

De wetenschappelijkheid van de rechtsbeoefening volgens Windscheid en Dernburg

Het ontstaan van het woord rechtswetenschap

Het woord, en daarmee het begrip *rechtswetenschap* stamt uit Duitsland en is niet zo heel oud. Het is een product van de Historische School, meer in het bijzonder van de denkbeelden van Friedrich Carl von Savigny (1779-1861).¹ Paul Koschaker zegt het aldus:

Der Terminus "Rechtswissenschaft" ist eine Erfindung der deutschen historischen Schule, ist made in Germany und Quelle zahlreichen Unklarheiten geworden. Er ist weder in Frankreich noch in England bodenständig, und wenn man dort heute gelegentlich auch die Termini science de droit, scienza di diritto, legal science gebraucht, so sind das Übersetzungen aus dem Deutschen. Der deutsche Sprachgebrauch erklärt sich aus der Tendenz Savigny's und seiner Schule, jeder Beschäftigung mit dem Recht wissenschaftlichen Charakter aufzuprägen.²

Het citaat spreekt van *viele Unklarheiten* die uit de uitdrukking *Rechtswissenschaft* zijn voortgekomen en die onduidelijkheden zijn tot op de dag van vandaag niet uit de wereld geholpen. Het woord bezorgt de hedendaagse juristen nog steeds hoofdpijn. Want als gevolg van de introductie van dit woord moeten de Nederlandse rechtsgeleerden vandaag aan hun collegae in de andere disciplines uitleggen wat het 'wetenschappelijke' van de rechtswetenschap is. Daardoor is de discipline van het recht die als oudste aan de oorsprong van veel universiteiten stond en er haar vanzelfsprekende plaats door de eeuwen heen heeft behouden, in de verdediging gedrukt met name door de kinderen die zij zelf heeft gebaard (economie, sociologie, criminologie, politicologie). Het 'wetenschappelijk' kenmerk van deze jonge disciplines is voornamelijk gelegen in de theorievorming op grond van het vergaren en verwerken van empirische gegevens - hoeveel mensen leven onder de armoedegrens, hoeveel mensen stellen hun organen na hun dood ter beschikking, welke bevolkingsgroep laat het meeste geld na aan goede doelen etc. etc. De moeilijkheid nu ligt hierin dat deze methode maar gedeeltelijk toepasbaar is in de juridische discipline. Natuurlijk zal iedere advocaat nagaan welke uitspraken pleiten vóór de standpunten van zijn cliënt en welke uitspraken tegen, maar de optelling garandeert niet een bepaalde uitslag. De aan een geval ten grondslag liggende feiten die in geen enkele casus identiek zijn dienen namelijk niet geteld maar gewogen te worden, gewogen op de weegschaal van de norm die door wettelijke regeling of door gewoonte is vastgesteld.³ In dit wegen zit dus steeds een subjectief of zo men wil een gevoelselement. Alle pogingen om dit onderdeel uit te bannen en te vervangen door statistische, economische, sociologische of andere aan

¹ Hoewel Von Savigny de meest bejubelde is, is hij niet de stichter der zogenaamde Historische School. Die eer wordt algemeen toegekend aan Gustav Hugo (1764-1844).

² P. Koschaker, *Europa und das römische Recht*, 4e Auflage 1966, p. 210.

³ Over het begrip *gewicht* in het recht zie recentelijk J.H. Nieuwenhuis, *Hoe is begrip van het burgerlijk recht mogelijk? Drie vormen van voorstelling: ruimte, tijd, gewicht*. RM Themis 2007, 227-240.

de empirie ontleende uitkomsten hebben tot nu gefaald. De rechter als *être inanimé*,⁴ als Subsumtionsautomat⁵ als jurimetricus, kortom de rechter die mechanisch of op empirische gronden (hetgeen iets anders is dan rationele gronden) zijn uiteindelijke oordeel velt, is voor de rechtspraak ongeschikt. Tekenend is het verhaal dat de Nijmeegse hoogleraar Carla Sieburgh noteerde en dat ik hier in haar woorden weergeef⁶:

Een technisch volmaakte jurist kan door de afwezigheid van emoties de rechtsgang verlammen. Er is een geval bekend waarin een rechter in the Supreme Court van de Verenigde Staten van Amerika een beroerte kreeg. Hij had geen spraakstoornis en iedereen hoopte dat deze briljante en besluitvaardige rechter snel weer naar the Supreme Court zou terugkeren. Eenmaal terug op zijn post bleek hij te lijden aan anosognosia, een vorm van hersenletsel, veelal aan de rechter hersenhelft (bij rechtshandigen is dit de zetel van onder meer het gevoel en de emoties), die gepaard kan gaan met het vrijwel verdwijnen van emoties. Hoewel deze rechter nog steeds beschikte over een volmaakte kennis van het recht, was hij niet meer in staat om tot een oordeel te komen. Als de kwestie die partijen verdeeld hield, was voorgelegd en toegelicht, sloot hij de zitting niet af met het geven van zijn (voorlopige) oordeel, maar met het afsteken van onsamenhangende politiek getinte uiteenzettingen.⁷

Wat bezielde, zo vraagt men zich af, Von Savigny om dit ongelukkige woord *rechtswetenschap* te introduceren? Het antwoord op die vraag zal ik in dit opstel trachten na te gaan. Aangezien dat antwoord niet los kan worden gezien van Savigny's denkbeelden over het ontstaan en de ontwikkeling van het recht, zal aan deze denkbeelden allereerst aandacht besteed worden. De uitkomst zal worden vergeleken met de opvattingen van de belangrijkste vertegenwoordiger van Savigny's leerlingen in de tweede helft van de negentiende eeuw, de pandektist Bernard Windscheid (1817-1892) en met die van Heinrich Dernburg (1829-1907) aan wie deze aflevering van het Magazijn is gewijd.

Savigny

Overall waar mensen samenleven, aldus Von Savigny, vormen zij onderling geestelijke betrekkingen en ontwikkelen zij zich tot een geestelijke gemeenschap ofwel tot een volk. Het Volk met een hoofdletter vormt de kern van Savigny's beschouwingen en hij wijdt er een hele paragraaf aan. In het volk nu ontstaat het recht door de kracht van de daarin levende geest, de *Volksggeist*.⁸ Deze geest brengt een gemeenschappelijke overtuiging voort, de volksovertuiging, het volksbewustzijn, soms ook wel het volksgeloof genoemd

⁴ Montesquieu, *De l'Esprit des lois*, 1746, XI, 6.

⁵ R. Ogorek, *Richterkönig oder Subsumtionsautomat? zur Justiztheorie im 19. Jh.*, Frankfurt 1986

⁶ In de recent verschenen bundel *Fiduciaire verhoudingen*, Libellus amicorum Prof. mr. S.C.J.J. Kortmann, Deventer 2007, 187. In haar artikel getiteld *L'art de la distinction* vindt men in de noten alle schrijvers die zich de laatste tijd over de 'wetenschappelijkheid' van het recht hebben gebogen. Ik volsta daarom met verwijzing daarnaar.

⁷ Deze casus is beschreven door A.R. Damasio, *Descartes' Error: Emotion, Reason, and the Human Brain* (New York, 1994) en ook te kennen uit A. Vlieger, 'De vergissing van Dworkin of het belang van interdisciplinair onderzoek', *Ars Aequi* 2006, p. 196.

⁸ System des heutigen römischen Rechts, Berlin 1840 I, p. 19.

DE RECHTSBEOEFENING VOLGENS DERNBURG

en daaruit komt het recht voort. De volksovertuiging is dus uiteindelijk de bron van alle recht. Anders gezegd: al het recht is volksrecht:

In dem gemeinsamen Bewusstseyn des Volkes lebt das positive Recht und wir haben es daher auch volksrecht zu nennen....⁹

Wenn wir aber das Volk als eine natürliche Einheit, und insofern als den Träger des positiven Rechts betrachten, so dürfen wir dabei nicht bloß an die darin gleichzeitig enthaltenen Einzelnen denken; vielmehr geht jene Einheit durch die einander ablösenden Geschlechter hindurch, verbindet also die Gegenwart mit der Vergangenheit und der Zukunft.¹⁰

Sommigen, aldus Savigny, vinden deze opvatting te beperkt en zien de eigenlijke kern van elk recht niet zozeer in de individuele volksgeest maar in de *gemeinsame Menschengeist*. Zij gaan dus nog een stapje verder en zien het *wirkliche Recht* gelegen in de overtuiging van heel de mensheid. Die opvatting, zo betoogt Savigny, is niet strijdig met de zijne, want die algemene mensengeest openbaart zich in ieder volk op individuele wijze.

Diese Ansicht, welche das individuelle Volk als Erzeuger und Träger des positiven oder wirklichen Rechts anerkennt, dürfte Manchen zu beschränkt erscheinen, welche geneigt seyn möchten, vielmehr den gemeinsamen Menschengeist, als dem individuellen Volksgeist, jene Erzeugung zuzuschreiben. In genauerer Betrachtung aber erscheinen beide Ansichten gar nicht als widerstreitend. Was in dem einzelnen Volk wirkt, ist nur der allgemeine Menschengeist, der sich in ihm auf individuelle Weise offenbart.¹¹

Zeker nu wij weten hoe een eeuw na Von Savigny de Duitse volksovertuiging zich heeft gemanifesteerd is men verbaasd over het naïef aandoende geloof van Von Savigny in de positieve aard van het door hem geschetste volksbewustzijn. Dat heeft te maken met zijn keer op keer herhaalde standpunt dat de spontaan ontstane *Volksgeist* geen toevallige is en niet door willekeur wordt bepaald. Neen de volksovertuiging wordt onzichtbaar gestuurd door *das Gefühl innerer Notwendigkeit, unabhängig von Zufall und individueller Willkühr*. Hoe komt het volk aan dit 'gevoel van innerlijke noodzaak'? Het antwoord geeft Von Savigny's diepste overtuiging weer:

Dieses Gefühl spricht sich am bestimtesten aus in der uralten Behauptung eines göttlichen Ursprungs des Rechts oder der Gesetze; denn ein entschiedenerer Gegensatz gegen die Entstehung durch Zufall oder menschliche Willkühr läßt sich nicht denken.¹²

Uit deze goddelijke oorsprong is het optimisme en ook het geloof in de vooruitgang van het recht te verklaren. Het bewijs van de juistheid van zijn opvatting vond Savigny in de overeenkomstigheid van allerlei rechtsinstellingen die zich even spontaan bij verschillende

⁹ System I, p. 14.

¹⁰ System I, p. 20.

¹¹ System I, p. 20.

¹² System I, p. 15.

LOKIN

volkeren hadden gevormd, kortom in het bestaan van wat de Romeinen het *ius gentium* noemden. Alle recht is in de ogen van Savigny volksrecht, niet alleen het ongeschreven gewoonterecht, maar ook het geschreven wettenrecht. Kenmerkend is zijn opvatting dat de gewoonte geen rechtsbron is maar een kenteken van de volksgeest die zich in het positieve recht openbaart.

An der Gleichförmigkeit einer fortgesetzten, also dauernden Handlungsweise erkennen wir seine gemeinsame, dem bloßen Zufall entgegengesetzte Wurzel, den Volksglauben. So ist also die Gewohnheit das Kennzeichen des positiven Rechts, nicht dessen Entstehungsgrund.¹³

Ook hier waarschuwt Von Savigny voor de oppervlakkige mening die de gewoonte uit het toeval doet ontstaan. Het is niet zo, zegt hij, dat een bepaalde beslissing aanvankelijk willekeurig en toevallig wordt genomen en door herhaling in het bewustzijn van het volk doordringt: Neen:

das wahre Verhältniss von Ursache und Wirkung ist gerade umgekehrt. Die eigentliche Grundlage hat ihr Daseyn, ihr Wirklichkeit in dem gemeinsamen Bewusstseyn des Volks.¹⁴

Niet anders is het met de constante jurisprudentie, das *Gerichtsgebrauch*. Niet is zij een zelfstandige bron van recht, neen zij is een kenbron van het ware gewoonterecht. Zij is:

das durch Urtheilsprüche bekundete wahre Gewohnheitsrecht.¹⁵

Ook hier geen toeval maar het door innerlijke noodzaak gestuurde volksbewustzijn dat in de rechterlijke uitspraak tot uitdrukking komt.

Naast het ongeschreven recht staat als tweede categorie het op schrift gestelde wettenrecht. Ook dat laatste leidt Savigny rigoureuus terug tot het volk en de volksgeest: *Das Gesetz ist das Organ des Volksrechts*. Het is een treurig misverstand te denken dat dat volksrecht zich alleen openbaart als de wetten op democratische wijze zijn vastgesteld. Ook als een vorst of een senaat een wet uitvaardigt verandert dat niets aan de verhouding van de wetgever tot het volksrecht.

Fragen wir zuerst nach dem Inhalt des Gesetzes, so ist derselbe schon durch diese Herleitung der gesetzgebenden Gewalt bestimmt: das schon vorhandene Volksrecht ist dieser Inhalt, oder, was dasselbe sagt, das Gesetz ist das Organ des Volksrechts. Wollte man daran zweifeln, so müsste man den Gesetzgeber als außer der Nation stehend denken; er steht aber vielmehr in ihrem Mittelpunkt, so das er ihren Geist, ihre Gesinnungen, ihre Bedürfnisse in sich concentrirt, und dass wir ihn als

¹³ System I, p. 35.

¹⁴ System I, p. 35.

¹⁵ System I, p. 97. Op dezelfde bladzijde zegt hij het nog pregnanter "das wahre Gewohnheitsrecht, soweit es aus Urtheilen erkennbar ist". Zie ook J. Rückert, *Savignys Konzeption von Jurisprudenz und Recht: Ihre Folgen und ihre Bedeutung bis heute*, in Tijdschrift voor rechtsgeschiedenis 1993, pp. 65-95.

