

RECHT ALS REDE

Een les uit de geschiedenis van het privaatrecht

Jaap Hage

1 RECHT ALS WEZENLIJK NORMATIEF

Gerrit van Maanen heeft op vele wijzen een rol gespeeld in de ontwikkeling van het recht en het rechtswetenschappelijke inzicht in Nederland. Waar die rol aanvankelijk werd geïnspireerd door marxistische motieven – die waren vroeger nog politiek correct – was er, wellicht op grond van historisch-materialistische overtuigingen, ook vanouds al belangstelling voor de geschiedenis van het privaatrecht en de rol van economische overwegingen daarbinnen.¹ Hoewel het misschien wat minder eenvoudig is aan te wijzen in Gerrits publicaties, heb ik reden om aan te nemen dat bij het klimmen der jaren en het daarmee gepaard gaande voortschrijdende inzicht Gerrit meer en meer tot de overtuiging kwam dat de redelijkheid, in de betekenis die hieronder nog uitvoerig aan de orde zal komen, een centrale rol speelt binnen het recht, misschien nog wel een belangrijker rol dan de economie. Niet dat die twee met elkaar conflicteren, overigens.

Maar waarom zou de redelijkheid een rol moeten spelen binnen het recht? Toch niet omdat het recht ooit eens werd omschreven als de kunst van het redelijke en het billijke (*ars aequi et boni*)², want wat vroeger wellicht het geval was hoeft nu niet meer zo te zijn. Een veel betere reden is dat het de functie van recht is om gedrag te sturen. Hoewel verreweg de meeste individuele rechtsregels in het geheel geen gedrag voorschrijven, maar eerder bevoegdheden toekennen, definities geven, of procedures aangeven, is het de functie van het recht als geheel om menselijk gedrag te sturen. Recht is een antwoord – wellicht niet het enige antwoord, maar toch één van de antwoorden – op de vraag ‘Wat moet ik doen?’. Rechtsvragen zijn daarom wezenlijk normatieve vragen.

Die laatste zin behoeft wellicht enige toelichting. Recht is niet het enige systeem van normen dat beoogt gedrag te sturen. De etiquette is een ander systeem, en de moraal nog een ander. Deze normatieve systemen schrijven niet steeds hetzelfde voor. Vaak is er geen conflict. Zo gaan de normen van de etiquette over onderwerpen waarmee recht en moraal zich niet bezig plegen te houden. Maar conflicten zijn soms mogelijk. Er is geen garantie dat het positieve recht en de moraal niet soms onverenigbaar gedrag vereisen. In zo’n geval is het verleidelijk te zeggen dat rechtens gezien het ene moet worden gedaan en moreel gezien het andere. Er zijn dan tenminste twee soorten ‘moeten’, het juridische en het morele. Morele normen bepalen wat moreel gezien gedaan moet worden, terwijl rechtsnormen bepalen wat juridisch gezien gedaan moet worden. Dit lijkt misschien onproblematisch, maar dat is het niet. Want

¹ Zie bijvoorbeeld G. E. van Maanen, *Onrechtmatige daad. Aspecten van de ontwikkeling en structuur van een omstreden leerstuk* (dissertatie Groningen), Deventer: Kluwer 1986 en, daarop aansluitend, *De Zutphense juffrouw en de ontrouwe bediende van Lindenbaum*, Nijmegen: Ars Aequi 1995.

² D 1.1.1

door het moeten te voorzien van een dergelijk onderschrift, moreel of juridisch, wordt de band tussen het moeten en gedrag doorgesneden.

Stel dat iemand, laten we haar Annie noemen, zich afvraagt wat zij moet doen. Annie kan nu twee antwoorden krijgen: juridisch gezien moet ze dit doen en moreel gezien dat. Maar dat is niet wat Annie wil weten. Zij wil weten wat zij moet doen *tout court* en niet enkel wat door het recht of door de moraal wordt voorgeschreven. Dus zelfs als Annie zich aan het recht zou willen houden geeft het recht zoals hierboven gekarakteriseerd geen antwoord op haar vraag wat te doen. Het recht beantwoordt de vraag wat rechtens gezien gedaan moet worden en dan moet Annie daar nog aan vast knopen dat ze moet doen wat ze volgens het recht moet doen. Maar het lijkt er sterk op dat het recht zelf niet kan bepalen dat Annie zich aan het recht moet houden. Het recht bepaalt enkel wat rechtens moet en om te weten wat ze echt moet doen moet Annie ook nog de vraag beantwoorden of ze zich aan het recht moet houden.

Deze visie op het recht is goed te verenigen met de gedachte dat de inhoud van het recht feitelijk kan worden vastgesteld. Het recht is te vinden in rechtsbronnen, regelgeving en wellicht ook rechtspraak en doctrine, en de inhoud van deze bronnen kan zuiver feitelijk worden vastgesteld. Deze feitelijk vast te stellen informatie bepaalt wat rechtens gezien gedaan moet worden. Maar om vast te stellen wat echt gedaan moet worden is er nog een extra normatieve stap nodig, namelijk het bepalen of werkelijk gedaan moet worden wat rechtens gezien moet. Is er een plicht om het recht te gehoorzamen? Omdat pas deze laatste stap werkelijk normatief is, is het recht zelf in deze visie niet wezenlijk normatief. De Engelse rechtsfilosoof Raz stelde in dit verband dat zogenaamde ‘detached legal statements’ mogelijk zijn.³ Het is mogelijk vast te stellen wat rechten gezien gedaan moet worden zonder dat dit enige implicatie heeft voor wat men wil doen. Vaststellen van wat rechtens gezien moet is in dit opzicht niet anders dan vaststellen wat moest volgens het Romeinse recht. Er zijn rechtsregels die bepalen wat rechtens gezien gedaan ‘moet’ worden, maar die regels hoeven ons gedrag niet te sturen.

Deze visie op het recht, volgens welke het recht zuiver feitelijk aangeeft wat rechtens gezien gedaan moet worden, kan worden gesteld tegenover de visie dat het recht wezenlijk normatief is, dat het recht een antwoord wil geven op de vraag wat te doen en niet enkel op de vraag wat volgens het recht moet worden gedaan. Deze laatste visie is moeilijk ter rijmen met de gedachte dat de inhoud van het recht zuiver feitelijk kan worden vastgesteld, door het lezen en uitleggen (echt uitleggen en dus niet normatief inleggen) van de rechtsbronnen. Waarom zou de inhoud van een stel teksten, hoe belangrijk ook, het laatste woord moeten zijn ten aanzien van de vraag wat moet worden gedaan? Er is dan toch tenminste een reden nodig waarom die teksten normatieve betekenis hebben en die reden kan niet aan de teksten zelf worden ontleend. En – meer algemeen – hoe zou een stel waardevrije feiten, welke waardevrije feiten dan ook, bepalend kunnen zijn voor wat gedaan moet worden? Moet er niet altijd iets

³ Joseph Raz, *The Authority of Law*, Oxford: Clarendon Press 1977, 153.

normatief worden toegevoegd om te kunnen bepalen van wat gedaan moet worden?⁴ En waar moet dat normatieve dan vandaan komen, als het niet zuiver in de feiten besloten ligt?

