

HANG NAAR HEDEN

Over het verleden in het geldende recht

Michael Milo*

Ons geldende recht is hedendaags recht geworden. In rechtsgeleerde literatuur, rechtspraak en onderwijs wordt minder met behulp van het verleden geargumenteed dan een halve eeuw en langer geleden. Waaraan ligt dat? Is nieuw recht beter recht? Zijn Nederlandse juristen te volgzzaam in wat door wetgever en rechter is uitgesproken? Wanneer is een concept, een regel of een auteur 'over de datum'? Er zijn goede redenen om de deur naar het verleden meer open te zetten – in ieder geval in rechtsgeleerd onderwijs en debat.

1 Inleiding

Oud en nieuw. We staan op en kijken even om bij aanvang van het nieuwe jaar – maar niet te lang, want we moeten voort – rennen, springen, vliegen, duiken, vallen, opstaan en weer doorgaan. We willen in het geldende recht weten waar we heen gaan, we denken te kijken naar wat komen gaat, maar we zijn bevangen door onze eigen tijd, en het verleden is vergeten: hedendaagsheid (paragraaf 2). De positie van het verleden in het recht, met name in het curriculum van de rechtenstudie, is illustratief en is gaandeweg minder geworden dan relatief korte tijd geleden, toen het verleden meer deel van het juridische heden was (paragraaf 3). Wat is er aan de hand met de tijd in het recht? Ik kijk naar oorzaken, en meen dat zó weinig verleden in het heden een dwaalweg moet zijn. Ik geef een aantal redenen waarom het anders kan en ook moet: verledenheid (paragraaf 4). Het is niet allemaal kommer en kwel, dus zie: bij aanvang van het nieuwe jaar blinkt laat aan de lucht nog licht – van opstanding (paragraaf 5).

Ons recht is hedendaags recht. Dat blijkt uit rechtsgeleerde literatuur en uit de rechtspraak, en bovenal uit de rechtenstudie

2 Hedendaagsheid

Ons recht is hedendaags recht. Dat blijkt uit rechtsgeleerde literatuur en uit de rechtspraak, en bovenal uit de rechtenstudie. Het is zowel in hoeveelheid (kwantiteit) als in hoedanigheid (kwaliteit) waar te ne-

men. Het is bovendien op verschillende niveaus in het recht aanwezig: zowel op het niveau van het inhoudelijke recht (rechtsregels, beginselen, concepten), op het niveau van de argumentatie (rechtsvinding of rechtsvorming), en in het onderwijs, maar niet bij elke institutie als rechtspraak of rechtsgeleerd debat in dezelfde mate.¹ Ik beperk mij tot het privaatrecht, en in het bijzonder het vermogensrecht met nadruk op goederenrecht, maar mijn vermoeden is dat de hang naar het heden in alle rechtsgebieden waar te nemen is.

Enige jaren geleden heb ik wat geturfd in rechtsgeleerde literatuur, nadat mij het verschil in aanwezigheid van wat oudere bronnen was opgevallen tussen het Zuid-Afrikaanse en het Nederlandse recht.² Ik heb die draad weer opgepakt en wat uitgebouwd. Het volgende komt tevoorschijn. In Asser 3-I (Goederenrecht Algemeen) uit 2006 wordt verkort verwezen naar 185 werken, waarvan tien van voor 1945, en twee van voor 1809.³ Dat zijn niet de minsten: Pothiers *Traité du Droit du Domaine de Propriété* (1771)⁴ en Grotius' *Inleidinge* (1631).⁵ In Asser 3-II trof ik 120 verkort verwezen werken aan, waarvan zeven voor 1945, en één enkele (Grotius) van voor 1809. Daar is een klein decennium later niets meer van over. In Asser-Goederenrecht 3-IV (2013) wordt naar 153 werken verkort verwezen, en een tweetal daarvan is van voor 1945 – 2 delen van Suijling.⁶ Opmerkelijk is wel de verwijzing naar een tweetal hedendaagse werken die de historische wording van het hedendaagse ontsluiten.⁷ Die moeten dan wel eerst ter hand worden genomen – maar gesteld dat iemand dat doet in 's hedendaags haastigheid, dan volgt geen teleurstelling. De Studiereeks Burgerlijk Recht⁸ biedt een vergelijkbaar beeld. Er wordt naar 127 werken verkort verwezen – waarvan slechts een van voor 1945 (Suijling). Daarnaast wordt tevens

* Mr. J.M. Milo is universitair hoofddocent rechtsgeschiedenis en rechtsvergelijkend vermogensrecht, Molengraaff Instituut voor Privaatrecht, Universiteit Utrecht en Fellow aan de South African Research Chair in Property Law, Universiteit Stellenbosch, Zuid-Afrika.

1 Rodolfo Sacco's 'legal formants' – ik zou willen spreken van elementen of factoren – zijn hier te herkennen. R. Sacco, 'Legal Formants. A Dynamic Approach to Comparative Law', *American Journal of Comparative Law* (39) 1991, p. 1-34 en 343-401.

2 Ten behoeve van een voordracht aan de Universiteit Stellenbosch in 2008, bij Andre van der Walt's South African Research Chair in Property Law.

3 Ik koos 1809 vanwege de in dat jaar uitgevaardigde eerste voor Nederland (eigenlijk: Holland) exclusief geldende privaatrechtelijke codificatie – waarover diverse opstellen in J.H.A. Lokin, J.M. Milo & C.H. van Rhee, *Tweehonderd jaren codificatie van het privaatrecht in Nederland. Opstellen over (de geschiedenis van) het privaatrecht naar aanleiding van het tweede eeuwfeest van het Wetboek Napoleon ingerigt voor het Koninkrijk Holland*, Groningen: Chimaira 2010. Zoals zal blijken denk ik dat de uitvaardiging van een codificatie een deel van de verklaring kan zijn.

4 R.J. Pothier (1699-1772), onder veel meer auteur van *Traité des obligations* (1761).

5 Hugo de Groot of Grotius (1583-1645); heel veel over Grotius schreef R. Feenstra (1920-2013) – ik verwijs

- naar het 'In Memoriam' van de hand van Laurens Winkel in *Grotiana* 2013, p. 1-5.
- 6 J.Ph. Suijling (1869-1962), *Inleiding tot het burgerlijk recht*, Haarlem: Bohn 1927-1943; verwezen wordt naar de delen II en V.
- 7 J.H.A. Lokin, *Prota*, Groningen: Chimaira 2012; W.J. Zwolve, *Hoofdstukken uit de geschiedenis van het Europese privaatrecht. Inleiding en zakenrecht*, Den Haag: BJu 2006.
- 8 H.J. Snijders & E.B. Rank-Berenschot, *Goederenrecht* (Studiereeks Burgerlijk recht), Deventer: Kluwer 2012.
- 9 M. Kaser & F.B.J. Wubbe, *Romeins Privaatrecht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1971; J.H.A. Lokin's *Prota* dat in Asser-Goederenrecht 3-IV (2013) wordt gebruikt staat meer in de juridische lijn van de rechtshistorie. Ik kom daar nog over te spreken.
- 10 Zo bijvoorbeeld in de Monografieën BW: R. Zwitser, *Order- en toonderpapieren* (Mon. BW A28), Deventer: Kluwer 2013 heeft geen enkele verwijzing van voor 1945; E.J.H. Schrage, *Misbruik van bevoegdheid* (Mon. BW A4), Deventer: Kluwer 2012 een achtstal, en zelfs een van voor 1900.
- 11 J. Domat (1625-1696), *Les lois civiles dans leur ordre naturel* (1689).
- 12 C.W. Opzoomer (1821-1892) en G. Diephuis (1817-1892) waren de twee grote Nederlandse civilisten uit de negentiende eeuw. Beiden schreven omvangrijke commentaren op het BW. F.C. von Savigny (1779-1861) is de belangrijkste Duitse jurist geweest met een niet te overschatten invloed op de wording van het recht in Duitse en andere jurisdicties.
- 13 A.S. Hartkamp promoveerde bij J.A. Ankum op een Romeinsrechtelijk onderwerp: *Der Zwang im römischen Privatrecht* (1971); E.J.H. Schrage was hoogleraar Romeins recht aan de VU.
- 14 In plaats van veel te noemen verwijs ik naar de mooie Gentse Rechtshistorische Courant die door Dirk Heirbaut en de zijnen maandelijks wordt gedistribueerd, desgevraagd: www.law.ugent.be/grond/courant/courant.html.
- 15 W.H. van Boom, 'Kritiek en methode in juridisch-dogmatisch privaatrechtelijk onderzoek – een bespreking van Asser-Vranken Algemeen Deel ****', *NTBR* 2015/18, met name p. 129.

verwezen naar Kaser-Wubbe en naar Zwolve. Dat laatste is dan voor sommigen goed nieuws: Kaser-Wubbe is een handboek in de historische lijn.⁹ Ook in andere privaatrechtelijke literatuur valt het ontbreken van oudere bronnen op – maar tegelijk is er ook hier wel wat variatie in preferentie voor meer of minder verankering in de historie.¹⁰ Asser 6-/ (Verbintenissenrecht Algemeen) geeft een wat ander beeld – 115 verwijzingen, waarvan 17 van voor 1945 en een tweetal van voor 1809, Pothier, en Domat.¹¹ Uit de negentiende eeuw verschijnen voor ons onder meer onze eigen Opzoomer en Diephuis, en uit het recht van Duitse landen Von Savigny.¹² De verschillen in gebruik van verleden bronnen kunnen ook te maken hebben met de achtergrond van de auteurs, maar de trend is duidelijk.¹³

Gelukkig is er altijd de mogelijkheid om kennis te nemen van veel fraais dat op rechtshistorisch gebied wordt gepubliceerd

Of er nu meer of minder in de privaatrechtelijke literatuur wordt verwezen naar of inhoudelijk gebruik wordt gemaakt van het verleden: gelukkig is er altijd de mogelijkheid om kennis te nemen van veel fraais dat op rechtshistorisch gebied wordt gepubliceerd. Er zijn veel mooie dissertaties, andere publicaties, al dan niet in rechtshistorische tijdschriften, en meer dat laat zien dat de historie niet het domein verlaten heeft, en verveling niet hoeft toe te slaan.¹⁴ En toch is er wat aan de hand; ik ben niet de enige en eerste die het opviel.