DE RECHTSBEOEFENING VOLGENS DERNBURG

den wahren Vertreter des Volksgeistes anzusehen haben.¹⁶

Tenslotte ontwikkelt zich naast het gewoonterecht en de wetgeving de derde categorie van het *wissenschaftliches Recht*. Zij is het product van de voortschrijdende ontwikkeling van het gewoonterecht en wordt door Savigny als volgt beschreven:

Es liegt in dem natürlichen Entwicklungsgang der Völker, dass den fortschreitender Bildung einzelne Thätigkeiten und Kenntnisse sich absondern, und so den eigenthümlichen Lebensberuf besonderer Stände bilden. so auch wird das Recht, ursprünglich Gemeingut des gesammten Volkes, durch die sich mehr verzweigenden Verhältnisse des thätigen Lebens dergestalt ins Einzelne ausgebildet, dass es durch die im Volk gleichmäßig verbreitete Kenntnis nicht mehr beherrscht werden kann. Dann wird sich ein besonderer Stand der Rechtskundigen bilden, welcher, selbst Bestandtheil des Volkes, in diesem Kreise des Denkens die Gesamtheit vertritt. Das Recht ist im besondern Bewusstseyn dieses Standes nur ein Fortsetzung und eigenthümliche Entwicklung des Volksrechts. Es führt daher nunmehr ein zwiefaches Leben: seinen Grundzügen nach lebt es fort im gemeinsamen Bewusstseyn des Volks, die genauere Ausbildung und Anwendung im Einzelnen ist der besondere Beruf des Juristenstandes.¹⁷

De organische ontwikkeling van het volk brengt de kennis van het recht op een hoger plan. Het recht *bildet sich fort*, maar wordt daardoor ingewikkelder. Om dat ingewikkelde recht op te sporen vormt zich een stand van juristen, die zich van de oude volksgerechten onderscheiden door hun 'wetenschappelijke' methode. Waaruit bestaat dan die wetenschappelijke methode? Zij openbaart zich tweemaal; in het historische en in het dogmatische onderzoek. Het resultaat van het eerste is de in haar organische samenhang beschreven rechtsgeschiedenis, dat van het tweede het in zijn organische samenhang beschreven stelsel, *System*, van het recht. De methode die moet worden aangewend is dus enerzijds die van het nauwkeurige bronnenonderzoek waarin de filologie en de codicologie een grote rol spelen, anderzijds de even nauwkeurige ontleding en systematisering der juridische begrippen waarin de rechtsvergelijking en de dogmatiek onmisbaar zijn. Rechtsgeschiedenis en rechtsdogmatiek vormden samen de wetenschap van het recht, de *Rechtswissenschaft*¹⁸ en beide componenten zijn terug te vinden in Savigny's twee hoofdwerken: de eerste in zijn *Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter*, de tweede

¹⁶ System I, p. 39. Auch ist es ganz unrichtig, diese Stellung des Gesetzgebers als abhängig zu denken von der verschiedenen Einrichtung der gesetzgebenden Gewalt in dieser oder jener Staatsverfassung. Ob ein Fürst das Gesetz macht, oder ein Senat, oder eine größere, etwa durch Wahlen gebildete Versammlung, ob vielleicht die Einstimmung mehrerer solcher Gewalten für die Gesetzgebung erfordert wird, das ändert Nichts in dem wesentlichen Verhältnis des Gesetzgebers zum Volksrecht, und es gehört wieder zu der schon oben gerügten Verwirrung der Begriffe, wenn Manche glauben, nur in dem von gewählten Repräsentanten gemachten Gesetz sey wahres Volksrecht enthalten.

¹⁷ System I, p. 45.

¹⁸ Kenmerkend is wel dat het beroemde *Zeitschrift* dat Savigny tijdens zijn leven stichtte als titel had: *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft*. Onmiddellijk na de dood van Savigny in 1861 begon men een nieuwe tot de dag van vandaag doorlopende reeks onder de titel *Zeitschrift für Rechtsgeschichte*.

in zijn *System des heutigen römischen Rechts*.¹⁹ Dat in beide titels het Romeinse recht voorkomt is niet toevallig. De wetenschappelijke methode kon het beste van de Romeinse juristen en van het Romeinse recht worden geleerd. Niet in zijn billijkheid lag de kracht van dat recht, zoals Hugo de Groot en de natuurrechtsgeleerden hadden beweerd, maar in zijn roeping om te dienen als *Muster juristischer Methode*. In het Romeinse recht worden de leidende rechtsbeginselen zichtbaar waaruit het antwoord op elke concrete rechtsvraag zich met mathematische zekerheid laat afleiden. Men dient zich dus die *leitende Grundsätze* eigen te maken en daarvoor moet men bij de Romeinse juristen in de leer. Al in zijn beroemde pamflet *Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* uit 1814 zet hij deze denkbeelden uiteen:

In jedem Dreyeck nämlich giebt es gewisse Bestimmungen, aus deren Verbindung zugleich alle übrige mit Nothwendigkeit folgen: durch diese z.B. durch zwey Seiten und den zwischenliegenden Winkel ist das Dreyeck 'gegeben'. Auf ähnliche Weise hat jeder Theil unsres Rechts solche Stücke, wodurch die übrigen gegeben sind: wir können sie die leitenden Grundsätze nennen. Diese heraus zu fühlen und von ihnen ausgehend den inneren Zusammenhang und die Art der Verwandtschaft aller juristischen Begriffe und Sätze zu erkennen, gehört eben zu den schwersten Aufgaben unsrer Wissenschaft, *ja es ist eigentlich desjenige was unsrer Arbeit den wissenschaftlichen Charakter giebt!* (...) Es ist oben gezeigt worden, dass in unsrer Wissenschaft aller Erfolg auf dem Besitz der leitenden Grundsätze beruhe, und gerade dieser Besitz ist es, der die Grösse der Römischen Juristen begründet. Die Begriffe und Sätze ihrer Wissenschaft erscheinen ihnen nicht wie durch ihre Willkühr hervorgebracht, es sind wirkliche Wesen, deren Daseyn und deren Genealogie ihnen durch langen vertrauten Umgang bekannt geworden ist. (...) Darum eben hat ihr ganzes Verfahren eine Sicherheit, wie sie sich sonst außer der Mathematik nicht findet, und man kann ohne Übertreibung sagen, *dass sie mit ihren Begriffen rechnen.*²⁰

Heeft men zich deze juridische rekenmethode eenmaal eigen gemaakt dan is men in staat *wissenschaftliches Recht* voort te brengen. Bijna onmerkbaar en uiterst subtiel plant Savigny de uitdrukking *wetenschappelijk* van de *methode* van onderzoek over naar het *object* van onderzoek: de wetenschap van het recht schept wetenschappelijk recht, dat in wezen niets anders is dan het recht van de beroepsjuristen. Savigny stelt het juristenrecht en het wetenschappelijk recht dan ook aan elkaar gelijk. Maar ook hier mag men nooit vergeten dat deze beroepsjuristen de representanten zijn en blijven van het volk, zodat ook het wetenschappelijke recht wezenlijk volksrecht is.²¹ Daarin vindt het zijn uiteindelijke legitimatie.

Het grootste en merkwaardigste voortbrengsel van het tot juristenrecht ontwikkelde volksrecht is volgens Savigny²² de receptie van het Romeinse recht in Europa geweest, in

¹⁹ Bekend is de ook door Koschaker, o.c. p. 266 aangehaalde uitspraak van Savigny in een recensie op het *Lehrbuch der Geschichte des römischen Rechts* van Gustav Hugo: 'Die Ansicht, nach welcher die ganze Rechtswissenschaft nichts Anderes sei als Rechtsgeschichte, ist die würdigste, die für unsere Wissenschaft gefasst werden kann.'

²⁰ System I, p. 22, 28, 29.

²¹ System I, p. 46.

²² System I, p. 78

DE RECHTSBEOEFENING VOLGENS DERNBURG

de vorm waarin het door de school van Bologna is gegoten. Von Savigny kan niet ontkennen dat anders dan aan Italië en gedeeltelijk Frankrijk het justiniaanse Corpus Iuris vreemd was aan de Duitse landen, maar hij ziet de geleidelijke acceptatie van het Romeinse recht door het Duitse volk als een doordringen van het gewoonterecht. En weer benadrukt hij dat uit de wijze waarop de receptie plaatshad en door de grenzen die men aan haar heeft gesteld blijkt dat de receptie niet het product van gedachteloos toeval is maar in vol en helder bewustzijn is tot stand gebracht, zonder overigens tot voltooiing te zijn gekomen. Het gerecipieerde ontwikkelt zich immers nog steeds, *bildet immer fort*.²³ Zo komt Von Savigny dan tot de conclusie dat het gemene recht geen andere is dan het Romeinse recht in zijn bijzondere toepassing in Duitsland, dat wil zeggen begrensd enerzijds formeel door rijks wetten en particuliere rechten, anderzijds inhoudelijk door gewoonterecht en wetenschap. De eerste beperking maakt dat het Romeinse recht subsidiaire gelding heeft, de tweede beperking heeft bewerkstelligd dat sommige rechtsinstellingen als de slavernij, het colonaat, de stipulatie niet zijn gerecipieerd.²⁴ Maar, zo zegt Savigny in de aanvang van zijn werk, toch kunnen deze van belang zijn:

Denn alle wichtige Abweichungen vom reinen Römischen Recht, wie z.B. die Klagbarkeit aller Verträge ohne Stipulation, die ausgedehntere Wichtigkeit der bona fides, sind niemals dem Deutschen Reich eigenthümlich gewesen, sondern überall gleichmäßig anerkannt worden, so weit im neueren Europa Römisches Recht Anwendung gefunden hat.

Daher wird denn auch eine Darstellung des heutigen Römischen Rechts nur weniger Zusätze bedürfen, um zugleich als Darstellung des gemeinen Rechts für Deutschland gelten zu können.²⁵

Windscheid

De denkbeelden van Savigny zijn het meest volledig en het meest briljant verwoord door Bernard Windscheid (1817-1892) in zijn *Lehrbuch des Pandektenrechts*. Dit boek werd geraadpleegd als was het het wetboek zelve. Het heeft zo'n invloed op het BGB uitgeoefend dat het eerste concept *ein kleiner Windscheid* werd genoemd.²⁶ Het tweede definitieve ontwerp ondervond dezelfde kritiek van Dernburg in het Pruisische Herrenhaus

²³ System I, p. 79: Weit fühlbarer aber musste jene Reception in Deutschland werden, wo das Römische Recht selbst ein ganz neues, bisher unbekanntes Rechtselement war: freylich den neu entstandenen Lebensverhältnissen angemessen, da es nur dadurch Eingang finden konnte. Gerade hier nun ging ein langer und lebhafter Widerstreit der entschiedenen Reception vorher, und dadurch wurde diese Einwirkung des Gewohnheitsrechts sowohl vorbereitet, als constatirt. - Aber nicht blos die Aufnahme des Römischen Rechts an sich muss als entschiedener Einfluss des Gewohnheitsrechts unsere ganze Aufmerksamkeit auf sich ziehen, sondern eben so und fast noch mehr die bestimmte Art und Begränzung, in welcher diese Aufnahme Statt fand, indem daraus hervorgeht, dass dieselbe von einem klaren Bewusstseyn begleitet war, und nicht etwa als das Werk eines gedankenlosen Zufalls betrachtet werden darf.

²⁴ System I, p. 69.

²⁵ System I, p. 5

²⁶ Otto Bähr, gecit. in E. Wolff, Rechtsdenker der deutschen Geistesgeschichte, p. 613.

in 1895. Als grondslag van het wetboek diende:

Windscheid und eine Art gesunder Vernunft, kein Hintergrund einer bestehenden, gewachsenen, historischen, legislativen Anschauung. Meine Herren, von Windscheid ist reichlich Gebrauch gemacht worden.²⁷

Windscheid nu volgde Savigny getrouw in de beschrijving van het ontstaan van het recht en van de rechtsbronnenleer maar week op bepaalde onderdelen van de opvattingen van zijn leermeester af. Ook voor hem is de uiteindelijke bron van al het positieve recht *die Rechtsvernunft der Völker*.²⁸ Op twee wijzen brengt *diese Rechtsvernunft* recht voort, middellijk en onmiddellijk. Middellijk door middel van de wetgeving, onmiddellijk door de *gepraktiseerde* gewoonte. Windscheid noemt deze laatste wijze: *Uebung*. Deze *Uebung* ofwel gebruik is de uitdrukking van een gemeenschappelijke rechtsovertuiging van het volk.²⁹ Het volk dient dus overtuigd te zijn van de noodzaak en de juistheid van het gebruik. Wordt dan zo'n gebruik gedurende langere tijd in acht genomen dan spreken we van gewoonterecht. De ontwikkeling is dan steeds deze dat in de loop der tijden het gewoonterecht terugtreedt ten voordele van het wettenrecht en naar de achtergrond verdwijnt. Tot zover is er geen verschil met de uiteenzettingen van Savigny. Afwijkend is Windscheid op enkele onderdelen. In de eerste plaats ziet hij de gewoonte niet zoals Savigny en Puchta³⁰ als een *kenteken* van het volksrecht maar wel degelijk als *ontstaanswijze* van het recht. Dit subtiele verschil lijkt wat vergezocht maar is het niet. Achter beide opvattingen ligt een fundamenteel verschil in zienswijze op het recht. Windscheid noemt de zienswijze van Savigny en Puchta een 'spiritualistische'; het recht is al in de geest aanwezig, het dient enkel nog maar te worden gevonden en in de praktijk te worden gebracht zoals een beeld van bijvoorbeeld Rodin reeds aanwezig is in een blok marmer en alleen nog maar hoeft te worden bevrijd uit de omringende laag. Men zou geneigd zijn dit reeds in een voorstadium aanwezige recht te bestempelen als natuurrecht maar daar moest Savigny niets van hebben. Niet in de natuur maar in de 'geest' was het recht in zijn oervorm aanwezig. Savigny's opvatting is dus in wezen Platonisch en juist die geestelijke grondslag wordt door Windscheid genuanceerd.

Nicht die bloß theoretische Überzeugung schafft Recht, sondern nur diejenige, deren Energie groß genug ist um bestimmend auf die Gestaltung der Rechtsverhältnisse einzuwirken.³¹

²⁷ Verhandlungen, Session 1895, p. 113, gecit. uit W. Süß, *Heinrich Dernburg, Ein SpätPandektist im Kaiserreich*, 1991, p. 160.

²⁸ B. Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, 1891 I, p. 40, bewerkt door Th. Kipp 1906 I, p. 78.

²⁹ Windscheid o.c. p. 41.

³⁰ G.F. Puchta was de opvolger van Savigny op de Berlijnse leerstoel en schreef een standaardwerk over het gewoonterecht: *Das Gewohnheitsrecht*, 1828. Zie ook F.J.M. Schaap, *Puchta's kritiek van de doctrine van het gewoonterechtsbewijs en haar invloed op de hedendaagse literatuur*, 1991.

³¹ Windscheid o.c. p. 40 noot 2.