Hier komt de rede(lijkheid) op het podium. Waar we plegen aan te nemen dat onze ‘gewone’ zintuigen, zicht, gehoor, reuk, smaak en gevoel, op zich niet geschikt zijn om te bepalen wat we moeten doen, zoeken we het instrument om ‘normatieve kennis’ op te doen vaak in de rede. Dat de rede in staat zou zijn om dergelijke ‘normatieve kennis’ aan te leveren is niet onomstreden, maar het valt te verdedigen dat dit tot op zekere hoogte mogelijk is.⁵

Dit is niet de plaats voor erg theoretische beschouwingen over de rol van de rede bij het verkrijgen van normatieve kennis.⁶ In plaats daarvan zal ik het belang van de rede voor het recht eerst illustreren aan de hand van een beroemd arrest uit de geschiedenis van het Nederlandse verbintenissenrecht, om daarna nog enige aandacht te geven aan de implicaties die de centrale rol van de rede in het recht zou moeten hebben voor rechtswetenschappelijk onderzoek en onderwijs.

2 DE QUINT/TE POEL-DOCTRINE

Het is in het Nederlandse recht gebruikelijk om aan te nemen dat verbintenissen uit bronnen dienen voort te vloeien.⁷ Het alom bekende Quint/Te Poel arrest (HR 30 januari 1959, NJ 1959, 548) speelt in dit verband een belangrijke rol. Dit arrest was gebaseerd op artikel 1269 van het oude BW, dat bepaalde dat verbintenissen ontstaan uit overeenkomst of uit de wet. Eén van de rechtsvragen die in het arrest aan de orde kwam was of het de rechter is toegestaan om recht te spreken – in casu: om een verbintenis aan te nemen – volgens ongeschreven rechtsregels en om het bestaan van een verbintenis te erkennen ‘... welke niet, althans niet uitdrukkelijk, door wettelijke regels van geschreven recht gegeven en geregeld is’. Zoals bekend, bepaalde de Hoge Raad hieromtrent

‘... dat de door art. 1269 gegeven regeling niet toelaat om aan te nemen, dat tussen twee personen een verbintenis ontstaat in alle gevallen, waarin naar het oordeel van den rechter, de redelijkheid of de billijkheid verlangt, dat de een tegenover de ander een zekere prestatie verricht; ...

⁴ Er zijn hier duidelijk verbanden met de zogenaamde ‘naturalistische drogredenen’ en de mogelijkheid om behoren uit zijn af te leiden. Het voert te ver om hier uitgebreider in te gaan op deze kwesties, die veel ingewikkelder zijn dan vaak wordt aangenomen. Zie bijvoorbeeld Jaap Hage, ‘The Naturalistic Fallacy: A Note on a Note’ in P.J. van Koppen en N.H.M. Roos (eds.), *Rationality, Information and Progress in Law and Psychology. Liber Amicorum Hans F.M. Crombag*, Maastricht: Metajuridica Publications 2000, 227-238 en Jaap Hage, ‘Juridical Acts and the Gap between Is and Ought’, in the *Netherlands Journal of Legal Philosophy* 43 (2013), vol. 1, 50-66.

⁵ Voor de verdediging van deze opvatting, waarbij coherentie invulling geeft aan de eisen van de rede, zie Jaap Hage, ‘The Method of a Truly Normative Legal Science’, in M. van Hoecke (ed.), *Methodologies of Legal Research*, Oxford: Hart Publishing 2011, 19-44 en – abstracter – Jaap Hage, ‘Three kinds of coherentism’ in Michal Araszkiwicz and Jaromir Savelka (eds.), *Coherence: Insights from Philosophy, Jurisprudence and Artificial Intelligence*, Dordrecht: Springer 2013, 1-32.

⁶ Maar ik vermoed dat veel juristen het onderstaande nog steeds erg abstract en theoretisch zullen vinden.

⁷ Zie bijvoorbeeld ASSER-HARTKAMP 4-I, nr. 50 en de Toelichting-Meijers bij art. 6.1.1.1 NBW.

... dat uit deze woorden (de woorden 'uit de wet' – JH) immers geenszins volgt, dat elke verbintenis rechtstreeks op enig wetsartikel moet steunen, doch daaruit slechts mag worden afgeleid, dat in gevallen die niet bepaaldelijk door de wet zijn geregeld, de oplossing moet worden aanvaard die in het stelsel van de wet past en aansluit bij de wèl in de wet geregelde gevallen; ...'

Deze twee aangehaalde alinea's hebben elk hun eigen belang. In de eerste alinea wordt aangegeven dat de redelijkheid en/of billijkheid niet voldoende bestaansgrond is voor een verbintenis. Weliswaar verwijst de Hoge Raad niet naar de redelijkheid en billijkheid zelf, maar naar het oordeel van de rechter daaromtrent, maar waarschijnlijk heeft de Hoge Raad daarmee niet meer tot uitdrukking willen brengen dan dat toepassing van de redelijkheid en billijkheid steeds oordeelsvorming verlangt en dientengevolge een subjectief element meebrengt.

In de tweede aangehaalde alinea wordt aangegeven dat de eis dat een verbintenis uit de wet voortvloeit niet te eng moet worden opgevat en dat ook verbintenissen aanvaardbaar zijn die passen in het stelsel van de wet en aansluiten bij wel in de wet geregelde gevallen. Waar de overweging van de eerste alinea een beperking aanbrengt ten aanzien van de mogelijke verbintenissen, wordt deze beperking in de tweede alinea dus restrictief geïnterpreteerd. Het Quint/Te Poelarrest werd gewezen onder het oude Burgerlijk Wetboek. In het NBW staat in artikel 6:1

'Verbintenissen kunnen slechts ontstaan, indien dit uit de wet voortvloeit.'

De gangbare opvatting⁸ is dat in deze bepaling de Quint/Te Poel-doctrine wordt gecontinueerd. De meningen over de praktische betekenis hiervan verschillen. Sommigen zijn van mening dat de wettelijke regeling voldoende ruimte open laat om verbintenissen aan te nemen waar dat wenselijk is⁹; anderen zien er juist, door de beperkingen die het op zou leggen, een waarborg voor de rechtszekerheid in.¹⁰ Eggens en Schoordijk hebben zich verzet tegen met name het beperkende aspect van de Quint/Te Poel-doctrine, daarin bijgevallen door Van Dunné.¹¹ In Duitsland, Frankrijk en – vanzelfsprekend – Engeland geldt niet de eis dat een verbintenis dient te berusten op een wettelijke basis. Het Franse recht kent op dit punt weliswaar een soortgelijke Romeinsrechtelijke doctrinaire achtergrond als het Nederlandse, maar erkent de ongerechtvaardigde verrijking als bron zonder dat daar een wettelijke grondslag voor is.¹²

⁸ Zie bijvoorbeeld Mon. Nieuw BW A-2 (Smits), 27.

