

# De ‘multidimensionale’ rechtswetenschap van en na Molengraaff

I. Giesen\*

## 1. Inleiding

Op 17 april 1885 sprak Molengraaff zijn Utrechtse oratie, getiteld ‘*Het verkeersrecht in wetgeving en wetenschap*’ uit.<sup>1</sup> Ruim 120 jaar later sprak ik mijn eigen Utrechtse oratie uit.<sup>2</sup> Wat ik toen nog niet wist – en nu in 2008 met het schaamrood op de kaken wél – is dat de denkbeelden die ik in 2005 uitsprak, in de hoop in enigerlei mate vernieuwend bezig te zijn, zoveel eerder al vanaf dezelfde Utrechtse kansel in sterk vergelijkbare vorm uitgesproken waren.

Waar in mijn oratie, uiteraard volstrekt ten onrechte, geen aandacht besteed werd aan de denkbeelden van Molengraaff<sup>3</sup> over wat tegenwoordig wel ‘multidimensionale’ rechtswetenschap genoemd wordt,<sup>4</sup> wil ik dat gemis hierna compenseren door de sterke mate van multidisciplinariteit in Molengraaffs werk van bijna een eeuw geleden alsnog voor het voetlicht te brengen. Om dat te bereiken zal hierna ten eerste, vooral via enige citaten, het gedachtegoed van Molengraaff gereconstrueerd worden (par. 2), en zal vervolgens daar tegenover kort verslag gedaan worden van mijn eigen ideeën en inzichten (par. 3), om daarna te kunnen spreken, conform de opzet van deze bundel, over de actualiteit van Molengraaffs visie (par. 4). Deze bijdrage vervolgt in paragraaf 5 met enige bespiegelingen over de aan het voorgaande verwante kwestie wat eigenlijk de taak van de rechtsweten-

---

\* Prof. mr. I. Giesen is hoogleraar burgerlijk recht en burgerlijk procesrecht aan het Molengraaff Instituut voor Privaatrecht van de Universiteit Utrecht. Met dank aan Teun H.D. Struycken die mij met zachte hand op mijn gebrekkige historische kennis attendeerde, en aan Esther Engelhard, Rianka Rijnhout en mijn mederedacteuren voor nuttige suggesties bij een eerdere versie van dit artikel.

1 W.L.P.A. Molengraaff, *Het verkeersrecht in wetgeving en wetenschap*, Haarlem: De Erven F. Bohn 1885, ook opgenomen in: M.W. ter Horst e.a. (red.), *Molengraaff bundel*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1978, p. 26 e.v.

2 I. Giesen, *Handle with care*, Oratie UU, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2005.

3 Andere Utrechtse deden dat in dezelfde periode wel, vgl. M.L. Lennarts, *De Twilight Zone*, Oratie UU, Deventer: Kluwer 2006, en F.W. Grosheide, *Vooruitgang in het burgerlijk recht?*, Afscheidsrede UU, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007.

4 Een deel van de verklaring hiervoor schuilt in de titel van Molengraaffs oratie, omdat de term ‘verkeersrecht’ niet meer benut wordt, in elk geval niet in de zin zoals Molengraaff dat deed, te weten in de zin van het ‘burgerlijk verkeer’ als tegenhanger van het ‘handelsverkeer’ welke beide hij tot een eenheid wilde smeden, vgl. vooral Molengraaff 1885, p. 6-9.

schap is (en was ten tijde van Molengraaff). Bij wijze van afsluiting wordt de vraag gesteld of er zoiets bestaat als een Utrechtse traditie op dit vlak (par. 6).

## 2. Molengraaffs methode van rechtswetenschap

### 2.1 *Van oude meesters, de dingen die voorbijgaan...*

Hierna volgt een kleine bloemlezing uit het werk van Molengraaff waar het diens methode betreft; een verzameling van teksten die ik eerder – zoals gezegd ten onrechte – niet kende. Voordat we daaraan beginnen, is het echter goed om kort na te gaan waaraan dat dan gelegen heeft of zou kunnen hebben, omdat die redenen wellicht ook voor anderen in vergelijkbare situaties opgeld zouden kunnen doen.

Wellicht heeft dat hiermee te maken dat het steeds lastiger lijkt te zijn om het juridische werk van de oude meesters – niet alleen Molengraaff, maar ook andere grootheden als Meijers, Scholten, Bregstein, Eggens, en al die anderen die hier ten onrechte niet genoemd worden – in onze hedendaagse beschouwingen te betrekken. Hun prachtige werk gaat niet meer altijd over de dingen van nu, het is minder bekend wat ze geschreven hebben over de dingen die ook nu nog spelen (het is zelfs überhaupt minder bekend waarover ze geschreven hebben), ‘effe googelen’ helpt daarbij niet en de databanken zijn van ver ná hun tijd. In het informatietijdperk is het dus, paradoxaal genoeg, steeds lastiger om oude informatie boven tafel te krijgen. Dat is mede zo omdat het tegelijkertijd steeds eenvoudiger wordt om de vele recente bronnen (er zijn ook steeds meer auteurs die in steeds meer (binnen- en buitenlandse) tijdschriften publiceren, zo lijkt het) met één enkele druk op de knop binnen te halen, zodat het in elk geval *relatief* gezien steeds meer moeite kost om het minder recente materiaal te verzamelen.

