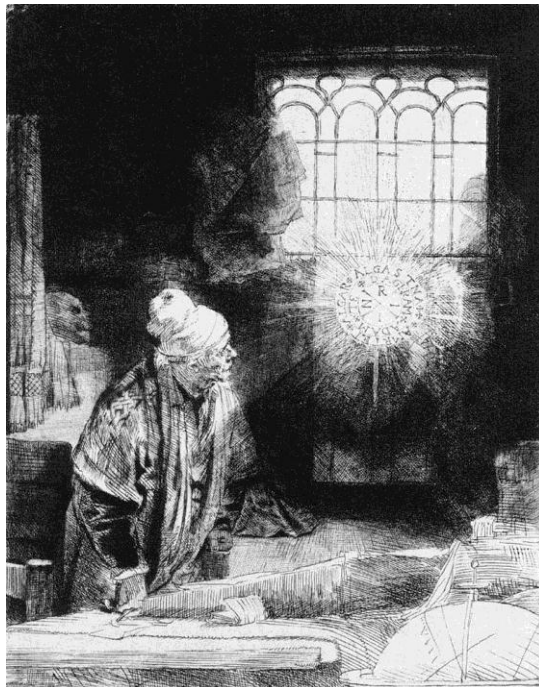


[BJu, Boom Juridische uitgevers, Den Haag, 2006]

ZIEN IS KENNEN. OMZIEN OOK

Afscheidscollege, uitgesproken op 24 maart 2006
Aan de Faculteit der rechtsgeleerdheid van de
Erasmus Universiteit Rotterdam

Prof.mr J.M. van Dunné



Boom Juridische uitgevers
Den Haag
2006

ZIEN IS KENNEN. OMZIEN OOK



Inleiding

Zien is kennen. Omzien ook. Vanwaar deze titel, met name het eerste deel? Nu is het vreemd gesteld met titels van redes, althans bij mij. Meestal komt eerst de titel bij mij boven, wanneer ik nog geen idee heb waar het verhaal over zal gaan. Zo ook dit keer. Het klinkt in ieder geval goed: ‘zien is kennen’. Het past ook aardig in de reeks redes die ik van deze plaats mocht houden, de afgelopen ruim dertig jaar: mijn oratie in 1974: *Riskante rechtsvinding*, in 1987 de Diesrede: *De magie van het woord*, en in 1997 een rede ter gelegenheid van mijn 25-jarig jubileum als hoogleraar: *Ius vigilantibus scriptum. Het recht is voor de waakzamen geschreven*.

Het leuke van een titel die *jou* uitzoekt, is dat het altijd leerzaam is. Het is namelijk zo, dat je niet alleen gedachten onder woorden brengt, maar woorden brengen ook *jou* op gedachten, het is een wisselwerking. De Romeinen hadden hierover ook al nagedacht; Dante liet zich in zijn *Vita Nuova* al hierdoor leiden, een maxime ontleend aan de *Corpus Iuris Civilis* van Justinianus, in zijn tijd de kenbron van het romeinse recht, zoals dat ook in mijn studententijd nog was: *Nomina sunt consequentia rerum*, de namen volgen uit de dingen.¹

Er is natuurlijk altijd een onderbewuste vorm van kennis; de term ‘zien is kennen’ zit al heel lang bij mij opgeslagen. Als jongen van 13 kreeg ik het vogelboekje van die naam van een dierbare tante voor mijn verjaardag; aan de hand daarvan heb ik mijn eerste schreden als vogelaar gezet (de bekende gids van Mr Kist volgde pas veel later).² Maar er moet meer aan de hand zijn.

Laten we eens zien. Waar gaat het over, bij ‘zien is kennen’? Twee woorden zijn hier in het geding, *zien* en *kennen*. Dat is nog te volgen. Heel gangbare, doodgewone woorden, die echter niet op zich staan. Een kleine verkenning in de taal:

ZIEN

KENNEN

¹ Zie Dante Alighieri, *Vita Nuova*, vert. F. van Dooren, Kwadraat - Utrecht 1988, p.12. In het romeinse recht was dit een glosse in de *Corpus*, met *rebus* in plaats van *rerum*. Het is dan ook geen toeval dat Dantes geliefde en ideaalbeeld ‘Beatrice’ heet, hetgeen betekent: ‘zij die gelukkig maakt’. In werkelijkheid heette zijn geliefde Bice Portinari; zij was even geliefd als onbereikbaar: gehuwd met Simone dei Bardi en jong gestorven (in 1290). Geen onbelangrijke details om de wellicht beroemdste liefde uit de wereldliteratuur naar waarde te kunnen schatten.

² *Zien is kennen! Zakdeterminerboek van alle in Nederland voorkomende vogels* (met kunstleren drukknop sluiting), Nol Binsbergen en mr D. Mooij, tekeningen Rein Stuurman, A.G. Schoonderbeek, 5^e dr., 1953 (1^e druk: 1937), Laren. Het valt mij nu pas op dat een van de auteurs jurist is. De bekendere *Vogelgids* volgde pas in mijn middelbare schooltijd, van R.T. Peterson c.s., Elsevier, 1954, vertaald en bewerkt door mr J. Kist. Die stond bekend als ‘de grootste vogelkenner onder de juristen’, of: ‘de grootste jurist onder de vogelkenners’. Juristen hebben dus iets met vogels, althans behoren dat te hebben.

zelfstandig naamwoorden:

Zicht

Kennis

Afgeleide werkwoorden:

aanzien

bekennen

afzien

herkennen

bezien

ontkennen

doorzien

verkennen

omzien

miskennen

ontzien

opzien

overzien

tegenop zien

voorzien

verzien

weezien

Zelfstandig naamwoorden:

zelfde als werkwoorden

zelfde als werkwoorden

Afgeleide woorden, voor de jurist van belang:

bezichtiging

bekentenis

overzicht

herkenning

voorzienbaar, voorzienbaarheid

ontkenning

voorzichtigheid

verkenning

Een aantal dingen valt op, bij nader inzien.

Er zijn meer woorden op 'zien' betrokken dan op 'kennen', met name de werkwoorden (gek woord eigenlijk: 'werkwoord', een woord waarmee je werkt). Een verhouding van ongeveer 3:1. Zou 'zien' belangrijker voor de mens zijn dan 'kennen'?

Ook valt op dat een aantal 'zien'-woorden een dubbele betekenis heeft, en zowel iets *oppervlakkigs*, als iets *diepgaands*, inhoudelijks kan weergeven:

- 'afzien' betekent 'ergens van afzien', iets nalaten, 'het niet zien zitten', maar ook: 'het was afzien', een lijdensweg, in een connotatie met iets afzietelijks;
- 'aanzien' kan zijn: 'iets nog even aanzien', kijken hoe het loopt, maar ook, indringender: 'iemand erop aanzien', in de zin van aanspreken op een bepaald gedrag, terwijl men ook 'in hoog aanzien zijn' kan; aanzienlijke verschillen, dus;
- 'inzien' kan zijn: 'iets doorbladeren', vluchtig bekijken, maar ook: dieper inzicht hebben in iets, eindelijk iets begrijpen;
- 'omzien' kan zijn: 'terloops terugkijken', maar ook beschouwend terugkijken, het kan ook nog 'naar iemand omzien' betekenen, voor iemand zorgen;
- 'opzien', 'terloops omhoog kijken', maar ook met bewondering tegen iemand opzien, je kunt zelfs 'opzien baren', een hele opschudding;
- 'over het hoofd zien' tegenover: 'door de vingers zien', met elk respectievelijk een vluchtige en een diepgaande, begrijpende betekenis. Etc.

Kortom, het resultaat van deze kleine linguïstische exercitie: zo te zien kun je op twee manieren zien, in een lichte toets, die aan de oppervlakte blijft, en een verdiepende wijze van beschouwen, ten negatieve of ten positieve, met belangrijke consequenties.

Een belangrijkere slotsom is dat *zien* kennelijk een kenmerk van de mens is (het *kennen* sluipt hier via de taal weer binnen). Een van de oudste namen voor 'mens' is het griekse woord *anthropos*, dat letterlijk betekent: 'hij die omhoog kijkt'. De mens heeft zich uit het dierenrijk ontwikkeld als vier-voeter tot twee-voeter, als enige dier (voor zover wij weten) dat over zijn bestaan en oorsprong nadenkt; een blik omhoog, naar de sterren helpt daarbij, niet alleen voor oriëntatie, wat de trekvogels ook al doen, maar voor de vraag naar het ontstaan van de mens. Dat naar de sterren kijken bij de oude Grieken ging al gauw ergens over; zo heeft in het jaar 585 voor Christus Thales van Milete een zonsverduistering voor dat jaar voorspeld, dat wil zeggen uitgerekend. Hij was niet altijd even handig bezig; een bekend verhaal, door Plato met veel smaak naverteld, is dat hij een keer al sterren kijken in een kuil viel, tot groot vermaak van een jonge vrouw die toekeek.³ Het naar boven kijken is volgens Plato niet iets dat, zoals het in de volksmond gezien wordt, een teken van afwezigheid is, maar juist een beter zien, het heeft met de kwaliteit van de kennis te maken.

Zit daarom het *zien* de mens in het bloed, in zijn polsslag? Zelfs bij juristen, dat koudbloedig volk? Dat het geen prettig volk is, en geen hoogstaande studie die hen tot magister brengt, leert men al uit de *Faust* van Goethe, bij monde van een deskundige, Mephistofeles. In de scène waarin Mephisto (de duivel) in de studeerkamer van Dr. Faust is, en diens toga heeft aangetrokken, geeft hij een onnozele eerstejaars student studieadvies, waarbij alle fakulteiten, Filosofie, Rechten, Theologie en Medicijnen, met duivels sarcasme weergegeven worden. De juristen moeten het hiermee doen:

Ich weiss, wie es um diese Lehre steht.
Es erben sich Gesetz' und Rechte
Wie eine ewge Krankheit fort;
Sie schleppen von Geslecht sich zum Geslechte
Und rücken sacht von Ort zu Ort.
Vernunft wird Unsinn, Wohltat Plage,
weh dir, dass du ein Enkel bist!
Vom Rechte, das mit uns geboren ist,
von dem ist, leider!, nie die Frage.⁴

Dat laatste, de aangeboren rechten, waar Mephisto het zo schijnheilig over heeft, hetgeen wij nu 'grondrechten' zouden noemen, zijn de afgelopen decennia meer dan levensgroot in beeld gekomen. Het Europees Verdrag voor de rechten van de Mens, energiek en creatief toegepast door het Hof in Straatsburg, heeft ook het privaatrecht (milieu-aansprakelijkheidsrecht) niet onberoerd gelaten.

³ In het boek *Theaetetus*. Elders, in *Politeia*, wijst Plato erop dat de stuurman naar de sterren kijkt om zijn koers te bepalen.

⁴ *Goethes Faust*, Gesamtausgabe, Im Insel-Verlag, p.195; Erster Teil, Studienzimmer. De afbeelding van Faust bij het titelblad van deze rede is de bekende ets van Rembrandt, wanneer hij in suïcidaal getob verzonken plotseling het cryptische, mystieke teken van de de Macrocosmos ziet, gevolgd door dat van de Aardgeest die hij zal oproepen, waardoor hij nieuwe kracht uit de natuur kan putten. Goethe had die ets in zijn bezit en werd daardoor geïnspireerd bij zijn eerste plannen voor de Faust.

Terug naar ons thema. Het ‘kennen’ komt er zo te zien bekaaid van af. Terwijl het in onze samenleving zo hoog staat aangeschreven: wij streven toch naar een ‘kennismaatschappij’, wat wij willen is brede ‘kennisverwerving’, ‘kennisoverdracht’, ‘kennistheorie’, ‘kennisbeurs’, et cetera. ‘Kennis maakt macht’ weten wij al heel lang. Wat gek dan, dat het woord ‘kennen’, ook in afgeleide vorm, zo’n ondergeschikte rol speelt in onze taal, en dus, samenleving. Wat is er met dat ‘kennen’ aan de hand? Is het eigenlijk zo, dat kennen een wijze van zien is? Zodat je de uitdrukking kunt omdraaien: ‘kennen is zien’ (dat doet de dialecticus deugd).

Het leek mij gepast, om bij een afscheid van de universiteit, toch bij uitstek een plaats waar kennis zou moeten gedijen, die vraag naar wat kennis is aan de orde te stellen. Dat zal ik doen als jurist, want deze vraag is voor de rechtswetenschap minstens zo van belang (hé, hier komt ineens ‘weten’ op de proppen, en niet ‘kennen’, het is immers geen: rechtskennisschap). Ik doe dat als jurist die zich altijd ook voor filosofische vraagstukken geïnteresseerd heeft, en bovendien wel eens een boek in handen gehad heeft, een ècht boek, dus geen juridische lektuur. De wetenschapper moet, naar mijn overtuiging, wanneer het hem te moeilijk wordt niet alleen bij de filosofen te rade gaan, de grote denkers, maar ook bij de grote schrijvers en dichters. Mijn belangstelling van de laatste jaren, in een leeskring gevoed die mettertijd een hechte vriendenkring geworden, voor grote geesten als: Dante, Goethe en Plato, zal hierbij doorklinken.

Daarmee komen wij op de opzet van dit verhaal. Een opmerking vooraf. De tip die ik van Köster (hoogleraar in Amsterdam) als jong professortje kreeg ten tijde van mijn oratie, geldt denk ik voor elke academische rede: een rede moet voor eenderde voor de zaal te begrijpen zijn, voor eenderde voor de fakulteit, en voor eenderde voor niemand. Ik zal wederom trachten om mij hieraan te houden. De uitwerking van dit verhaal kan men in ieder geval in druk tegemoet zien. Een vorm van troost, *consolatio*, wanneer het te moeilijk mocht gaan worden, voor de spreker of de zaal, die wellicht een *consolatio philosophiae*, vrij naar Boëthius (die hieronder nog aan de orde zal komen), zal blijken. Dat gezegd zijnde, valt mij nog een uitspraak van een andere academicus te binnen. Veel van wat ik te melden zal hebben, zal met het Bijbelwoord ‘paarlen voor de zwijnen’ weergegeven kunnen worden, dat wil zeggen: ‘èchte parels, voor èchte zwijnen’. Aldus Wiek Slagter in zijn Diesrede van 1968, overigens een mooie rede over de eigendom, en haar functies in het recht. Ik citeer slechts, dat begrijpt u wel.

De genoemde driedeling – sinds Cicero weet elke spreker dat je *drie* argumenten moet hebben om een publiek te overtuigen, een retorische drie-eenheid – komt ook tot uitdrukking in de hierna te bespreken onderwerpen; ik wil het met u allereerst over ‘zien is kennen’ als rechtsfilosofisch en filosofisch thema hebben, vervolgens in het privaatrecht inspiratie zoeken, en tenslotte het universitaire leven belichten waaraan ik zo’n tijd mocht deelnemen. Met dat laatste is intussen het tweede deel van de titel van het verhaal aan bod: het ‘omzien’, dat ook kennen is. Of dit een ‘omzien’ in vluchtige zin zal zijn, of de diepgaande variant, al of niet in verwondering, valt nog te bezien. De tijd zal parten gaan spelen, ik bedoel de beschikbare tijd voor dit laatste college.

I. ZIEN IS KENNEN

1. Het zien van juristen: de betekenis van de feiten

Wat ziet de jurist, als advocaat, rechter, bedrijfsjurist of academicus? Hoe kijkt hij eigenlijk? Hij (zij) krijgt in zijn metier een geval te beoordelen, te beslissen, een geschil tussen partijen waarbij een of meer rechtsvragen betrokken zijn. Het recht gaat over *Hebben, Zijn, Doen*, van die dingen dus. Daar kun je al vrij gauw ruzie over krijgen, en dan is het goed dat er juristen zijn in een of andere functie (denkt de jurist). Een samenleving kent ordening, door middel van regels; in een rechtsorde zijn dat rechtsregels. De jurist werkt met rechtsregels, die op feiten die voorgelegd zijn, toegepast worden. Hoe gaat dat in zijn werk, hoe kijkt hij naar de feiten, en hoe naar de regels?

De Romeinen wisten het al: *da mihi facti, dabo tibi ius* (geef mij de feiten, dan zeg ik u wat het recht is). Elke praktijkjurist zal dit bekend voor komen, het heeft alleen zin om hem een juridische vraag voor te leggen als je de feiten geeft. Dus niet ‘Wat is overmacht?’, maar: ‘Is dit overmacht: de kabel brak opeens, splinternieuw, bij windkracht 10’ (of, in meer dagelijkse sfeer: ‘hij kwam weliswaar van rechts maar reed te hard, er was geen zicht, het was glad en ik kon niet meer op tijd remmen?’) De Romeinen hadden ook dat al door, de werking van rechtsregels; in de Digesten van Ulpianus kan men lezen: *non ex regula ius sumitur, sed ex iure quod est regula fiat* (het recht wordt niet uit de regel afgeleid, maar uit hetgeen recht is wordt de regel gevormd). In de 19^e eeuw was de strijd hierover in slagzinnen gegoten, vaak titels van oraties, wat is het: ‘Door de regel tot het recht’, of ‘Door het recht tot de regel’? Die strijd, en dat is het, duurt tot de dag van vandaag voort. U begrijpt wel als een jurist een typisch ‘regelneef’ is, wat zijn standpunt zal zijn, en daar lopen er veel van rond. Gelukkig wordt daarover ook anders gedacht, door veel juristen, zeker in een handelsstad als Rotterdam.

Niet alleen de rechtsregel is dus dwingend bij het komen tot een oordeel, ook de feiten kunnen dwingend zijn. *Ius in causa positum*, het recht ligt in de feiten besloten, leerden de Romeinen. In de vorige eeuw kreeg dit thema een nieuwe bloei, met de *Natur der Sache* benadering in het kielzog van de Freirecht-beweging uit de jaren ’20.⁵ De laatste stroming vormde in de VS de inspiratie voor het *legal realism*, van Llewellyn and anderen.

Het recht is er, dat is van alle tijden, maar het moet wel gevonden worden, vandaar de term ‘rechtsvinding’, hetgeen in het engels *jurisprudence* genoemd worden. Daarin zal men onze term ‘jurisprudentie’ herkennen, bij ons gereserveerd voor de rechtspraak van de rechter (*case law* in het engels). In het Brusselse engels – ‘Euro-british’ zoals de Engelsen dat meesmuilend noemen, of: ‘Euro-babble’ – gooit men alles op een hoop: jurisprudentie wordt met ‘jurisprudence’ vertaald. Wat daarvan zij, het komt van *iuris prudentia*, hetgeen betekent: de ‘zorg voor het recht’, een heel passende benaming, het recht bestaat niet van zichzelf, er moet steeds voor gezorgd worden. Als een plant die water moet krijgen. Dat gebeurt dus niet alleen door juristen als de doeners, ook door de denkers op dat terrein.

⁵ Zie hierover mijn artikel: The personality of the judge and legal decision making in private law, paper Law and Society Association, Toronto 1982, opgenomen in mijn *De dialectiek van rechtsvinding en rechtsvorming, Serie Rechtsvinding, Deel 1A*, Gouda Quint, Arnhem, 1984, p.181 (eveneens verschenen in de hierna te noemen *Selected Essays*, 2006).

Indien wij te rade gaan bij een van de grote denkers van de vorige eeuw op ons taalgebied, de Amsterdamse hoogleraar Paul Scholten, dan komen wij de visie van ‘door het recht tot de regel’, aan de hand van de feiten die spreken, in heel pregnante vorm tegen.⁶

Scholten heeft er (al in de jaren '20 en '30) de nadruk op gelegd dat de rechtsregel niet aan de beslissing voorafgaat, noch in tijd, noch logisch: ‘Eerst met de beslissing is de regel gegeven’, waarbij aan de beslissing zelfstandige betekenis toekomt. De rechter gaat wel van de regel uit bij de selectie van de feiten die voor het oordeel van belang zijn, ‘uit de veelheid van verschijnselen die tot het proces aanleiding geven’. De keerzijde daarvan is dat wij ‘de regel alleen uit de feiten *zien*’. De rechter moet bij zijn oordeel ‘de regel zoeken, die hij moet toepassen’. Die ligt niet voor hem klaar; wel zijn er veel regels gegeven, ‘doch niet de *juiste* voor het geval’. Bovendien worden die regels voortdurend vervormd, stelt Scholten, men kan alleen de goede regel vinden ‘door het geval als uitgangspunt te nemen’. Dan komt de crux:

‘Doch als wij dit aannemen, dan moeten we òòk aanvaarden, dat het geval zelf mede de beslissing bepaalt, dat wie van die feiten kennis neemt, een oplossing ZIET, die hem op het eerste gezicht de juiste schijnt, een oplossing, die getoetst moet worden en niet kan worden aanvaard eer voor haar een plaats in het systeem, een logische verantwoording uit een regel, is gevonden, doch die hem voorlopig bevredigt, die, naar men zegt, bij het geval past’.

We zoeken steeds *beide*: én intuïtief als juist ZIEN van de beslissing, omdat ze ons oordeel over wat *in dit geval, concreet* behoort, bevredigt, én verstandelijk een verklaring geven van de beslissing uit de gezaghebbende factoren ...
We oordelen steeds tegelijk én tastend van geval tot geval, én naar gereedliggende regels’.

Wij zien hier het intuïtieve *zien* als centraal element in de rechtsvinding, op dialektische wijze geschaard met het systematische, logische inkaderen van de beslissing. Eenzelfde benadering wordt gevolgd door een andere grote jurist uit de vorige eeuw, Eggens (hoogleraar te Batavia, Utrecht en Amsterdam). Eggens spreekt in 1941 in Batavia de Diesrede uit aan de Rechtshogeschool, die in 1924 door Paul Scholten geopend werd (zie foto). Die Diesrede van 1941 werd in mijn geboorteplaats, en in mijn geboortjaar gehouden, en een intrigerende gedachte is dat mijn vader, landsadvokaat te Batavia en studievriend van Eggens, daarbij aanwezig was, evenals waarschijnlijk mijn moeder, die in 1928 als eerste vrouw aan de Rechtshogeschool was afgestudeerd en daarna in de rechterlijke macht van Nederlands-Indië gegaan was.⁷

⁶ Asser-Scholten, *Algemeen Deel*, W.E.J. Tjeenk-Willink, Zwolle, 2e dr., 1954, p. 11 v.; 3^e dr., 1974, p.8 v. Zie ook mijn *NJB*-artikel: Verslindt de revolutie weer haar eigen kinderen? De zgn. functionele rechtsleer en Paul Scholten, *NJB* 1971, p.813 v. Opgenomen in mijn *Verzamelde privaatrechtelijke opstellen, Normatief Uitgelegd*, red. J.W.M.K. Meijer, G. van der Spek en J.A.I. Wendt, Deventer, Kluwer, 2006, p.661; aangeboden ter gelegenheid van mijn emeritaat.

⁷ Mijn vader, E.J.F. van Dunné, was in 1915 bij Suijling gepromoveerd op *De bekentenis in het burgerlijk geding*, en in 1917 naar Nederlands-Indië gegaan. Een jaargenoot van mijn moeder, Frederika Oppermann, was Ko Tjai Sing, later hoogleraar handelsrecht aan de Universitas Diponegoro in Semarang, Indonesië. Zijn zoon, Ko Swan Sik, kwam ik later in Rotterdam als collega tegen. Ook andere jaargenoten van mijn moeder hebben hoge functies in het indonesische universitaire onderwijs vervuld.



Even terzijde, toen Eggens in Batavia benoemd werd, voor de oorlog, schreef hij mijn vader die daar als landsadvokaat zat, en vroeg hoe men eigenlijk in Batavia gekleed ging. Mijn vader schreef terug, dat men een tropenkostuum droeg, met op het hoofd een ‘matelot’, zo’n matrozenpetje. Eggens komt met de boot uit Holland aan, aldus gekleed, mijn vader staat op de kade, eveneens zo gekleed, en samen lopen ze de hele dag door Batavia in die kleding, als enigen.

Ik heb dit verhaal ooit als jong jurist van Prins gehoord, hoogleraar staatsrecht in Utrecht, en indertijd ook als docent aan de Rechtshogeschool in Batavia verbonden.

Eggens sprak in die rede uit 1941, een klassiek geworden betoog over misbruik van recht, over de rechter als ‘le bon juge’, die zich ook door zijn intuïtie laat leiden. Eggens geeft erbij de waarschuwing dat de rechter wanneer hij zijn intuïtie uitschakelt, het gevaar loopt ‘in zijn “logische” redeneringen de beslissende schakel over te slaan’.⁸ De rechter

... ‘loopt het gevaar, als hij zijn oordeel “logisch” gaat motiveren, in abstract-verstandelijke ontledingen zijn oordeel stuk te denken, zodat er alleen scherven van komen – en blijven’.

Dat wil niet zeggen, betoogt Eggens, dat de rechter zich louter door zijn intuïtie zou mogen laten leiden; hij waarschuwt slechts dat de rechter zijn ‘samengrijpend’ denken niet moet achterstellen op zijn ‘ontledend’ denken.

Dit is heel herkenbaar voor iedereen die geroepen werd om een juridisch oordeel te vellen; de Amerikanen, oud-rechters in biografieën, spreken hier van de ‘hunch’, de plotselinge, heldere ingeving. Vandaar ook de beroemde uitspraak van Justice Holmes, eind 19^e eeuw: ‘The life of law has not been logic; it has been experience’.⁹

⁸ J. Eggens, ‘Het “misbruik van recht” en de vrijheid’, Diesrede Batavia, *Verz. Priv. Opstellen* 2, 1959, p.70, op p.78. Hierop is de aandacht gevestigd door T. Hol, *TREMA* 1997, p.99 v.

⁹ Oliver Wendell Holmes, *The Common Law*, 1880; 1967, p.5. Zie hierover ook T. Hol, t.a.p., p.97. Holmes is een baken in de Amerikaanse rechtsvinding, als inspirator voor de ‘legal realism’-stroming

Het helder inzicht heeft meestal geen logisch karakter, maar is op ervaring gebaseerd. Dat thema wil ik nader uitwerken. Eerst wat meer over het fenomeen van het ‘flitsende’ inzicht, en hoe dat vervolgens verwerkt wordt, vorm gegeven wordt, meestal in de vorm van een verhaal. Daarna zal ik ingaan op de rol van de ervaring bij de rechtsvinding.

