

**‘COMMON CORE’,  
GESCHIEDENIS EN BETEKENISSEN VAN EEN  
UITDRUKKING**

**TEVENS EEN BIJDRAGE OVER DE VERHOUDING  
TUSSEN RECHTSVERGELIJKING EN  
RECHTSEENMAKING**

Matthias E. STORME\*

Gewoon hoogleraar handels- en insolventierecht en rechtsvergelijking  
KU Leuven en UAntwerpen  
Advocaat

*De uitdrukking ‘common core’ heeft de voorbije halve eeuw ontegensprekelijk een grote aantrekkingskracht uitgeoefend op juristen, althans de academici onder hen. Zoals vaker bij een aantrekkelijke vlag, gaan daaronder velerlei ladingen schuil. In deze bijdrage proberen we die te typeren en te klasseren en daarbij vooral in te gaan op de interessantste ontwikkelingen die zich rond dat begrip vooral in de rechtsvergelijking hebben voorgedaan. Dit is meteen een goede aanleiding voor enkele beschouwingen over de methode van rechtsvergelijking en de verhouding tussen rechtsvergelijking en rechtseenmaking.*

*In onze zoektocht vonden we onder meer een klassieke, harmoniserende opvatting van common core die vooral op zoek gaat naar oplossingen voor gelijkaardige problemen die in wezen gelijkaardig worden geacht, als uitdrukking van dezelfde beginselen. We vonden ook een alternatieve opvatting die meer aandacht besteedt aan perifere elementen en onderliggende structuren die de rechtsontwikkeling in een langer tijdsperspectief bepalen.*

---

\* Een eerste versie van deze bijdrage werd gepubliceerd als het trefwoord *common core projects* door de auteur in J. Smits (ed.), *Elgar Encyclopedia of Comparative Law*, 2023. Voor opmerkingen en suggesties bij deze bijdrage dank ik Dirk Heirbaut, Jean-François Gerken, Maurice Adams en de redactie van het *TPR*. De finale versie van deze bijdrage werd ingeleverd op 8 december 2023.

## INHOUD

I.	<i>INLEIDING (1)</i> .....	1221
II.	<i>DRIE VOORLOPERS EN EEN PEETVADER (2-14)</i> .....	1222
	<i>A. RUDOLF SCHLESINGER EN VOORGANGERS IN HET GEBRUIK VAN DE TERM (3-6)</i> .....	1222
	<i>B. ERNST RABEL EN DE ONTWIKKELING VAN DE FUNCTIONELE METHODE (7-10)</i> .....	1226
	<i>C. GINO GORLA EN RODOLFO SACCO (11-12)</i> .....	1231
	<i>D. DE EUROPESE CONTEXT (13-14)</i> .....	1233
III.	<i>EEN TYPOLOGIE VAN DE VERHOUDING TUSSEN RECHTSVERGELIJKING EN RECHTSEENMAKING (15-28)</i> .....	1234
	<i>A. OP ZOEK NAAR FUNCTIONELE EQUIVALENTEN (16-17)</i> .....	1234
	<i>B. HET VINDEN VAN EEN GEMEEN EUROPEES RECHT (18-20)</i> .....	1236
	<i>C. BEGINSELEN VAN BETER RECHT (21-25)</i> .....	1240
	<i>D. OP ZOEK NAAR DE GEMEENSCHAPPELIJKE TRADITIE (26)</i> .....	1244
	<i>E. HEEFT HET ZIN TE SPREKEN VAN EEN RESTATEMENT IN DE EUROPESE UNIE? (27-28)</i> .....	1246
IV.	<i>TERUG NAAR RECHTSVERGELIJKING ZONDER HARMONISERINGSOOGMERK (29-38)</i> .....	1249
	<i>A. HET TRENTO COMMON CORE OF EUROPEAN PRIVATE LAW PROJECT (29-30)</i> .....	1249
	<i>B. ANDERE VOORBEELDEN (31-33)</i> .....	1252
	<i>C. DE TRENTO COMMON CORE-METHODE ALS EEN ALTERNATIEVE OPVATTING VAN COMMON CORE (34-38)</i> .....	1254
V.	<i>ENKELE CONCLUSIES (39)</i> .....	1258

## I. INLEIDING

1. OPZET – De uitdrukking *common core* (gemeenschappelijke kern) – in de zin van een gemeenschappelijke kern tussen verschillende rechtsstelsels<sup>1</sup> – werd en wordt gebruikt door juristen, ook in de discipline der rechtsvergelijking; juristen hebben boeken geschreven en projecten opgezet onder de titel van (een) *common core*, minstens in sommige gevallen met de uitdrukkelijke bedoeling om zo'n gemeenschappelijke kern te vinden of te verklaren, of soms te scheppen. Om die reden is het nuttig de oorsprong en de betekenissen van deze idee te ontleden, ook al gaat het om een betwist begrip (*a contested concept*). Dat ik dit hier doe, betekent niet noodzakelijk dat een dergelijke *common core* of *common cores* daadwerkelijk bestaan of dat de term een nuttige idee uitdrukt. In welke mate dit het geval is, wil ik precies onderzoeken.

Meer nog, hoewel de uitdrukking de indruk geeft dat zij die ze gebruiken voorrang willen geven, in hun rechtsvergelijkend of rechtspolitek werk, aan gelijkenissen boven verschillen, is er minstens één belangrijk *common core*-project (zie Deel IV) waarin de auteurs dit ontkennen en weigeren te doen. Anderzijds proberen minstens sommige projecten die de uitdrukking niet gebruiken in feite wel degelijk een gemeenschappelijke kern te bepalen of delen zij een geloof in zo'n gemeenschappelijke kern met betrekking tot hetgeen zij in vergelijking brengen.

In deze bijdrage wil ik dan ook de voorlopers schetsen van de *common core*-methodes of -projecten (Deel II) vooraleer de verschillende soorten van *common core*-projecten te bespreken en onderling te vergelijken (Delen III en IV). Daarbij probeer ik ook in te gaan op de verhouding tussen *common core* en een functionele methode van rechtsvergelijking (in Deel II en opnieuw in Deel IV) en op de verhouding tussen rechtsvergelijking en rechtseenmaking (in Deel III). Het is evenwel niet de bedoeling om het te hebben over vragen van harmonisatie van het recht *an sich*, noch over de vraag of die wenselijk is, noch over de voor- en nadelen van de diversen methoden daartoe, noch een evaluatie te geven van concrete harmonisatieprojecten vanuit dit oogpunt. De bijdrage bevat niettemin wel enkele kritische beschouwingen over de aanspraken van sommige projecten wat betreft het bestaan van een *common core*.

---

<sup>1</sup> Dit is een loutere werkdefinitie, in deze bijdrage wordt immers meer precies nagegaan in welke betekenissen de term zoal wordt gebruikt.

## II. DRIE VOORLOPERS EN EEN PEETVADER

2. *DRAMATIS PERSONAE* – De geschiedenis van de *common core*-idee is mijns inziens nauw verbonden met de werken van vier buitengewone rechtswetenschappers van de 20e eeuw, alle vier uit continentaal Europa – waarbij de drie ‘voorlopers’ in hun latere werk op beslissende wijze beïnvloed zijn door de confrontatie met de casuïstische en inductieve traditie<sup>2</sup> in het interne recht van de Verenigde Staten van Amerika: Rudolf B. Schlesinger (1909-1996), Ernst Rabel (1874-1955) en Gino Gorla (1906-1992). Hun werk op dit domein (de rechtsvergelijking) culmineerde in het werk van Rodolfo Sacco (1923-2022). Chronologisch komt Rabel natuurlijk voor Schlesinger, maar ik begin graag met de oorsprong van de term ‘*common core*’. Daarom analyseert deze bijdrage in punt A (nrs. 3-6) Franse auteurs rond 1900 en Schlesinger en bespreekt ze de ontwikkeling door deze laatste van een *factual method* van rechtsvergelijking. Vervolgens (punt B, nrs. 7-10) komt Rabel aan bod samen met de vroege geschiedenis van de functionele methode van rechtsvergelijking en de verhouding daarvan met het internationaal privaatrecht. In punt C (nrs. 11-12) bespreek ik de bijdrage van Gorla en in punt D (nrs. 13-14) de naoorlogse context in Europa.

### A. RUDOLF SCHLESINGER EN VOORGANGERS IN HET GEBRUIK VAN DE TERM

3. *ORSPRONG VAN DE TERM* – Hoewel de ideeën die meestal worden uitgedrukt door middel van de woorden *common core* in belangrijke mate veel ouder zijn, lijkt de uitdrukking zelf voor het eerst in onze context – namelijk als een opdracht voor de rechtsvergelijking – te zijn gebruikt door Rudolf Schlesinger in zijn bijdrage uit 1957, “Research on the General Principles of Law Recognized by Civilised Nations”<sup>3</sup>, vooraan het bekend werd als de titel van zijn rechtsvergelijkend project aan Cornell Law School, namelijk *A Study of the Common Core of Legal Systems*, dat in feite beperkt is gebleven tot het thema van de totstandkoming van overeenkomsten (*Formation of Contracts*).