Die geringe aandacht voor het verleden in kwantitatieve zin blijkt ook uit de (prachtige!) algemene delen van Vranken. Van Boom stelt op basis daarvan dat in de citatiecultuur '[...]juristen [...] de neiging [hebben] om recentere literatuur te verkiezen boven oudere'. Vranken is daarin dus niet uniek – kan ik een van Van Booms vragen beantwoorden.¹⁵ Waarom die hang naar het recente? Van Boom doet een aantal voorzetten voor een verklaring en ik kom daarop terug: de gedachte dat de meest recente ideeën beter zijn dan oudere; recente publicaties reflecteren de stand van de wetenschap; het effect dat het recente beter beklijft dan het oudere.¹⁶

Het gaat niet alleen om de citatiecultuur en het kwantitatieve, maar ook om het inhoudelijke recht. De verwijzingen naar Grotius maken de indruk bij de herziening tot de voorlaatste druk van Asser 3-II over het hoofd gezien te zijn. Waarom alleen de verwijzingen bij schatvinding, waterloop, erfdienstbaarheid en opstal? Er wordt in de analyse niet veel mee gedaan. Alleen een tweetal 'historische' paragraafjes bij erfpacht en opstal.¹⁷ De verwijzingen naar *Prota* en *Hoofdstukken* in de jongste Asser-delen Goederenrecht zijn mooi – want slijpen in dat de civiele grondslagen, concepten en beginselen in het Romeinse recht te vinden zijn – maar reliëf en kleur krijgt de wording van het hedendaagse zodoende geenszins. De Asser-delen verbintenissenrecht doen het anders, in mijn opvatting beter, met vrijwel standaard een mooie historische aanleiding naar het hedendaagse geldende recht.¹⁸

Bij Vranken is de historie voor de rechter hoogstens als wetshistorie aanwezig – niet meer.¹⁹ Wat later constateert hij dat er geen argument in de rechterlijke argumentatie meer omstrede is dan het wetshistorische.²⁰ Waarom? Hij geeft praktische en principiële argumenten. De praktische: er is niet een enkele wetgever, maar een veelheid aan deelnemers aan de wetgeving; er is verdeeldheid in de (wets)historie. De principiële: heeft de wetgeving autoriteit, of is dat de wetgever? Als de laatste ook enige autoriteit heeft, dan heeft de wetshistorie enige relevantie – *de wetshistorie is beslist-sens, noch irrelevant*.²¹ Althans: voor de rechter. De historie is voor de academicus minder omstrede, maar ook daar is de plaats beperkt. Vranken verwijst naar Suijling, die inderdaad sterk gekant was tegen gebruik van de wetshistorie,²² en naar Diephuis en Opzoomer,²³ en hun opvattingen over de rol van de wetshistorie bij de interpretatie van wetgeving. Ook daarover kom ik te spreken – wanneer autoriteit slechts aan de wet zelf toekomt, betekent dat nog geenszins dat de historie uitgerangeerd is.

Maar valt het niet mee? Wanneer we de methodische uiteenzettingen van Vrankens Algemene delen verder lezen dan zou dat de gedachte kunnen zijn. Juristen, aldus Vranken, moeten historiseren, naar de normen kijken uit het verleden en pas als zij zich 'volledig' daarop hebben gericht kan de sprong naar het heden worden gemaakt.²⁴ Maar wat houdt dat in? Juristen kijken veel achterom – zij 'springen met lemen voeten'. Hij noemt dit zelfs een tweede kenmerk van het burgerlijk recht.²⁵ In zijn meest recente deel wordt dat 'een sterke gerichtheid op het verleden'.²⁶ Het verleden blijkt echter in Vrankens beeldspraak kort te zijn en te betekenen dat nieuwe casus in het bestaande systeem moeten worden ingepast. Dat is waar het natuurlijk om gaat, alleen: dat bestaande systeem is voor een groot deel het normatieve product van het verleden, en daarvan blijkt dan niets.

Het lijkt alsof de wereld waarin juristen leven hooguit een halve eeuw oud is

Het lijkt alsof de wereld waarin juristen leven hooguit een halve eeuw oud is. Het is geen typisch Nederlandse kwestie. Ook elders is het gesignaleerd. Kelly constateerde dat in 1992 voor het Engelse recht – ik had dat niet zo verwacht bij een *common law*-rechtssysteem gebaseerd op case law, vaak van oude datum:

¹It would have been possible for the candidate to write first class answers, even if suffering from the delusion that the world began around the year 1930.²⁷

Het is de drijfveer voor zijn prachtige – laatste – boek over de geschiedenis van westerse rechtstheorie. Wie dat of dergelijke historiografische werken leest, weet plotseling weer dat de wereld van het recht wel wat ouder is. Het problematische is: onze rechtsgeschiedenis is vakkundig buiten de poort van het geldende recht geparkeerd. Als geen ander heeft Patrick Glenn dat onder woorden gebracht:

'[...] the contemporary concept of the national legal system [...] represent[s] the law in force at a given moment. [...] Once the law is no longer in force by virtue of the present system, however, it is dead law, of no interest for purposes of the present system. More precisely, it becomes legal history, which thereby becomes the study of law which is no longer in force.'²⁸

In Duitsland spreekt men al lang over 'die Krise der Rechtsgeschichte'.²⁹ Wie zit er eigenlijk aan het stuur? Dat is onder meer de jurist van morgen die vandaag of kort geleden is opgeleid.

Onze rechtsgeschiedenis is vakkundig buiten de poort van het geldende recht geparkeerd

Hoe staat het er mee in het curriculum van de rechtenstudie? Niet heel best. We kennen misschien nog de discussie over rechtsgeschiedenis in het onderwijs, een jaar of twintig terug in de tijd. Toen werd in dit blad een mooi debat gevoerd over het juridisch onderwijs tussen Ankum en Zwolve.³⁰ Meer in het bijzonder stond de vraag centraal hoe het Romeinse recht onderwezen moest worden om relevant te blijven. Als dat debat op scherp gesteld moet worden – en zoals zo vaak, doet dat geweld aan de genuanceerde standpunten – dan treffen we aan de ene zijde Ankum en aan de andere zijde Zwolve. De eerste verdedigde een historische benadering in het onderwijs van het Romeinse recht, de laatste een juridische. Wat betekent dat? Ik schets het scherp. Een historische benadering betekent dat de bestudering van Romeins recht of welk ander recht in het verleden dan ook, plaatsvindt los van welke normatieve betekenis voor ons recht dan ook. Dat is voor die benadering ook een noodzakelijk vereiste, omdat wij anders lichtelijk kunnen misverstaan. De juridische benadering gaat ervan uit dat de bestudering tegelijk het hedendaagse normatieve dient. Het is zinvol om beide uiteenlopende methodische standpunten toch wat naar elkaar toe te denken. Dat deden Ankum en Zwolve ook. Ook een juridische benadering van de historie is gebaat bij deugdelijk historisch onderzoek. Dient het onderwijs het inzicht in het geldende recht, of dient het inzicht in het recht, los van de gelding? Het was niet voor het eerst, en ook niet hier alleen, dat sprake was van een dergelijk methodisch onderscheid in het juridisch onderwijs en in het recht³¹ – zowel Ankum als Zwolve doet daarvan uitgebreid verslag. We zullen ook Paul Scholten een dergelijk onderscheid zien maken en een krachtige voorkeur uitspreken voor de juridische benadering. Het lijkt alsof sindsdien de aandacht in het onderwijs alleen maar meer is verschoven naar dat wat geldt in het hier en nu, ofschoon rechtshistorici telkens de zin van de historie voor studie en praktijk benadrukken.³² Uit de ban geraken van het hier en nu lijkt niet zo eenvoudig.³³ Met alle respect, de twee artikelen van Zwolve en Ankum zijn in de kern defensief: hoe kan de historie relevant worden voor de hedendaagse rechtenstudie? Een andere benadering kan geen kwaad: niet aan de rechtsgeschiedenis mankeert wat, maar aan het geldende recht! Dat geldende recht is dus weleens anders geweest – in inhoud, methode en dus ook in het onderwijs.

Dient het onderwijs het inzicht in het geldende recht, of dient het inzicht in het recht, los van de gelding?

3 Verleden

Eerder wees ik op de relatieve afwezigheid van verwijzingen en van het rechtshistorische argument in hedendaags recht.³⁴ Relatief: in verhouding tot eerder recht. We hoeven niet eens zo ver terug. We pakken oudere edities van de Asser-serie. Paul Scholten doet het in zijn editie uit 1926 (*Zakenrecht*) anders – meer, en diepgravender als onderdeel van het in 1926 geldende recht. In de zesde druk wordt naar 27 werken verkerkt verwezen. Voordruiden prachtige *Geschiedenis en beginselen* als wetshistorisch werk van het oude BW van 1838. Natuurlijk naar Opzoomer en Diephuis – die waren uiteraard destijds nog recent – maar ook naar Grotius' *Inleidinge*, en de verhandelingen – nu bijna vergeten – over het oud-vaderlandse recht van Fockema Andreae³⁵ en van De Blecourt.³⁶ Opmerkelijk in onze ogen is misschien ook dat commentaren op het Franse, Belgische en Duitse recht voorkomen in de lijst, van de oudere Toullier³⁷ en het Duitse commentaar op de Code civil van Zachariae,³⁸ via de jongere Marcade,³⁹ naar de meer recente commentaren.⁴⁰ Bovendien ook met gebruik van het prachtige en omvangrijke Belgische commentaar van Francois Laurent.⁴¹ Voorts wordt verwezen naar de Duitse uiteenzettingen van onder meer Dernburg en Windscheid. Bovendien het bijzondere Nederlandse werk van Goudsmit,⁴² die in zijn methodiek in de Duitse traditie stond van de hedendaagse beoefening van het Romeinse recht – de pandektistiek. Ik maak deze opsomming met een bedoeling. De Franse commentaren analyseren ons Burgerlijk wetboek evenzeer, omdat ons BW van 1838 voor een groot deel een vertaling was van de Code civil. Ook in Scholtens latere bewerkingen treffen we deze werken aan. Een klein beetje minder, maar nog steeds Grotius, Opzoomer en Diephuis, en evenzo Fockema Andreae en De Blecourt. Daarbij standaard de verwijzingen naar Frans en Duits recht. Onze historie toont nadrukkelijk de verwantschap met andere jurisdicties.