2. Het heldere inzicht in complexe situaties; een wijze van zien

Het in een flits, een oogwenk, zien van de gezochte oplossing, het doorzien van een situatie, is zo oud als de wereld, en dus komt men dat bij de oude filosofen al tegen. Plato kende het, hetgeen later *illuminatio* genoemd is, dat in de vorige eeuw bij Heidegger zo’n rol speelde. Aristoteles, voor veel juristen een betrouwbaarder baken dan Plato, sprak van *euphyia*, hetgeen het beste met het engelse woord *wit* vertaald kan worden.¹⁰ Bij ‘wit’ hoort ‘witty’, geestig, wat in het Duits ‘Witz’ geworden is. Geestig zijn heeft een hoog flitsend gehalte, meestal het ineens een combinatie zien die onverwacht, heel treffend, en daardoor ‘geestig’ is. Een aparte wijze van ‘de geest hebben’.

In de natuurwetenschappen werd begin vorige eeuw bij de waarneming het begrip ‘Gestalt’ ontwikkeld, het verschijnsel dat plotseling een verband gezien wordt – waardoor het zien geleid wordt en dat eraan ten grondslag ligt. Toepassing volgde in de biologie, proefnemingen over intelligentie van dieren, die de schoolboeken gehaald hebben (de chimp die onderdelen van een hengel in elkaar schuift, en op die manier de tros bananen buiten de kooi kan bereiken, flits van de inval, met grijns en al op zijn gezicht; het lampje van Willy Wortel die een slimme inval heeft in de stripverhalen). Einstein, die als jonge man op het achterbalkon van de tram in Bern rijdend, kijkend naar de klok op de toren (tijd en beweging in één), de inval krijgt van de relativiteitstheorie, die het denken over beweging en tijd blijvend beïnvloed heeft. $E=mc^2$, maar het begon allemaal met een inval, in een bepaalde feitenconstellatie. De wetenschapper, dat wil zeggen, de grote wetenschapper, heeft iets van een kunstenaar. Als jonge man, nog volkomen onbekend, heeft Einstein ooit bij het beroemde Kamerlingh Onnes laboratorium in Leiden gesolliciteerd. Hij deed dat door middel van een ansichtkaart; de benoemingscommissie heeft die terzijde gelegd, als van een warhoofd afkomstig.

Ik heb hierover in het verleden geschreven, en vergelijkingen gemaakt met de wijze waarop grote dichters, componisten en uitvinders tot lumineuze (!) inzichten gekomen zijn, grote werken die men in één oogopslag zag en overzag, en vervolgens slechts op papier hoefde te zetten.¹¹ Mozart deed dat hotsend in een postkoets, of aan de

aan het begin van de vorige eeuw. Bekend is zijn uitspraak: ‘I don’t give a damn if twenty professors tell me that a decision is not law if I know that the courts will enforce it’.

¹⁰ In deze zin Enrico Pattaro, uit Bologna, in een paper: Wit, Judgment and Prudence, IVR-congres Bologna 1984. Zie hieromtrent mijn preadvies Ver. v. Wijsbegeerte des rechts, Recht en dialectiek, of: de uitzondering die de regel bevestigt, *R & R*, 1985, p.180 v.; *VPO Normatief Uitgelegd*, 2006, p. 752; op p.761 v.

¹¹ Zie mijn beschouwingen over dit fenomeen, in verband gebracht met de figuur van ‘Gestalt’ (configuratie) uit de fysica van de jaren ‘20, later als ‘Wertton’ in de ontwikkelingspsychologie gehanteerd, en de ‘hunch’ of ‘intuitive jump’ uit de Amerikaanse rechtsvinding, mijn artikel: The role of personal values in legal reasoning, *Rechtstheorie, Beiheft 10*, 1986, p.13, op p.19 v. (paper IVR-congres Helsinki 1983). Vgl. ook: The personality of the judge and legal decision making in private

keukentafel, intussen de laatste roddels over de mensen van zijn Constance aanhorend. De transpiratie die op alle inspiratie volgt. Overigens, de bekende verhouding, 10% inspiratie, en 90% transpiratie, heeft natuurlijk alleen betrekking op bestede tijd, niet op de intensiteit (in beide gevallen geldt: deo volente, eerst met, dan zonder hoofdletter).

Het komt op allerlei terreinen voor, grote ondernemers, uitvinders, architecten, er zijn veel verhalen over de plotselinge, briljante inval; grensverleggend, en zo, letterlijk of figuurlijk. In de volksmond is dit ook wel bekend als de *Aha-Erlebnis*.

Ik wilde dit keer, nu het over zien gaat, eens te rade gaan bij de kunstenaar, bij een bijzondere vorm van kunst: de fotografie. Wat hebben grote fotografen over hun metier te zeggen? Ik was laatst op een tentoonstelling van Henri Cartier-Bresson, in Amsterdam, van wie iedereen wel, bewust of onbewust, een paar foto's kent.¹²



Cartier-Bresson heeft ook over zijn werk geschreven, en ik kwam daarin een aantal opmerkelijke uitspraken tegen, koren op onze molen. Zo zegt hij ergens:

law, paper Congress Law and Society Association, Toronto 1982; *De magie van het woord*, 1988, Diesrede EUR 1987, tekst bij noot 99 v.; opgenomen in mijn *VPO Normatief Uitgelegd*, 2006, p.776, op p.823 v.

De engelse artikelen zijn opgenomen in mijn *The Duty of Care in Contract and Tort. Selected Essays on Contract, Tort, Construction Law, Environmental Law and Jurisprudence*, Jan-Willem Meijer, Gijs van der Spek, Ivar Wendt, Ed.'s, Shaker Publishing, Maastricht, 2006, op pp.365 v.; 377 v. Ook deze bundel werd mij aangeboden ter gelegenheid van mijn emeritaat.

¹² Foto: de hier opgenomen foto is een moment-opname van Giacometti die bezig is een expositie in te richten en in de beelden lijkt op te gaan.

‘Een foto maken is direkt, in een fractie van een seconde, een gebeurtenis én de exacte structuur van de visueel waargenomen vormen herkennen die deze gebeurtenissen uitdrukken en er betekenis aan geven ...

daarvoor moeten *het hoofd, het oog en het hart* op één lijn worden gebracht. Het is een manier van leven’.

Opvallend is, dat Cartier-Bresson fotograferend in één keer raak schoot, en niet een aantal opnamen maakte waaruit de beste naar boven kwam (voor een enkele rapportage in *National Geographic* worden naar ik begrijp 10.000 foto’s gemaakt, waaruit een dozijn gekozen wordt; zo kan ik het ook, zou ik haast zeggen). De fotograaf ziet dus in een oogwenk de *structuur* van de gebeurtenis die hij wil vast leggen, en dat zien gaat met meer dan het oog: hoofd en hart moeten meedoen.¹³

Cartier-Bresson is bekend geworden door het gebruik van de term ‘le moment décisif’, in dit verband, naar het gelijknamige boek uit 1933, die als volgt omschreven wordt:

‘Le moment décisif’ bestaat uit ‘de gelijktijdige herkenning in een fractie van een seconde, van zowel het belang van de gebeurtenis als de juiste organische vorm’.

Maar er is meer aan de hand, zoals uit het volgende citaat blijkt. Cartier-Bressons doel was het maken van:

‘een unieke foto waarvan de compositie zóveel macht en rijkdom heeft, en waarvan de inhoud zó naar buiten straalt dat die ene foto op zichzelf een heel VERHAAL vormt’.

Bij dat *verhaal*-element wil ik even stilstaan. Een verhaal, *narratio*, is meer dan een verhaal. Het is een manier van iets gezegd krijgen, een boodschap overbrengen, een techniek die zo oud als de wereld is. Met de opkomst van de *narrativiteit* als stroming in de laatste decennia in vrijwel alle vakgebieden, theologie, filosofie, geschiedenis, sociologie, literatuur, en ook het recht, is er meer inzicht gekomen in de kracht van dat communicatiemiddel. Ik heb hier eerder over geschreven, feest der herkenning dus, althans voor de auteur, en volsta hier met een paar opmerkingen.¹⁴

¹³ Ik heb ter ondersteuning van mijn betoog een fotograaf gekozen; het had ook een andere kunstenaar kunnen zijn, zoals een schilder. Op een tentoonstelling in Londen dit jaar gewijd aan Ruisdael - spreek uit: ‘Roesdeel’- kwam ik een uitspraak van een groot bewonderaar van Ruisdael tegen, de engelse schilder Constable – ook om zijn landschappen en zeegezichten bekend: ‘We see nothing till we truely understand it’.

Wanneer voetbal ook kunst is, kan een uitspraak van Cruyff niet ontbreken (een oud-alumnus wees mij hier terecht op): ‘Je gaat het pas zien als je het doorhebt’. Aldus ook de titel van het boek dat Pieter Winsemius aan de voetbal-guru gewijd heeft, in 2004 (Subtitel: ‘Over Cruijff en leiderschap’, Balans). Het slotcitaat uit het boek kan ik de lezer-docent niet onthouden: ‘Als ik zou willen dat je het begreep, zou ik het wel beter hebben uitgelegd’ (aldus Cruyff in een interview tegen een niet-begrijpende journalist). Voor een schrijver over ‘uitleg’ is dit een gevaarlijke opmerking, besef ik nu.

¹⁴ Zie: Narrative coherence and its function in judicial decision making and legislation, 44 *American Journal of Comparative Law*, 1996, p.601; ook opgenomen in mijn *Selected Essays* 2006, p.405. Vgl. ook mijn artikel: Normative and narrative coherence in legal decision making, in: *Law and Legal Interpretation*, The International Library of Essays in Law and Legal Theory (Second Series), F. Atria and D.N. MacCormick, Ed.’s, Ashgate, London, 2002, p.409 (eerder verschenen in de Proceedings IVR Conference, Bologna 1995). Ook mijn Netherlands Report IACL Conference, Athene 1994 was hieraan gewijd (T.M.C. Asser Instituut, Den Haag, 1995, J.H.M. van Erp c.s., Ed’s., p.1).

3. Het verhaal in het recht

Het recht zit vol met verhalen. De cliënt komt bij zijn advocaat, de ondernemer (of manager) bij de bedrijfsjurist, met een verhaal. Dat kan op twee manieren: er moet iets gedaan worden, een contract gemaakt, onderhandeld worden, etc., of er is iets fout gegaan, dat in orde gemaakt moet worden, schadevergoeding betaald, op minnelijke wijze, en als het niet goedschiks kan, dan maar kwaadschiks, door te gaan arbitrerend of procederen.

De jurist moet het verhaal dat hij krijgt omzetten in een juridisch verhaal; je hoort wel zeggen dat wanneer een uur tegen zo'n jurist aangepraat wordt, slechts 5 minuten daarvan juridisch relevant zijn. Dan maakt de jurist zijn verhaal van de zaak, en gaat ermee op stap. Indien het via de weg van geschillenbeslechting gaat, moet de arbiter of rechter zijn eigen verhaal van het dispuut maken; ook hij vindt weer enkele minuten van een uur praten of dossier lezen (echt) juridisch relevant.

Wanneer zo'n rechter of arbiter met anderen 'zit' en tot een beslissing, een oordeel moet komen, moet de individuele rechter met zijn verhaal proberen zijn mederechters-arbiters te overtuigen, voor zijn standpunt te winnen. 'The court as a small group'.¹⁵ Tenslotte moeten rechters of arbiters met hun vonnis partijen, alsook het rechtsgeleerd auditorium zien te overtuigen dat de genomen beslissing juist, gerechtvaardigd en rechtvaardig was. Daar is ook een verhaal voor nodig.

Waar blijven hierbij de feiten? Gaan die niet ten onder in het verhalen maken? Dat gevaar is inderdaad levensgroot aanwezig. Je kunt immers de feiten beter laten spreken door middel van een verhaal waarin ze gevat zijn, maar de feiten kunnen evenzeer in verdrukking komen door dat verhaal dat gesmeed wordt, met welke goede bedoelingen dan ook. Ik zal zo een sprekend voorbeeld (geen woordspeling) van de positieve werking van een verhaal geven, aan de hand van de grote verhalen-verteller, de engelse rechter Lord Denning, een vermaard jurist binnen en buiten de common law wereld, zoals Justice Cardozo dat eerder was, de Amerikaanse 'great dissenter'.

Eerst nog een eerder verhaal-punt: de rechter/arbiter die geconfronteerd wordt met het verhaal dat de advocaat afsteekt over de feitenconstellatie. Er kunnen feiten tussen wal en schip vallen, heel essentiële feiten, die indien onder ogen gezien, een beslissende wending aan het proces kunnen geven. *Le moment décisif*, als het ware. En alerte rechter, die een verband, een structuur in de feiten wil zien, kan hierbij de doorslag geven. Dat zien, wordt net als bij de fotograaf, mede gevoed door gevoel voor sociale verhoudingen, voor de maatschappelijke werkelijkheid, zoals Scholten en Eggen steeds benadrukt hebben. Hij moet niet alleen met het oog, maar ook met het hoofd en hart de feiten bezien.

Twee voorbeelden, uit mijn eigen, bescheiden praktijk als rechter-plaatsvervanger in Rotterdam, lang geleden.

Scheepsbeschieters-zaak

Zestien 'scheepsbeschieters', dat zijn sloopstimmerlieden, werden op een werf gezamenlijk op staande voet ontslagen, wegens werkweigering. Zij hadden geweigerd

¹⁵ Vgl. het mooie boek van A.A. Paterson, *The Law Lords*, 1982, Macmillan, London. Zie van dezelfde auteur ook: Appellate decision making in the common law world, in: *Rotterdam lectures in jurisprudence, Serie Rechtsvinding, Deel 3*, 1985, Gouda Quint, Arnhem, Symposium 1984, Institute of Legal Decision Making, Erasmus University Rotterdam .

om bij een schip in aanbouw glaswol aan te brengen tussen wanden. Het dienstbevel wordt herhaald, 14 timmerlieden gaan alsnog aan het werk, 2 blijven weigeren en worden ontslagen. De rechtbank krijgt de zaak in appel, naar rotterdams gebruik wordt er gepleit met de partijen in de zaal aanwezig. Wanneer je het dossier leest, en de pleidooien hoort, lijkt het argument om het werk te weigeren te zijn dat hoogopgeleide, vakbekwame scheepstimmerlieden geen werk hoeven te doen dan beneden hun stand is, en weinig aantrekkelijk. De kantonrechter had zich hierdoor laten leiden en het ontslag bevestigd. Maar dan begint de verwondering: je riskeert toch geen ontslag, met alle financiële gevolgen vandien, voor je gezin, enkel om een principekwestie, of omdat het werk vervelend is? De rest immers ging gewoon wel weer aan het werk. De beide timmerlieden die op de zitting aanwezig waren, werd door de rechtbank gevraagd waarom dit in hemelsnaam door hen zo hoog gespeeld werd.

Wat bleek? Voor het werk met glaswol, een gemeen spul dat aan je huid blijft zitten en in je ogen kan komen, ontbraken op het werk beschermende bril en handschoenen. Men had dat werken met glaswol eerder van de baas moeten doen, en nu was de maat vol. Een rechter die wel eens klust weet wat hier bedoeld wordt, je krijgt die kleine glasvezels met wassen er niet af, de huid wordt rood en geïrriteerd. De advocaat van de timmerlieden wist hier niets van, er stond niets over in het dossier. De rechtbank heeft de scheepsbeschieters in het gelijk gesteld; er was trouwens toen al wetgeving (wat nu Arbo heet, arbeidsomstandigheden) die een voorschrift voor gebruik van beschermend materiaal inhield.

Deze muis had echter een staartje, de werkgever ging in cassatie; de rechtbank had bij haar oordeel gebruik gemaakt van feiten die niet door partijen aangevoerd waren, en was dus buiten haar boekje gegaan. Het cassatieberoep werd echter verworpen door de hoge raad, de rechtbank mocht afgaan op hetgeen ter zitting naar voren was gekomen.

Kapitein Van Werkhoven-zaak

Enige tijd later speelde een soortgelijke zaak, waarbij ik eveneens als rechter-plaatsvervanger betrokken was, met een veel groter belang: zeven kapiteins van de Holland-Amerika Lijn (HAL) die kollektief ontslagen waren door de nieuwe zweedse eigenaar. Hier ging het louter om het kunnen tellen, met grote gevolgen. Van Werkhoven – *nomen est omen* -, kapitein met lange staat van dienst, maar met ruzie met de afdeling personeelszaken van de HAL (hetgeen nu ‘human resources’ heet) is het daar niet mee eens. Hij wordt ziek, en wordt van de lijst afgevoerd - als je ziek bent kun je immers niet ontslagen worden. Van Werkhoven wordt weer beter, en wordt opnieuw op de lijst gezet, zaken zijn zaken. Intussen had hij door zijn ziekte niet door de directeur GAB (wat tegenwoordig RDA heet) gehoord kunnen worden, hetgeen niet wettelijk verplicht was, maar daar had hij kunnen uitleggen – zo betoogt hij - dat hij vanwege anciënniteit niet op die lijst thuis hoorde, maar dat er een vete met hem uitgevochten werd door Personeelszaken van de HAL. Het was voor de HAL derhalve in strijd met de goede trouw om het ontslag tegen Van Werkhoven door te zetten. Juridisch een heel interessante vraag, waarover uitvoerig gepleit werd.

Tijdens de pleidooien gingen allerlei namen van kapiteins over tafel die op de lijst stonden, tot de rechtbank interrumpeerde en vroeg over welke kapiteins het nu precies ging. De advocaten gingen ter plekke tellen, met behulp van Van Werkhoven die in de zaal zat, en kwamen tot ... acht. Terwijl er voor zeven kapiteins kollektief ontslag aangevraagd was! Consternatie alom. Men had, zo bleek, toen Van Werkhoven beter

was, hem gewoon aan het lijstje van 7 toegevoegd, en dat maakt 8. Wat betekent dit, natuurlijk dat wanneer Van Werkhoven in de gelegenheid gesteld was om met de directeur GAB te spreken, hij niet slechts een wat moeizaam verhaal over anciënniteit en de ruzie met PZ had, over een vaart naar Afrika, of zo, maar gewoon kon melden dat hij nummer 8 was, en dus niet op die lijst thuis hoorde, en doorgehaald zou worden door GAB.

De rechtbank liet dat laatste zwaar wegen, en ging natuurlijk ook in op de goede trouw-kwestie. Ook hier werd cassatie bij de hoge raad ingesteld, waarbij hetzelfde argument aangevoerd werd als in de scheepsbeschieters-zaak: de rechtbank was buiten haar boekje gegaan en had feiten toegevoegd aan het dossier. Wederom sauveert de cassatierechter de rechtbank, de feiten waren aan eigen waarneming ter terechtzitting ontleend, en dat mag (aldus trouwens ook al Veegens).¹⁶

Uit dit laatste voorbeeld kan men zien dat de rechter op zijn tellen moet passen; advocaten, ook al hebben zij heel veel tijd en energie in een zaak gestopt, kunnen de feiten niet altijd geheel in de vingers hebben. De rechter – ook de arbiter, daar zijn ook verhalen over te vertellen – moet, net als de kruidenier, op de kleintjes letten. Een bekende grootgrutter, nu wat in de problemen met op kleintjes letten in het buitenland, heeft ons dat jaren lang ingeprent via de media. Wij kunnen dit dus de *AH-Erlebnis* noemen: kleine feiten, grote gevolgen. Dat alles vraagt om een niet lijdelijke rechter, die zich actief met het geschil in al zijn feitelijkheid bezig houdt. Het rotterdams procesrecht, dus.

4. De betekenis van ervaring bij het bezien van de feiten

De rechter benadert feiten ook met zijn *ervaring*, als rechter, of *levenservaring*, hetgeen weer op een andere manier met de feiten van een zaak in verband gebracht kan worden. Een voorbeeld. Mijn eerste vonnis als rechter-plaatsvervanger ging over een aanvaringszaak, rotterdamser kan haast niet.

De aanvaring gebeurde tussen twee binnenvaartschepen, op een mooie zomeravond om half acht, goed zicht, op de Oosterschelde, ter plaatse 800 m breed. Er werd lang en breed gepleit; er lagen 7 getuigenverklaringen van bemanningsleden van beide schepen over de toedracht van de aanvaring, onder meer dat een schip ‘verleierd’ zou zijn, door de sterke stroom opzij gezet, waardoor de aanvaring onvermijdelijk werd.

Ik kreeg het dossier mee voor vonnis; de voorzitter van de kamer (handelskamer van de rechtbank) gaf mij instructies. Het begon met de opmerking: ‘Er wordt nooit zoveel gelogen door getuigen als bij aanvaringen’. Dat is dan dat, als binnenkomer. Het is overigens begrijpelijk, een bemanning vormt een hechte gemeenschap, het is dus altijd het andere schip dat de kwaaië pier is. Maten moet je aaien, en zo. De instructie vervolgde: je moet alle getuigenverklaringen heel goed lezen, en op de (gigantische) stafkaart in kaart brengen, aangeven waar de getuige zegt dat hij was toen hij de gebeurtenis zag. Dan zul je zien dat meer dan de helft van de verklaringen volstrekt onmogelijk was en de prullenbak in kan, want het schip was daar helemaal niet, dan hou je een paar serieuze getuigenverklaringen over, en daar moet je het dan mee doen. Aldus was het geval, merkte ik; ‘wij voeren bakboord van boei B-18, en ik

¹⁶ HR 11 mei 1979 NJ 441, nt PAS, *HAL – Van Werkhoven* In die tijd werd door de griffier (een raio) slechts een pro forma verslag van de zitting gemaakt, waaraan de pleitnota’s toegevoegd werden.

zag aan stuurboord het andere schip naderen...’, bleek technisch onmogelijk, want het schip was heel ergens anders op dat moment.

De les die ik hieruit getrokken heb is, dat feiten niet liegen, anders dan getuigen. Dit doet mij denken aan een uitspraak van de befaamde president van de Rechtbank Rotterdam, Reuder, die erom bekend stond erg graag een descente te houden, ter plaatse te gaan kijken; daar werd vaak ook op ingespeeld, om de zaak een bepaalde kant op te krijgen. Bij een dergelijke schouw, moet hij eens gezegd hebben: ‘Ik houd van stille getuigen, die kunnen tenminste niet liegen’.

Bij arbitrages heb ik als arbiter deze les vaak in de praktijk gebracht, bouwtekeningen, rapporten, time sheets, zeggen vaak meer, en iets anders dan wat partijen of hun getuigen beweren. Dat is met name het geval wanneer men tekeningen vergelijkt die op verschillende momenten overgelegd zijn. Liegen is heel moeilijk, en vereist veel intelligentie, en vooral, geheugen. De advocaat in kwestie hoeft dat niet altijd zelf door te hebben; hij gaat af op de informatie die hij van zijn cliënt krijgt. Het voordeel van het zitten met mede-arbiters van technische huize (of financiële huize) is dat hun ervaring weer andere inzichten geeft. Zo kwam het een keer voor in een bouwzaak waarbij de hoofdaannemer een reeks time sheets had over gelegd om aan te tonen dat het probleem met de onderaannemers niet lag aan zijn management en coördinatie. Het ging om de bouw van een off-shore installatie, waar planning heel essentieel is omdat in de heel beperkte ruimte iedereen boven op elkaar zit en zijn werk moet doen. De ingenieur-arbiter bekeek de sheets en zag het in een oogopslag: ‘De belangrijkste sheet zit er niet bij!’, mompelde hij. Dat was namelijk de sheet met betrekking tot de oorspronkelijke planning. Het hele project bleek veel te krap gepland te zijn, het was de eerste keer dat de hoofdaannemer een dergelijk werk deed.

Ander voorval, zelfde zaak: de onderaannemer klaagde dat er niets deugde wat des hoofdaannemers was, zo had hij wel 300 tekeningen over moeten maken, met alle tijdverlies, kosten, etc. Een jurist-arbiter maakt daar een notitie van, niet onbelangrijk. In de pauze vroeg ik de ingenieur-arbiter ernaar, wat hij van dat punt vond; hij wist eerst even niet waarover ik het had, en vond het toen volkomen irrelevant. Dat verbaasde mij wat, en ik vroeg over hoeveel tekeningen we eigenlijk praten, bij de bouw van een off-shore installatie. ‘Wat zal het zijn’, zei hij, ‘10.000?’ Met zijn kennis van zaken vond hij het hele argument van tekeningen opnieuw maken gewoon *peanuts*.

5. De keerzijde: de rechter die het verhaal doet om te overtuigen

Dan nu de keerzijde: het verhaal dat de rechter doet, om de boodschap te brengen; eerst bij de eigen *brethren*, dan bij het grote publiek, te beginnen het juridische publiek. Lord Denning werd al genoemd, als groot verhalenverteller. Hij begint zijn opinions – rechtspraak is in Engeland typisch *gesproken* recht – vaak met een prachtige, pregnante opening. Notoor is zijn aanhef: ‘It was blue bell time in Kent’, in de zaak *Hinz v Berry*, 1970.¹⁷ Zo’n verhaal bedoel ik niet; bovendien is het een

¹⁷ *Hinz v Berry* [1970] 1 All ER 1074 (CA); vgl. ook, met noot: (1970) 86 LQR 457. Lord Denning begint zijn uitspraak als volgt:

‘It happened on April 18 1964. It was blue bell time in Kent. Mr. and Mrs. Hinz had been married some 10 years, and they had four children, all aged nine and under. The youngest was

lieflijke aanhef op een hoogst macabere zaak: ouders zijn met hun 8 (!) kinderen aan het picknicken aan de kant van de weg; moeder is aan de overkant van de weg met één kind bloemen aan het plukken, kijkt op bij een klap, en ziet haar man met de rest van de kinderen door een passerende auto dodelijk overreden, c.q zwaar verwond worden, een Jaguar nog wel. Het arrest gaat over schrikschade van de moeder-echtgenote, die dit onder haar ogen ziet gebeuren (en ook nog in verwachting is).