Voor een vrij vergelijkbaar begrip kan men echter wel al verwijzen naar enkele tussenkomsten van Franse comparatisten op het eerste *Congrès international de droit comparé* van de *Société de législation comparée* in Parijs in 1900<sup>4</sup>, nl. Raymond Saleilles, Edouard Lambert en Henri Lévy-Uhlmann.

---

<sup>2</sup> Waarbij toch zeker een onderscheid moet worden gemaakt tussen de oudere *case method*, die in zekere zin deductief was, en de jongere inductieve methode van het *legal realism*, die precies opkwam in de hier besproken periode. Zie nader voetnoot 15.

<sup>3</sup> Rudolf SCHLESINGER, “Research on the General Principles of Law Recognized by Civilised Nations”, 51. *American Journal of Comparative Law* (1957), 734-753. Waarom hij voor zijn project de uitdrukking *common core* gebruikte, wordt later uitgelegd in Rudolf SCHLESINGER en Pierre BONASSIES, “Le fonds commun des systèmes juridiques – Observation sur un nouveau projet de recherches”, 15. *RIDC* 1963, (501) 512-522.

<sup>4</sup> Voor context en evaluatie, zie onder meer Matthias REIMANN, in *International Encyclopedia of Comparative Law*, Vol. II Ch. 4 “Comparative law. An overview of the Discipline”, nrs. 85-87.

Zoals bij meerdere andere auteurs die verderop besproken worden, slingert hun voorstelling heen en weer tussen een verborgen of althans onderliggende bestaande gemeenschappelijkheid en een aspiratie om gemeenschappelijke modellen te construeren<sup>5</sup>. Lambert stelde dat:

*“Le droit commun législatif révélera au législateur de chaque pays les tendances communes de la pratique des nations reliées par ce droit commun, c’est-à-dire l’orientation de la vie juridique nationale elle-même”*<sup>6</sup>.

Saleilles heeft het over:

*“dégager des institutions juridiques particulières un fonds commun, ou tout au moins des points de rapprochement susceptibles de faire apparaître, dans la diversité apparente des formes, l’identité foncière de la vie juridique universelle”*<sup>7</sup>

en verder:

*“le rapprochement rationnel des diverses législations, prises dans leurs formules juridiques et leurs résultats pratiques, afin de rechercher et d’étudier si, de cette interprétation raisonnée, se dégage un type prédominant qui puisse servir de modèle, au moins approximatif”*<sup>8</sup>.

Lévy-Uhlmann heeft het over *“un fonds commun identique sous la diversité apparente”*<sup>9</sup>.

De belangrijkste reden om niet in meer detail in te gaan op hun ideeën en projecten in deze bijdrage is dat er van dat *fonds commun* niet echt veel door middel van gedetailleerde rechtsvergelijking concreet in kaart is gebracht<sup>10</sup>, wat vanaf de jaren 1940 in de hieronder besproken projecten wel gebeurde.

<sup>5</sup> Zie uitvoerig Sylvain SOLEIL, “Modèles, réseaux et fonds juridique commun. Les ambitions de la doctrine comparatiste française (1900-1950)”, in T. Le Yoncourt, A. Mergey en S. Soleil (red.), *L’idée de fonds juridique commun dans l’Europe du XIXe siècle* (Rennes: Presses universitaires de Rennes 2014), 305 e.v., die voornamelijk citeert uit R. Saleilles, “Rapport présenté à la commission d’organisation sur l’utilité, le but et le programme du congrès”, in *Congrès international de droit comparé (1900)* (Paris: Sirey 1905).

<sup>6</sup> Gecit. door S. SOLEIL, (305) 307. Lambert nam daarbij als voorbeeld hoe eerder een *“droit commun de la France”* was gevonden door de Franse doctrine van Bourjon tot Pothier.

<sup>7</sup> Gecit. door S. SOLEIL, 17.

<sup>8</sup> Gecit. door S. SOLEIL, (305) 307-308.

<sup>9</sup> Gecit. door S. SOLEIL, (305) 310.

<sup>10</sup> S. SOLEIL, (305) 310 analyseert hoe deze auteurs in 1900 met name wel zo’n *fonds commun* ontwaarden in de diverse stelsels van huwelijksvermogensrecht, wat nu toch niet echt een overtuigend voorbeeld was.

Schlesinger verwees in zijn genoemde bijdrage uit 1957 zelf naar gelijkaardige uitdrukkingen gebruikt door andere schrijvers. Zo stond de uitdrukking ‘*central core of uniformity*’ centraal in een bijdrage uit 1949 van Fairfax Leary Jr. en Theodore H. Husted Jr., “An Approach to Drafting an International Commercial Code and a Modus Operandi under Present Laws”<sup>11</sup>. Daarin betoogden zij dat volledige eenmaking (van het recht) niet noodzakelijk is om het internationale handelaars mogelijk te maken op een rechtszekere wijze door de wereld heen te functioneren, zonder dat men daarvoor ook ‘perifere gebieden’ in een eenvormige mal moet dwingen. Het was een bijdrage die gericht was aan de ontwerpers van uniforme wetten, niet aan rechtsvergelijkende wetenschappers. Ze geeft een gedetailleerd overzicht van enerzijds de vragen die zij beschouwen als kernvragen die eenvormig dienen te worden geregeld en anderzijds perifere vragen die aan het lokale recht kunnen worden overgelaten.

4. SCHLESINGERS PLAN – In de genoemde bijdrage uit 1957 argumenteert Schlesinger eveneens dat het bepalen van een gemeenschappelijke kern van rechtsregels en misschien van rechtstechnieken en rechtsinstellingen onder de beschaafde naties in een aantal rechtsdomeinen mogelijk is. Hij stelt dat de *law merchant* (*lex mercatoria*) een zekere mate van wereldwijde eenvormigheid in het handelsrecht had verschaft tot in de 18e eeuw (een opvatting die vandaag vrij ernstig wordt betwist door rechtshistorici<sup>12</sup>; zie ook *infra* randnr. 28), maar dat pogingen tot eenmaking vandaag zelden succesvol zijn en de tijd dus gekomen is om de doelstelling van één recht te vervangen door de meer realistische doelstelling om een gemeenschappelijke kern (*common core*) van rechtsbeginselen te kristalliseren, met erkenning dat buiten die gemeenschappelijke kern de rechtsregels noodzakelijk verschillen en misschien ook moeten verschillen. Hij argumenteert dat rechtsstelsels ontvankelijk zijn voor het doordringen van algemene beginselen van de beschaafde naties, mits deze in een concrete vorm kunnen worden vastgesteld, en dat vele rechtsstelsels zulke rechtsbeginselen erkennen als een – subsidiaire – bron van positief recht. Hij verwijst daarbij ook naar verschillende gevallen waarin algemene beginselen als *übergesetzlich* (bovenwettelijk, d.i. in rang boven de gewone wet) worden aanvaard<sup>13</sup>.

Het seminarie aan Cornell Law School dat in de bijdrage uit 1957 werd aangekondigd, zou worden opgezet om de gemeenschappelijke kern van de leidende rechtsstelsels van de wereld op het domein van het materieel privaatrecht,

---

<sup>11</sup> Fairfax LEARY Jr. en Theodore H. HUSTED Jr., “An Approach to Drafting an International Commercial Code and a Modus Operandi under Present Laws”, 49. *Columbia law Review* 1949, 1070 e.v.

<sup>12</sup> Zie o.a. Emily KADENS, “The Myth of the Customary Law Merchant”, 90. *Texas LR* 2012, 1153 e.v.; Jean BART, “La Lex Mercatoria au Moyen-Age: mythe ou réalité?”, in *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du XXe siècle – Mélanges en honneur de Philippe Kahn* (Paris: Litec 2000), 18; zie ook Ralf MICHAELS, “The True Lex Mercatoria: Law beyond the State”, 14. *Indiana Journal of Global Legal Studies* 2007, 447 e.v.

<sup>13</sup> Iets wat we vandaag met name zien als een strategie van het Europees Hof van Justitie en vele grondwettelijke hoven.

met inbegrip van het handelsrecht en van de burgerlijke procedure, te vinden en te verwoorden. Schlesinger heeft dit doel nooit gerealiseerd, en de resultaten van het project bleven beperkt tot het onderwerp van de totstandkoming van overeenkomsten<sup>14</sup>. Wat hij echter wél realiseerde, namelijk een bepaalde wijze om aan rechtsvergelijking te doen, was achteraf gezien evenwel wellicht interessanter dan de ideeën in zijn bijdrage uit 1957.

