

DE TAAK VAN DE RECHTSWETENSCHAP VOLGENS DIEPHUIS EN OPZOOMER

J.H.A. Lokin

Cornelis Willem Opzoomer en Gerhardus Diephuis¹ stierven beiden in 1892, de eerste op 21 augustus, de tweede op 4 november, maar de eerste was vier jaar jonger dan de laatste: Opzoomer was in 1821, Diephuis in 1817 geboren. Dat kleine verschil in leeftijd is in zoverre significant dat Diephuis, in 1832 ingeschreven als vijftienjarige rechtenstudent, nog onderwezen is in de Code civil, terwijl Opzoomer in 1839 in Leiden begon en dus colleges liep in het kersverse nieuwe BW van 1838. Over beider levensloop is al veel geschreven en het ligt niet in het kader van deze bijeenkomst daar nog eens uitvoerig op in te gaan. Voldoende is dan ook een enkel woord om de tegenstelling tussen beide personen aan te geven. Want beide heren waren welhaast elkaars tegenpolen. Opzoomer stamde uit streng calvinistische, (klein)burgerlijke ouders en werd geboren in de grote stad Rotterdam. Opzoomers vader was hoofdbediende bij het stedelijk Armbestuur.² Diephuis zag het levenslicht in het gehucht Farmsum, gelegen op het Groningse platteland; zijn vader gaf als beroep op koopman. In de genealogie van het geslacht Diephuis wordt nog vermeld dat hij ontvanger der boedelpeningen was in Farmsum en plaatsvervangend lid der standen, d.w.z. der provinciale staten van Groningen. Hij behoorde tot de middenstroom van de Nederlands hervormde kerk. Opzoomer was een wonderkind, die niet alleen op het gebied van de rechtsgeleerdheid uitblonk, maar vooral bekendheid verwierf als theoloog en als filosoof. De jurist wil nog wel eens

-
1. Over Opzoomer en Diephuis zie de korte levensbeschrijvingen en de daarbij aangehaalde literatuur in *Zestig juristen. Bijdragen tot een beeld van de geschiedenis der Nederlandse rechtswetenschap* onder redactie van T.J. Veen en P.C. Kop, Zwolle 1987, 215-224.
 2. Uit de vernietigende beschrijving die de predikant Van Oosterzee geeft van de wijze waarop hij zich van zijn taak kwijt, rijst de figuur van Mr Bumble uit *Oliver Twist* van Charles Dickens voor het oog op: de oude Opzoomer was 'door de behoeftigen met wie hij in aanraking kwam meer gehaat en gevreesd dan geacht, en traditioneel nog in veler herinnering voortlevende als - welligt ietwat overdreven - een kleine tyran, die toch van de andere zijde door kruipende vleyerij wel te winnen was'. M. van Rhijn, *Gemeenschap en vereenzaming, een studie over J. van Oosterzee, 1940*, 198, gecit. bij P.C. Kop, zie noot 3.

vergeten dat hij zijn leven lang hoogleraar in de wijsbegeerte is geweest. Men heeft dan ook moeite met het aanwijzen van zijn onbetwistbaar opus magnum. Opzoomer was een veelschrijver en al zijn werken zijn magna opera. Hij voorzag ze van brede titels, zoals *De weg der wetenschap*, *Het wezen der kennis*, *De waarheid en hare kenbronnen*, *De wetenschap, haar vrucht, haar gang en haar regt*, *De godsdienst*, *De waarborgen van onzen vooruitgang*, enz. enz. Ik geloof niet dat er een uitputtende opsomming van zijn werken bestaat, zoveel is er van zijn hand verschenen.³ Temidden van deze zondvloed van titels over alle mogelijke onderwerpen valt die van zijn juridisch hoofdwerk *Het Burgerlijk Wetboek*, verklaard door Mr C.W. Opzoomer (1865-1911) nauwelijks op en dit werk telt in tweede druk zestien delen, waarvan er elf door hem zijn voltooid. Aan dit boek ging een voorstudie vooraf met een veelzeggende titel: *Het Burgerlijk Wetboek. Aantekening op de artikelen die thans nog verklaring behoeven*. De titel is daarom zo veelzeggend omdat hij iets zegt over Opzoomers kijk op de wet. Het werk is namelijk de neerslag van de college-aantekeningen die de Leidse student in zijn studietijd heeft gemaakt. Die studietijd nu nam een aanvang in 1839, dus één jaar na het afscheid van de Code civil en de invoering van het Nederlandse BW. In de titel kan men iets van verbazing lezen: *aantekening op de artikelen die thans nog verklaring behoeven*. Het lijkt wel of er tevens een kleine teleurstelling in doorklinkt alsof niet alle artikelen van het nieuwe wetboek voor zichzelf zouden moeten spreken. Men kan in de titel nog iets anders lezen, namelijk een trek van zelfverzekerdheid. Het moge dan zo zijn dat sommige artikelen thans nog verklaring behoeven, welke dat zijn en welke verklaring zij behoeven dat wordt door Mr C.W. Opzoomer uit de doeken gedaan. Diephuis heeft zich zijn leven lang enkel op het recht geconcentreerd, maar daarmee wil ik niet zeggen dat hij een smal en beperkt oeuvre heeft nagelaten. Ook Diephuis' schriftelijke nalatenschap is onafzienbaar, voornamelijk door de uitvoerige wijze van schrijven die hem dan ook in Groningen de bijnaam *Breedhuis* heeft opgeleverd. Deze gesignaleerde breedsprakigheid kan aanleiding tot misverstand geven, indien zij zou suggereren dat Diephuis er op papier maar wat op los kletste. Niets is minder waar; het is meer zo dat bij elk juridisch vraagstuk alle, maar dan

3. Vgl. P.C. Kop, C.W. Opzoomer (1821-1892) als theoloog, wijsgeer en jurist, in *Acta Falconis* 1983, 130-162, met name 134: 'Een volledige biografie van zijn werk bestaat bij mijn weten niet.'

ook alle argumenten pro en contra werden behandeld en in glasheldere taal werden uiteengezet. Als echte Groninger had Diephuis veeleer een hekel aan inhoudsloos geschrijf en het is dan ook tekenend dat hij zijn negendelige commentaar op het *Nederlandsch Burgerlijk regt* in de volgorde van het *Burgerlijk Wetboek* zonder enige nadere verklaring of verantwoording begint met artikel 1 en eveneens zonder enige uitleiding eindigt met het laatste artikel. Hij deed daarmee precies wat de titel van zijn boek beloofde.