De oudere meesters – en daarmee bedoel ik eigenlijk alle juridische geschriften van voor 1965 of zelfs van voor 1975 – boven tafel krijgen vergt al rechtshistorisch onderzoek en dat soort onderzoek is vandaag de dag overvleugeld door het rechtsvergelijkend onderzoek waarop wij ons vooral sinds de jaren '90 van de vorige eeuw massaal gestort hebben. Als iemands werk al niet ooit door leerlingen of bewonderaars verzameld en apart gebundeld is, wordt het extreem lastig om nog te weten te komen dat die-en-die ook over dat-en-dat onderwerp gepubliceerd hebben, en voor degenen die inderdaad met een verzameling van hun werk geëerd zijn, betekent zulks vooral ook dat hun overige werk min of meer verloren is gegaan. Daarbij geldt dan ook nog dat dat verzamelde werk wel ruim verspreid moet zijn, want wat daar precies in staat, is niet zonder meer zichtbaar en vindbaar

via databanken. Men vindt wellicht de bundel wel, maar alleen bij het zoeken op naam, en wat er dan in die bundel verzameld is, wordt niet meteen duidelijk.<sup>5</sup>

De formidabele uitzonderingen op deze 'informatielege' vormen – gelukkig – nog steeds de juridische proefschriften, bij elkaar geschreven en verzameld door ijverige aio's die ruim de tijd hebben gehad om bronnen na te lopen, op te speuren en op te vragen uit de kelders van de universitaire bibliotheken op locaties ver van de eigen faculteit. Hulde, maar na dat proefschrift houdt het vaak op, zowel bij de lezers die de bronnen in voetnoten aantreffen maar er daarom niet meer zelf achterheen hoeven, en na afronding van hun werk ook bij de promovendi zelf.<sup>6</sup> De tijd om ook nog de speurtocht in te zetten, of laten zetten via student-ondersteuning, naar die ene oude bron die wellicht relevant blijkt, is de moeite onvoldoende waard, zo lijkt het. Kosten en baten dicteren het onderzoek, snelheid en productie roepen om voorrang. Zelfs de aanwezigheid van diverse oudere bronnen in de eigen boekenkast is geen garantie dat er voor afronding van iedere publicatie een blik daarin geworpen wordt om te bezien of er nog iets van iemands gading is te vinden in wat ongeveer een eeuw geleden bedacht en geschreven is.

Er bestaan uiteraard markante uitzonderingen op deze steeds verder doordringende vergetelheid, maar deze zijn uiterst zeldzaam. Meijers *Algemeene Begrippen*, Scholtens *Algemeen Deel*, en Wolfsbergens *Onrechtmatige daad* zijn de drie eerste voorbeelden die spontaan opkomen. En zo gebeurde het dat het werk van Molengraaff niet op mijn netvlies stond toen mijn oratie geschreven moest worden. Laten we daarom alsnog bezien welke behartenswaardige woorden Molengraaff voor me in petto had.

## 2.2 De methode van Molengraaff: multidisciplinair

Wat was Molengraaffs methode? In zijn oratie schreef hij, op p. 26-27:

'De rechtswetenschap, het behoeft wel geen nader betoog, is een deel van de wetenschap der samenleving. Vandaar ook het innig verband, waarin zij staat tot de economie en de sociologie. Vandaar dat het werkelijk leven, der menschen handel en wandel, de basis moet zijn, waarop de jurist zijne wetenschappelijke stelsels doet rusten. Missen zij die basis, dan kunnen de kunstigste "aprioristische denkoperaties" niet voorkomen, dat zij in de lucht blijven hangen.'

---

5 Zou het niet een idee zijn om de juridische bibliotheken en uitgevers te vragen om in een groot samenwerkingsverband de artikelen die opgenomen zijn in al die verzamelde geschriften van al die juristen, te ontsluiten door deze alsnog in de databanken op te nemen, dus per opgenomen artikel?

6 Althans, bij mij is dat zo gegaan, zo gebiedt de eerlijkheid te zeggen.

Dat is niet mis te verstaan, maar daarop volgt ook meteen een waarschuwing:

‘Toch doet kennisneming van de vruchtbare rechtsliteratuur, vooral van onze oostelijke naburen, menigmaal de vraag rijzen, of niet door sommige schrijvers te veel uit het oog wordt verloren, dat onze wetenschap een “aardsch bestaan” heeft; dat zij er is ter wille van den mensch; dat zij het bereiken van menschenlijke doeleinden moet bevorderen, en zich niet mag verliezen in speculatief theoretiseeren. Evenzeer echter moet er gewaarschuwd worden tegen overdrijving in eene tegenovergestelde richting. Met name mag men zijn taak niet voltooid achten met nauwkeurig waarnemen, en het onderzoeken en vaststellen van de economische en sociale beteekenis der waargenomen verschijnselen. Men wachte zich vooral ook economische begrippen met juridische te verwisselen, en de rechtsbetrekkingen, door eenige instituut in het leven geroepen, te beoordeelen naar de economische functiën, die het verricht. Al erkent men, dat de economie, zoowel als de sociologie, onmisbaar is voor den jurist, beide mogen voor hem toch nimmer meer dan hulpwetenschappen zijn. De kennis van het organisme der verschillende rechtsinstituten, van de rol, die zij in het verkeer spelen, en van de toepassing en wijzigingen, waarvoor zij vatbaar zijn, kan hulpmiddel wezen tot beter begrip en juister inzicht in de rechtsbetrekkingen, die er door in het leven worden geroepen, nimmer kan zij ons het rechtskarakter zelf dier betrekkingen openbaren. Dit wordt bepaald door den inhoud van de rechten en verplichtingen, waarin deze zich oplossen. Weet de jurist niet streng te onderscheiden, laat hij de economie treden op het gebied der rechtswetenschap, dan zijn verkeerde gevolgtrekkingen niet te vermijden en wordt het doel den arbeid gemist.’

Andere wetenschappen dienen het recht als hulpwetenschap, ze dragen in belangrijke mate bij aan de vervolmaking van het recht, maar zijn niet allesbepalend. Molengraaff vervolgt, op p. 35-36, in een lofzang op de rechtsgeschiedenis en rechtsvergelijking:

‘Als hulpwetenschap komt verder de rechtsgeschiedenis in de eerste plaats in aanmerking. Haar hoog gewicht mag allerminst miskend worden door hem, die met mij in het recht niet het spontaan product ziet van des wetgevers wijsheid, maar veeleer het resultaat van eeuwenlange ervaringen en moeitevollen strijd. Eindelijk maakt het cosmopolitische karakter van het verkeersrecht de rechtsvergelijking tot een onmisbaren factor, die bij het onderwijs te minder verwaarloosd mag worden, daar zij bij oordeelkundig gebruik zeer veel kan bijdragen tot betere waardeering van het eigen recht.’