⁹ Zie bijvoorbeeld Asser-Rutten I (1978), 55, G.E. Langemeijer, *De gerechtigheid in ons burgerlijk vermogensrecht*, 6^e druk, bewerkt door E.J.H. Schrage, Zwolle: Tjeenk Willink, 114 e.v.

¹⁰ Toelichting-Meijers bij art. 6.1.1.1 NBW.

¹¹ Zie J.M. van Dunné, *Verbintenissenrecht deel 2*, 5^e druk, Deventer: Kluwer 2004, 29 e.v.

¹² Terré, Simler en Lequette, *Droit civil. Les obligations*. 9^e druk, Parijs: Dalloz, 1063. Overigens zijn er in het Franse recht wel aanknopingspunten in de wet te vinden voor een actie uit ongerechtvaardigde verrijking, net zoals die er in het Nederlandse recht waren ten tijde van het Quint/Te Poel-arrest.

3 VERBINTENISSEN EN HUN BRONNEN

Volgens de gangbare doctrine bestaat een verbintenis uit twee onderdelen.¹³ Aan de kant van de debiteur is er een rechtsplicht; de debiteur moet een prestatie verrichten. Aan de kant van de crediteur is er een vorderingsrecht, inhoudende dat de debiteur zijn rechtsplicht nakomt. Rechtsplichten kunnen op twee manieren bestaan. Ze kunnen door een rechtsregel worden verbonden aan het feit dat iemand een bepaalde status heeft, zoals de status van beheerder van een stuk grond¹⁴, of die van nabuur.¹⁵ Rechtsplichten kunnen ook het gevolg zijn van een gebeurtenis, zoals het sluiten van een overeenkomst of het veroorzaken van schade. Een typisch voorbeeld is de plicht van Cohen om aan Lindenbaum schadevergoeding te betalen. Deze plicht is ontstaan doordat Cohen de bediende van Lindenbaum had omgekocht waardoor bedrijfsmatige schade voor Cohen ontstond.

De rechtsplicht die uit maakt van een verbintenis deel en waar dus een vorderingsrecht tegenover staat is steeds het resultaat van een gebeurtenis. Het is niet mogelijk dat er een verbintenis is verbonden aan het enkele bezit van een bepaalde status. Zo kunnen eigenaren wel rechtsplichten hebben, maar hebben ze, in die hoedanigheid, geen verbintenissen. Dit brengt mee dat er steeds een reden zal zijn voor het bestaan van een verbintenis en die reden is de gebeurtenis waar de verbintenis uit voortvloeide. Het sluiten van een overeenkomst is de reden waarom er een verbintenis uit overeenkomst is en een onrechtmatige gedraging is, in combinatie met enkele randvoorwaarden, de reden waarom er een verbintenis uit onrechtmatige daad is.

Is een gebeurtenis die leidt tot het bestaan van een verbintenis de bron van deze verbintenis? In ieder geval niet in de zin waarin de overeenkomst en de onrechtmatige daad bronnen van verbintenissen zijn, want 'de' overeenkomst en 'de' onrechtmatige daad zijn geen gebeurtenissen, maar hooguit categorieën van gebeurtenissen. Het lijkt er daarom op dat bronnen van verbintenissen categorieën van gebeurtenissen zijn, waarvan concrete gevallen rechtsfeiten opleveren die tot een verbintenis leiden. Concrete overeenkomsten en onrechtmatige daden zijn *redenen* voor het bestaan van verbintenissen en daarom zijn 'de' overeenkomst en 'de' onrechtmatige daad bronnen van verbintenissen.

Maar hoe staat het dan met de wet? Zijn concrete gevallen van 'de wet' of van wetgeving dan redenen voor het bestaan van verbintenissen? Dat is niet het geval, maar de wet bepaalt wel dat overeenkomsten en onrechtmatige daden leiden tot verbintenissen en maakt daarmee de overeenkomst en de onrechtmatige daad tot bronnen van verbintenissen. In zoverre zou men kunnen zeggen dat die verbintenissen uit 'de' wet voortvloeien. Maar dat is dan wel een indirect voortvloeien, want er zijn wel tussenliggende bronnen zoals de overeenkomst en de onrechtmatige daad nodig.

¹³ Smits wijst er op dat het woord 'verbintenis' in het BW vooral wordt gebruikt voor de rechtsplicht en niet voor de combinatie van rechtsplicht en corresponderend vorderingsrecht. Zie Mon. Nieuw BW A-2 (Smits), 5.

¹⁴ HR 27-5-1988, NJ 1989, 29 (Veenbroei).

¹⁵ HR 10-6-1910, W 9038 (Zutphense juffrouw).

Het is dus niet zo dat de wet een rechtsbron is, althans geen rechtsbron zoals de overeenkomst en de onrechtmatige daad in abstracto dat zijn. Evenmin is de wet een reden voor het bestaan van concrete verbintenissen, zoals concrete overeenkomsten en onrechtmatige gedragingen dat zijn. Wel is het zo dat sommige bronnen van verbintenissen – in de zin van *categorieën* van gebeurtenissen - hun status als bron aan de wet ontleen. In deze zin zou men de wet een *bron van rechtsbronnen* kunnen noemen.

De vraag die nu aan de orde moet komen is of voor alle rechtsbronnen zou moeten gelden dat ze hun status als rechtsbron aan de wet ontleen. Om het scherp te stellen: zou de overeenkomst nog een bron van verbintenissen zijn, ook al zou de wet daar niets over zeggen?

