

WAS DIEPHUIS EEN LEGIST? EEN HERWAARDERING NA 100 JAAR

C.J.H. Brunner

1. Inleiding

Gerhardus Diephuis was een juridische gigant die de ontwikkeling van het Nederlandse privaatrecht beslissend heeft beïnvloed. Nu, honderd jaar na zijn dood, is het zinvol stil te staan bij zijn betekenis als jurist en als man van de wetenschap. Dat geldt in het bijzonder voor onze faculteit, waaraan hij 28 jaar (van 1859 tot 1887) als hoogleraar burgerlijk recht, burgerlijk procesrecht en handelsrecht verbonden was en aan wie zij in de negentiende eeuw groot aanzien dankte. De vereniging van juridische studenten "Diephuis" heeft er dan ook goed aan gedaan deze herdenking te organiseren.

Gezegd is vroeger en wordt nog steeds dat Diephuis een legist was. Wat dat precies is wordt er meestal niet bij gezegd. Men wordt verondersteld dat te weten en dat een verwerpelijke instelling voor een jurist te vinden: zeggen dat Diephuis een legist was is ongeveer hetzelfde als zeggen dat hij niet deugde. Legisme was klaarblijkelijk een in de negentiende eeuw veel voorkomende verkeerde, enigszins domme en benepen manier om antwoorden op rechtsvragen te vinden, die thans is achterhaald. Maar, wat bedoelt men eigenlijk met de term?

Ik wil dat beeld van de legist Diephuis en van de legistische negentiende eeuw aan een nadere beschouwing onderwerpen. Allereerst omdat ik denk dat het een vals beeld is, vervolgens om duidelijk te maken dat wie zo over Diephuis spreekt kennelijk diens werk niet kent en tenslotte om in het licht te stellen hoezeer wij in het Nederlandse privaatrecht nog steeds leerlingen van Diephuis zijn, hoezeer hij de toon heeft gezet, hij ons grote voorbeeld is geweest.

Ik ben niet de eerste die behoefte voelt om het beeld van Diephuis als legist dat jarenlang, vooral vanuit Amsterdam is opgeroepen, te corrigeren. Jan Wiarda, die van 1946 tot 1979 aan onze faculteit hoogleraar in het privaatrecht was, heeft in 1951 een lezing gehouden voor het Groningse genootschap Pro Excolendo Jure Patrio met als titel: Het arrest van 5 mei 1950, NJ 1951, no.1 inzake Damhof tegen

den Staat der Nederlanden aangaande de artt. 639 en 2014 B.W. en eerherstel voor Diephuis en de negentiende eeuw. In WPNR¹ is de tekst gepubliceerd. Wiarda bewijst daar dat de nieuwe opvatting van de Hoge Raad over art. 2014 BW, die nu in art. 3:86 is gecodificeerd, ook al de opvatting van Diephuis was. En tevens hoe onjuist en onbillijk de mening van Scholten en Pitlo was, die het deden voorkomen dat Diephuis de bescherming van de derde-verkrijger zou hebben willen uitstrekken tot de verkrijger te kwader trouw.

Ik zal proberen te vermijden om in het andere uiterste van de kritiekloze bewondering te vervallen. De opvattingen van Diephuis over de verhouding tussen wet en recht en over de methode van rechtsvinding, zijn voor een deel niet meer de onze. Ook zijn opvatting over de rechtswetenschap en haar verhouding tot de rechtspraktijk klinkt ons nu als verouderd in de oren. Maar, met de term legisme is zijn opvatting niet deugdelijk weergegeven.

2. De legistische periode

In 1982 verscheen een interessante studie van mr P.C.Kop met de titel Legisme en privaatrechtswetenschap². Hij plaatste het legisme in een historische en rechtsvergelijkende context en kwam tot de conclusie, dat het legisme in de wetenschap van het Nederlandse privaatrecht niet bestond voor ongeveer 1848 en dat het niet meer bestond of verdrongen was omstreeks 1880 (p.61). Het legisme in de privaatrechtswetenschap is daarmee niet een kenmerk van de rechtswetenschap van de negentiende eeuw, maar van een periode van nauwelijks meer dan 30 jaar in de negentiende eeuw.

Kop concentreert het legisme bij ons bij drie schrijvers: Opzoomer, Diephuis en Land die alle drie grote commentaren op het BW van 1838 hebben geschreven. Land valt echter buiten het aangegeven tijdsbestek: hij volgde Diephuis in 1887 als hoogleraar burgerlijk recht in Groningen op en zette zich klaarblijkelijk meteen aan het schrijven van een eigen commentaar op het BW, waarvan het eerste deel

1. WPNR 4207 - 4211 (1951).

2. Rechtshistorische cahiers, Kluwer 1982. In 1992 verscheen een tweede druk. De verwijzingen in de tekst zijn nog naar de eerste druk.

verscheen in 1889. Toen waren er nog maar twee (Opzoomer en Diephuis, met Land als epigoon). Nu kan men direct al de vraag stellen of de omstandigheid dat twee commentaarschrijvers op het nieuwe BW in de periode van 1848 tot 1880 legistisch waren, de conclusie wettigt dat in die periode het legisme hoogtij vierde.

Het is goed te bedenken, dat er in de tijd van Diephuis aanvankelijk drie juridische faculteiten waren (Leiden, Groningen en Utrecht) waarbij zich in 1877 die van Amsterdam voegde. Elke faculteit bestond uit 3 of 4 hoogleraren, van wie er één het burgerlijk recht, het handelsrecht en het burgerlijk procesrecht doceerde. De hoogleraren hadden geen medewerkers; het aantal studenten was klein: niet meer dan enige tientallen per jaar. De beoefening van de wetenschap van het privaatrecht aan de universiteiten was daarmee een zaak van enkelen. Wie onderzoek doet naar de wetenschap van het privaatrecht in de vorige eeuw, onderzoekt de opvattingen van die enkelen die regelmatig publiceerden. Zou men werkelijk willen vaststellen of de negentiende eeuw legistisch was, dan zou men niet kunnen volstaan met te onderzoeken wat Diephuis en Opzoomer (en Land) schreven, maar zou men ook moeten onderzoeken hoe de rechtspraktijk met het recht en met het wetboek omging. Kop is op dat punt terecht voorzichtig: hij heeft geen onderzoek gedaan naar de wijze waarop de rechtspraak met de wet omging en hij acht dan ook niet ondenkbaar, dat de praktijk van het recht minder legistisch was dan Opzoomer en Diephuis.³

3. De letter van de wet

Dat onderzoek naar de methode van rechtsvinding door de Hoge Raad is wel verricht door Fockema Andreae, De methode van interpretatie van het B.W. van 1838 tot heden⁴. Hij onderzocht de wijze waarop de Hoge Raad zijn arresten motiveerde in vier perioden van 10 jaar: 1839-1850 (ongeveer 70 arresten); 1867-

3. Kop, a.w. p. 2: "Het spreekt niet vanzelf dat de jurist die zich vanuit de wetenschap met het recht bezig houdt, het recht op dezelfde wijze benadert als de praktijkjurist. Het zou bijvoorbeeld denkbaar zijn, dat de wetenschap zich gedurende een bepaalde tijd op een streng legistisch standpunt stelt, terwijl de rechtspraktijk daarentegen een kritische houding ten opzichte van de wet kent en zich die voorgeschreven gebondenheid aan de wet niet tot probleem maakt".