DE RECHTSBEOEFENING VOLGENS DERNBURG

Wil de rechtsovertuiging in acht worden genomen dan moet zij niet iets louter innerlijks zijn maar dient ze naar buiten te blijken in het gebruik. Ja, het kan goed zijn, aldus Windscheid, dat oorzaak en gevolg moeten worden omgekeerd en dat een gestadig gebruik de rechtsovertuiging creëert. In detailbepalingen of neutrale bepalingen van ordening - links of rechts rijden in het verkeer, een of twee jaar verjaringstermijn, opbieden of afmijnen bij een veiling etc. - wilde Savigny dit wel toegeven, maar in de wezenlijke bepalingen van het recht was dat voor hem vloeken in de kerk. Dan zouden immers ook toeval en willekeur aan het gewoonterecht ten grondslag kunnen liggen. De vraag komt er dus op neer of in wezenlijke juridische kwesties een gebruik kan ontstaan *zonder* voorafgaande overtuiging van zijn noodzaak. Kan met andere woorden gewoonterecht uit dwaling ontstaan? Windscheid is niet zo stellig in zijn ontkennend antwoord als Von Savigny en houdt de deur op een kier. In de meeste regelmatige gevallen ontstaat een gebruik niet 'zomaar' maar een duidelijke en onwrikbare reden om zo'n ontstaan *coûte que coûte* te ontkennen ontbreekt. Want, aldus Windscheid:

Was lange Zeit gewesen ist, erscheint uns blos deswegen weil es gewesen ist, als Recht.³²

Als gevolg van zijn opvatting over de gewoonte beschouwt Windscheid de wetgeving als een belangrijker rechtsbron dan het gewoonterecht. Ook daarin wijkt hij af van Savigny, die geheel volgens zijn 'spiritualistische' opvatting aan het gewoonterecht de eerste plaats blijft toekennen hoezeer het door de ontwikkeling van het recht ook naar de achtergrond verdwijnt. Windscheid schaart zich, wederom voorzichtig, in het kamp van degenen die zich keren tegen de 'afgoderij' van het gewoonterecht. Men kan er inderdaad niet omheen, zegt hij³³ dat het gewoonterecht slechts de door toevalligheden als tijd en plaats bepaalde uitdrukking is van de volkswil terwijl de wet berust op een bewuste afweging van de motieven die daaraan ten grondslag liggen en een bewuste formulering van de doelen die men ermee wil bereiken.

Tenslotte komt Windscheid te spreken over het juristenrecht, door Savigny gelijkgesteld aan het *wissenschaftliche Recht*. Het is veelbetekenend dat hij het *wissenschaftliche Recht* niet als afzonderlijke categorie vermeldt, ja zelfs de hele naam niet noemt. Kennelijk is hij met de uitdrukking *wetenschappelijk* recht niet gelukkig. En inderdaad. Zoals Koschaker reeds opgemerkt heeft³⁴ is de uitdrukking op zijn minst verwarrend omdat zij suggereert dat er ook onwetenschappelijk recht bestaat. Weliswaar kan het recht voorwerp zijn van wetenschappelijke behandeling maar is zelf noch wetenschappelijk noch onwetenschappelijk. Windscheid onderscheidt daarom de wetenschappelijke methode van rechtsbeoefening van de *uitkomst*: het recht, dat hij juristenrecht noemt. Is nu, zoals Savigny betoogde, dat juristenrecht niets anders dan het volksrecht op een hogere trap van

³² Windscheid o.c. p. 40 noot 4.

³³ Windscheid o.c. p. 41 noot 4.

³⁴ Koschaker, *Europa und das römische Recht*, München en Berlijn 1966, p. 209.

ontwikkeling of heeft het zich daarvan losgemaakt? In zijn antwoord blijft Windscheid zijn leermeester trouw. Ook hij beschouwt de juristen als de vertegenwoordigers van de totaliteit van het volk, *Gesamtheit des Volkes*. Omdat zij bovendien geen afgesloten stand vormen maar in beginsel open staan voor wie hun rangen wil versterken, blijft het volk het eigenlijke draagvlak en de uiteindelijke legitimatie van het door hen ontwikkelde recht ook al zal het zich daar in bijzonderheden niet van bewust zijn. Door de bestendige naleving, *diuturnus usus*, van dat recht gaat het tenslotte in het bewustzijn van het volk over en vormt zich daar. Aldus Windscheid:

Die Juristen sind deswegen, weil sie in der Beschäftigung mit dem Rechte einen besonderen Beruf haben, nicht weniger Glieder ihres Volkes und nicht weniger des in dem Volke lebenden Geistes theilhaftig; in ihnen bildet sich zugleich, eben weil sie der Pflege des Rechts ihre ausschliessliche oder vorzugsweise Thätigkeit zuwenden, ein rechtliches Bewusstsein leichter aus, als in den übrigen Gliedern des Volkes, und so sind die Juristen in den Zeiten, in welchen die rechtserzeugende Kraft in der Gesamtheit des Volkes abnimmt, in dieser Beziehung die natürlichen Vertreter der Gesamtheit.³⁵

Zoals we zojuist hebben gezegd verstaat Windscheid onder de rechtswetenschap de wetenschappelijke behandeling van het recht en daaraan wijdt hij enkele diepgravende beschouwingen. Allereerst valt onder die wetenschappelijke behandeling elke interpretatie, *Auslegung*, die immers de hogere, eigenlijke gedachte van een rechtsregel of een rechtsinstelling bepaalt.³⁶ Maar daar blijft het niet bij. Als de uitlegging haar werk heeft gedaan en de *eigentliche Gedanke* uit de woorden der wet heeft afgeleid, moet het resultaat van die uitlegging nog worden ontleed in de daarin vervatte begrippen die immers niets anders zijn dan 'samenvattingen van denkelementen'. De begrippen moeten dus in hun bestanddelen uiteen worden gehaald. In die wetenschappelijke werkzaamheden kan men ver en minder ver gaan en, zo zegt Windscheid, de moderne (dat wil zeggen pandektistische) rechtswetenschap heeft de neiging zo ver mogelijk te gaan. Dat is haar verdienste. Want de opgespoorde bestanddelen kunnen op hun beurt samenstellingen blijken te zijn van andere, vaak fundamentele elementen, enz., enz.. Windscheid geeft van deze wetenschappelijke behandeling een voorbeeld en wel de ontleding van een koopovereenkomst. Daaruit blijkt dat wij ons de door hem beschreven methode volkomen eigen hebben gemaakt. Zij is zozeer gemeengoed geworden dat men wel eens vergeet hoe betrekkelijk recent zij eigenlijk is. Ik geef het voorbeeld in het Duits weer:

Man vergleiche als Beispiel: Kaufvertrag ist ein Vertrag, durch welchen eine Sache gegen Geld abgetreten wird - Vertrag ist ein Rechtsgeschäft, welches dadurch zu Stande kommt, dass zwei (oder mehrere) übereinstimmende Willenserklärungen in ein gewisses Verhältnis zu einander treten - Rechtsgeschäft ist die Privatwillenserklärung, dass eine gewisse rechtliche Wirkung eintreten solle - Erklärung eines Willens ist was? - Wille ist was? - Uebereinstimmung ist was? - das erforderliche

³⁵ Windscheid o.c. p. 44.

³⁶ Windscheid o.c. p. 59.

DE RECHTSBEOEFENING VOLGENS DERNBURG

Verhältniss der beiden übereinstimmenden Willenserklärungen ist welches? - Sache ist was? - Abtretung ist was?³⁷

Met het uiteenhalen en de ontleding van de 'denkelementen' is de wetenschappelijke behandeling nog niet ten einde. Want de rechtsgevolgen van de ontlede begrippen doorkruisen elkaar en vormen de bouwstenen voor nieuwe architectuur; anders gezegd, - en hier neemt Windscheid de metafoor van Savigny's rekenmeesters over - : de rechtsbegrippen zijn de factoren waarmee een berekening wordt uitgevoerd die als resultaat de uiteindelijke beslissing van een rechtsvraag oplevert.

Die Rechnung muss natürlich ein um so sicheres Facit ergeben, je fester der Werth der Factoren steht. Es liegt zugleich auf der Hand, dass erst aus der vollen Erfassung der Rechtsbegriffe sich das wahre System der Rechte, die innere Zusammengehörigkeit seiner Sätze, ergeben kann.³⁸

Met het *wahre System der Rechte* zijn we tenslotte waar we wezen moeten. De constructie daarvan is de opgave van de rechtswetenschap. Voor de pandektisten heeft deze wetenschappelijke opgave een extra dimensie. Zij moeten uit de casuïstische teksten van het Corpus Iuris de in elke tekst verborgen rechtsregels en rechtsbegrippen opsporen en die speurtocht voortzetten tot aan de 'leidende beginselen' en vervolgens op die grondslagen een stelsel construeren, waarin elke tekst zijn natuurlijke plaats en rangorde krijgt. Om dat te bereiken is een dubbele vaardigheid vereist: een juridisch constructief vermogen (rekenen met rechtsbegrippen) gecombineerd met een gedegen kennis van de historische en filologische achtergrond van de bestudeerde teksten.³⁹ Terwijl de *rechtsgeleerdheid* er eeuwen over had gedaan om van de Romeinse casuïstiek een stelsel te maken moest de pandektistische *rechtswetenschap* dit in één generatie doen. Natuurlijk begon men in feite aan het einde, namelijk bij het stelsel en vulde de casuïstische teksten daarna in.

Ook voor Windscheid is het belangrijkste wapenfeit van het juristenrecht de receptie van het Romeinse recht in Duitsland. Niet door een daad van wetgeving, maar langs de weg van het gewoonterecht is het Duitsland binnengedrongen en dan niet door het gebruik (*Uebung*) dat het volk maar dat de juristen als representanten van het volk ervan maakten. Het Romeinsrechtelijke gewoonterecht

war gegenüber dem einheimischen Recht, nach Form und Inhalt so sehr das vollkommeneres dass es nicht mehr als *ein* Recht, sondern als *das* Recht erschien.⁴⁰

³⁷ Windscheid o.c. p. 59, noot 1.

³⁸ Windscheid o.c. p. 60.

³⁹ Indien men aldus de pandektistische methode door Windscheid uitgelegd ziet worden, valt het op hoeveel verwantschap ze vertoont met de werkwijze van 'onze' E.M. Meijers. Zie zijn proefschrift uit 1903 getiteld *Dogmatische rechtswetenschap*. Het woord dogmatiek bezigt hij alleen in andere, pejoratieve zin; waar wij spreken van dogmatiek spreekt hij van systematiek. Vgl. J.H.A. Lokin, *De plaats van Meijers in de legistische traditie*, in: Tekst en Uitleg, Opstellen over codificatie en interpretatie naar aanleiding van de invoering van het nieuwe burgerlijk Wetboek, 1994, p. 143-170.

⁴⁰ Windscheid o.c. p. 2.

Over de omvang van de receptie is hij duidelijk. In de vorm van het Corpus Iuris is het Romeinse recht in zijn geheel gerecipeerd. Het geldt als subsidiair recht en wordt slechts gemodificeerd door het canonieke recht, de Duitse rijkswetten en het gemene Duitse gewoonterecht, *ius incertum*. Bij twijfel dient de rechter ten gunste van de toepasbaarheid van het Romeinse recht te beslissen.⁴¹ De *Rechtswissenschaft* staat de jurist ten dienste om door haar wetenschappelijke methode twijfel omtrent de toepasbaarheid uit te bannen.

Dernburg

Anders dan Savigny en Windscheid heeft Heinrich Dernburg het historische keerpunt in de Duitse rechtsgeschiedenis meegemaakt. Ik bedoel natuurlijk de invoering van het BGB in het Duitse Keizerrijk op 1 januari 1900. Dernburg heeft tegenover dit feit zijn houding moeten bepalen en die kan niet anders worden omschreven dan als een van berusting. *Nothwendigkeit der Resignation*, zo begint een opstel waarin hij na de goedkeuring van het tweede ontwerp poogt nog enige verbeteringen aan te brengen in de rechtspositie van het minderjarige kind.⁴² In dit voorwoord accepteert Dernburg het voldongen feit van een nieuw wetboek. Wie kan zich, zo roept hij uit, aan de magie onttrekken van de woorden: *ein Kaiser, ein Reich, ein Recht!* Toch moet het hem van het hart dat hij met het resultaat van de wetgevende inspanningen verre van gelukkig is en dat hij in het Herrenhaus tegen het tweede ontwerp heeft gestemd omdat het niet aan zijn *wetenschappelijke inzichten* beantwoordde:

Für ein auf volksthümlicher Grundlage ruhendes, klares und lebendiges Recht habe ich in langer Thätigkeit meine beste Kraft eingesetzt. Als ich mich im vergangenen Frühjahr im Herrenhause gegen die Erhebung des Entwurfs zum nationalen Gesetzbuch erklärte, war dies eine Konsequenz meiner wissenschaftlichen Grundanschauungen. Denn allzuweit schien mir der Entwurf von diesen Ideal entfernt.⁴³

Wat dan waren deze wetenschappelijke inzichten die Duitsland naar een wetboek van andere snit zouden hebben gevoerd? Om die te weten te komen moeten we Dernburgs antwoord kennen op de vragen die ook bij Savigny en Windscheid aan de orde zijn gekomen over ontstaan en ontwikkeling van het recht en vooral over de rol van de rechtswetenschap.⁴⁴

⁴¹ Deze opvatting werd fel bestreden door Gerhard Beseler in zijn boek *Volksrecht en Juristenrecht* 1843. Hij leidde daarmee de controverse tussen romanisten en germanisten in die de gehele negentiende eeuw heeft geduurd. Windscheid o.c. p. 5 noot 2 gaat uitvoerig op de tegenwerpingen van Beseler in.

⁴² H. Dernburg, *Persönliche Rechtsstellung nach dem bürgerlichen Gesetzbuch*, Berlijn 1896.

⁴³ H. Dernburg, o.c. p. 5.

⁴⁴ De tegenstand van Dernburg tegen het BGB is ook op politiek vlak uitgevochten en wel zo heftig dat de Pruisische Minister de oppositie verklaarde uit het feit 'dass es ohne die Mitwirkung des Herrn Professor Dernburg zu Stande gebracht wird'. Dernburg reageerde fel en zei dat hij een eventuele *Ruf* nooit zou hebben aangenomen omdat hij voor commissiearbeid niet geschikt was. Zie voor dit alles Süß p. 149.

DE RECHTSBEOEFENING VOLGENS DERNBURG

Voor Dernburg is de volksovertuiging niet de bron van alle recht zoals Von Savigny leerde.⁴⁵ Neen:

Es ist die Volksüberzeugung nicht selbst Rechtsquelle, sie ist nur ein Motiv für die Bildung der Rechtsquellen.