4 DE ACHTERGROND VAN DE QUINT/TE POEL-DOCTRINE

In de loop der eeuwen heeft een accentverschuiving plaatsgevonden in de leer over de bronnen van verbintenissen en deze verschuiving werd door de Hoge Raad in het Quint/Te Poelarrest bevestigd. Zoals bekend is de leer omtrent de bronnen van verbintenissen te herleiden tot de onderverdeling van verbintenissen die door Gaius werd gemaakt. Gaius onderscheidde aanvankelijk twee categorieën van verbintenissen, namelijk die welke uit overeenkomst ('*ex contractu*') ontstonden en die welke uit delict ('*ex delictu*') ontstonden. Later werd daar nog een derde categorie aan toe gevoegd, namelijk de verbintenissen die uit verscheidene bronnen voortvloeien ('*ex variis causarum figuris*').¹⁶ Justinianus maakte er nog weer later in zijn Instituten vier categorieën van.¹⁷ Maar wat er ook zij van het aantal en de aard van de verschillende categorieën, het is belangrijk op te merken dat het toen nog ging om *beschrijvingen* van de bestaande soorten verbintenissen. De indelingen van Gaius en Justinianus hadden niet de pretentie om de inhoud van het recht te bepalen, maar slechts om de inhoud van het recht te beschrijven en systematiseren. De indelingen hielden dan ook geen beperking in ten aanzien van de soorten verbintenissen die konden bestaan. Het 'ergste' wat kon gebeuren is dat de beschrijving onvolledig was, omdat er ook verbintenissen waren die niet onder de genoemde categorieën vielen.¹⁸ Wanneer de omslag heeft plaats gevonden, is een vraag die ik hier in het midden zal laten, maar feit is dat de Hoge Raad in het Quint/Te Poelarrest de wettelijke bepaling dat verbintenissen uit de wet of uit overeenkomst voortvloeien interpreteert als beperking van de verbintenissen die mogelijk zijn. Wat aanvankelijk een beschrijvende categorisering was, blijkt te zijn omgeslagen in een rechtsregel die bepaalt welke verbintenissen *mogelijk* zijn.

Het is ook van belang dat de regel volgens de Hoge Raad een *noodzakelijke* voorwaarde formuleert voor het bestaan van verbintenissen: als een gepretendeerde verbintenis niet voortvloeit uit een erkende bron, dat bestaat deze verbintenis niet. Zou de regel enkel een voldoende voorwaarde hebben geformuleerd, dan zou het nog steeds mogelijk zijn om

¹⁶ D 44.7.1 pr.

¹⁷ Inst. 3.13.2.

¹⁸ Smits noemt zo, in navolging van Zimmermann, het voorbeeld van de verbintenis uit ongerechtvaardigde verrijking, die niet paste in de aanvankelijke indeling van Gaius. Zie *Mon. Nieuw BW A-2* (Smits), 28 en R. Zimmermann, *The Law of Obligations*, Oxford: Oxford University Press 1990, 14.

verbintenissen aan te nemen die niet uit overeenkomst of wet zouden voortvloeien. Maar nu de regel wordt geïnterpreteerd als zou deze een noodzakelijke voorwaarde formuleren, is de enige mogelijkheid om het aantal verbintenissen niet te ver in te perken dat de noodzakelijke voorwaarde zelf restrictief wordt geïnterpreteerd. We hebben gezien dat de Hoge Raad deze aanpak ook kiest, door te stellen dat het voldoende is dat de verbintenis past in het stelsel van de wet en aansluit bij wel in de wet geregelde gevallen. Maar dan is het kwaad al geschied. Wat bij Gaius nog een onschuldige beschrijving en systematisering van het positieve recht voor didactische doeleinden was, is in de loop der jaren veranderd in een beperking van mogelijke verbintenissen, die enkel nog in zijn werking kan worden ingeperkt.

De omslag in de doctrine over de bronnen van verbintenissen (of de rechterlijke bevestiging van deze omslag) is niet het enige opmerkelijke aspect van het Quint/Te Poelarrest. Een ander punt dat nadrukkelijk aandacht verdient is de keuze die de Hoge Raad maakt voor de wet en tegen de rede waar het de grondslag voor het bestaan van verbintenissen betreft. In het Quint/Te Poelarrest speelde de vraag een centrale rol of het mogelijk is het bestaan van een verbintenis aan te nemen indien dit door de redelijkheid en billijkheid wordt verlangd. Het bekende antwoord van de Hoge Raad luidde dat dit niet het geval is, maar dat de nog nader te bespreken aansluiting bij de wet nodig is. Met dit antwoord koos de Hoge Raad partij in een eeuwenlange discussie over de aard van het recht.

De discussie in kwestie is die of het recht bestaat uit *redelijke* antwoorden op de vraag welk gedrag verplicht is en eventueel kan worden afgedwongen, of dat het recht bestaat uit *gewilde en gekozen* antwoorden op die vraag. De eerste visie op het recht is de *rationalistische*; de rede is uiteindelijk bepalend voor wat het recht inhoudt.¹⁹ Daarbij kunnen en zullen wetgeving en rechtspraak een belangrijke rol spelen²⁰, maar ze spelen die rol *omdat en voor zover het redelijk is*, niet omdat ze het wezen van het recht bepalen. En waar deze ‘bronnen’ van het recht moeten worden uitgelegd, is hun strekking belangrijker dan de historische bedoeling van de wetgever, cq de rechter. De historisch gezien belangrijkste representant van deze visie is het rationalistische natuurrecht, maar dat natuurrechtelijke met de claim dat er een ‘hogere’ recht bestaat is niet essentieel voor de rationalistische visie op het recht. De modernere variant, die reeds in de inleidende paragraaf van deze bijdrage aan de orde kwam, benadrukt het wezenlijk normatieve karakter van het recht.

De tweede visie op het recht is de *voluntaristische*; de wil is uiteindelijk bepalend voor wat het recht inhoudt.²¹ Het recht is in deze visie het resultaat van impliciete of expliciete menselijke besluitvorming. Om het eenvoudig te zeggen: de wil van de wetgever of – in de common law traditie – de wil van de rechter is wet. Wet en rechtspraak zijn in deze visie dan ook geen rechtsbronnen omdat en voorzover dit redelijk is, maar omdat ze het wezen van het

¹⁹ Belangrijke vertegenwoordigers van deze richting waren Plato, Thomas van Aquino, Hugo de Groot, Samuel Pufendorf en Immanuel Kant, en in de moderne tijd Fuller, Finnis en Alexy.

²⁰ Deze opvatting treft men al aan bij Thomas van Aquino. Vgl. diens *Summa Theologica* I-II, Qu. 95 a 1 en Qu. 96 a 4 c.

²¹ Belangrijke vertegenwoordigers van deze richting waren Thomas Hobbes, in zekere zin Jean-Jacques Rousseau (de *volonté générale*), John Austin en Hans Kelsen.

recht bepalen. Het recht onderscheidt zich juist van de moraal omdat het een objectief, feitelijk gegeven is, tot stand gebracht door de wilsuiving van de wetgever of de rechter. Bij de uitleg van deze bronnen dient dan ook zoveel mogelijk worden aangesloten bij hun letterlijke betekenis en bij de historische bedoeling van respectievelijk de wetgever en de rechter. Juridische oordelen kunnen dan ook ‘detached’ zijn, zoals door Raz werd geclaimd. De rechtsfilosofische stroming die typisch met deze visie verbonden is, is die van het rechtspositivisme. Maar net zomin als de rationalistische visie op het recht vereenzelvigd mag worden met het natuurrecht, mag de voluntaristische visie worden vereenzelvigd met het rechtspositivisme.²²

Een groot deel van de geschiedenis van het privaatrecht heeft de rationalistische traditie de overhand gehad. Pas de laatste twee eeuwen is die dominante rol overgenomen door de voluntaristische traditie. Met zijn uitspraak in de Quint/Te Poel-zaak heeft de Hoge Raad, zo valt te verdedigen, aansluiting gezocht bij deze voluntaristische traditie. De vraag die nu aan de orde moet komen is of de Hoge Raad dit terecht deed.