Daarbij is hij zeker niet als conservatief te bestempelen, immers (zie p. 36-37):

‘Alleen een open oog voor de nooden en behoeften, door den bestaanden maatschappelijke toestand, in het leven geroepen, een ernstig en tevens doortastend streven naar verbetering, een openlijk en moedig breken met bestaande inrichtingen, hoe oud, hoe eerbiedwaardig en gevestigd ook, welke naar onze innige overtuiging de ontwikkeling der samenleving tegenhouden of belemmeren, kan den weg tot een betere toekomst openen. Ook de jurist, zelfs de civilist, zij strijder in den kamp voor den vooruitgang; ook zijne plaats, al zij het eene bescheidene, is daar aangewezen.’

Mij komt dit alles als zeer modern voor, deze combinatie van recht met economie, sociologie, rechtsvergelijking en rechtsgeschiedenis, geënt op wat de maatschappij verlangt. Modern dus, en gericht op verandering, verbetering, op vooruitgang, door middel van een methode die onder de noemer *empirisch-positivistisch* te boek is gestaaft.<sup>7</sup> Nu zouden wij in dat verband over een 'multidisciplinaire' methode spreken.

### 2.3 Maar wel voorzichtig, ook als het om de rechtsvergelijking gaat

In aansluiting bij het voorgaande merk ik nog op dat aldus ook de theoretisch geïnteresseerde rechtsvergelijker bij Molengraaffs oratie terecht kan, doch in dit geval vooral voor waarschuwendende woorden. Molengraaff stelt immers dat het trekken van een conclusie voor of tegen de wenselijkheid van een bepaalde regeling (in dit geval de scheiding van handelsrecht en burgerlijk recht) uit een vergelijking tussen Duitsland en Nederland 'a priori gewraakt' moet worden. Waarom? Omdat het gaat om onvergelijkbare grootheden, de 'rechtsbodem' is volgens Molengraaff te verschillend. Vergelijken met Duitsland zal wat hem betreft pas goed mogelijk zijn als men in Duitsland ook een BW heeft.<sup>8</sup> Het is wat mij betreft opmerkelijk dat inderdaad nadien, na de invoering van het BGB in Duitsland in 1900, de rechtsvergelijking met Duitsland een hoge vlucht genomen heeft, overigens vooral rondom en na de invoering van ons eigen nieuwe BW. Wat hier nu echter oorzaak en gevolg zijn geweest, en of Molengraaffs implicatie dat de rechtsbodem in beide landen beter vergelijkbaar zou worden, bewaarheid is, is niet te achterhalen, omdat diverse andere mogelijke oorzaken ook een rol zouden kunnen spelen. Maar de suggestie intrigeert wel.

Ook overigens blijkt Molengraaff voorzichtigheid te propageren als het om de rechtsvergelijking gaat. Nogmaals een citaat:

'Over het algemeen zij een meer oordeelkundig gebruik van de overigens voortreffelijke resultaten der Duitse rechtswetenschap onzen juristen, maar vooral onze rechters, aanbevolen; ze zonder voorbehoud te aanvaarden (...) kan slechts belemmering der natuurlijke rechtsontwikkeling ten ontziet ten gevolge hebben.'<sup>9</sup>

Die voorzichtigheid ten aanzien van rechtsvergelijkend materiaal past bij de voorzichtigheid die de informatie verkregen uit de economie en de sociologie ten deel valt bij Molengraaff ('beide mogen voor hem toch nimmer meer dan hulpwetenschappen zijn', aldus het eerdere, tweede citaat). Het juridische, de juridische

---

7 Zie daarover ook de bijdrage van Jansen aan deze bundel.

8 Molengraaff 1885, p. 8.

9 Molengraaff 1885, p. 9.

analyse op basis van het eigen recht, staat nog steeds voorop, maar deze analyse moet idealiter mede gevoed worden vanuit andere bronnen.

#### 2.4 Enige omlijsting: enkele van Molengraaffs tijdgenoten

Zonder de pretentie van volledigheid zelfs maar te willen suggereren, kan het leerzaam zijn om een korte blik te werpen op hoe enkele van de tijdgenoten van Molengraaff in dezen opereerden.<sup>10</sup>

Opvallend is dan bijvoorbeeld dat in dezelfde periode Hamaker tot de conclusie kwam dat de rechter contra legem mocht beslissen wanneer de regel uit de wet botste met een maatschappelijke regel.<sup>11</sup> Zodoende sloot hij aan bij de nadruk die ook Molengraaff op de invloed van de maatschappij, de samenleving, op het recht legde. Hieraan ten grondslag lag Hamaker's opvatting over de aard van codificaties. Volgens hem kwam deze neer op een beschrijving van de gedragsregels die door burgers feitelijk in acht werden genomen.

Klassiek in dit verband is uiteraard ook de oratie van Hijmans 'Het recht der werkelijkheid' uit 1910.<sup>12</sup> Daarin vond de *empirisch-positivistische stroming*<sup>13</sup> van die tijd wellicht haar hoogtepunt.

Minder bekend is misschien dat ook Meijers belang hechtte aan het verzamelen van empirische gegevens. In zijn dissertatie stelt hij dat wenselijk recht niet moet worden bepaald door de heersende rechtsovertuiging, maar door drie soorten gegevens:<sup>14</sup> de verschillende behoeften van het volk en haar intensiteit, een zo

10 Deze paragraaf maakt gebruik van gegevens verzameld en beschreven in W.H. van Boom, I. Giesen en A.J. Verheij, 'Gedrag en privaatrecht: inleiding en verantwoording', in: W.H. van Boom, I. Giesen en A.J. Verheij (red.), *Gedrag en Privaatrecht. Over gedragspresumpties en gedragseffecten bij privaatrechtelijke leerstukken*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2008, p. 27 e.v.

11 Zie H.J. Hamaker, 'Het recht en de maatschappij, 1888', opgenomen in: *Verspreide Geschriften. Deel VII*, verzameld door W.L.P.A. Molengraaff en C.W. Star Busmann, Haarlem: De erven F. Bohn 1913, p. 19-132; H.J. Hamaker, 'Wet en rechter', *WPNR* 28 (1897) nr. 1425, p. 201-204, nr. 1426, p. 213-216, nr. 1427, p. 225-227, nr. 1428, p. 237-240, opgenomen in: *Verspreide Geschriften. Deel VII*, verzameld door W.L.P.A. Molengraaff en C.W. Star Busmann, Haarlem: De erven F. Bohn 1913, p. 199-230; H.J. Hamaker, 'Recht, wet en rechter', *RM* 28 (1909), p. 1-58 en p. 245-305, opgenomen in: *Verspreide Geschriften. Deel VII*, verzameld door W.L.P.A. Molengraaff en C.W. Star Busmann, Haarlem: De erven F. Bohn 1913, p. 231-335 (bijv. op p. 228-229). Zie verdere over Hamaker bijv. H.J. van Kooten, 'Een opmerkelijke paradox?', *AA* 1992, 716 e.v.

