtsgevolgen. Het is daarom weer wetenschappelijk onverantwoord wanneer VAN DUNNÉ (p. 272) in zijn critiek op de voorgestelde regeling van art. 6.3.1. van het nieuwe B.W. de 'toerekeningsbenadering van het rechtersrecht' stelt tegenover 'de zo vertrouwde schuldaansprakelijkheid' die het bedoelde artikel in een 'halfslachtige regeling' naast elkander aanvaardt.

Wanneer de schrijver bij de selectie en interpretatie van de jurisprudentie wat minder bevooroordeeld was te werk gegaan, dan zou hij ontdekt hebben, dat ook in de moderne rechtspraak *naar de omstandigheden van het geval* nu eens het schuldprincipe, dan weer het risicoprincipe bij de toerekening van de rechtsgevolgen van een onrechtmatige daad wordt gehanteerd. Een fraai voorbeeld van het eerste vindt men bijv. in het bekende, door de schrijver niet genoemde, graansiloarrest van de H.R. 7 juni 1918, N.J. 1918, 709, W. 10294, bevestigend Hof 's-Gravenhage 29 juni 1917, N.J. 1918, 208, W. 10166. De arbeiders, die in strijd met het veiligheidsvoorschrift een graancontroleur zonder de voorgeschreven veiligheidsgordel in de opslagruimte hadden laten afdalen met het gevolg dat de controleur door de opstijgen-

de gassen de dood vond, hadden ongetwijfeld onrechtmatig gehandeld. Zowel het Hof als de H.R. waren echter van oordeel, dat hun geen schuldverwijf trof, omdat zij de controleur, die de veiligheidsgordel weigerde, uitdrukkelijk op het voorschrift en de gevaren, die het zonder veiligheidsgordel afdalen meebracht hadden gewezen, en zij slechts waren bezweken voor de opdracht van de controleur, die hun meerdere was, hetgeen wel als een zwakheid was te beschouwen, maar hun niet als schuld kon worden aangerekend. Hier was ongetwijfeld van 'eigen schuld' van de om het leven gekomen controleur sprake.

In de omstandigheden van het geval was geen enkele grond te vinden om een aansprakelijkheid (der arbeiders) buiten schuld aan te nemen, eventueel gemaskeerd door een fictieve schuldconstructie wat, de H.R. toch reeds lang placht te doen in geval van schade aan particuliere eigendommen toegebracht door spoor-dijkaanleg, mijnexploitatie enz. Dit zou veeleer een excessieve honorering zijn geweest van het belang van de erfgenamen van de overledene ten koste van dat der arbeiders, een schending van het beginsel der *juridische economie* bij de *belangenafweging* in de juridische toerekening, die door geen enkele eis van het maatschappelijk rechtsverkeer zou zijn te rechtvaardigen.³ Mijn hoofdbezwaar tegen VAN DUNNÉ's toerekeningsleer is dat hij het toerekeningsbegrip los van de modale structuur der juridische ervaringswijze en van de typische aard van het burgerlijk privaatrecht hanteert. Daardoor krijgt deze leer in haar toepassing op de uitleg van burgerrechtelijke rechtshandelingen en op het proces der rechtsvinding een destructief nivellerend karakter, dat zeker geen steun kan vinden in de moderne rechtspraak en de eisen van het huidige maatschappelijk verkeer. Wel heeft de bedoelde leer, zoals ze door de schrijver wordt uitgewerkt haar grondslag in een rechtsbeschouwing, die naar hij zelf benadrukt haar uitgangspunt neemt in 'de rechtsgemeenschap' in diametrale tegenstelling tot de 'nog steeds heersende wilsleer', die haar uitgangspunt zoekt in het individu (p. 10). Daarmede kom ik tot een slotopmerking betreffende de sociaal filosofische achtergrond van zijn ongetwijfeld belangrijke en monumentale boek, een slotopmerking, die met het oog op het bestek van deze bijdrage tot de Langemeijer-bundel slechts summier kan zijn.