4. Gedenkboek BW 1838-1938, p. 65-96.

1876 (90 arresten); 1893-1903 (ruim 100 arresten) en tenslotte de periode van 1927-1938 (ongeveer 160 arresten). In de volgens Kop relevante periode stelde de Hoge Raad volgens Fockema Andreae in ieder geval niet de letter boven de geest stelde (p.83)⁵. Wel werd vaak een beroep op de woorden van de wet gedaan, maar dat is niet een kenmerk van de zgn. legistische periode. Zo werd in de periode van 1927 tot 1937 volgens hem, door de Hoge Raad "op de woorden der wet - steeds de alpha, soms ook de omega van alle interpretatie - niet minder veelvuldig een beroep gedaan dan voorheen".⁶ Dat kan geen verbazing wekken: bij de vraag wat ons recht inhoudt op een bepaald punt, speelt de wet en daarmee in de eerste plaats de tekst van de wet noodzakelijkerwijze een belangrijke rol. Dat werd bevestigd in latere onderzoeken. Polak⁷ stelde in zijn proefschrift uit 1953 het belang van de woorden der wet als argument in de rechtspraak vast⁸. Toen Sniijders onderzoek deed naar de rechtsvindingsmethoden van de Hoge Raad in de jaren zeventig⁹, concludeerde hij, dat 'de tekst van de wet voor de Hoge Raad één van de belangrijkste argumenten is... "In dit opzicht", zo schreef hij, "is er de laatste decennia niet veel veranderd".

5. Sprekend over "de letter der wet", welke altijd een ietwat ongunstigen klank heeft en als het domein van "letterknechten" wordt aangewezen, vervolgt hij: "Meermalen waarschuwt de H.R. tegen haar (letterknechterij)". Hij noemt HR 21 maart 1873, W. 3571: "de uitlegging berust op "een geheel letterlijke, doch onaannemelijke opvatting"; HR 17 maart 1876, W. 3972: "zekere bepaling "moet niet letterlijk worden opgevat"; HR 25 juni 1865: de bepaling "moet niet letterlijk, maar integendeel in eenen gezonden en ruimeren zin" worden uitgelegd; HR 5 juni 1874, W.3734: "in ruimen zin, niet letterlijk". Wel heeft de taalkundige uitleg betekenis waar zij de wetshistorische bevestigt: HR 22 maart 1867, W. 2887: Na eerst de bedoeling van de wetgever uit de wordingsgeschiedenis te hebben afgeleid, wordt overwogen: "dat ook de letter der wet (dit) ondubbelzinnig met zich brengt".

6. a.w. p. 90.

7. J.M. Polak, *Theorie en praktijk van de rechtsvinding*, diss. Leiden (1953).

8. Polak, diss. p. 19.

9. H.J. Sniijders, *Rechtsvinding door de burgerlijke rechter, een kwantitatief rechtspraakonderzoek bij de Hoge Raad en de gerechtshoven*, diss. Leiden (1978). Onderzocht werden alle arresten van de Hoge Raad en een kwart van de arresten van de gerechtshoven in de periode 1970 - 1974.

4. Het legisme volgens Kop

Hoe wordt legisme nu bij Kop gedefinieerd?

Een echte definitie geeft hij niet. Hij stelt (p. 2) dat bij ons wetspositivisme en legisme synoniemen zijn. 'Het object van onderzoek is de wet, doel is de analyse van de wet'. Op andere plaatsen waar hij over het legisme spreekt, noemt hij andere kenmerken van dat legisme die niet worden toegelicht. Ik noem er enkele, hem citerend: "Op wetenschapstheoretisch niveau is men gericht op de opbouw van een systeem op grondslag van en binnen het raamwerk van de wet, waarbij geldt dat toepassing van de norm op de concrete casus slechts als een logische handeling wordt gezien en niet nader wordt geproblematiseerd" (p. 61). Van de afbrokkeling van de machtspositie van het legisme rond 1880 wordt gezegd: "Het systeem-bouwen verliest zijn unieke prioriteit. De rechtsvinding en de rechtstoepassing worden geproblematiseerd" (p. 61).

De rechter en de rechtswetenschap maken zich na de periode van het legisme los "van de absolute gelding van de wet, of anders gezegd ... de rechtswetenschap legitimeert de vrijere houding van de rechter ten opzichte van de wet en krijgt meer pretenties met betrekking tot de rechtsproductie" (p. 62).

Bij de interpretatie van de wet worden, na 1880 "in de rechtswetenschap voortdurend pogingen gedaan uit te breken uit een als knellend gevoelde omarming van gedwongen strikte interpretatie van de wet, maar - welke radicale theorie men ook hanteert - het desnoods in strijd met de eigen opvattingen betuigen van eerbied aan de wet blijft nog lang een gebod" (p. 56).

Neemt men deze kenmerken van legisme tezamen, dan ontstaat het volgende beeld: legisme is een rechtsopvatting waarbij (1) wet en recht worden geïdentificeerd, (2) de rechtswetenschap zich exclusief toelegt op analyse van de wet, waarbij (3) de betekenis van de wet wordt achterhaald door strikte interpretatie van de bepalingen van de wet en waarbij (4) de rechtsvinding in het concrete geval als onproblematisch wordt gezien, omdat de oplossing via een logisch syllogisme wordt gevonden. Wil men iets zeggen over het legisme van Diephuis, dan zal over ieder van die facetten van het legisme in zijn werk moeten worden vastgesteld of en in welke mate zij op hem van toepassing zijn.

5. De gelijkstelling van wet en recht

Het meest gehoorde en het verst strekkende kenmerk van het legisme van Diephuis en Opzoomer zou zijn, dat zij wet en recht als synoniemen beschouwden. Er is geen recht buiten de wet, wat niet in de wet staat is geen recht. Was dat de opvatting van Diephuis?

Wie het eerste deel van het commentaar van Diephuis gelezen heeft - daarin zet hij uiteen wat de rechtsbronnen van het Nederlandse burgerlijk recht zijn - moet vaststellen, dat Diephuis wet en recht aan elkaar gelijkstelde. Hij begint met een uiteenzetting over het primaat van de wet, dat is uitgedrukt in art. 11 Wet AB (de rechter moet volgens de wet recht spreken; hij mag in geen geval de innerlijke waarde of billijkheid der wet beoordelen):

'De wetgevende magt, bevoegd om wetten te maken en hierdoor te bepalen, wat bij ons als regt zal gelden, is daardoor tevens bevoegd om te bepalen, of nog iets benevens haar in gelijken zin als regtsbron erkend zal worden of niet. Niet dat er geen regt zou kunnen bestaan, dat niet door haar zelve is vastgesteld of geopenbaard door iets waaraan zij de magt daartoe heeft verleend; daar is regt ook zonder wet en zonder haar of door iets anders met hare toelating vastgesteld te zijn. Maar het is dan een regt waaraan de vaststelling en daardoor voor allen verbindende kracht ontbreekt; een regt overgelaten aan de beoordeling van hem, die tot beslissing geroepen, het als zodanig erkent of niet erkent; daaromtrent vaste regelen te stellen, zodanig dat het als zoodanig voor allen gelden zal en door allen erkend moet worden, dit kan alleen de wet en wat volgens haar daartoe de magt bezit.¹⁰

Er is dus volgens Diephuis recht buiten de wet. Het is aan degene die beslissen moet overgelaten om het al dan niet in zijn beslissing te erkennen. Die vrijheid heeft hij niet als de wet de regel heeft gesteld: de wet gaat boven de buitenwettelijke norm.

De regter moet volgens de wet regt spreken, art. 11; wat zij zegt is voor hem regt. Gewoonte, het gebruik, waaraan anders ook zoodanige kracht vroeger hier te lande werd en elders nog wordt toegekend, geeft of bepaalt geen regt, dan alleen wanneer de wet daarop verwijst, art. 3.

10. Diephuis 1 (1869), p. 25.

De zaak staat op scherp in die gevallen waarin de wet zwijgt. Art. 13 Wet AB verbiedt de rechter om dan te weigeren uitspraak te doen "onder voorwendsel van het stilzwijgen, de duisternis of de onvolledigheid der wet".

