

RECHTSGESCHIEDENIS ZEI U? EH...HOEZO?¹

De titel waarmee mijn lezing is aangekondigd doet een sterke reserve ten aanzien van de rechtsgeschiedenis vermoeden. Het is de - wat gechargeerde - reactie van de praktijkjurist die geconfronteerd wordt met de zin van de rechtsgeschiedenis. Hij wil daarmee niet lastig gevallen worden. Rechtsgeschiedenis levert geen deugdelijke argumenten meer op voor de oplossing van de dringende vragen die de gehaaste rechtshelper en dito verschaffer vandaag moet beantwoorden. Zij speelt geen enkele rol van betekenis in de moderne rechtsontwikkeling die wordt gestuurd door doelmatigheid en wordt getoetst aan maatschappelijke relevantie. De rechtshistorie behoort thuis in de spelonken van de academie waar wereldvreemde hobbyisten zich laven aan het water dat eens stroomde uit opgedroogde bronnen.

Laat ik vandaag maar eens gewoon uitspreken wat zovelen denken en zovele rechtshistorici diep in hun hart vrezen. De bestudering van de rechtshistorie heeft geen enkel nut voor de praktijk en praktijkopleidingen behoeven er geen aandacht aan te besteden. Als straks de studie Nederlands recht tot drie jaar wordt teruggebracht - dus nog korter dan de studie aan de HEAO - kan de rechtsgeschiedenis zonder enig bezwaar uit het curriculum worden geschrapt.

Ja, de *wet*sgeschiedenis van het Nieuw BW, daar hebben wij (*nog*) ontzag voor, want daarin wordt de wil van de wetgever weerspiegeld en is de wil van de wetgever niet de wil van het volk? En is de wil van het volk niet wet? (Wie durft te beweren dat dit een *petitio principii* is?) Bovendien, de duisternis van de wet - er zijn artikelen in het nieuwe BW die niet aanstonds toegankelijk zijn voor degenen die, zoals ik, niet behoren tot de superspecialisten op dat terrein - wordt al snel verlicht met wat lezen in de parlementaire geschiedenis die zo prachtig toegankelijk is gemaakt, niet alleen in de grote zwarte banden met gouden opdruk, maar ook in de blauwe engel van Nieuwenhuis cs. Kortom de *wet*sgeschiedenis van recente wetgeving kan nog op brede sympathie onder de praktijkjuristen rekenen. Ofschoon, wie, zoals ik, regelmatig de wetsgeschiedenis van de Wet Bijzondere opnemingen in psychiatrische ziekenhuizen moet bestuderen, ontzinkt reeds bij eerste opslag van de dikke folio alle moed: gij die daar binnen gaat, laat alle hoop varen. En dat slaat dan niet eens op de psychiatrische ziekenhuizen zelf, want die wet zorgt er voor dat men daar ook wel weer op een

1. Lezing gehouden voor het rechtshistorisch dispuut Philips van Leyden, BP, op dinsdag 14 februari 1995, in het Gravensteen te Leiden.

gegeven moment uitkomt.

De geschiedenis van een wet is een kenbron van het recht en ook van de geschiedenis van het recht. Men leert er vaak uit hoe het recht was (of hoe er geen recht was) voordat de nieuwe wet van kracht werd. In zoverre zal de lezer van de parlementaire stukken met rechtsgeschiedenis geconfronteerd kunnen worden. Maar omdat de nieuwe wet vaak de bakens verzet en het vaarwater opnieuw bepaalt, zal de interesse voor de oude bedeling bij de lezer meestal niet groot zijn. Immers men wil weten hoe de huidige bepaling uitgelegd moet worden. Hoe het voordien was is dan geen argument.