Zo spreekt uit de titelopschriften van hun eerste grote juridische werken iets van de karakters der schrijvers. Opzoomer werd op vijftiengjarige leeftijd, één jaar na zijn proefschrift over de natuurlijke verbintenis⁴ hoogleraar in de wijsbegeerte in Utrecht en deze verheffing 'van rekrut tot maarschalk', zoals hij zelf zei, heeft de zelfverzekerde jongeman niet bescheidener gemaakt. Bovendien had hij nog een Leids eredoctoraat gekregen op een - niet voltooid - proefschrift in de Arabische letterkunde. Hij mengde zich in het openbare debat over alle mogelijke kwesties. Bekendheid kreeg zijn voorstel de drie rijksuniversiteiten - Leiden, Groningen en Utrecht - om te smeden tot één super-universiteit, die het 'zelfs tegen Leipzig' zou kunnen opnemen. Tweemaal werd hem gevraagd Minister van Justitie te worden, maar dat weigerde hij. Ook kreeg hij een aanbieding uit Leiden om de hoogleraar *Stuffken* op te volgen, maar na aanvankelijke instemming weigerde hij. Hij hield over de ontwikkeling van zijn denken bij de viering van zijn 25-jarige ambtsbediening een redevoering die zo bol stond van ijdeluiterij en eigenwaan dat zij zijn oude leerlingen, voorzoover zij geloof in hem hadden, deed blozen, aldus de herinneringen van Mr H.P.G. Quack.⁵ Reeds zijn inaugurele rede, waarin hij wijsbegeerte en de menselijke ervaring als middel om tot de kennis van God te geraken stelde boven de goddelijke openbaring zoals zij was opgetekend in de bijbel - een wespennest van fabelen, zou hij haar noemen - bracht in dominee's land zo'n commotie teweeg dat hij van zijn zojuist verworven leerstoel beroofd dreigde te worden.⁶ Op vroege leeftijd mat Opzoomer zich reeds het uiterlijk van een

4. *Dissertatio juridica de naturali obligatione*, 1845.

5. H.P.G. Quack, *Herinneringen uit de levensjaren van Mr H.P.G. Quack (1834-1911)*, 1977, 206-207.

6. *De wijsbegeerte, den mensch met zichzelf verzoenende*, 1846. Een fraai tijdsbeeld geeft de reactie van de Groninger hoogleraar in de Godgeleerdheid Pareau, die na het lezen van de rede vanaf de kansel verkondigde dat 'niet in de wetenschap de zaliging des menschen te vinden is ... Ware die wetenschap den mensch noodzakelijk, ongelukkig, diep ongelukkig dan gij, eenvoudigen en

wijsgeer aan door een wapperende baard te laten groeien, die zijn borst half bedekte.

Van Diephuis ging in het geheel geen persoonlijke uitstraling uit, hoewel ook hij op latere leeftijd een baardje liet groeien. Zijn persoon werd dan ook, zegt Huizinga, in den lande bijna volkomen geïgnoreerd. Hij hield niet van opsmuk of pomp rondom zijn persoon en werkte in zijn studeervertrek onafgebroken door aan zijn dertiendelige systeem van het Nederlands burgerlijk recht, dat onmiskenbaar als zijn opus magnum is te kwalificeren. Zijn levensritme was zo gelijkmatig dat de avond hem vond als de morgen en de morgen als de avond. Met regelmatige tussenpozen verwekte hij tien kinderen bij de dochter van de dominee van Farnsum, Alagonda Geertruida Hemmes, met wie hij gelukkig was gehuwd.⁷ Buiten Groningen liet hij zich niet zien en bij de landelijke politieke en maatschappelijke vraagstukken was hij niet of nauwelijks betrokken.

Deze twee zo verschillende karakters nu hebben het civielrechtelijke leven van de vorige eeuw beheerst. Zij zijn het die het Burgerlijk Wetboek van 1838 voor hun tijdgenoten hebben verklaard en tot leven hebben gewekt. In hun werkwijze vertonen zij ongetwijfeld verwantschap. Het was hun er in de eerste plaats om te doen de nieuwe wet te verklaren, dat wil zeggen uit te leggen en dat deden zij beiden dan ook met een niet aflatende scherpzinnigheid. Toch zitten zij elkaar, overigens op hoofse wijze, voortdurend in de haren en wijkt het commentaar van de Utrechenaar op talloze punten af van dat van de Groninger. Zij kwamen dikwijls tot verschillende conclusies terwijl zij toch beiden dezelfde wettekst als het vertrekpunt van hun beschouwingen namen. Waaruit dan is dat voortdurende verschil van opvatting te verklaren? Het is vooral gelegen in de taak die zij zagen weggelegd voor de rechtswetenschap en daarover wil ik U vandaag iets vertellen. Volgens Diephuis heeft de rechtswetenschap een drieledige taak. 'Vóór alles behoort tot de taak der rechtswetenschap de uitlegging van de wet. Want het recht wordt bepaald door de wet, en om het te kennen moet in de eerste plaats de wet

ongeleerden!' (zij zaten kennelijk vóór hem in de kerk). 'Gij, daglooners en handwerkslieden! gij, vrouwen en moeders!' Gecit. uit Van der Wijck, Bij het portret van prof. C.W. Opzoomer in Eigen Haard, 1882, 11.

7. Opzoomer was getrouwd met de dochter van de hoogleraar Ackersdijk en had drie kinderen.

gekend worden.⁸ En wat nu is die wet anders dan ‘de uitdrukking van den wil des wetgevers; op diens daarin uitgedrukten wil komt het aan.’⁹ Dus men moet op zoek naar wat de wetgever heeft gewild en daarbij zal men niet alleen maar op de woorden maar ook op de geest van iedere wettelijke bepaling moeten letten. Vooral zal de wetsgeschiedenis hem dikwijls helpen. En aangezien het BW van 1838, zoals Scholten zei, ‘een bruikbare copie’ is van de Franse Code civil, zal dus ook de Franse wet en de uitlegging daarvan tot steun zijn bij het vinden van de wil van de wetgever. En aangezien voorts het Franse recht in hoge mate is beïnvloed door het Romeinse recht, zal men dikwijls van de Romeinse juristen veel kunnen leren ter verklaring van de wil van de wetgever. Maar bij dit alles dient men steeds te bedenken dat al die hulpmiddelen slechts hulpmiddelen zijn en dat men er dus nooit een rechtstreeks beroep op mag doen. Want het Romeinse recht is afgeschaft in 1809, het bleef afgeschaft in 1829 en de Code civil is als Nederlands burgerlijk wetboek afgeschaft in 1838. Zo eenvoudig lag dat en Diephuis wordt niet moe dit feit van de formele afschaffing telkens weer te beklemtonen. Wat overblijft en wat formeel ook alleen over mag blijven is de in de wet uitgedrukte wil van de wetgever en om die wil van de wetgever is het Diephuis te doen.