De vernieuwingsbeweging, die in de laatste decennien van de vorige eeuw zich, vanuit vaak onderling tegengestelde wijsgerige visies op de werkelijkheid, tegen de traditionele dogmatische methode in de rechtswetenschap en de rechtsvinding keerde, streefde naar een 'vermaatschappelijking van het burgerlijk privaatrecht.' Dit laatste moest, zoals ook VAN DUNNÉ zegt, dienstbaar worden gemaakt aan 'de behoeften der maatschappij'. De deductieve methode van rechtsvinding met behulp van een syllogisme waarbij de wetstekst als maior, het rechtsgeval als minor

3. Ook in het accompagnateursarrest van de H.R. 4 juni 1920, N.J. 1920, 720 en in het arrest H.R. 6 April 1933, W. 12627, N.J. 1933, 881, beide onvermeld, bij VAN DUNNÉ, vindt men duidelijke voorbeelden van de onjuistheid der opvatting, dat de cassatierechter sinds het beroemde arrest van 31 Jan. 1919, N.J. 1919, 161 geen onderscheid meer zou maken tussen onrechtmatigheid en schuld. In het eerste arrest werd de schuld van de accompagnateur ontkend, ofschoon zijn medewerking aan de onrechtmatige inbreuk op het auteursrecht vaststond. In het tweede arrest werd de schuld van de fabrikant Loos ook duidelijk onderscheiden van zijn onrechtmatige gedraging bestaande in een schending van de norm i.z. de zorgvuldigheid die in het maatschappelijk verkeer betaamt t.o.v. eens anders persoon of goed.

en het rechterlijk vonnis als logische conclusie werd opgevat, aangevuld met de pseudo-logische toepassing van de analogie, en gebaseerd op de grammaticale, logische, historische en systematische interpretatie van de wetstekst, werd radicaal verworpen; zij moest plaats maken voor de inductieve empirische methode, die uitgaat van het concrete geval en de individuele rechtsnorm opspoort, die aan de eisen van het maatschappelijk verkeer in verband met de bijzondere omstandigheden van het geval en het in het rechtsgevoel gefundeerde beginsel der billijkheid en goede trouw beantwoordt.

Men zocht op deze wijze, zoals HIJMANS het uitdrukte, naar het 'recht der werkelijkheid' waarin de aan de natuurrechtsleer der 17e en 18e eeuw en de pandectenwetenschap ontleende conceptie van de wil van het autonome individu en van de wettelijke regel als uiting van de soevereine staatswil als grondslag der privaatrechtelijke gebondenheid is vervangen door de behoeften der maatschappij, waarin het recht in werkelijkheid functioneert en alleen kan functioneren.

Vandaar de grote invloed van sociologische rechtsbeschouwingen in de vernieuwingsbeweging. Er bestond echter een grote verwarring over wat men onder privaatrecht en onder de maatschappij verstond.

MR. J. A. LEVY, een van de voormannen van de vernieuwingsbeweging in de vorige eeuw, en fervent bestrijder van het wilsdogma niet slechts voor het privaatrecht, maar ook voor het staatsrecht en strafrecht, was aanhanger van de Historische Rechtsschool in haar germanistische vleugel. Hij voerde de 'individualistische wilsleer' terug op het Romeinsrechtelijk erfgoed, dat hij in diametrale tegenstelling zag tot de oude germaanse rechtsopvatting. Hij sprak van de 'onverzoenlijke kamp tussen beide rechtsstelsels, het realistisch-objectieve der Romeinen tegen het idealistisch-objectieve der Germanen'. De vertrouwensleer, die tegen de wilsleer in het veld werd gevoerd, zou het oud-germaanse beginsel 'belofte maakt schuld' weer tot gelding brengen. Wat was echter het geval? De 'lex Salica', het oude, in hoge mate primitieve volksrecht van de Salische Franken, bevatte een titel over de betalingsbelofte (*fides facta*). Dit was een *formele* belofte, waarbij de schuldenaar zijn persoon en goederen aansprakelijk stelde voor de nakoming van eigen of eens anders verplichtingen. Daardoor ontstond een zekergestelde schuld, waarvan de nakoming in rechten kon worden gevorderd. Deze betalingsbelofte was het oud-Germaanse pendant van de formalistische stipulatie uit het oude Romeinse volksrecht, waarin het beginsel van de *bona fides* evenzeer was uitgesloten als in de oud-germaanse *fides facta*. Voor het beginsel van de goede trouw kwam eerst plaats in het praetorisch recht, waarin de *aequitas* het starre formalistisch beginsel 'Een man een man, een woord een woord' waaraan waarschijnlijk een magische betekenis van de voorgeschreven woordformule ten grondslag lag, had doorbroken. De bestrijders van de wilsleer hadden zich voor de door hen geïntroduceerde normatieve vertrouwentheorie dan ook beter op het Romeinse praetorisch recht dan op het primitief Germaanse beginsel 'belofte maakt schuld' en 'een man een man, een woord een woord' kunnen beroepen, dat ze eenvoudig hebben misverstaan.