Dan de rechtspraak. Daarin speelt de rechtsgeschiedenis een aanzienlijk minder grote rol. De feitelijke rechtspraak die men gepubliceerd vindt is meestal, zoals hier de traditie is, apodictisch geformuleerd met weinig aandacht voor de geschiedenis van de toegepaste regel. De regel wordt vastgesteld, de betekenis aangeduid en de beslissing volgt daaruit. Zo is het meestal met de uitspraken van de Hoge Raad ook gesteld. Alleen de praktijkjurist of wetenschapper die nog wat achtergronden van de desbetreffende uitspraak wil weten, kan bij de conclusie van het openbaar ministerie te rade gaan. Daarin wordt het ten tijde van de uitspraak bestaande recht uiteengezet en soms wordt daar wat rechtsgeschiedenis, meestal echter in de vorm van *wet*sgeschiedenis, bij gedaan. Echte rechtshistorische beschouwingen treft men er zelden in aan. In de stukken van de advocaten behoeft men in de regel al helemaal niet te zoeken. Men riskeert een aansprakelijkheidsstelling als men zich als advocaat bij de rechter beroept op het gezag van Simon van Leeuwen (als die al enig gezag verdient).

En de juridische literatuur dan? Ook daarin wordt de haastige praktijkjurist die de specifieke rechtshistorische literatuur overslaat, steeds minder met de rechtsgeschiedenis geconfronteerd. De boeken in de Asser-serie plachten steeds de rechtshistorie voorop te stellen en dat doen zij nog steeds. Maar als mijn indruk juist is wordt de historische component - ik reken de geschiedenis van de recente wetgeving even niet mee - verhoudingsgewijs steeds kleiner. Meer plaats lijkt te worden ingeruimd voor het moderne recht van andere landen. En terecht, zou ik zeggen.

Terecht? Ja, want, zoals ik al zei, de rechtsgeschiedenis levert in de dagelijkse praktijk praktisch geen argument meer op dat de doorslag geeft. Is het niet een beetje genant als iemand in ernst beweert dat artikel x van het Nieuwe BW een oplossing geeft die al bedacht was door Papinianus of dat het zo opvallend is dat Pierre de Belleperche in zijn commentaar op de *lex Y* uiteindelijk toch heel dicht bij het moderne recht komt. Heel aardig natuurlijk, maar wat

heb je aan die wetenschap? Zij geeft voor de huidige regels geen enkele legitimatie. En wat moet ik met de casuïstiek van de *lex Aquilia*, als ik mij bezig houd. met de aansprakelijkheid in het moderne verkeersrecht, met medische fouten of produktaansprakelijkheid? In de glossen tref ik geen exploderende Exotaflessen aan of villawijken op gifgrond. Die waren er in de middeleeuwen wel - de stedelijke grond stond geloof ik stijf van het lood en andere zware metalen - maar men wist het niet en wat niet weet dat niet deert (een regel die ook door de Hoge Raad in milieuzaken lijkt te worden toegepast). Is er ooit iemand, behalve God en de Duivel, aangeklaagd laat staan aansprakelijk gesteld voor het laten ontstaan van de pestepidemie in 1348? Daar weten wij nu wel raad mee, getuige de aansprakelijkstellingen in medische zaken. Tevergeefs ook zal ik bij Pufendorf steun zoeken voor het antwoord op de vraag of de regel dat werknemers met hun 65e gepensioneerd worden, in strijd is met het discriminatieverbod in art. 1 van de Grondwet en art. 26 van het Internationale Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten (vgl. HR 13 januari 1995, *NJ* 1995, 430 (PAS)). De humanisten leveren mij geen argumenten voor de regel dat een automobilist, die zonder enige schuld tegen een fietser opbotst die zonder licht links van de weg rijdt, 50% van diens schade moet betalen. Geen moraaltheoloog uit de zestiende eeuw of Spaanse biechtvader - bronnen voor Hugo de Groot - helpt mij dan, naar ik althans aanneem. Waar vind ik in de Digesten regels die mij kunnen helpen om te bepalen welke opsporingsmethoden de politie mag hanteren? In de *libri terribiles* vind ik slechts wanneer iemand voor de leeuwen mag worden geworpen of mag kreperen in de zilvermijnen of achter de riemen der galeien. Dat is andere koek dan de hedendaagse rechtsgeleerdheid inzake het politieel voyeurisme dat met een net woord wordt aangeduid met inkijkoperaties (volgens mij is dat trouwens iets medisch) en de proactieve fase (welke rechtshistoricus gaat dat begrip nu eens met kennis van zaken te lijf?).