Soms echter kan de uitlegging ‘binnen hare natuurlijke grenzen beperkt’ geen uitkomst bieden. Er zijn bijvoorbeeld zaken en bijzonderheden, die de wet noch door eene algemeene, noch door eene bijzondere bepaling heeft geregeld, omtrent welke de wetgever zijn wil niet heeft uitgedrukt, waaraan hij misschien niet heeft gedacht.¹⁰ Het recht wordt met andere woorden niet door de wet bepaald. Waartoe kan en mag men dan zijn toevlucht nemen? Weer tot de rechtswetenschap en tot de rechtswetenschap alleen. Zij moet proberen - en dat is haar tweede taak - het recht uit de wet af te leiden en wel door middel van analogie, doordat zij een wettelijke bepaling zoekt die ‘ons doet zien, wat hij omtrent het andere bepaald zou hebben, wanneer de wetgever ook daaraan gedacht en dat behandeld had.’ Diephuis onderscheidt de analogie dus uitdrukkelijk van de uitlegging der wet.

8. Diephuis, Het Nederlandsch burgerlijk regt I, 1869, 109.

9. o.c. I, 110.

10. o.c. I, 113.

‘Bij analogie hebben wij te denken’, aldus Diephuis, ‘niet aan de aanleiding tot, noch aan het doel, maar aan de reden van de wetsbepaling (de ratio legis), het beginsel, waarvan zij eene uitdrukking en toepassing is. Waar die reden der wet dezelfde is, mag hetgeen deze ten aanzien van het eene bepaalt, bij haar stilzwijgen omtrent het andere ook hiervoor als de geopenbaarde wil van den wetgever beschouwd worden.’¹¹

Een halve eeuw later zal Meijers precies dezelfde onderscheiding maken tussen uitlegging en analogie en deze onderscheiding is nog terug te vinden in de Inleidende titel van zijn ontwerp BW. Zij ligt bijgevolg ten grondslag aan het huidige BW.

Een andere wijze van afleiding van het recht uit de wet is de tegenstelling, het argument a contrario. Ook dan zal er toch iets zijn gewonnen, doordien men zien kan, wat de wetgever niet heeft gewild.¹² U ziet, Diephuis is ook bij de uitoefening van de tweede taak van de rechtswetenschap nog steeds op zoek naar de wil van de wetgever. Analoge toepassing van een aan de wettekst ten grondslag liggend beginsel kan gelden als de geopenbaarde wil van de wetgever, een a contrario argument laat zien wat de wetgever niet heeft gewild.

Maar uiteindelijk kan het toch zo zijn, ‘dat iets niet bepaald is door de wet, en hieruit ook noch bij analogie, noch bij tegenstelling een regel daarvoor kan worden afgeleid.’ Wat dan? Recht en wet zijn nu van elkaar verwijderd. Toch moet ook dan, zegt Diephuis, recht gesproken worden en gezocht worden naar wat recht is. Want uiteindelijk is de wet ook maar de uitdrukking van wat recht is en naar het recht is uiteindelijk ieder mens op zoek. Waarbij moet men nu te rade gaan? Niet bij het Romeinse recht, want dat verbiedt de wet uitdrukkelijk en ondubbelzinnig. Niet bij de gewoonte, want ook daaraan is door de wet alle gezag ontkend (art. 3 AB).¹³ Neen, het is weer de rechtswetenschap die de rechtsregel dient op te sporen en te formuleren, haar derde taak. Daarbij kan het Romeinse recht of welk vreemd recht ook, daarbij kan de gewoonte wel dienstig zijn, maar de door de rechtswetenschap gevonden regel ‘behoeft niet door de gewoonte te worden bekrachtigd om als

11. o.c. I, 114.

12. o.c. I, 115.

13. Bovendien is de gewoonte, evenals de wet niet de oorzaak van het recht, dat zich in haar zichtbaar vertoont, maar ‘veelmeer een gevolg en uitvloeisel van het recht’. o.c. I 116.

regt erkend te worden; hij heeft die kracht in zichzelf, wanneer er geen regel door de bevoegde magt is vastgesteld.'

De rechtswetenschap is in haar laatste taak dus een autonome rechtsvinder en kan 'in zekeren zin' evenals de wet ook een rechtsbron genaamd worden. Diephuis erkent dat ook met zoveel woorden. 'Toch is zij het niet in den zin waarin de wet het is.' Want terwijl de wet het recht bepaalt, zodat, hetgeen zij vaststelt, daarom als recht geldt, is de rechtswetenschap slechts bij machte iets als recht te doen kennen, niet het tot recht te maken; zij scheidt met andere woorden geen recht, maar openbaart en ontdekt het slechts.¹⁴

Samenvattend kan men met Diephuis stellen, dat de rechtswetenschap voor de kennis van het recht werkzaam is door a. de uitlegging van, b. door de afleiding uit en c. door opsporing buiten de wet.¹⁵ Deze opvatting is m.i. de sleutel tot Diephuis' werkwijze en er blijkt uit dat hij het bestaan van het recht laat voorafgaan aan de wet, aan de gewoonte en aan de uitkomsten van de rechtswetenschap, die altijd de vrucht zijn van 'het onderzoek van individuen, die ieder voor zich moeten oordeelen, maar ook voor ieder ander het onderzoek en het oordeel vrijlaten'. Voor zover ik weet spreekt Diephuis bij de behandeling van het recht buiten de wet nergens over natuurrecht - dat was voor de Groninger wellicht een te zwaar door de metafysica beladen woord - maar iets als het natuurrecht moet hem toch voor ogen hebben gestaan.