12 I.H. Hijmans, *Het recht der werkelijkheid*, Haarlem 1910.

13 Ik ontleen de term aan de bijdrage van Jansen aan deze bundel.

14 E.M. Meijers, *Dogmatische rechtswetenschap*, diss. UvA, Den Haag 1903, p. 91-93, en zie daarover verder J.M. Smits, E.M. Meijers (1880-1954), in: C.J.H. Jansen, J.M. Smits en L.C. Winkel, *16 juristen en hun filosofische inspiratie*, Nijmegen: AAL 2004, p. 71.

uitgebreid mogelijke kennis over de invloed van verschillende omstandigheden op de bevrediging van deze behoeften (sociologie en psychologie) en een uitgebreide kennis van de inrichting en eigenaardigheden der maatschappij waarvoor de regels gelden.<sup>15</sup>

*Suijling* daarentegen moest weinig hebben van wat hij de theorie der vrije rechtsvinding noemt. Het vrije persoonlijke inzicht van de rechter kan wat hem betreft niet de grondslag van de beslissing vormen. Hij leunt zwaar op wat ik zou noemen systematische uitleg, maar dat hij als uitleg 'in de geest der wet' of 'bij wege van analogie' bestempelt. Maar hij staat wel toe dat de toepasser de uitkomst kan 'toetsen aan gegevens, die buiten het recht gelegen zijn'.<sup>16</sup> Immers:<sup>17</sup>

'Indien een oplossing de eischen van het verkeer miskent, heeft men vermoedelijk een vergissing begaan, want de wet begeert de menschen binnen de grenzen van de redelijkheid te dienen.'

Daarbij is dan ook nog van belang dat *Suijling* wel het bestaan van zoiets als 'feitelijk recht' onderkent: regels kunnen feitelijk als rechtsregels gelden, hoewel een dergelijke regeling dan rechtskarakter mist.<sup>18</sup>

We zien de invloed van wat er in de werkelijkheid, feitelijk, gebeurt ook terug bij *Scholten*. Hij heeft bijvoorbeeld in zijn *Algemeen deel* op diverse plaatsen verwezen naar de invloed van 'de maatschappij' op het recht.<sup>19</sup> Hij hecht dan ook, zo blijkt, aan wat hij de sociologische interpretatiemethode (van rechtsvinding) noemt.<sup>20</sup> Verder valt bij *Scholten* op dat de gewoonte als bron van recht een belangrijke plaats inneemt, terwijl die gewoonte vooral gevoed wordt door wat er feitelijk gebeurt.<sup>21</sup> Maar uiteindelijk wijst *Scholten* de (wat hij noemt) sociologische rechtsbeschouwing als dé (als enige) te hanteren leidraad toch van de hand, omdat daarin naar zijn idee te weinig rekening kan worden gehouden met de normatieve kant van het recht ('waarlijke objectiviteit is hier onmogelijk').<sup>22</sup>

---

15 Ook in zijn oratie wijst hij op het belang van wetenschappelijk onderzoek ter ondersteuning van de taak van de rechter en de wetenschapper, zie E.M. Meijers, *De taak der rechtswetenschap ten aanzien der vrije rechtspraak*, oratie Leiden, Haarlem: Tjeenk Willink 1910, p. 19.

16 Zie J.Ph. *Suijling*, *Inleiding tot het burgerlijk recht*, 1<sup>e</sup> stuk – 1<sup>e</sup> gedeelte, Haarlem: De erven F. Bohn 1918, p. 13-14.

17 *Suijling* 1918, p. 14.

18 *Suijling* 1918, p. 6-7.

19 P. *Scholten*, *Algemeen Deel*, 3<sup>e</sup> druk, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1974, p. 34-35 en 85 (wijzend op de sociologische interpretatie), p. 38, p. 97 e.v., p. 109, p. 114-115, p. 116, p. 118, p. 119 en p. 121 (verwijzend naar *Hijmans*).

20 *Bijv.* *Scholten* 1974, nr. 25.

21 Specifiek *bijv.* P. *Scholten*, Kenmerken van recht, in: *Verzamelde Geschriften. Deel 1*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1949, p. 55, en in algemene zin *Scholten* 1974, nrs. 21-24.

22 *Scholten* 1974, p. 132-134 (citaat op p. 134).

Al deze voorbeelden ten spijt kan niet worden gezegd dat de nadruk op een maatschappelijk gestuurde rechtswetenschap werkelijk en vooral blijvend doorgebroken is.<sup>23</sup> *Hijmans* is bijvoorbeeld in zijn bijdrage aan het *Gedenkboek Burgerlijk Wetboek 1838-1938* niet onverdeeld positief. Hij schrijft daarin over de rechtspraak:<sup>24</sup>

‘Immers, hoe goed inzicht ook de lagere rechter vaak in de eischen der werkelijkheid heeft, de H.R., de behoeder van het wettelijk recht, staat daar als bangmaker, bewapend met een uit scherp geslepen wetsartikelen gesmeed zwaard, en gereed om alles neer te slaan, wat ook maar eenigszins met de woorden der wet in strijd is.’

Gegeven het voorgaande kan geconcludeerd worden dat Molengraaff in zijn tijd zeker medestanders had en vond in de kringen van de rechtswetenschap, maar dat dat uiteindelijk niet heeft mogen baten om diens methodisch gedachtegoed blijvend op de voorgrond te laten fungeren. De aandacht voor het (privaat)recht zoals dat in de levende en veranderende maatschappij gevormd wordt, heeft niet de heersende leer kunnen worden, laat staan blijven.