Wat ik wèl bedoel, is het begin van een bekend arrest over de toepasselijkheid van algemene voorwaarden, de kleine lettertjes, dit keer van een bank, in een geval waarbij op het oog geen redding mogelijk was voor degene die het contract getekend had, en met huid en haar aan die voorwaarden vastzat. Zaken zijn zaken, contract is contract; waar blijven wij anders met de rechtszekerheid? Het gaat hier om de zaak van *Lloyd's Bank v Bundy*, uit 1975.

Broadchalke is one of the most pleasing villages in England. Old Herbert Bundy, the defendant, was a farmer there. His home was at Yew Tree Farm. It went back for 300 years. His family had been there for generations. It was his only asset. But he did a very foolish thing. He mortgaged it to the bank. Up to the very hilt. Not to borrow money for himself, but for the sake of his son. Now the bank have come down on him. They have foreclosed. They have brought this action against him for possession. Going out means ruin for him. He was granted legal aid. His lawyers put in a defence. They said that, when he executed the charge to the bank he did not know what he was doing: or at any rate that the circumstances were such that he ought not to be bound by it. At the trial his plight was plain. The judge was sorry for him. He said he was a "poor old gentleman". He was so obviously incapacitated that the judge admitted his proof in evidence. He had a heart attack in the witness-box. Yet the judge felt he could do nothing for him. There is nothing, he said, 'which takes this out of the vast range of commercial transactions'. He ordered Herbert Bundy to give up possession of Yew Tree Farm to the bank. Now there is an appeal to this court. The ground is that the circumstances were so exceptional that Herbert Bundy should not be held bound.¹⁸

Daarna volgt een uiterst technisch stuk juridisch engels, van vele bladzijden, waarin rechtspraak en doctrine doorgenomen wordt; het vormt de grondslag van een nieuwe rechtsfiguur, de 'unequality of bargaining power', als onderdeel 'unconscionable bargains', gewetenloze transacties (bij ons meestal op één hoop met 'undue influence', misbruik van omstandigheden gegooid).¹⁹ Doorslaggevend was hier, dat mr Bundy in goed vertrouwen was afgegaan op het advies van zijn eigen bank, die zich echter door eigenbelang had laten leiden. In de wetenschap dat het om een hypotheek ging die de waarde van de boerderij te boven ging, het enige vermogen van vader Bundy, en de grote financiële risico's die het wankele bedrijfje van Bundy Jr. met zich brachten, had de bank aan Bundy Sr. moeten adviseren om een extern advies te vragen. Dat zou zeker negatief geweest zijn, volgens gezond verstand en zakelijk inzicht. In zo'n situatie kan de bank zich niet meer te goeder trouw op de letter van het contract beroepen. Geen 'black letter law' derhalve.

one. Mrs. Hinz was a remarkable woman. In addition to her own four, she was foster-mother to four other children. To add to it, she was two months pregnant with her fifth child.'

Dennings befaamde stijl, met de one-liner uit dit arrest, werd enkele jaren geleden nog door T. Koopmans aangehaald in een redactioneel artikel in *RmThemis*.

¹⁸ [1974] *All ER* 757 (CA). Ook Paterson vraagt aandacht voor de wijze waarop Denning zijn uitspraak in dit arrest begint, zie t.a.p., *Serie Rechtsvinding, Deel 3*, 1985, p.20 en Appendix, p.31.

¹⁹ Zie hiervoor mijn *Verbintenissenrecht, Deel 1*, Kluwer, Deventer, 5^e dr., 2004, p.594 v.

Het verhaal doen, om anderen te overtuigen. Juristen zijn vaak veel duidelijker wanneer zijn hun verhaal in gesproken woord doen, dan wanneer zij het opschrijven. Ik denk hierbij niet aan de advocaat, die beter pleit dan schrijft (er wordt in ons land overigens heel slecht gepleit, vergeleken met Engeland of België, bijvoorbeeld). Ik heb hierbij vooral grote schrijvers voor ogen, zoals de Duitse auteur Josef Esser, uit Tübingen, die in de jaren '70 bij ons veel invloed had. (Pitlo placht te zeggen over Duitse hoogleraren, dat hun denken 'diep, maar duister' was). Ik heb eens, kort na mijn aantreden in Rotterdam, een symposium gehouden waarin de meester ons toegesproken heeft. Wat opviel was, dat hoewel zijn geschriften ondoorgrondeijk waren, ook voor Duitsers, zijn gesproken verhaal heel redelijk te volgen was. Esser werd echter pas echt helder, bij de beantwoording van vragen, toen hij gewone taal ging spreken. Dat heeft mij op de gedachte van het interviewboek *Acht civilisten in burger*, gebracht, dat in 1977 verscheen. Het interview met Dooyeweerd is een goed voorbeeld van wat ik bedoel met helderheid in gesproken woord. Eindelijk te volgen!, zal de lezer denken.²⁰

6. De rol van de persoon bij het zien

Het gaat zoals gezegd over het *zien* met *oog, hoofd en hart*. De gehele persoon van de rechter (jurist) die de feiten, het geschil van partijen, in alle gradaties en omstandigheden beziet, is derhalve ongelofelijk belangrijk. Het legt groot gewicht in de schaal, al wordt hij als rechter geacht de weegschaal slechts vast te houden, en de schalen door partijen te laten vullen. Met argumenten mogen wij hopen, niet met steekpenningen, zoals in het geval van de rechter in *Kaukasische krijtkring* van Bertold Brecht; ik hoor Ko van Dijk van de Haagse Komedie nog zeggen: 'De rechter houdt van aanpakken', en zie hem vervolgens de beide zakjes met geldstukken die hem door beide partijen toegestopt waren, wegen.

Een ervaren advocaat speelt in op de persoon van de rechter. Een voor mij spraakmakende anekdote is die G.J. Scholten ooit, op een NJV-vergadering in de jaren '50, over zijn vader Paul Scholten vertelde, de bekende voorvechter van billijkheid en gerechtigheid in het recht, die ook regelmatig als rechter-plaatsvervanger bij de Rechtbank Amsterdam zat. Een advocaat moet pleiten voor de rechtbank, en vraagt in de bodekamer welke rechters er op zijn zaak zitten. De bode zegt: 'Mr De Vries, mr Jansen en Prof. Scholten'. 'Oh', zegt de advocaat, 'dan heb ik verloren'. Meestal wordt als bezwaar tegen billijkheidsrechtspraak aangevoerd dat de rechtzekerheid dan zoek is; een thema dat ik in mijn oratie aan de orde gesteld heb.²¹ Men ziet hieruit dat het billijkheidsstandpunt heel voorspelbaar kan zijn. Die anekdote heeft mij indertijd aan het denken gezet. Ik ben daarover nog niet uitgedacht, zoals blijkt.

Ik ben overigens helemaal niet zo'n tegenstander van de rechtzekerheid; billijkheid en rechtzekerheid, 'they hunt in pairs', ze treden gezamenlijk op, heb ik wel eens gezegd.²² Er zit best wel wat gevoel voor rechtzekerheid in mijn bloed; mijn

²⁰ J.M. van Dunné, P. Boeles en A.J. Heerma van Voss, *Acht civilisten in burger*, W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle, 1977. Het interview met Dooyeweerd staat op p.37 v.

²¹

²² Zie: Rechtzekerheid en bilijkheid: een jachtlustige tweeling, *NJB* 1993, p.960; debat met J.M. Barendrecht. Ook opgenomen in mijn *VPO Normatief Uitgelegd*, 2006, p.844.

grootvader van een zijde was immers hypotheekhouder te Utrecht, grootvader van de andere zijde was generaal in het KNIL. DNA kan niet liegen. Een ieder die wat van hypotheekrecht of militair recht afweet, zal begrijpen wat ik bedoel.

Als wij nog langer terug gaan in de tijd, aan het begin van de 17^e eeuw was er een Jan van Dunne schepen van Turnhout; gelukkig zat er daarvoor ook nog een bierbrouwer in de familie, in Breda.²³

Nu had de advocaat uit deze anekdote zijn huiswerk niet goed gedaan; advocaten plegen tevoren op te bellen om te horen wie er zitting heeft, om hun pleidooi daarop af te stemmen. Ook op het niveau van de hoge raad, toen daar nog gepleit werd. Helaas is dat verleden tijd, anders dan bij de raad van state het geval is. Grote consternatie bij de aanvang van het pleidooi inzake de Jumbo warmwaterkruik in de jaren '70, waar ik met Rotterdamse studenten ben gaan luisteren: er bleek plotseling een vrouw als raadsheer zitting te hebben! Die kon wel eens heel anders tegen de praktijk van het aanleggen van kruiken aan pasgeboren baby's aankijken, of teveel voor de underdog op komen, de kleine kruikenfabriek!²⁴

Een voorbeeld van anticiperen op de persoon van de rechter dat ik eens heb meegemaakt was het volgende. Het was mijn eerste advies als jong hoogleraar in een vrij gecompliceerde zaak over een onroerend goed-transactie. Het bewijs lag wat moeilijk, en alle hoop was gevestigd op de no-nonsense benadering van president Reuder: partijen en president aan één tafel gezeten, telefoon in het midden; 'Willen de heren koffie?'. De tegenpartij was een stichting, eigenaar van een groot flatgebouw vlak bij de EUR. Kort voor de dagvaarding uitgebracht zou worden, bleek ineens dat de stichting haar zetel verplaatst had van Rotterdam naar Amsterdam; daar moest nu gepleit worden voor de president Rechtbank Amsterdam, Borghof Mulder, een jurist van het oude stempel. Twee katheders, links en rechts, voor de beide pleiters, de president in het midden op een verhoging, met de koningin aan de muur boven zijn hoofd, die ook al strak de zaal in keek. Het ging helemaal fout, onder andere vanwege bewijsproblemen. Naderhand hoorde ik dat er nog iets meegespeeld had: de partij die ik adviseerde had een verleden in Amsterdam, hij was als onroerend goedhandelaar daar een keer failliet verklaard. Dat wist men zich nog wel te herinneren, bij de rechtbank in Amsterdam. Wanneer het bewijs van de feiten moeilijk ligt, kan een dergelijke faktor een groot gewicht krijgen. Ervaring en intuïtie in weer een andere combinatie.

Het is zoals Veegens dat een keer treffend zei, in *Acht civilisten*:

²³ Intrigerend is ook de figuur van Cornelius van Dun, geboren in Breda in 1483, gestorven in Londen in 1577, waar hij in Westminster Abbey ligt ('who served two Kings and a Queen') met een beeltenis, voorzien van ons familiewapen. Misschien verklaart dat wel mij liefde voor Engeland. Typisch iets om uit te zoeken als je met pensioen bent.

²⁴ Ontleend aan nababbel met jonge medewerker van de advocaat van eisders in cassatie, ouders van de baby, de befaamde pleiter Wijckerheld Bisdorff (die in Rotterdam in mijn vak Verbintenenrecht ooit nog een gastcollege over deze zaak gegeven heeft). De jonge advocaat kreeg van Bisdorff de opdracht om tijdens het pleidooi gelaatsuitdrukkingen van raadsheren te noteren, bij de bepaalde argumenten die naar voren gebracht werden. Ik heb dat enkele jaren later aan oud-PG Langemeijer voorgelegd, in het interview voor *Acht civilisten in burger*; deze toonde zich zeer verbaasd. Hij wist niet dat het gebeurde, en het leek hem ook weinig zinvol; hij wist van zichzelf namelijk dat hij, naar mate hij het standpunt van een partij zwakker vond, zich vriendelijker tegen haar opstelde. Typisch Langemeijer, als aimabel mens.

‘Het is in de praktijk altijd zo: als je een zaak bepleit dan kun je de mooiste argumenten hebben, maar als je niet in je betoog een gunstige sfeer rond de cliënt en de kwestie weet te scheppen, dan kun je met de mooiste argumenten weer naar huis gaan’.²⁵

Veegens geeft ruim baan aan de rol van de intuïtie bij de rechtsvinding; zo zegt hij:

‘Op grond van langdurige ervaring, geloof ik, dat als iemand een rechtsvraag krijgt voorgelegd, hij altijd eerst en vrij gauw de beslissing weet en dat hij dan achteraf de motivering erbij gaat maken, zijn beslissing verstandelijk gaat onderbouwen. Nu moet je daar natuurlijk ook weer bij oppassen, want die intuïtie waarmee je dat antwoord vindt is op zichzelf ook weer een dubbelzinnig ding.

A.D. de Groot, de professor in de psychologie, heeft indertijd geschreven over de intuïtie van de schaker. Schaken is een zuiver intellectuele bezigheid – een geoefend schaker ziet in een bepaalde stand zonder meer, dat kan en dat kan niet. Zijn hersenen werken als een computer en hij heeft meteen, in dit geval langs zuiver verstandelijke kanalen, de oplossing. In het juridische spelen twee processen door elkaar: daar zit een element in van het zuiver verstandelijke geraamte, en aan de andere kant zit er toch vlees en bloed van de emoties en de waarderingen.

Dat heeft de praktijk me geleerd. Ik heb dikwijls gezien en gevoeld, dat er allerlei irrationele factoren een rol spelen.’ (p.269).

Daarmee komen wij op de rol van de dogmatiek in het recht, zoals dat nog meestal, en een tikje freudiaans, genoemd wordt. Een wetenschap beheerst door dogma’s; dat belooft niet veel goeds. Maar het mag bij een academische plechtigheid toch niet ontbreken.

7. De betekenis van dogmatische kennis voor het ‘zien’ bij de rechtsvinding

Wij hebben intussen een aantal aspecten van het *zien* bij de rechtsvinding gezien, waarbij tenslotte de persoon van de ziener de aandacht gekregen heeft die deze verdient. Ik heb hierbij enkele wat technische, en daardoor weerbarstige begrippen terzijde gelaten, zoals figuren als de ‘Vorverständnis’, de voor-onderstelling, waarmee de interpreter een tekst of feitenconstellatie benadert, en de ‘hermeneutische cirkel’ die via Gadamer en Esser ook juristen niet onberoerd gelaten heeft, sinds de jaren ’70. Ik verwijs daarvoor naar elders.²⁶ Tot dusver spraken wij over de ervaring van de rechter (arbiter), zijn feitelijke kennis van zaken. Een belangrijk element ontbrak nog: de werking van de *rechtskennis* van de rechter/arbiter bij de beoordeling van feiten en geschillen. Dat kwam hierboven al even aan de orde, wanneer gesproken werd van de betekenis van rechtsregels. Die regels komen niet uit de lucht vallen; niet alleen dat ze in een systeem samen gehouden worden, dat bekend is en om toepassing

²⁵ T.a.p., p.269. Veegens vervolgt dan:

‘In wetenschappelijke beschouwingen komt dit aspect vaak niet aan bod, omdat het een storend element is. Het verstoort het egale beeld, nietwaar. We hebben in strakke lijnen het hele systeem van het recht uitgetekend en die lijnen wijzen in een bepaalde richting, en nu ineens komt er iets tussen dat we niet kunnen verklaren, en dat de weegschaal toch naar de andere kant doet doorslaan. Je zou heel ver in allerlei filosofische vragen moeten duiken als je dat verder zou willen ontleden.’

²⁶ Zie reeds mijn oratie uit 1974, *Riskante rechtsvinding*, okkernoot f, opgenomen in: *De dialektiek van rechtsvinding en rechtsvorming, Serie rechtsvinding 1A*, p.31, op p.71 v. Zie ook: De norm als ordeningsmodel bij Esser, *R en R* 1974, p.75 (bijdrage debat Ver. v. Wijsbegeerte des rechts, preadvies J.M. Broekman); Boekbespreking: De rechtsvindingsmethode volgens Josef Esser, oratie J.H. Wieland, KUB Tilburg, *Rm Themis* 1978, p.35. Ook opgenomen in mijn *VPO Normatief Uitgelegd*, 2006, resp. pp.676; 731.

vraagt, het bestaan van de regels, alsook hun betekenis zijn bij de beschouwende rechter aanwezig als kennis waaruit hij al in de eerste fase van de beoordeling van het geschil put: bij het selekteren, ordenen en wegen van feiten. Hij heeft schablonen ter beschikking, die hij over de feiten legt, meestal in een onbewust proces. Vaak speelt de taal daarbij een doorslaggevende rol, en wordt de beoordelaar vanzelf op een bepaald been gezet; wanneer men de rechtsontwikkeling van de laatste halve, soms hele eeuw overziet, is dat vaak het *verkeerde* been.

Wanneer men bijvoorbeeld van ‘dwaling’ spreekt, als een ‘wilsgebrek’, is het voor de hand liggend dat de subjektieve voorstelling van een partij bij het aangaan van een overeenkomst een hoogst belangrijke, zo niet doorslaggevende rol speelt. Men heeft onder een onjuiste voorstelling van zaken een contract gesloten, dat leidt tot vernietigbaarheid, en dus vernietiging van de overeenkomst, volgens de traditionele zienswijze. Dat men in de rechtspraak al meer dan een halve eeuw niet zozeer op die onjuiste voorstelling van zaken let, maar op de wijze waarop deze door de wederpartij van de dwalende teweeggebracht werd, door het doen van onjuiste mededelingen of te zwijgen waar spreken plicht was, kan hierbij licht uit het oog verloren worden. Ik heb in de jaren ’60 in een van mijn eerste artikelen een nieuwe grondslag voor de dwaling voorgesteld, uitgaande van een ‘onderzoekplicht’ en een ‘spreekplicht’, welke termen inmiddels algemeen aanvaard zijn, maar desondanks blijft dwaling als ‘wilsgebrek’ een moeilijk uitroeibare term.²⁷ In vrijwel alle boeken over contractenrecht is dat nog steeds een standaardterm. Een dode metafoor, intussen.

De term ‘overeenkomst’, synoniem met ‘contract’, is al een woord met dubbele betekenis: enerzijds wordt de rechtsverhouding van partijen ermee aangeduid, maar anderzijds ook de neerslag daarvan in geschreven vorm: de overeenkomst als stuk, document. Bij de uitleg van overeenkomsten, een andere hobby van mij, kan zich al direkt een probleem voordoen; de ene jurist denkt bij de uitleg van overeenkomsten uitsluitend aan de uitleg (interpretatie) van het geschrift van die naam, de ander aan de rechtsverhouding die uitgelegd, dat is: vastgesteld moet worden, als geheel van rechten en verplichtingen. Dan hebben wij het nog niet eens over de daarbij te volgen methode, normatief of niet. Een grammatikale methode van uitleg, aan de hand van de letter, ‘er staat wat er staat’, kan per definitie alleen met *teksten* te maken hebben. Indien een overeenkomst tussen partijen ook een rechtsverhouding betekent, is het alleen al om die reden hoogst onwaarschijnlijk dat die door een grammatica beheerst zou zijn.

De hoge raad heeft in ieder geval met het *Haviltex*-arrest van 1981 de grammatikale uitleg terzijde gesteld; insiders weten dat dit al in 1949 met *rederij Koppe*, en eigenlijk al ruim voor de oorlog gedaan werd, en dat ‘redelijke uitleg’, of ‘uitleg te goeder trouw’ van alle tijden is. Ik heb met mijn dissertatie de term ‘normatieve uitleg’ in het verkeer gebracht, een term die onderhand wel ingeburgerd is. Hij is nog niet overal accepté, met name wanneer de lading die door de vlag gedekt wordt niet welkom is. Het blijft een emotionele aangelegenheid, zoals onlangs nog bleek, begin van dit jaar, uit de bijdrage van Van den Brink aan de Hartkamp-bundel.²⁸ De auteur

²⁷ Zie: De heroriëntatie bij dwaling, *WPNR* 4978-4981 (1968), opgenomen in mijn *VPO Normatief Uitgelegd* 2006, p.3; zie met name p.12 v.; 22 v. Vgl. ook: De zgn. wilsgebreken: de dwaling nieuwe stijl, bijdrage debat Broederschap Cand.-notarissen 1972 (preadviezen Cahen en Drion), *WPNR* 5288 (1973); *Normatief Uitgelegd*, p.33.

Mijn voorstel om de term ‘dwaling’ te vervangen door ‘misleiding’ heeft geen navolging gevonden.

²⁸ Zie V. van den Brink, Uitleg van rechtshandelingen of uitleg van gedingstukken, in: *Variaties*, Hartkamp-Bundel, 2006, p.1. Het artikel gaat over HR 11 april 1997, *NJ* 583, nt Ma, *Van Hemmen BV*, dat door Van Schilfgaarde aangegrepen was voor een ‘coming out’ op het gebied van normatieve

is een vroegere *law clerk* bij de het Wetenschappelijk bureau van de Hoge Raad, het OM dus; hij gaat in op de problemen die Hartkamp als a-g en later p-g met de figuur van normatieve uitleg gehad heeft, door hem ooit maar half overgenomen. Kenmerkend voor deze worstelaars met normatieve uitleg, is dat men het voorstelt of ik de enige ben die deze uitlegmethode voorstaat, terwijl grote juristen als Scholten, Suijling, Van Oven, Eggens, Pitlo en veel van hun leerlingen, ik noem enkel Schoordijk, mij toch zijn voorgegaan. Meijers niet dus, en daar wringt het meestal. Ik heb de zaak wat gestroomlijnd, dat wordt meestal ook verkeerd weergegeven, evenals het verschil met de meer grammatikaal gerichte methode.

Samenvattend, het contract staat niet gelijk met de contractstekst. In de jaren '70 heeft Esser ons ook al geleerd (eigenlijk Müller) dat de norm niet gelijk staat aan normtekst. Net zo als je een norm niet in een tekst kunt vangen, is dat het geval met een contract. Niet omdat dit zo moeilijk is, maar omdat het principieel niet mogelijk is. Het recht houdt niet op bij het geheel van regels, zoals Scholten geleerd heeft, het contract ook niet. Er is meer dan een document. Indien men deze zienswijze volgt, het maxime: 'contract ≠ contractstekst' in het oog houdt, worden enkele opvallende uitspraken van de hoge raad begrijpelijker. In het arrest *Prêt-à-Porter* van 1995 was de raad van oordeel dat de rechter bij de uitleg van een contract mag afwijken van de uitleg die partijen daaraan gegeven hebben, die daarover verdeeld zijn, hij hoeft zijn uitleg zelfs niet tevoren voor commentaar aan partijen voor te leggen. Het dispuut gaat over uitleg-A of uitleg-B van het contract, daarover zaten partijen met de hoorns in elkaar, en de rechter volgt uitleg-C. Een super-normatieve uitleg dus, en al jaar en dag vaste rechtspraak in cassatieland, zoals blijkt uit de noot van Snijders.²⁹ In het tweede arrest, *Gasunie – Gemeente Anloo* uit 1994, heeft de hoge raad bepaald dat voor de uitleg van een contract ook de houding van partijen bij de uitvoering van het contract van belang kan zijn.³⁰ Niet zo veel aan de hand, indien men steeds van de overeenkomst als rechtsverhouding van partijen uitgaat, en niet enkel van de tekst waarin die rechtsverhouding vastgelegd is. Een rechtsverhouding is immers een dynamisch iets, zowel vòòr contractssluiting, als tijdens de uitvoering.

9. Zienswijzen bij uitleg van overeenkomsten

Een wijd verbreide opvatting is, dat in het common law recht anders over uitleg gedacht wordt dan bij ons, dat daar veeleer de letter van het contract geldt, en niet de redelijke betekenis ervan, geen normatieve uitleg dus. In veel engelse boeken wordt die zienswijze ondersteund. De praktijk is vaak anders, hoorde ik van praktijkjuristen, omdat er meestal een rechter zit die uit de praktijk gekomen is, een 'commercial lawyer', die alle uitlegtrucs kent, en zich niet door de letter laat leiden.

Enige jaren geleden heeft de engelse hoge raad, het House of Lords, zich uitdrukkelijk voor de normatieve uitlegmethode uitgesproken, waarbij Lord Justice Hofmann een

uitleg, in *WPNR* 6282/83; 6294, Naschrift (1997). Dat gebeurde nog steeds tot verbazing, zo niet ontsteltenis van sommige omstanders, zoals Smits. Van Schilfgaarde kreeg in die zaak de hoge raad mee, in afwijking van conclusie van a-g Hartkamp, in een normatieve benadering van de casus. Anders dan Van den Brink beweert, heb ik wel degelijk in mijn *Verbintenissenrecht* aandacht aan het *Van Hemmen BV*-arrest besteed, maar dat gebeurde niet bij de uitleg, maar bij vertegenwoordiging en volmacht, Deel 2, pp.121, 129, 133 (in Deel 1 wordt het arrest slechts terloops genoemd).

²⁹ HR 23 juni 1995, *NJ* 1996, 566; zie mijn *Verbintenissenrecht* 1, p.221 v.

³⁰ HR 20 mei 1994, *NJ* 574; zie *Verbintenissenrecht* 1, p.177.

grote rol gespeeld heeft, in de *West Bromwich of Investors Compensation Scheme* zaak uit 1998.³¹ In het mij door de Fakulteit aangeboden Symposium dat vandaag, 24 maart, gehouden werd, was dit een van de thema's waarover gepleit werd.³² Hofmann, een briljante Law Lord, is Zuid-Afrikaan; er zitten ook een paar Duitsers in het House of Lords; het is denk ik het enige hoogste rechterlijk college van een land in Europa waar raadsheren van andere nationaliteiten in zitting hebben. Goed voor de opheffing van het isolement van het oude Albion. In het Symposium van vandaag, 24 maart, is hierover uitvoerig gedebatteerd.