Waar tenslotte staat de rechtspraak in deze alomvattende taak van de rechtswetenschap? Is er aan haar naast de rechtswetenschap nog een afzonderlijke plaats toebedeeld? Het zal wellicht geen verwondering wekken dat het antwoord ontkennend luidt. De rechtspraak gaat geheel in de rechtswetenschap op. Zij is één van de twee wijzen waarop de rechtswetenschap zich openbaart en in tegenstelling tot de theoretische rechtswetenschap, die tot uiting komt in de geschriften van de rechtsgeleerden, noemt hij haar de praktische.¹⁶ Deze opvatting van de rechtspraak heeft verstrekkende gevolgen en verklaart waarom Diephuis in zijn geschriften zo'n spaarzaam gebruik maakt van de jurisprudentie. Hij haalt haar slechts aan als gezaghebbend produkt van rechtswetenschap, niet als gezaghebbende rechterlijke

14. o.c. I, 117.

15. o.c. I, 117.

16. o.c. I, 118.

uitspraak. Want het gezag van de laatste is een heel ander gezag dan dat van de eerste, omdat een rechterlijke uitspraak slechts geldt voor de partijen die zich aan de uitspraak onderwerpen, maar een uitspraak van de rechtswetenschap algemene gelding heeft. Immers, 'al is de regter met de bevoegdheid bekleed om regt te spreken, het gezag hem als zoodanig toegekend, moet niet op zijne uitspraak worden overgebracht, waar alleen de innerlijke waarde van deze in aanmerking kan komen.'¹⁷ In die spaarzame gevallen waarin de rechter zich tevens als man van de wetenschap heeft laten kennen, is zijn uitspraak de moeite waard opgenomen te worden in een verklaring van het burgerlijk recht zoals Diephuis die schreef. En die gevallen zijn spaarzaam, want meestal heeft het vonnis van de rechter geen ander doel dan voorgoed een einde te maken aan een geschil; '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.' En, zo gaat Diephuis verder, 'Ook dat iets meermalen en telkens op dezelfde wijze door den regter is aangenomen, zet daaraan geen gezag bij. En dit alles geldt zoowel van de hooger en als van den lageren regter, ook van den hoogen raad'. Want de mening van de Hoge Raad is in wetenschappelijk opzicht evenveel waard als de mening van ieder ander en de 'kracht zijner meening is slechts van hare juistheid afhankelijk.' Het oordeel daarover staat dus ieder vrij en wordt niet overbodig gemaakt 'doordien zij is de meening van den hoogen raad'.¹⁸ De zienswijze van de procespartij of van de advocaat op een uitspraak van de Hoge Raad verschilt dus aanzienlijk van die van de wetenschapsbeoefenaar. De eerste heeft vooral het oog op het oordeel dat in de uitspraak is gelegen en houdt met de praktische consequentie van dat oordeel rekening, de tweede toetst de inhoud en de formulering van de uitspraak aan de algemene rechtsleer en in zoverre zij aan die rechtsleer dienstig is, wordt zij aangehaald.¹⁹

Na dit alles moge het duidelijk zijn dat volgens Diephuis de praktische rechtswetenschap - de rechtspraak dus - zich moet laten leiden door de theoretische. De rechtspraak mag zich niet bepalen tot hetgeen zij zelf heeft opgeleverd, maar

17. o.c. I, 118.

18. o.c. I, 119.

19. Overigens valt het op dat tweederde van de aangehaalde uitspraken stammen uit de rechterlijke colleges van Winschoten en Groningen, waarin Diephuis zelf zitting had gehad.

behoort kennis te nemen van hetgeen de rechtswetenschap aan het licht heeft gebracht. De rechtswetenschap mag het 'als hare taak beschouwen, over de rechtspraak een oordeel te vellen en uit te spreken, haar daardoor te leiden en waar het te pas komt terecht te wijzen, maar moet ook zelve de wenken opmerkingen en zich te nutte maken, die gene haar geeft.'²⁰ Door de wisselwerking van deze twee uitingen van de rechtswetenschap wordt zij tot ontwikkeling gebracht en kan zij tot volkomenheid geraken. En daar is het Diephuis als rechtsgeleerde in zijn diepste drijfveren om te doen: de volkomenheid der rechtswetenschap.

Wat nu was de opvatting van Cornelis Willem Opzoomer over rechtswetenschap en waarin verschilde zij van die van Diephuis?

Reeds dadelijk aan het begin van zijn grote commentaar blijkt dat de wijsgeer Opzoomer de rechtswetenschap in een zeer breed kader plaatst. Zij is een onderdeel van de wetenschap van de mens in de samenleving (societas) welke men wel, 'met een leelijk woord' sociologie heeft genoemd en uiteindelijk dus één van de zedelijke wetenschappen die zich met 's mensen geest bezighouden. De rechtswetenschap houdt zich bezig met het recht of dat nu door de staat is erkend en vastgesteld - het positieve recht - of niet. Want al was er geen staat, toch zou er een recht zijn en Opzoomer schroomt niet dit recht het natuurrecht te noemen.²¹ Want 'de taak van den staat is vaststellen, maar niet minder erkennen, erkennen van het recht dat reeds voor hem aanwezig is en dat hij enkel bekrachtigt'. Dat natuurrecht is verwant aan, maar mag niet worden gelijkgesteld aan de zedewet, zegt Opzoomer: 'Als ik U mijn liefdedienst weiger - want de liefde is de bron der zedelijkheid - dan handel ik tegen de zedewet; als ik U belet U zelf te helpen, handel ik tegen het recht'. U ziet, brede penseelstreken op een nog geheel wit doek. En als wij al even een sprong naar voren mogen maken in ons betoog, dan is het niet verwonderlijk dat Opzoomer in laatste instantie terugkomt bij dit vertrekpunt wanneer de woorden van de wet voor de rechter ontoereikend zijn. 'Mogen de woorden der wet den rechter verlaten, nimmer verlaat hem het rechtsbewustzijn ... Er werd recht gesproken vóór er wetten waren, en het maken van wetten heeft de

20. o.c. I, 120.