5. HET SEMINARIE IN CORNELL – De paradox bestaat erin dat de methode die was ontworpen om een *common core* (gemeenschappelijke kern) te vinden en daarom de *common core method* werd genoemd, resulteerde in iets anders, namelijk een belangrijke en zeer grondige studie van gelijkenissen en verschillen aan de hand van een *factual method* (zie hieronder<sup>15</sup>), terwijl omgekeerd de meeste projecten die geprobeerd hebben of nog proberen om een *common core* vast te leggen, andere uitdrukkingen gebruikt hebben (vaak de uitdrukking *Principles*, *Beginselen*), maar niet de *common core method* gebruikten zoals die in het Cornell Seminar werd ontworpen.

In het Cornell Seminar, dat plaatsvond van 1960 tot 1967, startte de onderneming met het opstellen van een lange lijst vragen, die omzeggens het volledige methodologische bereik van het rechtsvergelijkende proces dekten. Deze vragen werden met verwijzingen en potentiële antwoorden voorgelegd aan rechtsgeleerden en praktizijnen die verschillende rechtsstelsels vertegenwoordigden en bijeenkwamen in een seminarie om van gedachten te wisselen over (de antwoorden op) deze vragen (*conversational method*). Het basiskenmerk van dit seminarie was evenwel de zogenaamde ‘feitelijke aanpak’ (*factual approach*): de vragen van de questionnaire werden in feitelijke termen verwoord; elk onderdeel van de *working paper* bestond uit een reeks van casusposities, meestal uit gepubliceerde rechtspraak gehaald. “An effort was made to formulate areas of agreement and of disagreement” (i.e. gelijkenissen en verschillen) “in terms of the actual solutions or results reached by the various legal systems, rather than in terms of mere verbal consonances or dissonances”<sup>16</sup>. Of zoals Ugo Mattei het later verwoordde<sup>17</sup>, een inspanning

<sup>14</sup> R. SCHLESINGER, *A Study of the Common Core of legal Systems – Formation of Contracts* (New York 1968, 2 delen). Zie voor een evaluatie bv. Matthias REIMANN, in *International Encyclopedia of Comparative Law*, Vol. II Ch. 4 “Comparative law. An overview of the Discipline”, nrs. 375-376.

<sup>15</sup> Ik gebruik de uitdrukking *factual method* en niet *case method*, omdat *case method* de klassieke benaming is voor de onderwijsmethode waarbij het recht aan de hand van rechtspraak wordt bestudeerd, verzameld in *casebooks*, en in het bijzonder verbonden met de naam van Christopher C. Langdell (1826-1906), die als decaan van Harvard Law School het curriculum aldaar hervormde met deze methode. In de methode van Langdell ging het er toch vooral om *case law* te gebruiken als bron om beginselen uit af te leiden, die een coherent geheel zouden vormen. Het Amerikaanse *legal realism* was dan ook een reactie hiertegen.

<sup>16</sup> Zie Schlesingers “General Introduction”, in *Formation of contracts*, i.h.b. 31 e.v.

<sup>17</sup> Ugo MATTEI, “The Comparative Jurisprudence of Schlesinger and Sacco: A Study in Legal Influence”, in Annelise Riles (ed.), *Rethinking the Masters of Comparative Law* (Oxford: Hart 2011), (238) 243: “an effort to observe in different legal systems functional analogies hidden by formal differences”.



werd geleverd om in verschillende rechtsstelsels functionele analogieën te observeren die verborgen zitten onder formele verschillen.

6. DE METHODE HISTORISCH GEPLAATST – Hoewel deze *factual method* zelden zo ruim werd toegepast, is deze sindsdien wel een basismodel geworden voor ernstige vergelijkende studie van het recht, misschien zelfs het belangrijkste model van allemaal. Ik verstout me dit te zien als een combinatie van Duitse *Gründlichkeit* met de nieuwere Amerikaanse inductieve benadering, meer bepaald die vorm van Amerikaans *legal realism* die voorheen vooral te vinden was bij rechtsantropologen die een *factual method* hanteerden (Mattei<sup>18</sup> verwijst naar Bronisław Malinowski (1884-1942), Karl N. Llewellyn (1893-1962) en Edward Adamson Hobel (1906-1993)). Ze vond verder ook een neerslag in een meer basaal werk van Schlesinger, waarin hij wel een veel ruimer deel van het recht behandelde, namelijk zijn *Comparative Law: Cases – Texts – Materials*, voor het eerst gepubliceerd in 1950 en daarmee het eerste Amerikaanse algemene *casebook* van internationale (d.i. niet louter Amerikaans-interstatelijke) rechtsvergelijking<sup>19</sup>.

Schlesinger vertrok dus weliswaar in eerste instantie nog van de meer traditionele opvatting van de *case method*<sup>20</sup>, die naar een coherent geheel van gemeenschappelijke beginselen zocht, maar zijn *factual method* evolueerde wel naar een meer “antropologische” en “functionele” methode.

## B. ERNST RABEL EN DE ONTWIKKELING VAN DE FUNCTIONELE METHODE

7. RECHTSVERGELIJKING IN DE VS VÓÓR RABEL – De ontwikkeling van een meer wetenschappelijke methode van rechtsvergelijking was ook het werk van een andere Europese emigrant naar de VS, Ernst Rabel<sup>21</sup>. Tot dan was de academische studie van het recht veel meer gericht op de rechtsgeschiedenis dan op de rechtsvergelijking, zeker in de VS, en in grote mate ook nog in continentaal Europa. In dit opzicht verdient Francis Deák zeker vermelding, een Hongaarse jurist die naar de VS emigreerde en reeds in 1934 een van de allereerste rechtsvergelijkende *casebooks* publiceerde, met name over

---

<sup>18</sup> *Ibid.*, 243 met beroep op Elisabetta GRANDE, “L’apporto dell’antropologia alla conoscenza del diritto (Piccolo guida alla ricerca di nuovi itinerari)”, 14. *Rivista Critica del Diritto Privato* 1996, 467 e.v. (@ [https://www.academia.edu/12633068/Lapporto\\_dellantropologia\\_alla\\_conoscenza\\_del\\_diritto](https://www.academia.edu/12633068/Lapporto_dellantropologia_alla_conoscenza_del_diritto)).

<sup>19</sup> R. SCHLESINGER, *Comparative Law: Cases – Texts – Materials* (Brooklyn: Foundation Press (1) 1950).

<sup>20</sup> Zie *supra* vn. 15 over Langdell.

<sup>21</sup> Nader over Rabel o.a. Gerhard KEGEL, “Ernst Rabel (1874-1955)”, in Stefan Grundmann en Karl Riesenhuber (eds.), *Private Law Development in Context. German Private Law and Scholarship in the 20th Century* (Antwerpen: Intersentia 2018), 111 e.v.



aansprakelijkheidsrecht (*tort law*)<sup>22</sup>, en verder een reeks rechtsvergelijkende bijdragen die in een klassiekere stijl verschillende rechtsstelsels in hun eigen bewoordingen beschreef.

**8.** AANZETTEN VOOR EEN FUNCTIONELE METHODE BIJ RABEL EN ZWEIGERT – In hetzelfde jaar 1939 waarin Schlesinger vluchtte en emigreerde, was ook een andere Duitse jurist van joodse afkomst, Ernst Rabel, daartoe genoodzaakt; hij kan worden beschouwd als een tweede voorloper op het gebied van de *common core method*, zij het dat zijn invloed minder specifiek en meer algemeen was.

Rabel publiceerde sinds minstens 1924 over de methoden van rechtsvergelijking<sup>23</sup> en stelde een functionele benadering voor, zij het dat hij zijn methode nooit in detail heeft uitgewerkt<sup>24</sup>. Het is eigenlijk wachten op Konrad Zweigert<sup>25</sup> om een meer uitgewerkte uiteenzetting te vinden over een functionele methode, beginnende met zijn inaugurale rede uit 1949<sup>26</sup> over zijn bijdragen over functionele equivalenten en *praesumptio similitudinis* uit de jaren 1960<sup>27</sup> en uitmondend in de *Einführung* met Hein Kötz van 1971<sup>28</sup>.

Niettemin verschoof Rabel reeds duidelijk de aandacht van een zogenaamde dogmatische naar een meer feitelijke benadering, beginnende met zijn aanpak van de rechtsconflicten (internationaal privaatrecht)<sup>29</sup>. Zoals bij Gorla (*infra* nr.

<sup>22</sup> Zie David S. CLARK, “Development of Comparative Law in the United States”, in *The Oxford Handbook of Comparative Law* (Oxford: Oxford UP (2) 2019), (148) 173.

<sup>23</sup> Ernst RABEL, “Aufgabe und Notwendigkeit der Rechtsvergleichung”, *Rheinische Zeitschrift für Zivil- und Prozessrecht* 1924, 279 e.v. en in overdruk 1925.

<sup>24</sup> Volgens R. MICHAELS, “The functional method of comparative law”, in *The Oxford Handbook of Comparative Law*, (346) was het veeleer Rabels leerling Max Rheinstein die aan Rabel een theorie van de functionele methode toeschreef.

<sup>25</sup> Nader over Zweigert o.a. U. DROBNIG, “Konrad Zweigert (1911-1996)”, in S. Grundmann en K. Riesenhuber (eds.), *Private Law Development in Context. German Private Law and Scholarship in the 20th Century*, 205 e.v.

