

Wat houdt het 'contextualisme' in? Wat is dat voor perspectief? Waar komt het vandaan? In het privaatrecht zelf zijn talloze voorbeelden te vinden waarin het rechtsoordeel afhankelijk is van de omstandigheden van het geval. Bovendien is de rechtsorde zelf gecontextualiseerd in die zin dat de grenzen tussen recht, moraal en politiek, diffuser zijn geworden. De verklaring van een en ander is dat het privaatrecht 'open texture' heeft, dat wil zeggen, dat het onderbepaald is: er zullen zich altijd nieuwe gevallen voordoen die tot nieuwe uitkomsten zullen leiden. Voor de wetenschappelijke studie van het privaatrecht betekent dit dat zijn context op verschillende wijzen kan worden opgevat; de rechtsdogmatiek respectievelijk de functionele benadering zijn daarvan het resultaat. Bestudering van die contexten biedt een caleidoscopisch beeld van het privaatrecht en laat zien dat ook verschillende wetenschapsopvattingen in het spel zijn. Bovendien blijkt dat het contextualisme zelf de vrucht is van een ontwikkeling in het denken over wetenschap, recht en samenleving. Daarom is de bestudering van het perspectief van het contextualisme en zijn ontwikkeling ook voor civilisten van belang.

In de Inleiding van dit boek is een verruiming van het perspectief op recht en rechtswetenschap bepleit. In dat licht is het belangrijk om van meet af aan duidelijkheid te scheppen over het terrein van het onderzoek en het perspectief van waaruit dat terrein wordt onderzocht. Daartoe dient dit eerste hoofdstuk. Het is de bedoeling om in de eerste plaats aan te geven welke onderwerpen zullen worden besproken en waarom juist deze onderwerpen worden besproken. Een schets van de thematische samenhang is derhalve ons eerste doel: een overzicht van de hierna volgende hoofdstukken. Dat is echter niet genoeg. Zoals nog zal blijken berust die thematische samenhang op een centrale gedachte, die in de diverse thema's zal worden uitgewerkt, te weten de contextualiteit van het privaatrecht en onze kennis daarvan. Naast de thematische samenhang is er derhalve ook een theoretische samenhang; de te behandelen thema's worden door die samenhang verbonden. Na bestudering van dit hoofdstuk heeft de lezer dus een beeld van de thematische en theoretische samenhang van het boek. Daarom biedt dit eerste hoofdstuk in feite een blauwdruk van het hele boek en vormt de rest van het boek een uitwerking van dit eerste hoofdstuk.

Die samenhang kan uitsluitend in beeld worden gebracht door een eerste verkenning van de thematiek vanuit het gekozen perspectief. In zoverre biedt dit hoofdstuk dus een overzicht van de problematiek die in de navolgende hoofdstukken meer in detail zal worden geanalyseerd. Door die problematiek in een ideeën-historische context te plaatsen zal blijken dat het gekozen perspectief niet uit de lucht komt vallen maar zelf ook de vrucht is van een bepaalde ontwikkeling. Het contextualisme is dan ook niet slechts een willekeurig gekozen perspectief van waaruit het recht kan worden bestudeerd, het is zelf ook een inzicht dat de vrucht is van een lange ontwikkeling. Daarom draagt een schets van die ontwikkeling – hoe globaal ook in dit stadium – bij tot het begrip van de legitimiteit van het perspectief. Die blijkt namelijk niet zomaar op een persoonlijke keuze te berusten die evengoed anders had kunnen uitvallen, maar wordt door de geschetste ontwikkelingen als het ware aan ons opgedrongen. Niet alleen doordat zij ons beeld van het privaatrecht beheerst, maar ook doordat het privaatrecht en zijn beoefening ervan zijn doordrongen en er misschien wel een van de belangrijkste bronnen van vormen. Maar laten wij bij het begin beginnen.

2

BETEKENIS EN CONTEXT: ENKELE VOORBEELDEN

Het is in de rechtspraak niet ongebruikelijk om de rechtsgevolgen van een bepaalde casus niet aan te duiden in de vorm van een algemene regel, maar om die afhankelijk te maken van de omstandigheden van het geval. Voorbeelden van een dergelijke casuïstische vorm van rechtsvinding zijn er te over, zowel in het privaatrecht als in het strafrecht.