21. Opzoomer, Het Burgerlijk Wetboek verklaard (BW), tweede druk, I, 1874, 4 noot 1.

oude bron der natuur niet verstoep.' Hij moet derhalve in het uiterste geval zijn toevlucht nemen tot hetgeen die oude bron der natuur doet opwellen en dat is niets anders dan hetgeen door rede en billijkheid wordt aanbevolen.²² Dus niet zoals Diephuis de rechtswetenschap als vrucht van individueel onderzoek erbij gehaald, maar het natuurrecht in zijn verschijningsvorm van de rede en de billijkheid. Of dat in de praktische uitwerking veel verschil oplevert, weet ik niet; het verschil is m.i. niet zozeer in dit uiterste hulpmiddel gelegen, maar in de wijze waarop de wetenschap van het door de staat vastgestelde en erkende recht, kortom van de wet, werd beoefend. Ook bij Opzoomer bestond die wetenschap in de eerste plaats in de uitlegging van de wet, maar hij verstond daaronder niet helemaal hetzelfde als Diephuis, en dit ogenschijnlijk zo minieme verschil had een geheel andere werkwijze ten gevolge.

Diephuis zocht steeds door uitlegging van en afleiding uit de wet naar de wil van de wetgever; dáár komt het op aan, zei hij. Slechts in het geval die wil van de wetgever niet te vinden was, ondernam hij een speurtocht naar het Recht buiten de wet en wij hebben gezien dat hij die ontdekkingsreis maakte met behulp van de rechtswetenschap. Opzoomer nu ging van de opvatting uit dat door de inwerkingtreding van het Burgerlijk Wetboek de band tussen de wil van de wetgever en de tot stand gekomen wet formeel was doorgesneden. Het waren voortaan de woorden van de wet waar het voor Opzoomer op aan kwam. Die moest men door uitlegging zo goed mogelijk begrijpen en voor dat begrip kan de wil van de wetgever van nog zo groot belang zijn, beslissend is hij allerminst. Zeer duidelijk legt Opzoomer dit uit in een polemieek met Diephuis' leermeester uit Groningen, de hoogleraar Nienhuis, die had geschreven dat men moest speuren naar²³ 'den wil des wetgevers, uitgedrukt in de woorden en den geest der wet'. Ziehier Opzoomers antwoord in een voor hem kenmerkende passage.

Ik kan mij er geen helder denkbeeld van vormen (sc. van Nienhuis' woorden). Een wil, uitgedrukt in woorden, is mij een zeer duidelijk begrip; maar wat is toch een wil die in een geest wordt uitgedrukt? ... Men heeft zóó drie begrippen: de woorden der wet, den geest der wet en dan den wil des wetgevers.

22. Aanteekening op de Wet houdende algemeene bepalingen der wetgeving van het Koninkrijk (AB), vierde druk, 1884, 231/230.

23. AB 216.

Ik betuig mijn onvermogen om het te vatten. Ik zie slechts één enkele zaak, de woorden der wet in haar geheel. Wat die mij leeren, dat is de geest der wet, dat is de (uitgedrukte) wil des wetgevers, en wat zijn verborgen wil mag geweest zijn, gaat mij bij de uitlegging niet aan.'

Voor ons onderwerp is vooral de laatste passage van belang en de uitwerking die Opzoomer ervan geeft in een noot. Het kan namelijk zijn dat de wetgever iets anders heeft gezegd dan hij wilde zeggen. Wat dan? Dan zijn er drie mogelijkheden, aldus Opzoomer en het is gezien het voorgaande niet moeilijk meer te raden voor welke hij kiest.

Het eerste stelsel, dat door mij wordt omhelsd, acht het plicht zich alleen aan hetgeen werkelijk gezegd is te houden, met oproeping van den wetgever zelf tot verbetering van zijn mislukt werk.

Het tweede neemt aan dat er niets tot stand is gekomen. Wat in de wet duidelijk te lezen staat geldt niet, omdat het niet door den wetgever is gewild. Maar ook wat hij werkelijk gewild heeft geldt niet, omdat het niet in de wet te lezen staat.

Het derde stelsel, waarbij men aanneemt, dat de niet in de wet verklaarde, maar van elders toevallig den burgers bekend geworden - en, zo voeg ik (J.H.A.L.) er met Diephuis aan toe, door middel van de rechtswetenschap ontdekte - wil des wetgevers als recht moet gelden, komt mij geheel verwerpelijk voor.²⁴

Het verschil tussen Diephuis' en Opzoomers opvatting is derhalve terug te voeren op de aloude onderscheiding tussen de wil van de wetgever en de woorden van de wet. Men kan het wellicht nog scherper stellen door te zeggen dat voor Diephuis de woorden van de wet een hulpmiddel - het belangrijkste hulpmiddel, zij het niet het enige - waren om te geraken tot de wil van de wetgever en dat voor Opzoomer de wil van de wetgever het eveneens belangrijkste, maar niet enige hulpmiddel was om te komen tot een zuiver verstaan van de woorden van de wet. Uit dit nuanceverschil is veel van beider onderscheiden werkwijze te verklaren. Zoals we al hebben vermeld, hamerde Diephuis tot vervelens toe op het feit dat het Romeinse recht was afgeschaft en dat het dus voldoende was te kijken naar de wetshistorie omdat daaruit het ontstaan en de ontwikkeling van de wil van de wetgever zichtbaar werd. Het Romeinse recht had slechts een dienende functie; het had slechts nut als het de wil van de wetgever beter kon doen leren kennen; het nam met andere

24. AB 216 noot 3.

woorden een aan de wil van de wetgever ondergeschikte positie in. Opzoomer daarentegen achtte de wil van de wetgever erg belangrijk voor een goed begrip van de woorden van de wet, maar het Romeinse recht evenzeer. Het Romeinse recht, ja elk ander recht dat de ontwikkeling van een leerstuk had bepaald en daardoor verhelderend was voor een goed begrip van de uiteindelijke formulering van dat leerstuk in de wet, was voor Opzoomer bruikbaar. Het Romeinse recht nam met andere woorden een aan de wil van de wetgever nevensgeschikte positie in; beide dienden tot beter verstaan van de woorden der wet. Bij Opzoomer kon het dan ook voorkomen, dat het Romeinse recht een beter inzicht gaf in de juiste betekenis en de woorden van de wet dan de wil van de wetgever. Voor Diephuis was dit heiligschennis. Daarom vindt men, waar men ook Opzoomers commentaar opslaat, uitvoerige beschouwingen over de (meestal Romeinsrechtelijke) oorsprong van het besproken artikel en wordt een kwistig beroep gedaan op de Justiniaanse wetgeving, maar ook op Hugo de Groot, Donellus, Cujas en natuurlijk Von Savigny. Dat geeft Diephuis dan weer de gelegenheid te hameren op het feit dat het oude recht is afgeschaft. Eén kenmerkend voorbeeld.