<sup>26</sup> Konrad ZWEIGERT, “Rechtsvergleichung als universale Interpretationsmethode”, 15. *Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* 1949/50, 5 e.v.

<sup>27</sup> K. ZWEIGERT, “Méthodologie du droit comparé”, in *Mélanges offerts à Jacques Maury I* (Paris: Dalloz Sirey & Faculté de droit et des sciences économiques de Toulouse 1960), 579 e.v.; K. ZWEIGERT, “Des solutions identiques par des voies différentes”, 18. *RIDC* 1966, 5 e.v. Volgens R. MICHAELS, in *The Oxford Handbook of Comparative Law*, (346) 362 bouwde hij daarbij voort op de werken van, behalve Ernst Rabel, Max Salomon (zie *infra* vn. 32) en Josef ESSER (*Grundsatz und Norm in der richterlichen Rechtsfortbildung* (Tübingen: Mohr 1956), met een voorwoord van Konrad Zweigert). In dat werk verwoordde Esser een “Gesetz der funktionalen Äquivalenz” (349 e.v.).

<sup>28</sup> K. ZWEIGERT en H. KÖTZ, *Einführung in die Rechtsvergleichung* (Tübingen: Mohr Siebeck, deel 1 1971, deel 2 1969; 3e uitgave in 1 deel 1996); Engelse vertaling: *Introduction to Comparative Law* (Oxford: Clarendon 1998). Dit wil niet zeggen dat die functionele methode in die werken van Zweigert en Kötz reeds concreet is uitgewerkt, behalve dan wat betreft de opstelling van onderzoeksvragen.

<sup>29</sup> Zie E. RABEL, “El fomento internacional del derecho privado”, *Revista de derecho privado* 1931, 321 e.v., 364 e.v. alsook zijn leerling M. RHEINSTEIN, “Comparative Law and Conflict of

11), was zijn aandacht voor de functie van rechtsregels ontwikkeld geworden door de studie van de rechtsgeschiedenis (Ludwig Mitteis was zijn promotor (*Doktorvater*)<sup>30</sup>); ze was verder aangescherpt door de studie van het internationaal privaatrecht. Reeds in zijn rede uit 1924 benadrukte hij dat de studie van het recht aandacht moet hebben voor “alles” wat invloed heeft op het recht<sup>31</sup> (vgl. in dezelfde periode de antropologen hierboven in nr. 6 geciteerd en vgl. later Rodolfo Sacco, *infra* nr. 30 e.v.). In aansluiting op wat Max Salomon kort na de Eerste Wereldoorlog schreef over de rechtswetenschap in het algemeen<sup>32</sup>, schreef Rabel in 1931 dat hetgeen door de verwijzingsregels (van internationaal privaatrecht) aan een rechtsorde wordt toegewezen de “*Lebensverhältnisse*” zijn<sup>33</sup>. In zijn programmatorische bijdrage uit 1937, “Die Fachgebiete des Kaiser Wilhelm Instituts für ausländisches und internationales Privatrecht”<sup>34</sup>, schreef hij over de rechtsvergelijking:

*“eerder dan vaste gegevens en geïsoleerde paragrafen te vergelijken, vergelijken we de oplossingen ontwikkeld door een staat voor een specifieke feitelijke situatie met de antwoorden ontwikkeld door een andere*

---

Laws in Germany”, 2. *U Chicago LR* 1934-35, 232 e.v., @ <https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1278&context=uclrev>.

<sup>30</sup> Zie R. ZIMMERMANN, “In der Schule von Ludwig Mitteis’ – Ernst Rabels rechtshistorische Ursprünge”, 65. *RabelsZ* 2001, 1 e.v.; David J. GERBER, “Sculpting the Agenda of Comparative Law: Ernst Rabel and the facade of Language”, in A. Riles (ed.), *Rethinking the Masters of Comparative Law*, (190) 192; R. MICHAELS, in *The Oxford Handbook of Comparative Law*, (346) 384 vn. 234 met verwijzing naar E. RABEL, “In der Schule von Ludwig Mitteis”, 7-8. *Journal of Juristic Papyrology* 1954, (157) 159, herdrukt in *Gesammelte Aufsätze* (Tübingen: Mohr 1967), III, (376) 378.

<sup>31</sup> E. RABEL, “Aufgabe und Notwendigkeit der Rechtsvergleichung”, *Rheinische Zeitschrift für Zivil- und Prozessrecht* 1924, (279) 283 (in overdruk p. 3): “Der Stoff des Nachdenkens über die Probleme des Rechts muß das Recht der gesamten Erde sein, vergangenes und heutiges, der Zusammenhang des Rechts mit Boden, Klima und Rass, mit geschichtlichen Schicksalen der Völker, mit religiösen und ethischen Vorstellungen ( ... )” – voor het volledige citaat, zie K. ZWEIFERT en H. KÖTZ, *Einführung*, in (3) 1996, 35, en in Engelse vertaling bij M. RHEINSTEIN, *U Chicago LR* 1934-35, (232) 246.

<sup>32</sup> Max SALOMON, *Grundlegung zur Rechtsphilosophie* (Berlin: Rothschild (1) 1919, (2) 1925), in de 2e uitgave p. 34: “Objekt der Rechtswissenschaft sind nicht die Lösungen, welche die Rechtsprobleme in diesem oder jenem Gesetzbuch, oder bei diesem oder jenen Autor gefunden haben, sondern diese Probleme selbst. Rechtswissenschaft ist nicht eine Wissenschaft von den Rechtsnormen, sondern von den Rechtsproblemen”, en over de rechtsvergelijking hoger op p. 33 “(Rechtsnormen) erscheinen als die voneinander abweichenden Lösungsversuche eines identischen Rechtsproblems. Die Einheit des Problems ist es, die ihre Vergleichbarkeit gewährleistet”.

<sup>33</sup> E. RABEL, “Das Problem der Qualifikation”, 5. *Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* 1931, (241) 245, geciteerd door M. GEBAUER, “Zu den methodischen Ursprüngen funktionaler Rechtsvergleichung – Sachnorm, Kollisionsnorm und Qualifikation”, in C. Benicke en St. Huber (eds.), *National, International, Transnational: Harmonischer Dreiklang im Recht, Festschrift für Herbert Kronke zum 70. Geburtstag am 24. juli 2020* (Bielefeld: Gieseking 2020), (813) 830 vn. 142.

<sup>34</sup> E. RABEL, “Die Fachgebiete des Kaiser Wilhelm Instituts für ausländisches und internationales Privatrecht”, in *25 Jahre Kaiser-Wilhelm-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften* (1937), III.

*staat voor dezelfde feitelijke situatie en vragen we vervolgens waarom zij ontwikkeld werden en welk gevolg zij hebben gehad” (eigen vertaling)<sup>35</sup>.*

De toepassing van deze methode zien we aan het werk in Rabels vierdelige verhandeling, geschreven in de VS, *Conflict of Laws: A Comparative Study* (eerste deel verschenen in 1945), waarin hij – opnieuw – argumenteerde dat verwijzingsregels moeten opereren “*directly on the facts of life, not on a legally predicated, abstract subject matter*”<sup>36</sup> (rechtstreeks op de feiten van het leven, niet op een juridisch toegekende abstracte aangelegenheid).

**9.** FUNCTIONELE METHODE EN INTERNATIONAAL PRIVAATRECHT – De functionele methode in de rechtsvergelijking werd dan ook op de eerste plaats ontwikkeld als een antwoord op problemen van kwalificatie in het internationaal privaatrecht<sup>37</sup>. Het is dan ook interessant om dieper te duiken in de doctrine van het internationaal privaatrecht vanaf het einde van de 19e eeuw. Dit geschiedde evenwel al grondig door Martin Gebauer in een bijdrage in de feestbundel voor Herbert Kronke<sup>38</sup> en de geschiedenis van de functionele methode is niet het hoofdonderwerp van deze bijdrage, zodat ik me beperk tot enkele gegevens.

Rabels leerling Max Rheinstein schreef in 1935 dat de functionele methode in Duitsland al enige tijd gemeengoed geworden was<sup>39</sup>, zij het dat hij voor de oorsprong ervan gek genoeg verwees naar Edouard Lambert, terwijl die toch veeleer gevonden kan worden bij Duitse auteurs van de late 19e eeuw, in het bijzonder Franz Kahn<sup>40</sup> alsmede in zekere mate de Italiaanse auteur Prospero Fedozzi<sup>41</sup>, die beiden de verhouding tussen internationaal privaatrecht en rechtsvergelijking bestudeerden. In 1891 schreef Kahn over de kwalificatie van een rechtsverhouding voor de toepassing van de verwijzingsregels:

*“Denn auf die Funktion und Kern, nicht auf die technisch-juristische Konstruktion und Ausgestaltung eines Rechtsverhältnisses kommt es an”<sup>42</sup>.*

<sup>35</sup> Zie ook de Engelse vertaling van D. GERBER, in A. Riles (ed.), *Rethinking the Masters of Comparative Law*, (190) 199.