Wat mij betreft is het aantal verwijzingen een indicatie voor het belang dat wordt gehecht aan de historie bij de duiding van het hedendaagse. Het echte werk – de inhoud – moet dan nog beginnen

Wat mij betreft is het aantal verwijzingen een indicatie voor het belang dat wordt gehecht aan de historie bij de duiding van het hedendaagse. Het echte werk – de inhoud – moet dan nog beginnen. Eerst de

- 16 Van Boom 2015, met name p. 129.
- 17 Bij schatvinding, waterloop, verkrijging door verjaring van erfdiensbaarheid, en in kleine historische paragraafjes bij erfpacht en opstal. L.P.W. van Vliet laat zien dat het historische ordelijk en dienstbaar kan worden geïntegreerd in een analyse van het hedendaagse – zie L.P.W. van Vliet, 'Verrijgende verjaring van een erfdiensbaarheid van overpad', *NTBR* 2010/37.
- 18 Slechts een voorbeeld: Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II 2013/220 – de vraag of op verrekening een beroep moet worden gedaan of van rechtswege plaatsvindt, wordt vanuit het Justiniaanse recht (*ipso iure compensatur*, zonder expliciete vermelding van C.4.31.14 pr.) via de glossatoren Martinus en Azo, vervolgens Domat en Pothier naar het oude BW beantwoord.
- 19 Asser/Vranken *Algemeen deel*** 1995/116.
- 20 Asser/Vranken *Algemeen deel*** 1995/142.
- 21 Asser/Vranken *Algemeen deel*** 1995/142.
- 22 J.Ph. Suijling, *Inleiding tot het Burgerlijk Recht* (1e stuk, 1e gedeelte), Haarlem: Bohn 1927, p. 31-33.
- 23 C.J.H. Brunner e.a., *G. Diephuis, C.W. Opzoomer: 1892-1992*, Groningen: Stichting Het Groningsch Rechtshistorisch Fonds 1992.
- 24 J.B.M. Vranken, *Algemeen deel. Een vervolg*, Deventer: Kluwer 2005/17.
- 25 Het eerste: casusgerichtheid. Vranken 2005/13.
- 26 Asser/Vranken *Algemeen deel*** 2014/10.
- 27 J.M. Kelly, *A short history of western legal theory*, Oxford: Clarendon Press Oxford 1992, p. xi.
- 28 P. Glenn, 'Legal families and legal traditions', in: M. Reimann & R. Zimmermann, *Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford: Oxford University Press 2008, p. 427.
- 29 D. Klippel, *Juristische Zeitgeschichte. Die Bedeutung der Rechtsgeschichte für die Zivilrechtswissenschaft*, Gies-sen: Brülcher Verlag 1985, passim.
- 30 J.A. Ankum, 'Stenen voor brood', *Ars Aequi* 1993, p. 459-463 (AA19930459), en W.J. Zwolve, 'De toekomst van het Romeinse recht', *Ars Aequi* 1993, p. 455-459 (AA19930455).
- 31 Zie daarvoor met name H.R. Hoetink, *Historische rechtsbeschouwing*



Foto: Manon Heinsman | © Ars Aequi

(rede, 10 januari 1949), ook gepubliceerd in H.R. Hoetink, *Rechtsgeleerde opstellen*, Alphen aan den Rijn: H.D. Tjeenk Wilink 1982, p. 244-273.

32 Onder veel meer P. Gerbenzon & N.E. Algra, *Voortgangh des rechttes*, Groningen: Tjeenk Willink 1975, p. v; L.C. Winkel, *Themis en Clio. Bondgenoten of vijanden*, Deventer: Kluwer 1994, p. 24 e.v.; J. Hallebeek, *Lijf ende Goedts*, Amsterdam: VU University Press 2014, p. xv.

33 Een mogelijkheid kan ik vast aanreiken: meer Nieuwenhuis. Uit vele werken zijn laatste boek: J.H. Nieuwenhuis, *Een steeds hechter verbond. Europa op weg naar Europa*, Amsterdam: Balans 2015; meteen online te lezen in een

theorie onder het privaatrecht en de methoden van rechtsvinding en vorming. Ook de vergelijking van het Algemeen deel van Paul Scholten⁴³ met de Algemene delen van Vranken laat zo een onderscheid goed zien. Bij Scholten zien we een levende verbinding met het verleden. Vrankens 'lemen voeten' van de jurist – nu valt me scherper op dat het een wat negatieve kwalificatie is – blijken bij Scholten een noodzakelijke verbondenheid, maar dan een verbondenheid in de zin van juridische ontwikkeling. Niet het verleden is bij uitlegging van het geldende recht van belang, maar de manier waarop ons recht zich in de historische ontwikkeling heeft gevormd. Ik citeer Scholten:

'De beslissing, wat recht is, is gebonden aan regels, die ons als objectief gegeven tegemoet treden. Dit gegeven is alleen historisch te kennen. Er is zeker verschil tussen het zuiver rechtshistorisch onderzoek en het onze. Het eerste constateert alleen, het tweede trekt een conclusie voor het heden. Het eerste zal anders scheiden tussen belangrijk en onbelangrijk in wat de massa der feiten biedt, het vraagt daarvoor: had het toen invloed?; het tweede: wat is daarvan nu terug te vinden? Bij het zuiver historisch onderzoek keren we ons om,

om van het heden naar het verleden te zien, bij de rechtshistorische interpretatie maken wij die omkeer tweemaal, eerst terug naar het verleden, dan weer naar het heden. Wie niet meent het recht alleen uit eigen inzicht uit wat behoort te kunnen putten, is altijd aan de historie gebonden.'⁴⁴

Inderdaad past Scholten deze historische methode trouw en inzichtelijk toe in zijn handleiding. Door zijn gehele handleiding heen is er telkens meer of minder uitgebreid een uiteenzetting hoe het geldende recht tot stand kwam, en de Romeinsrechtelijke grondslagen worden standaard aan de orde gesteld. Zeker niet dat de historie bij Scholten de doorslag geeft, maar het geeft wel aan dat ons bouwwerk van het goederenrechtelijke privaatrecht op een andere manier dan heden ten dage werd opgetrokken. Ook in andere domeinen van het recht – in hogere rechtspraak – is dat aan te treffen.

Heyman wees op de uitgebreide historische argumentatie in het arrest *Blaauboer/Berlips* in 1905,⁴⁵ en verklaarde dat we dat nu niet meer zo kunnen aantreffen.⁴⁶ De argumentatie in *Blaauboer/Berlips* is in die tijd verre van uitzonderlijk. We treffen het bijvoorbeeld ook aan in de argumentatie van advocaat-generaal Besier voor het *Goudse Bouwmeester*-arrest in 1926.⁴⁷ Daar valt nog iets op: een uitgebreide analyse van wat voorafging aan artikel 1395 lid 2 oud BW – na een dergelijk pleidooi van partijen. Domat, Pothier en het *discours preliminaire* voor de Code civil geven Besier argumenten voor een ruime opvatting van de natuurlijke verbintenis. Daarin is Besier stellig – en het is opmerkelijk te zien hoe terughoudend hij is met de waardering van het aan het hedendaagse ontleende nutsargument, en daar ook pas later in zijn argumentatie mee komt, na een uitvoerige historische uiteenzetting:

'ik meen voorts nog te mogen naar voren brengen dat de hier verdedigde meening meer in overeenstemming is juist ook met de hedendaagse opvattingen (...).'⁴⁸

De Hoge Raad volgt Besier, op grond van de geschiedenis van de betreffende bepaling.

Nog eerder laten Opzoomer⁴⁹ en Diephuis⁵⁰ zien dat een rechtsgeleerde analyse zich aan tijd weinig gelegen hoeft te laten liggen. Bij beiden zijn de woorden van de wet het allerhoogste. 'Het burgerlijk regt wordt bij ons geopenbaard en bepaald door en gekend uit de wet', aldus Diephuis;⁵¹ 'geen ander positief recht gelde, dan hetgeen door [de wetgevende macht] in woorden [...] dat is in wetten, is uitgesproken', aldus Opzoomer.⁵² Moeiteloos kunnen beide citaten door andere worden vervangen. Er is tussen beider methoden van rechtsvorming wel een onderscheid. De wet spreekt zelf bij Opzoomer, terwijl bij Diephuis de wil van de wetgever mee wordt gewogen.⁵³ We zouden kunnen denken dat daarmee Diephuis via de wetshistorie slechts de deur naar het verleden op een kier laat, en Opzoomer die deur gesloten ziet. Niets is minder waar. Wijd blijven de deuren geopend – omdat de rechtswetenschap zich niet door de tekst laat knechten. 'Keer de bladzijde om',⁵⁴ dwingt Opzoomer, 'men mag geen letterknecht zijn',⁵⁵ vervolgt hij, alles voor een 'gezonde uitlegging der wet', waarbij ook wat voorafging van belang is. Maar dat is niet alleen de wetshistorische uitlegging – integendeel. Opzoomer vervolgt:

'Men versiert dit gebonden gaan aan de beraadslagingen en aan de memorien van toelichting en beantwoording vaak met den schoonen naam van historische behandeling der wet, en roept het ons dan in het geheugen, dat iedere goede uitlegging een historische moet zijn. Maar dat is toch waarlijk de historische uitlegging niet, die door de wetenschap wordt gevorderd. Hare taak is een geheel andere. Zij is niet geroepen om den zin der wet te bepalen naar de voorbereidende werkzaamheden waaruit die wet zelve geworden is, maar alleen om den zin der wet te verstaan in verband met het recht dat in de historie aan haar vooraf ging, om den omvang te leeren kennen der verandering die zij daarin teweeg bracht.'⁵⁶

Opzoomer plaatst zich bij Von Savigny: nooit is de uitlegging iets anders dan "die Reconstruction des dem Gesetze inwohnenden Gedankens". En altijd moeten er in haar, zal zij geheel volledig zijn, vier elementen voorkomen, wier natuur door Savigny⁵⁷ met juistheid is ontvouwd.' Ik sluit kort: het grammaticale, het logische en het systematische, en het historische element. Dat historische is nodig omdat alleen zo begrepen kan worden wat door de wet aan het recht is toegevoegd, zo volgt Opzoomer van Savigny.⁵⁸ De invloed van Von Savigny en diens historische school is groot.⁵⁹

De rechtshistorie komt zowel bij Diephuis als bij Opzoomer dan ook inderdaad zeer uitgebreid aan bod. Ook hier blijkt dat uit de kwantiteit en de kwaliteit. Ik koos een aantal pagina's uit Opzoomers commentaar.⁶⁰ Verwezen wordt een 240-tal keer naar een zestigtal auteurs, waarvan 35 Nederlands en 25 van elders, meest Frans en Duits. Ik noem er een paar. De auteurs van voor onze eerste codificatie betreffen Donellus (16 verwijzingen), Grotius (10), Cujas (2) en Pothier (3). Van de Franse en Duitse auteurs zijn sommige wat ouder, andere wat jonger en vaak eigentijds: Aubry en Rau (25), Demolombe (18), Zachariae (11), Marcade (9), Windscheid (13), Puchta (10), Vangerow (5) en Savigny (4). Bij de Nederlandse auteurs krijgt Diephuis de meeste aandacht (25); naar het merendeel van de rest wordt een enkele maal verwezen. Voorduin wordt ook door Opzoomer gebruikt⁶¹ – het illustreert dat de wetsgeschiedenis ook bij Opzoomer voorkomt. Het is bepaald niet zo dat aandacht voor het verleden maakt dat het recht niet meer bij de tijd is. Naarmate we verder teruggaan in de tijd, lijken de deuren naar het verleden verder te worden opengezet.

Naarmate we verder teruggaan in de tijd, lijken de deuren naar het verleden verder te worden opengezet

Hoe het recht onderwezen moet worden, is voor een belangrijk deel ingegeven door het nut voor de rechtspraktijk. Dat was in het verdere verleden niet anders, maar het werd voor de codificatie en nog lange tijd daarna totaal anders ingevuld. Het nut destijds kon pas worden gewogen na een zeer deugdelijke tijdloze scholing. Joannes van der Linden – de laatste autoriteit in het recht van voor de codificatie, maar ook de eerste autoriteit in het gecodificeerde recht – schreef zeer veel en zeer veel moois. Hij liet zijn handboek – voor de rechtsgeleerde, de advocaat en de koopman – voorafgaan door een zeer uitgebreide beschrijving van de academische opgang van

de student naar de praktijk van het recht.⁶² Hoe kreeg dat gestalte? Wat moest een jurist aan het einde van de achttiende, begin negentiende eeuw weten? Het verschil kan niet groter zijn.

Werkelijk het aller-, allerlaatste dat een student onderwezen wordt (en behoort te worden) is het 'hedendaagsche regt'. De student moet zijn arbeidzaam, geduldig, oordeelkundig, braaf en eerlijk, menskundig en welsprekend

Werkelijk het aller-, allerlaatste dat een student onderwezen wordt (en behoort te worden) is het 'hedendaagsche regt'.⁶³ Van der Linden heeft dan al ruim tien pagina's achter de rug, en uiteengezet dat de studie van het recht een *persoonlijke geschiktheid* verlangt; de student moet zijn arbeidzaam, geduldig, oordeelkundig, braaf en eerlijk, menskundig en welsprekend. Niet zomaar, maar omdat het van oudsher gaat om de principiële opdracht aan de jurist om ieder het zijne te geven. Van der Linden gebruikt dan de vroeg derde-eeuwse jurist Ulpianus, van wie deze woorden afkomstig zijn.⁶⁴ Sommigen vallen buiten de boot:

'[E]en vadzig en ongeduldig mensch; iemand, wien het aan juist oordeel mangelt; een man van een slecht en oneerlijk character; iemand die met de wereld niet weet om te gaan, of niet in staat is, om goed zijn woord te doen: onthoude zig volstrektelijk, om den post van Regtsgeleerden te willen aanvaarden.'⁶⁵

Daarmee moeten we het (deels) oneens zijn – als deze persoonlijke kwaliteiten voor verbetering vatbaar zijn. Van der Linden vervolgt met de *zakelijke geschiktheid* – wat er onderwezen moet worden – en ook daar hoeven we het niet met alles eens te zijn, in kwantiteit noch kwaliteit.

De student moet doortimmerd zijn in *voorbereidende Studiën*. Dat houdt in dat een grondige kennis van het Latijn, Grieks, Romeinse geschiedenis en oudheden wordt verlangd, een kennis van de geschiedenis van het Romeinse recht, filosofie (logica, wiskunde, ethiek) en de moderne talen: Frans en Duits – nog geen Engels! En dan: 'De Jongeling, op deze wijze toegerust, begeeft zig tot de Studie der Regtsgeleerdheid zelve [...].'⁶⁶ Grondslag van de studie is kennis van 'het zuivere Romeinse Regt, zoo als dat in het Wetboek van Keizer Justiniaan, het Corpus Juris genaamd, begreepen is'. We denken even terug aan het debat tussen Ankum en Zwolve – Romeins recht moet zuiver worden geleerd, zoals het in de Romeinse tijd gold: 'niets is verderfelijker, dan er in het begin iets van het hedendaagsche Regt onder te mengen'.⁶⁷ Stage? Een dwaalspoor. Evenzo moet gewacht worden met rechtsgebieden als natuurrecht en volkenrecht,⁶⁸ pas in de praktijk, zeker niet in de studie komen koophandel, wisselrecht, strafrecht. Eerst de Instituten van Justinianus en pas later de Digesten. Eerst schrijvers als Heineccius⁶⁹ – daarna Cujas, Voet en Pothier. Vele schrijvers meer zijn de revue gepasseerd. Pas

eedere versie: *Groninger Opmerkingen en Mededelingen* (XXX) 2013, p. 29-75.

- 34 J.M. Milo, 'Exclusief! Tweehonderd jaren gecodificeerd nationaal privaatrecht: het Wetboek Napoleon, ingerigt voor het Koninkrijk Holland. Over codificatie, rechtsvorming, het oude en het vreemde recht, destijds en thans', *NTBR* 2009/50.
- 35 S.J. Fockema Andreae (1844-1921), *Het Oud Nederlandsch burgerlijk recht*, Haarlem: Bohn 1906.
- 36 A.S. de Blécourt (1873-1941), *Kort begrip van het oud vaderlandsch burgerlijk recht*, Groningen: Wolters 1922.
- 37 C.B.M. Toullier (1752-1835), *Le droit civil Français suivant l'ordre du code* (1811 e.v.).
- 38 K.-S. Zachariae (1769-1843), *Handbuch des französischen Civilrechts* (1808).
- 39 V. Marcade (1810-1854), *Explication théorique et pratique du code civil* (1850).
- 40 G. Baudry-Lacantinerie (1837-1913); A. Colin (1862-1929) en H. Capitant (1865-1937). M. Planiol (1853-1931), *Traité élémentaire de droit civil* (1899 e.v.).
- 41 F. Laurent (1810-1887), *Principes de droit civil*, Brussel: Bruylant 1869-1878.
- 42 J.E. Goudsmit, *Pandecten-systeem*, Leiden: Sijthoff 1866-1880.
- 43 Asser/Scholten *Algemeen deel* 1931, derde druk (1974) door G.J. Scholten, par. 18. De eerste en tweede druk uit respectievelijk 1931 en 1934 zijn niet anders.
- 44 Asser/Scholten *Algemeen deel*, par. 18.
- 45 HR 3 maart 1905, *W* 1905/8191.
- 46 H.W. Heyman, 'Blaauboer/Berlips (HR 3 maart 1905). Een monument van dogmatische zuiverheid, maar de praktijk is sterker dan de leer', *NTBR* 2002, p. 298-307.
- 47 HR 12 maart 1926, *NJ* 1926/777.
- 48 '[...] omtrent de bronnen van het geldende recht, dan de starre meening van hen die – als Opzoomer in zijn aantekening op art. 1395 par. 2 – de heerschappij van alles wat niet geschreven recht is uit de rechtszaal willen verdringen', HR 12 maart 1926, *NJ* 1926/777, p. 779 rechterkolom in fine. Opzoomers mening was zeer veel genuanceerder.
- 49 C.W. Opzoomer (1821-1892), *Het Burgerlijk Wetboek Verklaard* (I-XI); voortgezet door J.A. Levy