### 3. Mijn eigen methodologische opvatting

In 2005 heb ik in mijn oratie getracht te verwoorden,<sup>25</sup> hoe ik de komende jaren methodisch te werk zou willen gaan. Kort gezegd komt die opvatting hierop neer dat ik de zogenaamde ‘multidimensionale benadering’ zal proberen te hanteren.<sup>26</sup> Uit die oratie put ik de volgende bespreking van de hier bedoelde benadering (ik veroorloof me daarbij voor deze gelegenheid een wat langer citaat uit eigen werk omdat dat meteen duidelijk maakt wat hier van belang is):<sup>27</sup>

‘Ik wil proberen om de resultaten uit andere disciplines te betrekken bij het – want dat blijft zo – vanuit een juridische invalshoek uit te voeren onderzoek. (...) Ik noem het resultaat daarvan zelf ‘argumentatieve rechtsvergelijking’, hetgeen hierop neerkomt dat ik mij richt op het achterhalen en expliciet maken, in eerste instantie via

---

23 Aldus C.J.M. Schuyt, *Paradigmatische vernieuwingen in de rechtswetenschap: de jurist en de sociale werkelijkheid*, AA 1979, Bijzonder nr., afl. 11, p. 237.

24 I.H. Hijmans, ‘Het B.W. en het recht der werkelijkheid in 1838 en heden’, in: P. Scholten en E.M. Meijers, *Gedenkboek Burgerlijk Wetboek 1838-1938*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1938, p. 188.

25 Zie ook al I. Giesen, *Toezicht en aansprakelijkheid*, Deventer: Kluwer 2005, p. 13-14 (onder het kopje ‘argumentatieve rechtsvergelijking’).

26 Ik ontleen de methode en term aan W.H. van Boom, *Structurele fouten in het aansprakelijkheidsrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003, p. 36.

27 Zie Giesen 2005 (Oratie), p. 18-21 (de voetnoten in het origineel heb ik hier niet overgenomen).



rechtsvergelijking, van de argumenten voor of tegen een bepaalde oplossing voor een bepaald probleem. Ik wil de echte, al dan niet juridische redenen achterhalen en daarbij de rookgordijnen omzeilen die de werkelijke rechtspolitieke keuzes omgeven, zodat gefundeerd voor een bepaalde oplossing kan worden gekozen. Het gaat bij dit alles dus in eerste instantie om de argumentatie en omdat die argumentatie niet strikt juridisch van aard hoeft te zijn, sterker nog, dat vaak niet zal zijn, wil ik bewerkstelligen dat daarbij tevens gebruik wordt gemaakt van inzichten die andere wetenschappen bieden. Dat kan de rechtseconomie zijn, of de psychologie, de bestuurskunde of de politicologie, bedrijfskunde of organisatiekunde, maar misschien ook de communicatiewetenschap, et cetera. Ik wil dus zo veel mogelijk bronnen van argumenten, zo veel mogelijk perspectieven meenemen. Laat ik proberen nog voorzichtiger te zijn: ik wil zo weinig mogelijk potentiële bronnen voor argumenten bij voorbaat uitsluiten. Deze benadering zou men dan multidisciplinair kunnen noemen, maar ik spreek in alle bescheidenheid liever, net als Van Boom, van een *multidimensionale benadering*. (...)

Een andere, wat mij betreft overigens niet principiële, maar meer praktische kwestie is hoe dit dan uit te voeren en te bereiken is. Moet je geen psycholoog zijn om te doen wat ik wil, of econoom of politicoloog, et cetera? Het zal duidelijk zijn dat ik dat niet nodig vind, anders zou ik er helemaal niet aan beginnen. Volgens mij is het niet noodzakelijk om zelf steeds helemaal 'omgeschoold' te worden, als én zolang de onderzoeker maar niet te veel pretenties heeft. Ik meen dat het goed mogelijk is om als niet-econoom of als niet-psycholoog *de resultaten* te gebruiken die échte economen of psychologen bereikt hebben. De jurist hoeft niet alles zelf te doen of opnieuw te doen. Hij zou eigenlijk niet eens de pretentie mogen hebben dat hij zelf alles zou moeten doen. Net zo goed als je als jurist voortbouwt op de juridische resultaten van het werk van anderen en niet steeds opnieuw helemaal aan de basis begint, kun je als jurist in je juridische werk voortbouwen op de resultaten die andere disciplines bereikt hebben! (...)

Om er zeker van te zijn dat dat gezichtspunt niet verloren gaat, stip ik hier nogmaals expliciet aan dat naast dit alles in elk geval de in het verleden zo vruchtbaar gebleken rechtsvergelijking, zowel door middel van de externe als de interne variant, een speerpunt van mijn onderzoeksbeleid en van het Molengraaff Instituut zal blijven.<sup>7</sup>

Deze opvatting ligt ook (nog steeds) ten grondslag aan latere publicaties van mijn hand op het snijvlak van positief recht en methodologie, en vooral aan de bundel *Gedrag en privaatrecht* die gemaakt werd op basis van dezelfde insteek.<sup>28</sup>

#### 4. Te leren lessen?

Uit het voorgaande moge al duidelijk zijn geworden dat de zonet besproken 'multidimensionale' opvatting zonder enige kennis van het relevante werk van Molengraaff ontwikkeld is, maar daar wel behoorlijk op lijkt. Ik baseerde mij echter niet op Molengraaff, maar bouwde veeleer voort op wat ik als promovendus

---

28 Zie Van Boom, Giesen en Verheij 2008, p. 19 e.v.

en docent-onderzoeker in Tilburg had opgepikt, geïnspireerd door onder andere Vranken, Barendrecht en Van Boom.<sup>29</sup> Ook vond ik steun bij de oraties van Zondag, Kroeze en (later) Raaijmakers.<sup>30</sup>

De vraagstelling die aan deze bundel ten grondslag ligt, is hoe actueel het gedachtegoed van Molengraaff na al die jaren nog is of zou kunnen zijn. Anders gezegd: kunnen we nog iets leren van diens gedachtegoed? Die vraag laat zich natuurlijk ook ten aanzien van Molengraaffs methode stellen. Sterker nog, misschien moet juist te dien aanzien zo'n vraag gesteld worden, omdat een methode in beginsel tijdlozer zal (kunnen) zijn dan iemands opvattingen over een bepaalde rechtsregel of een zeker juridisch instituut. Deze zullen immers sneller (kunnen) verouderen of zelfs verdwijnen als thema. Dus: kunnen we nog iets over de methode van de rechtswetenschap leren als we Molengraaffs methode (her)lezen en volgen?