<sup>36</sup> E. RABEL, *Conflict of Laws: A Comparative Study* (Ann Arbor: U. of Michigan Press/Chicago: Callaghan, deel I 1945), 46. Zie eerder al E. RABEL, “Das Problem der Qualifikation”, 5. *RabelsZ* 1931, 241 e.v.

<sup>37</sup> Dit wordt gesteld door Michele GRAZIADEI, “The functionalist heritage”, in Pierre Legrand en Roderick Munday (eds.), *Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions* (Cambridge: Cambridge UP 2003), (100) 104 en nader bewezen in de hiernavolgende bijdrage van Martin Gebauer.

<sup>38</sup> M. GEBAUER, in *Festschrift für Herbert Kronke*, 813-833.

<sup>39</sup> M. RHEINSTEIN, 2. *University of Chicago LR* 1935, (232) 247 e.v.

<sup>40</sup> Zie uitvoeriger M. GEBAUER, in *Festschrift für Herbert Kronke*, (813) 819-825.

<sup>41</sup> Zie M. GEBAUER, in *Festschrift für Herbert Kronke*, (813) 819 vn. 46.

<sup>42</sup> F. KAHN, “Gesetzeskollisionen, Ein Beitrag zur Lehre des internationalen Privatrechts”, 30. *Iherings Jahrbücher* 1891, (1) 139.

En eerder op p. 115:

*“Für das Wesen eines Rechtsinstituts als solchen, insbesondere soweit es für das internationale Privatrecht in Betracht kommt, können nicht solche Verschiedenheiten der technischen Ausgestaltung, sondern nur die Identität der funktionellen Bedeutung ausschlaggebend sein”.*

Met andere woorden, de gemeenschappelijke kern (*common core*) doelt hier op de gelijkheid van functie van een rechtsregel of rechtsverhouding, niet op de gelijkheid van oplossing.

Rabel radicaliseerde daarbij in zekere zin de opvattingen van Kahn door, zoals hoger aangehaald, niet een rechtsverhouding maar een *Lebensverhältnis* als het door het IPR aan een rechtsorde toegewezen te zien<sup>43</sup>.

Het is duidelijk dat de rechtsvergelijking belangrijke stimulansen heeft gekregen vanuit de beoefening van het IPR, met name bij Rabel; Ralf Michaels, die dit ook aantoonde, voegde daar recent een argumentatie aan toe waarom het IPR in wezen een concrete vorm van rechtsvergelijking is en dat de *kollisionsrechtlich-vergleichende Methode* (internationaalprivaatrechtelijk-vergelijkende methode), zoals hij ze noemt, een belangrijke verrijking betekent voor de rechtsvergelijking, waarbij men verplicht wordt op concrete vragen in te gaan<sup>44</sup>.

**10.** DE VERLOKKING VAN HET EENHEIDSRECHT – Terug naar Rabel nu. Ondanks zijn ontwikkeling van een functionele methode van rechtsvergelijking vanuit het internationaal privaatrecht stelde Rabel tezelfdertijd zijn kennis in dienst van dezelfde verlokking tot eenvormig recht die we zagen in Schlesingers bijdrage uit 1957; Rabel is daardoor het best bekend voor zijn werk over kooprecht, dat de basis heeft gelegd voor eenvormig internationaal kooprecht (*Das Recht des Warenkaufs*, een studie in opdracht van de Volkenbond<sup>45</sup>). Rabel stelde in 1935<sup>46</sup> dat het voorstel voor een eenvormig kooprecht, ontworpen door de Unidroit-werkgroep, mogelijk was gemaakt doordat het anders dan andere internationale projecten gebaseerd was op echt rechtsvergelijkend werk, dat het mogelijk heeft gemaakt om de nationale eigenaardigheden die overbleven uit verschillende gedateerde tijdperken op te lossen in een hogere eenheid. Bij nader inzien blijkt evenwel dat Rabel daarbij uitging van een vergelijking van de wetgeving, en in zekere mate de rechtspraak om de

<sup>43</sup> Vgl. M. GEBAUER, in *Festschrift für Herbert Kronke*, (813) 829-830.

<sup>44</sup> R. MICHAELS, “Internationales Privatrecht als Rechtsvergleichung: Die kollisionsrechtlich-vergleichende Methode”, in Nils Jansen en Sonja Meier (eds.), *Iurium Itinera. Reinhard Zimmermann zum 70. Geburtstag am 10. Oktober 2022* (Tübingen: Mohr Siebeck 2022), 149-176.

<sup>45</sup> E. RABEL, *Das Recht des Warenkaufs I* (Berlin: De Gruyter 1936).

<sup>46</sup> E. RABEL, “Der Entwurf eines einheitlichen Kaufgesetzes”, 9. *Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* 1935, 1 e.v., 339 e.v.

wettelijke regel te contextualiseren, maar dat zijn studie in het licht van de doelstelling om een eenvormige wet te schrijven niet bedoeld was als een studie van de rechtspraktijk<sup>47</sup>. Verder was zijn rechtsvergelijkend werk over rechtsconflicten (internationaal privaatrecht) bedoeld om terug te keren naar een internationale behandeling in een internationale geest van internationale problemen (“*come back to an international treatment in an international spirit of international problems*”), ook al doelde het niet op eenmaking van het recht op zichzelf, dit om de nationale eigenaardigheden en gevoeligheden niet te kwetsen, maar wel op een betere harmonie<sup>48</sup>.

Dezelfde dubbelzinnigheid kan gevonden worden in Schlesingers bijdrage uit 1957, waarin hij een gemeenschappelijke kern van beginselen onderscheidde van een periferie waarin de detailregels (“*national peculiarities*”, nationale eigenaardigheden) verschillen.

En toch hebben zowel Rabel als Schlesinger desondanks beiden een aanzet gegeven voor een meer functionele methode van rechtsvergelijking waarin gezocht wordt naar een eenheid van functie zonder dat dit onderzoek moet uitmonden in een eenheid van oplossing. In die methode wordt de aandacht verruimd naar een breder scala van rechtsbronnen en andere factoren die mee het *law in action* bepalen.

### C. GINO GORLA EN RODOLFO SACCO

11. GINO GORLA – De derde *founding father* is Gino Gorla, buiten Italië zwaar ondergewaardeerd (ik ben nog steeds Mauro Cappelletti dankbaar die mij in het begin van de jaren 1980 in zijn werk introduceerde). Gorla was de persoon die de *factual method* die hij sinds de jaren 1930 had ontwikkeld als rechtshistoricus, omgezet heeft in de rechtsvergelijking, mede als gevolg van de confrontatie met Amerikaanse rechtsgeleerdheid (sinds 1949 met zijn bezoek aan Cornell Law School en ontmoeting met o.a. Rudolf Schlesinger)<sup>49</sup>. De bijdrage van Gorla was van wezenlijk belang voor de verdere ontwikkeling van wat in de rechtsvergelijking nogal ongelukkig de *common core method* wordt genoemd.

<sup>47</sup> Zie in het bijzonder de argumentatie in § 4 van *Das Recht des Warenkaufs I*.

<sup>48</sup> E. RABEL, “A Comparative Study of the Conflict of Laws”, 50. *RabelsZ* 1986, (303) 305-307.

<sup>49</sup> Zie E. GRANDE, “Development of Comparative Law in Italy”, in *The Oxford Handbook of Comparative Law*, (87) 92; P.G. MONATERI, “Gorla Luigi (Gino)”, in *Dizionario del liberalismo italiano II* (Soveria Mannelli: Rubbettino 2015). Verder over Gorla W. LORENZ, J.H. MERRYMAN, B. NICHOLAS en G. PUGLIESE, *Ricordando Gino Gorla* (Roma: Centro du studi e ricerche di diritto comparato en straniero 1993), 37 p. Gorla zelf verhaalt zijn weg in “Ricordi della carriera di un comparatista”, in G. GORLA, *Diritto comparato e diritto comune europeo* (Milano: Giuffrè 1981), (1) 2 e.v.; zijn bezoek aan Amerika volgde uit zijn studies over De Toqueville (oratie Pavia 1946 en een boek gepubliceerd in 1948).

In een eerste fase (vóór de Tweede Wereldoorlog) vinden we in Gorla's werk vooral kritische analyses die de verschillen onthullen tussen *law in books* en *law in action* (om de uitdrukking te gebruiken die Eugen Ehrlich muntte in 1903<sup>50</sup> en bekend werd door een publicatie met die titel van Roscoe Pound in de *American Law Review* 1910) in het contractenrecht en aanverwante onderwerpen, waarbij hij gebruik maakte van een zeer uitvoerige kennis van de rechtsgeschiedenis en vooral de historische rechtspraak, en waarmee hij de weg bereidde voor een theorie van elkaar gedeeltelijk tegensprekende juridische formanten (*legal formants*), zoals die later werd uitgewerkt door Rodolfo Sacco.