5 DE REDE ALS GRONDSLAG VAN VERBINTENISSEN

Het is haast een tautologie dat het redelijk is om de rede te zien als grondslag voor verbintenissen. Toch bestaat er bij veel juristen een zekere weerstand om deze stap te zetten. Daarbij kunnen twee misverstanden een rol spelen. Het eerste misverstand luidt dat een reden voor het bestaan van een verbintenis zou kunnen zijn dat het bestaan van deze verbintenis redelijk is. Dat dit een misverstand is, blijkt direct als men nadenkt over wat het wil zeggen dat een handelswijze, waaronder bijvoorbeeld het aanvaarden van een verbintenis, redelijk is. Dat wil namelijk zeggen dat deze handelswijze te verkiezen is in het licht van alle betrokken redenen die daarvoor en –tegen pleiten. Voorbeelden uit de civielrechtelijke rechtspraak van de Hoge Raad waarin deze aanpak expliciet werd gekozen zijn de arresten Kelderluik, Saladin/HBU, en Fokker/Zentveld.²³ Weliswaar vond de afweging van redenen in deze gevallen plaats in het kader van de wetstoepassing, maar dat doet er niet aan af dat de geprefereerde stijl van redeneren die van de rede is, te weten het afwegen van redenen voor en tegen. Als men het bestaan van een verbintenis enkel zou motiveren met het argument dat het aannemen van deze verbintenis redelijk is, motiveert men eigenlijk niet. Het is nodig de echte redenen te noemen en de conclusie dat het aannemen van een verbintenis al dan niet redelijk is, dient gebaseerd te zijn op deze echte redenen en wel op allemaal.

Het tweede misverstand is dat de rede, in de uit art. 6:2 BW stammende formulering ‘redelijkheid en billijkheid’, wordt geïnterpreteerd als een intuïtieve, welhaast gevoelsmatige inschatting van wat een goede oplossing voor het concrete geval zou zijn. Wat er ook moge zijn van de historische juistheid van deze interpretatie²⁴, het is in ieder geval niet wat ik op het

²² Een voorbeeld van een rechtspositivist die zich zelfs tegen de voluntaristische visie (zoals verdedigd door John Austin) heeft afgezet was de Engelse rechtsfilosoof Herbert Hart.

²³ Respectievelijk HR 5 november 1965, NJ 1966, 136, HR 19 mei 1967, NJ 1967, 261 en HR 5 januari 1968, NJ 1968, 102.

²⁴ Meer hierover in *Mon. Nieuw BWA-5* (Rijken), Deventer: Kluwer 1994, 3-4.

oog heb met de claim dat het bestaan van verbintenissen en de rol van de wet daarbij uiteindelijk bepaald dient te worden op grond van de rede. Wat ik op het oog heb is dat het bestaan van verbintenissen wordt beoordeeld in het licht van alle betrokken redenen die daarvoor en daartegen pleiten. De intuïtie of het gevoel spelen daarbij slechts een rol voor zover ze als redenen erkend kunnen worden en dat zal meestal niet het geval zijn.

Het ‘alle’ in de frase ‘afweging van alle betrokken redenen’ moet letterlijk worden genomen. Het zou in het licht van deze definitie niet zo kunnen zijn dat het alles wel beschouwd beter (in de zin van ‘redelijker’) is waarom een volgens de definitie redelijke verbintenis niet zou moeten worden aangenomen. Natuurlijk is het mogelijk dat er redenen zijn tegen het bestaan van de verbintenis, maar die hebben het dan moeten afleggen tegen de redenen die voor het bestaan van de verbintenis pleiten.

Een voor de hand liggende tegenwerping zou nu zijn dat het vereiste dat een verbintenis dient te worden gebaseerd op *alle* redenen die daarvoor en daartegen pleiten, onrealistisch is. Als alle redenen moeten worden meegenomen, vergt dat meer van een juridische beslissing dan *redelijkerwijs* kan worden gevergd. Het woord ‘redelijkerwijs’ geeft al aan waar het antwoord op deze tegenwerping moet worden gezocht. Het is inderdaad niet (steeds) mogelijk om alle redenen voor en tegen het bestaan van een verbintenis in de afweging mee te nemen, al was het maar omdat de daarvoor benodigde feitelijke informatie soms zal ontbreken. Daarom dient het redelijkheidsoordeel te worden gebaseerd op alle redenen die redelijkerwijs in de afweging kunnen worden meegenomen. Dit kan soms betekenen dat aanvullende informatie moet worden ingewonnen, maar soms ook dat een beslissing moet worden genomen op basis van de informatie die nu aanwezig is. Dat heb ik geprobeerd uit te drukken door te schrijven over alle *betrokken* redenen, in de veronderstelling dat niet alle bestaande redenen daadwerkelijk bij een concrete afweging betrokken dienen te zijn. Welke redenen wel bij een concrete afweging betrokken moeten worden, zal in praktijk ondermeer afhangen van de kosten (in tijd en/of geld) van het inwinnen van nadere informatie en van welke redenen door partijen in een discussie over het bestaan van een verbintenis worden aangevoerd. In zoverre zit er een processueel aspect besloten in het redelijkheidsoordeel.²⁵

5.1 De betekenis van wetgeving en jurisprudentie

Als het oordeel over het bestaan van een verbintenis op de rede dient te zijn gebaseerd, wil dit dan zeggen dat de wet en de rechtspraak niet meer van belang zijn? In het geheel niet. Om te beginnen geeft de rede op veel vragen niet rechtstreeks een antwoord en is nadere besluitvorming nodig. Deze besluitvorming vindt plaats in de vorm van wetgeving en rechtspraak. Dan is het normaal gesproken *redelijk* om de wet en de jurisprudentie te volgen als een beslissing over het bestaan van een concrete verbintenis moet worden genomen. Het primaat van de rede betekent dus niet dat wet en rechtspraak onbelangrijk zijn; het betekent enkel dat wet en rechtspraak hun belang ontleenen aan het gegeven dat het verstandig is om er

²⁵ Dit processuele aspect werd reeds benadrukt door Nieuwenhuis in zijn artikel ‘Recht op tegenspraak’, dat is opgenomen in zijn *Confrontatie en compromis*, 2^e druk, Deventer: Kluwer 1997, 93-107. Zie ook mijn ‘Three Kinds of Coherentism’.

gebruik van te maken. Het betekent ook dat als het in een uitzonderlijk geval, om bijzondere redenen, niet redelijk is om de uitkomst van wetgeving en rechtspraak te aanvaarden, deze het moeten afleggen tegen deze andere redenen. Daarmee moet wel voorzichtig worden omgegaan, want er is een tweede reden waarom wetgeving en rechtspraak dienen te worden toegepast als ze er zijn. Dat is namelijk dat hun bestaan verwachtingen oproept die normaal gesproken gerechtvaardigd zullen zijn. Deze verwachtingen leveren additionele redenen op om wetgeving en rechtspraak te volgen.