Het verschil in inzicht is belangrijker dan het wellicht op het eerste gezicht lijkt. In de visie van Dernburg kan een overheid of een staat zich niet rechtstreeks op de volksovertuiging beroepen om een maatregel te legitimeren. Rechtsbronnen zijn er volgens Dernburg drie: wet, gewoonte en de constante jurisprudentie (*Gerichtsgebrauch*) waaronder hij verstaat 'de algemene, gelijkvormige en langjarige toepassing van een rechtsregel door de rechtbanken van het rechtsgebied'.⁴⁶ Anders dan Savigny beschouwt Dernburg de constante jurisprudentie niet als een subcategorie van het gewoonterecht, maar als een zelfstandige bron van recht. Niet *onder* maar *naast* het gewoonterecht heeft zij haar plaats. Als bewijs voor deze opvatting haalt Dernburg een wettekst aan van keizer Severus die door de jurist Callistratus is opgetekend en in de Digesten is terechtgekomen:

Want onze keizer Severus heeft bij rescript bepaald dat in geval van uit de wet voortvloeiende dubbelzinnigheden de gewoonte *of* het gezag van voortdurend in dezelfde zin gewezen vonnissen kracht van wet behoren te krijgen.⁴⁷

De verwantschap met het gewoonterecht ligt hierin dat er in beide gevallen een noodzakelijk geacht langdurig gebruik bestaat dat alleen al door zijn lange duur autoriteit en dus rechtskracht heeft. Het verschil echter is gelegen in de handelingen die men zo langdurig op dezelfde wijze verricht. Bij gewoonterecht gaat het om gedragingen of *Unterlassungen*, d.w.z. afwezigheid van gedragingen. *Gerichtsgebrauch* is een reeks van eensluidende rechterlijke uitspraken. Het laatste is dus steeds een juridische bezigheid van hoog intellectueel niveau. Dit verschil brengt Dernburg tot een formulering die in haar uitwerking grote consequenties heeft: *Die Gewohnheit bildet Volksrecht, der Gerichtsgebrauch Juristenrecht*.⁴⁸ Het juristenrecht dat de vrucht is van de rechtswetenschap en vorm krijgt in de jurisprudentie wordt *tegenover* het volksrecht gezet

⁴⁵ Dernburg, *Pandekten*, Berlijn 1903, p. 50: Gesetze und Gewohnheiten entstehen in der Regel nicht aus Willkür einzelner. Es liegen ihnen tiefere Momente zu Grunde. In ihnen macht sich die Rechtsansicht des Volkes geltend, in dessen Schosse sich das Recht entwickelt. Infolgedessen erblicken viele in der Volksüberzeugung die einheitliche und fundamentale Quelle des Rechtes. Insbesondere ist dies die Ansicht der hervorragendsten Vertreter der historischen Schule gewesen.

⁴⁶ Dernburg, o.c. p. 62: Gerichtsgebrauch ist die allgemeine, gleichförmigen und langjährige Übung eines Rechtsatzes durch die Gerichte des Rechtsgebietes.

⁴⁷ D. 1, 3, 38: *Callistratus libro I quaestionum*. Nam imperator noster Severus rescripsit in ambiguitatibus quae ex legibus proficiscuntur consuetudinem aut rerum perpetuo similiter iudicatarum auctoritatem vim legis optinere debere. Dernburg vervolgt: Der Gerichtsgebrauch wird hier mit Recht der Gewohnheit zur Seite gestellt, nicht untergeordnet.

⁴⁸ Dernburg o.c. p. 62.

en is er geen uitloper van, zoals Savigny betoogde. Dernburg bestrijdt dan ook de in zijn tijd nog heersende opvatting dat de juristen de representanten zijn van het volk en de volksovertuiging uitdragen, een opvatting die nooit bewezen is en volgens hem ook onbewijsbaar is.⁴⁹ Met name de mening dat de jurisprudentie slechts rechtskracht heeft wanneer zij op een volksovertuiging berust is een precaire en leidt praktisch tot verkeerde resultaten. Ook een herhaalde foutieve, op dwaling berustende, uitlegging van de wet *kan* (gewoonte)recht worden.⁵⁰ Dat zegt ook Celsus in D. 1, 3, 39:

Wat niet op rationele gronden is ingevoerd, maar aanvankelijk door een vergissing en vervolgens door gewoonte gelding heeft verkregen, heeft in analoge gevallen geen gelding.⁵¹

Anders dan Windscheid die in abstracto nog wel wil aannemen dat op dwaling berustende gewoontes kunnen bestaan maar uit de tekst van Celsus afleidt dat zij zich nooit tot geldig gewoonterecht kunnen ontwikkelen,⁵² betoogt Dernburg juist het omgekeerde. Een irrationele, op dwaling berustende rechtsregel - elders noemt Dernburg dat *anomales Recht*⁵³ - kan door de gewoonte wel degelijk rechtskracht krijgen, maar mag niet in analoge gevallen worden toegepast: *quod contra rationem juris receptum est, non est producendum ad consequentias*.⁵⁴

De conclusie van dit alles is dat Dernburg geen last heeft van de gekunstelde verbinding tussen juristenrecht en volksrecht en dientengevolge aan de rechtswetenschap een autonome plaats toekent die geen verdere legitimatie nodig heeft. Sterker nog, hij moest de rechtswetenschap verdedigen tegen de aanvallen van hen, die de rechtsbedeling (weer) wilden toevertrouwen aan niet in het geleerde recht geverseerde leken die hun oordeel vormden op grond van plaatselijke gebruiken en regionale gewoonten. Die verdediging heeft hij op schrift gesteld in zijn rectoraatsrede van 1884, getiteld: *Die Bedeutung der Rechtswissenschaft für den modernen Staat*. Het tijdstip van de rede is interessant. Het Duitse keizerrijk was dertien jaar tevoren ontstaan en de zogenaamde *lex Lasker* van 20 december 1873 had de mogelijkheid van een pan-Duits wetboek geschapen. In 1874 was een commissie benoemd waarin Bernard Windscheid de belangrijkste rol vervulde. Daaruit kan men afleiden dat de grondslagen waarop het nieuwe wetboek zou rusten die

⁴⁹ Dernburg o.c. p. 63, noot 4: Allein wenn wir auch von der Frage absehen, ob die Volksüberzeugung unmittelbare Rechtsquelle ist, so ist es doch jedenfalls unerwiesen und unbeweisbar, dass die Juristen spezifische Träger jeder Volksüberzeugung sind.

⁵⁰ Dernburg o.c. 59: Wiederholte irrtümliche Auslegung eines Gesetzes bildet noch kein Gewohnheitsrecht. Aber es kann aus ihr ein Gewohnheitsrecht erwachsen, indem das lange Zeit Geübte schliesslich um der langjährigen Übung willen selbständige Autorität gewinnt.

⁵¹ D. 1, 3, 39: *Celsus libro XXIII digestorum*. Quod non ratione introductum, sed errore primum, deinde consuetudine optentum est, in aliis similibus non optinet.

⁵² Windscheid, o.c. p. 42 en 43, noot 3.

⁵³ Dernburg o.c. p. 71.

⁵⁴ D. 1, 3, 14.

DE RECHTSBEOEFENING VOLGENS DERNBURG

waren welke de Historische School had gepropageerd. Geen rekening zou worden gehouden met

die im Absterben begriffenen Institute, überwiegend germanischer Ursprungs, welche als trümmerhafte Reste mittelalterlichen Wirtschafts-Verwaltungssystems in die Gegenwart hineinragen.

Neen, men zou de beproefde gemeenrechtelijke rechtsinstellingen te baat nemen en bij keuzes die gemaakt moesten worden zou men letten

in erster Linie nach Rücksicht des Bedürfnisses und der Zweckmässigkeit in zweiter Linie nach juristisch-logischer Folgerichtigkeit.

Uiteraard kwam er op deze uitgangspunten een felle reactie van met name de Germanisten. Zij verhevigden hun aanval toen Windscheid om persoonlijke redenen in 1883 uit de commissie trad. De rede van Dernburg is om twee redenen interessant. Allereerst omdat hij in zijn rede alle eer gaf aan de woordvoerder der Germanisten, Gerhard Beseler, die in 1884 zijn 50-jarig doctorsjubileum vierde. Voorts omdat in hetzelfde jaar ook Windscheid sprak over de rechtswetenschap in zijn Leipziger rectoraatsrede getiteld: *Die Aufgaben der Rechtswissenschaft*. Het is interessant te bemerken dat hun opvattingen zich anders tot elkaar verhouden dan men op grond van het voorgaande mocht verwachten.

De rechtswetenschap heeft volgens Dernburg de opgave het recht in al zijn verschijningsvormen te leren kennen en op grond van die kennis vervolgens opnieuw gestalte te geven, *weiter zu bilden*. De eerste opgave vervult zij door vergelijking van de rechten van verschillende volkeren en verschillende tijden, de tweede door op de resultaten van die synchrone en diachrone rechtsvergelijking verder te bouwen ten behoeve van de steeds veranderende eisen die het rechtsleven stelt. Twee gevaren ziet Dernburg de rechtswetenschap bedreigen; zij wortelen in wat hij noemt een romantische en een grove empirische ofwel zuiver praktische rechtsopvatting. Beide opvattingen houden met elkaar verband. De praktische rechtsopvatting kijkt niet verder dan de wettekst; op naïeve wijze gaat zij ervan uit dat de rechtspraktijk aan die tekst genoeg heeft.

Gebt uns eine kurze und klare Gesetzgebung, dann werden wir fertig, so meinen Viele, ohne Mühsal der Wissenschaft.⁵⁵

Die opvatting is naïef, betoogt Dernburg, want de formulering van de wettekst is zelf het resultaat van wetenschappelijke arbeid en is bovendien nooit ondubbelzinnig.

Das Wort kündigt den gesetzgeberischen Gedanken. Aber das Wort ist ein gar zweideutiges Medium. Aus demselben Satze liest der Eine das Gegenteil von dem heraus, was der Andere in ihm findet.⁵⁶

⁵⁵ Dernburg, *Bedeutung der Rechtswissenschaft*, p. 11.

⁵⁶ Dernburg, *Bedeutung*, p. 12

LOKIN

De rechtswetenschap nu moet de rechter te hulp komen bij het vinden van de toepasselijke betekenis. Daar houdt haar taak niet op. Ze dient de wettekst vervolgens terug te brengen naar de rechtsbeginselen die er aan ten grondslag liggen want elke wet behoudt iets fragmentarisch. Hoe rustelozter de wetgever doende is, des te groter wordt de opgave van de rechtswetenschap. Ze dient verbanden te leggen en de verschillende bepalingen met elkaar in harmonie te brengen.

Die Harmonie des positiven Rechtes, seine Übereinstimmung mit der Natur der Sache, d.h. dem Rechte, welches der Idee der Rechtsinstitute entspricht, kann nur die Wissenschaft herstellen.

De rechtswetenschap bestaat volgens Dernburg dus in de formulering en uitlegging van een gezaghebbende tekst, in het verbanden leggen waar op het eerste gezicht geen verbanden zijn, in het blootleggen van de fundamenteen waarop de wettelijke bepalingen zijn gebouwd en in het harmoniëren van die bepalingen die in strijd met elkaar lijken te zijn, in het opsporen van de leidende rechtsbeginselen enz. enz. Dat daarbij de geschiedenis de sleutel was tot een goed begrip van het geldende recht behoeft voor Dernburg geen betoog. Alles bijeen, betoonde hij zich in dit opzicht een trouw aanhanger van de Historische School.

Met het gevaar van wat Dernburg noemde de empirische opvatting hing dat van de romantische samen. Die keerde zich tegen de juristen en het juristenrecht en wilde de rechtspraak, ontdaan van haar *gelehrte Kram*, teruggeven aan de leken, zoals dat in de Middeleeuwen geschiedde waarin *ungelehrte Schöffen aus unmittelbarem Gefühl heraus das Recht fanden*. Kortom, recht door en voor het volk. Die opvatting, aldus Dernburg

knüpft an das vielumstrittene, theoretisch und praktisch wichtige Problem des Gegensatzes des Volksrechtes zum Juristenrechte an.⁵⁷

Zoals we hebben gezien hadden Windscheid en Dernburg een tegengestelde mening en daaraan hielden beiden in hun redes uit 1884 onverkort vast. Twee citaten mogen dat nog eens verduidelijken. Windscheid:

Das Recht verwirklicht sich in der Volksgemeinschaft. Die Völker sind Individuen wie die Menschen. Sie entstehen, wachsen, sterben ab. Im Laufe ihres Lebens schreiten sie, wenn die in sie gelegte geistige Kraft ausreicht und die Verhältnisse günstig sind, zu immer höherer Kultur fort. Damit entwickelt, bereichert, verfeinert sich ihr Recht, welches eben der Ausdruck der Erkenntnisstufe ist, zu welcher sie als Volk gelangt sind. So gibt es einen Fortschritt im Rechte, und es entsteht die interessante Aufgabe, das Fortschreiten der Rechtsidee durch die verschiedenen Völker zu verfolgen.⁵⁸

⁵⁷ Dernburg, *Bedeutung*, p. 6. Zie over de discussie Juristenrecht en Volksrecht ook het fraaie hoofdstuk in Koschaker, *Europa und das römische Recht*, 1966, pp. 196-212.

⁵⁸ Windscheid, *Die Aufgaben der Rechtswissenschaft: Gesammelte Reden und Abhandlungen*, Leipzig 1904, p. 106.

DE RECHTSBEOEFENING VOLGENS DERNBURG

Daartegenover Dernburg:

Es ist herkömmlich das Juristenrecht als eine Art Volksrechtes zu betrachten und hiernach zu rechtfertigen. Das Recht, lehrt man, entstehe einzig durch die Überzeugung des Volkes, die Juristen seien bei komplizierteren Verhältnissen die natürlichen Repräsentanten des Volkes in rechtlichen dingen, das *Juristenrecht* habe daher *Geltung* als *Volksrecht*. Dies sind gesuchte und nicht haltbare Stützen.⁵⁹

De paradox nu is dat Windscheid op grond van het tot juristenrecht geëvolueerde volksrecht tot onpraktischer opvattingen geraakte dan Dernburg die de band tussen volksrecht en juristenrecht losliet. De laatste houdt veel meer rekening met de praktische consequenties van een verdedigde mening, op de in het volk levende rechtsovertuiging, op de 'aard van de zaak' etc. dan Windscheid die zich dikwijls verstrikt in de dogmatiek en de begrippenleer. Als vertegenwoordiger van de zelfstandige juristenstand staat Dernburg met zijn oplossingen dichter bij het 'volk' dan Windscheid die zich uiteindelijk als een exponent van het volksrecht beschouwde. Aan de hand van twee onderwerpen hoop ik de verwantschap en het verschil tussen Dernburg en Windscheid duidelijk te maken.