Na een jaar in de VS (1948-49) werden zijn studies rechtsvergelijkend, in het bijzonder *civil law* en *common law* vergelijkend, wat culmineerde in het tweedelige werk *Il contratto* (1954)<sup>51</sup>. Het eerste deel is een lange historische en vergelijkende studie van het vraagstuk van de bindende kracht van overeenkomsten; het is niet enkel een functionele analyse van dat vraagstuk door middel van een *factual method* in de zin van een discussie hoe casusposities worden behandeld in verschillende rechtssystemen, maar ook een poging om de gelijkenissen en verschillen te *verklaren*, waarbij noodzakelijkerwijze ook de rechtsgeschiedenis moet worden betrokken. Het tweede deel is een *casebook* met het materiaal voor het eerste deel. Gorla's doel bestond er *niet* in een gemeenschappelijke kern te vinden en te helpen om in zekere mate eenvormig recht te scheppen, maar wel in de gelijkenissen en verschillen tussen rechtssystemen diepgaander te ontleden, en daarbij ook de oplossingen in de rechtspraak te contrasteren met de verklaringen in de rechtsleer.

**12. RODOLFO SACCO** – Zoals gezegd werd deze aanpak later, vanaf de late jaren 1950, tot een theorie uitgewerkt door Rodolfo Sacco, die bescheiden stelde dat hij slechts de notaris was die de nieuwigheden ontdekt door Schlesinger, Gorla en René David op schrift had gesteld<sup>52</sup>; in feite had hij zijn methode reeds onafhankelijk van Schlesinger en het Cornell Project ontwikkeld<sup>53</sup>, al werd zij internationaal slechts bekend door de publicatie van zijn theorie in het Engels in de *American Journal of Comparative Law* in

---

<sup>50</sup> In zijn rede *Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft*, Vortrag juristische Gesellschaft Wien (Leipzig: Hirschfeld 1903), @ <https://sammlungen.ub.uni-frankfurt.de/varia/content/titleinfo/10936097>.

<sup>51</sup> G. GORLA, *Il contratto, problemi fondamentali trattati con il metodo comparativo e casistico* (Milano: Giuffrè 1954), 2 delen.

<sup>52</sup> Rodolfo SACCO, *Che cos'è il diritto comparato* (Milano: Giuffrè 1992), 284.

<sup>53</sup> Zie de bespreking bij U. MATTEI in A. RILES (ed.), *Rethinking the Masters of Comparative Law*, (238) 250-251, die erop wijst dat Sacco pas in 1970 kennisnam van het Cornell Project. Zie voor een eerste bijdrage van Sacco met name zijn "Définitions savantes et droit appliqué dans les pays romanistes", *RIDC* 1965, 827 e.v. In latere werken gaf Sacco een beschrijving en evaluatie van het *Cornell Seminar*, met name in zijn *Introduzione al diritto comparato*, in de vijfde uitgave (Torino: UET 1992) op p. 53-57.



1991<sup>54</sup>. We gaan verder in randnummer 30 nader in op de theorie en methode van Sacco en de alternatieve opvatting over *common core* die eruit volgt.

## D. DE EUROPESE CONTEXT

13. DE CONTEXT IN HET ALGEMEEN – Als gevolg van deze en andere intellectuele ontwikkelingen verspreidde zich over Europa niet enkel de uitdrukking *common core*, maar ook een nieuwe versie van functionele rechtsvergelijking, draaiende rond de *factual method*. In dezelfde periode was de nieuwe economische orde op zoek naar vormen voor eenvormig recht (Haags kooprecht, transportverdragen enz.), begon de Europese Unie (toen Europese Economische Gemeenschap) het domein van het privaatrecht te betreden en ontwikkelde de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens een nieuwe vorm van *common core*. Rechtsvergelijkende studies waren een wezenlijk onderdeel in deze ontwikkelingen en rechtsvergelijkers bezweken in zeer verschillende gradaties aan de verleiding om de rechtsvergelijking in dienst te stellen van harmonisatie van het recht. Vooraleer daarin nader te onderscheiden, breng ik enkele seminale gebeurtenissen in herinnering.

14. SEMINALE GEBEURTENISSEN – Nadat het *European University Institute* de deuren opende in Fiesole in 1976, organiseerde de eerste Voorzitter van het Departement Rechten, Mauro Cappelletti, in mei 1977 een conferentie onder de hoofding *New perspectives for a common law of Europe*<sup>55</sup>. Gino Gorla analyseerde er hoe rechtbanken eeuwenlang doctrines en oplossingen van rechtbanken in andere landen gereciperd hebben. Rodolfo Sacco pleitte ervoor om de zoektocht naar een *common core* zoals beoefend in het Cornell Seminar te integreren in de rechtsopleiding, een methode die enerzijds de specificiteit van de verschillende nationale rechten ernstig zou nemen maar anderzijds ook geen kunstmatige bijzonderheden zou scheppen. Ole Lando pleitte voor een modelwet op een breed gecoördineerd rechtsgebied – eerder dan loutere fragmenten –, een Europese *Uniform Commercial Code* gegrond op rechtsvergelijkend onderzoek en de vergelijkende studie van de maatschappelijke en economische werkelijkheid, of op zijn minst een *restatement* van het handelsrecht in de lijn van de *restatements* van het *American Law Institute*; in 1982 startte hij de *Commission on European Contract Law* op om dit te ontwerpen op het gebied van het contractenrecht (zie *infra* randnr. 22). Anderen, zoals Hein Kötz, pleitten in dezelfde periode voor een

---

<sup>54</sup> R. SACCO, “Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law”, 39. *AJCL* 1991, 1 e.v. en 343 e.v. Over de betekenis van deze theorie, zie bv. A. GAMBARO en M. GRAZIADEI, v° “Legal formants”, in *Elgar Encyclopedia of Comparative Law* (2023), @ <https://doi.org/10.4337/9781839105609.formants>.

<sup>55</sup> Mauro CAPPELLETTI e.a., *New perspectives for a common law of Europe* (Leiden/London: Sijthof 1978), @ <https://cadmus.eui.eu/handle/1814/18579>, met bijdragen van G. Gorla, R. Sacco, O. Lando, R. David e.a.



vergelijkbaar stel van regels of beginselen<sup>56</sup> (zie *infra* randnr. 19). Intussen streefde Unidroit naar een *Progressive codification of international trade law* met voorafgaande studies vanaf 1970 en de oprichting van een Werkgroep in 1974, die vervolgens zou aanvatten met de studie van, jawel, de totstandkoming van overeenkomsten. Dit zal leiden tot de *Unidroit beginselen voor internationale handelsovereenkomsten* (*Unidroit Principles for international commercial contracts*)<sup>57</sup> (waarover meer *infra* randnr. 25).

### III. EEN TYPOLOGIE VAN DE VERHOUDING TUSSEN RECHTSVERGELIJKING EN RECHTSEENMAKING

15. EEN TYPOLOGIE – Laat ik nu pogen om de verschillende wijzen te onderscheiden waarop rechtsvergelijkende studies in die en latere periodes zich verhouden tot rechtseenmaking, en aan te geven in welke zin zij kunnen worden beschouwd als *common core*-projecten of niet. Er zijn vier types te onderscheiden: in punt A de zoektocht naar functionele equivalenten, in punt B de zoektocht naar een *ius commune* in de hedendaagse rechtspraak, in punt C de zoektocht naar gemeenschappelijke beginselen met een *better law*-benadering, en in D punt de zoektocht naar de gemeenschappelijke traditie. In punt E volgen er enkele kritische bedenkingen over de resultaten van sommige zoektochten.

#### A. OP ZOEK NAAR FUNCTIONELE EQUIVALENTEN

16. DE ROLLEN VAN FUNCTIONELE EQUIVALENTEN – In een eerste soort vergelijkend onderzoek is eenvormig recht duidelijk niet het voorwerp noch het directe doel van het onderzoek, maar kan het onderzoek wel leiden tot het ontdekken van gelijkenissen of openingen naar rechtseenmaking die een oppervlakkige vergelijking niet zou laten zien. Een goed voorbeeld is het werk van Zweigert en Kötz. Bij wijze van reactie op ouder vergelijkend werk van een meer begripsmatige of dogmatische aard<sup>58</sup>, dringen ze er bij de rechtsvergelijker op aan te blijven zoeken naar gelijkenis waar deze afwezig lijkt op het eerste gezicht, de beruchte *praesumptio similitudinis*<sup>59</sup>. Juister

<sup>56</sup> H. KÖTZ, “Gemeineuropäisches Zivilrecht”, in *Festschrift für Konrad Zweigert* (Tübingen: Mohr 1981), 481 e.v.

<sup>57</sup> *Unidroit Principles for International Commercial Contracts* (Roma: Unidroit (1) 1994, (2) 2004, (3) 2011, (4) 2016); Nederlandse vertaling van de tweede uitgave door M.E. STORME en N. FRENK, *Unidroit beginselen voor internationale handelsovereenkomsten* (Lelystad: Vermande 1987).