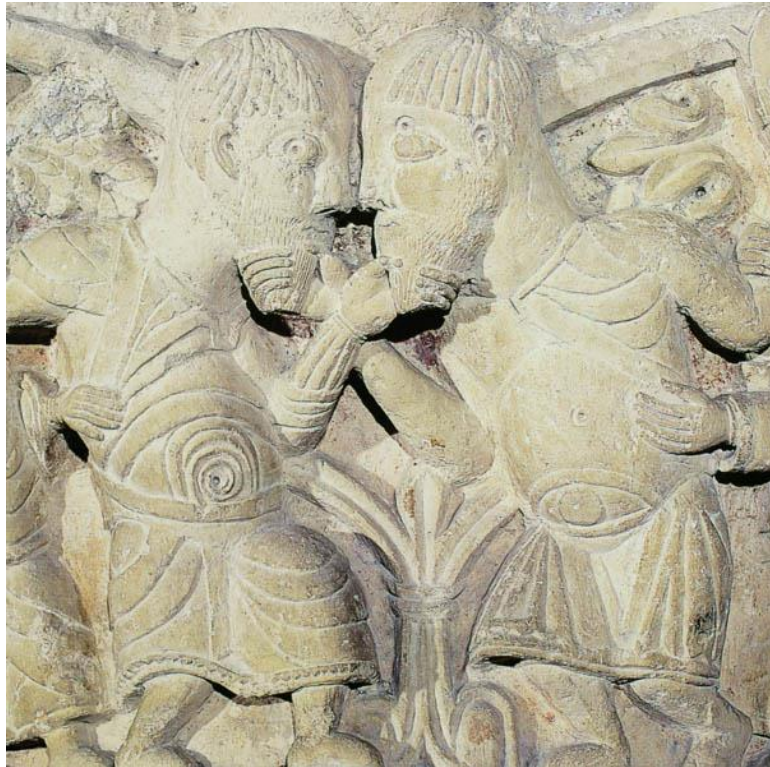
De uitleg naar redelijkheid bij contracten heeft nog een goede reden, behalve de redelijkheid (die nooit misstaat). Het is vaak ook zakelijk heel goed gezien. Dat leerde ik eens van een rotterdams advocaat, en roeivriend. Men moet zijn contractspartij niet het vel over de oren halen; dat kan winst op korte termijn opleveren, maar hij pakt jou eens terug. Misschien niet in dit contract, maar dan in een volgend contract. Dat zal je waarschijnlijk niet merken; als het om technische zaken gaat bijvoorbeeld in de bouw, zijn er talloze manieren om een andere partij te benadelen, zonder dat dit ooit aan het licht hoeft te komen, zoals met slechtere kwaliteit werken, op plaatsen die zich aan het oog onttrekken. Goedkoop wordt dan duurkoop. Ethiek en gezond zakelijk instinct kunnen heel goed samen gaan. Een dergelijke benadering kan ook voordeel opleveren bij de uitvoering van een contract: 'wie goed doet, goed ontmoet'.

Wanneer men de jurisprudentie leest, lijkt dat allemaal anders te zijn. Maar men moet niet vergeten dat wanneer men het op procederen laat aankomen, een partij meestal niets meer te verliezen heeft, dat wil zeggen, geen verdere toekomst ziet in de wederpartij. Dan loont het de moeite om het contract uit de kast te halen, en om op het scherp van de snede over de uitleg te redetwisten. Indien de overheid de wederpartij is, moet men dubbel op de tellen passen, als daar werk voor de toekomst van moet komen.

³¹ *Investors Compensation Scheme v West Bromwich Building Society* [1998] 1 All ER 98; vgl. ook Cheshire, Fifoot and Furmston's *Law of Contract*, 14th ed., 2001, Butterworths, London, p.136 v.

Zie hierover ook mijn bijdrage aan de Grosheide-bundel (te verschijnen): Normatieve uitleg à l'anglaise. *Investors Compensation Scheme* (1998) als de Engelse Haviltex-zaak.

³² Stellingen en tegenstellingen over uitleg, aansprakelijkheid en rechtvindings, Symposium EUR 24 maart 2006. Over de aan het engelse arrest gewijde stelling werd gepleit door F.J.M. De Ly tegen F.W. Grosheide. Verder werd over normatieve uitleg gepleit door P.G.J. van den Berg tegen J.H. Nieuwenhuis; over aansprakelijkheid door E.H.P. Brans tegen L. Bergkamp; P.F.A. Bierbooms tegen H.J. Snijders; over rechtsvinding: A. Hammerstein tegen R.C. Hartendorp. In de panels hadden zitting: M.A.M.C. van den Berg, E.H. Hondius, P. van Schilfgaarde, W.J.M. Bekkers, W.Th. Braams, L.F. Wiggers-Rust, R.S. Meijer, E.H. Hulst, H.C.F. Schoordijk, S.C.J.J. Kortmann en M.A.Loth. De stellingen, evenals de uitslagen van de stemmingen onder de deelnemers aan het symposium die plaatsvonden vind men in de Bijlagen van dit boekje opgenomen.



Nu is de overheid, in haar vele gedaanten, ook geen lieverdje. Als private contractspartij krijg je heel wat voor de kiezen, dat je maar voor lief te nemen hebt. Mijn vroegere collega Van Haersolte, die rechtsfilosofie doceerde toe ik hier kwam, is als rechtgeaard Hegeliaan gepromoveerd op het boek: *De Staat als zuivere vorm des mensen*'. Ik denk niet dat onze staat die status al bereikt heeft. De kranten hebben de laatste jaren vol gestaan over de Bouwfraude. Daaruit wordt duidelijk dat aannemers boeven zijn; de krantenlezer wil dat graag geloven (evenals het Kamerlid), maar dat de overheid ook een boef is, wordt er nooit bij gezegd. Ik kan er een dozijn sprekende voorbeelden daarvan geven, uit eigen ervaring, waarbij soms schadeposten van tientallen miljoenen aan de orde zijn. Is het dan vreemd dat aannemers de overheid als opdrachtgever willen terugpakken, daarmee eerdere verliezen goedmakend, die afgedwongen werden? Ik heb daar een paar jaar geleden op de Vereniging voor Bouwrecht de aandacht voor gevraagd, met een paar voorbeelden.³³

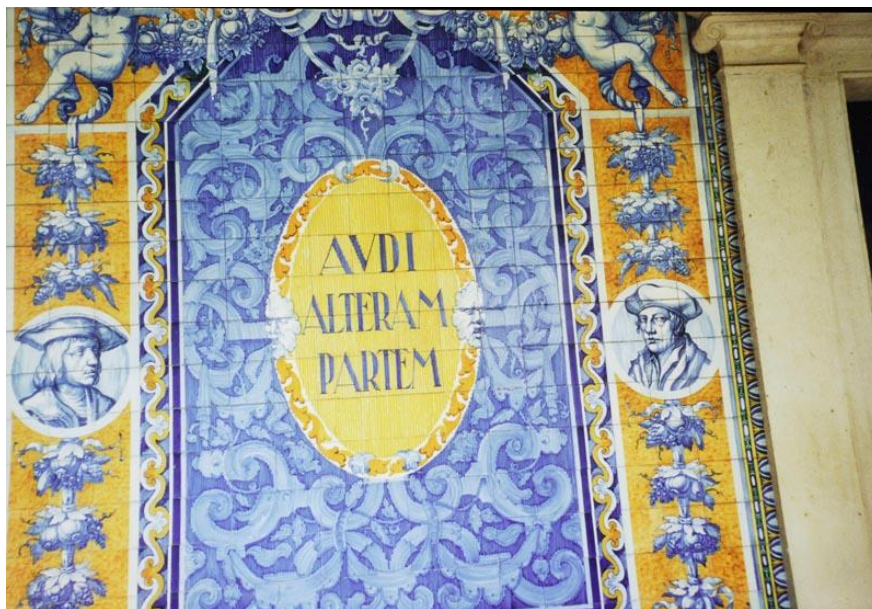
Nog een kanttekening. Wat het uitsluitend afgaan op de tekst van een overeenkomst zo Weltfremd maakt, is dat de opsteller van die tekst, degene die het geschreven heeft, ooit getracht heeft om een verhaal dat hem door één of beide partijen verteld werd, en dat hij soms maar half begreep, op papier te zetten, in juridische taal. Als dat een jurist was, is de kans groot dat hij geen of weinig sjoege had van de technische en commerciële achtergronden van het verhaal dat hij aan het papier moest toevertrouwen, althans de finesses niet kende of begreep. Wanneer dat een techneut was, met enige ervaring in contracten schrijven, is er weer de kans dat hij het juridische jargon naar beste kunnen gebruikte om een technisch of commercieel verhaal vorm te geven. Ook dat is behelpen. In beide gevallen is het gaan hangen op de tekst van het contract, de letter boven de geest laten gaan, vragen om problemen. Het is meestal zo dat de partij die dat doet, een groot zakelijk voordeel heeft bij de letterlijke lezing van de tekst, en dat *à tort et travers* tracht door te drukken. Er is

³³ Zie Bijdrage debat preadvies Ver. v. Bouwrecht 2003, BR 2004, p.469.

altijd wel een advocaat te vinden die daarbij behulpzaam wil zijn, en de dikke Van Dale uit de kast haalt.

Maar als er een bedrijfsjurist aan de gang geweest is met het ‘draften’ van het contract, dan is dat toch anders?, zal men denken. Dat is betrekkelijk; heel vaak komt de bedrijfsjurist er pas aan te pas wanneer de afdeling marketing, de commerciële jongens die de ‘deal’ doen, klaar zijn met onderhandelen, of vrijwel klaar en er een concept-contract op tafel ligt. De ‘closing’ staat eraan te komen, en de juristen (*in house counsel*, of extern) mogen er nog naar kijken, maar moeten er het liefst met de handen van af blijven. Zij komen dus vaak als mosterd na de maaltijd. Dan probeert men er toch nog wat aan te repareren, als er juridische mankementen gesignaleerd worden, hetgeen per definitie lapwerk wordt, met alle problemen van dien, wanneer later de uitleg van zo’n contract aan de orde is.

Soms zat er een knik in de onderhandelingen, en moest met haastwerk het contract afgeraffeld worden, en dan ligt een misslag om de hoek. Wij kennen het voorbeeld van de verkoper van een pand, het restaurant Dorrius in Amsterdam, die de dag voor het transport bij de notaris, hem opbelt en zegt dat hij van gedachten veranderd is, en de kok op de bovenste verdieping mag blijven wonen, in huur. Geen probleem, zegt de notaris, dat passen wij morgen wel even aan. Dat gebeurt, maar men heeft een bepaalde clause over het hoofd gezien bij de aanpassing. Geldt dan de letterlijke tekst van die bepaling? Dat zou geen redelijke uitleg zijn, oordeelde de hoge raad in 1951.³⁴



Een prachtig voorbeeld hiervan hoorde ik een keer op een congres. De discussie ging over een recent arrest van het Court of Appeal in Londen, over de uitleg van een contract over de bouw van een supermarkt, ik meen in Nigeria. Er werd heel wat heen en weer gepraat, geleerde sprekers en zo, over het contract en de uitleg die de engelse rechter aan enkele op het oog tegenstrijdige bepalingen gegeven had. Toen nam iemand uit de zaal het woord, en zei dat hij wel een en ander kon toelichten, omdat hij het contract opgesteld had. Dat was zo gegaan, hij was net getrouwd, het was zaterdag, en hij ging met zijn vrouw naar het huis kijken dat ze wilden kopen. Hij had nog wel een tas met werk meegenomen, want hij kon nog gebeld worden – u kent dat

³⁴ HR 13 april 1951, *NJ* 1952, 76, nt PhANH; zie mijn *Verbintenissenrecht I*, p.150.

wel. Inderdaad, de telefoon gaat, en onze advocaat zit op de kale houten vloer, en moet de laatste onderhandelingen voeren over het contract. Het duurt een beetje lang, te lang: ze zouden samen een entente hebben om de koop van het huis te vieren. Dan schuift zijn vrouw hem een briefje toe met de tekst: ‘It is dine or divorce!’’. Hij begrijpt de wenk – advocaten zijn vaak snel van begrip – en dicteert dan door de telefoon *in staccato* welke clausules geschrapt moeten worden en welke blijven staan. Dan gaat hij feestelijk dineren met zijn vrouw; het huwelijk is gered, maar het contract blijkt later wat merkwaardig van opbouw te zijn ...

De hoge raad heeft de laatste decennia laten merken dat niet alleen bij de uitleg van overeenkomsten, maar bij uitleg van huwelijkse voorwaarden en testamenten, waar formele vereisten, rechtszekerheid e.d., zwaarder tellen dan bij een onderhands contract, het ‘verhaal’ achter de tekst van groot gewicht is bij de uitleg. ‘Geen tekst zonder context’, noemde ik dat eens; ik zie die uitdrukking tegenwoordig in de literatuur langskomen. Waar de hoge raad ooit een uitzondering maakte voor CAO-overeenkomsten, die een meer wettelijke karakter hebben, is hij recentelijk op die weg teruggekeerd, met het *Fox*-arrest, van 2004.³⁵ Gelukkig maar, dat is niet echt uit te leggen, wanneer men weet dat de raad bij wetsuitleg regelmatig de term ‘redelijke wetsuitleg’ gehanteerd heeft. Dat gebeurde de laatste halve eeuw vooral wanneer er een totaal onverwachte uitleg aan de wet gegeven werd. Insiders hebben erop gewezen dat zo’n CAO-tekst tot stand komt als koehandel, in rokerige kamers, waarbij in de kleine uren compromissen gesloten moeten worden. Geen teksten om u tegen te zeggen; net wetgeving dus.

9. Zienswijzen bij wetsuitleg. Recht en conservatisme

Nog een paar voorbeelden, hoe de taallist juristen bij uitleg parten speelt, ook bij wetsuitleg. In de 19^e eeuw was het gangbaar om de overeenkomst te zien als een ‘wilsovereenstemming’, ook wel consensus genoemd, naar men meende een romeinsrechtelijk erfgoed. Kenmerkend was, de wil is immers veranderlijk, dat een aanbod herroepelijk is, waarmee tot standkoming van een overeenkomst voorkomen kan worden. In 1875 kwam in ons land een stroming op gang die zich op het beginsel ‘belofte maakt schuld’ baseerde, een vermeend germaans erfgoed, met als belangrijkste voordeel het *onherroepelijke* aanbod. Dat werd gezien als een eis van het handelsverkeer. Zo werd de ‘vertrouwensleer’ geboren, want het begrip ‘wil’ werd door het begrip ‘vertrouwen’ vervangen. Dat gebeurde merkwaardigerwijze tegelijkertijd, in 1875, in heel West-Europa: in Frankrijk ‘la confiance légitime’, in Duitsland de ‘Vertrauenslehre’ (ook wel ‘Erklärungstheorie’ genoemd (in ons land ten onrechte als een aparte theorie opgevat), in Scandinavië de ‘Løftetheorie’ (daar vindt men de belofte weer terug). Deze *vertrouwensleer* werd toegepast tot standkoming van de overeenkomst (aanbod en aanvaarding), maar ook op verwante onderwerpen als de uitleg ervan en het volmachtbegrip (vertegenwoordiging).

Ik heb mij beijverd om deze historie grotere bekendheid te geven.³⁶ De vertrouwensleer doordenkend, door mij indertijd ‘toerekeningsleer’ genoemd, komt

³⁵ HR 20 febr. 2004, *NJ* 2005, 493, nt P.; zie mijn *Verbintenissenrecht I*, p.182.

³⁶ Zie reeds: *Normatieve uitleg*, diss. Leiden 1971, pp.305 v. (Nederland), 390 v. (Duitsland), 414 v. (Scandinavië), 417 v. (Frankrijk). Vgl. ook: De overeenkomst: de neushoorn in het privaatrecht?, *NJB* 1980, p.668; VPO *Normatief Uitgelegd*, 2006, p.85, op p.90, en mijn *Verbintenissenrecht I*, p.8.

men vanzelf tot aanvaardig van aanbod en aanvaarding, niet als onzelfstandige onderdelen van een als consensus, ‘wilsovereenstemming’ gedachte grondslag van de overeenkomst, maar als twee eenzijdige rechtshandelingen. In het nieuwe Burgerlijk Wetboek is die gedachte overgenomen; in het Ontwerp-Meijers was de consensus-figuur al verlaten, hetgeen door de hoge raad eveneens aanvaard werd in de jaren '60, maar dat heeft weinig de aandacht getrokken. In het Gewijzigd Ontwerp van 1976 verscheen een nieuw artikel, dat nu als art. 6:217, lid 2 BW bekend is, waarin aan aanbod en aanvaarding een zelfstandige functie gegeven wordt. Dat betekent echter niet dat in de literatuur afstand genomen is van de consensus-gedachte, men spreekt nog vrolijk over ‘wilsovereenstemming’ als voorwaarde voor het ontstaan van een overeenkomst, alsof er niets gebeurd is. Het wordt studenten nog steeds met de paplepel toegediend.³⁷

Juristen zijn nu eenmaal, van huis uit, een oer-conservatieve beroepsgroep. ‘Onderzoek alles, maar behoud het oude’, lijkt het wel.

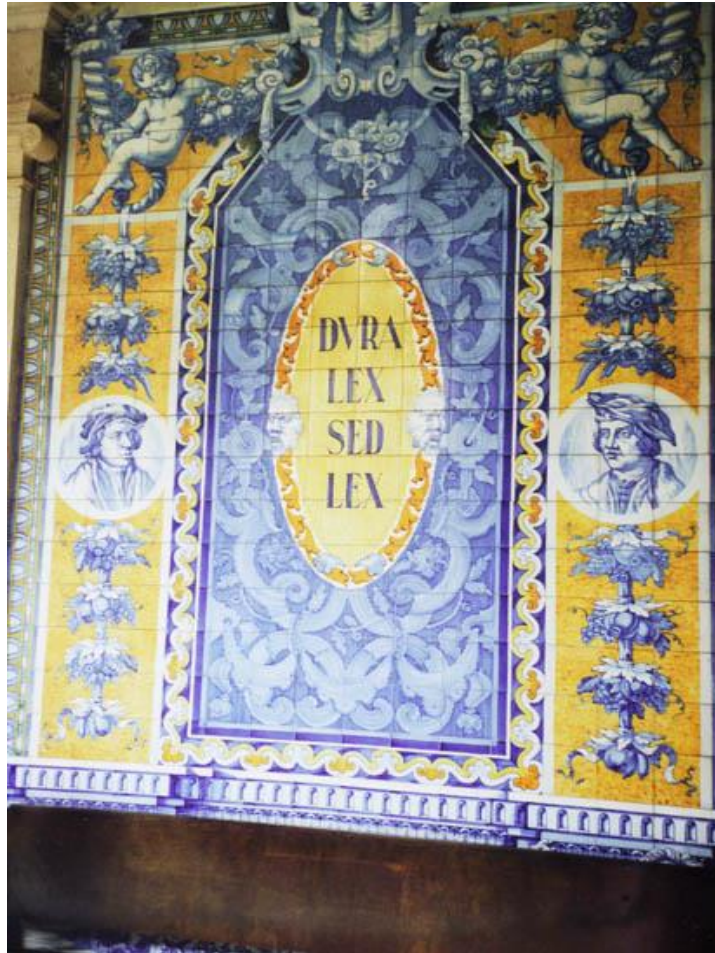
Tot de vele schrijvers die in de vorige eeuw het beginsel van de goede trouw serieus genomen hebben, behoort ook Eggens. In zijn meergenoemde Diesrede uit 1941 noemt hij de goede trouw

‘het primaire gebod in het recht, zò dat dit de wettelijke normen niet alleen aanvult, waar deze zwijgen, maar deze ook doordringt, er de kern van is, zoals het contractuele bepalingen niet alleen aanvult, maar doordringt’ (p.79).

Enkele jaren later zal Eggens zijn bekende artikel: ‘Een man een man, een woord een woord’ schrijven, in de Suijling-bundel, de promotor van hem, evenals van mijn vader (in 1915).³⁸ In dezelfde passage uit 1941 geeft Eggens nog een goede raad aan Meijers, over de te aanvaarden grondslag van de overeenkomst. Meijers ziet het (primair) bindende moment in het sluiten van een overeenkomst in de (eenzijdige, subjektieve, abstrakte) wil van ieder der partijen afzonderlijk, in plaats van in “het gegeven woord”, in hetgeen partijen krachtens haar houding en verklaringen jegens elkaar, te goeder trouw gezamenlijk behoren te willen’. Dat standpunt van Meijers dateert uit 1921; ‘wellicht mogen we de daar verdedigde (wijsgerig: onontwikkelde) opvatting als thans overwonnen beschouwen’, zegt Eggens opgewekt.

³⁷ Zie mijn *Verbintenissenrecht 1*, p.29 v.

³⁸ Over dat artikel, en de betekenis van Eggens, als door Hegel (via Telders) geïnspireerd denker, zie mijn artikel: Nederlandse juristen in de ban van Hegel, in: *Hegel omstreden. Boedelscheiding na 150 jaar*, Bussum 1983; ook verschenen in *De dialektiek van rechtsvinding en rechtsvorming, Deel 1A*, p.134. Zie ook: *Recht en dialektiek. Of: de uitzondering die de regel bevestigt*, preadvies Ver.v.Wijsbegeerte des rechts 1985; VPO *Normatief Uitgelegd*, 2006, p.752, op p.771.



Over dat conservatisme dat de jurist zo kenmerkt, nog een paar opmerkingen. Von Savigny en Von Jhering hebben zich bezig gehouden met de gewoonte in de doctrine om oude begrippen te handhaven, en van een nieuwe inhoud te voorzien, die vaak weinig meer uitstaande had met het oorspronkelijke begrip, hetgeen door hen als fictie verworpen werd. Ik heb in dit verband al eens eerder, en wel in mijn Diesrede van 1987, gewezen op de bijdrage van Lon Fuller op dit terrein, die vier vormen van conservatisme onderscheiden heeft:

1. conservatisme of policy;
2. emotionaal conservatisme;
3. conservatisme of convenience;
4. intellectueel conservatisme.³⁹

Dat demonstreert Fuller, en dat is op zo'n dag als vandaag zo'n toepasselijk beeld, aan de hand van een jurk, een avondjurk voor een dame. Deze dame, al op wat oudere leeftijd, wordt met haar man voor een bal uitgenodigd. Haar enige avondjurk is al een paar jaar oud, wat te doen, een nieuwe jurk kopen? Het dilemma van deze dame illustreert de vier vormen van conservatisme. Wat kan zij doen?

³⁹ Zie: *De magie van het woord*, Diesrede EUR 1987; ook in: *De dialectiek van rechtsvinding en rechtsvorming*, IC, 1988, p.125, op p.160 v.; VPO *Normatief Uitgelegd*, 2006, p.776, op p.804 v.

1. zij kan denken 'gezien de positie van mijn man (notabel), is het wel deftig om in een wat oudere robe te verschijnen' (politiek conservatisme);
2. zij kan zich willen distantiëren van de jongere vrouwen, in hun post-moderne kleding, blote ruggen - om van decolleté's maar te zwijgen - en dus in oude jurk komen (emotioneel conservatisme);
3. zij kan geen zin hebben om voor een nieuwe jurk te gaan winkelen, helemaal naar Den Haag of Amsterdam (conservatisme uit gemakzucht);
4. zij kan tenslotte denken dat ze ècht niet weet wat momenteel mode is, met haar oude jurk kan ze nooit fout zitten (intellectueel conservatisme).

Dit moet te volgen zijn, ook voor mannen. Daarom is het recht dus zo behoudend, en blijven begrippen als 'wilsgebrek', 'wilsovereenstemming', e.d., in de doctrine bestaan.

Conservatisme, is mijn filosofie, is doorgaans gebaseerd op gebrek aan informatie. Orthodoxie is gebaseerd op het gebrek aan de behoefte naar informatie. Er lopen dus nogal wat juristen in het zwart gekleed rond, in onze vaderlandse polders. Laatst is er door Stolker nog op gewezen dat in ons land het debat, de discussie met anders denkenden geschuwd wordt. Inderdaad zoekt men alleen gelijk gestemde zielen op, die vlijtig geciteerd worden. Dat is niet gezond; een vorm van *paraciteren*, zou ik dat willen noemen. Vranken observeerde kort geleden ook dat de meeste studieboeken geen wetenschappelijk gehalte hebben. Fatsoenlijk armoede dus, in juridisch Nederland.

Ik wil het daar verder niet over hebben, dat kan tot zwaarmoedigheid leiden, althans bij degenen die minder sanguinisch aangelegd zijn dan ik. Ik zal het ook niet hebben over vergelijkbare, dinosaurus-begrippen uit het aangrenzende terrein van het onrechtmatige daadsrecht, in het bijzonder aansprakelijkheidsrecht. Soortgelijke, zwaarmoedige verhalen zijn namelijk te vertellen over een begrip als 'schuld', het ontstaan van de 'gevaarzettingsleer' (of 'risikoleer') rond 1880, in 1913 op de NJV-vergadering van die benaming voorzien. Een leer die nog steeds in de meeste studieboeken en handboeken niet gehaald heeft. Het was natuurlijk niets voor de Asser-serie. Het zijn vaak golfbewegingen, men probeert tegenwoordig, ik zie dat bij mijn jongere collega's - wat zeg ik: oud-collega's - het causaliteitsbegrip weer terug te brengen naar de tijd van vòòr het jaar 1928 (of eigenblijk: 1902): *conditio sine qua non* als drempel- of minimumvereiste (ingefluisterd door de verzekeraars). Wij hebben het hier over het natuurwetenschappelijk oorzakelijk verband. Het 'conditio sine qua nonnen-koor', noemde ik dat eens. Terug naar Von Buri, de grondlegger van CSQN in 1880, in wiens tijd de natuurkunde er wat anders uitzag dan nu. Niels Bohr en Einstein zaten nog op de lagere school, denk ik.

Het begrip 'relativiteit', een anachronisme uit de jaren '20 (toen al), is ook weer afgestoft, en weer terug van weggeweest. Handig om aansprakelijkheden te beperken, Amerikaanse toestanden, en zo. Wanneer men naar voren brengt dat beide begrippen in het nieuwe BW anders geregeld zijn, indien men verder kijkt dan de neus lang is, en die niet alleen op de wettekst legt, maar ook de Toelichting erbij neemt, is dat tot dovemansoren gesproken. Geen nieuws is goed nieuws. Het is verbazend hoe door juristen van een jongere generatie geschreven wordt over deze onderwerpen zonder enige kennis te nemen van een discussie die al een kleine eeuw hierover gevoerd

wordt, zonder ook erop acht te slaan wat men in omringende landen voorstaat op dit terrein.⁴⁰ Een rechtsvolk dat zijn verleden niet kent, heeft geen toekomst.