Excurs

Het eerste onderwerp dat hier wat uitgebreider behandeld wordt betreft de aansprakelijkheid van de contractant voor schade die door de schuld van een te hulp geroepen derde bij de uitvoering van het contract is veroorzaakt. Dat men aansprakelijk was voor de delicten van degenen die in een afhankelijkheidsbetrekking stonden - slaven, kinderen *sub potestate* - was een uitgemaakte zaak. Men noemde die aansprakelijkheid noxale aansprakelijkheid; zij kende een uitgebreide regeling. Hier ging het niet om delicten maar om contracten en niet alleen om slaven of *fili familias* maar om vrije personen die door de contractant werden ingeschakeld bij de uitvoering van het contract. Was de contractant steeds aansprakelijk voor de handelingen en gedragingen van deze hulplieden? In ons recht is dit nauwelijks meer een vraag. De contractant staat als het ware garant voor de gedragingen van de hulppersonen; hun fouten zijn zijn fouten. In het Romeinse recht had men met zo'n algemene garantieaansprakelijkheid meer moeite en wel om een principiële reden. Zoals de debiteur zich verbonden wist met *zijn* crediteur en dus geen genoegen hoefde te nemen met een andere schuldeiser die tegen zijn zin in de plaats was getreden, zodat onze moderne cessie niet mogelijk was; zoals de vertegenwoordiger steeds zelf aansprakelijk was eventueel naast de vertegenwoordigde omdat hij het was die had gehandeld, zo was ook slechts degene die *culpa* had, aansprakelijk. Men kende dus in beginsel geen risicoaansprakelijkheid ofwel aansprakelijkheid zonder schuld.

Culpa was steeds vereist maar niet altijd in dezelfde mate. Er waren graden van aansprakelijkheid die afhingen van de mate van zorg die de debiteur in acht moest nemen. Hoe groter de zorgplicht, hoe lichter de graad van schuld was om te kunnen worden

⁵⁹ Dernburg, *Bedeutung*, p. 11.

aangesproken. Zo had men dan een reeks van gradaties die begon bij *dolus*, boos opzet, en liep van *culpa lata* tot *culpa levissima*, de allerlichtste vorm van schuld. De graad van schuld hing niet alleen af van het contract - de bruiklener had een grotere zorgplicht dan de bewaarnemer - maar ook van de contractant. Zo hadden de schippers, kroegbazen en stalhouders een bijzondere aansprakelijkheid voor schade aan de aan hen toevertrouwde zaken. Zelfs als zo'n zaak beschadigd was zonder schuld, dan waren deze personen in beginsel nog aansprakelijk. Zij vormden daardoor een uitzondering op de regel dat er steeds sprake moest zijn van een persoonlijke schuld en werden dan ook gedrieën in een aparte titel van de Digesten vermeld. De reden van hun uitzonderingspositie zag Ulpianus⁶⁰ gelegen in de slechte reputatie *improbitas*, die deze lieden aankleefde en die wellicht door deze versterkte aansprakelijkheid kon worden verbeterd. Slechts in geval van overmacht *vis maior*, hadden zij een verweer. Zo ging bijvoorbeeld de schipper vrijuit als zijn schip was overvallen door piraten.

Hoe zit het nu met degene die een derde betreft bij de uitvoering van een contract en zelf volledig buiten de schade staat die deze derde heeft veroorzaakt. Kan de gelaedeerde hem rechtstreeks aanspreken? De hoofdregel was duidelijk. Slechts indien er sprake is van schuld, kan hij worden aangesproken. Die schuld zag men gelegen in zijn verkeerde keuze van de hulppersoon. Het was dus niet zozeer een morele schuld als wel een juridische schuld die de contractant werd verweten. Hij had maar iemand moeten kiezen die bekwaam of zorgvuldiger of intelligenter was. Zijn schuld was een *culpa in eligendo*. De *culpa in eligendo* werd rechtstreeks verwoord in het geval dat een pachter van een boerderij een slaaf huurt die het vuur van de oven moet bewaken en in slaap is gevallen. De pachter is aansprakelijk op grond van de pachtovereenkomst als hem het verwijt kan worden gemaakt dat hij zijn personeel onzorgvuldig heeft gekozen.⁶¹

Een soortgelijk geval doet zich voor wanneer ik iemand uitkies om de zaken van een ander waar te nemen en de gekozene veroorzaakt schade door zijn schuld. Ik ben dan met de actie uit waarneming aansprakelijk omdat ik op onverstandige wijze, *imprudenter* mijn keuze heb gemaakt.⁶²

⁶⁰ D. 4, 9, 3, 1.

⁶¹ D. 9, 2, 27, 9: *Ulpianus libro octavo decimo ad edictum*. Si fornicarius servus coloni ad fonacem obdormisset et villa fuerit exusta, Neratius scribit ex locato conventum praestare debere, si negligens in eligendis ministeriis fuit: ..., nec quisquam dixerit in eo qui obdormivit rem eum humanam et naturalem passum, cum deberet vel ignem extinguere vel ita munire, ne evagetur. Vert. Als de slaaf-stoker van een pachter bij een oven in slaap gevallen is en de hofstede is afgebrand, dient de pachter, naar Neratius schrijft, wanneer hij op grond van de pachtovereenkomst wordt aangesproken, aansprakelijk te zijn, indien hij onzorgvuldig is geweest bij het kiezen van zijn personeel. ... En laat niemand beweren dat degene die in slaap gevallen was, werd overvallen door iets menselijks en iets natuurlijks, aangezien het zijn plicht was ofwel het vuur uit te maken ofwel het zo af te schermen dat het niet om zich heen kon grijpen.

⁶² D. 3, 5, 20, 3: *Paulus libro nono ad edictum*. Mandatu tuo negotia mea Lucius Titius gessit: quod is non recte gessit, tu mihi actione negotiorum gestorum teneris non in hoc tantum, ut actiones tuas praestes, sed etiam quod imprudenter eum elegeris, ut quidquid detrimenti neglegentia eius fecit, tu mihi praestes. Vert. Op uw last heeft Lucius Titius mijn zaken waargenomen. Voor datgene wat hij

DE RECHTSBEOEFENING VOLGENS DERNBURG

Ik geef een zaak in bruikleen aan een taxateur. Wanneer de zaak door een tussenpersoon wordt terugbezorgd en zij gaat door toedoen van hem teniet, dan moet onderscheid gemaakt worden. Als ik de taxateur opdracht heb gegeven dat hij de zaak aan deze persoon moest toevertrouwen, dan is het verlies voor mijn risico; heeft de taxateur zelf iemand gekozen, dan is hij aansprakelijk omdat de uitgekozen persoon niet voor zijn taak berekend is.⁶³

Indien ik een zaak aan een taxateur heb gegeven, is het de vraag of deze te vergelijken is met aan wie een zaak in bruikleen is gegeven. Als de zaak teniet is gegaan bij de terugbezorging, zal dit voor mijn risico zijn, althans als ik hem instructies had gegeven omtrent de persoon door wiens tussenkomst hij de zaak moest terugbezorgen. Maar indien hij deze zelf heeft toevertrouwd aan iemand van zijn keuze, zal hij jegens mij eveneens voor schuld aansprakelijk zijn, gesteld dat hij haar in zijn eigen belang gekregen heeft, omdat hij iemand uitgezocht heeft die niet geschikt genoeg was om deze taak naar behoren uit te voeren.⁶⁴

Hetzelfde onderscheid wordt gemaakt indien de persoon die de zaak moet terugbezorgen ermee vandoor gaat. Indien de eigenaar opdracht had gegeven de zaak aan deze persoon af te staan, dan is het risico voor hem. Had de bruiklener uit eigen beweging de zaak afgegeven aan de tussenpersoon die slechts een aanmaning wilde overbrengen, dan is het risico voor de bruiklener omdat hij de verkeerde persoon had gekozen.

Iemand die eropuit was gestuurd om een in bruikleen gegeven zaak terug te halen is ervandoor gegaan, nadat hij haar teruggekregen had. Indien de eigenaar gelast had de zaak aan die persoon te geven, dan is zij voor risico van de eigenaar verloren gegaan; indien hij hem eropuit had gestuurd om de bruiklener eraan te herinneren dat de in bruikleen gegeven zaak moest worden terugbezorgd, dan is het voor rekening van de bruiklener.⁶⁵

Alleen in het geval waarin er op zorgvuldige wijze een tussenpersoon is uitgekozen die in alle opzichten voor zijn taak berekend was, is degene die hem heeft gekozen gedisculpeerd

niet correct heeft waargenomen, wordt u jegens mij gehouden met de actie uit zaakwaarneming, niet alleen in zoverre dat u mij uw acties moet cederen, maar ook dat u jegens mij instaat voor alle schade die zijn onzorgvuldigheid heeft veroorzaakt; zulks wegens het feit dat het onverstandig is geweest om Titius te kiezen.

⁶³ De tekst is ook in een ander opzicht interessant: de aansprakelijkheid van de taxateur is groter indien de zaak aan hem in zijn belang is afgestaan dan wanneer de bruiklening alleen in mijn belang is geschied.

⁶⁴ D. 13, 6, 10, 1: *Ulpianus libro vicensimo nono ad Sabinum*: Si rem inspectori dedi, an similis sit ei cui commodata res est, quaeritur. sed et si dum refertur perit, si quidem ego mandaveram per quem remitteret, periculum meum erit: si vero ipse cui voluit commisit, aequè culpam mihi praestabit, si sui causa accepit,

D. 13, 6, 11: *Paulus libro quinto ad Sabinum*. qui non tam idoneum hominem elegerit, ut recte id perferri possit.

⁶⁵ D. 13, 6, 12, 1: *Ulpianus libro vicensimo nono ad Sabinum*. Commodatam rem missus qui repeteret cum recepisset, aufugit. si dominus ei dari iusserat, domino perit: si commonendi causa miserat, ut referretur res commodata, ei qui commodatus est.

LOKIN

indien deze tussenpersoon toch iets overkomt, bijvoorbeeld als het aan hem toevertrouwde zilver toch is gestolen. Dat zegt Julianus:

Stel dat ik in bruikleen gekregen zilver zou hebben overhandigd aan een slaaf van mij om het naar u toe te brengen. Deze slaaf was zo voor zijn taak berekend dat niemand er rekening mee behoefde te houden dat hij ooit door een stel booswichten bedrogen zou kunnen worden. Het zal dan u en niet mij tot nadeel zijn, als die slechte lieden hem het zilver toch afhandig gemaakt hebben.⁶⁶

Eenzelfde geval bespreekt Ulpianus. Een zilversmid brengt zilverwerk op zicht naar U toe. Het bevalt U niet en U laat het terugbezorgen door Uw slaaf. Zonder uw schuld gaat het verloren. Het risico is hier voor de zilversmid omdat hij het in zijn belang had afgestaan. Labeo voegt er aan toe dat in het algemeen degene die iets ter bewaking of ter vervoer aan een ander toevertrouwt aansprakelijk is voor zijn keuze. De uitzondering hier is gelegen in het feit dat de zilversmid uit zakelijk belang de zaak had uitgeleend en de slaaf geen schuld trof aan het verlies ervan.

Een vennoot heeft op eigen houtje buiten medeweten van zijn andere vennoten iemand aangetrokken als nieuwe vennoot. De man blijkt onvermogen te zijn. Is hij voldoende gekwetten als hij de actie die hij tegen hem heeft overdraagt aan zijn medevennoten of moet hij tegenover hen voor alle schade instaan? Pomponius twijfelt daarover maar voor Ulpianus is het duidelijk. Hij is volledig aansprakelijk voor de schade die uit zijn foute keuze voortvloeit.

Aangaande het volgende punt twijfelt Pomponius: is het voldoende dat de vennoot die een andere vennoot heeft opgenomen de actie aan zijn medevennoten overdraagt, zodat hij tegenover hen verder niets hoeft te presteren, indien die andere persoon onvermogen is? Of moet hij daarentegen er jegens hen voor instaan dat zij geen schade zullen lijden? Ik ben van mening dat hij in alle opzichten aansprakelijk is voor die ander, die hij op eigen houtje heeft opgenomen; men kan immers moeilijk ontkennen dat de betrokkene er door zijn schuld is bijgehaald.⁶⁷

Een zelfde vraag deed zich voor bij de overeenkomst van huur. Is de huurder aansprakelijk voor alle schadeveroorzakende gedragingen van de personen die hij in zijn huis binnen laat of kan hij volstaan met het overdragen van de schadeclaims aan de verhuurder. Ulpianus acht hem volledig aansprakelijk wegens *culpa in admittendo* en in dit geval is Pomponius het volledig met hem eens.

⁶⁶ D. 13, 6, 20: *Julianus libro tertio ad Urseium Ferozem*. Argentum commodatum si tam idoneo servo meo tradidisset ad te perferendum, ut non debuerit quis aestimare futurum, ut a quibusdam malis hominibus deciperetur, tuum, non meum detrimentum erit, si id mali homines interceptissent.

⁶⁷ D. 17, 2, 23 pr: *Ulpianus libro trigesimo ad Sabinum*. De illo Pomponius dubitat, utrum actionem eum mandare sociis sufficit, ut, si facere ille non possit, nihil ultra sociis praestet, an vero indemnes eos praestare debeat. et puto omnimodo eum teneri eius nomine, quem ipse solus admisit, quia difficile est negare culpa ipsius admissum.

DE RECHTSBEOEFENING VOLGENS DERNBURG

Laten wij eens bezien of een huurder moet instaan voor schuld van zijn slaven en voor allen die hij binnenlaat. ... Mijn opvatting is als volgt: ook als er niets overeengekomen is, moet hij voor de schuld van hen die hij heeft binnengelaten op eigen naam instaan, tenminste als hem schuld treft bij hun toelating, omdat hij er dat soort huisgenoten of gasten op na heeft gehouden. Dit standpunt onderschrijft Pomponius in het 63e boek van zijn *Het Edict*.⁶⁸

U hebt mijn slaaf als muilezeldrijver gehuurd; door zijn onachtzaamheid is de muilezel gestorven. Wie is voor de schade aansprakelijk? Zoals steeds hangt dat van de omstandigheden van het geval af. Heb ik hem zorgvuldig verhuurd dan ben ik aansprakelijk voor zover ikzelf schuld heb. Maar heb ik er zomaar eentje uitgekozen zonder de vereiste zorgvuldigheid in acht te nemen, dan ben ik alleen al wegens *culpa in eligendo* aansprakelijk.⁶⁹

Uit deze en de vorige teksten blijkt dat er steeds *culpa* werd geconstrueerd.