Een van de eerste, en meest klassieke voorbeelden, is HR 19 mei 1967, ECLI:NL:HR:1967:AC4745 (HBU-Saladin). Saladin, een leek op beleggingsgebied, krijgt ongevraagd beleggingsadvies van zijn bank. Saladin heeft daar wel oren naar en geeft de bank opdracht tot de geadviseerde aankoop van aandelen. Van toepassing op de overeenkomst zijn de zogenoemde 'kleine lettertjes' waarin de bank iedere aansprakelijkheid voor schade uitsluit. De belegging wordt een fiasco, Saladin spreekt de bank aan, en deze beroept zich op deze exoneratieclausule. De Hoge Raad oordeelt dat de vraag of een beroep kan worden gedaan op de exoneratieclausule niet in zijn algemeenheid kan worden beantwoord, maar afhankelijk is van tal van omstandigheden, zoals de zwaarte van de schuld in verband met de aard en ernst van de betrokken belangen, de aard en verdere inhoud van de overeenkomst, de maatschappelijke positie en onderlinge verhouding van partijen, de wijze waarop de clausule tot stand is gekomen, en de mate waarin de wederpartij zich daarvan bewust is geweest. Het oordeel is veelzeggend. Het impliceert dat de rechtsnorm die in een dergelijk geval de rechtsbetrekking tussen partijen beheerst niet zonder meer aan de overeenkomst kan worden ontleend, maar uitsluitend met inachtneming van een aantal, met name genoemde buitencontractuele factoren kan worden geformuleerd. Het is dus niet een algemene regel die de rechtsbetrekking tussen partijen bepaalt, maar een contextueel bepaalde norm.

Dat gegeven is onder meer toe te schrijven aan eigenschappen van de taal waarin het recht, regels en contracten zijn geformuleerd. Anders dan vroeger wel werd gedacht verwijst de taal nooit naar vaste betekenissen, maar is de betekenis van uitspraken en uitdrukkingen altijd contextueel bepaald. De Hoge Raad heeft dat zelf duidelijk gemaakt in een ander standaardarrest, HR 13 maart 1981, *NJ* 1981, 635 (*Haviltex*). De casus is als volgt. Ermes en Langerwerf verkopen op 2 februari 1976 een machine voor het snijden van steekschuim voor bloemen aan Haviltex B.V. Als bijzondere voorwaarde komen partijen overeen: 'Tot eind 1976 heeft koper het recht de machine terug te geven voor f 20.000 (€ 8849) exclusief BTW.' Op 16 juni 1976 schrijft Haviltex aan Ermes dat zij overeenkomstig de bijzondere voorwaarde de gekochte machine teruggeeft en verzoekt om terugbetaling van de koopsom. De verkoper voert het verweer dat het retourneren van de machine zonder opgaaf van redenen in strijd is met de goede trouw (de redelijkheid en billijkheid) die de uitvoering van de overeenkomst beheerst. Het gerechtshof oordeelt dan dat de bewoordingen van het contract duidelijk zijn en dat een zuiver taalkundige uitleg van de overeenkomst geen leemte laat voor aanvulling in de regeling van de verhouding tussen partijen.

Volgens de Hoge Raad echter kan de vraag hoe in een schriftelijk contract de verhouding tussen partijen is geregeld en of deze ruimte laat voor aanvulling, niet worden beantwoord op grond van alleen maar een zuiver taalkundige uitleg van de bepalingen van het contract. Voor de beantwoording van die vraag komt het aan op de zin die partijen in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs aan die bepalingen mochten toekennen en op hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten. Daarbij kan mede van belang zijn tot welke maatschappelijke kringen partijen behoren en welke rechtskennis van hen kan worden verwacht, aldus de Hoge Raad. De uitleg van de bewoordingen van de overeenkomst is kennelijk niet mogelijk zonder een beroep te doen op tot die tijd in het recht als buiten-linguïstisch beschouwde factoren, zoals de gerechtvaardigde verwachtingen die partijen daaraan hebben ontleend. Met andere woorden, de Hoge Raad maakt hier korte metten met de traditionele opvatting dat de woorden van een contract op zichzelf genomen duidelijk (kunnen) zijn en dus geen nadere uitleg behoeven, de 'zuiver taalkundige uitleg'. Het gevolg van deze beslissing was dat de rechter niet meer kon volstaan met een verwijzing naar de woordenboekbetekenis van de in een contractueel beding gebruikte woorden. Hij moest voortaan de redelijke zin van de bewoording in de gegeven omstandigheden onderzoeken. Het *Haviltex*-arrest maakt dus duidelijk dat ook in het overeenkomstenrecht bij de uitleg van taaluitingen naar de context moest worden gekeken. Voor taalfilosofen en taalkundigen was dat overigens niets nieuws. Hierna in paragraaf 7 zullen wij bespreken hoezeer het werk van de taalfilosoof Ludwig Wittgenstein van belang is voor deze problematiek.