<sup>58</sup> Het was tevens een antwoord op het opfokken van tegenstellingen tussen rechtsstelsels in de periode van autoritaire regimes en de daaruit volgende Tweede Wereldoorlog (zie R. MICHAELS, in *The Oxford Handbook of Comparative Law*, (346) 375-376).

<sup>59</sup> *Einführung* (1) 1971, 36; (3) 1996, 39; eerder K. ZWIGERT, 18. *RIDC* 1966, 5 e.v. en vervolgens in de Duitse versie als “Die ‘praesumptio similitudinis’ als Grundsatzvermutung rechtsvergleichender Methode”, in M. Rotondi (ed.), *Inchieste di diritto comparato II, Buts et méthodes du droit comparé* (Padova: Cedam 1973), 735 e.v.

gezegd dringen ze erop aan uit te kijken naar *functionele equivalenten*: regels of instellingen die verschillend zijn maar tot gelijkwaardige oplossingen voor eenzelfde probleem komen.

Deze vorm van rechtswetenschap wordt door sommigen ook gezien als een instrument voor rechtbanken en wetgevers om de ‘betere’ oplossingen te vinden, door niet enkel verschillende uitkomsten te laten zien maar ook verschillende wegen om tot een uitkomst te komen<sup>60</sup>. Voor Zweigert zelf (in zijn inaugurale rede, *supra* randnr. 8) was rechtsvergelijking niet enkel *fact-finding* maar ook een zoektocht naar de beste oplossing<sup>61</sup> – zonder te pretenderen dat die oplossing ook een gemeenschappelijke oplossing is. Meer nog, de ‘beste oplossing’ is voor hem niet noodzakelijk overal dezelfde. Toch kan erop gewezen worden dat vele auteurs die op deze wijze de functionele methode begrepen en gebruikten, de gevallen van “gelijkaardige oplossingen via verschillende wegen” toch als een soort uitdrukking zagen van universele waarden. De meer kritische functionalisten daarentegen, vooral diegenen die ook geleerd hebben van de grote Duitse rechtssocioloog en rechtstheoreticus Niklas Luhmann (1927-1998), zien de oplossingen als mogelijke maar geen noodzakelijke antwoorden op een probleem, zodat verschillende rechtsstelsels

-----  
Voor een kort genuanceerd relaas van de kritiek hierop en verweer ertegen, zie Maurice ADAMS, “Structuur, praktijk en theorie van rechtsvergelijkend onderzoek”, *TPR* 2018, (889) 907 e.v. nr. 29 e.v.; evenals het relaas van Gerhard DANNEMANN, “Comparative law: Study of similarities or differences?”, in *The Oxford Handbook of Comparative Law*, (390) 394 e.v., i.h.b. 396 en 400-403 en de ruimere besprekingen door M. GRAZIADEI, in *Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions*, 100 e.v., door C. VALCKE en M. GRELLETTE, “Three Functions of Function in Comparative Legal Studies”, in M. Adams en D. Heirbaut (eds.), *The Method and Culture of Comparative Law. Essays in Honour of Mark Van Hoecke* (Oxford: Hart Bloomsbury 2014), 99 e.v., en door R. MICHAELS, in *The Oxford Handbook of Comparative Law*, (346) 362 e.v. en 375 e.v.; verder M. GEBAUER, *Festschrift für Herbert Kronke*, (813) 816-817. Voor de nuancering door Kötz zelf, zie zijn “Abschied von der Rechtskreislehre?”, 6. *ZEuP* 1998, (493) 504-505, ook geciteerd (in Engelse vertaling) door G. DANNEMANN, in *The Oxford Handbook of Comparative Law*, 400, en de stellingen in H. KÖTZ, “Comparative law: A Veteran’s View”, in K. Boele-Woelki en D. Fernández Arroyo (eds.), *The Past, Present and Future of Comparative Law – Le passé, le présent et le futur du droit comparé* (Cham: Springer 2018), (25) 33-34, verder aangehaald.

<sup>60</sup> Voor een kritische stellingname tegen de mogelijkheid om uit de vergelijking zelf normatieve conclusies te trekken, zie R. MICHAELS, in *The Oxford Handbook of Comparative Law*, (346) i.h.b. 379 e.v. Zie ook G. SAMUELS, aangehaald *infra* randnr. 21; Nils JANSEN, *Binnenmarkt, Privatrecht und europäische Identität* (Tübingen: Mohr Siebeck 2004), 67-72.

<sup>61</sup> Ingeborg SCHWENZER, “Development of Comparative Law in Germany, Switzerland and Austria”, in *The Oxford Handbook of Comparative Law*, (54) 90. Bv. K. ZWIGERT, 18. *RIDC* 1966, 5. M. ADAMS, *TPR* 2018, (889) 908-909, nr. 32 ziet deze opvatting van instrumentalisme en zoektocht naar een beter recht voor de samenleving als een product van de wederopbouw na de Tweede Wereldoorlog: “Uiteindelijk ademt de taal van Zweigert en Kötz in sterke mate een instrumentele rechtsopvatting uit. Ze nemen een wat je zou kunnen noemen ‘vaccin-model’ van recht als uitgangspunt: als neutrale, externe specialist injecteert de jurist een juridisch vaccin in de samenleving, waarop die samenleving vervolgens – een-op-een als het ware – geneest van de maatschappelijke ziekte. De verklaring voor de dominantie van dat instrumentele of functionele denken is volgens mij gelegen in het feit dat de auteurs – of althans in eerste instantie Zweigert – hun opvattingen in de jaren ’60 van de vorige eeuw hebben vormgegeven: dat waren de jaren van wederopbouw, en van een sterk geloof in de maakbaarheid van de samenleving door middel van het recht”.

wel degelijk verschillende antwoorden kunnen geven voor eenzelfde probleem en deze antwoorden in die zin contingent zijn<sup>62</sup> en grotendeels pad-afhankelijk<sup>63</sup>. Meer nog, waar de functionele methode op zoek gaat naar functionele equivalenten, levert zij eerder argumenten op tegen eenmaking van het recht door precies aan te tonen dat er functionele equivalenten mogelijk zijn<sup>64</sup>.

**17. FUNCTIONELE EQUIVALENTIE EN IPR** – Met name bij het gebruik van rechtsvergelijking in het IPR wordt snel duidelijk dat functionele equivalentie van oplossingen helemaal niet gelijkstaat met een gelijkaardigheid van oplossingen, maar wel met een gelijkaardigheid van het probleem waarvoor het een oplossing is, dus één van de mogelijke oplossingen; de functionele equivalentie heeft dan ook veeleer betrekking op de verhouding van vraag en antwoord, van probleem en oplossing<sup>65</sup>. Tegengestelde oplossingen kunnen precies dezelfde functie hebben. Reeds in het hoger aangehaalde citaat van Franz Kahn (“*Denn auf die Funktion und Kern, nicht auf die technisch-juristische Konstruktion und Ausgestaltung eines Rechtsverhältnisses kommt es an*”) is duidelijk dat de “kern” of “core” doelt op de gelijkheid van functie, niet de gelijkheid van oplossing: opdat een vreemde rechtsverhouding gekwalificeerd zou kunnen worden in een categorie van het internationaal privaatrecht van het forum moet die vreemde rechtsverhouding (of levensverhouding bij Rabel) dezelfde functie hebben als degene die in het nationaal recht (*lex fori*) onder die categorie valt<sup>66</sup>.

## **B. HET VINDEN VAN EEN GEMEEN EUROPEES RECHT**

**18. IUS COMMUNE CASEBOOKS** – Een tweede soort onderzoek start weliswaar nog steeds van deze intussen klassieke functionalistische benadering, maar beoogt gemeenschappelijke ‘algemene beginselen’ die aanwezig zouden zijn in het levende recht te onthullen. Dit is uitdrukkelijk het geval voor het project van de *Ius Commune Casebooks for the Common Law of Europe*, in 1994 opgestart op inspiratie van Walter van Gerven (voorafgegaan door een conferentie in Maastricht in september 1991 over *The future of legal education*

<sup>62</sup> Zie opnieuw vooral R. MICHAELS, in *The Oxford Handbook of Comparative Law*, (346) 363-365, die voor de tweede stroming met name verwijst naar de geschriften van Bijan FATEH-MOGHADAM. Zie bij Luhmann zelf N. LUHMANN, “Funktionale Methode und Systemtheorie”, 15. *Soziale Welt* 1965, (1-25), @ <https://www.jstor.org/stable/40876647>, herdrukt in *Soziologische Aufklärung I* (Köln/Opladen: Westdeutscher Verlag 1970), 39 e.v., i.h.b. 44-46.

<sup>63</sup> Voor een voorbeeld van de invloed van pad-afhankelijkheid, zie mijn “Path dependency – the example of retention of ownership devices”, in H. Grothe en P. Mankowski (eds.), *Europäisches und internationales Privatrecht, Festschrift für Christian von Bar zum 70. Geburtstag* (München: Beck 2022), 375 e.v., @ <http://storme.be/Pathdependency-FSCvBar.pdf>.