Nieuwe wetgeving leidt tot overdreven eerbied voor de tekst van de wet, rechtspositivisme dus. De regeling bij wanprestatie, voor verzuim, is notoor ingewikkeld en al voor invoering als onbegrijpelijk aangemerkt, ook door voorstanders van de hercodificatie als Vranken. In de meeste studieboeken en commentaren wordt die afdeling braaf, op de voet gevolgd in onhanteerbare onderscheidingen. Mooie multiple-choice vragen over te maken! De hoge raad heeft gelukkig in 2000 een arrest gewezen waarbij de regeling terug gebracht is tot regelend recht, en niet bindend, in de *Rowi parket* zaak, aan de rotterdamse rechtbank begonnen. Ook op verwante terreinen is de reparatie door rechtersrecht in volle gang, en worden defekten verholpen. Ik noem slechts het gebruik van ‘tijdelijke onmogelijkheid’, om debiteuren in de knel hulp te bieden.⁴¹ De rechtszekerheid die het nieuwe wetboek moest gaan bieden, ter vervanging van het oude BW is ver zoek, zo kan men constateren. Het was dan ook een heel naïeve gedachte van de ontwerpers.

Eerbied voor de wet bij haar toepassing roept het bekende beeld op dat verbonden is aan Montesquieu, de grote man van de scheiding der machten, de Trias: de rechter als ‘bouche de la loi’. De rechter moet gewoon de tekst van de wet uitspreken, op mechanische wijze, alsof hij een buikspreekpop is. Dit is echter een volkomen vertekend beeld; ik heb een aantal jaren geleden een bijdrage geleverd om dat beeld te corrigeren, met weinig succes ben ik bang.⁴² De passage komt uit het beroemde boek van Montesquieu, *De l’esprit des lois* (1748), het is direkt al heel onwaarschijnlijk dat in een boek met zo’n titel, ‘Over de geest van de wetten’, de auteur een mechanische toepassing van de wet voor zou staan. Dat is ook niet zo; het beeld van de ‘bouche de la loi’, het ‘mondstuk van de wet’, is een metafoor, die enige tijd later niet meer begrepen werd, en dus tot een ‘dode metafoor’ geworden is. Het gaat terug op het beeld van de ‘lex loquens’, de sprekende wet (al naar Cicero), hetgeen later de ‘rex loquens’ werd, de koning die de sprekende wet is.

In het beeld van ‘bouche de la loi’ is ‘loi’ niet het door de koning vastgestelde wettenrecht (dat zou ‘droit’ zijn), maar de wet gezien als het recht dat alle volkeren op aarde regeert, als ‘la raison humaine’. Als de rechter daarvan het mondstuk is, van dat recht, moet hij per definitie naar *de geest* van dat recht rechtspreken. Daarmee is ‘de scheiding der machten’, die tot vandaag de dag de grondslag van het rechtssysteem is, in een geheel ander licht gesteld en is dat concept in overeenstemming met hetgeen later door grote rechtsfilosofen van hegeliase snit betoogd zal worden.

Als gevolg van de heersende censuur die de franse koning ingesteld had, was het ondenkbaar dat Montesquieu zijn denkbeelden open en bloot verkondigd zou hebben. In het franse staatsbestel van die tijd stond de koning aan het hoofd van zowel de wetgevende, rechtsprekende als de besturende macht. Zo kon men bijvoorbeeld

⁴⁰ Zie mijn *Verbintenissenrecht 2*, 5^e dr., 2004, p.257 v. ; met name: p.267 v.; vgl. ook reeds: *NJB* 1994, p.1538.

⁴¹ HR 6 okt. 2000, *NJ* 691; vgl. mijn *Verbintenissenrecht 1*, p.624, en voor de verdere ontwikkelingen: p.625 v., inzake de arresten *Van Bommel – Ruijgrok* (1997) en *Kinheim – Pelders* (2000).

⁴² Zie: Montesquieu revisited. The balance of power between the legislature and the judiciary in a national – international legal context, *Rechtstheorie, Beiheft 15*, 1993, Proceedings IVR Conference, Reykjavik, Iceland, p.451. Opgenomen in mijn *Selected Essays*, 2006, p.329.

indien men tegen een uitspraak van een rechterlijke instantie bezwaren had een direkt beroep doen op het gezag van de koning als hoogste rechter; deze reisde dan af naar de rechtbank in kwestie, Bordeaux bijvoorbeeld (waar Montesquieu rechter was, een functie die hij van een oom geërfd had) en dan werd de gehele procedure over gedaan, met de koning als rechter, het zogenaamde *lit de justice*. Verwarrend is dat in die tijd de rechtbank ‘parlement’ heette; ook dat is een aardige demonstratie van een stelsel dat nog geen scheiding der machten kent.

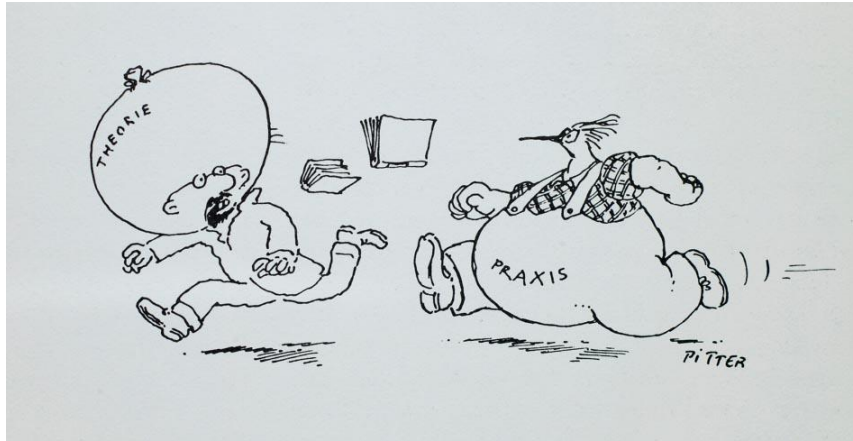
Montesquieu had dus een goede reden om een metafoor te gebruiken om zijn zienswijze te vertolken, de figuur van ‘bouche de la loi’, de sprekende wet, een metafoor die in die tijd door een ieder verstaan werd. Goede verstaanders hebben altijd al maar een half woord nodig. Indien Montesquieu man en paard genoemd zou hebben, had hij zijn bezoek aan de salons in Parijs, waar hij een geziene gast was, wel kunnen vergeten. Die prijs wilde hij echter niet betalen.

Wat men in de 19e eeuw van de figuur van ‘bouche de la loi’ gemaakt heeft, hetgeen nog steeds in bijna alle studieboeken staat, is dus een karikatuur van hetgeen Montesquieu in werkelijkheid gezegd heeft. Het is ook levensgevaarlijk om de wet letterlijk uit te spreken, ‘black letter law’, als men weet hoe een wet tot stand komt, een koehandel tussen allerlei belangengroepen, in een wirwar van amendementen. Het woord van Bismarck, zelf een groot wetgever (de eerste sociale wetgeving in Europa werd door hem in Duitsland tot stand gebracht) komt hierbij boven: ‘men moet niet toezien bij het maken van worsten en wetten, anders wordt men misselijk’.

Daar gaan wij het dus niet over hebben. Waar wel over? Ik wilde eerst nog een opmerking maken, een anekdote over de selectie van rechters of arbiters door partijen, waarbij rekening gehouden wordt met hun rechtskennis, en het gebruik ervan.

Ik had eens een artikel geschreven over bedrijfsovernames – ‘corporate take-overs’ in het jargon - en dwalingsakties, in een nijmegenese bundel - voor insiders: de *Hoog-Catharijne* problematiek.⁴³ Kort daarop werd ik voor een arbitrage gevraagd die over een bedrijfsovername ging, met een hoog *Hoog Catharijne*-gehalte. Ik dacht toen: ‘Zo zie je weer eens, Jan, dat je toch niet alleen maar voor de vaak schrijft, dat wil zeggen, alleen voor je eigen plezier. De praktijk leest het!’ De mondelinge behandeling in de arbitrage komt, er wordt uitvoerig gepleit, ik had mij goed voorbereid, en alles weer paraat over *Hoog Catharijne*. Waar wordt niet over gesproken: over de *Hoog Catharijne*-problematiek! De partij die geen belang bij dat arrest had, noemde het terloops, maar de tegenpartij had er in alle talen over gezwegen. Van die dingen.

⁴³ HR 22 dec. 1995, NJ 1996, 300, *ABP c.s. – FGH en Breevast*, waarover mijn artikel: Onderzoeks- en spreekplichten bij bedrijfsovername. Hoe ‘due’ is ‘due diligence’ sinds Hoog Catharijne?, in: *Onderneming en 5 jaar nieuw burgerlijk recht*, red. S.C.J.J. Kortmann c.s., Kluwer, Deventer, 1997; opgenomen in: *VPO Normatief Uitgelegd*, 2006, p.338. Vgl. ook: *Verbintenissenrecht 1*, p.186 v.



Dat brengt mij op een oud punt, oud zeer wellicht: wat is erger, een academicus die de praktijk niet kent?, of een practicus die de theorie niet kent? Een *prisoner's dilemma* waar we niet uit zullen komen, althans niet vandaag. In beide gevallen kunnen de gevolgen desastreus zijn; in beide gevallen hoeft het niet opgemerkt te worden, indien men maar in hetzelfde gezelschap verkeert, en dat is vaak een eigen keus. De praktijk heeft zo zijn eigen dynamiek, met name de advocatuur; het gevoel voor commercie trekt niet altijd het meer studieuze type.

10. Belofte maakt schuld. De betekenis in het recht van 'vertrouwen'

Ik wilde nog een tweede blik op de vertrouwensleer werpen. Daarbij stond zoals gezegd de figuur van de belofte centraal. Het woord 'beloven', heeft net als het woord 'geloven' als wortel: 'loven', hetgeen terug gaat op 'liefhebben'. Het lijkt de keerzijde van 'vertrouwen' te zijn, en het begrip 'trouw', dat wij in de term 'goede trouw' ook kennen. Een betrouwbare contractspartij is een 'bona fide' partij, waarin wij de *bona fides*, de goede trouw in herkennen.

Het is opvallend dat Scholten bij het aanvaarden van de belofte, en de trouw aan het geven woord als grondslag van de overeenkomst (in zijn *Algemeen Deel*), daarbij volstaat met op het karakter van de belofte te wijzen. 'Een samenleving is alleen mogelijk indien de ene mens het woord van de ander kan vertrouwen'. Er is geen nadere verklaring voor te geven, schrijft hij, dan dat 'het contract bindt omdat het belofte is, gelijk de wet, omdat zij bevel is van de wetgever. Niet in de inhoud, doch in de oorsprong van de contractuele verklaring ligt haar rechtskarakter ... dat een belofte bindt is tenslotte niet anders te verklaren dan uit het feit dat zij belofte is'.⁴⁴

Dat komen wij in Goethes *Faust* ook al tegen. Dr Faust – op het titelblad afgebeeld, naar de beroemde ets van Rembrandt, toevallig kort voor het uitspreken van deze rede bij Sotheby's geveild - gaat met de duivel, Mephistofiles, een weddenschap aan, zoals de laatste dat eerder met God deed in de Proloog (dat hij een godsvruchtig mens als Faust zou kunnen verleiden tot kwaad). Dan ontstaat een discussie hoe dat te bekrachtigen; Faust acht zijn gegeven woord voldoende, maar dan heeft hij buiten de duivel gerekend (van alle markten thuis), die wil dat op schrift gezet zien, en met een druppel bloed bezegeld. Faust vaart dan tegen hem uit:

⁴⁴ T.a.p., p.25; aangehaald in mijn *Verbintenissenrecht I*, p.25. Scholten lijkt behalve bij de nederlandse 'vertrouwensleer' die in 1875 ontstond, vooral ook aan te sluiten bij de skandinavische 'Lofte-theorie (belofte-theorie).

Auch was Geschriebnes forderst du Pedant?
 Hast du noch keinen Mann, nicht Manneswort gekannt?
 Ists nicht genug, dass mein gesprochenes Wort
 Auf ewig soll mit meinen Tagen schalten?
 Rast nicht die Welt in allen Strömen fort,
 und mich soll ein Versprechen halten?
 Doch dieser Wahn ist uns ins Herz gelegt,
 wer mag sich gern davon befreien?

Hieruit ziet men dat het zich aan zijn woord houden, bij de mens heel diep zit, en niet direkt verklaarbaar is. Een ‘waan die in ons hart gelegen is’. ‘Beloofd is beloofd’, hoe vaak heeft men dat niet een kind horen zeggen, als ouder? De term ‘waan’ is treffend: de gebondenheid kan ook doorslaan, immers: ‘jeder Konsequenz führt zum Teufel’ (dat heeft Dr Faust aan den lijve moeten ondervinden). Dan wordt waan tot waanzinnig. De stelling ‘contract is contract’, het onbuigzame standpunt dat de overeenkomst ongewijzigd uitgevoerd moet worden, onder alle omstandigheden, is zo’n extreem doorgevoerde consequentie. Onze hoge raad deed dat in 1926, met het beruchte *Sarong*-arrest, en vele uitspraken die erop gevolgd zijn, met als topper het *Mark is Mark*-arrest van 1931, waarin met ijzeren hand de astronomische geldontwaarding in Duitsland niet als voldoende grond voor aanpassing van een contract gezien werd. De duitse Mark was toen slechts een fractie van de oorspronkelijke waarde. Een haagse dame had in 1911 DM 125.000 geleend aan een duitse debiteur; zij kreeg in 1924 als gevolg van de geldontwaarding daarvoor (koers: 1 biljoen oude M. voor 1 nieuwe M.), omgerekend, 1/100.000 cent terug. Die tijd ligt gelukkig ver achter ons, heel juridisch Nederland viel toen over de hoge raad heen; het heeft echter nog tot de jaren ’70 geduurd voor de hoogste rechter omging, hetgeen nu in het nieuwe BW vastgelegd is.⁴⁵

Met name bij contracten van lange duur (duurovereenkomsten) komt aan de rechtsverhouding van partijen bijzondere betekenis toe. Zo’n contract lijkt meer op een maatschapsovereenkomst (een samenwerking gericht op het maken van winst) dan op een gewoon contract. In de eerste situatie is het ‘samen uit, samen thuis’ een goede typering. In de bouwwereld zijn vele voorbeelden hiervan te vinden, ook wanneer dat fout ging, en men het toch als een gewone overeenkomst is gaan zien.

Het krampachtig vasthouden aan een gedane belofte, al kan de hemel naar beneden vallen, heeft met een bepaalde ontwikkelingsfase van het normbesef van de mens te maken. Een vrij algemeen gemaakt onderscheid in de rechtsfilosofie is dat er drie stadia van normbesef zijn: *ethics of authority*, *ethics of association* en *ethics of principle*; aldus John Rawls, Durkheim, McDougall, e.a. Op grond van empirisch onderzoek (spelregels van kinderen bij het knikkeren in een aantal zwitserse dorpen) heeft de Zwitser Piaget, van huis uit bioloog, al voor de oorlog een soortgelijke driedeling vastgesteld, gekoppeld aan de morele ontwikkeling van de mens, van respectievelijk de leeftijd tot 7 à 8 jaar (I), tot 11 jaar (II) en ouder dan 11 (III). Het normbesef is daarbij gericht op respectievelijk:

- I. duidelijke, harde regels, met sankties;
- II. op afspraken gebaseerd op wederkerigheid, en ten slotte

⁴⁵ HR 2 jan. 1931, *NJ* 274, nt EMM, Zie voor het arrest en die problematiek mijn *Verbintenissenrecht* I, p.753 v.

III. op beginselen van rechtvaardigheid, gelijke behandeling, e.d.⁴⁶

‘Contract = contract’, past perfect in de eerste fase, van *law and order*. Het contract als een vorm van geven en nemen, in redelijkheid, is typisch de tweede fase, van sociale afspraken die gelden. De echt complexe rechtsvragen horen in de derde categorie thuis, waar de rechtsbeginselen de dienst uitmaken.



Het is intrigerend om dit model van Piaget, in wezen ook dat van John Rawls c.s., te combineren met de benadering van Arthur Kaufmann, wiens ‘Stufentheorie’ mij altijd zeer aangesproken heeft.⁴⁷ Kaufmann maakt een onderscheid tussen drie, hiërarchisch geordende categorieën:

1. beginsel;
2. rechtsregel;
3. beslissing.

De beslissing vloeit uit toepassing van de rechtsregel voort, maar daarbij mag je nooit de hogere norm: het beginsel, veronachtzamen.

Je mag anderzijds ook nooit de beslissing rechtstreeks uit een beginsel laten voortkomen, zonder de rechtsregel te raadplegen.

Stel dat het beginsel de trouw aan het gegeven woord is, of de billijkheid, dan is duidelijk dat pure billijkheidsrechtspraak, zonder acht te slaan op de rechtsregels (uit wet of overeenkomst) uit den boze is. Maar ook de beslissing uitsluitend uit de rechtsregels (uit wet of overeenkomst) af te leiden, zonder aan het hogere beginsel werking te geven, is eveneens verkeerd.

⁴⁶ Zie: *De magie van het woord*, Diesrede EUR 1987, t.a.p., 2006, p.819 v.

⁴⁷ Zie: *Recht en dialectiek*. Of: de uitzondering die de regel bevestigt, preadvies 1985; t.a.p., 2006, p.772 v. Bij Larenz, en andere Hegelianen, vindt men dit thema verder uitgewerkt (zie: idem).

Indien wij hier bij de grote denkers en filosofen te rade gaan, stuiten wij op Aristoteles, wiens model door Boëthius overgenomen is, een schrijver uit de 5e en 6^e eeuw na Chr., voorloper en voorbeeld van Dante, die het griekse denken voor de renaissance toegankelijk gemaakt heeft. Zijn boek ‘De vertroosting van de filosofie’ (*De consolatione philosophiae*) is een baken in het westerse denken.⁴⁸ Het leven van Boëthius vertoont overigens op allerlei punten overeenkomsten met dat van Dante (gevangenis, verbanning; de Vrouw, etc.). In de visie van Boëthius is er sprake van vier manieren van kennen:

1. door middel van zintuiglijke waarneming;
2. met het voorstellingsvermogen;
3. met het verstand;
4. met het vermogen tot het hoogste inzicht.

Nemen wij het voorbeeld van ‘de mens’. Die kun je met je ogen zien, waarnemen; je kunt hem ook met de ogen dicht voorstellen als gedaante; je kunt ook met je verstand de mens als soort kennen, vanuit het algemene gezichtpunt gezien (de ‘idee’ of ‘vorm’ bij Plato), en tenslotte kun je met een hoogste inzicht, een geestelijke blik de wezensvorm van de mens aanschouwen.⁴⁹

Nu omvat het hogere kenvermogen het lagere, maar het lagere kan zich nimmer tot het niveau van het hogere verheffen; zintuigen kunnen niets zonder materie; het verstand heeft geen vat op de wezensvorm van de mens. Daarin schuilt een punt van overeenkomst met de eerder besproken Stufen-figuur die Kaufmann voor de rechtsvinding ontwikkeld heeft.⁵⁰

Er zijn behalve met Dante, ook interessante verbindingslijnen te vinden met Goethe, de wijze waarop hij in zijn *Faust* met het thema ‘zien’ omgaat, als toegang tot de waarheid der dingen (dat boek is wel met een ‘goddelijke komedie’ vergeleken). Faust ziet in de magische spiegel een beeltenis van een schone vrouw – een liggende Venus in een landschap, naar het befaamde schilderij van Giorgione dat Goethe ooit in het museum van Dresden gezien heeft - het ideaalbeeld van de vrouw, geen

⁴⁸ Boëthius, *De vertroosting van de filosofie*, vertaling en aantekeningen R.F.M. Brouwer, Ambo-
Amsterdam, 1990 (2000). Het boek bestaat uit gesprekken met Vrouwe Filosofie, onderbroken door
gedichten over de besproken thema’s, en speelt zich af in de kerker, waarin Boethius, in ongenade
gevallen, op zijn vonnis wacht. De overeenkomst met het lot van Socrates dringt zich op, dat op
onsterfelijke wijze vastgelegd is door Plato in zijn *Phaedo*. De passage van Boëthius die hier in de tekst
aan de orde komt vindt men op p.182, V 4(p).

⁴⁹ Dit onderscheid is aan Aristoteles ontleend, die weer voortbouwde op Plato; de laatste heeft echter de
eerste twee categorieën omgedraaid. Met het hoogste inzicht (nr 4) ziet men alles in één flits van het
geestesoog, ‘wezensvormend’. Boëthius gebruikt daarvoor het woord ‘formaliter’, een neologisme; het
is ontleend aan ‘forma’, de gebruikelijke latijnse vertaling van het griekse ‘eidos’ of ‘idea’ bij Plato; het
deed ook wel dienst als vertaling van ‘ousia’, synoniem met ‘substantia’ (noot vertaler, p.254).

⁵⁰ De discussie die Boëthius met Philosophia voert, gaat over de aard van het weten (‘wat zeker is’) en
de voorzienigheid, het in de toekomst kunnen zien. Boëthius sluit aan bij Plato’s visie dat alle ware
kennis op herinnering berust (‘anamnèsis’). In dichtvorm gaat dat zo, in de eindstrofe:

‘Noch het een dus, noch ’t ander is toepasselijk op wie
naar de waarheid op zoek is: dat hij haar kent,
noch dat hij juist niets weet omtrent hetgeen hij zoekt.
Aan ’t geheel dat, herinnerd, hem bijbleef, wordt dat
wat van ’t hoog ooit geschouwde herdacht, wordt getoetst,
opdat eens met dat wat zijn geest heeft bewaard
het vergetene weer wordt verenigd’ (V 3 (m)).

Vergelijk in dit verband ook Dante, *Paradiso*, IV, 124-127.

reflectie van de spiegel, maar een beeld dat van de beschouwende Faust zelf afkomstig is, zijn visie. Een visie die het verdere boek zal beheersen.

Het onderwerp van de weddenschap met Mephistofeles was dat de laatste Faust zou dienen zo lang deze onbevredigd zou blijven bij al het wereldse dat de duivel hem zou aanbieden. De rollen zouden omgedraaid zijn wanneer Faust bij een verleiding ooit zo ver zou komen om te zeggen: ‘Werd’ ich zum *Augenblicke* sagen: Verweile doch!, du bist so schön!’ (‘Hooft ooit het ogenblik mij smeken: blijf nog, je bent zo wondermooi!’). Het woord ‘ogenblik’ in onze taal en in het Duits, betekent ‘moment’, maar ook letterlijk ‘ogenblik’. Het gaat hier om het met het oog zien van het volmaakte, absolute in de wereld, in een oogwenk. Het zal duidelijk zijn dat Mephisto op een ander kennisniveau zit bij deze weddenschap, en geld, macht, mooie vrouwen als basis ziet voor ultieme momenten.⁵¹

Een soortgelijk cruciaal moment in het boek doet zich voor in de passage ‘Anmutige Gegend’ (Lieflijk landschap; 2^e Deel, 1^e akte), waar Faust een dramatische zonsopgang aanschouwt, in een overweldigende natuur, met waterval, regenboog, en al. Ariël, de luchtgeest uit Shakespeares *The Tempest* – zijn laatste stuk, gewijd aan het thema Tijd (en Vergeving) - leidt als een soort ceremoniemeester de scène in, die wel wordt gezien als de kern en het keerpunt van het boek. Faust heeft op dat moment zicht op het menselijk bestaan als onderdeel van de overweldigende natuur, en komt tot een begrip ervan dat boven die natuur uitstijgt, voorbij alle kennis en inzicht.⁵² Wanneer in prachtige taal de wisselwerking tussen water, lucht en licht beschreven wordt, die leidt tot de regenboog die ontstaat, komt Faust tot tenslotte tot de observatie:

*Der spiegelt ab das menschliche Bestreben.
Ihm sinne nach, und du begreifst genauer:
Am farbigen Abglanz haben wir das Leben.*⁵³

11. Recht en liefde

Terug naar de wortel van trouw: *liefde*. In het engelse recht kent men het beginsel van ‘good faith’ ook, maar spreekt men liever van de ‘reasonable man of business’ als maatstaf. Het onrechtmatige daadsrecht is echter met nadruk op de naastenliefde

⁵¹ Verhelderend hierover is: *The Cambridge Companion to Goethe*, L. Sharpe, Ed., waarin: Jane K. Brown, Faust, p.84, op p.96. Vgl. ook: *Johann Wolfgang von Goethe, Faust. A Tragedy*, transl. W. Arndt; C. Hamlin, Ed., A Norton Critical Edition, Norton & Co., NY/London, 2nd ed., 2001, p.364.

⁵² Hier zijn veel punten van overeenkomst met het slot van Dantes *Divina commedia*, de apotheose aan het eind van deel III, *Paradiso*. Zie Canto 33, 108-145: cirkels die als regenbogen reflecteren, het zien dat de beschouwer zelf deed veranderen, het geestesoog dat door een bliksemschicht getroffen werd, etc.

De regenboog is een oud beeld: in het verhaal in het boek Genesis staat het voor het verbond van God met de mens, na de zondvloed (Genesis 9: 12 v.).

⁵³ Zie: *Cambridge Companion*, p.98; Norton Edition, p.392 v. ‘Das Ewig-Weibliche’, waarmee de Faust eindigt, moet men in het licht van het bovenstaande zien, dus in relatie tot: ‘das Unzulängliche’ en ‘das Unbeschreibliche’. De beroemde slotstrofen, van het Chorus Mysticus, laat ik hier volgen, voor de liefhebber (letterlijk en figuurlijk):

Alles vergängliche / Ist nur ein Gleichnis;
Das Unzulängliche, / Hier wirds Ereignis;
Das Unbeschreibliche, / Hier ist getan;
Das Ewig-Weibliche / Zieht uns hinan.