GIERKE deed in zijn Weense voordracht '*Die soziale Aufgabe des Privatrechts*' (Berlin 1889, S. 45) naar aanleiding van het in 1889 verschenen ontwerp van een Duits

Burgerlijk Wetboek de door de bestrijders van het individualisme veel geciteerde uitspraak 'Unser Privatrecht wird sozialer sein oder es wird nicht sein'.

Hij maakte in de eerste band van zijn '*Deutsches Privatrecht*' (Leipzig 1895) niettemin een scherpe onderscheiding tussen 'Individualrecht' en 'Sozialrecht'. Het eerste, waartoe hij het gehele privaatrechtelijk personenrecht en verbintenissenrecht, alsmede de privaatrechtelijke subjectieve rechten rekende, was volgens hem geen gemeenschapsrecht, maar regelt de betrekkingen tussen gecoördineerde individuen en hun vrije juridische wilssferen. Het 'Sozialrecht' daarentegen is het interne gemeenschapsrecht der sociale verbanden of georganiseerde gemeenschappen, dat de 'organische' betrekkingen regelt tussen hun geledingen of onderdelen en tussen hun individuele leden, zowel onderling als tot het geheel. Dit 'sociale' recht rekende hij hier tot het privaatrecht, voorzover de desbetreffende sociale verbanden een niet-statelijk karakter hebben, tot het publiek recht, voorzover zij zich binnen de staat als souverain machts- en wilsverband voordoen (a.w. I, S. 26 flg.)

Maar in zijn verhandeling '*Die Grundbegriffe des Staatsrechts und die neuesten Staatsrechtstheorien*' (Tübingen 1915, ongewijzigde overdruk van zijn gelijknamige, in het Zeitschr. f.d. gesamte Staatswissenschaft 1874, Heft 1 verschenen bijdrage) had hij het privaatrecht geheel in het 'Individualrecht' doen opgaan en het 'interne sociale recht' van de niet statelijke verbanden zowel als dat van de staat tot het *bijzondere publieke recht* gerekend. Omdat hij later inzag, dat daardoor grote verwarring in het begrip publiek recht moest ontstaan, bracht hij het niet statelijk interne verbandsrecht onder het privaatrecht. Het ware juist geweest het privaatrecht te onderscheiden in *burgerlijk* en *niet-burgerlijk* privaatrecht, waarbij dan het interne gemeenschapsrecht der niet-statelijke verbanden, zowel als het niet-statelijke vrije private verkeersrecht onder het niet-burgelijke privaatrecht valt. De tot misverstand aanleiding gevende termen 'Individualrecht' en 'Sozialrecht' hadden dan vermeden kunnen worden. Op de meerzinnigheid van het adjectief 'sociaal' wees ik reeds vroeger. En GIERKE heeft zelf moeten waarschuwen tegen een vereenzelviging van zijn term 'Individualrecht' met 'individualistisch' recht.

Hoe gevaarlijk het niet onderscheiden van het burgelijk en niet-burgelijk privaatrecht is, blijkt wel uit de naturalistische sociologische rechtsleer van EUGEN EHRlich, die tegen GIERKE's uitspraak 'Unser Privatrecht wird sozialer sein, oder es wird nicht sein' opmerkte: 'Es gibt kein Individualrecht, jedes Recht ist sozial'. (Deze uitspraak is te vinden in zijn hoofdwerk '*Grundlegung der Soziologie des Rechts*' (1913), waarbij hij in aansluiting bij GIERKE onder 'Sozialrecht' het interne gemeenschapsrecht der sociale verbanden verstond.