Al met al betekent dit dat wetgeving en rechtspraak in het algemeen bepalend zullen zijn voor de vraag of er in een concreet geval sprake is van een verbintenis. De vraag ligt nu voor de hand wat het primaat van de rede dan nog inhoudt. Een deel van het antwoord is dat wetgeving en rechtspraak alleen een rol kunnen spelen als ze er zijn. In een geval als dat van bijvoorbeeld het Quint/Te Poel-arrest is het probleem juist het ontbreken van relevante wetgeving. Dan heeft de rede zijn volle rol. Een ander en meer principieel deel van het antwoord is dat de rol van de wetgeving en de jurisprudentie gebaseerd is op de rede. Daaruit volgt dat wat er in de wet staat en wat in de jurisprudentie is beslist redenen opleveren voor het al dan niet bestaan van een verbintenis; redenen die een belangrijke rol spelen in de afweging van redenen voor en tegen het bestaan van een verbintenis, maar uiteindelijk ook niet meer. Ze kunnen het in de afweging van redenen in beginsel steeds afleggen tegen andere redenen die niet op wetgeving of rechtspraak gebaseerd hoeven te zijn. Wetgeving en jurisprudentie zijn niet per definitie beslissend, ook al zullen ze in praktijk vaak wel beslissend blijken.

5.2 De betekenis van de billijkheid

In artikel 6:2 BW wordt naast de redelijkheid ook de billijkheid genoemd. Wat is de betekenis van deze billijkheid naast die van de rede? Om te beginnen moet worden vastgesteld dat het met de billijkheid net is als met de redelijkheid, namelijk dat billijkheid op zichzelf geen reden is voor het al dan niet bestaan van een verbintenis. Er zijn redenen waarom het aannemen van een verbintenis in een concreet geval al dan niet billijk is. Dit zijn dan de redenen die een rol spelen bij het bepalen of er een verbintenis is. Maar dit zijn redenen die per definitie ook een rol spelen binnen het oordeel of het aannemen van een verbintenis redelijk is. Billijkheidsoverwegingen spelen dus al een rol binnen de oordeelsvorming op basis van de rede. Daarmee is hun rol uitgespeeld. De billijkheid heeft geen zelfstandige rol naast de rede, maar gaat daarin op.

5.3 De rechtszekerheid

Een belangrijk gevolg van de in het Quint/Te Poel-arrest gemaakte keuze is dat het denkbaar is geworden dat een verbintenis die redelijkerwijs – dat wil zeggen op grond van een afweging van alle betrokken redenen voor en tegen – zou moeten worden aanvaard, niet wordt geaccepteerd omdat de wil van de wetgever daarvoor geen aanknopingspunten biedt. Dit lijkt op het eerste gezicht een – letterlijk – onredelijke doctrine. Maar, zo zou men kunnen beargumenteren, de keuze van de Hoge Raad was gerechtvaardigd omdat daarmee de rechtszekerheid werd gediend. Het interpreteren van de wet leidt niet altijd tot eenduidige

antwoorden op rechtsvragen, maar de onzekerheid is hier toch principieel minder dan bij een beroep op de rede. Vanuit het perspectief van de rechtszekerheid lijkt er dan ook veel voor te pleiten om de inhoud van het recht te laten bepalen door een regelgever en niet enkel door de rede. Als de Hoge Raad in het Quint/Te Poelarrest verlangt dat verbintenissen steeds dienen aan te sluiten bij in de wet geregelde gevallen, lijkt hij hiermee te kiezen voor de rechtszekerheid. Maar is dat echt zo?

Of de Quint/Te Poel-doctrine inderdaad bijdraagt aan de rechtszekerheid hangt af van de interpretatie die daaraan wordt gegeven. Wat wil het precies zeggen dat een verbintenis moet 'passen in het stelsel van de wet', 'aansluiten bij '...wèl in de wet geregelde gevallen; ...' of moet voortvloeien uit de wet? Als de doctrine zou inhouden dat een verbintenis rechtstreeks te herleiden moet zijn tot een concrete wettelijke bepaling wordt daarmee inderdaad de rechtszekerheid gediend, want de inhoud van de wet is goed kenbaar en hoewel er nog steeds interpretatieverschillen mogelijk zijn, gaat het daarbij om marginale gevallen die relatief minder vaak voorkomen. Maar deze opvatting werd juist verworpen in het arrest.

Een meer voor de hand liggende interpretatie van het arrest zou zijn dat een niet direct op de wet gebaseerde verbintenis slechts kan bestaan als er een directe analogie is met een verbintenis die wel in de wet is geregeld. Deze aanpak werd, zij het op negatieve wijze, in het Quint/Te Poelarrest gekozen, want de Hoge Raad trok een parallel met ondermeer de huurder die verbeteringen aanbrengt in het gehuurde en daarvoor bij beëindiging van de huur geen recht op vergoeding heeft. Een aannemer die in opdracht van iemand op de grond van een derde bouwt zou volgens de Hoge Raad dan ook geen aanspraak jegens die derde hebben. Laten we deze interpretatie van de Quint/Te Poel-doctrine de *strikte interpretatie* noemen. Deze interpretatie verlangt dat verbintenissen relatief strikt aan de wet zijn gebonden en past daarmee nog tamelijk goed in de voluntaristische traditie. Toch sluipen er al wat rationalistische elementen in, want bij elke analogie moet worden vastgesteld waarom de overeenkomsten tussen de twee gevallen waartussen een analogie zou bestaan wezenlijk zijn voor het in te treden rechtsgevolg (of voor het uitblijven daarvan) en waarom de verschillen tussen de twee gevallen juist niet wezenlijk zijn, of althans van minder gewicht.²⁶ Erg veel blijft er dan al niet meer over van de rechtszekerheid. In de Quint/Te Poel-casus zelf was het goed te verdedigen geweest dat het Nederlandse recht een verbintenis uit ongerechtvaardigde verrijking kent, analoog aan die uit ongerechtvaardigde betaling. De beslissing in die casus was zeker niet goed te voorspellen, al claimde de Hoge Raad aan te sluiten bij de wet. Reeds bij de strikte interpretatie van de Quint/Te Poel-doctrine worden er substantiële concessies gedaan op het vlak van de rechtszekerheid.