Artikel 1395 OBW zei in algemene woorden: 'hetgeen zonder verschuldigd te zijn betaald is, kan teruggevorderd worden'. Was nu voor een beroep op deze actie uit onverschuldigde betaling nodig dat de betaling in dwaling was verricht, dat m.a.w. de betaler in de mening verkeerde schuldenaar te zijn? Opzoomer meende aanvankelijk van niet, maar kwam op zijn mening terug. Dwaling was vereist en dat kon hij uit de woorden van de wet, van de wet in haar geheel, opmaken. Immers, art. 1397, dat met art. 1395 ten nauwste in verband stond, sprak van degene, die bij vergissing meent schuldenaar te zijn en dan een schuld van een ander betaalt. Dat was het eerste argument. Lette men vervolgens op het overeenkomstige art. 1235 Code civil, dan kwam men tot dezelfde slotsom. 'Maar het meest pleit voor de erkenning van het vereichte der dwaling de geschiedenis der *condictio indebiti*.'²⁵ En er volgt een geleerd betoog naar aanleiding van teksten van Paulus, Ulpianus en Pomponius, van de mening van Pothier en de Franse ontwerpers van de Code civil en van de formulering van art. 2994 van het ontwerp Kemper, terwijl hij in de noten uitvoerig ingaat op Von Savigny en diens kritiek op het Oostenrijkse ABGB.

25. Opzoomer BW VI, 240.

De tijd ontbreekt ten enenmale om zijn betoog op de voet te volgen, maar als men, zo houdt Opzoomer zijn lezer voor, al de overwegingen en argumenten die hij heeft uiteengezet in zijn hoofd behoudt en dan nog eens art. 1395 herleest en daarbij alle nadruk legt op het woord betalen, dat in de formele zin van het voldoen aan een verbintenis wordt gebezigd, dan kan, ja moet men het dwalingsvereiste wel degelijk in de zin lezen. Aan een verbintenis kan immers slechts worden voldaan - steeds volgens Opzoomer - door hem die werkelijk meent dat hij aan een verbintenis voldoet: Indien iemand dus betaalt terwijl hij weet dat hij reeds voldaan heeft, maar hij is bijvoorbeeld de kwitantie kwijt en wil zich geen proces op de hals halen, dan voldoet hij volgens Opzoomer niet aan een verbintenis - die is er immers niet meer - maar draagt hij een vermogensbestanddeel over onder de (ontbindende) voorwaarde dat hij het bewijs van de eerdere betaling levert. Maakt hij die voorwaarde niet kenbaar, dan kan hij het betaalde niet terugvorderen en moet het als een schenking worden beschouwd. Kortom, met behulp van alle mogelijke argumenten, alle even scherpzinnig als helder uiteengezet, leest Opzoomer in art. 1395 het vereiste der dwaling. In de noten treedt hij natuurlijk naar aanleiding van talrijke ondergeschikte vragen in debat met Prof. Diephuis (altijd schrijft hij hoofs en beleefd Prof. Diephuis): 'Hoe kan Prof. Diephuis schrijven ...'; 'Zelfs bij Prof. Diephuis moet ik lezen ...'; 'Op de vraag van Prof. Diephuis valt het licht te antwoorden ...' enz. enz.

Wat nu zegt Prof. Diephuis? Prof. Diephuis kan met de dwalingseis in dat art. 1395 onmogelijk instemmen en zijn betoog is kenmerkend voor zijn speurtocht naar de wil van de wetgever. Als de wetgever het vereiste had gewild, dan had hij het wel uitgesproken, aldus Diephuis. 'Hoe kan de dwaling een vereischte zijn, zonder dat de wetgever het heeft gesteld?'²⁶ Men beroept zich op de historie, vooral ook op het Romeinsche regt' en met name op een gezegde van Paulus. Maar dit beroep gaat niet op,

'reeds daarom, omdat het een gezegde van Paulus is en in het Corpus juris staat ... Al is het nu nog zoo waar, dat het Romeinsche regt geene terugvordering toeliet, waar de betaling zonder schuld geen gevolg van dwaling was, wat zegt dat voor ons, terwijl dat regt hier te lande reeds in 1809 afgeschaft werd, en zijn wettelijk gezag in onze afschaffingswet van 1829 gezegd werd te zijn en te blijven afgeschaft? Of

26. Diephuis o.c., XI, 44.

wat zegt ons die afschaffing, wanneer dat Romeinsche regt toch voor ons gelden moet en dan nog wel niet enkel tot aanvulling van ons eigen regt, voor 't geen onze wetgever niet behandeld heeft, maar ook tot aanvulling en dus tot wijziging van onze wet, waar die een vereischte heeft laten varen, 't welk dat oude, naar het heet hier afgeschafte regt gesteld had?'²⁷

Kortom, 'als dwaling een wettelijk vereischte zou zijn, waarom heeft de wetgever haar dan niet als zoodanig vermeld?'²⁸ Men moet niet met allerlei kunstgrepen in de tekst een vereiste lezen die de wetgever niet heeft gewild, zo besluit Diephuis en voegt daaraan toe: 'Zoo handelt zelfs Opzoomer ... dié anders, naar mijn oordeel wel eens met overdrijving, zoozeer de wet uit haar zelve verklaard wil zien, dat hij weigert behoorlijk rekening te houden met hetgeen bij hare bewerking geschreven of gesproken is.'²⁹ Het is uit de mond van Diephuis de helderste formulering van het verschil in zijn en Opzoomers werkwijze die ik heb gevonden. Want niet het afgeschafte recht, maar hetgeen bij de totstandkoming van de wet geschreven of gesproken was, mocht bij de uitlegging te baat worden genomen om het doel te bereiken dat Diephuis zich had gesteld, namelijk de nauwkeurige bepaling van de wil van de wetgever. Maar om die wil was het Opzoomer in laatste instantie niet te doen, zoals wij meermalen hebben gezegd. Op niet mis te verstane wijze zet hij dat uiteen in zijn commentaar op art. 11 van de wet AB:³⁰ 'Wat zal nu de uitlegger van ons recht doen? Alles wat hij altijd moet doen. Hij zal zich om de bedoeling des wetgevers niet bekommeren, maar alleen op zijne woorden letten.' Dit standpunt herhaalt hij meermalen: 'Wat de burgers verbindt, is de wet. Die wet is uit den wil des wetgevers gevloeid, maar het geldende, het verbindende is toch niet de bron, maar de beek die er uit voortkwam. Er is geen bindende wil dan die uit de wet blijkt, niet van elders.'³¹ Met instemming haalt hij dan ook zijn geestverwant Thorbecke aan, die naar aanleiding van de onschendbaarheid der wetten schreef: 'Gemaakt, is de wet, onafhankelijk van de individuele meening van den wetgever, aan de regels van de uitlegging onderworpen. Welke is de gedachte, in de wet uitgedrukt? Ik zou niet durven beweren, dat de maker, wanneer hij

27. o.c. XI, 45/46.