Kortom, wat heb ik aan de rechtsgeschiedenis? Wat heb ik aan regels die zijn ontwikkeld door mensen met volkomen andere maatschappelijke achtergronden, levend in een wereld waarvan wij zouden walgen als wij er maar één seconde zelf in zouden moeten leven, dienaren van staatssystemen die wij hartgrondig zouden verwerpen als wij er zelf aan onderworpen zouden zijn? Wij laten ons niet meer de wet voorschrijven door lieden die er slaven op na hielden, de medemensen tot vermaak van de aanschouwers aan de wilde beesten voerden, andersgelovigen op de brandstapel brachten, vrouwen het kiesrecht ontzegden, arbeiders lieten kreperen en bovendien dan nog dat alles juridisch wisten recht te praten. De juridische bedenksels van klerken op de kanselarijen van keizers en

koningen die in wreedheid en corruptie hun weerga niet kenden, kunnen alleen al daarom niet meer overtuigen. Illustratief in dit verband is het maar zeer beperkte gezag dat in de praktijk nogal eens wordt toegekend aan uitspraken van de Hoge Raad onder 'fout' presidentschap tijdens de bezettingsjaren.

Hier helpt niet de tegenwerping dat men het vroegere recht in zijn toenmalige context moet zien en dat het dan heus niet zo gek was. Als iemand vertelt dat Philips de Tweede zo'n vooruitstrevend bestuurder was - in zijn tijd modern - en de opstand van de Nederlanden een uiting van conservatisme, dan is dat misschien binnen de context van de toenmalige wereldpolitiek waar, maar dat maakt niet dat Philips ons thans nog als gezaghebbend staatsman ten voorbeeld kan worden gesteld. Dat komt omdat wij aan andere normen en waarden zijn gaan hechten dan die welke aan de inzichten van de toenmalige Habsburgse/Spaanse regering ten grondslag lagen. En het zijn die normen en waarden, het is de 'sitz im Leben' van het recht, zoals theologen dat plegen te noemen, het is dat zicht op de maatschappij en menselijke verhoudingen, die bepalend zijn voor de maatschappelijke aanvaardbaarheid van rechtsregels.

Is het niet alleen de gehechtheid aan het stelsel, aan de dogmatiek, het aan juristen eigen conservatisme dat het gezag van de oude regels en doctrines nog zo lang erkenning heeft gegeven en de rechtsgeschiedenis nog als verplicht vak van het juridische universitaire curriculum handhaaft? Is en wordt die ballon niet terecht doorgeprikt? Vanuit rechtsvergelijkend oogpunt heeft de rechtsgeschiedenis afgedaan omdat zij maatschappelijk geen overtuigingskracht meer heeft. Dat in 1850 een bepaalde rechtsovertuiging een zekere oplossing voor een juridisch probleem meebracht die in een wettelijke bepaling is neergelegd, is voor de toepassing van die bepaling thans enkel nog maar van verklarende waarde. Er kan geen argument meer aan ontleend worden voor de juistheid van de geboden oplossing.

En kom niet met verhalen dat ze in Zuid-Afrika en Ceylon ook nog heel aardig in de praktijk met het Romeinse recht uit de voeten kunnen, zoals de Duitsers tot de invoering van het BGB. Dat is natuurlijk niet *het* Romeinse recht (als dat al ooit heeft bestaan) of het *ius commune* dat rechtshistorici bestuderen. Dat had en heeft niets met rechtsgeschiedenis te maken. Iemand die Bynkershoek gebruikt als bron voor hedendaags recht beoefent geen rechtsgeschiedenis. Die abstraheert regels en opvattingen uit het verleden van hun historische context om ze te gebruiken binnen een stelsel dat ontwikkeld is en wordt in een ongebroken juridische traditie. De grote betekenis van precedenteren in de rechtspraak helpt daaraan mee.