- (XII-XVI), Amsterdam: Gebhard 1865-1911.
- 50 G. Diephuis (1817-1892), *Het Nederlandsch Burgerlijk Regt I-XIII*, Groningen: Wolters 1869-1890.
- 51 G. Diephuis (1817-1892), *Het Nederlandsch Burgerlijk Regt I* (tweede druk), 1885, p. 19.
- 52 C.W. Opzoomer, *Aanteekening op de wet, houdende algemeene bepalingen der wetgeving van het Koninkrijk* (vierde druk), 's-Gravenhage: Gebr. Belinfante 1884., p. 75.
- 53 Opzoomer 1884, p. 207 of p. 216. Met name fraai geanalyseerd door J.H.A. Lokin, 'De Taak van de rechtswetenschap volgens Diephuis en Opzoomer', *Groninger Opmerkingen en Mededelingen* (jubileumuitgave) 1992, p. 34 e.v.
- 54 Opzoomer 1884, p. 211.
- 55 Opzoomer 1884, p. 212
- 56 Opzoomer 1884, p. 215.
- 57 Syst.I 213 vlg. (Zo wordt door Opzoomer verwezen naar Von Savigny's invloedrijke *System des heutigen römischen Rechts*, Berlin: bei Veit und Comp. 1840)
- 58 Von Savigny, *System I* (1840), p. 214.
- 59 Zie C.J.H. Jansen, *Van Kemper tot Telders. Onderzoekingen naar anderhalve eeuw juridisch onderwijs in Nederland*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1994, p. 61.
- 60 C.W. Opzoomer, *Het Burgerlijk Wetboek, verklaard door Mr. C.W. Opzoomer. 3e deel*, Amsterdam: J.H. Gebhard & Comp. 1876, p. 226-306, die handelen over eigendom.
- 61 J.C. Voorduin, *Geschiedenis en beginselen der Nederlandse Wetboeken*, Utrecht: Robert Natan, Akademie-Boekhandelaar 1837-1838.
- 62 Zie voor de juridische opleiding uit nog eerder tijd M. Ahsmann, 'Teaching the ius hodiernum: legal education of advocates in the northern Netherlands (1585-1800)', *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* 1997, p. 423 e.v.
- 63 J. van der Linden, *Regtsgeleerd, practicaal, en koopmans handboek*, Johannes Allart 1806, p. xli.
- 64 Digesten 1.1.10 – aanbevolen wordt de prachtige tweetalige editie van J.E. Spruit.
- 65 Van der Linden 1806, p. xxxi.
- 66 Van der Linden 1806, p. xxxiv.
- 67 Van der Linden 1806, p. xxxv.
- 68 [...] die op het laatste eemaal verlekkerd is geworden, zal zich tot de veel droogere lezing van de schriften der Romeinse Regtsgeleerden

dan arriveren we aan de snelstromende vliet van het geldende, hedendaags recht: in vijf regeltjes de *Inleidinge* van Grotius en de *Rechtsgeleerde observatien*, aangevuld door de *Theses* van Van der Keessel. Het einde van de rechtenopleiding is daar met een dissertatie, en het echte juridische leven betekent een voortzetting van het academische. De commentaren van Voet – 'die het hedendaagsch gebruik van het Romeinsche regt overal heeft aangewezen, en wiens gezag in onze Vierschaaren met reden zeer groot is, kan hem niet genoeg worden aanbevolen'.⁷⁰ Daarnaast nieuwe studie van de disciplines die recht en praktijk hem brengen zullen; onderzoek aan adviezen en gewijsden, analyse van opvallende zaken, alles om de juiste toepassing van het recht te oefenen.

Een dergelijke uiteenzetting zullen we in de Asser-serie niet meer aantreffen – zelfs niet in de Studiereeks Burgerlijk Recht. Een dergelijke invulling evenmin. Dat is jammer, omdat het inscherpt dat we aan de academie onderwijzen in het recht als wetenschappelijke discipline, en niet in onmiddellijke dienstbaarheid aan wat de praktijk in het hier en nu meent noodzakelijk te zijn. Recht, en daarmee ook het onderwijs, is vooral aan de praktijk, en niet aan de academicus. Naar een invulling van het recht zoals bij Van der Linden hoeven we niet terug, ofschoon we het doel van de rechtenstudie geheel kunnen onderschrijven. Wat er in de tijd van Van der Linden moest worden geleerd is niet wat geldt – dat kan morgen weer anders zijn – maar wat voor een goed begrip van het recht maar nodig is, bijvoorbeeld dat goede begrip van het recht dat komen gaat, het recht van morgen.⁷¹ Het verleden moet meer nut hebben, meer hedendaags worden, zou de gebruikelijke reactie kunnen zijn. Ik zou zeggen: het hedendaagse positieve recht dient wat meer verleden te worden. Juristen kijken in het geldende recht amper om. Zij zijn gekluisterd aan het hedendaagse, en dat begint inderdaad in het onderwijs. Een beetje meer *pastness*⁷² in het geldende recht kan geen kwaad: verledenheid!

Ik zou zeggen: het hedendaagse positieve recht dient wat meer verleden te worden. Een beetje meer *pastness* in het geldende recht kan geen kwaad: verledenheid!

4 Verledenheid: oorzaken van verdwijning en argumenten voor verschijning

4.1 Oorzaken van verdwijning van het verleden
Waarom is het verleden zo veel meer dan vroeger achter de civiele horizon verdwenen? Waarom biedt meer verleden een beter begrip van het recht? Twee vragen die ik achtereenvolgens probeer te beantwoorden. Ik ga eerst kort in op de oorzaken, en weeg dan nader argumenten om het anders te doen; zowel oorzaken als argumenten zijn van intern-juridische aard, en komen ook van buiten het juridische domein, maar staan met elkaar in verband.

Waarom is het verleden zo veel meer dan vroeger achter de civiele horizon verdwenen? Waarom biedt meer verleden een beter begrip van het recht?

Hoe kon het zover komen? Van Boom deed al een voorzet in zijn bespreking van Asser/Vranken. Het zou te maken hebben met de gedachte dat de meest recente ideeën beter zijn dan oudere; verder de gedachte dat recente publicaties de stand van de wetenschap reflecteren; en het effect dat het recente beter beklift dan het oudere.⁷³ Ik denk dat die redenen wel kunnen kloppen. De eerste reden is al heel erg lang ook een juridische grondregel: een recentere wet gaat boven een oudere.⁷⁴ Het kan heel wel breder zijn verankerd in een geesteshouding of idee dat het jongere beter is dan het oudere. Het verleden staat er soms gekleurd op en wordt dan verworpen. Kisch was zeer stellig:

'Dat historisme is een stokpaardje van me. In die zin, dat ik de voorliefde voor historische oplossingen in het recht, een kwalijke factor vind. Ik stel mij op het standpunt dat, als de oplossing van het rechtsprobleem oud is, dan in aanmerking moet worden genomen dat de enigszins optimistische mens er toch van mag uitgaan dat de maatschappij, in haar structuur, zich verbetert. En dat de menselijke denktrant zich verbetert, zodat een oude oplossing een suspecte oplossing is.'⁷⁵

In de wederopbouw na 1945 kon ook – anders dan in 1938⁷⁶ – de wil van een nieuw Burgerlijk Wetboek zich breed manifesteren. Zou dat ook een verklaring kunnen zijn voor de verdwijning van het verleden? De tweede reden houdt daarmee verband. De stand van de wetenschap is met het jongere gegeven. De opkomst van de methodologie in navolging van de overige academische disciplines en misschien de nadrukkelijke gerichtheid op de sociaal-wetenschappelijke methoden, kan een dergelijke gedachte in de hand werken. Het recentere beklift beter dan het oudere? Dat moet niet zo lang geleden ook zo zijn geweest, want zo snel zal de menselijke psyche niet veranderd zijn. Zou de geringe aandacht voor het verleden zichzelf kunnen versterken? Psychologisch lijkt dat geen heel gekke gedachte, het is de vrucht van het snelle denken.⁷⁷ Voor ons zou het dan een voze vrucht zijn, want denken met de onderbuik.

Zou de geringe aandacht voor het verleden zichzelf kunnen versterken? Psychologisch lijkt dat geen heel gekke gedachte, het is de vrucht van het snelle denken. Voor ons zou het dan een voze vrucht zijn, want denken met de onderbuik

Er zijn meer redenen aan te voeren. In verband met de laatstgenoemde redenen moeten de snelle ontwikkelingen worden gezien in technologie en communica-

tie. Dat raakt ons allen meer en meer. Is het onderzoek *up-to-date*, wordt vaak gevraagd. Is de laatste uitspraak meegenomen, de laatste publicatie? Ook in de opleiding wordt daarop gehamerd. Het hoeft geen probleem te zijn, want ook de historie verandert en moet in die zin worden bijgehouden. Taal is een reden. Beheersing van Latijn, Duits en Frans hebben plaatsgemaakt voor Engels. Vertalingen bieden deels uitkomst. In het bijzonder voor Nederland spelen de spellingswijzigingen een rol. Citaten van oudere schrijvers zijn niet meteen waar te nemen als een kundige en waardevolle redenering. Toegankelijkheid van bronnen is tevens een obstakel – in Utrecht dienen bijvoorbeeld alle werken van voor 1900 aangevraagd te worden en ingezien op de leeszaal Bijzondere Collecties. Veel, maar lang niet alles is elektronisch ontsloten. En zie het dan maar eens te vinden.

Meer juridische redenen zijn de volgende. Ze staan denkkelijk sterk met de voorgaande in verband. De positivistische mentaliteit, de exclusiviteit van de codificatie en de gerichtheid op de nieuwe vorming van het geldende recht door de rechtspraak. De positivistische mentaliteit. Wie de woorden van de wet, of de laatste uitspraak van een hoogste geschilbeslechter als ijkpunt weet, moet sterk in de eigen schoenen staan om een verre koers te varen. 'Anders recent en ten onrechte de Hoge Raad' klinkt niet vaak. Dat hoeft ook niet, maar het illustreert de hiërarchie tussen de spelers op het Nederlandse juridische speelveld: de rechtswetenschap is gericht op wat een formele autoriteit heeft uitgesproken – stond in de negentiende eeuw de wet bovenaan, nu is dat ook nog, en misschien vooral, de rechtspraak.