En de regter mag wel niet nalaten regt te spreken, op grond dat de wet zwijgt of hem verlegen laat, art. 13, maar hem is nu geen ander rigtsnoer aangewezen, het is aan hem overgelaten, hoe hij regt zal spreken. Zijn vonnis kan in hoger beroep te niet worden gedaan door een anderen regter, die, nu geroepen regt te spreken, dit eveneens doet zooals hij meent te moeten doen, maar terwijl zijne uitspraak, zoo daarin de wet is geschonden of verkeerd toegepast, door den hoogen raad kan worden vernietigd, volgens art. 99 R.O., is zij aan geene vernietiging door eenige magt onderworpen, waar hij heeft toegepast wat hij voor regt hield, terwijl de wet daaromtrent geene bepaling behelst en het dus onbepaald heeft gelaten'.¹¹

Daarmee is voor Diephuis het principe gegeven. Er is weliswaar ook recht buiten de wet, maar de rechter mag dat niet toepassen wanneer de wet de regel stelt. Ontbreekt die dan moet de rechter naar eigen inzicht beslissen en die beslissing is onaantastbaar voor cassatie. De wet is bindend richtsnoer voor de rechter, maar dat betekent voor Diephuis niet dat zij altijd duidelijk spreekt. Hij vraagt zich af hoe de rechter recht moet spreken als de wet zwijgt, onvolledig is.

'De regter moet volgens de wet regt spreken. Bij gebreke van algemeene of bijzondere, regtstreeks voor het onderwerp geldende, kan hij dat doen naar analogie van bepalingen omtrent eenig ander onderwerp, die niet bestemd zijn om alleen hiervoor een bijzonderen regel vast te stellen, maar de uitdrukking zijn van een beginsel, dat, slechts met betrekking tot een enkel onderwerp uitgesproken, daarom even goed op andere kan worden toegepast; maar hij zal met behoedzaamheid moeten beoordeelen, of het een of het ander geacht moet worden het geval te zijn. Voor het overige is de bepaling van art. 11 A.B. voor hem slechts een verbod om zich los te achten en af te wijken van de wet, niet om regt te spreken, waar deze zwijgt, of hem geen duidelijken en voldoende regel aanbiedt. Integendeel mag hij zich in geen geval onttrekken aan eene beslissing, die van hem wordt en kan worden gevraagd'.

Op een andere plaats¹² komt hij op de kwestie terug, wat de rechter moet beslissen wanneer hij niet een antwoord vindt. En het is daar waar Diephuis zich uitdrukkelijk en principieel uitspreekt over de verhouding van recht, wet en gewoonte.

11. a.w. p. 26. Men bedenke dat voor 1963 art. 99 R.O. cassatie alleen mogelijk maakte bij schending van de wet, niet bij schending van het recht.

12. p. 115 e.v.

'Het kan intusschen zijn, dat iets niet bepaald is door de wet, en hieruit, noch bij analogie, noch bij tegenstelling een regel daarvoor kan worden afgeleid. Toch kan ook daarbij de vraag ontstaan, wat regt is, en ook daarover regt gesproken moeten worden. En dit kan geschieden, er kan op die vraag geantwoord worden, wanneer het waar is, *dat het regt wel in de wet wordt uitgedrukt en door de wet wordt bepaald, maar niet eerst door haar ontstaat en zonder haar niet kan bestaan*. En men heeft daartoe geen gewoonte noodig, waaraan trouwens bij ons in het algemeen alle gezag is ontzegd; ook zij schept immers het regt niet, maar is veeleer de vorm, waarin het zich openbaart, eene uitdrukking door daden, waardoor het regt bepaald zal worden, waar zij daartoe de macht bezit; ook zij is niet de oorzaak van het regt, dat zich in haar zichtbaar vertoont, maar veeleer een gevolg en uitvloeisel van het regt, dat ook zonder haar moet bestaan om in haar zichtbaar te worden. *Het is de regel waarnaar, ook zonder dat men zich daarvan bewust is, de handelingen des maatschappelijken levens plaats vinden, de regtsbetrekkingen ontstaan, werken, voortduren, en te niet gaan*. Die regel moet nu, voor zover hij niet door de wet bepaald of door eene gezaghebbende gewoonte aangewezen is, worden opgespoord; daartoe moet de aard en het doel der handeling worden nagegaan, het wezen en de werking der regtsbetrekking nauwkeurig onderzocht; zo zal men een regel vinden, die getoetst aan en waar het te pas komt gewijzigd naar de in het regt heerschende beginselen, als regt ten aanzien dier handeling of regtsbetrekking mag worden aangenomen. Daarbij kan de gewoonte, zoo zij mogt bestaan, gewigtige diensten bewijzen, voor zover de aard der handelingen en betrekkingen door haar kenbaar, en zij zelve reeds een uitvloeisel en openbaring is van een daarvoor passenden regel. Deze geldt echter voor ons niet, omdat hij door de gewoonte is aangewezen, maar omdat wij hem met het oog op de handelingen en regtsbetrekkingen, zij het dan ook onder het licht der gewoonte, als den daarvoor passenden regel hebben gevonden en erkend'.

Het recht gaat dus volgens Diephuis aan de wet en de gewoonte vooraf. De wet is uitdrukking van het recht, maar niet haar oorzaak. Hetzelfde geldt voor de gewoonte. Het recht bestaat in de maatschappij ('in de handelingen des maatschappelijken levens'), waar regels in acht worden genomen, ook zonder dat men zich daarvan bewust is. Die regels kunnen worden opgespoord en, na toetsing aan de in het recht heersende beginselen, als geldend recht aan het rechtsoordeel ten grondslag worden gelegd.

Wet en recht zijn dus bij Diephuis niet synoniemen, maar buitenwettelijk recht wijkt voor het wettelijk recht. En waarom? Omdat art. 11 Wet AB die verhouding tussen wet en ongeschreven recht principieel bepaalt.

6. De preoccupatie van legisten met de exegese van de wet

Het is onmiskenbaar dat Diephuis, Opzoomer en Land zich hebben toegelegd op het ontdekken en doorgronden van de regels van het toen betrekkelijk nieuwe wetboek tegen de achtergrond van het stelsel van beginselen en waardeoordelen die aan dat BW ten grondslag liggen. Datzelfde kan worden gezegd voor de grote commentaren op de Code Civil in Frankrijk en België in de vorige eeuw en voor de grote commentaren op het BGB in Duitsland in deze eeuw. Men kan dat gemakkelijk wat neerbuigend karakteriseren als een eenzijdige preoccupatie met dat wetboek. Meijers¹³ merkte in 1938 op, dat de twee grote handboeken van Diephuis en Opzoomer aan exegese der wetteksten meer dan genoeg gaven. De wetenschap kon wederom vrijer haar vleugelen uitslaan. Dat was ook zo: juist door het werk van mensen als Diephuis, Opzoomer, Land en Suijling was de betekenis van de bepalingen van het wetboek verkend, waren de zwakke plekken blootgelegd, de leemten opgespoord, de fouten aangewezen. Voor Meijers was dat een reden om te pleiten voor een nieuw wetboek met een betere systematiek, met wijziging waar de wet gebrekkig was, met beslissing door de wetgever van de vele strijdvragen die na honderd jaar nog steeds niet definitief waren beantwoord.

Dat betekent echter niet, dat Diephuis en Opzoomer zich ten onrechte op de exegese van het wetboek toeleiden. Het betekent alleen dat het doorgronden van de betekenis van de wet en het blootleggen van de feilen van een wetboek, eens plaats moet maken voor ingrijpen door de wetgever.