Waarom deze filippica? Omdat het goed is dat voordat wij de lof van de rechtsgeschiedenis bezingen, wij ons bezinnen op de maatschappelijke aanvaardbaarheid van onze argumenten. In onze samenleving wordt niets meer aanvaard omdat het altijd (of: nooit) zo is geweest. Ons rechtsstelsel kan zijn legitimatie niet meer ontleen aan het gezag van de geschiedenis, maar moet zijn waarde elke dag opnieuw bewijzen door de rechtstoepassing. Ons rechtsdenken is heel sterk gericht geraakt op de doelmatigheid van oplossingen voor de problemen waarvoor de *belangenstrijd* op alle niveau's ons juristen stellen. Het recht wordt in onze maatschappij gevormd door de eisen en belangen van de individuen - al of niet vertegenwoordigd in collectiviteiten - die, in wezenlijke eenzaamheid strijdend, pogen de risico's die het leven meebrengt op anderen te verhalen. Bestuursrecht, aansprakelijkheidsrecht, familierecht, strafrecht, rechtsbeschermingsrecht, noem het maar op: overal vindt men de individu die verhaal zoekt, materieel of immaterieel. Of dit een goede of een slechte ontwikkeling is laat ik in het midden. Het merkwaardige is wel dat ieder van ons individueel het dilemma (en de rekening) gepresenteerd krijgt: hoe meer wij claimen hoe hoger de financiële offers die van ons gevraagd worden om de claims te kunnen honoreren, zie de autoverzekeringen, de gezondheidszorg, de alimentatie annex bijstand en de misdaadbestrijding. De wetgever doet zijn best om de dijken te dichten (of te verzwaren), zwalkt en verzaakt soms, en de rechterlijke ambtenaar als moderne medicijnman - ik heb gisteren een hoofdredacteur van een zeer gerespecteerd landelijk dagblad die uitdrukking in dit verband horen gebruiken -, die rechterlijke ambtenaar-medicijnman moet steeds de uitweg bieden. Die uitweg biedt hij niet door een beroep te doen op Ulpianus, Azo, Jacques de Révigny, Hugo de Groot en Bynkershoek, om maar eens wat klassieken te noemen. Zelfs Domat en Pothier, waarmee ik hier nog ben opgevoed, maken tegenwoordig geen enkele indruk meer.

Wat moeten wij dan met de rechtsgeschiedenis aan? Moeten wij haar laten verbannen naar de musea en letterenfaculteiten (o gruwel!) om haar over te leveren in de handen van de historici die, laten wij het hopen, zo welwillend zijn geweest in hun vrije tijd het tentamen inleiding in het recht met goed gevolg te hebben afgelegd? Een soort *luxatio* van de rechtsgeschiedenis? Dat is inderdaad de conclusie uit wat ik zojuist allemaal heb betoogd.

Althans, dat zou op het eerste gezicht de logische conclusie zijn, maar ik vrees dat als u die conclusie deelt u, als ik zo vrij mag zijn, getrap bent in de val die ik met mijn betoog bewust heb open gezet.

Dat betoog gaat namelijk langs de kern van de zaak heen...

Wat is dan de kern van de zaak? Niet dat de wetgevers, rechters en professoren van vroeger tijden thans nog gezag zouden behoren te hebben en dat de bestudering van de rechtsgeschiedenis alleen vanuit dat perspectief voor de praktijkbeoefening nog van belang zou zijn. Een enkele keer is dat nog zo, zie Hugo de Groot voor het volkenrecht, maar dat is uitzonderlijk. Gezag is denk ik niet de sleutel, althans niet in ons land, waar zelfs levende grootheden hun gezag dagelijks moeten herwinnen.

De kern is, dat de rechtsvorming wil zij vorming van *recht* zijn, alleen maar kan geschieden vanuit het oogpunt van de *continuïteit van het recht*. Dat heeft niets te maken met conservatisme of traditionalisme. Integendeel juist rechtshistorisch geschoolden kunnen op het terrein van het moderne recht, *waar nodig*, heel vooruitstrevend en veranderingsgezind zijn. Maar, het recht wordt als recht beleefd omdat het zich door zijn voortdurende ontwikkeling op basis van wat er was en is, manifesteert als een houvast, als een regulerend mechanisme dat zijn gezag ontleent aan de beproeving in de smidse van de praktijk. Rechtsregels worden behouden omdat zij in het verleden op basis van de praktische behoefte zijn ontstaan of gegeven en nog steeds hun praktisch nut bewijzen. Recht dat in de praktijk geen stand heeft weten te houden, is geen recht maar een verzameling regels zonder gezag. Ook recente wetgeving ondergaat soms dat lot. De grote geleerden uit het verleden verdienen ons respect omdat zij in hun tijd aan het recht bouwden op een wijze die niet alleen wegens het mooie stelsel en de grote kennis van zaken bewondering afdwong en -dwingt maar omdat zij recht bouwden dat houdbaar bleek. En zij deden dat, ik denk zonder uitzondering, vanuit hun kennis en ervaring in de praktijk.