Het antwoord daarop is wat mij betreft volmondig 'ja'. Wie de ontwikkelingen in het huidige debat over de plaats, status en methode van de rechtswetenschap tot zich neemt, en wie bijhoudt welke 'nieuwe' benaderingswijzen 'getest' en getoetst worden, zal moeten constateren dat de ideeën van Molengraaff en zijn tijdgenoten, zoals in par. 2.4 naar voren gebracht, als het ware 'terug van weggeweest' zijn. Hiervoor, en met Van Boom en Verheij eerder al, schreef ik dat in de eerste helft van de 20<sup>e</sup> eeuw de *maatschappelijke benadering van het recht* in het privaatrechtelijke denken een prominente plaats had, maar dat die stroming als het ware stilletjes weggeëbd is, richting vergetelheid.<sup>31</sup> Inmiddels zien we echter dat in de huidige tijd hetzelfde soort denken weer terug is en, zo lijkt het althans, aan een opmars binnen het privaatrecht bezig is. In toenemende mate geschiedt namelijk de juridische analyse (mede) in termen van maatschappelijke impact (Hebben regels effect, en zo ja, welk? Was dat een beoogd effect? Welke veronderstelling lag aan de regel ten grondslag?)<sup>32</sup> We redeneren weer vaker vanuit en gericht op

29 Vgl. bijv. Van Boom 2003, p. 9 e.v.; C.M.C. van Zeeland, Y.P. Kamminga en J.M. Barendrecht, 'Waar het mensen om gaat en wat het burgerlijk recht daarmee kan', in: G. van Maanen (red.), *De rol van het aansprakelijkheidsrecht bij de verwerking van persoonlijk leed*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003, p. 37 e.v.; M.J. Kroeze, *Afgeleide schade en afgeleide actie*, diss. UU 2004, p. 129 e.v.; diverse bijdragen in W.H. van Boom, M.J. Borgers, *De rekenende rechter*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004; R.H.J. van Bijnen, *Aanvullend contractenrecht*, diss. UvT 2005; I.N. Tzankova, *Strooischade*, Sdu: Den Haag 2005, en idem, *Toegang tot het recht bij massaschade*, Deventer: Kluwer 2007.

30 W.A. Zondag, *De grenzen van het arbeidsrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004, m.n. p. 14 e.v.; M.J. Kroeze, *Bange Bestuurders*, Oratie EUR, Deventer: Kluwer 2005; G.T.M.J. Raaijmakers, *De effectiviteit van regels in het ondernemings- en effectenrecht*, Oratie UM, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006.

31 Speculerend over de achtergrond daarvan: Van Boom, Giesen en Verheij 2008, p. 30.

32 Zie nader over e.e.a. Van Boom, Giesen en Verheij 2008, en de diverse bijdragen in diezelfde bundel.

de maatschappelijke achtergrond en de doelen van regels en instituten. Deze meer rechtssociologisch ingestoken benadering van het privaatrecht is opnieuw aan een opmars bezig; het empirisch-positivisme (par. 2.2) is terug, zo lijkt het, maar nu onder de noemer van de 'civilologie'.<sup>33</sup>

Dat wil echter niet zeggen dat er geen verschil zou bestaan tussen Molengraaffs methode en de mijne. Als ik het goed zie, getuigt mijn opvatting van iets minder terughoudendheid (of: minder voorzichtigheid) dan die van Molengraaff. Hij wil vooral inzicht in de maatschappij verkrijgen. Ik probeer argumenten boven tafel te krijgen die de juridische oplossing mede kunnen bepalen. Maar het verschil is uiteindelijk beperkt, wat mij betreft, want Molengraaffs inzichten in de maatschappij zullen ook tot op zekere hoogte – onbedoeld wellicht, maar toch – de juridische argumentatie aanvullen, doordat op die manier argumenten en fenomenen bloot komen te liggen die in de maatschappelijke werkelijkheid een rol spelen (en dan lastig te negeren zijn).

Welke lessen zijn hieruit te trekken? We kunnen van het voorgaande bijvoorbeeld leren dat bepaalde denkbeelden over de rechtswetenschap weliswaar kunnen opkomen,<sup>34</sup> doch zelfs als deze gedragen worden door de grootheden van hun tijd toch niet per se kunnen standhouden.<sup>35</sup> Zeker bij sceptici zal bijgevolg de vraag rijzen of het denkbeeld in kwestie dan wel overtuigend genoeg was. En zodoende doemt meteen de vraag op of de nu opnieuw verwoorde visie in de huidige tijd dan wel voldoende krachtig zal en kan zijn om daadwerkelijk school te maken. Zal de geschiedenis zich niet herhalen en de opkomst en neergang van die visie voorzienbaar maken? Het heeft er in eerste instantie natuurlijk alle schijn van.

Voorspellingen hieromtrent zijn wat mij betreft echter niet mogelijk, omdat we gewoonweg niet weten of eenzelfde denkbeeld in een andere tijd wellicht in vruchtbaarder aarde zal vallen. In zoverre gaat de historische parallel niet zonder meer en altijd op, en dient de nieuwe receptie (of het gebrek daaraan) eerst maar eens afgewacht te worden. Wat echter in elk geval wel al te leren valt, is dat dergelijke denkbeelden blijkbaar 'vloeiend' – aan verandering onderhevig – zijn

---

33 Voor die (uiteraard niet zaligmakende) term, zie Van Boom, Giesen en Verheij 2008, p. 20. Hesselink (vgl. bijv. M.W. Hesselink, *Contractenrecht in perspectief*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004) zou hier waarschijnlijk over 'recht in perspectief' of 'recht in context' spreken en in grote lijnen hetzelfde bedoelen.