Stond in de negentiende eeuw de wet bovenaan, nu is dat ook nog, en misschien vooral, de rechtspraak

De exclusieve codificaties hebben het geldende recht scherp afgebakend van het verleden als object van onderzoek. Zelfs werd in 1809 en 1829 nogmaals het oude recht bij wet gelding ontzegd. In 1992 gebeurde dat niet, maar overgangswetgeving zorgde voor een gedetailleerder en genuanceerder overgang tussen het oud en nieuw. In ieder geval wordt de scheiding tussen het oude en het nieuwe recht in hedendaagse rechtsvergelijking waargenomen. Een codificatie leidt tot een vorm van verweesdheid – de banden van herkomst zijn door die exclusieve gelding van een codificatie zo al niet verdwenen, dan toch fragiel geworden.⁷⁸ Een altijd aangehaald voorbeeld – maar het is een krachtige vroege karakterisering die sterk heeft doorgewerkt – is Von Jherings constatering (1852): 'die Rechtswissenschaft is zur Landesjurisprudenz degradirt, die wissenschaftlichen Gränzen fallen in der Jurisprudenz mit den politischen zusammen. Eine demüthigende unwürdige Form für eine wissenschaft.'⁷⁹ Het historische argument moest bij die in de eigen taal uitgevaardigde exclusief geldende codificaties wel aan kracht verliezen. Rechtsvorming geschiedt niet alleen meer door de wetgever, maar ook recent door de rechter,⁸⁰ en wat als nieuw recht wordt gevormd, heeft aandacht nodig. Om in de rechtswetenschap voor de rechtspraktijk en dus de maatschappij bij de tijd te blijven.

Een codificatie leidt tot een vorm van verweesdheid – de banden van herkomst zijn door die exclusieve gelding van een codificatie zo al niet verdwenen, dan toch fragiel geworden

Kisch' optimistische houding verdient navolging, ook in de rechtswetenschap. Het is goed te bedenken dat hij sprak over oude 'oplossingen' en niet over de argumentatie, de weg naar de oplossing toe. Dat betekent dat niet noodzakelijk ook beginselen, concepten of systematiek overboord zouden moeten. Niettemin kan een dergelijk beeld van het verleden sterk de aandacht in negatieve zin beïnvloeden. Prachtig is te lezen wat Schoordijk vond van Scholtens historische benadering:

'Centraal in de studie stond zakenrecht. Ik bestudeerde Asser-Scholten in een tempo van twee à drie pagina's per dag. Ik zocht alle vindplaatsen op. Ik lees alles altijd heel nauwkeurig en als ik het eenmaal gelezen heb, vergeet ik het nooit meer. Op die manier deed ik zeven maanden alleen over dat boek. Scholten geeft in dat boek allemaal historische beschouwingen. Ik heb dat later onderzocht en daar klopt heel weinig van. De hele rechtshistorie zoals die toen bedreven werd, trouwens niet alleen door Scholten, was nep van de eerste orde. Terwijl die rechtsgeschiedenis toch ontzettend belangrijk is. Als ik nu lees bij Von Savigny, die ik de laatste tien jaar helemaal heb gelezen, dat het derdenbeding gezien moet worden in het licht van de vertegenwoordiging, dan denk ik "Tjonge, nu ga ik de contouren van dat leerstuk pas begrijpen."⁸¹

Schoordijk gaat er met een gestrekt been in, maar aan zijn ijver zelf de bronnen te raadplegen kunnen wij een voorbeeld nemen. Het is een mooie opmaat tot de argumenten voor een hernieuwde verschijning van het verleden.

Oud recht werkt door – en flink ook.⁸² Wie de wetenschapsbeoefening bestudeert na de codificaties van 1809, 1811 en 1838, die weet van de aandacht voor vergelijking en historie – bij Opzoomer en Diephuis, en willekeurig welke schrijver tot diep in de 20e eeuw. Daar moeten ook goede redenen voor zijn geweest. De teruggang van de historie in het geldende recht lijkt van recente datum. Het verleden terughalen? Makkelijk zal het niet worden met al het populistisch gedreun op de poorten. In onze rechtscultuur kunnen we aan de academie natuurlijk opstaan – en verloren autoriteit hernemen – beschaafd en wellevend, maar ferm, en zonder op de rem te staan in de gang naar al het goede en schone dat ons kan wachten. Ons juridisch verleden hoeft niet dood te zijn.

Het verleden terughalen? Makkelijk zal het niet worden met al het populistisch gedreun op de poorten

4.2 Argumenten voor verledenheid

Waarom is het geldende recht en het komende recht geholpen met meer verleden? Naar alles en iedereen hoeven we niet te gaan verwijzen, maar een

met weezin verledigen, en loopt daardoor gevaar, van er geene groote vorderingen in te zullen maken.' Van der Linden 1806, p. xxv.

- 69 J.G. Heineccius, *Antiquitatum Romanarum jurisprudentiam illustrantium syntagma*; J.G. Heineccius, *Recitationes in elementa juris civilis secundum ordinem Institutionum*, van beide vele drukken – sinds de jaren 20 van de 18e eeuw.
- 70 J. Voet, *Commentarius ad Pandectas*, Den Haag 1698-1702 en vele edities sedertdien.
- 71 Voor een verslaglegging van recenter (voor-oorlogs) juridisch onderwijs, in vergelijking met dat van 10 jaren geleden, en een rake weging, zie L. Mok, 'De teloorgang van het burgerlijk recht als wetenschap; oorzaak en gevolg', *Rechtsgeleerd Magazijn Themis* 2004, afl. 6, p. 291-297.
- 72 Ik gebruik een leenvertaling van Glenn, die het aan T.S. Eliot ontleende. H. Patrick Glenn, *Legal Traditions of the World*, Oxford: Oxford University Press 2000, p. 4.
- 73 Van Boom 2015, met name p. 129.
- 74 Zie Digesten 1.4.4 (Modestinus) – Latere verordeningen hebben meer kracht dan de voorafgaande. Vertaling van J.E. Spruit e.a. (1994)
- 75 I. Kisch, in: J.M. van Dunne e.a., *Acht civilisten in burger*, Deventer: Kluwer 1977, p. 104.
- 76 Zie de opstellen over het BW na een eeuw – de enige die voor een nieuwe codificatie sprak was Meijers. P. Scholten & E.M. Meijers, *Gedenboek Burgerlijk Wetboek 1838-1938*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1938.
- 77 Voor wie het nog niet las: D. Kahneman, *Thinking fast and slow*, Londen: Penguin 2012.
- 78 Ik verwijs naar J.H.A. Lokin & W.J. Zwalve, *Hoofdstukken uit de Europese Codificatie-geschiedenis*, Den Haag: BJu 2015.
- 79 R. von Jhering, *Geist des römischen Rechts*, Leipzig: Breitkopf und Härtel 1852, p. 15
- 80 W.J. Zwalve & C.J.H. Jansen, *Publiciteit van Jurisprudentie*, Deventer: Kluwer 2013.
- 81 P. Nève & J.M. Smits, 'H.C.F. Schoordijk. Interview met een civilist pur sang,' *Pro Memorie* 2004, afl. 6, p. 107.
- 82 H. Kooiker, *Lex scripta abrogata. De derde renaissance van het Romeinse recht*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1996.

- 83 M.J. Horwitz, *The Transformation of American Law*, Cambridge, MA: Harvard University Press 1976; A. Kronman, *The lost Lawyer*, Cambridge, MA: Harvard University Press 1993.
- 84 P.W.A. Immink, *Recht en historie*, Groningen-Batavia: Wolters 1946, p. 4; Hallebeek 2014, p. 1.
- 85 In de rechtstheorie is er aandacht voor. Zie bijvoorbeeld W. van Gerven, *Plaats en functie van regelgeving, rechtspraak en rechtsleer in het kader van de rechtsvorming*, Zwolle: Tjeenk Willink 1976, p. 17-18. Economisch historici hebben dit methodologische aspect van bestuderen van verandering in het verleden om stabiliteit en verandering in het heden beter te kunnen begrijpen, beter geëxpliciteerd: D. North, *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*, Cambridge: Cambridge University Press 1990, passim.
- 86 Al dat verleden is als het ware een laboratorium, waarin recht en werking daarvan kan worden bestudeerd. Jan Smits gebruikte de beeldspraak ten behoeve van de studie van bestaande rechtsstelsels in zijn *Omstreden rechtswetenschap* (Den Haag: Boom Juridische uitgeverij, 2009), p. 195 – de beeldspraak komt van de economische historiografie; object en methode van onderzoek beogen om zicht te krijgen op het hoe en waarom van economische verandering, ten behoeve ook van een beter begrip van het heden – als tegenhanger bij de overheersende (positivistische) neoklassieke economie. Zie onder veel meer D. North, 'Economic Performance through Time', *American Economic Review* 1994, p. 359-368.
- 87 Voor een mooie rechtsvergelijkende insteek zie M. Martin Casals (red.), *The development of liability in relation to technological change*, Cambridge: University Press 2010.
- 88 C.W. Opzoomer, *Het Burgerlijk Wetboek, verklaard, Zesde deel. Art. 1349-1416*, Amsterdam: J.H. Gebhard & Comp. 1879, p. 323-326.
- 89 HR 31 januari 1919, *NJ* 1919/161.
- 90 Zie onder veel meer P.C. Kop, *Legisme en Privaatrechtswetenschap*, Deventer: Kluwer 1992, met name hoofdstuk 5. Het is een beweging die we overal in het

paar piketpalen meer zou goed zijn. Ik zie een aantal redenen die ik met steekwoorden kan samenvatten: rechtszekerheid, verandering, vergelijking, gemeenschappelijkheid, geleerdheid, verscheidenheid. Daarover het volgende.