Net als zij moeten wij er voor zorgen dat wij recht scheppen dat, ook al is het niet voor de eeuwigheid gegeven, de basis zal kunnen zijn voor verdere ontwikkeling. Hoezeer wij ook overweldigd worden door de tijdgeest, het is nu juist onze taak om de continuïteit van het recht te waarborgen en het een lading mee te geven waarmee volgende generaties in de praktijk van het leven voort kunnen. Wij zijn een deel van de ontwikkeling en staan in de rij die wordt gevormd door de generaties rechtsbeoefenaren voor ons en na ons. Het is die verbondenheid die de rechtshistoricus natuurlijk zelf het meest zal voelen maar hij moet de praktijkjurist ervan blijven doordringen dat ook, nee: *juist* hij bij uitstek in die rij staat. De rechtshistorici zijn eigenlijk meer de stafjuristen naast de 'lijn' waarin de juristen van het verleden en het heden praktisch en wetenschappelijk met hun en ons moderne recht bezig zijn. Met de rechters uit het verleden voel ik mij in de eerste plaats als rechter verbonden, niet als

rechtshistoricus.

Continuïteitsdenken impliceert bepaald geen behoudzucht, zoals ik al aanstipte. Het recht als levend organisme kan slechts vitaliteit behouden als op tijd met tradities wordt gebroken en nieuwe wegen worden ingeslagen. Snoeien doet bloeien leert de natuur ons. Juist door verandering kan men tijdig de continuïteit waarborgen. De functie van het burgerlijk recht als regulerend systeem heeft denk ik een belangrijke revitalisatie ondergaan door de invoering van veel nieuw recht, met name in het nieuwe BW. Maar dit nieuw BW is een schitterend monument van vernieuwing die continuïteit waarborgt. Het is ook daarin dat wij met het verleden verbonden zijn. De grote vernieuwers uit het verleden moeten ons aanzetten ook ons recht waar nodig te vernieuwen en niet alleen maar te behouden wat zij ons hebben gegeven.

Dat is naar mijn mening de kern: de continuïteit van de rechtsontwikkeling. En daarom is de rechtsgeschiedenis van zo groot belang ook voor elke jurist die in de praktijk werkt. Van een *beoefenaar* van het recht - een afgesloten uitdrukking die het verdient opnieuw geproefd te worden - mag worden verwacht dat hij niet alleen de regels kent maar ook weet heeft van de bodem waarop die regels zijn gegroeid, en dus ook van het afgestorven materiaal dat als voedsel heeft gediend voor de nieuwe planten. Wij moeten weten waarom ons recht er zo uit ziet als het er uit ziet. Niet alleen om te voorkomen dat wij in fouten vervallen die in het verleden ook al eens gemaakt zijn - die kans is minder groot naar mate de afstand tot het verleden groter is - maar vooral om te kunnen begrijpen hoe de regels die wij nu scheppen in de toekomst zich *kunnen* ontwikkelen. Het verleden kan ons de toekomst wijzen.

En ook: om de confrontatie met andere rechtsstelsels, wat tegenwoordig in de praktijk schering en inslag is, beter aan te kunnen gaan. Willen wij begrip hebben voor Frans, Duits of Amerikaans recht, dan moeten wij in de eerste plaats begrip hebben voor de groei van ons eigen stelsel. Ook hier begint kennis van de ander bij kennis van onszelf. Een comparatist - en bij tijd en wijle is elke practicus dat - moet juist voor de ontwikkeling van het recht oog hebben. Er kan niet over eigen en andermans recht, op welk gebied ook, worden gesproken als men geen notie heeft van hoe het zo is gekomen.