Tot de conclusie dat het wetboek voor verbetering vatbaar was, was men al in 1880 - ruim 40 jaar na de invoering van het BW - gekomen met de opdracht aan de Staatscommissie van Meerkerken om een nieuw Burgerlijk Wetboek te ontwerpen. Die poging verzandde al spoedig. Diephuis maakte deel van die commissie uit, maar gaf er al in 1883 de brui aan. Een voorstel voor een nieuw BW is er toen niet gekomen; de tijd was daarvoor niet rijp.

Eerst na de Tweede Wereldoorlog was de tijd daar. En het heeft ook toen niet veel gescheeld of de hercodificatie was opnieuw mislukt. We waren inmiddels zo

13. Redevoeringen uitgesproken ter gelegenheid van de herdenking van de honderdjarige burgerlijke wetgeving, Tjeenk Willink 1939, p. 19.

vertrouwd geraakt met de gebreken van het wetboek, dat noodgedwongen met allerlei kunstgrepen de wet zo werd toegepast dat zij ons niet al te veel in de weg stond. Dat wordt wel aangeduid met de toverwoorden 'vrije rechtspraak'¹⁴.

Wie het commentaar van Diephuis leest, komt al spoedig tot de ontdekking dat hij bij de exegese van het wetboek niet uitging van de gedachte dat het eeuwigheidswaarde had. Hij spaarde de wetgever zijn kritiek niet waar hij vond dat deze onjuiste regels had gesteld. Wel is duidelijk dat hij halt maakte voor een uitleg van de wet die met de woorden, de bedoeling en het systeem van de wet niet te verenigen waren. Dan moest de wetgever optreden en kon de wetenschap niet verder helpen. En aan dat recept heeft hij zich consequent gehouden.

Het is goed ons te realiseren dat wij nu in een tijd leven die grote gelijkenis vertoont met die waarin Diephuis zijn commentaar schreef. Ook nu hebben wij een nieuw burgerlijk wetboek, waarvan de betekenis nog moet worden doorgrond, de feilen nog moeten blijken. Aan alle faculteiten zijn grote aantallen in de wetenschap van het privaatrecht geïnteresseerde juristen ijverig bezig te doen wat Diephuis en Opzoomer in hun tijd nagenoeg alleen deden: de exegese van het nieuwe wetboek. En we doen het nu op dezelfde manier als Diephuis het deed: tekst, ontstaansgeschiedenis, strekking en systeem van de wet. En ongetwijfeld zal over een jaar of veertig weer een nieuwe Meijers opstaan die er voor pleit het wetboek door een nieuw te vervangen en de exegese van het huidige wetboek voor gezien te houden. Daarmee wil ik zeggen, dat die exegese van het nieuwe wetboek de eerste taak is voor hen die zich nu met de wetenschap van het privaatrecht bezighouden. Dat was zo ten tijde van Diephuis, dat is het nu weer. Exegese is een noodzakelijke, maar in tijd beperkte bezigheid. Alleen voor heilige geschriften, die niet gemaakt maar geopenbaard zijn, is de exegese tijdloos. Het geeft blijk van gebrek aan historisch besef om aan de rechtswetenschap die geconfronteerd wordt met een nieuw wetboek, te verwijten dat zij zich op de exegese van dat wetboek stort.

14. Lokin in *Rechtsvinding onder het NBW*, Kluwer 1992, heeft in een boeiend opstel *De plaats van Meijers in de legistische traditie*, aangetoond dat Meijers bij de interpretatie van de wet legistischer te werk ging dan Diephuis en Land, omdat hij beslissingen per analogiam niet onder interpretatie van de wet begreep, maar die vrije rechtspraak noemde.

7. Kritiek van Diephuis op het wetboek

Door van iemand te zeggen dat hij een legist is, wordt tenminste de suggestie gewekt, dat hij niet of weinig kritisch tegenover de wet stond, de wet klakkeloos aanvaardde. Wie dat denkt van Diephuis kent zijn Diephuis niet. Talloos zijn de plaatsen waarin hij de wetgever de les leest, een artikel voor overbodig of verkeerd verklaart. Soms stelt hij dan een uitleg voor waarin aan zijn bezwaren wordt tegemoet gekomen, soms ook ziet hij daartoe geen mogelijkheid en schrijft hij dat het aan de wetgever is om de wet te wijzigen.

Om te laten zien hoe kritisch Diephuis met de wet om ging, geef ik een enkel voorbeeld.

Het eerste betreft het gebruik en het bestendig gebruikelijke beding. In art. 1375 BW (oud) was bepaald dat overeenkomsten niet alleen verbinden tot datgene hetwelk uitdrukkelijk bij dezelve is bepaald, maar ook tot al hetgeen dat, naar den aard van dezelve overeenkomsten, door de billijkheid, het gebruik, of de wet, wordt gevorderd. In art. 1383 BW (oud) stond in de afdeling over de uitlegging der overeenkomsten, dat bestendig gebruikelijke bedingen worden geacht stilzwijgend in de overeenkomst te zijn begrepen, schoon dezelve daarbij niet zijn uitgedrukt. De vraag rees nu of voor de toepasselijkheid van het gebruik en van het bestendig gebruikelijke beding vereist was, dat beide partijen met het gebruik en het bestendig gebruikelijke beding bekend waren. Die vraag werd en wordt voor het gebruik ontkennend beantwoord. Het gebruik bindt ook als partijen het niet kenden. Maar, voor het bestendig gebruikelijk beding is door de Hoge Raad in arresten van 1960 en 1990 aangenomen, dat het niet geldt als een van de partijen daarmee onbekend is¹⁵. In die rechtspraak werd voor dat verschil in uitleg een beroep gedaan op de plaatsing van art. 1383 BW in de afdeling over de uitlegging van overeenkomsten. Diephuis voorzag niet dat de latere rechter zo legistisch zou oordelen. Hij schreef dit¹⁶:

15. HR 26 nov. 1960, NJ 1965, 373 en HR 21 sept. 1990, NJ 1991, 799 (CJHB).

16. Diephuis, *Nederlandsch burgerlijk recht*, naar de volgorde van het BW, 2e druk (1859), nr. 554 en *Ned. Burg. Recht* 10 (1886), p. 442.

'Art.1383 betreft dus meer de werking dan de uitlegging der overeenkomst, is daarom in eene hieraan (aan uitlegging) gewijde afdeeling minder op zijn plaats, maar is bovendien nevens en na art. 1375, waarmede het dezelfde strekking heeft, overbodig.

Zijn opvatting dat art. 1383 BW een overbodige toevoeging na art. 1375 BW was, werd door Opzoomer, Land en Houwing gedeeld¹⁷. Maar, de misvatting dat voor bestendig gebruikelijke bedingen iets anders geldt dan voor de gewoonte in het algemeen, leeft tot op de huidige dag voort. Het driemanschap ging daarvan uit, de Hoge Raad in 1990 ook en Hartkamp eveneens.

Ik geef nog een ander voorbeeld.