34 Een tweede denkbeeld dat het belang van de maatschappij in het privaatrecht op de voorgrond stelt, betreft het feit dat steeds vaker steeds meer gewicht gegeven wordt aan normen (regelgeving) die vanuit die maatschappij zelf, vanuit allerlei groepen en branches, zijn opgekomen. Het gaat dan om zelfregulering of alternatieve regelgeving. Ik verwijs hier slechts naar I. Giesen, *Alternatieve regelgeving in het privaatrecht*, Deventer: Kluwer 2007, alwaar verdere verwijzingen te vinden zijn.

35 Voor mogelijke oorzaken, zie Van Boom, Giesen en Verheij 2008, p. 30, en het navolgende.

en dat er aan de overtuigingskracht van een bepaalde visie op (de methode van) de rechtswetenschap voortdurend 'gewerkt' moet worden, wil men deze op de voorgrond houden. Alleen dat al is waardevol.

Wat hier ook van waarde kan zijn, is het besef dat de redenen die bedacht zouden kunnen worden voor de eerdere neergang van het empirisch-positivisme, welbeschouwd ook nu weer (en nog) aanwezig zijn. Dit soort onderzoek is nu eenmaal moeilijk om uit te voeren (en dat werkt niet bemoedigend); de juridische opleiding heeft er geen aandacht voor; de belangstelling vanuit andere wetenschappen voor wat civilisten (juristen) doen, is onverminderd gering; de dubbelzinnigheid van empirische resultaten zal blijven voortbestaan; en de praktijk zit er ook nu niet op te wachten.<sup>36</sup> Vooral de tweede factor vormt echter meteen ook een aanknopingspunt voor actie om de overlevingskansen te vergroten. Als we de studenten van nu kunnen onderrichten in en enthousiasmeren voor deze tak van rechtswetenschap zal dat doorwerken richting de aio's (en hun proefschriften), postdocs en hoogleraren van straks.<sup>37</sup> Dan is er niet alleen meer kennis (zodat de moeilijke uitvoerbaarheid meteen verminderen zal), maar is er vooral ook kennis bij degenen die nog de tijd hebben om er daadwerkelijk mee aan de slag te gaan.

Wellicht kan aan het voorgaande nog toegevoegd worden dat op dit vlak de ambitie bescheiden moet blijven. Proberen om een bepaalde wijze van omgang met het (privaat)recht een plaatsje te laten veroveren naast of tussen andere methoden, is nu eenmaal een ambitie die eerder bereikbaar is dan de ambitie om alleenheersend of overheersend te worden als methode.<sup>38</sup> Een dergelijke bescheiden ambitie zal ook minder weerstand oproepen. Zo een les in bescheidenheid is overigens gemakkelijk ter harte te nemen. Ik heb niet de ambitie om 'mijn' methode de heersende te laten worden. Ik zou er veeleer voor willen pleiten dat er in Nederland de diverse juridische onderzoeksmethoden naast elkaar gebruikt worden. De verschillende wijzen van aanpak kunnen elkaar dan ondersteunen en aanvullen. Zij zouden elkaar in elk geval niet onnodig moeten beconcurreren.

---

36 Vgl. nogmaals Van Boom, Giesen en Verheij 2008, p. 30, alsmede A.J. Verheij, I. Giesen en W.H. van Boom, 'Afsluitende observaties', in: W.H. van Boom, I. Giesen en A.J. Verheij (red.), *Gedrag en Privaatrecht. Over gedragspresumpties en gedragseffecten bij privaatrechtelijke leerstukken*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2008, p. 610, alsmede W. Schrama, 'Een multidisciplinaire benadering van het ongehuwd samenleven. Meerwaarde en minpunten van de combinatie van juridisch en sociaalwetenschappelijke onderzoek', *Ars Aequi* (2007) 11, p. 869-876, over valkuilen bij de uitvoering van dergelijk onderzoek.

37 Ik ben hier schatplichtig aan (een Tilburgse lezing door) Dame Hazel Genn.

38 In die zin dan ook Verheij, Giesen en Van Boom 2008, p. 610.

## 5. De taak van de Nederlandse rechtswetenschap

Daarmee zijn we er echter nog niet. De methode die een bepaalde rechtswetenschapper (toen of nu) aanhangt, kan namelijk moeilijk los gezien worden van de taak die diezelfde persoon aan de rechtswetenschap toedicht. Ook daarover was Molengraaff uiterst helder.<sup>39</sup>

'Zij [de wetenschap, *IG*] toch is de natuurlijke voorgangster, de leidsvrouw van den wetgever, de raadgeefster, op wier adviezen hij steeds zal moeten afgaan. Onderzoek naar en bestudeering van het jus constituendum mag daarom misschien de gewichtigste taak van de wetenschap genoemd worden. Wil zij de van haar te recht verlangde voorlichting naar eisch verstrekken, telkens, wanneer op haar een beroep wordt gedaan, haar antwoord gereed hebben, dan is toetsing van het bestaande en voorbereiding van het toekomstige recht haar levensplicht, even goed als, ja meer nog dan, dogmatiek en wetsexegese.'

Kortom: voorbereiding van het recht zoals het worden zal, is een hoofddoel van de wetenschap. Wat mij betreft is dat een wenkend perspectief voor elke rechtswetenschapper; het is in elk geval een goede leidraad voor het bepalen van mijn eigen positie. Probeer het recht verder te brengen, blijf niet staan bij wat nu geldt en rechtens is. Probeer te bedenken hoe het recht zou moeten luiden, en het juridische systeem zou moeten functioneren, ook als de dogmatiek daar wellicht niet meteen bij past en daarmee eventueel op het tweede plan komt. Ik ben dus graag bereid om ook deze les van Molengraaff te (blijven) leren.