Zie hierover: Norton Edition, p.489 v.

gebaseerd, in de beroemde uitspraak van Lord Atkin in 1932, in *Donoghue v Stevenson* (de slak in het bierflesje). Bij is ons dat *Lindenbaum – Cohen* van 1919, waarbij de ‘maatschappelijke zorgvuldigheid’ gelanceerd werd. In common law recht gaat het om de *duty of care*, en die is tot de *neighbour*, de naaste gericht. Bij het zoeken naar het causale verband is dan de vraag: ‘*Who is my neighbour?*’ De Amerikanen, altijd wat direkt in hun uitspraken, noemen dit de ‘New Testament doctrine’, daarbij denkend aan de Bergrede uit de bijbel. Op het continent heeft voor velen Hegels denken de bijbel vervangen (Scholten noemde dat al als alternatief); in ons land waren dat vooral Telders en Eggens die Hegels uitspraak: ‘Sei eine Person und respektiere die anderen als Personen’ (‘wees persoon en behandel de anderen als persoon’) serieus genomen hebben.⁵⁴ Via hun leerlingen, ik noem slechts Pitlo en Schoordijk, heeft die zienswijze grote invloed gehad op de rechtsontwikkeling van na de oorlog.

Het is natuurlijk tamelijk *soft* om over recht en liefde te praten, ik ben ook geen hoogleraar privaatrecht meer, sinds kort, het kan nu. Het doet mij denken aan een rechtsfilosofisch congres in de VS in de jaren ’80 waar een Amerikaanse collega dat thema behandelde, aan de hand van een gedicht van W.H. Auden, *Law Like Love*. De spreker had ook wat schroom bij dit thema, en had zijn paper tevoren aan een bevriende advocaat laten lezen. Diens reactie was heel positief: ‘Yeah, Law Like Love. You go to court, and get screwed!’ Advokaten kunnen soms zo grof zijn. Het gedicht is heel mooi, maar te lang om hier weer te geven; het zal als Bijlage in druk worden opgenomen; de dichter zegt aan het slot, heel timide, waarom zijn inziens het recht op liefde gelijk:

Like love we don’t know where or why,
like love we can’t compel or fly,
like love we often weep,
like love we seldom keep.⁵⁵

Ik denk dus dat het wel kan, spreken over ‘recht en liefde’. Wij praten toch ook over recht en ethiek, bedrijven en ethiek, daar zijn zelfs cursussen in. Dat was toch tien jaar geleden ondenkbaar! *Recht en liefde*, dus. Waar ken ik dat ook weer van? Scholten heeft een artikel met die titel geschreven, in 1917, in zijn *Verzamelde Geschriften* opgenomen.⁵⁶ Ik heb het weer eens herlezen; het is nog steeds leerzaam, vooral het onderscheid dat hij aanbrengt tussen drie gebieden: *recht*, *gerechtigheid* en *liefde*.

In Scholtens visie is *het recht* een macht, een ordening; het is een poging tot gerechtigheid. Het is gebonden aan feiten, historie; het moet worden geformuleerd, vastgelegd in scherp omliggende begrippen en regels, en reeds daarom kan het niet altijd rechtvaardig zijn. Recht vertoont het dubbele karakter van *zijn* en *behoren*, schrijft Scholten in 1932, in zijn Diesrede aan de Universiteit van Amsterdam.⁵⁷ Dat zit ook al

⁵⁴ Waarover mijn preadvies 1985, *Recht en dialectiek*, t.a.p., 2006, p.769 v.

⁵⁵ W.H. Auden, *The Norton Anthology of Poetry*, A.W. Allison et al., Ed., 3rd ed., Norton, New York, 1983, p.1101. De volledige tekst van het gedicht is als Bijlage opgenomen.

⁵⁶ Deel 1, 1949, p.162 (*Synthese* 1917, p.179).

⁵⁷ *Verzamelde Werk, Deel 1*, p.311. De aangehaalde tekst gaat als volgt verder:

‘Het recht *is* – geldend recht is een historisch, naar tijd en ruimte bepaald verschijnsel, het hangt af van allerlei in de werkelijkheid te constateren feiten, doch het is niet een materiële en evenmin een psychologische realiteit. Het heeft realiteit als een gedicht, een compositie, als wetenschap of een uitvinding. Doch de eigenaardigheid van dit “zijn” is dat het tegelijk is een “behoren”, het geldend

in de uitdrukking ‘geldend recht’: gelden betekent hier zowel ‘gevolgd worden’ als ‘gevolgd moeten worden’. ‘De brug tussen zijn en behoren, die de Kantianen ontkennen, ligt in het recht’, stelt hij, met verwijzing naar de Hegeliaan Larenz.

Gerechtigheid is een behoren, naar innerlijke overtuiging; het eist ook een rationalisering, afweging, vervolgt Scholten. Het wezen van gerechtigheid, zoals Aristoteles geleerd heeft, bestaat in gelijke regels voor gelijke verhoudingen hanteren. De *liefde* is echter meer dan gerechtigheid; de liefde dient, toont geduld. Het recht leidt tot een aanspraak, voor een individu wordt *het recht zijn recht* (p.178;180); wij hebben echter geen aanspraak op liefde, evenmin trouwens een aanspraak op gerechtigheid.



Hij illustreert dit aan de gelijkenis van de verloren zoon uit de bijbel; alle eerbetoon van de vader aan de verloren zoon, die zijn gehele vermogen verbrast had, aan sex, drugs and rock and roll (de bijbel spreekt van ‘slechte vrouwen’) en tenslotte als hoeder van zwijnen werk vond, was onrechtvaardig tegenover de andere, oppassende zoon, die altijd thuis gebleven was en keurig het werk gedaan had. Maar het was een uiting van liefde van de oude vader jegens de verloren gewaande zoon, waarop deze in het geheel geen recht had. Bij het hoeden van zwijnen kunnen toch ineens parels toegeworpen worden, blijkt weer. ‘Real pearls, for real swine’.

recht *eist* iets van de gemeenschap waarvoor het geldt. Het recht maakt aanspraak ons handelen te regelen. In dit aanspraak maken ligt, dat het niet is aan te wijzen als bewustzijnsinhoud – het recht geldt ook als niemand zich van zijn bestaan bewust is – dat zijn realiteit bestaat in een behoren, dat het het karakter heeft van voorschrift, bevel. Norm. De brug tussen zijn en behoren, die de Kantianen ontkennen, ligt in het recht.’

Het zien speelt hier ook weer een rol; ‘toen hij nog veraf was, zag zijn vader hem’, staat er in de bijbel (Lucas 15: 20).

Scholten ziet ‘het gesprek tussen recht en gerechtigheid’ als ‘dialektiek’. ‘In de beslissing zoeken wij de gerechtigheid, die het recht in zich opgenomen heeft. Tenslotte is die beslissing een sprong, die altijd een durf is.’ (p.312). Daarbij geldt het volgende, en dat is langzamerhand niet verrassend meer. ‘Voor een goed jurist is – behalve andere intellectuele eigenschappen – niet alleen een sterk rechtsgevoel nodig, doch ook een intuïtief inzicht, hoever de noodzakelijkheid van algemene regels de verbreking van den band ter wille van de gerechtigheid verdraagt.’ (p.314).

Het recht heeft daarmee voor Scholten een bijzondere plaats in de maatschappelijke werkelijkheid. Het recht heeft, zo schrijft hij ergens, ‘de realiteit als een gedicht, een compositie, als wetenschap of een uitvinding’; het is ‘niet een materiële en evenmin een psychologische realiteit’ (p.311). Om het recht beter te kunnen verstaan, moet wij behalve bij de filosofen, dus ook bij de dichters te rade gaan, kan men hieruit leren. Zei Hegel al niet, in navolging van Aristoteles (in zijn *Poetica*), dat poëzie meer waard is dan een bespreking van de feiten? En wel, omdat in de kunst het over een hogere, in en uit de geest geboren werkelijkheid gaat, die reëler is dan de gewone werkelijkheid. Aldus wordt de poëzie van de voorstelling tot het proza van het denken.

Dat zou ik willen doen, allereerst als tegenhanger voor al dat zoetsappige gepraat over ‘liefde’; uit de eerder gegeven praktijkvoorbeelden blijkt immers dat er niet veel ‘love was lost’ tussen de partijen, die met elkaar over straat rolden, en vervolgens de rechtszaal in. ‘Go to court, and get screwed’. We moeten tenslotte een *realo* zijn. Zoals in een oude, engelse zaak de rechter ruziënde echtgenoten voorhield, een alimentatieverplichting die geschonden werd, en de vraag of zij zich als echtelieden gebonden daardoor zouden moeten achten: ‘The consideration that really obtains for them is that natural love and affection which counts for so little in these cold courts’ (*Balfour v Balfour*, 1919, *per* Atkin, L.J.; geen gebondenheid aangenomen).

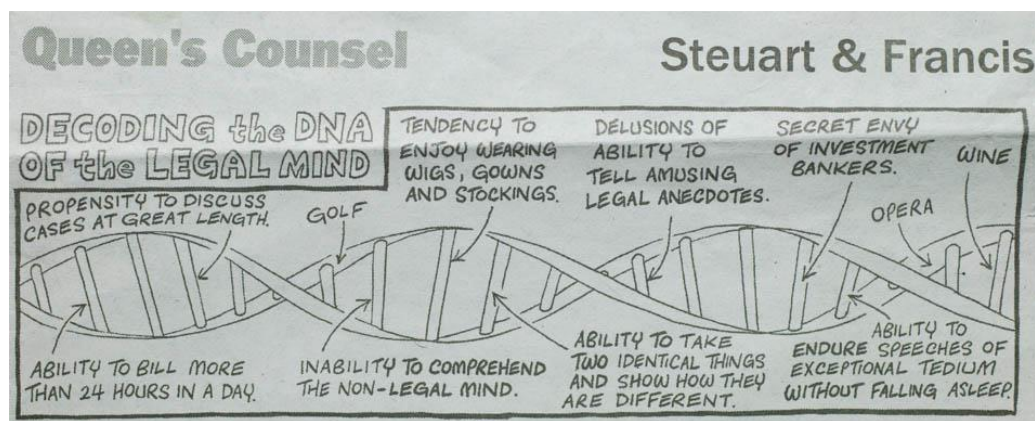
Voor een reëel beeld wat in de mens in de wereld te wachten staat, *un mondo orfano*, de verweesde wereld, kan men het beste bij een italiaanse dichter te rade gaan. Ieder land zijn specialisme, en *mafia* is niet voor niets een italiaans woord. ‘Milieu-mafia’, en zo, zoals die ook in de rotterdamse haven bekend is. In het Frans is het woord voor mafia ‘milieu’; u kunt zich de hilariteit voorstellen toen een Nederlandse minister van VROM zich in Parijs een keer presenteerde als: ‘je suis le ministre de milieu’. Regeren is vooruitzien. Terug naar de dichters, de werkelijkheid, dus.



Het beste voorbeeld, en beeld, dat ik ken, is van Dante, aan het begin van zijn *Divina Commedia*, de Goddelijke komedie, die ik de afgelopen jaren in een vriendenkring gelezen heb. ‘Nel mezzo del cammin di nostra vita’, in het midden van zijn levenspad gekomen, is Dante verloren geraakt in een ondoordringbaar, donker woud (hetgeen mij eens bij het joggen in Toscane is overkomen, niet echt leuk); hij had de rechte weg uit het oog verloren. Dante bedoelde natuurlijk dat hij in een *mid-life crisis* terecht gekomen was, geen wonder: verbannen uit zijn geliefde Florence, zijne aanbeden Beatrice niet gekregen en intussen overleden, en daarmee echt gesublimeerd. Al somberend in dat donkere bos, staan daar plotseling drie dieren op zijn pad, die hem onheilspellende blikken toewerpen. Een *luipaard*, een *leeuw* en een *wolvin*, die symbool staan voor, in afnemende ernst: (wel)lust, trots en hebzucht.

Zo is het leven; ieder die zich wat in de grote ontsporingen in het internationale bedrijfsleven verdiept heeft, waarbij de grote schandalen komen bovendien, zal dit herkennen. Ik noem slechts Enron, Ahold (weer die AH-Erlebnis!). *Corporate governance*, jawel. Nu is dit meer voor het grote schouwtoneel, als we ons op het schellinkje richten – ‘les enfants du paradis’- is er een alternatief drietal symbolen, respectievelijk: bedrog, geweld en (zinnelijke) begeerte. Dat is dichterbij huis voor de bread and butter-jurist. Dat is toch gewoon zaken zijn zaken? De definitie van recht van Bul Super: ‘recht is iets dat eerst krom was, en toen is rechtgebogen’. ‘Krom recht’ bestaat ook; vorig jaar wijdde *Ars Aequi* er een themanummer aan.⁵⁸ Brood op de plank voor de jurist, in welke hoedanigheid ook.

⁵⁸ Vgl. mijn bijdrage aan dat thema-nummer ‘Krom recht’: De partijongelijkheid en de consequentie daarvan in een civiele procedure, AA 2005, p.545.



De advocaat, en de advokatuur kwamen al enkele keren aan de orde. Daarbij zou ik nog een paar kantekeningen willen plaatsen. Al jaar en dag staat de advocaat niet zo gunstig bekend. Toen ik student in de VS was, en vertelde dat ik rechten studeerde, vroeg men steevast: ‘Are you a lawyer, or a liar?’ Met nogal wat juristen als president (Nixon trad als advocaat op voor Coca Cola) niet geheel uit de lucht gegrepen, denk ik. Bij Shakespeare kwamen de lawyers er al slecht van af, denk aan de schedel die de doodgravers in *Hamlet* opgraven:

‘Nog een schedel; ’t zou best die van een jurist kunnen zijn! Waar zijn z’n spitsvondigheden en handigheidjes gebleven, zijn chicanes, zijn precedentes, zijn kennis van de rechten op onroerend goed, zijn procestrucs?’⁵⁹

De drie dieren van Dante waren in de advokatuur ook rond, lijkt het.

Ik kom tot een afronding van dit onderdeel. Kort gezegd, wij zijn nagegaan wat juristen zien, als ze zien. Inzicht dus. Indien men daarvan gebruik maakt, kan het zicht verbeterd kan worden, wanneer men wegneemt wat dat zicht belemmert.

IV. OMZIEN: OOK EEN VORM VAN ‘ZIEN IS KENNEN’

1. Terugblik. Het begin in Rotterdam

Dan is nu het moment gekomen om eens om te zien. Ook hier is zien kennen, in de zin dat het allemaal bekend voor komt. Hoe begon het ook weer?

Ik ben in juni 1972 in Rotterdam begonnen. Bij mijn promotie in Leiden, december 1971, liepen er nogal wat Rotterdammers rond, medewerkers en studenten, die kwamen ‘scouten’, want ik hing voor in de vakature Privaatrecht in Rotterdam, Van Zeben was naar Utrecht vertrokken. Ik wilde eigenlijk de advokatuur in, had helemaal niet gesolliciteerd, maar werd genoemd door zusterfakulteiten, en voor een gesprek uitgenodigd. Het ging tenslotte tussen mij en Paul Wéry, die ik op de gang tegenkwam. Saillant detail, ik was nogal jong, 31, en had dus een donker grijs pak aantrokken om wat ouder te lijken; Paul Wéry was wat ouder, en had een bruin

⁵⁹ *Hamlet*, 5^e akte, 1^e scène. De opmerking van Hamlet over de schedel van de hofnar (op wiens rug hij nog paardje reed) is echter bekender. Vgl. ook het artikel van mijn vroegere hoogleraar Engels privaatrecht, G. de Grooth, in *Advocatenblad* 1968, p.233 v., ‘Shakespeare als jurist’.

corduroy pak aangetrokken om wat jonger te lijken (wij kwamen elkaar op de gang tegen; hij was mijn vroegere docent handelsrecht in Leiden). Januari 1972 was het rond, ik kreeg ik het bericht van de voordracht tot benoeming, de benoeming zelf kwam echter pas maanden later, en was per 1 juni 1972. Er zat dus een half jaar ertussen, ik begreep het niet helemaal, ik had andere verhalen gehoord over de rotterdamse manier van aanpakken. Mouwen opstropen, en zo. Het begon wat te duren, en ik ging dat voorjaar maar eens naar een vakgroepvergadering om wat mensen te leren kennen; Bob Baardman, buitengewoon hoogleraar Europees recht, kwam wat later binnen op de vergadering, ging tegenover mij zitten, ik kende hem niet, hij mij niet. Hij had een vraag voor de rondvraag: 'Of er al geld voor Van Dunné was?' Na korte stilte, homerisch gelach. Daar zat hem dus de kneep.

Die lange duur van de benoeming had niet alleen tot gevolg dat ik nu met mijn emeritaat net de 34 jaar niet kan volmaken (is toch geen mooi afgerond getal), maar had ook nog een ander effect. Ik had een huis in Rotterdam gekocht, waar wij nog steeds in wonen, en moest dat vrij snel doen in verband met oudste dochter Henriette die naar de grote school ging dat jaar. Ik kocht dat huis 'op voorwaarde van benoeming'. Ik deed dat alleen omdat het leerstuk van de dwaling een hobby van mij was, en ik altijd studenten in Tilburg had geleerd dat een goed jurist aan dwaling niet hoeft toe te komen, als hij maar stipuleert, voorwaarden in zijn contract opneemt. Zo gezegd, zo gedaan. Ik hoorde later van de makelaar dat hij tenslotte elke dag steeds zenuwachtiger in de krant keek of de benoeming al doorgekomen was.

Enige tijd later bleek dat mijn ontbindende voorwaarde bij de koop van het huis niet zo'n geheel academisch gedachte was. In Leiden was een lector voorgedragen voor benoeming die uit Nijmegen kwam, en net als ik vast een huis gekocht had in zijn nieuwe werk-plaats, maar zonder de voorwaarde van benoeming op te nemen. Die benoeming ging echter niet door, want de minister vond de kandidaat te jong. Men had toen nog naar de benoeming van Van Dunné in Rotterdam verwezen, maar de minister was niet onder de indruk: indien hij het voor het zeggen gehad had in Rotterdam, toen nog de NEH (Nederlandse Economische Hogeschool), en geen rijksinstelling, was die benoeming niet doorgegaan. De jonge leidse lector zat dus met twee huizen. Ik was toen ik in Rotterdam kwam, de op één na jongste juridische hoogleraar die benoemd werd; Brinkhorst ging mij voor, met een paar jaar, maar die heeft het ambt niet zo lang volgehouden.

In augustus 1972 kwam al het bericht dat de NEH een rijksuniversiteit zou worden, hetgeen een jaar later gerealiseerd werd, en de EUR, Erasmus Universiteit Rotterdam, ontstond. De opening van de EUR door de koningin was een bijzondere gebeurtenis; die vond in de Doelen plaats omdat de aula te klein was. Er kwam een ongelooflijk groot aantal hoogleraren in toga's opdraven, er kwam geen eind aan, met de bekende vrolijke sjerpen in fakulteitskleuren. Wij juristen zaten wat achteraan, grenzend aan het vak van de genodigden. Ik zal de opmerking van de president van de rechtbank, Reuder, een rij achter ons, niet vergeten, die de verbazing vertolkend van de toeschouwers over de vloed van hoogleraren die de zaal in stroomde, zeer hoorbaar zei: 'Hoogleraren zijn net postzegels, hoe meer er van zijn, hoe minder ze waard zijn'. Het praktisch inzicht waar Reuder om bekend stond. Terecht werd aan hem, boegbeeld van het 'rotterdams procesrecht', een eredoctoraat verleend, tijdens mijn dekanaat.

Ik had dat jaar een delegatie Indonesische juristen onder mijn hoede van het Ministerie van Industrie, die bij de plechtigheid mochten zijn, de dames in hun nationale klederdracht. Ik was afgelopen zomer in Jakarta, na een interregnum van 18

jaar, en dat was het zo hoorde ik, nog steeds het hoogtepunt van hun half jaar in Nederland.

Rotterdam werd toen een universiteit; niet zomaar een Rijksuniversiteit, maar de Erasmus Universiteit, met handtekening en al (Amerikanen zijn weg van die handtekening: 'It blows me out', zijn een collega mij eens).

Het smoel van Erasmus is onderhand wel bekend, althans in Rotterdam. Ik kwam een aardige cartoon van de Grote Rotterdammer tegen, een portretje van hem, dat ooit in een boek van hem is aangetroffen, in de kantlijn, waarschijnlijk door Erasmus zelf getekend. Ik laat hier beide portretten volgen.⁶⁰



Ik ben dus nòg een keer benoemd, de tweede keer door de koningin, onder het gesternte van de grote Erasmus; dat heette 'kroondocent' in die tijd. Een door Hare Majesteit getekende oorkonde heb ik nog ergens in de kast liggen. Enige tijd later hield ik mijn oratie. Het was gebruik in die tijd, om bij de oratie aan het slot Hare Majesteit te bedanken voor de benoeming en het door haar in de orator gestelde vertrouwen, terwijl ook de fakulteit, en de oude werkgever of fakulteit met veel omhaal van woorden, 'pomp and circumstance' in het zonnetje gezet werden. Ik heb dat niet gedaan, op beide gebieden, als on-rotterdams, hetgeen naar ik begrijp nogal de aandacht trok. In hetzelfde jaar van mijn oratie, 1974, hield de NJV een vergadering in Amsterdam, en alle deelnemers mochten in het koninklijk paleis de koningin een handje geven. Wij stonden in de rij, en mijn vrienden waarschuwden mij dat de koningin mij er waarschijnlijk zou uitpikken er terzijde nemen, en er stevig over onderhouden waarom zij niet bedankt werd in mijn oratie. Dat is gelukkig goed afgelopen.

Dat de zijn oude tijden. Benoemingen gaan nu heel anders, Vakgroepen bestaan niet meer, althans in de Rotterdamse fakulteit. De benaming 'capgroep' (capaciteitsgroep) voorspelde al niet veel goeds, en dat is uitgekomen: het zijn rekeneenheden, die met capaciteit te maken hebben: hoeveel studenten je door de leerfabriek kunt halen. Ik heb de laatste jaren erg daaraan moeten wennen, onderwijs en onderzoek gedijen mijns inziens het beste in een werkgemeenschap waar men zich op natuurlijke wijze,

⁶⁰ Even voor de niet-Rotterdammers: de voornaam van Erasmus, 'Desiderius', is - volgens de overlevering - een verlatijnsing van het woord 'begeerte', een verwijzing naar zijn natuurlijke vader, een priester die Geert heette.

met regelmaat, aan die zaken wijdt. Wanneer je democratiseringsbeweging van de jaren '60 en '70 hebt meegemaakt, sta je tegenwoordig raar te kijken. Toen ik begon als medewerker in Tilburg, toen nog de Katholieke Hogeschool, als eerste protestantse medewerker, bovendien als tweede medewerker van de jonge rechtenfaculteit⁶¹, bij Schoordijk, mijn post-doctorale leermeester, hadden medewerkers niets in te brengen, de hoogleraren hadden het voor het zeggen. Om de 'one man, one vote'-beweging een halt toe te roepen, heeft de wetgever met de WUB het bestuur gedemocratiseerd, evenals dat later, zij het beperkter, in het bedrijfsleven zou gebeuren. De laatste jaren, met de MUB, is alles weer teruggedraaid. Een andere vorm van democratisering: hoogleraren hebben nu ook niets te vertellen, net als de medewerkers.

Het is een ontwikkeling die overal plaats vindt, bedrijfsleven, advocatuur, politieke partijen, ziekenhuizen, etc., ik weet het. *Lean and mean, top-down* is in, al zijn er tekenen dat dit weer, met name in het bedrijfsleven, op zijn retour is. Je personeel is je belangrijkste vermogen, loyaliteit met het bedrijf is essentieel voor de bloei en het voortbestaan ervan. Die loyaliteit krijg je niet wanneer je dat personeel niet ziet staan en monddood maakt.

2. Het onderwijs in de rechten

Het begon allemaal heel anders in Rotterdam, in de jaren '70. Er was net een nieuw studieprogramma aanvaard, P-70, met als leus 'ZKK': zelfstandig, kritisch, creatief'. Er waren politieke partijen, door de geledingen studenten en wetenschappelijk corps heen, die de fakulteitsraad kozen, als hoogste orgaan. Voor de benoeming van een fakulteitsbestuur werd een informateur, en vervolgens een formateur gekozen, tegenwoordig bepaalt het College van Bestuur wie dekaan wordt, zelfs een overlegronde met hoogleraren is er ook niet meer bij. Je leest het in het fakulteitsblad. De fakulteitsraad is een soort medezeggenschapsraad geworden; de meeste vaste commissies zijn opgeheven. Dat er iets bijgesteld moest worden, na de wilde jaren '70, zal ik niet ontkennen, ik heb dat als dekaan van nabij meegemaakt, en ben daar wat gelouterd uitgekomen, bijvoorbeeld wat studentenparticipatie betreft, die vaak pure belangenbehartiging was, op het soms heel platte vlak. Maar dat het zò door zou schieten lag eigenlijk minder voor de hand, dat zal de tijdgeest wel geweest zijn.

Ik kwam dus in een typische onderwijs-fakulteit, en dat beviel mij best.

⁶¹ Een maand voor mij was Frans van der Burg bij Staatsrecht benoemd, als eerste medewerker (de latere hoogleraar Staatsrecht in Leiden).



Nu had ik nog nooit colleges voor grote zalen gegeven, dat was nieuw. In die begintijd had ik een maandelijks overleg met studenten ingesteld, om te horen wat men van de colleges en het verdere onderwijs vond. Met een groepje studenten werd zo na afloop van college in de mensa (wat later ‘bedrijfsrestaurant’ genoemd zou worden) over het onderwijs gepraat. Ik heb daar veel van geleerd; ik wilde met name weten of mijn colleges niet te moeilijk waren, goed te volgen waren. Nou, dat viel niet erg mee, maar één keer die maand, was het glashelder geweest. Wanneer was dat dan? Dat werd uitgeplozen, en wat bleek, dat was een college dat ik door omstandigheden niet had kunnen voorbereiden. De ochtend die ik altijd daarvoor uittrok moest ik plotseling voor een ziekenhuisopname in de familie weg, en kon toen alleen nog maar net op tijd in de collegezaal zijn.