Art. 1496 BW hield de regel in dat de verkochte zaak, ook vóór de levering, voor risico van de koper was. Die bepaling was uit het Franse wetboek overgenomen, hoewel hij in het Franse recht paste en in het onze niet¹⁸. Diephuis legde omstandig uit hoe verkeerd die bepaling was¹⁹. Hij noemde haar hard en onbillijk voor de koper, inconsequent en onredelijk. Ten onrechte had onze wetgever zich bij het Romeinse recht aangesloten. Dat oordeel van Diephuis is gemeengoed geworden. Niettemin heeft de rechtspraak het nooit aangedurfd om het risico voor de verkoper te brengen, waar het eigenlijk hoorde. Het stond nu eenmaal in de wet

-
17. Voor vindplaatsen zie mijn noot onder HR 21 sept. 1990, NJ 1991, 799. Houwing, WPNR 2501 e.v. heeft aangetoond dat de beide artikelen hetzelfde uitdrukten, zij het dat zij uit verschillende Franse bron (Domat resp. Pothier) stamden. Hij verweet de wetgever 'een dubbele boekhouding'. Niettemin heeft het Driemanschap dat Boek 6 NBW ontwierp, die literatuur niet noemende, art. 1383 BW beschouwd als een bepaling over uitlegging, niet over de werking van overeenkomsten en daaruit de gevolgtrekking getrokken dat bestendig gebruikelijke bedingen krachtens de wil van partijen tussen hen gelden en dat dus beide partijen met het beding bekend moeten zijn. Zie Parl. gesch. Boek 6, p. 920. Ik heb die opvatting als onjuist bestreden in mijn noot onder het arrest van 1990. Zie ook Pabbruwe, WPNR 6029 die ook de gelijke behandeling van gebruik en gebruikelijk beding blijft verdedigen.
 18. Krachtens art. 1138 en art 1538 CC is de verkochte zaak eigendom van de koper, ook voordat zij geleverd is. Het vergaan van de zaak buiten schuld van de verkoper is dan voor risico van de koper krachtens de hoofdregel dat het risico voor de eigenaar is (res perit domino). Naar ons stelsel van eigendomsoverdracht zou de zaak voor risico van de verkoper moeten blijven tot zij geleverd is. Krachtens art. 7:10 is de verkochte zaak voor risico van de koper van de aflevering af, zelfs al is de eigendom nog niet overgedragen.
 19. Diephuis 10, p. 77-82.

en de opvatting van Diephuis dat de rechter niet contra legem mag beslissen is nog steeds die van de rechter.²⁰

Diephuis schrok er ook niet voor terug om wetsbepalingen die hem niet bevielen door uitleg iedere betekenis te ontnemen. Zo was hij het die aan art. 1403 lid 1 BW (oud) - 'Men is niet alleen verantwoordelijk voor de schade, welke men door zijne eigene daad veroorzaakt, maar ook voor die welke veroorzaakt is door de daad van personen voor welke men aansprakelijk is, of door zaken welke men onder zijn opzicht heeft' - iedere zelfstandige betekenis ontzegde²¹. En zijn opvatting werd door de Hoge Raad overgenomen en is, tegen de opvatting van een groot aantal schrijvers in, geldend recht gebleven.

8. Diephuis over wet en moraal

Diephuis onderscheidde scherp tussen recht en moraal. Wat zedelijk geboden is, is daarom nog niet rechtsplicht. De gebruikelijke voorstelling is nu, dat eerst in de twintigste eeuw de moraal in ons recht is doorgedrongen. Gewoonlijk wordt dan verwezen naar het arrest van de Hoge Raad uit 1919 over de onrechtmatige daad en naar het arrest uit 1926 over de natuurlijke verbintenis.

Interessant is de opvatting van Diephuis over de natuurlijke verbintenis. De wet ging in art. 1395 lid 2 van haar bestaan uit: 'Ten opzichte van natuurlijke verbintenissen, waaraan men vrijwillig voldaan heeft, kan geene terugvordering vallen'. Hij betoogde met klem dat ons recht de natuurlijke verbintenis niet kent²², omdat het als bijzondere soort van verbintenis aan de eisen van verbintenis moet voldoen. En een verbintenis zonder vorderingsrecht is niet een verbintenis. Nauwgezet onderzocht hij de gevallen die in de literatuur wel als natuurlijke verbintenissen

20. Zie Asser-Schut, *Koop en ruil*, 4e dr. (1981), p. 274 e.v. die de bepaling verouderd noemt, wijst op manieren om haar toepasselijkheid zoveel mogelijk te beperken, maar aanvaardt dat zij op het terrein waarvoor zij geldt, van toepassing blijft.

21. Diephuis 11, p. 91-93; De opvatting van Diephuis, al voorkomend in zijn eerste commentaar *Het Nederlandsch Burgerlijk recht naar de volgorde van het Burgerlijk Wetboek*, zie 2e druk van 1859, n.700a, werd aanvaard door HR 28 jan. 1858, W.2031 - een arrest dat Diephuis niet noemt - en HR 20 juni 1980, NJ 1980, 622.

22. Diephuis 10, p. 24-35.

werden aangemerkt (schulden uit spel en weddenschap, schulden die verjaard zijn, rente op leenschulden die niet is bedongen), maar betwistte dat dat schulden zijn.²³ Daarna ontwikkelde hij, het bestaan van natuurlijke verbintenissen ontkennend, wel de zgn. ruime leer van de natuurlijke verbintenis.²⁴

'Vraagt men nu, wat dan art. 1395 b beduidt, wanneer men aan geene verbintenis wil denken, dan is het naar mijne meening dit, dat iemand die, terwijl geene verbintenis hem regtens tot iets verplicht, ter voldoening aan eene zedelijke verplichting die hij op zich voelt rusten, uit dankbaarheid of menschlievendheid, of uit een gevoel van betamelijkheid, van eer of fatsoen enz., iets aan een ander heeft uitgekeerd, dit later niet kan terugvorderen Meent iemand nu, dat dan de geheele bepaling geheel overbodig zijn zou, omdat er dan eene schenking plaats gehad zou hebben, dan zou ik daarin nog geen afdoend bewijs tegen die opvatting vinden Maar dat onze bepaling, zoals zij door mij wordt opgevat, overbodig zijn zou omdat er schenking plaats gehad zou hebben, moet ik bepaald ontkennen. Er is toch een zeer wezenlijk onderscheid tusschen schenking en voldoening aan eene zedelijke verplichting. De eerste geschiedt om een ander te bevoordeelen Door de laatste wordt de ander ook bevoordeeld, maar dit is niet het eigenlijke doel der daad Nu kan natuurlijk het doel om een ander te bevoordeelen zeer goed met dat om aan eene zedelijke verplichting te voldoen gepaard gaan, maar die voldoening, op zich zelve beschouwd, geschiedt ter wille van hem die haar doet en zich daardoor wil kwijten en ontlasten van een plicht, die wel rechtens niet op hem rust en tot vervulling waarvan hij niet genoodzaakt worden kan, maar die toch door hem gevoeld wordt en dien hij wilde vervullen, omdat hij zelf meent dat te moeten doen'.

Het is opmerkelijk dat de opvatting van Diephuis dat verplichtingen van moraal en fatsoen een natuurlijke verbintenis kunnen opleveren en dat art. 1395 juist daarop ziet, nauwelijks door de schrijvers is opgemerkt. Toen de Hoge Raad in 1926 in het arrest van de Goudse bouwmeester deze zgn. ruime leer van de natuurlijke verbintenis aanvaardde, werd dat als een doorbraak van de moraal in ons recht en als iets nieuws beschouwd, terwijl in feite de Hoge Raad de opvatting van Diephuis nagenoeg letterlijk overnam²⁵. Het verschil was alleen dat de Hoge Raad de

23. Eggens, WPNR 3966 en Schoordijk, Het Algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht naar het nieuw burgerlijk wetboek, p. 59 e.v. hebben hetzelfde betoogd als Diephuis.

24. Diephuis 10, p. 24-35.

25. HR 12 maart 1926, NJ 1926, 777. Opvallend is dat P. Scholten, die het arrest annoteerde, niet onderkende dat de Hoge Raad de opvatting van Diephuis overnam. Asser-Hartkamp I, 9e druk p. 50 schrijft dan ook ten onrechte dat 'in ons land na de codificatie algemeen de enge leer werd aangehangen'. Idem Asser-Rutten I, 5e dr. (1978) p. 32/33 die wel Opzoomer, Land, De Savormin Lohman en van Goudoever noemde, maar de andere opvatting van Diephuis niet vermeldde. Ook Wessels, Natuurlijke verbintenis, diss. (1988), schrijft (p. 56) dat dit arrest met het arrest van 1919

natuurlijke verbintenis bij de verbintenissen indeelde en Diephuis haar uitdrukkelijk geen verbintenis wilde noemen.