Waarom is het geldende recht en het komende recht geholpen met meer verleden? Ik zie een aantal redenen: rechtszekerheid, verandering, vergelijking, gemeenschappelijkheid, geleerdheid, verscheidenheid

Rechtszekerheid. Recht is een traditioneel instituut, dat structuur geeft, houvast geeft aan onze samenleving: het biedt rechtszekerheid. Het beoogt dat gerechtvaardigde verwachtingen ten aanzien van geldigheid en effect van transacties worden gehonoreerd. Tegelijk beoogt het natuurlijk ook plaats te bieden aan nieuwe (sociale, politieke, economische, intellectuele) belangen. Dat is niet meer aan de wetgever alleen, maar inmiddels ook aan de hoogste rechter, en steeds meer ook aan de rechtswetenschap. Dat nieuwe kan alleen maar worden geaccepteerd of verworpen juist in het licht van die gerechtvaardigde verwachtingen, in het perspectief van het verleden. Dat zijn de lemen voeten van Vrankens jurist. Het tekent het juridische werk – in de ogen van sommigen – als inherent behoudend.⁸³ Het werpt de vraag op of een verbetering alleen kan indien het treintje wordt ontdaan van aanhangende wagentjes. Mij lijkt niet: in de trein bevindt zich goede wijn. Hoe staat het recht tegenover verandering? Alleen nieuw recht?

Verandering. Het recht is (ook) een sociaal verschijnsel. Wie de samenleving beschouwt ziet niet alleen stabiliteit en behoud van een status quo, maar in deze tijd misschien juist verandering. De instituties van ons recht kunnen op die veranderingen reageren, remmen, trachten te sturen, tegen, maar ook mee. Dat is altijd in meer of mindere mate zo geweest. Aandacht voor die gebeurtenissen in het verleden maakt het dan mogelijk die dynamiek in de rechtsontwikkeling genuanceerd te laten zien, en dat is zeker handig met onze hedendaagse (buiten)juridische aandacht voor een steeds veranderende sociale, politieke, economische en intellectuele context. Dat wordt door rechtshistorici vaak als een met het hedendaagse positieve recht onderscheidende kwaliteit gezien: aandacht voor de beweging in het recht – de dynamiek.⁸⁴ In het (inderdaad!) als meer statisch beschouwde positieve recht blijft juist dit aspect wat onderbelicht.⁸⁵ 'Verandering' als belangrijke factor in het recht lijkt in recente onderzoeksprogrammering vrij plotseling onderscheiden te worden als iets van belang, en dat is terecht, maar iets nieuws is het dus niet. Bovendien: dat die veranderingen juist aan de hand van het verleden goed kan worden bestudeerd – als ware het *in vitro* – bevindt zich achter de horizon. Het gaat dan niet alleen om nieuwe wetgeving – dat is eenvoudig waar te nemen – maar ook om de manier waarop in rechtspraak en academisch

debat veranderingen tot stand komen, en de manier waarop uit het maatschappelijke speelveld veranderde opvattingen worden opgenomen in het recht. De ontwikkelingen in communicatie en technologie zijn niet recent, moeten we ons realiseren, want zichtbaar met effect in het recht aanwezig sinds de eerste helft van de negentiende eeuw.⁸⁶ Ter illustratie kan gewezen worden op de grote technologische veranderingen in de negentiende eeuw en de doorwerking daarvan in het speelveld van het recht.⁸⁷ Wie is aansprakelijk indien schade wordt toegebracht door nieuwe gemechaniseerde vervoersmiddelen en productie? Verwijtbaarheid aantonen bij de vervoerder of producent was lastig. Opzoomer koos de meest revolutionaire weg, en beargumenteerde een risico-aansprakelijkheid op basis van 'zaken welke men onder zijn opzigt heeft' uit artikel 1403 BW. Dat werd in onze hoogste rechtspraak niet geaccepteerd. In Frankrijk gebeurde dat met de pendant uit de Code civil (art. 1384 Cc) wel.⁸⁸ Wij wachten op de wetgever. Bij schade door oneerlijke concurrentie duurde dat al te lang en we weten hoe dat afliep. Onder *Lindenbaum/Cohen* als gepubliceerd in de NJ annooteerde Molengraaff:

'[h]et is thans bijkans 32 jaren geleden, dat ik in een opstel over "De 'oneerlijke concurrentie' voor het forum van den Nederlandschen rechter" (*Rechtsgel. Mag.* 1887, blz. 373 v.) in verzet kwam tegen de beperkte opvatting van het woord *onrechtmatig* in art. 1401 B. W. Ik was niet de eerste die eene ruime uitlegging van dit artikel bepleitte. Vóór mij was het o.a. gedaan door Mr. G. Belinfante in *Themis* 1865, bl. 341 v. [...].'⁸⁹

De werkelijkheid van de snel veranderende samenleving verscheen in de tweede helft van de negentiende, eerste helft van de twintigste eeuw met grote kracht in de wereld van het recht, en heeft ook op het methodische van argumentatie, van rechtsvinding en -vorming grote invloed uitgeoefend. Pas sinds die tijd worden bij ons hoogste rechterlijke uitspraken als objectief recht gekend; pas sinds die tijd spelen maatschappelijke normen van betamelijheid een rol.⁹⁰ Aldus blijkt dat ook in het verleden het nieuwe tot onderdeel van het systeem gemaakt kon worden.⁹¹ Soms verdwijnt bij die historische onderbouwing van een veranderde betekenis al te veel detail. Een voorbeeld is het arrest van de *Goudse Bouwmeester*,⁹² waarbij een ruime leer van de natuurlijke verbintenis (art. 1395 lid 2 Oud BW) werd aangehangen. Diephuis verkondigde die leer een halve eeuw eerder al, en het arrest is dus minder een cesuur dan wordt geleerd.⁹³ Die mogelijkheid aan nieuwe belangen recht te doen hoort ook bij de rechtszekerheid, die meer is dan alles bij het oude laten. Rechtszekerheid en verandering staan in onverbrekelijk verband in een wetenschappelijke, juridisch-dogmatische civiele traditie.⁹⁴ De rechtshistorie is daarmee geen 'contextualiteit' zoals soms wordt gehoord, of een louter onderdeel van metajuridica, maar een deel van de beschrijvende en normatieve vragen van het juridische onderzoek.⁹⁵

Rechtsvergelijking. We zijn geen provincialen – nooit geweest – toch? Het huidige Nederlandse privaatrecht dient een internationaliserende samenleving te accommoderen. Juristen proberen dat ondermeer te doen met behulp van rechtsvergelijking. Dan wordt het belang van de rechtshistorie scherp zichtbaar. Het Nederlandse privaatrecht heeft belangrijke, vaak zeer oude, maar ook wel onverwachte verwant-

schapsbanden met andere rechtsstelsels. Kennis van die banden van verwantschap zijn hoogstnoodzakelijk voor een goede rechtsvergelijking, en die banden worden alleen goed zichtbaar met aandacht voor de ontwikkelingsgeschiedenis van het recht.⁹⁶ Bij rechtsvergelijking valt ook onmiddellijk op dat het Nederlandse recht minder gebruik maakt van wat oudere bronnen, dan elders gebeurt – de ongecodificeerde *civil law*-jurisdicties als Schotland en Zuid-Afrika kunnen ons een voorbeeld zijn. Vroeger deden wij dat ook, en dat hebben we gemeen met alle stelsels waarbij het recht niet is gecodificeerd.⁹⁷

Het Nederlandse privaatrecht heeft belangrijke, vaak zeer oude, maar ook wel onverwachte verwantschapsbanden met andere rechtsstelsels. Kennis van die banden van verwantschap zijn hoogstnoodzakelijk voor een goede rechtsvergelijking

Gemeenschappelijkheid en geleerdheid – met name Romeins recht, maar ook het *ius commune* van de voorcodificatoire tijd en het hedendaagse 'oude' recht van gemengde rechtsstelsels. Juristen vergelijken niet alleen nationaal recht, maar ordenen daarmee ook. Zo proberen zij gemeenschappelijke referentiekaders (Draft Common Frame of Reference, *principles*, modelwetgeving) te ontwikkelen. Het verleden kende in het privaatrecht een prachtig model – het gerecipieerde Romeinse recht bood een raamwerk waarbinnen het geldende recht een plaats kreeg.⁹⁸ Onze eigen rechtsgeschiedenis in de zeventiende en achttiende eeuw speelde een leidende rol op het Europese academische juridische toneel. De Rooms-Hollandse school is vandaag de dag relevant in de studies naar een gemeenschappelijk recht.⁹⁹ Bij rechtsvergelijking blijkt zelfs dat een aantal hedendaagse jurisdicties (Zuid-Afrika, Sri Lanka) ons oude recht nog steeds als geldend recht aanvaardt – Voet, Grotius, Van der Keessel en Van der Linden treffen we daar nog steeds aan. Het is dan ook goed te begrijpen dat die gelding niet berust op een formele autoriteit, maar op de acceptatie van de inhoud – het overtuigt. Ook blijkt dat een aantal andere jurisdicties met enige regelmaat nog gebruik maakt van onze oude schrijvers (Schotland) of anderszins expliciet teruggrijpt op oudere bronnen. Kennis daarvan bij onze geschoolde juristen is ook om die reden noodzaak.¹⁰⁰ Het is heel gek dat een Nederlandse civilist geen enkele weet heeft van de (werken van de) grote geesten van eertijds. Het kan dus gebeuren dat bij een buitenlandse strikt wetenschappelijke bijeenkomst een Nederlandse jurist voor het eerst met de privaatrechtelijke Grotius wordt geconfronteerd. Het is fijn dat dat ten minste nog gebeurt, maar ook wel wat gênant. Ook vandaag de dag wordt Romeins recht en het *ius commune* nog gebruikt in het positieve privaatrecht – meer expliciet in andere jurisdicties, meer impliciet hier te lande. Het Romeinse recht is een 'overheersende formatieve factor' geweest in de wording van

ons recht, ons universitaire rechtsdenken is Romeins rechtsdenken¹⁰¹ – er is meer dat ons verbindt, dan gescheiden houdt, parafraseer ik J.E. Spruit.¹⁰² Het argument van gemeenschappelijkheid wint aan intellectuele kracht in een Europa dat aan populaire gemeenschapszin verliest.