Het is niet zo dat het verleden ons de oplossingen voor het heden en voor de toekomst aanreikt. Mijn rechtshistorisch werk heeft mij die gedachte grondig afgeleerd. En ook als ik een enkele keer per jaar in het kader van een zaak bezig houd met rechtshistorisch onderzoek - dat natuurlijk maar beperkt van opzet kan zijn - leer ik dat het verleden niet zozeer van belang is als Fundgrube voor

oplossingen, maar wel voor een dieper inzicht in de problematiek, in de dilemma's, in het kader waarbinnen de bestaande regels zijn ontstaan en in de weg die, gelet op de huidige omstandigheden, gegaan zou kunnen worden.

Een tijdje geleden heb ik bij het afscheid van prof. Chorus al eens wat daarover aan de hand van wat concrete voorbeelden gezegd. Ik zal dat niet herhalen. Het verhaal is afgedrukt in het *BW-krant Jaarboek* 1994. Op het ogenblik ben ik bezig met een zaak waarin opnieuw een oude procesrechtelijke bepaling centraal staat. Tussen twee haakjes: het is frappant hoe het burgerlijk procesrecht nog steeds door sterke tradities met het verleden verbonden is; het is ook denk ik de enige tak van praktijkrecht waarin schrijvers uit de vorige eeuw nog regelmatig als gezaghebbend geciteerd worden. Het gaat kort gezegd om de vraag welke invloed het verval van instantie in een verzetprocedure heeft op het verstekvonnis. In verband met die zaak moet ik mij bezig houden met modern Frans procesrecht dat van recente datum is en een bepaalde oplossing voor het probleem geeft. Maar ik moet natuurlijk ook acht slaan op de geschiedenis van onze eigen wetsbepaling (art. 279) die wij aan het Franse wetboek van 1808 hebben ontleend en met het karakter van de verzetprocedure. Ook de betekenis van het begrip 'instantie' moet ik doorgronden en dat is niet zo makkelijk want Frans en Nederlands processueel taalgebruik zijn daarin ten dele verschillend. Ik kom dus ook bij oud Frans recht terecht. Ik merk daarbij dat een bepaalde, door een van de partijen verdedigde oplossing dichtbij komt bij het stelsel dat in Frankrijk op grond van dezelfde oude bepaling gold tot in 1919 de Cour de Cassation om ging. Ik zal over de zaak niet verder uitweiden want ik ben er nog mee bezig en er ook nog niet helemaal uit.² Maar wat ik van deze exercitie leer is niet zozeer welke oplossing ik moet kiezen - ik denk dat het moderne Franse recht mij die uiteindelijk zal aanreiken - maar wel in welk verband de bestaande wetsbepaling gezien moet worden, welk probleem er mee werd opgelost, of dat probleem in die vorm thans ook nog bestaat en of de bestaande regel kan dienen om daarop het recht verder te ontwikkelen. Ik moet duiken in de wetsgeschiedenis die teruggaat tot de oude Franse Code de procédure civile, maar ook in de doctrine en ik heb zelfs mijn licht opgestoken bij Joannes van der Linden om te zien of ik daar beter zou begrijpen wat met 'instantie' wordt bedoeld naar Nederlands spraakgebruik. In december 1994 had ik ook zo'n soort zaak waarin een verwante bepaling een rol speelde. Het ging toen over ontslag van instantie wegens het niet verschijnen van de eiser. Allemaal technicité's

2. Zie voor de conclusie en het arrest HR 21 april 1995, *RvdW* 1995, 101 C.

waarmee ik u verder niet zal vermoeien. De Hoge Raad heeft inmiddels in die zaak uitspraak gedaan.³