Scholten schreef in zijn noot onder het arrest van 1926:

'Een belangrijk arrest, een nieuwe bijdrage tot de erkenning door den H.R. van het ongeschreven recht. Een vordering tot praestatie van hetgeen "moraal en fatsoen" verlangen, bestaat naar ons recht niet, doch een terugvordering van hetgeen op dien grond is gepraesteerd is eveneens uitgesloten. Het arrest is tekenend voor de rechtsopvattingen van onzen tijd, we zijn hiermede wel mijlen ver van die van Opzoomer, die van de beperking der natuurlijke verbintenissen in art. 1395 B.W. tot de in de wet aangeduide gevallen (volgens hem vrijwel alleen dat van spel en weddenschap) een van de geloofspunten van zijn legisme maakte'.

En Pitlo zou het hem later nazeggen²⁶:

'Toen in 1926 aan de H.R. de vraag werd voorgelegd, of onder het begrip natuurlijke verbintenis (art. 1395 lid 2) ook de verplichting uit moraal en fatsoen valt, moest in het licht van de uitspraak van 1919 over art. 1401 B.W. het antwoord wel bevestigend luiden. Het luidde dan ook bevestigend.

Eenmaal aangenomen, dat de onbetamelijke handeling, ook als die niet met zoveel woorden in een wetstekst is neergelegd, bron van verbintenis is, was art. 1395 lid 2 B.W. na het arrest over art. 1401 B.W. niet anders dan een tweede poort door welke de ethiek in het burgerlijk recht werd binnengelaten. De natuurlijke verbintenis dus, die gelijk staat met een gewone verbintenis in juridische zin met deze beperking, dat de actie er aan ontbreekt, is niet langer beperkt tot de gevallen, waarin de wet dit met zoveel woorden uitspreekt (zoals in de art. 1803, 1825 B.W.), maar omvat mede de verplichting uit moraal en fatsoen - die geen plaats in de wettekst heeft gekregen. Hij die uit fatsoensoverwegingen een ander iets heeft doen toekomen, zonder dat die ander ooit dit had kunnen opvorderen, kan niet uit onverschuldigde betaling terugvorderen. Zoals in 1919 onwettig tot onrechtmatig werd, zo werd in 1926 de basis van de natuurlijke verbintenis, die tevoren slechts bestond uit enkele wetteksten, verbreed met wat moraal en fatsoen medebrengen. Ook hier werd het legisme teruggedrongen'.

Werd het legisme teruggedrongen door te beslissen geheel overeenkomstig de opvatting van de legist Diephuis? Tot aan de dag van vandaag vindt men in de

over de onrechtmatige daad het beginpunt markeert van een allengs vrijer wordende rechtsvinding. Hij scheert Opzoomer en Diephuis over één kam (p. 45): zij 'koesteren methodisch gezien hetzelfde legistische uitgangspunt', hoewel die legistische methode bij Opzoomer leidt tot de enge leer en bij Diephuis tot de ruime.

26. Pitlo, Evolutie van het privaatrecht, p. 76.

handboeken van burgerlijk recht de mededeling dat na de codificatie algemeen de enge leer werd aangehangen, zonder dat vermeld wordt dat Diephuis nu juist de verplichtingen van moraal en fatsoen als de bron van natuurlijke verbintenissen aanmerkte.

9. De onrechtmatige daad

Het mooiste zou nu zijn als ik kon bewijzen, dat Diephuis ook voor het begrip onrechtmatige daad, een vergelijkbaar ruime opvatting huldigde als voor de natuurlijke verbintenis. Maar, dat kan ik niet.

Het stuk van Diephuis over de onrechtmatige daad verkondigt de meest enge opvatting die denkbaar is²⁷.

'Onder onregtmatige daden hebben wij, naar ik meen, zoodanige te verstaan, die door de wet, of door eene van de bevoegde magt afkomstige verordening verboden zijn. Die magt behoeft niet bevoegd te zijn om bepalingen te maken omtrent burgerlijk regt, maar enkel tot regeling van onderwerpen die tot haren kring behoren, en daarbij tot voorschriften in het belang der openbare veiligheid enz.; en die voorschriften kunnen dan in zoo ver van invloed zijn op het burgerlijk recht, dat daden, in strijd daarmede verrigt, die anders niet onregtmatig zijn zouden, het nu wel zijn. Voorts komt het mij voor, dat, om eene daad onregtmatig te doen zijn, niet tevens nodig is, dat zij eene krennking medebrengt van eens anders regt; maar tevens, dat het laatste zonder het eerste niet voldoende is om haar tot onregtmatige daad te maken. Daardoor zou de zaak vrij wat minder bepaald zijn, en grootelijks van 's regters meening afhankelijk; maar tot zoodanige stelling geeft de wet ook geene aanleiding'.

Onrechtmatig is een daad alleen als zij in strijd is met een wettelijk voorschrift. Het opmerkelijke van die passage is, dat Diephuis hier losweg zijn mening geeft over wat een onrechtmatige daad is, met in een noot alleen een verwijzing naar het commentaar van Laurent. Naar andere schrijvers verwijst hij niet; niet naar Franse, niet naar Nederlandse. Ook rechtspraak wordt niet vermeld. En toen hij dit in 1888 opschreef, was er nogal wat rechtspraak, ook van de Hoge Raad, over de vraag wat een onrechtmatige daad eigenlijk is. Van Maanen heeft die rechtspraak geanalyseerd

27. Diephuis 10, p. 82 e.v.

in zijn proefschrift, evenals de opvattingen die in de literatuur bestonden²⁸. Dat Diephuis dat allemaal onvermeld laat - men bedenke dat in 1883 de Hoge Raad het begrip onrechtmatig beperkt had tot strijd met de wet en inbreuk op een anders recht, dat Molengraaf in 1887 zijn opstel over de oneerlijke concurrentie had gepubliceerd - dat heeft mij verbaasd. Diephuis is namelijk over het algemeen nogal volledig met de vermelding van literatuur en er zijn delen van zijn commentaar waarin ook nogal wat rechtspraak wordt vermeld. Maar hier moeten we het doen met de mededeling dat inbreuk op een recht niet voldoende is om een daad onrechtmatig te doen zijn, omdat 'de zaak dan vrij wat minder bepaald zou zijn en grotelijks van 's rechters oordeel afhankelijk'.

Het is voorspelbaar dat Diephuis met zijn opvatting vast loopt als hij moet uitleggen wat art. 1402 BW dan betekent. Daar immers was bepaald dat aansprakelijkheid ook bestaat voor schade die door nalatigheid of onvoorzichtigheid is veroorzaakt. Met de nalatigheid kan hij nog uit de voeten door te zeggen, dat dat alleen ziet op onrechtmatig nalaten - waaronder hij verstaat nalaten hoewel de wet of een wettelijk voorschrift tot handelen verplicht - maar bij de onvoorzichtigheid raakt hij in problemen:

'Heb ik iets nagelaten, wat ik niet verplicht was te doen, en heeft iemand daardoor schade geleden, zoo kan men mijne nalatigheid afkeuren, en mij voor het gevolg daarvan zedelijk verantwoordelijk achten, maar er kan daarom in regten van mij geene vergoeding gevorderd worden; hiertoe is nodig, dat ik gelaten heb wat ik had moeten doen, en niet mogt laten

Het karakter, dat de daad moet hebben waarvan art. 1401 spreekt, kan gevoegelijk ook nodig geacht worden voor de nalatigheid die met eene daad gelijk gesteld wordt. Anders is het ten aanzien der onvoorzichtigheid, waarvan alsmede wordt gesproken, en die bezwaarlijk in eene regtmatige en eene onregtmatige onderscheiden kan worden. Intusschen zie ik ook daarom nog geene reden om af te keuren, dat de wetgever mede van onvoorzichtigheid spreekt, en haar nevens nalatigheid noemt, al is er tusschen die beide ook nog zoo veel onderscheid. De wet legt nu de verpligting op tot vergoeding van schade, die men iemand veroorzaakt heeft door eene onregtmatige daad of door nalatigheid, maar ook wanneer men het gedaan heeft door onvoorzichtigheid, al was het ter gelegenheid eener daad, die anders op zich zelve niet onregtmatig was. En dat de bepaling bestemd is om dit te kennen te geven, is dunkt mij vrij duidelijk'.