Het belang van die les schuilt uiteraard hierin dat als we ons, zoals hij hier poogt te doen, stevig inprenten waartoe we als civilist en als wetenschapper op aarde zijn, namelijk het voorbereiden van het toekomstig privaatrecht, zulks voorkomt dat wij bijvoorbeeld bij het gebruik van andere wetenschappen zullen 'doorschieten', en dus te zeer buiten het juridische perspectief zullen geraken. Ik hecht er dan ook aan hier te benadrukken dat de 'civilologie' of de 'multidimensionale benadering' zoals eerder besproken, nog steeds typisch juridisch (want normatief) is. De andere te gebruiken wetenschappen zijn 'hulpwetenschap' vanuit dat leidend juridisch perspectief.<sup>40</sup> Het is immers niet de bedoeling om bij het gebruik van andere wetenschappen al te zeer losgezongen te raken van het rechtsbedrijf en de praktijk en van de verdere ontwikkeling daarvan. Dat is inmiddels bijvoorbeeld wel gebeurd met de rechtswetenschap in de Verenigde Staten, omdat

---

39 Molengraaff 1885, p. 23-24.

40 Vgl. ook Van Boom, Giesen en Verheij 2008, p. 36 en noot 53 aldaar, in reactie op C.H. Sieburgh, 'L'art de la distinction', *NJB* 2008, p. 3-13.

de heersende stroming van de rechtseconomie daar onvoldoende raakvlak met de rechtspraktijk kon ontwikkelen, en dat is zonde.<sup>41</sup>

Hetzelfde gevaar dreigt overigens voor het privaatrecht hier in Nederland, maar dan niet zozeer vanwege methodologische keuzes die te maken zijn, want die valkuil is bekend, maar veeleer door de toenemende dwang aan en van de universiteiten om (vooral) Engelstalig te publiceren. Let wel: dat heeft vele goede kanten en brengt ook veel goeds, maar het heeft ook dit in potentie grote nadeel dat als we daarin doorschieten (als het de overhand krijgt om Engelstalig te publiceren), de thuishmarkt van het eigen nationale privaatrecht niet meer voldoende gevoed wordt met de nieuwste inzichten. Immers, die thuishmarkt spreekt, schrijft, procedeert, maakt regels en vonnist nog steeds in het Nederlands, en in de 'terugvertaling' – als niet-Nederlands werk al gelezen wordt door de juristen op die thuishmarkt – gaat ongetwijfeld veel verloren en zullen vele inzichten lastig te relateren zijn aan de specifieke eigenschappen van het Nederlandse recht. Als Engelstalig publiceren de norm wordt, dan zullen wij, zo vrees ik, alsnog verwijderd raken van de achterban, de afnemers van onze wetenschappelijke producten. Dan vervreemden praktijk en wetenschap van elkaar en komt de wetenschap te zeer los te staan van haar maatschappelijke basis, de basis waarin de wetenschappelijke ontdekkingen daadwerkelijk gestalte moeten krijgen. Zeker binnen de rechtswetenschap, een maatschappelijk fenomeen bij uitstek, is dat een pad dat we niet zouden moeten volgen. Ook hier geldt dus dat de omschakeling gematigd zal moeten plaatsvinden (in elk geval zolang de nationale wetgever en rechter nog in het Nederlands communiceren) en dat het 'nieuwe werken' (voor een wereldpubliek publiceren) als (zeer waardevolle) aanvulling toegevoegd zou moeten worden aan het bestaande palet van voorlichting aan de thuishmarkt.<sup>42</sup>

## 6. Slot: een Utrechtse traditie?

Er blijken duidelijke verbindingslijnen te lopen tussen de Utrechtse privaatrechtelijke wetenschapsbeoefening en taakopvatting toen en nu. Zo duidelijk zelfs dat de vraag opkomt of er hier mogelijk sprake zou kunnen zijn van een 'Utrechtse

---

41 Zie bijv. J.B.M. Vranken, *Algemeen deel\*\*\**, Deventer: Kluwer 2005, nr. 116.

42 In het voorgaande is een geluid te horen dat niet meteen de lijn van het Utrechtse departement Recht vertegenwoordigt, maar schrijvend over de altijd kritische Molengraaff voel ik mij gesterkt om deze kritiek te laten horen.

traditie' of zelfs een 'Utrechtse school'. Wellicht is dat het geval,<sup>43</sup> hoewel natuurlijk lastig te duiden is (zeker indien de vraagsteller daar zelf middenin staat) wanneer er nu eigenlijk van een traditie of school kan worden gesproken. Wat daarvoor nodig is, aan welke maatstaven voldaan moet zijn, is niet meteen duidelijk. Dat geeft ook niet, want in elk geval kunnen we constateren dat de toenmalige visie van Molengraaff in het heden nog gewoon inpasbaar is. Zijn ideeën passen prima in de huidige tijd, en dus kan zijn werk en zijn werkwijze als een leidraad blijven dienen. Dat stemt gerust, een dergelijk baken van wijsheid om bij aan te haken.

Het betekent echter ook, en dat is dan de keerzijde van die constatering, dat de huidige tijd dus een trend laat zien die misschien niet werkelijk nieuw te noemen is, maar ten hoogste 'vernieuwd' of 'opgeknapt' is. We realiseren ons echter vaak genoeg dat 'eigenlijk alles al eens gezegd is', en toch gaan we daarna even verbeteren en gedisciplineerd verder met onze zoektocht naar dat ene nieuwe inzicht waar we voor onze tijd en in onze maatschappij echt vooruitgang mee denken en hopen te boeken. Dat alles, inclusief de regelmatig terugkerende teleurstelling, hoort nu eenmaal bij onze opdracht om 'het toekomstige recht', bezien vanuit onze tijd, te creëren. Het werken daaraan is wat mij betreft dan ook onze 'levensplicht'.

---

43 Vgl. bijv. van recente datum, naast de hiervoor al aangehaalde Utrechtse werken, de empirische en statistische beschouwingen in I. Curry-Sumner, *All's well that ends registered?*, diss. UU, Antwerpen: Intersentia 2005, en het gebruik van sociale wetenschappen en sociologische data in W.M. Schrama, *De Niet-huwelijkse samenleving in het Nederlandse en Duitse recht*, diss. UU, Deventer: Kluwer 2004, en C.G. Jeppesen de Boer, *Joint Parental Authority*, diss. UU, Antwerpen: Intersentia 2008. Vgl. verder nog K. Boele-Woelki, I. Curry-Sumner, M. Jansen & W.M. Schrama, *Huwelijk of geregistreerd partnerschap?* Deventer: Kluwer 2007, en W.M. Schrama, 'Family function over family form in the law on parentage?', *Utrecht Law Review* 2008, Volume 4 issue 2, p. 83-98.