Wat mij dat voorval geleerd heeft? De cynici onder u zullen wellicht denken, dat het beter is om een college helemaal niet voor te bereiden. Ik behoor niet tot die denkrichting, wat ik ervan leerde is dit. Ik was gewend om een college voor te bereiden alsof het een wetenschappelijk betoog was, als een tijdschriftartikel, met noten en al. Dat is misschien wel wat voor een lezer, maar niet voor een gehoor, zeker niet een jong, ongeleerd gehoor. Ik heb mijn stijl toen direkt aangepast.

De van studenten verkregen informatie was soms heel onverwacht van aard. Zo had ik een keer net op college een opmerking gemaakt waarom nogal hard gelachen werd (harder dan anders, in ieder geval), en dat verbaasde mij. Ik had iets gezegd in de trant van: ‘en als wij nu eens de hoge raad op de voet volgen, dan ...’. Niet echt geestig dus. Maar de studenten moesten zo lachen, zo bleek in de nababbel, omdat ze eerder van mijn collega Terheide hadden gehoord, in hun eerste jaar, ‘dat Van Dunné alleen maar de hoge raad napraat’. Men dacht dat ik dat wist, en daarop een toespeling gemaakt had. Quod non.

Iets soortgelijks overkwam mij eens in Indonesië, waar ik in de jaren ’70 en 80 veel cursussen gegeven heb, aan rechterlijke macht, advocatuur en academici. Ik had de recente ontwikkelingen in het nederlandse verbintenissenrecht behandeld – na de Nieuw-Guinea-crisis waren indertijd de contacten met het nederlandse recht

verbroken – en bij mijn bespreking van het arrest *Kuipers – De Jongh* uit 1971, ook wel bekend als de *overschrijdende garage*, over misbruik van recht, werd er hilarisch gelachen bij mijn bespreking van de casus. Het ging om een burenruzie tussen twee vrouwen over een strook grond van 70 cm tussen de percelen, een garage die over de grens gebouwd was zou afgebroken moeten worden, vond eiseres. Is dat, als buiten proporties, misbruik van recht? Ik vroeg na afloop aan mijn gastheer wat er zo grappig was geweest aan dat verhaal. Nou, zei hij na enig denken, wij vonden het heel grappig dat die Nederlanders om een stukje grond van 70 cm gaan procederen, nog wel tot en met de hoge raad!

Dat stemt tot nadenken; de jurist en docent leest dat arrest als de nieuwe leer over misbruik van recht (waar Eggens zoals gezegd in 1941 in Batavia de lans voor had gebroken, en trouwens ook Meijers), door de hoogste rechter aanvaard met een omgaan ten opzichte van de beruchte leer van voor de oorlog, de *watertoren*-arresten die men in Indonesië alleen maar kende (opzet tot misbruik moet bewezen worden). De casus zelf was natuurlijk onzin, en behoorlijk ziek, dat je om zoiets ruzie maakt, laat staan gaat procederen tot het bittere end. ‘Bloed en bodem’, in het noorden van het land een thema, en trouwens ook in het oosten.

Je maakt toch nogal wat mee, optredend in een vreemde cultuur, al is dat het land van herkomst. Ik gaf eens college in de jaren '70, mijn vrouw was mee, we zaten op het podium, al was het vastentijd, de Ramadan, wij kregen als enigen een glas thee (waar naar mijn gevoel iedereen met grote ogen naar zat te kijken). Verhaal gehouden over verbintenissenrecht en rechtsvinding; dan mogen studenten vragen stellen. Eerste vraag: hoeveel kinderen heeft u? Het wat bedremmelde antwoord van mij was: ‘drie’. Enthousiast applaus van hele zaal. Konden wij niet helemaal plaats. Navraag leerde dat het nieuwste geboortepanningsprogramma in Indonesië in die tijd op het hebben van niet meer dan *drie* kinderen gericht was (dit is later twee kinderen geworden), maar waarom was de zaal nu zo geestdriftig? Omdat wij, als rijke westerlingen, uit onszelf ons tot maar drie kinderen beperkt hadden! Dat was een applaus waard.

Het onderwijs stond vroeger dus bovenaan de agenda. Mentor-stelsel in eerste en tweede jaar; het tweede jaar begon altijd met een werkweek, in een kasteel of klooster in Limburg (Vaeshartelt, Well), of een oord in Overijssel (Vledder). Laatste avond feest met een rock-band; het kasteel – ooit door de koning gebouwd voor zijn vriendin - stond op zijn grondvesten te schudden. Het onderwijsprogramma was het meest progressief in den lande, met het accent op zelfwerkzaamheid en een groot aantal keuzevakken, ten dele interdisciplinair (men deed als student een stuk of 20 keuzevakken). Dat is gaandeweg allemaal teruggedraaid, veel verplicht, weinig keuze. Veel keuzevakken die ik gegeven heb zijn er niet meer, meestal opgegaan in een overkoepelend vak. Ik noem: Produktaansprakelijkheid, Bewijsrecht, Veranderde omstandigheden, Agency en Vertegenwoordiging, Onroerend goedrecht, Grondpolitiek, Milieu-aansprakelijkheid, Pleiten in civiele zaken. Duits verbintenissenrecht en Frans verbintenissenrecht werden door gastdocenten gegeven, evenals American Contract Law. Gebleven zijn mijn keuzevakken Rechtsvinding en Engels contractenrecht, waaraan Bouwrecht werd toegevoegd; na mijn vertrek worden deze vakken echter niet langer gegeven. Ik gaf die vakken altijd om het andere jaar, verandering van spijs doet eten, ook voor de docent. Een speciale band heb ik altijd met het vak Engels contractenrecht gehad; de traditionele excursie naar Engeland - London, met dagtochten naar Oxford en Cambridge - beschouwde ik zelf als hoogtepunt in het onderwijs, evenals studenten merkte ik. Dat heb ik dus zo'n 15 keer

gedaan, waarbij vele engelse vrienden, collega's, advocaten, rechters, bedrijfsjuristen in de loop der jaren de gastcolleges verzorgden.



Incidenteel gingen we op excursie naar Parijs en Berlijn, toen het nog niet normaal was dat de JFR (de Fakulteitsvereniging) zulke dingen zelf organiseerde.

Er zijn sinds de oprichting in 1964 aan de rotterdamse fakulteit 10.800 studenten afgestudeerd. Ik heb dus sinds 1972 vele duizenden studenten zien langskomen, *Zien* maar ook *kennen*? In het kader van keuzevakken en excursies, het dispuut Probus (voorheen; Desiderius) en de JFR was er gelukkig gelegenheid voor nauwere contacten.

Ik zal dat alles gaan missen. Ik zal ook het stel Jan-Willem en Carmen missen. Die hielpen mij om op college al die jaren de precontractuele situatie uit te beelden, virtueel uiteraard. Jan-Willem, de blonde notariszoon uit Oud-Beijerland, die met zijn auto maandagochtend zijn vriend Pieter zou ophalen om naar de tweedejaars werkweek, respectievelijk de Engeland-excursie te gaan, maar in het weekend, de betoverende Carmen had ontmoet, voor wie hij valt. Jan-Willem vergeet de gemaakte afspraak, en gaat richting zon, Spanje dus. Dat alles door toedoen van de donkere, pittige Carmen, die twee passies had: *Car* en *men*. De vraag die ons op college alleen interesseerde, was of de in de steek gelaten Pieter een juridische actie heeft tegen Jan-Willem, omdat hij wachtend op de stoep in de vroege ochtenduren een ziekte oploopt, zijn vervoer misloopt en de studieweek moet missen, met studievertraging tot gevolg. De lijn met de liftersarresten van de hoge raad, etc. is hierbij gemakkelijk getrokken; is dit wel een overeenkomst? Dit is nu voorbij, jammer van Carmen, met haar donkere ogen, ik was aan haar gehecht geraakt, merk ik.



Contact met studenten heb ik altijd gewaardeerd. Ik hoorde wel eens wat men op bezoeken aan advocaten kantoren en bedrijven met het dispuut zo al meemaakte. Een bedrijfsjurist sprak hen eens toe met de woorden: ‘Zo, Van Dunné vindt dus dat wij als mosterd na de maaltijd komen!’ Arme studenten. Een rotterdamse advocaat hield hen eens voor: ‘Eén en één is twee, anders Van Dunné’. Scherpe blik, die advocaat. Ik las dat laatst ook bij Plato, in zijn *Timaios*, waar Socrates uitlegt waarom één en één natuurlijk geen twee is, dat laatste is voor de simpele zielen. Daar vindt men ook een atoomtheorie in de dop, die in onze tijd natuurwetenschappelijk bevestigd is.

3. Bestuur en onderzoek in Rotterdam

Nog even wat over de fakulteit als organisatie. Ik heb het voorrecht gehad om dekaan te zijn, al een jaar of vijf na mijn aantreden. Dat ging op een typisch wijze. Ik was in 1977 met sabbatical in Berkeley, Californië voor een half jaar met ons gezin – de tijd van ons leven – toen daar het bericht kwam dat ik als dekaan benoemd werd. Ik voelde mij hooglijk opgelaten, zo zie je maar wat er gebeurt als je even weg bent; het dekaanat is een verplicht nummer dat iedereen het liefst aan zich voorbij laat gaan. Hoe anders was de reactie van mijn Amerikaanse collega’s: ik werd uitbundig gefeliciteerd, en steeg in hun achting. In de VS is een ‘dean’ namelijk een mannetjesputter, die op het schild geheven wordt door de fakultaire gemeenschap, soms voor het leven (‘Dean Fuller’, en zo). De bittere pil werd zo wat verguld, en het viel later best mee, ik vond het leuk werk, besturen. Die Schepen van Turnhout, Jan van Dunne, zit toch nog ergens in het bloed. Het was toen in Rotterdam gebruik om het dekaanat maar voor één jaar te doen, maar dat vond ik zonde van mijn tijd: net als je ingewerkt ben, houd je er dan al weer mee op. Ik heb het dus een kleine drie jaar gedaan. Wanneer je intussen gewoon doorgaat met publiceren en onderwijs draaien, zijn dat hectische tijden, tropenjaren; het voordeel was dat ik zo leerde weinig slaap nodig te hebben. Dat was ook nieuw voor mij.

Eén van de aardige gebeurtenissen in die tijd was een incident waarbij ik op verzoek van de secretaris van het College van Bestuur moest optreden. Hij was gebeld door automobilisten die hem vertelden dat er op de bovenste verdieping van het EUR-

gebouw op enkele ramen, levensgroot de tekst 'LUL!' was aangebracht met computerpapier, heel goed zichtbaar voor op de grote weg langs rijdend verkeer. Dat was nog eens wat anders dan de kerstboom van verlichte ramen, met de Kerst (dat gebeurt geloof ik nooit meer). Het was een aktie van mr Manuel Kneepkens, de dichter-ambtenaar, medewerker strafrecht, tegenwoordig geen onbekende in de rotterdamse politiek, die in een hevig conflict met het CvB verwickeld was. Ik sprak met hem, vroeg wat er aan de hand was, wat dit allemaal te betekenen had. Dat wilde hij wel uitleggen: 'LUL' stond voor: 'Laat Universiteit Leven!' De volgende tekst die hij in zijn hoofd had, en zou gaan aanbrengen, stond ook al vast: 'KUT!', dat wil zeggen: 'Kritische Universiteit Theorie'. Ik heb enige aandrang op hem uitgeoefend om de communicatie op andere wijze te voeren, en heb daarover gerapporteerd aan de secretaris van het CvB, die niet echt zijn lachen kon inhouden; korte tijd daarna is het conflict bijgelegd. Manuel Kneepkens was overigens later bezig met een proefschrift met als titel 'Oorlog en vrede'; weinig meer van vernomen.

In mijn oratie gaf ik aan het slot een omschrijving van de fakulteit, zoals ik die had leren kennen. Zien was toen ook al kennen. 'Deze fakulteit is – zei ik toen – evenals andere fakulteiten, een instelling die het midden houdt tussen de Leidse Onderwijsinstellingen, een besloten vennootschap en een psychiatrisch-juridisch gezelschap'. Ik heb daarvan dacht ik al enkele illustraties gegeven, ook van dat laatste element. Dat doe ik met de aantekening, dat wij natuurlijk allemaal gestoord zijn (iedereen komt verknipt uit zijn jeugd, lijkt het wel), maar het essentiële punt is, dat je *prettig* gestoord moet zijn. Dan valt er heel goed mee te leven (ik spreek uiteraard alleen voor mijzelf). Ik herinner mij dat je vroeger op de radio het 'Koor van prettig gestoorde vrouwen' hoorde, uit Amsterdam, natuurlijk. Ik hoor dat niet zoveel meer, kan aan mij liggen; misschien valt het in Amsterdam niet meer op, dat prettig gestoord zijn. Wat daarvan zij, ik heb studenten altijd voorgehouden: 'Trouw nooit met een jurist'- dat hoor ik mijn vrouw namelijk wel eens zeggen, en die is heel verstandig.

Nog iets over de fakulteit als besloten vennootschap; in de BV Nederland is de BV Fakulteit Rechtsgeleerdheid gekomen, de schoorstenen moeten roken, wie niet meerookt is de sigaar, uit eigen doos, nog wel. Voor juristen is dat even wennen, zeker voor civilisten, die gewend zijn op hun kamertje hun nootjes te schrijven, niet gehinderd door commerciële drijfveren. Ik ben daar met mijn sekte al wat op vooruit gelopen. In 1986 werd ik benaderd door een advocaat van de Gemeente Rotterdam, Frits Kernkamp, die eens informeerde of de universiteit wat voor de regio zou kunnen betekenen. Voor een universiteit was dat een nieuw thema, dat later nog breed uitgemeten zou worden. Meestal is er een moeizame verhouding tussen 'town and gown'. In mijn geval is er iets heel moois uit opgebloeid: een instituut, een tijdschrift, een aantal dissertaties van hoog niveau, boeken, congressen, en wat niet al. Waar ging het over?

De rotterdamse haven kampte met een enorm probleem, de vervuiling van het havenslib met chemische stoffen, deels kankerverwekkend, door de industrie langs de Rijn, in de oeverstaten Zwitserland, Frankrijk, Duitsland, en Nederland zelf. Om de haven, 's werelds grootste, op diepte te houden moet er elk jaar ongeveer 20 miljoen m³ slib gebaggerd worden, waarvan een kwart zodanig vervuild was met chemische stoffen dat storten op land, en vervolgens in zee, verboden werd op grond van steeds strenger wordende milieuwetgeving. Een gigantisch probleem, dat om een oplossing

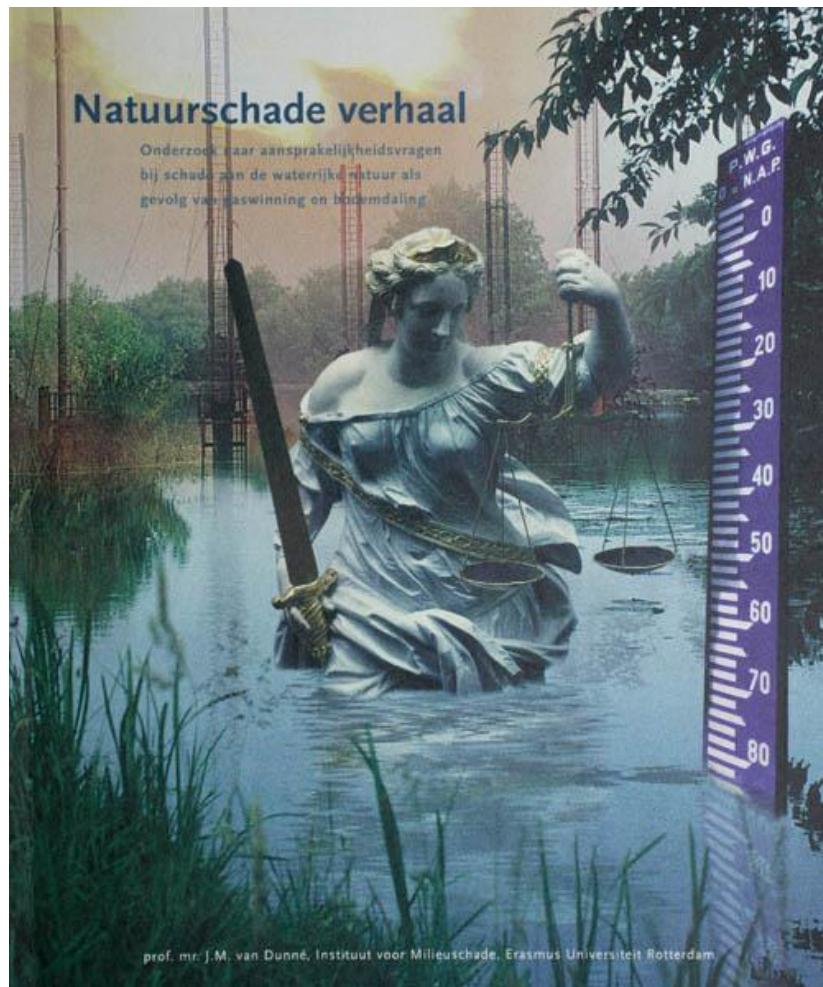
vroeg. Met de bekende rotterdamse aanpak werd een plan gemaakt: met de vervuilers aan tafel gaan zitten, samen de mouwen opstropen en de vervuiling tot een goed einde brengen. Als het niet goedschiks zou gaan, dan maar kwaadschiks: de vervuilers in een procedure aansprakelijk stellen voor de schade.

Dat is gemakkelijker gezegd dan gedaan; de eerste contacten met het grote bedrijfsleven in Duitsland waren ijzig, men kreeg niet eens koffie aangeboden. Men stuitte ook op ongeloof: men hield zich in Duitsland aan de milieuwetten, en dan zou men in een buurland onrechtmatig handelen? Een bevriende duitse advocaat sprak mij op een congres eens aan in die tijd, en zei: ‘Aber Herr Van Dunné, das ist doch kein Ernst?’

Het was wel ernst, en om de buitenlandse vervuilende bedrijven tot serieuze onderhandelingen te krijgen werd aan mij gevraagd om juridisch onderzoek te doen naar aansprakelijkheid voor milieuvervuiling naar het recht van de genoemde Rijnstaten. Daartoe zou onderzoek door twee medewerkers gefinancierd worden, hetgeen tenslotte zes jaar in beslag genomen heeft. Het heeft geleid tot de oprichting van het Instituut voor Milieuschade in 1987; in datzelfde jaar werd het *Tijdschrift voor Milieuschade* opgericht. Er werden ook medewerkers aan het instituut verbonden die door het NWO gefinancierd werden, en ook aan het Projekt Onderzoek Rijn (POR) hun medewerking verleenden. Dit heeft behalve veel wetenschappelijke artikelen, ook een half dozijn dissertaties opgeleverd, waarbij de auteurs veelal hun eerste sporen op het terrein als student-assistent gezet hadden. Het gaat om de proefschriften van: P.A. Kottenhagen-Edzes (1992), E.H. Hulst (1993), A.J. Van (1995), P.F.A. Bierbooms (1997), E.H.P.Brans (2001). Ook de promoti (wijlen) A.J. Goedmakers (1998) en P.G.J. van den Berg (2000) hebben werkzaamheden voor het Instituut verricht. Dat geldt ook voor enkele promovendi die het Grote Werk nog moeten voltooien, in de nabije toekomst.

Het Rijn-project voorzag in milieucontracten die met de chemische en metallurgische industrie in de Rijnsoeverstaten gesloten zouden worden voor een periode van enkele decennia, waarbij met Rotterdam overeengekomen werd om de lozingen geleidelijk te reduceren, in een tempo waarmee de bedrijven konden leven, en een eindresultaat dat voor het Gemeentelijk Havenbedrijf, en het milieu, bevredigend was. In de tussentijd werd de giftige bagger in een zogenaamde ‘slufter’, een gigantisch bassin dat aan de kust aangelegd was, opgeslagen. Het project is een groot succes geworden; bij de vijfjaarlijkse evaluaties bleek het bedrijfsleven zich in ruime mate aan de afspraken gehouden te hebben. Het project geldt in binnen- en buitenland als een voorbeeld hoe men grote milieuproblemen in goede vrede kan oplossen.⁶²

⁶² Mijn collega M. Bothe, Univ. Frankfurt, vertelde mij eens dat hij het Rijn-project altijd als ‘success story’ op college behandelde. Ik hoop nog eens in *TMA* verslag te doen van de afloop van het project. Het POR-project werd overigens behalve door het juridisch onderzoek van ons Instituut, ook ondersteund door uitgebreid technisch onderzoek, en de bijdrage van een Duits PR-bureau. Een brede aanpak dus. Zie voor dit onderwerp enkele artikelen opgenomen in mijn *Selected Essays*, 2006, Hfdst. 3, p.179 v.



Het Instituut heeft gaandeweg ook op ander gebied contract-onderzoek verricht, voor gemeenten, provincies, waterschappen, milieuorganisaties, de Europese Commissie (DG VII, transport; DG XI, Milieu), waarbij behalve watervervuiling (rivieren, Noord-zee) ook de bodemverontreiniging en problemen van bodemdaling (en aardbevingen) op de agenda kwamen. Op het POR-project volgde het POM-project: het Project Onderzoek Maas, inzake de vervuiling van het Maaswater dat voor de drinkwatervoorziening van Rotterdam van groot belang was. Het was een kleiner project, dat ook een aantal jaren geduurd heeft. Het onderzoekerterrein werd op den duur breder, hetgeen weerspiegeld werd in de naam van het instituut en het tijdschrift, waaraan voor de 'A' het Aansprakelijkheidsrecht toegevoegd werd.

In deze beschrijving kwam het ministerie van VROM als opdrachtgever niet voor; dat klopt, voor dat ministerie werd enkel in de beginfase een onderzoekje gedaan, voor ca. 7.000 euro. Dat ministerie heeft ons nooit weten te vinden, ook niet op het gebied van de bodemsaneringsacties, die na verloop van tijd tamelijk desastreus verlopen zijn in de procedures voor de hoge raad.⁶³ Het is een publiek geheim dat het kantoor van

⁶³ Ter vermijding van misverstanden, ik heb in de Shell-zaak in de eerste fase, op rechtbank-niveau, een advies uitgebracht aan de plv.-landsadvocaat, mr Wubs. Naderhand heeft dat geleid tot een publikatie in het *WPNR* en een spraakmakend debat met mijn tilburgse collega Vranken, adviseur van de tegenpartij. De staat werd overigens door de Rb. Rotterdam in het gelijk gesteld, terecht. Maar dat liep daarna anders toen voor hof en hoge raad het begrip 'relativiteit' in stelling gebracht werd door Shell. Ten onrechte.

de Landsadvokaat weinig voelde voor het aantrekken van juridisch advies van buiten, en het liever zelf afdeed, in tegenstelling tot advies op technisch gebied, waaraan miljoenen zijn besteed. Men kan, terugziend, concluderen dat het de hoge raad op die manier wel erg gemakkelijk gemaakt werd om arresten te wijzen als de spraakmakende uitspraken inzake Shell, Duphar en Fasson van 1994, waarmee de stekker uit de verhaalsakties getrokken werd met behulp van de obscure figuur van ‘relativiteit’, die uit de hoge hoed gekomen was. Een verhaal van gemiste kansen voor de staat. Ook de wetgevende arbeid die daarop volgde is weinig indrukwekkend. Ik heb over deze zaken elders geschreven, en verwijs daarnaar.⁶⁴

Op die wijze werd sinds 1987 aan het Instituut voor Milieuschade en Aansprakelijkheidsrecht contractonderzoek verricht, waarmee een bedrag gemoeid was van in totaal circa 2 miljoen euro. Met de bovenstaande beschrijving heb ik dacht ik aangetoond dat de zienswijze, nog steeds gangbaar in sommige kringen, dat contractonderzoek aan universiteiten altijd haaks staat op het uitvoeren van echt wetenschappelijk onderzoek, en uitsluitend commerciële of praktische doelen dient, geen opgeld doet. Althans in mijn ervaring.

Over ervaring gesproken, tevoren had ik met het door mij in 1983 opgerichte Instituut voor Rechtsvinding ook al contractonderzoek gedaan. Dat was voor het WODC, de denktank van het ministerie van Justitie, naar persoonskenmerken van rechters die bij het oordeel van belang zijn. De medewerkers die bij die onderzoeken betrokken waren, hebben dat ook met dissertatie-onderzoek kunnen combineren. Dat geldt voor: P.J. van Koppen en J. ten Kate (1984), H.W. Richters (1991). Met dat contractonderzoek was overigens een bedrag van in totaal circa 400.000 euro gemoeid.

V. TEN SLOTTE. VOORUITZIEN?

Dan is nu het moment gekomen, ook in de zin van ogenblik, om tot een eind te komen. *Finiri oportet!*, placht de auteur of pleiter vroeger uit te roepen. Dat geldt niet alleen het geding, maar ook het rechtsgeleerde betoog. Daarmee is ook het moment gekomen om de rotterdamse Fakulteit, de gemeenschap waarvan ik zo’n lange tijd deel uitgemaakt heb, te bedanken voor de vele jaren van samenwerking. Ik heb altijd met plezier gewerkt, het is en blijft een mooi vak, een mooi ambt. De laatste jaren heb ik mij aan het jonge bloed gewarmd (vrij naar de oude koning David); het met het vak bezig zijn en jonge juristen op weg helpen om op eigen benen te staan en onderzoek te doen, en daarover te publiceren, is iets dat ik als een groot voorrecht beschouw.

Mijn beide promotores, mijn ‘Doktor-Vater’ Haardt en Schoordijk, wil ik in dit verband noemen, als degenen die mij indertijd geïnspireerd hebben: goed voorbeeld, doet goed volgen. Beiden excelleerden als docent, naar mijn ervaring als student (in Leiden), respectievelijk jonge medewerker (in Tilburg). Op wetenschappelijk gebied hebben zij vele punten van overeenkomst (het belang van de *billijkheid*, in het procesrecht en het privaatrecht, respectievelijk), en van verschil (de typische prakticus en de academicus). Het verheugde mij dat Herman Schoordijk deel genomen heeft

⁶⁴ Zie daarvoor mijn artikel: De Hoge Raad als wetgever-plaatsvervanger bij aansprakelijkheid voor grootschalige bodemvervuiling in het verleden, in: *Aspecten van aansprakelijkheid*, Wijn & Stael-bundel, Red. P.F.A. Bierbooms, H. Pasman en G.M.F. Snijders, Boom, Den Haag, 2005, p.213.

aan het Symposium dat mij op de dag van deze rede aangeboden werd. Hij trad de laatste jaren regelmatig als gastdocent bij ons in Rotterdam op, en werd door de studenten zeer gewaardeerd.