Tot nu toe verschilden Windscheid en Dernburg op de wezenlijke punten niet met elkaar van mening. Dat werd anders bij de behandeling van een tekst van Gaius over het gebrekkige vervoer van een zuil. De tekst was het breekijzer dat het strenge *culpa* vereiste loswrikte en een opening maakte naar de garantieaansprakelijkheid. De in de tekst behandelde casus groeide uit tot een vermaarde kwestie die vele pennen in beweging zette:

Iemand heeft het vervoer van een zuil op zich genomen. Indien deze gebroken is bij het optakelen of bij het vervoer of bij het neerzetten, is hij voor dit risico slechts dan aansprakelijk, indien er sprake is geweest van enige schuld van hemzelf of van degenen van wier arbeid hij gebruik gemaakt heeft; er is echter geen sprake van schuld, indien alles gedaan is wat een uiterst zorgvuldig man in een dergelijk geval in acht zou hebben genomen. Uiteraard dienen wij hetzelfde aan te nemen als iemand het vervoer van vaten of bouw materiaal op zich genomen heeft, en hetzelfde kan ook op alle andere zaken van toepassing worden verklaard.⁷⁰

Windscheid behandelde de *in der neuen Zeit berühmte Frage*⁷¹ consequent volgens de in de teksten gevonden regel; slechts aansprakelijkheid bij schuld. Dat betekent dat aansprakelijkheid pas wordt aangenomen wanneer én de hulppersonen én de opdrachtgever schuld kan worden aangewreven. Bevestiging voor zijn mening vond Windscheid in de Latijnse tekst die immers zegt: *si qua ipsius eorumque culpa*

⁶⁸ D. 19, 2, 11, pr.: *Ulpianus libro trigesimo secundo ad edictum*. Videamus, an et servorum culpam et quoscumque induxerit praestare conductor debeat? ... mihi ita placet, ut culpam etiam eorum quos induxit praestet suo nomine, etsi nihil convenit, si tamen culpam in inducendis admittit, quod tales habuerit vel suos vel hospites: et ita Pomponius libro sexagesimo tertio ad edictum probat.

⁶⁹ D. 19, 2, 60, 7.

⁷⁰ D. 19, 2, 25, 7: *Gaius libro decimo ad edictum provinciale*. Qui columnam transportandam conduxit, si ea, dum tollitur aut portatur aut reponitur, fracta sit, ita id periculum praestat, si qua ipsius eorumque, quorum opera uteretur, culpa acciderit: culpa autem abest, si omnia facta sunt, quae diligentissimus quisque observaturus fuisset. idem scilicet intellegemus et si dolia vel tignum transportandum aliquis conduxerit: idemque etiam ad ceteras res transferri potest.

⁷¹ Windscheid o.c. II p. 461 noot 5. (1906, p. 746 noot 5).

acciderit. De tekst heeft het over *eorumque* en niet over *eorumve*. Aldus Windscheid,⁷² die de *culpa* van de vervoerder beschouwde als een *culpa in eligendo*. Toch moest hij zich in allerlei bochten wringen om zijn mening overtuigend te presenteren. We laten hem zelf aan het woord:

Es heisst hier: "eorumque" nicht "eorumve"; also wird culpa sowohl bei dem Unternehmer für erforderlich erklärt (culpa in eligendo), als bei dem Gehilfen. Will man aber dies auch nicht annehmen, also nicht annehmen, dass der Verfasser der Stelle die "culpa ipsius" als culpa in eligendo gedacht habe, so ist doch die andere Annahme vollkommen erlaubt, dass er culpa in eligendo vorausgesetzt habe.⁷³

Mocht Gaius de *culpa in eligendo* niet concreet in zijn gedachte hebben gehad, dan mag men gerust aannemen dat hij haar heeft voorondersteld, zo is Windscheid's gedachtengang. Voor Dernburg was dit allemaal te subtiel. Hij achtte de tekstuitlegging én ... én niet aannemelijk en voerde een tekst aan waaruit bleek dat het voegwoord *que* distinctief kan worden gebruikt d.w.z. ook een scheiding aan kan duiden, met andere woorden ook *of* kan betekenen in plaats van *en*.⁷⁴

Een koppeland voegwoord wordt namelijk, zoals Labeo zegt, soms als scheidend opgevat, bijv. in de stipulatie 'u en uw erfgenaam aan mij en mijn erfgenaam'.⁷⁵

Maar wat voor Dernburg de doorslag gaf was het onpraktische van Windscheid's opvatting. Waren immers de klassieke juristen niet bij uitstek praktisch? Het moest maar eens uit zijn met die dogmatische *Prinzipienreiterei*. Dernburg:

Und ist nicht der Ausspruch von Gaius über die Haftung des Prinzipals für die Fehler der Gehilfen der praktisch vernünftige, entspricht er nicht der Tendenz, die überall bei den klassischen Juristen hervortritt, die Haftung für culpa zu verstärken! Wozu ihn also wegdeuten bloß zu Ehren eines Prinzipes, welches vollständig durchzuführen doch nicht tunlich ist und das die Römer in vielen Fällen durch Ausnahmen durchbrachen.⁷⁶

Belangrijk is dat Dernburg's opvatting gesteund werd door enkele uitspraken van de rechtbanken, met name van het *Reichsgericht*, hoewel daar in Dernburg's tijd minder gewicht aan werd gehecht als tegenwoordig. De rechterlijke uitspraken gaven destijds geen

⁷² Windscheid steunde zijn mening vooral op de uiteenzettingen van Goldschmidt in het Zeitschrift für Handelsrecht 16, 355.

⁷³ Windscheid o.c. II p. 461 noot 5 (1906, p. 747 noot 5).

⁷⁴ Ook had Dernburg nog een gezocht maar vernuftig argument tegen Windscheid's opvatting. Als steeds beiden schuld moesten hebben zou het kunnen gebeuren dat de opdrachtgever schuld had en zijn hulppersonen niet. Dan zou de opdrachtgever toch vrijuit gaan en dat is ondenkbaar, aldus Dernburg.

⁷⁵ D. 50, 16, 29: *Paulus libro sexagesimo sexto ad edictum*. Coniunctionem enim nonnumquam pro disiunctione accipi Labeo ait: ut in illa stipulatione 'mihi heredique meo te heredemque tuum'.

⁷⁶ Dernburg o.c. II p. 107 noot 8. Dernburg was overigens niet de enige die deze mening verkondigde. Hij had gezaghebbende medestanders o.a. Puchta, Brinz en natuurlijk Ihering. De vindplaatsen staan bij Windscheid o.c. II, p. 461 noot 5. (1906, p. 746 noot 5).

DE RECHTSBEOEFENING VOLGENS DERNBURG

doorslag in een juridische discussie; zij werden dan ook niet aangehaald in de grote standaardwerken. Doorslaggevend was de innerlijke consistentie van de oplossing en haar plaats in het stelsel van de wet. Dat antwoord kon in laatste instantie alleen de rechtswetenschap geven. De verhouding tussen rechter en doctrine was dus omgekeerd aan die in onze tijd. De rechter hield in zijn vonnis steeds rekening met de uitkomsten van de rechtsleer en haalde dan ook de gezaghebbende schrijvers in zijn uitspraak aan. Die gewoonte is in Duitsland tot op de dag van vandaag gehandhaafd. In ons land is het zwaartepunt komen te liggen bij de rechtspraak. Niet alleen houden de rechtsgeleerde schrijvers rekening met de meest recente uitspraken van de rechters. Die uitspraken worden vaak klakkeloos als 'de laatste waarheid' beschouwd. In die visie is de doctrine er voornamelijk om de rechtspraak van een 'theorie' te voorzien. Dat ondermijnt het gezag van de wet en brengt ons dichter bij de Engelse rechtsbeoefening die zich immers ontwikkelt van uitspraak tot uitspraak. Hoe het ook zij, de *Civilsenat* van het *Reichsgericht* heeft in een uitspraak van 23 juni 1883 de mening van Dernburg c.s. bevestigd. Zij betrof het schip *Emma* dat met behulp van de sleepboot *Baas* op de Elbe van Harburg naar Hamburg werd gesleept en daarbij op een zandbank liep en zonk. De eigenaren van de *Emma* spraken die van de *Baas* aan tot het betalen van de schade. De laatsten trof echter persoonlijk geen schuld en de vraag was nu of de vervoerder, *conductor operis*, aansprakelijk was voor culpose handelingen of omissies van de hulppersonen die hij ter uitvoering van de overeengekomen prestatie in de arm had genomen. Het *Reichsgericht* antwoordde bevestigend in overeenstemming met enkele uitspraken van lagere rechters en beriep zich dadelijk op Alois Brinz die in zijn *Pandekten*⁷⁷ de kwestie uitvoerig behandelde en er zelfs de Griekse Basilica bijhaalde om de juistheid van zijn interpretatie aan te tonen. Ook ging het rijksgerecht zelf in op de *Digestentekst* D. 19, 2, 25, 7 en noemde het woord *eorumque ein ungenauer Ausdruck*. Het moest natuurlijk *eorumve* zijn. Ondubbelzinnig vond het gerecht zijn opvatting terug in een tweede *Digestentekst*:

Julianus zegt dat er op grond van zaaksbeschadiging door een derde echter niet tegen hem geprocedeerd kan worden. Door welke vorm van bewaking had hij namelijk kunnen bereiken dat er geen onrechtmatige schade door een derde toegebracht kon worden? Marcellus zegt daarentegen dat dit soms wel mogelijk is, als het namelijk wel bewaakt had kunnen worden om het toebrengen van schade te voorkomen, of als de bewaker zelf de schade heeft toegebracht. Deze opvatting van Marcellus verdient bijval.⁷⁸

Maar de voornaamste reden van de aansprakelijkheid van de vervoerder zag het gerecht gelegen in *die Natur der Sache*. De vervoerder verplichtte zich immers niet tot het

⁷⁷ Alois Brinz, *Pandekten* II, 1879, p. 278 e.v.

⁷⁸ D. 19, 2, 41: *Ulpianus libro quinto ad edictum*. Sed de damno ab alio dato agi cum eo non posse Iulianus ait: qua enim custodia consequi potuit, ne damnum iniuria ab alio dari possit? sed Marcellus interdum esse posse ait, sive custodiri potuit, ne damnum daretur, sive ipse custos damnum dedit: quae sententia Marcelli probanda est.

zorgvuldig uitkiezen van en toezicht houden op zijn hulppersonen, maar hij verplichtte zich onmiddellijk tot het behalen van het (eind)resultaat, in dit geval tot het veilig en onbeschadigd afleveren van de *Ema* in Hamburg. En of hij bij de uitvoering van zijn taak nu dode zaken of levende personen gebruikt, doet niet ter zake. Voor beide is hij juridisch verantwoordelijk. Zo beperkt volgens het gerecht de verplichting van de bruiklener de geleende zaak terug te bezorgen zich niet tot het terugbezorgen zelf maar tot het resultaat van die bezorging, namelijk de restitutie van de zaak. (D. 13, 6, 10, 1). Zo is het ook als men bij het beheer van een vermogen de hulp van derden inroept voor het uitoefenen van een bepaalde taak (D. 3, 5, 20).

Op de gedaagden, eigenaren van de sleepboot *Baas*, rustte derhalve de bewijslast. Zij moesten bewijzen dat de onmogelijkheid van de prestatie buiten ieders schuld was ontstaan. Hun beroep dat zij niet de zwaarste zorgplicht (*custodia*) hadden ten aanzien van de *Ema* deed niet ter zake aangezien het ongeluk veroorzaakt was door een verkeerde inschatting van de machinist van de *Baas*.

Zo werd door middel van de Digestentekst van het vervoer van de zuil een bres geslagen in de oeroude Romeinse opvatting dat voor aansprakelijkheid persoonlijke schuld vereist was.

Een andere bres sloeg Rudolf von Ihering. Al in 1867 bepleitte hij in een geschrift getiteld *Das Schuldmoment im römischen Privatrecht* een heel andere grondslag voor de aansprakelijkheid voor fouten van derden. Ook voor hem bleef het uitgangspunt dat degene die een prestatie *zelf* moest verrichten en een ander daarmee belastte, voor diens schuld hoe licht ook instond en dat degene die niet zelf hoefde te presteren maar alleen maar een ander uit te kiezen had, instond voor onzorgvuldigheid en slordigheid bij het kiezen, *culpa in eligendo*. Zoals Gaius zegt over de reders, de kroegbazen en stalhouders: *culpa reus est quod opera malorum hominum uteretur* d.w.z. hij heeft schuld omdat hij van de arbeid van onbekwame lieden gebruik maakte. Maar toch heeft deze constructie iets geforceerds, aldus Ihering. Over het algemeen beantwoordden de Romeinse juristen de vraag naar schuld van de schuldenaar steeds concreet en individueel, maar in deze gevallen werd de schuld 'abstract' vastgesteld, los van de persoonlijke verwijtbaarheid. Dat geforceerde zag Ihering ook in het geval dat iemand een slaaf doodt terwijl hij niet wist dat hij hem aan een ander verschuldigd was of dat iemand een slaaf vrijlaat die hij krachtens een fideicommiss moest afgeven.

De volgende vraag wordt gesteld: is ook degene die de slaaf gedood heeft zonder te weten dat hij hem verschuldigd is aansprakelijk? Julianus is die mening toegedaan met betrekking tot iemand die een slaaf heeft vrijgelaten zonder te weten dat hem in een codicil het fideicommiss was opgelegd hem [aan iemand anders] af te geven.⁷⁹

⁷⁹ D. 45, 1, 91, 2: *Paulus libro septimo decimo ad Plautium*. De illo quaeritur, an et is, qui nesciens se debere occiderit, teneatur: quod Iulianus putat in eo, qui, cum nesciret a se petitum codicillis ut restitueret, manumisit.

DE RECHTSBEOEFENING VOLGENS DERNBURG

In deze gevallen was volgens Ihering van werkelijke, d.w.z. concrete culpa geen spoor te ontdekken, *im Gegenteil die Schuldlosigkeit liegt auf flacher Hand* en toch werd de aansprakelijkheid onder het gezichtspunt van de culpa gebracht. Waarom, zo vroeg Ihering zich af, deden de Romeinen dat?

Ich kann keinen anderen Grund entdecken als die ihnen von mir unterstellte Idee, dass bei nicht zu beschaffener Leistung die Verschuldung die Voraussetzung der vollen Haftung sei.⁸⁰

Ihering opteert daarom voor een geheel ander gezichtspunt, namelijk dat van de vanzelfsprekende garantieaansprakelijkheid, die men ook in het aedilicisch edict aantreft.