28. o.c. XI, 47.

29. o.c. XI, 46 noot 3.

30. AB 207.

31. AB 212 noot 3.

hiervan, buiten de wet, eene verklaring geeft, in den regel meer is dan een ander uitlegger, of dezen eenigszins kan binden.’³² Als men de wetten enkel wil verklaren naar de bedoeling van de wetgever, dan is het wel het allereenvoudigst elke twijfel aan de wetgever voor te leggen. Maar dat middel, het middel van de *référé législatif*, is geheel en al ondeugdelijk, aldus Opzoomer. Immers de tegenwoordige wetgever kan wel zeggen hoe hij wil dat men de wet nu verstaat, ‘maar hij kan bij geen mogelijkheid ons verklaren, hoe zij, die de wet gemaakt hebben, zijn voorgangers, haar wilden opgevat zien.’ Bij wie moet men dan zijn? Bij allen? Wat zo er sommigen gestorven zijn? Bij één lid der Staten-Generaal of één tak van de wetgevende macht? Hier haalt Opzoomer de Groninger Nienhuis aan die stelde: ‘welk gewicht ik ook hechte aan de antwoorden der regeering ..., zoo meen ik echter, dat de uitlegger der wet zich vóór alles aan de wet zelve moet houden ...’ ‘Die antwoorden toch bevatten niet de uitdrukking van den wil en de mening des wetgevers, maar zij zijn slechts gegeven door éénen tak der wetgevende macht.’ Voor Opzoomer dus geen gebondenheid aan de beraadslagingen en aan de memoriën van toelichting en van antwoord, hulpbronnen die Diephuis voor het bepalen van de wil van de wetgever nog wel wilde benutten; het waren voor Opzoomer de woorden der wet waar het op aan kwam.

Indien nu een uitlegger te werk gaat zoals de Utrechtse wijsgeer, dan kan het niet anders of er valt de wetgever veel te berispen en Opzoomer zegt dat dan ook in de voorrede bij de eerste druk van zijn Commentaar: ‘Voor berisping is hier (in het wetboek) ruime stof.’ Want ‘wanneer de uitlegger van ons Burgerlijk Wetboek zijn eigen aantekeningen herleest, moet hij er telkens zich over ergeren, dat hij den rechter uitspraken voorschrijft, die hij zelf als rechtsgeleerde niet anders dan ongerijmd kan noemen. Toch heeft hij zich niets te verwijten. Hij is geen vrije leeraar van het recht, hij is gebonden aan de wet. ... Hoe veel strijd het hem ook koste, de rechtsgeleerde moet als uitlegger wetgeleerde zijn.’³³ Om nu uit de impasse te geraken van een rechtswetenschap die op grond van haar wetsuitlegging tot ongerijmdheden komt en ook om de wet steeds aan de zich steeds ontwikkelende rechtsovertuiging aan te passen stelde Opzoomer de instelling voor van een blij-

32. AB 213.

33. Opzoomer BW, Voorrede VI en VII.

vende commissie van wetgeving uit de beste rechtsgeleerden en uit de meest geoefende mannen der practijk saamgesteld.³⁴ 'Wij missen de Romeinsche Praetoren, wier Edicten met den voortgaanden tijd mee voortgingen.'³⁵ De commissie zou op geregelde tijden de wetgever wijzen op de noodzakelijke wets hervormingen, want was het niet zonneklaar dat de taak van hervorming 'op den wetgever rust, niet op den rechter, niet op den uitlegger?' De uitlegger heeft immers de hervorming slechts voor te bereiden en Opzoomer laat in de voorrede bij de tweede druk van zijn commentaar niet na er op te wijzen dat hij zich van die taak steeds gekwetend heeft. 'Aan die plicht heb ik mij nimmer onttrokken. Vestigde ik op tal van fouten de aandacht, bij vele artikelen gaf ik aan hoe men had moeten schrijven, voor alle artikelen wees ik de weg waarop men tot goede herziening der wet kon geraken ...'³⁶ En na deze zinnen, die in de opgeklopte stijl van een modern curriculum vitae hoog zouden scoren, volgt dan de voor Opzoomer kenmerkende slotzin: 'De fouten der letter met den fraaien mantel des geestes te bedekken, juist dat kweekt de traagheid, die voor alle hervorming terugdeinst.'³⁷

Diephuis is in dit opzicht realistischer. Niet alleen weet hij dat de wetgever altijd traag reageert, hij is bovendien gekant tegen overhaaste nieuwe wetgeving. Er moet eerst voorbereidend werk gedaan worden door met name de praktische rechtswetenschap ofwel de rechtspraak, die als eerste nieuw recht vormt 'van kneed- en rekbaren aard, als ik mij zoo mag uitdrukken; ... en eerst wanneer de vrije ontwikkeling tot genoegzamen wasdom heeft geleid, eerst dan is de vastheid die het regt verkrijgt, niet meer hinderlijk, en nu wenschelijk door de bepaalde voorschriften der wet.'³⁸ Dan pas moet men met andere woorden tot wetgeving overgaan. Heeft de rechtspraak dus als uiting van praktische rechtswetenschap aan het juridische uitspannel van Diephuis nog wel een vaste, zij het bescheiden plaats als de kleinste van een dubbelster, in Opzoomers sterrenhemel is zij in het geheel niet

34. AB 77.

35. Opzoomer schaarde zich achter het plan van Schrader, die de invoering van een soort praetorisch edict in Duitsland bepleitte: E. Schrader, *Die Prätorischen Edicte der Römer auf unsere Verhältnisse übertragen, ein Hauptmittel unser Recht allmählich gut und volksmässig zu bilden*, Weimar 1815.