28. Van Maanen, Onrechtmatige daad, diss. 1986, p. 33-48.

Wat Diephuis hier doet is naast onrechtmatig doen en laten, waarvoor volgens hem nodig is dat de wet dat verbiedt, een zelfstandige verbintenis uit de wet creëren uit onvoorzichtigheid, een verbintenis die met onrechtmatigheid niets te maken heeft. Die constructie is vergezocht en onlogisch, terwijl voor de hand lag te zeggen dat de wet, nalatigheid en onvoorzichtigheid in één adem uitsprekend in een artikel dat over onrechtmatigheid handelt, klaarblijkelijk het veroorzaken van schade door nalatigheid en onvoorzichtigheid onrechtmatig achtte. En daarvoor was te meer aanleiding nu het Code-artikel waarvan art. 1402 een vertaling was, sprak van *négligence* ou *imprudence* en in Frankrijk altijd in die zin is verstaan. De ruime opvatting van de onrechtmatige daad lag daarmee in de wet besloten. Dat de beperkte opvatting van Diephuis, Opzoomer en Land toch enige tijd door de Hoge Raad is aanvaard, toont wel aan dat zij invloed op de rechtspraak hadden, niet dat zij altijd zorgvuldig redeneerden.

10. Strikte interpretatie

Het legisme zou gekenmerkt worden door strikte interpretatie. Wat dat precies is in een stelsel waarin het recht gecodificeerd is, weet ik niet. Waarschijnlijk moet onder strikte interpretatie een verbod van zowel extensieve interpretatie als van analogie worden verstaan, mogelijk houdt de term in dat slechts een taalkundige uitleg geoorloofd is²⁹.

Ik heb al laten zien dat er geen sprake van was, dat de Hoge Raad de letter boven de geest en de strekking stelde. Ook Diephuis sprak zich met klem uit tegen letterknechterij³⁰:

29. Lokin, *Rechtsvinding onder het NBW*, p. 6 e.v. verstaat onder strikte interpretatie de interpretatie naar spraakgebruik, waarbij de wet niet meer inhoudt dan daarin met zoveel woorden is bepaald. Hij wijst er op, dat in het recht voor de codificatie en in het gebied van de common law, door strikte interpretatie van wetten en verordeningen, de ruimte voor toepassing van het gemene recht zo groot mogelijk werd gehouden.

30. Diephuis 1, p. 109/110.

'Het regt wordt bepaald door de wet, en om het te kennen moet in de eerste plaats de wet gekend worden. Hiertoe is het niet genoeg dat men hare woorden kent, men moet haren zin verstaan, de gedachte kennen, die de wetgever in haar heeft uitgedrukt. Daartoe strekt de uitlegging der wet, en deze behoort vóór alles tot de taak der rechtswetenschap. Men pleegt van eene grammaticale en eene logische, ook wel van eene historische uitlegging te spreken; de eerste heeft plaats voor zover men de gedachte des wetgevers uit de woorden eener wetsbepaling, de andere voor zoo ver men haar van elders, en in het bijzonder de historische, voor zoo ver men haar uit de rechtsgeschiedenis afleidt. haar doel moet zijn moet zijn te ontdekken, niet wat men volgens de woorden der wetsbepaling, of wat men met het oog op andere gegevens als de gedachte van den wetgever kan beschouwen, maar wat werkelijk zijne gedachte is geweest en als zoodanig in de wet uitgedrukt; en hiertoe is eene uitlegging nodig, waarbij men niet het een of het ander, maar alle middelen wil aanwenden, die tot de bereiking van dat doel kunnen dienen.-.... Men moet niet aan de woorden blijven hangen en daaruit alleen de gedachte van den wetgever willen afleiden'.

Wat dan betekent dat legisten een strikte interpretatie voorstonden, ontgaat me wanneer ik de door Diephuis aanbevolen methode van interpretatie en rechtsvinding zie. Hij beveelt alle denkbare methoden aan (grammaticaal, logisch, wetsgeschiedenis, rechtsgeschiedenis, systeem van de wet, analogie, de redenering a contrario). In het centrum staat bij hem - anders dan bij Opzoomer - het opsporen van de zin die de wetgever heeft gewild.

Van een uitlegging tegen de bedoeling van de wetgever wil hij niet weten, omdat art. 11 AB door hem zo wordt verstaan dat recht spreken volgens de wet, recht spreken is overeenkomstig de bedoeling van de wetgever. Die opvatting werd steeds bezwaarlijker naarmate het wetboek verouderde. Maar nu in 1993 zien we de methode Diephuis bij de uitleg van het nieuwe wetboek in alle glorie herrijzen. In die zin zijn we allen leerlingen van Diephuis, niet van Opzoomer.

Strikte interpretatie van de wet, opgevat als verbod van analogie en van extensieve interpretatie, leidt noodzakelijkerwijs tot het gevolg dat de wet op veel vragen geen antwoord geeft. Omdat de rechter dat antwoord wel moet geven (art. 13 AB), moet hij dan in veel gevallen ongeschreven recht toepassen. Dat nu past niet bij de aan de legisten toegeschreven opvatting dat er geen recht buiten de wet is. Bij die opvatting geeft de wet altijd antwoord - *lex semper loquitur*³¹ - en hoort extensieve interpretatie en analogie bij het legisme als broer en zus.

31. Lokin, *Lex semper loquitur*, Groninger opmerkingen en mededelingen, 1988, p.1 e.v.

11. De jurist Diephuis

Diephuis was als geleerde een produkt van zijn tijd, die als bijzonderheid had dat het burgerlijk recht kort geleden was gecodificeerd. Hij was onomstreden de meest gezaghebbende geleerde van zijn tijd, wiens opvattingen in de rechtspraak vaak werden gevolgd en zo op talrijke gebieden ons recht hebben bepaald³².

Door de hercodificatie van ons burgerlijk recht, zijn de opvattingen van Diephuis nu in de wet vastgelegd. Wij bevinden ons nu in eenzelfde postcodificatietijd als waarin hij was en doen trouw wat hij heeft aanbevolen. Het past ons niet hem te verwijten dat hij zich tot doel stelde om die codificatie te analyseren en te doorgronden. Wij doen nu immers precies hetzelfde met onze nieuwe codificatie.

Diephuis was niet een legist in de zin dat hij wet en recht gelijk stelde, de wet volledig achtte, de wet kritiekloos aanvaardde. Hij was ook niet een legist in de zin dat hij de letter van de wet bepalend achtte voor de betekenis, noch die letter boven de zin, bedoeling en strekking van de wet stelde.