Deze sociologische rechtsleer gaat uit van de door EHRlich gemaakte tegenstelling tussen 'Rechtsnorm' en 'Rechtssatz' of 'Entscheidungsnorm'. Alle eigenlijke rechtsnormen zijn volgens hem *handelingsnormen* en vinden hun grondslag in de interne ordening der sociale verbanden. De 'Rechtssätze' daarentegen zijn slechts door de wetgever vastgestelde voorschriften gericht aan de rechter voor de beslissing van rechtsgeschillen. Zij bestrijken volgens EHRlich slechts een uiterst klein gedeelte van het rechtsleven, omdat het overgrote deel zich buiten de rechter afspeelt. Deze opvatting is zeker niet die van MR. VAN DUNNÉ, die in het 'rechtters-

recht' het eigenlijk *geldende* recht ziet en de laatst genoemde uitspraak van EHRlich, die ook door MEYERS onderschreven wordt, een onbewezen stelling noemt. Ook maakt hij geen onderscheid tussen burgerlijk en niet-burgerlijk privaatrecht, waarvan het laatste ook het interne gemeenschapsrecht der niet statelijke verbanden omvat. En toch wil hij, met de aanhangers van de normatieve vertrouwensleer en in tegenstelling tot de individualistische wilsleer, het uitgangspunt van het huidige burgerlijk verbintenissenrecht zoeken in 'de gemeenschap', die hij nu eens met 'de maatschappij' dan weer met 'de rechtsorde' (!) vereenzelvigt. Maar is het moderne verbintenissenrecht dan een recht, dat gemeenschapsverhoudingen regelt? En is wat men 'de maatschappij' noemt, een gemeenschap?

GIERKE heeft op overtuigende wijze het principieel verschil aangetoond tussen het moderne burgerlijk privaatrecht, dat externe verhoudingen regelt tussen geëördineerde rechtssubjecten, die daarin niet als leden van een gemeenschap fungeren en waarin de rechtspersoonlijkheid bezittende sociale verbanden, ja zelfs de staat, op voet van gelijkheid met de individuele mensen aan het maatschappelijk rechtsverkeer deelnemen. Men kan sindsdien de termen 'gemeenschap' en 'maatschappij' niet langer dooreen gebruiken. Het feit, dat in de moderne Westerse samenleving het burgerlijk privaatrecht in steeds ingewikkelder vervlechtingen met het private en het publieke gemeenschapsrecht is gekomen, doet aan de innerlijke aard van het eerste geen afbreuk. Want het genot van de burgerlijke privaatrechten is niet gebonden aan het lidmaatschap van enige gemeenschap, zelfs niet van de publieke staatsgemeenschap. Het was nòch het primitieve *ius civile* van de Romeinse XII tafelenwet, nòch het primitieve Germaanse volks- en stamrecht, waarin het privaatrecht zich in dezelfde ongedifferentieerde toestand bevond, maar het praetorisch *ius gentium*, dat het prototype voor het moderne burgerlijk privaatrecht heeft geleverd. En het is dit geworden, omdat het de burgerrechtelijke rechtssubjectiviteit onafhankelijk maakte van het Romeinse staatsburgerschap en zich tot een typisch maatschappelijk verkeersrecht tussen Romeinen en peregrini op de *burgerrechtelijke grondslag van de vrijheid en gelijkheid der rechtssubjecten* ontwikkelde, waaraan ook het *ius civile* in zijn praetorische omvorming zich hoe langer hoe meer ging aanpassen, tot het door de Byzantijnse Keizer Justinianus in het *ius gentium* werd opgelost. De hinderpalen, die in het Romeinse *ius gentium* nog aan de consequente doorvoering van de burgerrechtelijke grondbeginselen in de weg stonden werden in het moderne burgerlijk privaatrecht door de afschaffing van de slavernij en alle andere vormen van persoonlijke dienstbaarheid uit de weg geruimd.