36. Opzoomer BW, Voorrede XV.

37. Opzoomer BW, Voorrede XVI.

38. G. Diephuis, Redevoering over de wetenschap des regts in betrekking tot de wetgeving, *Annales Academici*, 1859, 191.

te ontwaren. In het commentaar van de wijsgeer heb ik, anders dan in dat van de Groningse jurist geen enkele verwijzing naar een rechterlijke uitspraak gevonden, maar ik moet er dadelijk bij zeggen dat ik geen uitputtend onderzoek heb gedaan. Het zou mij echter niet verwonderen wanneer er geen gevonden werd. Niet alleen is Opzoomer zelf nooit in de rechtspraak werkzaam geweest en heeft hij ook nooit juristen opgeleid³⁹, het past bovendien in zijn visie de rechtspraak geheel te ignoreren. Van de hooggeleerde uitlegger dient de verbetering en de vernieuwing van het recht uit te gaan, van de wetgever die van de wet. De rechter dient zich te houden aan de laatste en zich te laten sturen door de eerste. Een zelfstandige taak bij de rechtsvorming ziet Opzoomer voor de rechter niet weggelegd.

Zo hebben Diephuis en Opzoomer met behulp van wat zij zagen als de rechtswetenschap elk een monumentaal rechtsgebouw opgetrokken, waarvan de geïnteresseerde jurist na honderd jaar nog steeds de architectuur kan bewonderen. De reden waarom de beide gebouwen niet identiek zijn, heb ik in deze voordracht getracht duidelijk te maken en ik wil U niet verhehlen dat mijn lichte voorkeur niet enkel om chauvinistische redenen uitgaat naar het bouwsel van de Groningse hoogleraar. Diephuis is in mijn ogen uiteindelijk de grotere jurist en zijn systeem net iets meer doortimmerd dan Opzoomers verklaring. Toch moet bij het benadrukken van de verschillen niet uit het oog worden verloren dat beide bouwwerken voor ieder zichtbaar uit hetzelfde tijdvak stammen en onmiskenbaar dezelfde stijl vertonen. Het aantal malen dat Opzoomer Diephuis en Diephuis Opzoomer instemmend aanhaalt is minstens even groot als dat waarin zij van hun meningsverschil getuigen. Precies honderd jaar na hun dood, sinds 1 januari 1992, zijn de Nederlandse civilisten gaan bouwen op geheel nieuwe fundamenten en ook al zijn deze nog maar kort geleden formeel gelegd, ik zie zulke monumenten als Diephuis en Opzoomer hebben opgericht niet snel ontstaan. Men zal tegenwerpen dat de tijden veranderd zijn en dat is natuurlijk juist; in plaats van de twee liberale herenhuizen moeten wij het doen met de sociaal-democratische rijtjeshuizen van de Monografieën Nieuw BW. Maar toch zou de huidige rechtsgeleerdheid en ook het huidige rechtsleven gebaat

39. Anders dan Diephuis, die rechter, raadsheer en advocaat is geweest. Zie J.H.A. Lokin, Gerhardus Diephuis (1817-1892) in: Acht Groningse juristen en hun Genootschap, 1986, 105-133.

zijn bij een moderne Diephuis, die het monnikenwerk van een artikelgewijs commentaar zou aanvatten en tenslotte de nieuwe burgerlijke wet in haar geheel op haar innerlijke waarde en samenhang zou toetsen. Of bij een moderne Opzoomer wiens verklaring van de wet gezag had door de kwaliteit van de verklaring zelf en niet door het feit dat de commentator met gezag was bekleed. Zo iemand zou aan de nieuwe wet richting en vastheid kunnen geven. Want wij mogen er dan trots op zijn dat ons nieuwe recht door alle wettelijke open normen zo flexibel en veranderbaar is, recht dat dagelijks verandert is geen recht maar willekeur. En wij mogen nog zo prat gaan op onze redelijkheid en billijkheid die wij nu bij elke rechtsvraag als een passe-partout te baat mogen nemen, Diephuis zou deze ontwikkeling hebben beschouwd als een teken van angst van de wetgever om klare rechtsregels te formuleren, Opzoomer zou haar hebben gekwalificeerd als een teken van armoe; hij wilde immers de rede en de billijkheid slechts toelaten wanneer de wetgever in zijn taak had gefaald. En hoezeer ik ook weet dat ons denken over wet, recht en rechtspraak zich heeft gewijzigd, het is juist de confrontatie met de denkwereld van Diephuis en Opzoomer die ons van de blinde vlekken van onze tijd bewust kan maken. Daarom alleen al heeft het alle zin een herdenkingsbijeenkomst als deze te organiseren.

Dames en Heren, U weet allen dat de twee hoogste en mooiste kerktorens van Nederland zijn te vinden in Utrecht en Groningen. In de vorige eeuw rezen zij hoog boven hun omgeving uit en waren zij van verre zichtbaar. Zij waren het oriëntatiepunt voor de vermoeide reizigers en wezen de weg aan degenen die verdwaald waren geraakt. Wanneer men ze tegenwoordig vanuit de verte beziet zijn zij goeddeels aan het oog onttrokken door moderne flatgebouwen, schoorsteenpijpen of kantoren. Toch hebben zij voor degene die onder hen staat niets van hun hoogte en hun schoonheid verloren. Zo is het ook met de Utrechtse Opzoomer en de Groningse Diephuis. In de vorige eeuw torenden zij hoog boven hun omgeving uit en gaven zij richting aan allen die zich met de rechtsgeleerdheid bezighielden. Tegenwoordig zijn zij aan de ogen van de meeste juristen onttrokken door moderne praktijkgidsen, handboeken en jurisprudentieoverzichten en sinds kort door ons nieuwe Burgerlijk Wetboek. Maar toch! Degene die de moeite neemt Opzoomer en Diephuis van nabij te bestuderen voelt zich nog even nietig als de jurist uit de

vorige eeuw. Want hij zal met verbazing en met ontzag bemerken dat vele edelstenen die aan het nieuwe Burgerlijk Wetboek hun glans verlenen opgetast liggen in de schatkamers van hun werken; dat hij kortom bij Diephuis en Opzoomer juridische briljanten kan vinden die voor de huidige rechtsdogmatiek niets van hun schittering hebben verloren.