Hij was wel een legist in die zin dat hij aan het primaat van de wet boven het buitenwettelijk recht, zoals dat in art. 11 AB is neergelegd, ook voor de rechtswetenschap consequenties verbond. Die wetenschap was immers de leidsvrouw van de rechtspraak. Dat primaat van de wet boven het zogenaamde ongeschreven recht, is voorshands een blijvend gegeven voor de rechter en daarmee ook voor wie zich om de praktijk van het recht bekommert.³³

32. Zie A.A. de Pinto, Weekblad van het recht 6251 (1893): "Onder de Nederlandsche juristen van dezen tijd is er misschien niet één zoo algemeen bekend en geacht als Diephuis". Scholten, Alg. Deel p. 186 zegt van Diephuis dat hij "het type is van de nuchtere, degelijke Nederlandse, misschien nog juister Groninger, rechtsgeleerde. Hij wil de tekst alleen uit de tekst verklaren (sic). Dat doet hij met nauwgezetheid, met een noch zichzelf noch de lezer sparende breedvoerigheid, die het voor en tegen met zo groot mogelijke precisie afmeet, die echter ondanks alle gebondenheid aan de letter der wet toch altijd naar praktische oplossingen streeft. Er is geen auteur, die zoveel invloed op de rechtspraak in het laatst der 19e eeuw heeft gehad als hij; zijn nuchtere kijk op wat in ieder geval ten slotte maatschappelijk in rechten bevredigt, heeft haar in het algemeen voor letterknechterij behoed".

33. Een nieuw geluid komt van Barendrecht, Recht als model van rechtvaardigheid, diss. KUB (1992) die pleit voor een stelsel waarin de wet (en de rechtspraak) slechts een actuele, maar niet bindende weergave van de stand van de discussie is. In die opvatting past niet dat de rechter volgens de wet moet rechtspreken.

Toch zou Diephuis in onze tijd niet meer passen. Allereerst omdat hij het gezag van de rechtspraak voor de uitlegging van de wet ontkende. De rechter moest het hem voorgelegde geval beslissen.

'Het regterlijk gewijsde maakt aan het geschil over die zaak tusschen partijen voor goed een einde, door de beslissing die het inhoudt en wier juistheid geen voorwerp van onderzoek meer is, het strekt zich niet verder uit, en is ten eenen male vreemd aan de wetenschappelijke waarde van hetgeen de regter als zijne opvatting van de wet of het regt heeft voorgedragen. Ook iets dat meermalen en telkens op dezelfde wijze door den regter is aangenomen, zet daaraan geen gezag bij. En dit alles geldt zoo wel van den hogeren als van den lageren regter, ook van den hoogen raad. Hij mag geroepen zijn om toezigt te hebben op het nakomen der wetten bij alle regterlijke collegiën ook zijne uitspraak geldt slechts voor de zaak, waartoe zij betrekking heeft, en de innerlijke waarde en kracht zijner meening is weder van hare juistheid afhankelijk, en het oordeel daarover staat ieder vrij, ofschoon, maar wordt ook niet overbodig gemaakt doordien zij is de meening van den hoogen raad'.³⁴

De opvatting van Diephuis is verdedigbaar, maar achterhaald. De rechtspraak heeft wel gezag. Zij bindt de rechter in zoverre dat er op wordt vertrouwd dat in een volgend geval weer zo zal worden beslist. Juist de oordelen van de hoge raad hebben voor de rechter gezag, meer dan de mening van schrijvers. Sinds ongeveer 1910, toen Meijers arresten van de Hoge Raad ging annoteren, hebben wij een duaal stelsel: de wetgever stelt de norm, de rechter - speciaal de Hoge Raad - verklaart practisch bindend wat zij inhoudt. De gedachte dat de wetenschap met de uitlegging is belast en de rechter alleen met de toepassing, is ons nu vreemd.

Er is nog iets anders dat Diephuis sterk onderscheidt van de hedendaagse, in de wetenschap werkzame jurist. Nergens in zijn werk blijkt van enige zorg over of belangstelling voor de effecten van het recht in de samenleving, voor de grote maatschappelijke strijdvrage die ook in zijn tijd speelden. Men denke maar aan de sociale kwestie. Het is tamelijk schokkend om zijn commentaar op het arbeidsrecht, dat uit 3 artikelen bestond, te lezen. Dat de werknemer, de huurder en de pachter vergaand aan de willekeur van werkgever en verhuurder was overgeleverd door de gebrekkigheid van onze wetgeving, het schijnt hem niet te raken. Zijn verdediging van art. 1638 BW, bepalende dat de meester op zijn woord wordt geloofd t.a.v. de

34. Diephuis 1, p. 119.

overeengekomen duur van de arbeidsovereenkomst en de hoogte van het loon en van de betaling daarvan over het verschenen en lopende jaar, is hem onwaardig.³⁵

Ik vermoed dat zijn opvatting van wetenschap het hem verbood zich in zijn juridische geschriften ook maatschappelijk of politiek te engageren. De scheiding die hij aanbracht tussen wet en wetenschap bracht waarschijnlijk mee, dat het aan de politiek was om zich in te zetten voor verandering van de wetgeving. De wetenschap moest zich beperken tot de analyse van wat de politiek tot stand had gebracht. In dat opzicht werden zijn opvattingen al spoedig achterhaald. Jongeren als Drucker, Molengraaff, Houwing, Scholten en Meijers verschilden op dat stuk hemelsbreed van Diephuis en Opzoomer. Maar, ik hoor Diephuis brommen dat zij met hun bemoeienis met de wetgeving en de rechtspraak, hun wetenschappelijke zuiverheid op het spel zetten. Diephuis streefde - net als Opzoomer - naar een waardevrije wetenschap van het privaatrecht. Wij hebben tegenwoordig een meer dynamische en instrumentele kijk op recht en wet: wij willen het recht veranderen en willen in die verandering (door wet en rechtspraak) een rol spelen. Of we daarmee wetenschap bedrijven kan ons minder schelen.

Er is nog een derde punt waar de opvattingen van Diephuis niet meer de onze zijn: zijn benadrukken van de historische bedoeling van de wetgever. Dat is ook precies het kardinale verschil met Opzoomer, die aan de wetsgeschiedenis geen boodschap had. Bij recente wetten werkt de opvatting van Diephuis beter dan die van Opzoomer; bij verouderde wetten staat zijn wetshistorische uitleg in de weg aan een verandering van interpretatie. Daarmee heeft het recht bij Diephuis een sterk statisch karakter.

12. Besluit

Ik hoop enigszins aannemelijk gemaakt te hebben, dat Diephuis niet een legist (in de ongunstige betekenis van het woord die daaraan door vooral Amsterdamse

35. Diephuis, 12, p. 319 e.v. en in zijn Burg. Recht naar de volgorde etc., 2e druk n. 666-681. Zijn verdediging van die bepaling is tweërlei: (1) de bepaling mag dan onevenwichtig zijn, aan Diephuis is niet gebleken van een verkeerde werking en (2) omdat de bediende vaak gratis procedeert, kunnen proceskosten waarin hij wordt veroordeeld vaak niet op hem worden verhaald.

juristen is gehecht) was. Hij heeft die reputatie waarschijnlijk gekregen door zijn opvatting over de onrechtmatige daad, die hij met de onwetmatige daad gelijk stelde. Dat gaf, voor wie niet verder las, al gauw de gedachte in dat hij wet en recht als synoniemen beschouwde. Ik hoop duidelijk te hebben gemaakt, dat wie dat van Diephuis denkt, zijn werk niet kent.

Diephuis heeft in veel vragen verder gezien dan de meeste van zijn tijdgenoten. Door zijn nuchterheid, praktische zin en groot analytisch vermogen, heeft hij grote invloed gehad. Ons nieuwe wetboek is voor een belangrijk deel het wetboek van Diephuis. Ik neem dan ook mijn denkbeeldige hoed voor Diephuis af.