Deze concessies zijn nog groter bij de *ruimere interpretatie* van de Quint/Te Poel-doctrine. Volgens deze ruimere interpretatie is het niet meer nodig om een rechtstreekse analogie te hebben met een situatie die in de wet is geregeld, maar volstaat het dat de verbintenis past in het 'systeem van de wet'. Wat dient daaronder te worden verstaan? Het werk van de

²⁶. Deze problematiek wordt uitvoerig besproken door Julius Stone in diens *Legal System and Lawyers' Reasonings* (Stanford: Stanford University Press 1968, 267 e.v.).

rechtsfilosoof Dworkin biedt aanknopingspunten om de vage notie van ‘passen in het systeem van de wet’ handen en voeten te geven. Dworkin ontwikkelde zijn theorie weliswaar in de common law traditie, waarbij het er om gaat systeem te vinden in de verzameling rechtspraak, maar zijn theorie kan goed analoog worden toegepast om het systeem van de wet te ontdekken. De gedachte achter de aldus geherinterpreteerde theorie van Dworkin is dat aan wetten rechtsbeginselen ten grondslag liggen. Door de bestudering en interpretatie van de wet, kunnen deze rechtsbeginselen worden geïdentificeerd. Vervolgens kunnen deze beginselen via een *rationele* reconstructie worden vertaald in regels die optimaal zijn in het licht van de beginselen.²⁷ Vaak zullen dat de wettelijke regels zijn, maar dat hoeft niet. Bovendien zullen de aldus gereconstrueerde regels ook rechtsgevolgen kunnen geven voor casus die niet door de wetgever geregeld zijn. Zo is het denkbaar dat een verbintenis uit ongerechtvaardigde verrijking past in het systeem van de wet, zonder dat deze in de wet is opgenomen.²⁸

Zoals het geursiveerde woord ‘rationele’ al aangeeft, is de inbreng van de rede in deze ruimere interpretatie van de Quint/Te Poel-doctrine groot. Er is nog aansluiting bij de wet, omdat de rechtsbeginselen uit de wet dienen te worden gedestilleerd, maar wat er dan vervolgens met deze beginselen wordt gedaan is niet een kwestie van de wil van de wetgever, maar van de ratio van degene die het recht ‘reconstrueert’. Het spreekt vanzelf dat deze ruimere interpretatie van de Quint/Te Poel-doctrine eigenlijk niets meer over laat van de extra rechtszekerheid die zou voortvloeien uit de band met de wet. Rationele reconstructie van het juridische materiaal hoeft niet tot rechtsonzekerheid te leiden, maar dat komt omdat het in het algemeen rationeel is om bij de wet en de rechtspraak aan te sluiten als die er zijn. De speciale band met de wet voegt hier niets aan toe als de wet in de rationele reconstructie wordt meegenomen.

De band met de wet wordt nog lossier als men kiest voor de *ruimste interpretatie* van de Quint/Te Poel-doctrine. Deze ruimste interpretatie werd voorgestaan door Bloembergen in zijn conclusie bij het arrest HR 26 januari 1990, NJ 1990/794. In die conclusie nam Bloembergen, eigenlijk zonder dit verder te beargumenteren, aan dat een verbintenis niet zozeer hoefde voort te vloeien uit het systeem van de *wet*, maar dat het voldoende is als de verbintenis voortvloeit uit het systeem van het *recht*.²⁹ Met deze stap wordt eigenlijk het laatste restje binding aan de wet opgegeven en wordt gekozen voor een zuiver rationalistische benadering. Het valt te betwijfelen of deze ruime ‘interpretatie’ nog wel een echte interpretatie is van de Quint/Te Poel-doctrine en of het arrest niet juist een verwerping van deze interpretatie inhoudt.

Als we deze drie interpretaties van de Quint/Te Poel-doctrine bekijken, dan lijkt de conclusie gerechtvaardigd dat de Quint/Te Poel-doctrine weinig extra garanties biedt voor

²⁷. Meer hierover in Edwige Burg, *The Model of Principles*, dissertatie Universiteit van Amsterdam 2000.

²⁸. Dit was volgens advocaat-generaal Loeff in zijn conclusie bij het Quint/Te Poel-arrest het geval in het Nederlandse recht.

²⁹. Overigens probeerde Bloembergen in zijn conclusie te laten zien dat het aannemen van een verbintenis tot schadevergoeding in de aan de orde zijnde casus aansloot bij het systeem van de *wet*. Hij verbond blijkbaar niet de vergaande consequenties aan zijn principiële stellingname die er in theorie uit voortvloeien.

rechtszekerheid in verhouding tot de eis dat een verbintenis slechts kan bestaan als dat redelijk is. De rechtszekerheid levert daarom dan ook geen reden op om de Quint/Te Poel-doctrine te aanvaarden. De Quint/Te Poel-doctrine dient te worden verworpen, omdat deze onredelijk is, terwijl dat niet wordt gecompenseerd door de met deze doctrine gediende rechtszekerheid.³⁰

6 IMPLICATIES VOOR RECHTSWETENSCHAPPELIJK ONDERZOEK EN - ONDERWIJS

Bovenstaande bespreking van de Quint/Te Poel-doctrine is behalve een rechtstheoretische analyse van de rol van de rede binnen het verbintenissenrecht ook een illustratie van een bepaalde manier om tegen het recht aan te kijken. Deze zienswijze wordt gekenmerkt door de belangrijke rol die aan de rede wordt toegekend bij het bepalen van wat het recht is, zowel in de zin van het maken als van het 'vinden' van het recht. Het belangrijkste alternatief voor deze zienswijze is om aan te nemen dat het recht een sociaal verschijnsel is, dat bestaat als deel van de sociale werkelijkheid en dat kan worden beschreven met behulp van de methoden die gangbaar zijn in de sociale wetenschappen. In praktijk gaat het dan meestal om de hermeneutische methode, waarin aandacht wordt besteed aan het vinden van de 'betekenis' van dragers van het recht zoals regelgeving en rechtspraak, met daarbij nadruk op interpretatie van iets (het recht) dat geacht wordt er al te zijn onafhankelijk van de interpretatie die er aan wordt gegeven.

Als een belangrijke rol aan de rede wordt toegeschreven bij het bepalen van wat recht is, impliceert dit dat het recht niet zozeer wordt gezien als een verzameling regels (en beginselen en rechten enz.) die er 'toevallig' is, maar als de regels enz. die we zouden *moeten* gebruiken om de samenleving te reguleren. De vraag wat het recht is, is in de in de inleidende paragraaf geïntroduceerde terminologie een 'wezenlijk normatieve vraag'. Deze opvatting impliceert, in verband met het onderscheid tussen feit en norm, dat het recht nooit zuiver feitelijk kan worden vastgesteld, ook niet in zogenaamde 'eenvoudige gevallen'.³¹ Het bepalen van wat het recht inhoudt is het geven van een antwoord op de vraag wat moet worden gedaan. Niet enkel wat moet worden gedaan volgens een bepaald stelsel van normen, een zogenaamde 'detached

³⁰ Een algemener betoog over de rol van de rechtsbronnen in relatie tot de mate waarin ze bijdragen aan de rechtszekerheid en de implicaties die dit heeft voor het 'uitleggen' van deze gezaghebbende teksten is te vinden in Jaap Hage, 'Weg met de hermeneutiek in het recht! Beschouwingen over de beperkte rol van interpretatie in de rechtsgeleerdheid.' in E.T. Feteris e.a. (red.), *Gewogen oordelen. Essays over argumentatie en recht*, Den Haag: BJu 2012, 41-54.