De contextuele bepaaldheid van taal en taalgebruik is niet alleen in het privaatrecht een bekend verschijnsel, maar is ook in het strafrecht overbekend. Is het dragen van een bomberjack met daarop in gothische letters de afkorting 'A.C.A.B' strafbaar wegens belediging? De afkorting staat internationaal voor 'all cops are bastards'. De Hoge Raad overwoog dat het antwoord op de vraag of in een geval als dit 'het (voorwaardelijk) opzet van de verdachte op belediging van de individuele politiefunctionaris is gericht, zal afhangen van de concrete omstandigheden van het geval' (HR 4 november 2014, ECLI:NL:HR:2014:3114). De strafbaarheid van de gedraging is derhalve uiteindelijk een contextueel gegeven. Is dat niet in strijd met het legaliteitsbeginsel, zo is een voor de hand liggende tegenwerping, dat immers meebrengt dat duidelijk en tevoren is bepaald welk gedrag strafbaar is? Het antwoord luidt ontkennend. In de eerste plaats omdat het legaliteitsbeginsel niet meebrengt dat de wettelijke terminologie verwijst naar in abstracto vaststaande betekenissen. Dat zou ook niet kunnen, omdat de betekenis van taal contextueel, dat wil zeggen in de concrete omstandigheden, wordt bepaald. In de tweede plaats omdat het legaliteitsbeginsel iets anders eist, namelijk dat in de specifieke context de betekenis met voldoende helderheid en exactheid te bepalen valt ('t Hart 1997, p. 175).

Ook op het Europese niveau speelt in het strafrecht bij de invulling van het legaliteitsbeginsel het probleem van de grenzen van interpretatie, meer in het bijzonder het verschil tussen een 'letterlijke' interpretatie en een 'contextuele' interpretatie'. Daarbij dienen wij telkens het verschil tussen het Britse common law-systeem en de continentale rechtssystemen te verdisconteren. De noodzaak daartoe blijkt onder andere uit de jurisprudentie op artikel 7 van het EVRM (het legaliteitsbeginsel). Doel en strekking van deze bepaling is de bescherming tegen willekeur in de vervolging, veroordeling en bestraffing. In EHRM 22 november 1995, NJ 1997, 1, oordeelde het Hof dat de ontwikkeling van het strafrecht door middel van een rechterlijke interpretatie die uitmondt in de aanpassing aan veranderende omstandigheden niet in strijd is met artikel 7 EVRM, mits die uitleg aansluit bij de essentie van het delict en ook overigens redelijkerwijs voorzienbaar is. Wat waren de omstandigheden van het geval? Een Brits echtpaar was na een periode van toenemende huwelijksproblemen tot de conclusie gekomen dat echtscheiding de beste oplossing zou zijn. De vrouw was daarop weer bij haar ouders gaan wonen. Na een paar weken, de echtscheidingsprocedure was nog niet in gang gezet, drong de man bij afwezigheid van de ouders van de vrouw de woning binnen en probeerde seksuele gemeenschap met de vrouw te hebben tegen haar wil. Hij gebruikte daarbij geweld door haar de keel dicht te knijpen.