Het kan gebeuren dat bij een buitenlandse strikt wetenschappelijke bijeenkomst een Nederlandse jurist voor het eerst met de privaatrechtelijke Grotius wordt geconfronteerd. Het is fijn dat dat ten minste nog gebeurt, maar ook wel wat gênant

Verscheidenheid. Ons recht functioneert thans veel meer dan in de recente geschiedenis het geval was niet meer alleen met alomvattende codificaties, maar met een diversiteit aan rechtsbronnen, van formele (bijvoorbeeld EU-recht, EVRM) en meer informele aard (zelfregulering), met open normen, met een grotere vrijheid voor de rechter. Het gemeenschappelijke referentiekader uit het verleden – het geleerde recht – had eveneens die taak voor samenhang te zorgen in een wereld van vele bronnen van recht, en laat zien hoe ook toen met een grote diversiteit in het recht zinvol kon worden omgegaan. Zo is veel nieuw recht gevormd in de handelspraktijk, en onderbouwd en geaccepteerd in de wetenschap. Ik wijs op de overdracht en overdraagbaarheid van vorderingen.¹⁰³ Onoverdraagbaarheidsbedingen hebben ons het laatste decennium parten gespeeld, want de noodzaak tot accommodatie van de vordering als overdraagbaar goed was in de laatste tweeduizend jaren niet anders. Het verleden kan grote betekenis voor het heden hebben; hedendaags recht omvat per definitie een meer of minder groot deel van het verleden. Dat geldt voor alle domeinen van het recht. Het geldt voor wetgeving – ons geldend burgerlijk recht dateert deels van 1992, deels nog uit 1838, en deels zelfs van daarvoor.¹⁰⁴ Het geldt (wellicht in mindere mate) voor rechtspraak. Maar het geldt bovenal voor het rechtsgeleerd debat en onderwijs. In het geldende positieve recht verschuilt zich een ontwikkelingsgeschiedenis, die in meerdere of mindere mate in het verleden is geworteld. Aandacht daarvoor maakt het hedendaagse recht meer coherent. Ik heb mijn punt gemaakt. Tijd voor afronding.

Oud recht hoeft niet suspect te zijn, omdat het over een datum heen zou zijn

Het is goed om ons in te prenten dat positief geldend recht ook is: *het debat* over wat behoort, over het recht. Aan dat debat hebben velen meegedaan, door de tijd heen. Oud recht hoeft niet suspect te zijn, omdat het over een datum heen zou zijn. Zo kunnen we – zeg ik met Vranken – de volheid van

westerse rechtsdenken kunnen waarnemen: *legal realism* rond Langdell in de Verenigde Staten; de *sociological jurisprudence* in Engeland; de *école de la libre recherche scientifique* van Geny en Saleilles in Frankrijk; de *Interessenjurisprudenz* van Jhering en volgers.

91 Eggens analyseert de argumentatie van de Hoge Raad over de veranderde betekenis van een wetsbepaling, art. 202 BW (oud), waarbij de bedoeling van de wetgever van 1838 hedendaags-teleologisch wordt geïnterpreteerd: J. Eggens, *Transpositie en conversie*, Den Haag: Belinfante 1946, p. 13.

92 HR 12 maart 1926, NJ 1926/777.

93 C.J.H. Brunner deed daarvan prachtig verslag in 'Was Diephuis een legist? Een herwaardering na 100 jaar', in: Brunner e.a. 1992, p. 1-23, m.n. 13-15.

94 C.H. van Rhee wijst daar met kracht op, verwijzend naar en voortbouwend op Von Savigny (vroege 19e eeuw) en Donellus (16e eeuw), en signalerend dat alleen door leentjebuur te spelen met de civiele traditie de Angelsaksische Bracton (13e eeuw) en Blackstone (18e eeuw) hun recht konden systematiseren. C.H. van Rhee, 'Geen rechtsgeleerdheid, maar rechtswetenschap!', *Rechtsgeleerd Magazijn Themis* 2004, afl. 5, p. 196-201.

95 Zie de vier typen vragen van rechtsgeleerd onderzoek van J.M. Smits: beschrijvend, normatief, empirisch en meta-juridisch.

96 J. Gordley, 'Comparative Law and Legal History', in: Reimann & Zimmermann 2008, p. 753-773.

97 Ook de methodologie van de rechtsvergelijking van Nederlandse herkomst heeft minder aandacht voor de herkomst – zie het verder zeer aanbevelenswaardige artikel van A.E. Oderkerk, 'The need for a Methodological Framework for Comparative Legal Research. Sense and Nonsense of "Methodological Pluralism" in Comparative Law', *RabelsZ* 2015, p. 589-623; Oderkerk bracht deze publicatie als preadvies (nr. 73) voor de Vereniging voor Rechtsvergelijking in april 2016.

98 R. Zimmermann, 'Roman Law and the Harmonization of Private Law in Europe', in: A.S. Hartkamp e.a. (red.), *Towards a European Civil Code*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2011, p. 27-53; L. Waelkens, *Civium Causa. Handboek Romeins recht*, Leuven-Den Haag: Acco 2014, p. 21.

99 Zimmermann, in: Hartkamp e.a. 2011, p. 39 e.v.

100 Zimmermann, in: Hartkamp e.a. 2011, p. 27-53.

101 Waelkens 2014, p. 19.

102 J.E. Spruit, *Cunabula iuris. Elementen van het Romeinse Privaatrecht*, Deventer: Kluwer 2003, p. 1.

103 Waarover D. De Ruysscher, 'Innovating Financial Law in Early Modern Europe: Transfers of Commercial Paper and Recourse Liability in Legislation and *Ius Commune* (Sixteenth to Eighteenth Centuries)', *European Review of Private Law* 2011, afl. 5, p. 505-518.

104 Alle wetsinterpretatie is historische interpretatie, karakteriseerde Eggens in zijn Utrechtse oratie *Transpositie en conversie*, Den Haag: Belinfante 1946, p. 4.

105 Asser/J.B.M. Vranken *Algemeen deel**** 2014/50.

106 G. Scholten van Aschat, 'Kunsten kunnen de democratie redden', *NRC Handelsblad* 19 en 20 november 2016, p. O&D 2.

107 Kahneman 2012, ook voor wie het inmiddels las.

108 J.M. Smits, *Omstreden Rechtswetenschap*, Den Haag: BJu 2009; R. Michaels & N. Jansen, 'Private Law Beyond the State', *American Journal of Comparative Law* 2006, p. 843-890.

teksten tot spreken brengen.¹⁰⁵ Het allerbelangrijkste: in een snel veranderende samenleving behoort de rechtswetenschap te debatteren over het nieuwe behoren – in ons normatieve civiele institutionele systeem, waarvoor we ons de grootst denkbare gereedheidskist niet moeten laten onzegggen. Een louter hedendaagse is te klein, en heeft te weinig schepend vermogen – niet meer dan een vuistbijl.

In de rechtswetenschap en dus ook in het academische onderwijs is er wat mij betreft geen keuze mogelijk. Ons verleden is een deel van ons geldende recht

5 Conclusie: opstanding

Juristen kijken te weinig om – ten onrechte. Gijs Scholten van Aschat deed recent een krachtig en waardevol appel: neem de tijd – leer kijken, luisteren en begrijpen.¹⁰⁶ Inderdaad: *thinking slow*.¹⁰⁷ Mij dunkt: dit gaat natuurlijk ook op voor het wetenschappelijke *ius* – dat is immers *aequi, boni*, maar bovenal: *ars*. Al zeer lang.

Mijn betoog richt zich niet primair op de rechtsgeschiedenis maar juist op het geldende positieve recht; niet zozeer op de hedendaagsheid van het verleden, maar juist op (het ontbreken van) de verledenheid van het heden. Er is vanzelfsprekend verschil tussen het ene of het andere domein – de rechtspraktijk, de rechtspraak, wetgeving of de rechtswetenschap. Hoe meer praktijk, hoe minder expliciet de inbedding hoeft te zijn. Maar in de rechtswetenschap en dus ook in het academische onderwijs is er wat mij betreft geen keuze mogelijk. Ons verleden is een deel van ons geldende recht. Dat betekent dat we oudere bronnen wat meer moeten accepteren of zelfs verlangen als onderdeel in de beschrijvende of normatieve analyse van het recht.

Al onze hedendaagse juridische begrippen, regels, beginselen, rechtsbronnen, methoden en instituties zijn tot ons gekomen langs de vele lijnen van traditie, na weging van argumenten in debat. De studie van dat verleden geeft veel meer dan alleen kennis van dat verleden – het geeft inzicht in het heden, en in de ontwikkeling van het recht tussen rechtszekerheid en verandering, in een door maatschappij, politiek en economie nader bepaald speelveld. Dat speelveld verandert snel. Europeanisering en globalisering – in handel, politiek en recht – migratie, en deksels populisme herschikken de samenleving, waarbij gemeenschappelijkheden en eigenheden om voorrang zullen strijden bij de weging van oude en nieuwe belangen in het vinden van nieuwe evenwichten. In dat veranderende speelveld wordt een eclectische argumentatieve benadering van het positieve recht voorgestaan, in Nederland en elders.¹⁰⁸

De spelers op het hedendaagse academische speelveld kunnen zich ten aanzien van alle vormende factoren in en om het recht meer gelegen laten liggen aan spelers van weleer. Zij zijn onder ons

In een dergelijke methode van rechtswetenschap kent het verleden een waardevolle plaats, omdat aandacht daarvoor uiteindelijk bijdraagt aan de coherentie van ons rechtssysteem. De spelers op het hedendaagse academische speelveld kunnen zich ten aanzien van alle vormende factoren in en om het recht meer gelegen laten liggen aan spelers van weleer. Zij zijn onder ons. We nemen het stuur over of we sturen bij – wie bepaalt hier wat nuttig is? Opstanding!