³¹ Ik schrijf dit zo ongenueanceerd op om mijn visie duidelijk te maken. Een meer genuanceerde visie op de relatie tussen feiten en normen is te vinden in mijn dissertatie *Feiten en betekenis* (Leiden 1987) en, veel recenter, in Jaap Hage, 'The deontic furniture of the world', in J. Stellmach, B. Brozek and M. Hohol (eds.), *The Many Faces of Normativity*, Copernicus Center Press, Krakow 2013, 73-114.

legal statement' (Raz) of een 'hypothetische imperatief', maar wat zonder meer moet worden gedaan, een 'categorische imperatief'.³²

Als we zo tegen het recht aankijken, heeft dat belangrijke gevolgen voor rechtswetenschap en voor universitair (dus, mag ik hopen, wetenschappelijk) juridisch onderwijs. De rechtswetenschap dient zich niet, althans niet in de eerste plaats, bezig te houden met het beschrijven van het positieve recht. Het is ongetwijfeld heel nuttig voor de rechtspraak als de gevolgen van nieuwe regelgeving en nieuwe rechtspraak keurig per vakgebied worden opgeschreven en ongetwijfeld is er ruimte voor een dienstverlenende industrie op dit vlak, maar met wetenschapsbeoefening heeft het weinig te maken. Als er een functie is voor een rechtswetenschap die deze naam waardig is, zal die zich moeten richten op het uitzoeken van wat goede rechtsregels zijn.³³ Dit betekent dat er drie soorten onderzoek moeten zijn, die elkaar aanvullen. Om te beginnen moet er onderzoek zijn dat abstracte maatstaven formuleert voor wat goede rechtsregels zijn. Zelf ben ik in dit verband voorstander van de maatstaf dat geluk moet worden gemaximaliseerd. Dit onderzoek zal waarschijnlijk dicht aanliggen tegen wat tegenwoordig onder de noemer 'ethiek' wordt beoefend.

Verder is er behoefte aan onderzoek dat de abstracte maatstaven van deze 'ethische rechtswetenschap' vertaalt in concretere maatstaven die gelden per vakgebied, zoals bijvoorbeeld de maatstaf dat het, onder bepaalde omstandigheden, goed is om externaliteiten te internaliseren, of om de kloof tussen bestuurders en bestuurden te verkleinen, of om monopolievorming te beperken, of om de werkgelegenheid te bevorderen. Dit onderzoek zal een belangrijke empirische component moeten bevatten omdat het mede gaat om de gevolgen die bepaalde maatregelen hebben in het licht van de abstracte maatstaven. Het zou bijvoorbeeld kunnen gaan om de vraag of en onder welke voorwaarden de samenleving er gelukkiger op wordt als de kloof tussen bestuurders en bestuurden kleiner wordt.

En ten slotte moet er onderzoek zijn dat aangeeft welke rechtsregels nodig of wenselijk zijn om zoveel mogelijk tegemoet te komen aan deze concretere maatstaven. Ook, ja zelfs vooral hiervoor is empirisch te verkrijgen informatie cruciaal.

Het valt te verwachten dat de eerste twee vormen van rechtswetenschappelijk onderzoek kunnen leiden tot resultaten die relatief duurzaam zijn. Dat geldt niet voor de derde vorm van onderzoek, waarvan de resultaten sterk afhankelijk zullen zijn van de feitelijke situatie op een bepaalde tijd en plaats. Daarom moet deze derde vorm van 'onderzoek' misschien ook buiten de rechtswetenschap worden gehouden en worden overgelaten aan de politiek. Maar het inzicht dat de meest concrete vragen uiteindelijk politieke kwesties zijn zou de rechtswetenschap er niet toe moeten verleiden om de abstracte(re) vragen ook aan de politiek over te laten.

³² Zie Philippa Foot, 'Morality as a System of Hypothetical Imperatives', in haar *Virtues and Vices*, Oxford: Basil Blackwell 1978, 157-173, voor een bespreking van normen die aan een bepaald gezichtspunt, zoals recht of moraal, zijn gerelateerd en de Kantiaanse terminologie over hypothetische en categorische imperatieven.

³³ Zie ook Jan Smits, *Omstreden rechtswetenschap*, Den Haag: BJu 2009, 70.

Als het recht een antwoord is op de vraag wat te doen, dus als het recht wezenlijk normatief is, dan dient dit te worden weerspiegeld in het academische rechtenonderwijs. In de praktijk zal het positieve recht een zeer belangrijke determinant blijven van het recht als antwoord op de vraag wat te doen, dus het zal nodig blijven om veel aandacht te besteden aan het aanleren van het positieve recht. Maar uiteindelijk gaat het niet om het positieve recht, maar om het geven van antwoorden op normatieve vragen. Daarom zou een substantieel deel van het academische rechtenonderwijs gewijd moeten worden aan normatief redeneren. De helft van de bacheloropleiding zou in dit verband geen gek uitgangspunt zijn. Hierbij valt te denken aan inleidingen in, voor zover relevant, de economie, sociologie, psychologie en biologie, maar ook in de rechtsfilosofie, de ethiek, de logica en de wetenschapsleer.³⁴ Want anders dan vaak wordt gedacht zijn dit niet enkel 'hulpwetenschappen', maar behoren ze tot de kern van de rechtswetenschap.

7 TEN SLOTTE

Hierboven werd een beeld geschetst van recht dat niet in de eerste plaats positief recht is, maar vooral een antwoord op de normatieve vraag wat moet worden gedaan. Aan de hand van het Quint/Te Poel-arrest werd duidelijk gemaakt wat deze visie op het recht impliceert voor een leerstuk als dat over de bronnen van verbintenissen een aan het eind van deze bijdrage werden conclusie getrokken voor wat betreft rechtswetenschappelijk onderzoek en onderwijs. Ik betwijfel of al deze implicaties en conclusies door Gerrit van Maanen direct al worden onderschreven, maar Gerrit is een redelijk mens en welke bezwaren zou een redelijk mens nu kunnen hebben tegen een centrale rol voor de rede binnen het recht?

³⁴ Een uitvoeriger uitgewerkt programma is te vinden in Jaap Hage, 'Hoe moet recht worden onderwezen?', in *Recht en Methode* 2012/2, 25-42.