Daartoe diende ook de afschaffing van de heerlijke en feodale rechten. Zo kon het burgerlijk privaatrecht zich inderdaad ontwikkelen tot een *ius commune*, dat zich van ieder *ius speciale* hierdoor onderscheidt, dat het naar zijn typische aard niet, zoals bijv. het interne kerkrecht, of het typisch economisch gequalificeerde interne bedrijfsrecht, dienstbaar is aan de specifieke interne bestemmingsfunctie, waardoor het sociale verband, waarbinnen het geldt, gequalificeerd is en die zelf niet van juridische aard is.

Naar de innerlijke aard van het burgerlijk privaatrecht kunnen de subjectieve private vermogensrechten niet gebonden zijn aan een 'sociaal doel' waardoor zij

innerlijk zouden zijn bepaald als functies in dienst der gemeenschap. In de leer van het rechtsmisbruik voerde deze opvatting ertoe het criterium voor dit laatste te zoeken in een gebruik in strijd met het sociale doel waartoe het verleend zou zijn. VAN DUNNÉ (p. 217, noot 55) vindt het 'kenmerkend voor MEYERS, dat hij deze in Frankrijk ontwikkelde leer verwerpt, waarbij ervan wordt uitgegaan, dat alle rechten en bevoegdheden in het privaatrecht met het oog op een maatschappelijk doel zijn gegeven, 'le but social', het algemeen belang'. En het begrip 'misbruik van recht' acht hij bij aanvaarding van de normatieve uitlegmethode een 'contradictio in terminis'. Maar de schrijver vergeet, dat de figuur van het rechtsmisbruik reeds lang in onze rechtspraak is aanvaard en dat de Hoge Raad in een constante jurisprudentie het criterium voor het rechtsmisbruik ontleend aan de leer van het 'sociale doel' van de burgerlijke vermogensrechten principieel heeft verworpen en slechts het marginale criterium hanteert van een 'gebruik zonder redelijk belang' met het enig oogmerk een ander te schaden. De figuur van het rechtsmisbruik heeft dus naar schrijvers eigen maatstaf in het *geldende recht* een vaste plaats gekregen. En wat de vermeende logische contradictie in het begrip 'abus de droit' betreft, moge ik de schrijver verwijzen naar de afdoende weerlegging daarvan door de bekende Franse civilist LOUIS JOSSEAND in zijn boek '*De l'esprit des lois et de leur relativité*' (1927) p. 312 en 313. Hij merkte terecht op, dat deze schijnbare contradictie slechts het gevolg was van het niet onderscheiden van de twee betekenissen van het woord 'droit' nl. de subjectieve en de z.g. 'objectieve' (het recht als norm). Het subjectieve recht mag niet worden vereenzelvigd met de rechtsnormen, waaraan het is onderworpen en aan de hand waarvan, in verband met de bijzondere omstandigheden van het geval, moet worden uitgemaakt wat een behoorlijke en wat een abusieve uitoefeningshandeling is. Misbruik van recht, zo zou ik het willen uitdrukken, is een gequalificeerde onrechtmatige daad, die men alleen in zijn feitelijke hoedanigheid van subjectief gerechtigde kan begaan en zich juist daarin onderscheidt van andere onrechtmatige daden.

Ik ben hiermee aan het einde gekomen van wat ik in het bestek van dit artikel over VAN DUNNÉ's beschouwingen i.z. de normatieve uitleg van de rechtshandeling te zeggen had. Dat ik daarmee aan de rijkdom van facetten in zijn belangrijk werk in genen dele recht kon doen spreekt van zelf. En dat de kritiek hier de lof die zijn werk verdient, verre overwoog, moge hij toeschrijven aan de intensieve belangstelling, waarmee ik zijn boek gelezen heb, dat deels instemming en deels scherp verzet oproept. Dat is slechts het natuurlijk gevolg van het 'revolutionair' karakter van de daarin verkondigde hoofdgedachten.

Amsterdam

H. DOOYEWEERD