Men kan niet verwachten dat elke praktijkjurist een rechtshistoricus is, net zo min als hij of zij een rechtsfilosoof of rechtssocioloog behoeft te zijn om uitstekend te kunnen functioneren. Maar ik heb toch steeds de indruk dat de beste juristen - op welk gebied ook - zij zijn die vanuit kennis van de rechtsonwikkeling, vanuit de gedisciplineerdheid die die kennis meebrengt, de huidige problemen benaderen en de weg naar de toekomst proberen uit te zetten. En die daarbij inspiratie putten uit de wijze waarop de juristen in het verleden hun problemen analyseerden en tot voor hun tijd aanvaardbare oplossingen kwamen. Of, om een ander beeld te gebruiken: het is het geleerd hebben om op een afstand te kijken naar het vroegere recht die meebrengt dat men ook naar het huidige op een afstand kan kijken, het grotere verband kan ontdekken en zo beter kan ontwaren in welke richting het recht gevormd wordt of, soms, gevormd moet worden.

Hoe kunnen wij spreken over de toekomstige verhouding tussen bestuurs- en civiel recht als wij geen weet hebben van de typisch Nederlandse ontwikkeling van het bestuursrecht, waarin de civiele rechter zo'n eminente rol speelde en speelt en de centrale betekenis van de rechtspraak en doctrine rond de onrechtmatige overheidsdaad. Neem nou die pomphouder bij Nijmegen die zijn evacuatieschade wil verhalen op de overheid. Een meer typisch eigentijds geval is bijna niet denkbaar. Met geen Digestentekst is hier een oplossing te bereiken, wed ik, maar zo'n geval nodigt wel uit tot nadenken over de grenzen van ons aansprakelijkheidsrecht en wij kunnen dan niet heen om de vraag wat dat recht eigenlijk inhoudt en dat leidt ons vanzelf tot de ontwikkelingsgeschiedenis op dat terrein. Hoe kunnen wij het civiele verhaalsrecht op het terrein van de medische aansprakelijkheid, van de milieuaansprakelijkheid of de verkeersaansprakelijkheid met zijn enorme consequenties op het gebied van het verzekeringswezen enerzijds en de collectieve lasten anderzijds, ontwikkelen zonder gedegen kennis van het civielrechtelijke instrumentarium en zonder reflexie op de vraag of dat instrumentarium, zoals dat in het verleden is ontstaan, wel naar zijn aard geschikt is om de zojuist genoemde problemen op te lossen. Vergis u niet, dat zijn geen vragen die alleen de wetgever aangaan, wij bij de Hoge Raad worden er in de eerste plaats mee geconfronteerd omdat wij - als het gaat om het scheppen van nieuw recht - in de frontlinie staan. Hoe kunnen wij richting geven aan de

3. Zie voor het arrest en de conclusie HR 17 februari 1995, *RvdW* 1995, 42 C.

rechtsontwikkeling op het terrein van de opsporing, vervolging en berechting van ernstige misdrijven zonder grondige kennis van de ontwikkelingsgeschiedenis van de instrumenten van strafrechtelijke handhaving? Hoe voorkomen wij juristen dat het belastingrecht gefragmenteerd en uitgehold wordt door ad hoc uitzonderingswetgeving?

Juist op deze zo hevig in beweging zijnde terreinen moeten de juristen zorgen dat het recht niet ten prooi valt aan de grillen van de dag. En nu weet ik wel dat op dat terrein de oudere rechtsgeschiedenis ons niet veel zal kunnen leren - ofschoon, misschien zegt die wel heel veel over hoe wij als volk tegen strafrechtelijke handhaving aankijken - maar wie de rechtsgeschiedenis laat eindigen in 1900 wordt in elk geval door de aanstaande eeuwwisseling ingehaald.

U zult inmiddels begrijpen dat ik de bestudering van de rechtsgeschiedenis van groot belang acht. Ik zou nog eens willen verwijzen naar het opstel dat tien (voormalige) rechtshistorici, onder wie ikzelf mocht zijn, in het *NJB* van 2 november 1985 ter gelegenheid van het afscheid van mijn eminente leermeester, prof. mr. R. Feenstra, hebben geschreven over het belang van de rechtsgeschiedenis voor de rechtspraak⁴. De rechtsgeschiedenis heeft voor de praktijk geen meetbaar 'nut', maar zij is onverbrekelijk onderdeel van de rechtsontwikkeling waarvan het huidige recht slechts een moment is. Ook het nieuwe BW is niet meer dan een momentopname. De trein dendert door... Je kan zonder historisch besef, zonder oog voor de ontwikkeling van het recht, ook in de praktijk geen goed jurist zijn. Hoogstens een regelslaaf, maar geen *rechtsbeoefenaar*.