Lasst sich diese Haftung unter den Gesichtspunkt der eigenen Verschuldung bringen? Nicht mehr und nicht weniger, als die Haftung aus dem ädilitischen Edikt.⁸¹

De algemene garantieaansprakelijkheid van de schuldenaar voor fouten van de hulppersonen waarvoor Ihering een pleidooi hield is er in het BGB inderdaad gekomen. Lezen we echter *Motive* dan blijkt dat de ontwerpers zich niet door Ihering lieten inspireren maar door de opvatting van Dernburg over de onvoorwaardelijke aansprakelijkheid van de *conductor operis* in de tekst over het vervoer van de zuil. De *Motive* constateren dat *die Frage* van de aansprakelijkheid voor hulppersonen in het gemene recht *eine der meistbestrittenen* is. Geldend recht is de mening van Windscheid volgens welke de schuldenaar voor de fouten van derden slechts aansprakelijk is voor zover hij bij de keuze of bij de supervisie of bij de wellicht vereiste instructie aan de hulppersonen gefaald heeft.

Die Praxis der deutschen Gerichte hat auf dem Boden des gemeinen Rechtes an der erwählten Ansicht im Wesentlichen festgehalten; in Ansehung des *conductor operis* ist jedoch unbedingte Haftung für das Verschulden der Gehülfen angenommen, auch wenn er in concreto nicht zur persönlichen Ausführung verpflichtet ist.⁸²

Ten bewijze van deze laatste vaststelling wordt o.a. verwezen naar Dernburg en naar het vonnis van het *Reichsgericht* inzake het gezonken schip *Ema*. Volgens de *Motive* heeft de gesignaleerde afwijkende opvatting steeds algemenere toepassing gekregen, zozeer dat het toenmalige rechtsverkeer in elke verplichting uit contract een garantie ingesloten zag voor het foutloos gedrag van derden van wie de schuldenaar zich bedient bij de uitvoering van zijn prestatie. Die constatering heeft geleid tot de formulering van § 224 lid 2, thans § 278:

§ 278: Der Schuldener hat ein Verschulden eines gesetzlichen Vertreters und der Personen, deren er sich zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit bedient, in gleichem Umfange zu vertreten wie eigenes Verschulden.

⁸⁰ Ihering, *Das Schuldmoment im römischen Privatrecht*, Giessen 1867, p. 49.

⁸¹ Ihering o.c. p. 47.

⁸² B. Mugdan, *Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich*, II 1899, p. 16.

Zo heeft de opvatting van Dernburg over het vervoer van een zuil in D. 19, 2, 25, 7 geleid tot een wettelijke oplossing die, zo erkennen ook de *Motive* een groot aantal moeilijkheden uit de weg ruimt en de rechtspraak grote diensten bewijst.

Het tweede onderwerp waarin een verschillende zienswijze van Windscheid en Dernburg tot uiting komt, betreft de beroemde vraag in welke omvang het Romeinse recht in de Duitse landen is gerecipieerd.⁸³ Windscheid vertegenwoordigde de algemene opvatting die kortweg inhield dat het Romeinse recht zoals dat door Justinianus was vastgelegd en in de school van Bologna was onderwezen, *in complexu*, dat wil zeggen in zijn totaliteit gold tenzij het was opzijgezet door een wettelijke bepaling of door een gewoonte. Windscheid zegt het aldus:

In dieser Gestalt (i.e. van het Corpus Iuris Civilis) ist das römische Recht als Ganzes⁸⁴ recipirt worden; daher braucht seine Anwendbarkeit nicht für jeden einzelnen in ihm enthaltenen Satz gerechtfertigt zu werden; jeder in ihm enthaltene Satz ist für anwendbar zu erachten, so lange sich nicht Gründe gegen seine Anwendbarkeit ergeben.⁸⁵

In de visie van Windscheid kan dus de gewoonte een Romeinsrechtelijke regel in onbruik doen raken. Men kan zich voorstellen dat dit aanleiding geeft tot twijfelgevallen. In die gevallen moest, volgens Windscheid, de rechter beslissen ten gunste van het Romeinse recht.⁸⁶ Men begrijpt dat deze opvatting fel bestreden werd door de germanisten onder aanvoering van Otto von Gierke en Gerhard Beseler.⁸⁷ Zij namen een (overigens fictief) Duits privaatrecht als uitgangspunt en lieten het Romeinse recht slechts toe in zoverre het daadwerkelijk gerecipieerd was. Om het pregnant te zeggen; niet maakte het eigen Duitse recht (wet en gewoonte) inbreuk op het gemene Romeinse recht, maar het gerecipieerde Romeinse recht maakte inbreuk op het eigen Duitse recht.

Dernburg nam als romanist een praktisch standpunt in. Hij betoogde dat het *Corpus Iuris* in de Duitse landen zijn gelding ontleende, niet aan een positieve invoeringswet maar aan het feit dat het als gewoonterecht werd nagevolgd. (Geschreven) Romeins recht was dus (ongeschreven) Duits gewoonterecht.

⁸³ Zie hierover ook W. Süss, *Heinrich Dernburg, ein Spätpandektist im Kaiserreich*, Ebelsbach 1991, p. 214-216.

⁸⁴ Windscheid *Lehrbuch*, p. 4, noot 1: Wie man sich früher ausdrückte: "in complexu". Das will sagen: Gegenstand der Reception waren nicht die einzelnen römischen Rechtssätze wegen ihres besonderen Inhalts, sondern Gegenstand der Reception war das römische Rechts als solches.

⁸⁵ Windscheid o.c. p. 5, noot 2: Der Richter wird also selbständig zu untersuchen haben, ob nicht Gründe für die Anwendbarkeit eines in Frage gestellten Satzes des römischen Rechts vorliegen, wohin namentlich auch gehört, dass das Verhältnis, auf welches sich ein römischer Satz bezieht, heutzutage ganz fehlt. Im Zweifel aber wird er sich allerdings für die Anwendbarkeit zu entscheiden haben.

⁸⁶ Windscheid, *Lehrbuch*, 1906, p. 5 noot 2.

⁸⁷ Zie met name G. Beseler, *Volksrecht und Juristenrecht*, 1843.

DE RECHTSBEOEFENING VOLGENS DERNBURG

Eine alte Behauptung ist, dass das *corpus juris civilis* als Ganzes - in complexu - Gesetz für Deutschland geworden sei. Mann schloss daraus, dass jeder Satz jenes Rechtsbuches "fundatam intentionem in jure" gewähre, d.h. in Deutschland Recht mache, solange seine Beseitigung durch eine Rechtsquelle nicht nachgewiesen sei.

Dies entsprach den Grundanschauungen der Rezeptionszeit. Denn damals sah man das *corpus juris civilis* als ein für Deutschland unmittelbar verbindliches Gesetz an. Später erkannte man, dass das *corpus juris Justiniani* in Deutschland niemals als Gesetz publiziert wurde. Seine Geltung beruht, dies ist unzweifelhaft, nur auf Gewohnheit.⁸⁸

Daaruit volgde dat de omvang van de receptie van het Romeinse recht uit de gewoonte moest blijken en door de gewoonte werd begrensd. Als dus blijkt dat Romeinse rechtsregels nooit in de Duitse samenleving of in de Duitse rechtsovertuiging, *Rechtsanschauung* tot leven zijn gekomen hebben ze geen rechtskracht, ook in beginsel niet als slapende rechtsregels. De rechter moet dus zonder vooringenomenheid nagaan of

ein im Corpus Iuris Civilis enthaltener Satz wirklich in die deutsche Gewohnheit übergegangen ist.⁸⁹

Dernburg's opvatting verschilde in dit opzicht dus niet zo veel van de germanisten maar van een principiële gelijkstelling tussen Duits en Romeins recht moest hij niets hebben. Zijn overweging was een praktische, geen principiële. Bij de vraag welk recht gold heeft, aldus Dernburg, door de eeuwen heen de praktische behoefte de doorslag gegeven. Het Romeinse recht diende daarbij dikwijls tot niet meer dan tot een geleerde legitimering die door extensieve interpretatie tot stand kwam.

In den früheren Jahrhunderten hat man sehr unbefangenen Rechtssätze, welche dem römischen Rechte zuwiderliefen, durch Belegstellen aus dem römischen Recht begründet. Damit nahm man es durchaus nicht genau. Schliesslich entschied bei Streitfragen in der Praxis das herkömmliche Recht, das praktische Bedürfnis. Die römische Stelle kolorierte nur das Resultat. Unter solchen Umständen vermochte man zu sagen, das römische Recht gelte in seiner Gesamtheit, da man sich vorbehielt, es überall, wo es nicht passte, wegzuinterpretieren.⁹⁰

De receptie in haar totaliteit kan schadelijk zijn, aldus Dernburg, omdat zij de geleerde jurist er toe kan verleiden talrijke rechtsregels theoretisch als bestaand aan te nemen, die geen grondslag hebben in het werkelijke leven. Dat alles betekent dat het romeinse recht slechts gelding heeft in zoverre het waarlijk praktisch is geworden.⁹¹

⁸⁸ Dernburg, *Pandekten* I, p. 8.

⁸⁹ Dernburg o.c., p. 9.

⁹⁰ Dernburg o.c. p. 9, noot 7.

⁹¹ Dernburg, o.c. p. 9, noot 7: Aber die Konsequenz durfte nun nicht sein, dass jetzt das Römische schlechthin gelte, sondern die Erkenntnis musste zur Geltung kommen, dass es nur soweit gelte, als es in Wahrheit praktisch wurde.

Het eigen karakter van de rechtswetenschap

Nu we de verschillende benaderingswijzen van Windscheid en Dernburg aan de hand van een concreet vraagstuk hebben laten zien, keren we terug naar hun beider opvatting over doel en kenmerk van de rechtswetenschap. Die opvattingen kunnen naar mijn oordeel een bijdrage leveren aan het huidige debat over de 'wetenschappelijkheid' van de theoretische rechtsbeoefening. Het blijkt namelijk dat beiden zich moeite hebben gegeven het wetenschappelijk kenmerk van de rechten te vergelijken met dat van de natuurkunde en zich afgevraagd hebben of die kenmerken onder één noemer konden worden gebracht.

Windscheid

In zijn Leipziger rectoraatsrede uit 1884 heeft Windscheid de zijns inziens beperkte taak van de rechtswetenschap uiteengezet. Op grond van die ook door Windscheid erkende beperking heeft men aan het einde van de 19e eeuw de plaats van de rechtswetenschap in de wetenschappelijke academies in twijfel getrokken. Daar moeten we ons niets van aantrekken, zegt Windscheid. Onze wetenschap is een praktische wetenschap.

Die Rechtswissenschaft ist eine praktische Wissenschaft. Das ist ihre Ehre. Es gibt eine Auffassung, nach welcher der wahren Wissenschaftlichkeit durch die Verfolgung praktischer Ziele Eintrag geschehen soll. Jedenfalls in unseren Akademien der Wissenschaften hat die Rechtswissenschaft als solche keinen Platz. Wir lassen uns dadurch nicht irre machen Es ist schön, sich im Aether reiner Erkenntnis zu wiegen; es ist schöner für das Wohl der Menschheit zu arbeiten.

Het uiteindelijke doel van de rechtswetenschap is allereerst het hedendaagse, geldende, toepasbare recht te leren kennen, niet als iets dat *is* maar als iets dat *geworden is*. Men kan het zijnde recht - of dat nu bestaat in de vorm van een wetboek of niet - dus pas kennen als men de wordingsgeschiedenis kent. Dat inzicht toont de noodzaak van de rechtsgeschiedenis aan maar, aldus Windscheid, men moet niet vergeten dat de rechtsgeschiedenis een hulpwetenschap is. Zij heeft slechts waarde in zover zij bijdraagt tot het begrijpen van het geldende recht. Bedrijft men de rechtsgeschiedenis enkel omwille van haarzelf dan hoort zij niet tot het domein van het recht maar tot dat van de algemene geschiedenis. Niet anders staat het met het filosofisch doorgronden van rechtsbegrippen:

Um ihrer Selbstwillen ist dem Jurist auch diese Begriffsergründung nicht gestattet, sondern nur als Mittel zum Zweck.

Het doel is nogmaals het toepasselijke recht te leren kennen. Dat onderzoek houdt niet op bij het achterhalen van de kenbare bedoeling van de wetgever. Omdat de wetgever ook maar een mens is en dus onderhevig aan de algemene zwakte van de menselijke natuur kan de wetenschappelijke uitlegging soms de bedoeling tot gelding brengen die de wetgever

DE RECHTSBEOEFENING VOLGENS DERNBURG

eigenlijk in zijn geest had willen hebben.⁹² Mag dat wel? Neen, zeggen de meeste schrijvers. Daarmee stelt zich de uitlegger boven de wet; die uitlegging is *Unterschiebung*. Ja, zegt Windscheid, die uitlegging is niets anders dan *Enthüllung*.

Moet de jurist bij het aldus 'onthullen' van de wet zich als een 'informele' wetgever opstellen? Neen, zegt Windscheid, en hij gebruikt daarbij een in later tijd veel gesmade uitdrukking: dat is niet de rol van de jurist als zodanig, *der Jurist als solcher*. De jurist als zodanig is niet geroepen de inhoud van de wetgeving te bepalen, hij is niet *der berufene Gesetzgeber*. Die inhoud wordt bepaald door ethische, politieke of economische overwegingen. Maar de rechtswetenschap verschaft aan de wetgever de begrippen die noodzakelijk zijn om het resultaat van die overwegingen te formuleren. Zij brengt met andere woorden de wil van de wetgever tot uitdrukking en hoe helderder zij dat doet des te minder zal de wettelijke regel aanleiding geven tot twijfel en vragen. Door het kiezen van de juiste, scherp omgrensde begrippen is de rechtswetenschap bepalend voor de kwaliteit van de wet en in breder verband van een algehele codificatie. Het pleidooi voor een zuivere begrippenleer, die een van de voornaamste taken van de rechtswetenschap zou moeten zijn, heeft de naam van Windscheid onverbrekelijk verbonden met de steeds in pejoratieve zin gebruikte uitdrukking *Begriffsjurisprudenz*. De woorden *der Jurist als solcher* zijn los van hun context tot symbool geworden van die verbondenheid.⁹³

Concluderend kunnen we stellen dat Windscheid voor de rechtswetenschap een bescheiden maar onmisbare rol ziet weggelegd die de kwaliteit van de rechtsbeoefening verhoogt. Het wetenschappelijke kenmerk is gelegen in het steeds opnieuw zoeken naar de zuiverheid van de juridische begrippen en naar nieuwe verbanden tussen die begrippen die door het steeds veranderende rechtsverkeer worden vereist. De vraag of dit nu *zuivere* wetenschap is laat hem in beginsel koud. De rechtswetenschap heeft haar eigen karakter.