De rechtsvraag voor het EHRM was of de veroordeling door de Engelse rechter van de man voor poging tot verkrachting van zijn vrouw in strijd is met het in artikel 7 EVRM vervatte legaliteitsbeginsel, nu noch volgens het common law, noch volgens een daarop gebaseerde wet verkrachting binnen het huwelijk strafbaar is. De common law-regel ging terug op een rechtsgeleerd commentaar uit 1736 dat stelde dat *'the husband cannot be guilty of rape committed by himself upon his lawful wife'*. Maar de Britse rechter oordeelde dat die regel in abstracto was opgesteld aan de hand van destijds geldend recht en dat die regel destijds niet was uitgelegd aan

de hand van de bijzonderheden van een bepaald geval in het kader van een strafvervolging. Naar zijn oordeel was de man strafbaar. Het common law rechtvaardigt niet dat een man zijn vrouw slaat om geslachtsgemeenschap met haar te hebben. Nu het echtpaar tot echtscheiding had besloten en de vrouw al niet meer met de man samenwoonde, kon geen sprake zijn van de toestemming voor seksuele omgang die partners binnen het huwelijk geacht worden te hebben gegeven. Het Europese Hof voor de Rechten van de Mens volgde die redenering en verwierp het beroep op artikel 7 van het EVRM. Veroordeling van een man wegens poging tot verkrachting van zijn vrouw is niet in strijd met doel en strekking van artikel 7, en het loslaten door de Britse rechter van het concept van de immuniteit van de man binnen het huwelijk stemt overeen met de doelstellingen van het verdrag, te weten het respect voor de menselijke waardigheid. De Britse rechtstraditie waarbij de rechtsvormende taak van de rechter op het terrein van het strafrecht een grotere is dan in de continentale traditie werd daarmee ook gerespecteerd.

In de continentale traditie wordt als het gaat om de grenzen van de strafbaarheid de rol van de wetgever meer benadrukt. In 1995 werd aan het Duitse Bundesverfassungsgericht (BverfG) de vraag voorgelegd of een extensieve uitleg van het begrip 'bedreiging met geweld' in de omschrijving van het ten laste gelegde delict '(gemeinschaftlicher) Nötigung' met betrekking tot een blokkade van een militaire basis door betogers, is aan te merken als een schending van het grondwettelijk verzekerde legaliteitsbeginsel (BverfG 10 januari 1995, EuGRZ 1995, p. 177-184). Het BverfG beantwoordt die vraag bevestigend en overweegt dat het legaliteitsbeginsel de wetgever verplicht om de voorwaarden voor strafbaarheid zo concreet te omschrijven, dat de betekenis en het bereik met de 'Wortlaut' zijn gegeven of in ieder geval door uitleg kunnen worden afgeleid. Het lijkt alsof voor de strafrechter de mogelijke woordbetekenis van de wet (de letterlijke betekenis) de uiterste grens van zijn interpretatievrijheid markeert, maar uit de overwegingen van het BverfG blijkt dat de rechter van oordeel is dat de grenzen van het begrip '(bedreiging met) geweld' door interpretatie inmiddels reeds zeer ver zijn opgerekt en dat in het onderhavige geval het verweten gedrag, namelijk aan de rand van de straat alsmede voor een hangar staan in stil protest tegen de stationering van atoomraketten, daar niet onder valt. Met name de concrete omstandigheid dat sommige veroordeelden inderdaad niet verder waren gegaan dan erbij stilstaan en ernaar kijken speelde daarbij een belangrijke rol. Als dat strafbaar moet worden gesteld en gekwalificeerd als bedreiging met geweld, aldus BverfG, dan moet de wetgever dat doen. In het algemene spraakgebruik heeft het begrip 'geweld' de bedoeling de bedreigende handeling aan te duiden en ook in de strafbepaling hangt de strafbaarheid van het begrip af van feitelijk gebruik van geweld of de dreiging daarmee. Met de verwijzing naar de 'letterlijke' betekenis naar algemeen spraakgebruik gaf het BverfG invulling aan het legaliteitsbeginsel en sloeg het acht op de omstandigheden van het geval door het passieve aanwezig zijn van personen langs de kant van de weg niet als (het plegen van) geweld (in vereniging) aan te merken.

Hoewel in het strafrecht op grond van het legaliteitsbeginsel andersoortige eisen worden gesteld aan de wettelijke grondslag van de normering dan in het privaatrecht, is ook daar de rechtsnorm die de strafbaarheid beheerst uiteindelijk een contextuele constructie.