Nu kan ik dat gemakkelijk zeggen, want ik heb de rechtshistorie intens beoefend en houd van haar zoals bij een eerste liefde: men keert er elke keer naar terug. Ik hield ook eerder van de rechtsgeschiedenis dan van het moderne recht, kan ik u wel verklappen. Ik raakte warm van binnen bij het lezen van de rechtspraak van de Hoge Raad van Holland en Zeeland en kreeg koude rillingen bij alleen al de gedachte aan de Hoge Raad der Nederlanden. Maar ik kan inmiddels bogen op ruim twintig jaar ervaring in de praktijk van de rechtspraak en houd dus in beiderlei opzicht een *oratio pro domo*.

Het belang van de rechtsgeschiedenis brengt mee dat het *juridisch*

4. W.D.H. Asser, J.J. Brinkhof, J.M.J. Chorus, J. Demmink, A.S. Hartkamp, E.H. Hondius, P.C. Kop, A.J.H. Pleysier, A.G. Pos en W.A.M. van Schendel, "Nutteloos maar belangrijk, Over de betekenis van de rechtsgeschiedenis voor de rechtspraak", in: *NJB* 1985, p. 1198-1200.

onderwijs niet zonder deze dimensie kan. Het moet er in eerste instantie niet op gericht zijn (hele en halve) rechtshistorici af te leveren. Men mag de *beoefening* van de rechtshistorie, zoals het bestuderen van teksten en het zich eigen maken van kennis en technieken om historisch onderzoek te kunnen doen, overlaten aan degenen die rechtshistoricus zijn of willen worden. Je moet, geloof ik, studenten niet lastigvallen met details die met het moderne recht geen enkele verbinding meer hebben. Wat interesseert ons de wijze waarop slaven in Rome verkocht konden worden? Maar de bestudering van de rechtsontwikkeling als fenomeen is een noodzakelijk onderdeel van de juridische vorming. Aankomende juristen moeten weten waarom wij eigendom en bezit onderscheiden, wat de reden is voor dat onderscheid en waarom het nog steeds gehandhaafd wordt. Het moet hun duidelijk zijn gemaakt dat de ontwikkeling van bepaalde rechtsgebieden zich noodzakelijkerwijs veel sterker onder invloed van maatschappelijke opvattingen heeft voltrokken (familierecht, erfrecht, strafrecht, belastingrecht) dan op andere terreinen. Zij behoren te weten niet alleen dat, maar ook waarom op het ene terrein de dogmatiek een overheersende rol heeft gespeeld (bijvoorbeeld het civiele vermogensrecht, het strafrecht) en op andere terreinen veel minder (het civiele procesrecht, het handelsrecht) en zich hebben leren afvragen of dit nog zo is en zo nee waarom niet en in welke richting het gaat. Ze moeten weten welke betekenis de mensenrechten hadden en hebben in de juridische traditie. Kortom, ik zou menen dat ook het rechtshistorisch onderwijs in de sleutel van de al eerder centraal gestelde continuïteit moet staan.

En wat de *beoefenaars* van de rechtsgeschiedenis betreft zou ik menen dat de toekomst van de rechtsgeschiedenis als *juridisch* vak ligt in de handen van hen die vanuit hun kennis van het moderne recht de ontwikkeling daarvan hebben leren kennen en bereid zijn hun krachten te wijden aan het blootleggen en begrijpen van die ontwikkeling. De interpretatie van juridische bronnen vertrouw ik nog steeds alleen de jurist toe. Paradoxaal moge het klinken: eigenlijk kan alleen de in de praktijk geëfende jurist een goed rechtshistoricus zijn. De feitengevoeligheid die de goede jurist maar ook de goede rechtshistoricus kenmerkt doet men nu eenmaal alleen daar echt op. Maar nu overdrijf ik wellicht en daarom wordt het tijd op te houden.

W.D.H. ASSER

BUSSUM