Ik vertrek uit Rotterdam met de rustige gedachte dat in mijn opvolging goed voorzien is, en wel met de benoeming van *twee* hoogleraren: W.H. van Boom (uit Tilburg) en S.D. Lindenbergh (uit Leiden). Het is opvallend dat ook nu Tilburg en Leiden op het tableau zijn, ‘the tale of two cities’.... Ik wens hen een heel goede tijd in Rotterdam toe. Het is hun taak, zo begrijp ik het fakulteitsbeleid, om het aansprakelijkheidsrecht tot ontwikkeling te brengen. Dat zal waarachtig wel gaan, zij stappen immers in een rotterdamse traditie, al zullen zij daar ongetwijfeld hun eigen stempel op drukken. Ik teken hierbij aan dat het door mij en mijn sekte verzorgde onderzoekprogramma ‘Aansprakelijkheidsrecht’ het laatste decennium door de landelijke Visitatie-commissies altijd uitstekend beoordeeld is, de laatste keer zelfs als beste van het fakultaire onderzoek (op in totaal vier categorieën).

Ik begrijp dat bij mijn opvolgers geen belangstelling voor milieu-aansprakelijkheid bestaat, met als gevolg dat het Instituut voor Milieuschade en Aansprakelijkheidsrecht opgeheven wordt met mijn emeritaat. Het is niet anders. De omvangrijke bibliotheek die in de loop der jaren opgebouwd werd, zal zijn weg naar de UB en het Sanders Instituut vinden. Het tijdschrift *TMA (Tijdschrift voor Milieuschade en Aansprakelijkheidsrecht)* wordt echter voortgezet; ik ben erkentelijk voor de ondersteuning die uit de vakgroep geboden wordt, waardoor de continuïteit gewaarborgd is.

Een einde, maar ook een begin. Emeritaat is een wat deftige manier om gewoon met pensioen te gaan, althans zo zie ik het. *Im Ruhestand*, noemen mijn duitse collega’s dat. Wat nu? Hoezo ruststand?

Het hooggeleerde ambt is natuurlijk een zware last geweest, ik denk dan aan het gezin, aan mijn vrouw. Kleine ongemakken, zoals het avondcolleges geven, nog het vorige semester enkele keren per week, maar ook de grote ongemakken, het eeuwige werken (dus: schrijven), soms in blokken. Jaren lang de maand juni naar God, om het profaan te zeggen, om de *Supplementen* op mijn boek *Verbintenissenrecht* te schrijven. Net als het lekker weer is geworden, colleges zijn afgelopen, zit manlief achter zijn bureau gekleefd, en is niet van de partij om lange fietstochten te maken. In later jaren werd dat om de paar jaar een hele de zomer die verloren ging, om de herdrukken van het handboek *Verbintenissenrecht*, dat het ondertussen echt geworden was, te schrijven. Deel 1, en dan nog Deel 2 er achteraan, de herfst in, naast alle onderwijs dat al begonnen was.

Al stond daar wel weer wat tegenover, de verre reizen met vrienden, naar Nepal (trekking), Tibet, Cambodja, het wandelen in vele landen, laatst in Cappadocië, Midden-Turkije. Dat neemt niet weg dat er nog veel in te halen is. Om mijn leven te beteren tegenover mijn gade, als ‘Wiedergutmachung’, doe ik een belofte, ga ik mij voortaan wijden aan:

LAW

hetgeen betekent: Lange Afstand Wandelen (vrij naar de kneep van Kneepkens).

Maar ik moet meteen bekennen dat ik de juridische lier niet geheel aan de wilgen zal hangen. Ik heb de afgelopen jaren met teveel plezier arbitrages en advieswerk gedaan.

Zo bewaar ik goede herinneringen aan de grasmat van Ajax die maar niet wilde groeien en waarvoor de aannemer aansprakelijk gesteld werd, een geschil tussen een containerbedrijf uit de haven en een Amerikaanse reder (die maar een miljard Euro uit elkaar zaten), een off-shore bouw die veel te lang duurde, de verbouwing van Boeing 747's van een luchtvaartmaatschappij die niet goed afliep, et cetera. De vele kleine arbitrages in de schoonmaakbranche voor OSB elk jaar, waren ook een plezier om te doen, en houden het contact met de praktijk van alledag levend. Arbitrages en adviezen over de bouw van tunnels waar van alles bij fout ging, electriciteitscontracten, e.d., zijn een uitdaging om doctrinaire leerstukken op de praktijk toe te passen, en van rechtsvergelijking de vruchten te plukken. Daar zou ik nog graag mee doorgaan, de komende tijd, naast de zee van vrije tijd die voor de deur staat. De pen zou ik ook niet geheel willen laten rusten, het plan voor een boek over Contract Law is nog niet geheel uitgevoerd. Dan zijn er nog enkele promovendi, een half dozijn proefschriften dat naar een afronding gebracht moet worden.

Dat belooft niet veel goeds, althans voor de vrouw van de jonge emeritus. Dat vraagt om een nadere toelichting, of eigenlijk verdediging, tegenover mijne Beatrix.

In mijn oratie heb ik Hegel aangehaald, die bij zijn oratie de woorden uitsprak: 'ein sicheres Amt, ein kluges Weib'. Zo zit dat. Bij mijn rede ter gelegenheid van mijn 25-jarig jubileum als hoogleraar, in 1997, wees ik op een betonmolen, op weg van Hillegersberg naar de universiteit, die het toepasselijke opschrift 'Beamix' had (vlak bij het huis dat vroeger 'Tob nooit' heette).⁶⁵ Ik zocht ook dit keer naar een toepasselijk beeld, wellicht het ooievaarsnest, op diezelfde weg, aan de rand van het Kralingse bos, dat al weer voor een nieuwe generatie klaar gemaakt is? (van conceptie tot uitvliegen van de jongen te volgen voor de passerende automobilist; er wordt al weer gebroed, zag ik, ondanks de maartse kou). Al zijn de jongen uitgevlogen, er komt telkens weer nieuw legsel ...

Ik zou een beeld willen schetsen van de tijd, die ons nu wacht, en die nu vooral *jouw* tijd is, Beatrix. Dat vergt een kleine aanloop.

Eerst even dit. Vandaag is het over *kennen* gegaan, als vorm van *zien*. De hoogste vorm van kennen is die tussen man en vrouw; kennen is een vorm van relatie hebben met iets. Liefde voor het vak, liefde voor het werk, dat is maar een slap aftreksel van de liefde waar het allemaal om te doen was. Nu had jij je naam mee, *Nomina sunt consequentia rerum*, zagen wij aan het begin van dit verhaal, en 'Beatrix' betekent: 'zij die gelukkig maakt'. Bij de partnerkeuze moet je op de kleine dingen letten, zo blijkt maar weer.

Ik ben een andere keer, bij de Diesrede van 1987 ingegaan op die andere kant van het thema 'kennen'.⁶⁶ Dat is in wezen een vorm van relatie, een 'innige' relatie. In het Oude Testament, zo liet ik toen zien, wordt 'kennen' gebruikt in de betekenis van 'gemeenschap hebben met'. Adam kreeg Eva tot vrouw, en hij 'bekende' haar, zoals de Statenvertaling het zegt. De oude Koning David, iets ouder dan ik, schat ik, kreeg de maagd Abisag om zich in de koude nachten te warmen, maar de koning 'had haar niet gekend', zegt de bijbel.

⁶⁵ *Ius vigilantibus scriptum. Het recht is voor de waakzamen geschreven*, Jubileum-rede 1997. Niet gepubliceerd als gevolg van de herdruk van mijn boek *Verbindenissenrecht*, Delen 1 en 2, in dat jaar; de rede is nu in druk verschenen in mijn VPO *Normatief Uitgelegd*, 2006, p.226.

⁶⁶ Zoals reeds gemeld, opgenomen in mijn VPO *Normatief Uitgelegd*, 2006, p.776, op p.808 v.

Het hebreeuwse woord voor kennen: *jadang* heeft ook nog de betekenis van waarnemen, weten (van goed en kwaad), het kennen in de zin van bekommeren om, voor iemand zorg dragen, ‘richtend Wissen’. Dat is ook kenmerkend voor een relatie tussen mensen, als het ergens over gaat, tenminste.

Dan nu de aanloop tot hetgeen ik eigenlijk wil zeggen (maar dit moest ik even kwijt). De oude Romeinen zijn op veel terreinen goede raadgevers; zij hielden van hard werken, een wereldrijk opbouwen, goede rotterdamse instelling dus, en toch veel aandacht voor badhuizen, buitenhuizen en wat dies meer zij. Ik ben bij Plinius (de Jongere, 62 – 115) in zijn *Brieven* te rade gegaan, die een mooi exposé heeft gegeven over *otium*, de vrije tijdsbesteding, *dolce far niente* zoals dat later zal heten, in relatie tot *negotium*, de wereld van handel en werk. In wezen is dat laatste een ontkenning van het eerste, namelijk: ‘neg-otium’. En soort on-ledigheid dus. Maar wat houdt die ‘ledigheid’ en ‘onledigheid’ in? (was ledigheid niet het oorkussen van de duivel? Hallo, Mephisto!).

Wat Plinius allereerst zo sympathiek maakt, althans in mijn ogen, is dat hij een huis in de stad heeft, voor het werk (*negotium*) en een buitenhuis aan zee voor de vrije tijd (*otium*), eigenlijk in de zomer in Toscane, en in de winter in Laurentum.⁶⁷ Hij heeft geen hoge dunk van de *negotium*: ‘dat ellendige rumoer en het zinloze jachten en jagen en hoogst belachelijke inspanningen’, schrijft hij. Als kersvers *pensionado* kan ik mij heel goed vinden in de brief aan Bassus, waarin Plinius nader omschrijft waar het om gaat. Ik zou dat mijn lieve gade, Beatrix, willen voorhouden als het beloofde land, in de tijd die voor ons ligt:

‘Aan Bassus

Het heeft mij oprecht genoeg gedaan toen ik van wederzijdse vrienden van ons hoorde dat jij je vrije tijd op een wijze die jouw wijsheid waardig is indeelt en doorbrengt: je woont in een schilderachtige omgeving en je houdt afwisselend op het land en in de zee je lichaam in conditie; je discussieert veel, je luistert veel, je leest veel en ook al weet je zeer veel, toch leer je er elke dag nog iets bij.

Zo hoort ook de oude dag eruit te zien van een man die de meest eervolle ambten heeft bekleed, legers heeft gecommandeerd en zich helemaal heeft ingezet voor de staat zolang als het hem betaamde. Want zowel de eerste tijd van ons leven als het midden moeten we aan het vaderland geven, het einde is voor onszelf, zoals de wetten zelf aangeven door de oudere pensioen toe te staan.

Wanneer zal het mij vergund zijn, wanneer zal ik de leeftijd bereiken waarop ik met goed fatsoen jouw voorbeeld van een buitengewoon mooie rust kan volgen? Wanneer zal mijn “vakantie” (*secessus*) niet “bijkomen” (*desidia*) maar “uitrusten” (*tranquillitas*) heten?

Plinius, *Epistulae* 4.23

Een kleine voetnoot is hierbij echter op zijn plaats. Met Dr Faustus, toen nog piekerend in zijn studeerkamer (voor hij met Mephisto ging stappen), zeg ik:

Ich bin zu alt, um nur zu spielen,
zu jung, um ohne Wunsch zu sein.⁶⁸

⁶⁷ Plinius gebruikte de *otium* wel voor *studia*, het schrijven van redevoeringen die hij als advocaat moest houden.

⁶⁸ *Goethes Faust*, p.183.

Dat van dat huis aan de kust, bij Plinius, spreekt mij in het bijzonder aan. Al vanaf de jaren dat ik als jong medewerker in Tilburg aan mijn proefschrift werkte hebben wij een huisje in Zeeland, een daglonershuis, oorspronkelijk, dat in de loop der jaren omgebouwd werd tot buitenhuis. Daarbij werd, zoals dat gaat, in de loop der jaren steeds minder zelf gedaan. Dat is een belangrijk deel van ons leven geworden. Bij aankomst, de fazant die in de boom zit (zoals in het Amerikaanse Kerstliedje); de ransuil die in de zomer bij het vallen van de schemering zijn schuilplaats in de acacia verlaat en als een stealth bommenwerper in glijvlucht boven de akkers op jacht gaat; de torenvalk die nog niet in de nestkast wil plaatsnemen; de moeder patrijs, die ongerust zijn jongen met schorre stem roept. Maar ik zal het niet over vogels hebben, en de tekenen daarvan. Wel over een ander teken.

In ons huis in Zeeland hangt een zonnewijzer die mijn vrouw en ik twee jaar geleden van de kinderen gekregen hebben bij de viering van ons 40-jarige huwelijk, met een tekst, de laatste woorden van Dantes *Divina Commedia*. Een tekst die tot uitdrukking brengt waar het in het leven, tussen mensen in het belangrijkste contract dat er bestaat, en in het recht tussen mensen van allerlei kaliber, in wezen om gaat: de liefde. Bij Plato is liefde een kracht, een geest of demon, die, zoals hij in zijn *Symposium* uiteengezet heeft, de schakel vormt tussen de goden en de mensen. Een creatieve kracht, gericht op het scheppen van schoonheid, in lichaam en ziel. Wat het scheppingsproces betreft, de mens heeft volgens Plato kinderen *van de geest* en kinderen *van vlees*.

Ik weet dat niet iedereen een hoge dunk van Plato heeft tegenwoordig - toen ik in Rotterdam aankwam had Ter Heide hem zelfs in de ban gedaan, met zijn 'platoonse gedachtegang'. Ik had Plato altijd al hoog zitten, en ben hem onlangs in vriendenkring opnieuw gaan lezen. Ik volsta met een bekende uitspraak van de engelse filosoof Whitehead (tijdgenoot van Bertrand Russell) in stelling te brengen: 'de gehele westerse filosofie is in wezen een voetnoot op Plato'.

Als wetenschapper klinkt mij die uitspraak van Socrates over beide soorten 'kinderen' bekend in de oren. Socrates heeft laten merken bij zijn sterven, beschreven in Plato's boek *Phaedo*, dat voor hem zijn geesteskinderen belangrijker zijn dan zijn echte kinderen van vlees en bloed. Socrates zoekt eigenlijk de dood door de gifbeker, haast als vorm van euthanasie: hij wil zijn filosofie bevestigen, om te beginnen zijn leer van de onsterfelijke ziel, en de plaats van de filosoof in het bestel, op schoot bij de goden, stelt hij zich voor. Hij is al zo'n 70 jaar tenslotte, heeft alles al gezien, en zijn nog jonge kinderen redden zich wel; zijn vrouw, Xantippe, heeft hij huilend weggestuurd, en het aanbod van zijn vrienden om de bewakers om te kopen en op de paarden te springen, afgewezen. Het 'partir' van mij vandaag, 24 maart, is ook een 'mourir un peu', maar een dergelijke uitspraak als Socrates doet, zou mij vreemd zijn, hoe leuk ik het ook vond om een paar geestelijke kinderen op de wereld te gezet te hebben.

Nu er ook zoveel kleinkinderen zijn, van vlees en bloed (de teller is op 7 blijven stilstaan), met veel vrije tijd in het vooruitzicht, is dat hemd mij nader dan de rok. Een kinderhemd, tegenover een universitaire rok. 'Ich bin die Welt abhanden gekommen', om met Mahler te spreken, de universitaire Welt dan.

Terug naar Dante, die sterk in de traditie van Plato staat op dit punt, en ook wat van Thomas van Aquino heeft meegenomen, om van Boëthius maar te zwijgen.⁶⁹ De tekst

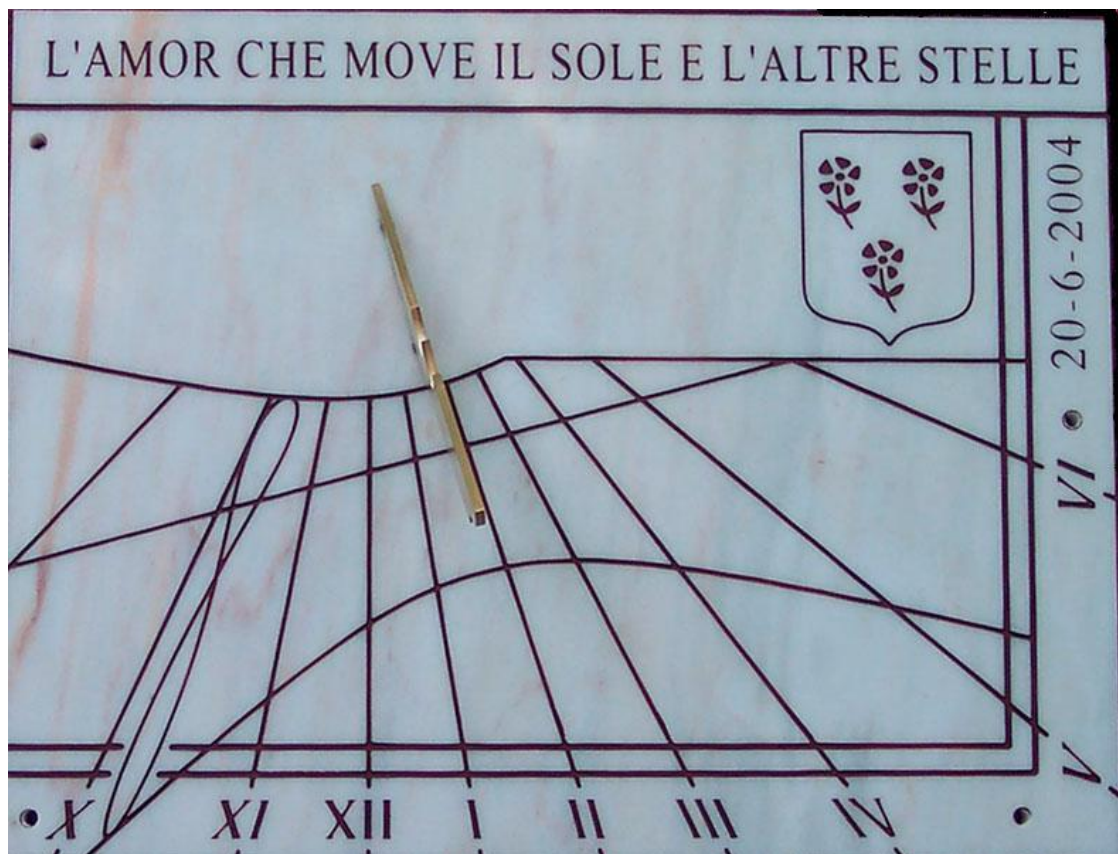
⁶⁹ Hier geldt: *Essentia beatitudinis in actu intellectis consistit*. Ook bij Aristoteles vindt men als kenmerk van het denkvermogen van de mens als redelijk wezen dat het denken met genot gepaard gaat.

van Dante, waar het allemaal om gaat, op de zonnwijzer in Zeeland, zijn de laatste regels van Deel 3, *Paradiso*, en dat is ook mijn slottekst. Bestemd voor *les enfants du paradis*. De manier waarop Dante tot zijn inzicht komt, aan het eind van zijn lange queeste, waarmee hij ons inzicht bevordert, is weer heel typisch, wat het zien betreft. Hij heeft aan het slot, in het paradijs beland onder de hoede van zijn Beatrice, een visioen, een piekervaring zouden wij nu zeggen. Dante ziet in mooie kleuren drie cirkels; zijn geestesoog is door een bliksemschicht getroffen, die hem het gezicht schonk, een wiel dat in wentelgang ging. En dan komt het, de ultieme tekst van het ultieme gedicht:

L'AMOR CHE MOVE IL SOLE E L'ALTRE STELLE

De liefde die ook de zon beweegt en de andere sterren.

Ik heb gezien, ik bedoel: gezegd.



BIJLAGEN

1. Verklaring van de afgebeelde foto's / illustraties
2. Gedicht van W.H. Auden, *Law Like Love*
3. Symposium 24 maart 2006, EUR, *Stellingen en tegenstellingen bij uitleg, aansprakelijkheid en rechtsvinding*, Stellingen en uitslag stemmingen over de stellingen op het Symposium

Bijlage 1.

Verklaring van de afgebeelde foto's / illustraties

Titelblad. Rembrandt, Geleerde die in zijn studeerkamer een geest beziet, ets, omstreeks 1650. Al in de 18^e eeuw verbonden met de Faust-legende.

P.8. Opening van de Rechtshogeschool te Batavia, Ned.-Indië, 1924. Op de eerste rij in het midden: Prof. Paul Scholten (die de opening verricht had), tussen Prof. Djajadiningrat, aan zijn rechterhand, en Prof. J.H.A. Logemann aan zijn linker hand. Erachter, staand, o.m. de hoogleraren Ter Haar en Kollewijn, 2^e en 3^e van links. Ter Haar, van het adatrecht, is in de oorlog omgekomen, Kollewijn, van het intergentioneel recht, werd later hoogleraar IPR in Leiden. Ook Logeman werd hoogleraar in Leiden. De twee heren in het wit op de achtergrond zijn lectoren. Foto aangetroffen in de boedel van mijn moeder.

P.10. Alberto Giacometti, foto Henri Cartier-Bresson, 1961.

P.23. Chapiteau engagé, dit 'de la Dispute', 3^e kwart 9^e eeuw, detail, kalksteen met sporen van polychromie, Musée Poitiers. Gezien: Exposition *La France Romane au temps des premiers Capétiens, 987-1152*, Musée du Louvre, Parijs, 2005.

P.24 en p. 27. Tegeltabelau, Universiteit Coïmbra, Portugal, Fakulteit der Rechtsgeleerdheid.

P.31. Cartoon 'Theorie und Praxis', uit: M. Klant, *Die Universität in der Karikatur. Böse Bilder aus der Kuriosen Geschichte der Hochschulen*, 2e dr. 1988, Fackelträger-Verlag.

P.33. Rembrandt, Kaïn en Abel, ets.

P.37. Rembrandt, 'De verloren zoon' (Lucas 15: 11-20), ets, 1637.

P.39. Luca Signorelli, Dante Alighieri verdiept in zijn werk, 1502. Fresco in de San Brizio-kapel in de Dom van Orvieto.

P.40. Cartoon Steuart & Francis, 'Queen's Counsel'; herkomst niet meer bekend.

P.42. Portretten van Erasmus. Tekening ontleend aan: *Die Universität in der Karikatur*. Het schilderij is van Holbein, 1530-1532, Basel, Kunstmuseum.

P.44. Arca di Giovanni di Andrea (particulare), Bologna, studenten tijdens college, 1^e helft 14^e eeuw. Museo Civico Medievale, Bologna, Italië. Giovanni di Andrea was een beroemd hoogleraar canoniek recht, gestorven tijdens de pestepidemie van 1348 in Bologna.

P.46. Foto van deelnemers Engeland-excursie, keuzevak Engels Contractenrecht, St Johns College, Oxford, eind jaren '80/ begin jaren '90.

P.47. Peter Vos, 'Les één', van Uil die les geeft, uit: *Met recht meer meester*, Lustrumbundel t.g.v. 25-jarig bestaan van CPO, Nijmegen, red. S.C.J.J. Kortmann.

P.50. Omslag van: J.M. van Dunné, *Natuurschade verhaal*. Onderzoek naar aansprakelijkheidsvragen bij schade aan de waterrijke natuur als gevolg van gaswinning en bodemdaling (m.m.v. B. Maat en L.J. Smale), Rapport in opdracht van Stichting Het Groninger Landschap, Vereniging Natuurmonumenten, It Fryske Gea, Noordhollands Landschap, 1999, 's-Gravenland.

p.56. Zonnewijzer, Zeeland; gemaakt door: Analemma Zonnewijzers, Amsterdam.

Bijlage 2.

Gedicht van W.H. Auden, *Law Like Love*

Law Like Love

Law, say the gardeners, is the sun,
Law is the one
All gardeners obey
To-morrow, yesterday, to-day.

Law is the wisdom of the old,
The impotent grandfathers feebly scold;
The grandchildren put out a treble tongue,
Law is the senses of the young.

Law, says the priest with a priestly look,
Expounding to an unpriestly people,
Law is the words in my priestly book,
Law is my pulpit and my steeple.

Law, says the judge as he looks down his nose,
Speaking clearly and most severely,
Law is as I've told you before,
Law is as you know I suppose,
Law is but let me explain it once more,
Law is The Law.

Yet law-abiding scholars write:
Law is neither wrong nor right,
Law is only crimes
Punished by places and by times,
Law is the clothes men wear
Anytime, anywhere,
Law is Good morning and Good night.

Others say, Law is our Fate;
 Others say, Law is our State;
 Others say, others say
 Law is no more,
 Law has gone away.

And always the loud angry crowd,
 Very angry and very loud,
 Law is We,
 And always the soft idiot softly Me.

If we, dear, know we know no more
 Than they about the Law,
 If I no more than you
 Know what we should and should not do
 Except that all agree
 Gladly or miserably
 That the Law is
 And that all know this
 If therefore thinking it absurd
 To identify Law with some other word,
 Unlike so many men
 I cannot say Law is again,

No more than they can we suppress
 The universal wish to guess
 Or slip out of our own position
 Into an unconcerned condition.
 Although I can at least confine
 Your vanity and mine
 To stating timidly
 A timid similarity,
 We shall boast anyway:
 Like love I say.

Like love we don't know where or why,
 Like love we can't compel or fly,
 Like love we often weep,
 Like love we seldom keep.

W. H. Auden

Bijlage 3

Symposium 24 maart 2006, EUR, *Stellingen en tegenstellingen bij uitleg, aansprakelijkheid en rechtsvinding*, Stellingen en uitslag stemmingen over de stellingen op het Symposium.

[N.B.: op apart doc., PDF; invoegen, s.v.p.]