Dernburg

Tien jaar na zijn Berlijnse rectoraatsrede heeft Dernburg zich nog eens uitgelaten over het wetenschappelijke kenmerk van de rechtswetenschap in een opmerkelijke rede getiteld *Die Phantasie im Recht*.⁹⁴ Zijn betoog is fundamenteeler dan dat uit 1884 en mijns inziens ook dan dat van Windscheid.

Dadelijk aan het begin van zijn rede bepaalt Dernburg zijn plaats en die plaats is opmerkelijk. Als schutspatroon - zo noemt hij hem - schaart Dernburg zich onder de

⁹² Windscheid, *Die Aufgaben der Rechtswissenschaft*, Gesammelte Reden und Abhandlungen 1906, p. 110: ... den Gedanken, welchen er eigentlich hat denken wollen - vorausgesetzt natürlich, dass sie (i.e. die wissenschaftliche Auslegung) ihn mit Sicherheit erkennt - zur Geltung bringen...; die unfertigen Gedanken des Gesetzgebers fertig zu denken.

⁹³ Zie bijv. U. Falk, *Der wahre Jurist und der Jurist als solcher*, in R.J. 12, 1993, 598-633; J. Rückert, *Bernard Windscheid und seine Jurisprudenz als solche im liberalen Rechtsstaat*, in J u S 1992, 902-908.

⁹⁴ H. Dernburg, *Die Phantasie im Rechte*, Berlin 1894.

banier niet van Windscheid maar van Rudolf von Ihering, die als een tweede Prometheus de juristen goddelijk vuur bracht. Ihering was evenals Windscheid twee jaar tevoren, in 1892, gestorven en de keuze voor de 'bekeerde' Ihering laat ons Dernburg kennen als een late criticus van de 'logische' rechtsopvatting van de pandektisten. Die kritische houding van Dernburg is mijns inziens te weinig benadrukt in de geschriften over hem.

Dadelijk stelt Dernburg zich teweer tegen de mathematische rechtsopvatting die hij, wellicht uit kiesheid, niet met Windscheid maar met de filosoof en mathematicus Leibnitz in verband brengt.

Da handelt es sich um Rechnen mit Begriffen, haben wir mit Rechtssätzen nach Art der Mathematik zu operieren, um sichere und bestimmte objectiva und unpersönliche Urtheile zu gewinnen.

Leibnitz hoogste ideaal was een *tabellenmäßige Zusammenstellung der Rechtssätze*. Zo ver is het gelukkig niet gekomen, maar de moderne handboeken komen toch dicht in de buurt, aldus Dernburg.

Tegenover deze zienswijze, die ook die van de Historische School is, stelt Dernburg de fantasie, waaronder hij verstaat de verbeeldingskracht die het levend makend fundament van het recht is. Daardoor *bestaat* het recht. De jurist moet met de kracht van zijn verbeelding zich inleven in personen en in situaties waarmee hij persoonlijk nooit in aanraking komt. In die verbeelding zit een subjectief element, een gevoelselement, zo men wil en dat element is bijvoorbeeld in het ontwerp BGB te weinig aanwezig. Dernburg neemt deze overweging te baat om stevige kritiek uit te oefenen op met name het personen- en familierecht van het ontwerp. De positie van de vrouw, van de natuurlijke kinderen, van de minderjarigen is er op achteruitgegaan indien men haar vergelijkt met het veel 'warmere' Pruisische Landrecht. Eén voorbeeld van zijn kritiek dat ons nu wat merkwaardig voorkomt:

In de Duitse landen woedde evenals elders in Europa een strijd tussen kerk en staat over de geldigheid van het huwelijk. Was het kerkelijk huwelijk geldig voor de staat zoals dat eeuwen het geval was geweest of erkende de staat slechts de burgerlijke huwelijkssluiting. De Franse Code civil had rigoureuus in laatste zin besloten. Het BGB wilde eveneens het burgerlijke huwelijk, die *sogenannte obligatorische Civilehe* zoals Dernburg zegt, verplicht stellen. Dernburg wilde daarentegen de verloofden de keuze laten tussen kerkelijk en burgerlijk huwelijk en ziet de *Zwangscivilehe* als een aantasting van de vrijheid die de ontwerpers van het BGB zo hoog in het vaandel voerden. Maar dat is niet alles. Ze hadden bovendien het recht aan de vrouw ontnomen om geslachtsverkeer te weigeren wanneer de man zijn belofte om na het burgerlijk huwelijk nog een kerkelijk huwelijk te sluiten niet nakwam. De vrouw werd zo het enige doeltreffende wapen dat zij had, uit handen geslagen. Ontoelaatbaar, aldus Dernburg en een teken van de ongevoeligheid van het paragrafenrecht.⁹⁵

⁹⁵ Dernburg, *Phantasie* p. 25.

DE RECHTSBEOEFENING VOLGENS DERNBURG

Ook in de rechtswetenschap moet de verbeeldingskracht het instrumentarium van de jurist - methode, logica, kritiek - bezielen. Die verbeeldingskracht zag hij aanwezig in de glossatoren van Bologna, in Thomasius en in Savigny en die verbeeldingskracht is des te meer nodig in de huidige tijd, aldus Dernburg. Want de rechtswetenschap dreigt te verdorren en te verworden tot rechtsstatistiek, tot het verzamelen en ordenen van de jurisprudentie van de gerechtshoven.

Die Methode der Naturwissenschaften, Beobachtung, Sammlung, Zerlegung, Vergleichung von Thatsachen gilt als die für das Recht allein massgebende.

Daartegen moeten we stelling nemen, aldus Dernburg en hij haalt daarbij een Arabisch spreekwoord aan dat luidt: 'Een korrel geest weegt zwaarder dan twintig schepel getallen.' Er is een groot verschil tussen het *doel* en daardoor tussen de *methode* van beide wetenschappen. De natuurkunde werkt met *fysieke verschijnselen*, het recht met *ideeën*. Het doel dat de natuurkundige hoopt te bereiken is het vinden van een verklaring voor een verschijnsel dat zintuiglijk waarneembaar is (de appel valt naar beneden). Vandaar dat de waarneming zo'n grote rol speelt of ze nu met het blote oog, met een telescoop of met een microscoop geschiedt. De waarneming is steeds het uitgangspunt, de zichtbare, tastbare, ruikbare, hoorbare waarneming. De verschijnselen zelf vallen buiten de grenzen van de innerlijke beschouwing. De rechtswetenschap moet de door haar opgestelde regels keuren en ontwikkelen met betrekking tot de norm die zij zich heeft gesteld. Dat doel ligt buiten de zintuiglijke ervaring; bepalend zijn krachten die niet zichtbaar zijn. Zo'n doel is bijvoorbeeld de sociale gerechtigheid.

Fassen wir als den Zweck 'soziale Gerechtigkeit', so fragt es sich, worin sie besteht, wie sie zu erhalten ist, welche Mittel zu ihr führen. Da kommt in Betracht die Werthung der Persönlichkeit und ihr Verhältnisse zur Gesamtheit, Freiheit und Autorität, natürliches Sein und physisches Bedürfnis und Sittlichkeit, Vergangenheit, Gegenwart, Zukunft. Das lässt sich nicht physisch messen, hier bedarf es der Augen des Geistes, der Phantasie und des Verstandes.

Het fundamentele verschil in doel tussen natuurkunde en rechtsgeleerdheid - de fysieke werkelijkheid of zo men wil waarheid tegenover een norm, d.w.z. een denkbeeld - vertaalt zich in het verschil in methode. De jurist moet leren *juristisch zu fabulieren* en zich hoeden voor een strak dogmatisme dat de rechtswetenschap tot een natuurkundig herbarium maakt waarin de rechtsregels als krachteloze plantenresten worden geclassificeerd. We moeten derhalve de natuurkunde niet willen nabootsen. Het zou een ernstige dwaling zijn, aldus Dernburg, als men de wetenschap wil laten opgaan in alleen maar reproductieve fantasie, d.w.z. *in der Kunst, die feststehenden Regeln sich zu versinnlichen*.⁹⁶ Het resultaat is dan dode *Buchstabenjurisprudenz*. Dernburg beveelt de bestudering aan van de Romeinsrechtelijke jurisprudentie. Uit de duizenden opgetekende

⁹⁶ Dernburg, *Phantasie*, p. 38.

gevallen kan de student niet alleen de leidende beginselen leren maar ook de praktische oplossingen.

De methode van de rechtswetenschap moge een andere zijn dan die der natuurwetenschap, zij is niet minder wetenschappelijk. Het is een samenwerking van verstand en verbeelding die Dernburg tot slot aldus verwoordt:

Nur aus dem Zusammenwirken von Verstand und Phantasie erwächst die Harmonie, in welcher Wirklichkeit und Ideal sich einen.

Slotsom

Als we uit de denkbeelden van Windscheid en Dernburg over ontstaan, doel en karakter van de rechtswetenschap een conclusie moeten trekken, dan is het wel deze dat de theoretische rechtsbeoefening, of men haar nu wetenschap noemt of geleerdheid of kunst of kunde, een geestesdiscipline is met haar eigen regels en haar eigen methode. Die eigenstandigheid volgt uit haar normatieve aard. Aan de rechtswetenschap staan hulpwetenschappen ten dienste, rechtssociologie, criminologie, forensische psychologie, rechtseconomie, rechtsfilosofie, rechtsgeschiedenis en vroeger toen men nog met handschriften werkte de filologie. Maar geen van die hulpwetenschappen is doorslaggevend voor een billijke rechtsbedeling. Hun resultaten worden meegewogen voor het eindoordeel en bij die weging heeft elk resultaat een eigen gewicht dat wisselt met iedere rechtsvraag. De rechtssociologie kan aantonen dat de meerderheid van de bevolking voor de doodstraf is in zedenmisdrijven waarbij kinderen zijn betrokken, de rechtseconomie kan aantonen dat de doodstraf kostenbesparender is dan levenslange opsluiting en behandeling, de criminologie en de psychologie kunnen aantonen dat bij pedofielen behandeling nauwelijks of geen resultaat heeft en net zo goed achterwege kan blijven, de rechtsfilosofie kan argumenten voor herinvoering van de doodstraf leveren en zich daarbij beroepen op grote denkers uit het verleden, de rechtsgeschiedenis kan laten zien dat de tijd waarin de doodstraf verboden was korter is dan die waarin ze was toegestaan, dat alles kan ons toch doen besluiten het verbod op de doodstraf te handhaven omdat we het gewicht van al die argumenten lichter achten dan het gewicht van het ethische argument dat men in de Nederlandse rechtsstaat geen mensen ter dood brengt. Dit juridische wegen, wikken en beschikken kan niet zonder wat Dernburg *die Phantasie* noemde, de verbeeldingskracht. Het is die verbeeldingskracht die aan de rechtswetenschap haar zelfstandigheid verleent en die zelfstandigheid moet zij blijven benadrukken, zoals Dernburg dat deed. Dat betekent dat zij zich niet op het Procrustusbed moet laten leggen van de natuurkunde of de sociologie of de economie of welke andere discipline ook.⁹⁷ Dernburg's betoog heeft voor de huidige tijd niets aan waarde verloren en we vinden het

⁹⁷ In dezelfde zin A.R. Mackor, Tegen de methode, *NJB* 2007, p. 1465.

dan ook terug in verschillende recente pleidooien.⁹⁸ Uiteindelijk hebben verstand en fantasie waarover Dernburg spreekt hun moderne formulering gevonden in de redelijkheid en billijkheid. Deze combinatie van redelijkheid en billijkheid kan nooit worden bereikt door enkel statistische gegevens van uitspraken of mathematische jurimetrie. Wil men de rechtsgeleerdheid een wetenschap noemen - en daar is mijns inziens niets tegen - dan is zij een geesteswetenschap die verwantschap vertoont met de literaire wetenschappen (de zogenaamde alfawetenschappen) en met de maatschappijwetenschappen (de zogenaamde gammawetenschappen) zonder daaraan gelijk, laat staan ondergeschikt te zijn.

Van Dernburg's verstand en fantasie bestaat ook een al eeuwenoude formulering en met haar zou ik dit opstel willen besluiten. Zij is van de Romeinse jurist Celsus. Op elegante wijze omschreef hij wat Savigny als rechtswetenschap betitelde als de kunde van wat goed en billijk is,⁹⁹ ofwel:

ius est ars boni et aequi

⁹⁸ Laatstelijk C.H. Sieburgh, *L'art de la distinction - "alle oordeel is dat des onderscheidts"*, in: *Fiduciaire verhoudingen, Libellus amicorum Prof. mr. S.C.J.J. Kortmann* 2007, pp. 187-206; het artikel zal ook verschijnen in *NJB* 2008, pp. 3-13, J.H. Nieuwenhuis, *De juristen moeten de vragen stellen*, Interview in *Ars Aequi* 2007, pp. 920-925, dezelfde: *Hoe is begrip van het burgerlijk recht mogelijk? Drie vormen van voorstelling: ruimte, tijd en gewicht*, in *RM Themis*, 2007, 227-240. Over de methode: R.A.J. van Gestel en J.B.M. Vranken, m.m.v. J.L.M. Gribnau en H.E.B. Tijssen, *Rechtswetenschappelijke artikelen. Naar criteria voor methodologische verantwoording*, *NJB* 2007, p. 1448-1461 en de reacties daarop van A.R. Mackor, *Tegen de Methode*, *NJB* 2007, p. 1462-1465 en P. Westerman, *Doelregulering in de rechtswetenschap*, *NJB* 2007, p. 1673-1674. Voorts G.C.C. Lewin, *Wederzijdse beïnvloeding rechtswetenschap en praktijk is vruchtbaar*, *NJB* 2007, p. 1675. *Twintig vrolijke vragen* van C.A.J.M. Kortmann en het antwoord van Van Gestel en Vranken, *De vrolijke wetenschap*, *NJB* 1676-1677. Tenslotte J.A.I. Wendt, *De methode der rechtswetenschap vanuit een kritisch-rationeel perspectief; een kritiek tegenover de "heersende leer" zoals verwoord door Stolker?*, *RM Themis* 2007, p. 95-107. Bedoeld is het artikel van C.J.J.M. Stolker, *"Ja, geleerd zijn jullie wel!"*; *over de status van rechtswetenschap*, *NJB* 2003, p. 766 e.v.

⁹⁹ D. 1, 1, 1: *Ulpianus libro primo institutionum*. eleganter Celsus definit, ius est ars boni et aequi.