<sup>64</sup> Zie nader uitgewerkt bij R. MICHAELS, in *The Oxford Handbook of Comparative Law*, (346) 384.

<sup>65</sup> Zo M. GEBAUER, *Festschrift für Herbert Kronke*, (813) 824, mede in de bespreking van R. Michaels’ “The Functional Method”.

<sup>66</sup> Zie nader M. GEBAUER, *Festschrift für Herbert Kronke*, (813) 822.

in Europe<sup>67</sup>). De casusgebaseerde functionele methode wordt niet langer gebruikt om gelijkenissen en verschillen te ontdekken, maar geeft duidelijk voorrang aan de gelijkenissen, zij het dat deze niet gezocht worden op het niveau van de regels, maar in de vorm van gemeenschappelijke begrippen, beginselen en beleidsoverwegingen. Deze *casebooks* verzamelen materiaal – vooral rechtspraak – uit onderscheiden Europese rechtsstelsels, maar in de praktijk toch vaak grotendeels beperkt tot de klassieke grote drie landen (Engeland, Frankrijk, Duitsland) en supranationale rechtscolleges, geordend volgens vraagstukken of casusposities om zo uit dat materiaal een gemeenschappelijk Europees juridisch erfgoed te (re)construeren<sup>68</sup>.

Dit soort werk stelt voorop dat dergelijke gemeenschappelijke begrippen en beginselen effectief bestaan en enkel aan het licht gebracht moeten worden. Officieel beoogt het geen eenheid te scheppen waar die niet bestaat, maar tegelijk is het precies bedoeld om recht te onderwijzen op een wijze die verschillen grotendeels negeert of ze secundair acht, in de hoop om een graduele convergentie te vestigen door overal in Europa in de rechtsopleiding ten dele identiek studiemateriaal te gebruiken<sup>69</sup>. Van Gerven presenteerde dit dan ook als een alternatieve methode voor eenmaking in plaats van codificatie<sup>70</sup> en stelde dat de rechtsvergelijking beoefend werd met een “*préjugé favorable towards solutions and reasonings that show an existing or emerging consensus*”<sup>71</sup>. Net zoals bij Zweigert en Kötz is de opvatting van Van Gerven deels een reactie op de Tweede Wereldoorlog, waarvan de traumata (in het bijzonder de bombardementen op de stad Sint-Niklaas in mei 1940, zijn kinderjaren), hem brachten tot de overtuiging dat democratische samenlevingen gebaseerd zijn of moeten zijn op gemeenschappelijke waarden<sup>72</sup> en dat het recht een instrument is om die onderliggende – gezamenlijke – humane waarden te realiseren<sup>73</sup>.

---

<sup>67</sup> Zie de bundel onder redactie van Bruno De Witte en Caroline Forder, *The common law of Europe and the future of legal education* (Deventer: Kluwer 1992).

<sup>68</sup> In de periode 1998 tot heden werden aldus *casebooks* (sommige in meerdere edities) gepubliceerd inzake *Tort law*, *Contract law*, *Unjustified enrichment law*, *Non-discrimination law*, *Consumer law*, *Property law*, *Judicial review*, en *EU law and Private law*.

<sup>69</sup> W. VAN GERVEN, “Casebooks for the Common Law of Europe: Presentation of the Project”, 4. *ERPL* 1996, (67) 68 en 69; Pierre LAROCHE, “Ius Commune Casebooks for the Common Law of Europe: presentation, Progress, Rationale”, *ERPL* 2000, (101) 106-107: “that academics and students from across Europe will study and discuss the same leading cases and materials”.

<sup>70</sup> Bv. W. VAN GERVEN, “A Common Framework of reference and Teaching”, in M. Bussani (ed.), *European Tort Law. Eastern and Western Perspectives* (Bern: Stämpfli 2007), (345) e.v.

<sup>71</sup> W. VAN GERVEN, 4. *ERPL* 1996, (67) 69.

<sup>72</sup> De inzet ervan steunt immers op de vooronderstelling dat “alle lagen en delen van de globale rechtsorde, privaot- en publiekrechtelijk, ondersteut worden door gemeenschappelijke waarden die kenmerkend zijn voor een democratische samenleving” (W. VAN GERVEN en S. LIERMAN, *Algemeen Deel. Veertig jaar later. Privaot- en publiekrecht in een meergelaagd kader van regelgeving, rechtsvorming en rechtstoepassing* (Mechelen: Kluwer 2010), 16).

<sup>73</sup> Zie in dit verband M. ADAMS, “Van het beleid van de rechter naar het algemeen deel: laven tussen verschillende rechtstheoretische posities”, ter perse in de bundel *Vijftig jaar beleid van de rechter* (Gent: TPR 2024), nr. 22.

**19.** EEN NIVEAU VINDEN VOOR EEN GEMEEN RECHT – Een gelijkaardige benadering is te vinden in sommige belangrijke werken van individuele auteurs die zich voornemen de gemeenschappelijke kern van een belangrijk rechtsgebied uiteen te zetten, minder in de vorm van een presentatie van nationale oplossingen gevolgd door een vergelijking, maar meteen door middel van een geïntegreerde functionele behandeling van de vraagstukken. Zulke werken zijn bijvoorbeeld Hein Kötz, *Europäisches Vertragsrecht*<sup>74</sup>, en in mindere mate (in de zin van minder beperkt tot een gemeenschappelijke kern) Christian von Bar, *Gemeineuropäisches Deliktsrecht*<sup>75</sup> en *Gemeineuropäisches Sachenrecht*<sup>76</sup>; de laatste in mindere mate omdat het recht nu eenmaal minder gemeen is in het aansprakelijkheids- of goederenrecht dan in het overeenkomstenrecht.

In beginsel stellen deze werken als gemeen enkel de zaken voor waar er effectief een gemeenschappelijke oplossing is in Europa (en geven ze de verschillen aan waar dit niet het geval is), maar zo'n zelfbeperking kan redelijk eng dan wel zeer ruim worden begrepen en beoefend. In het bijzonder 'beginselen' kunnen een dergelijk niveau van abstractie bereiken dat men altijd wel kan beweren dat ze gemeenschappelijk zijn. Zo argumenteerde Kötz dat "*finding a European common core of principles (...)*" er eenvoudig in bestaat "*to mark out areas of agreement and disagreement, to construct a European legal lingua franca that has concepts large enough to embrace legal institutions which are functionally comparable (...)*" (op de genoemde conferentie in Maastricht in 1991<sup>77</sup>); of zoals hij het eerder al stelde, komt het erop aan: "*einen Bestand allgemeiner Regeln des Vertrags- und Deliktsrechts herauszuarbeiten, der auf einen internationalen Konsens rechnen*"<sup>78</sup>.

**20.** BREED GEDEELDE BEGINSELEN ALS OPTISCHE ILLUSIE – Het probleem met dergelijke beginselen is een probleem dat ook bestudeerd is bij het gebruik van de functionele methode, namelijk dat men de functie van iets zo ruim kan definiëren dat het nietszeggend wordt. Zo stelde Mark Tushnet<sup>79</sup> dat functionalisme

---

<sup>74</sup> H. KÖTZ, *Europäisches Vertragsrecht Vol. I* (Tübingen: Mohr Siebeck 1996 (2) 2015); Engelse vertaling: *European Contract Law* (Oxford: Oxford University Press (1) 1997, (2) 2017).

<sup>75</sup> Christian von BAR, *Gemeineuropäisches Deliktsrecht* (München: Beck, deel I 1996, deel II 1999).

<sup>76</sup> C. von BAR, *Gemeineuropäisches Sachenrecht* (München: Beck, deel I 2015, deel II 2019).

<sup>77</sup> H. KÖTZ, "Legal education in the future: Towards a European Law School?", in Bruno De Witte en Caroline Forder, *The common law of Europe and the future of legal education*, (31) 42.

<sup>78</sup> H. KÖTZ, "Neue Aufgaben der Rechtsvergleichung", *Juristische Blätter* 1982, (355) 361. Zie evenwel de verder geciteerde relativering hiervan door H. KÖTZ, in K. Boele-Woelki en D. Fernández Arroyo (eds.), *The Past, Present and Future of Comparative Law – Le passé, le présent et le futur du droit comparé*, (25) 33-34.

<sup>79</sup> M. TUSHNET, "The Possibilities of Comparative Constitutional Law", 108. *Yale LJ* 1999, (1225) 1238. Vgl. R. MICHAELS, in *The Oxford Handbook of Comparative Law*, (346) 373.

*“must avoid specifying function so generally that its purported insights become banal. For example, a useful functionalism cannot assert that a political system’s institutions taken as a whole serve the system’s equilibrium, unless it offers a well-specified concept of disequilibrium”.*

Nu zullen we verderop (randnr. 34) wel opmerken dat de functie van sommige elementen van een rechtssysteem (sommige *legal formants*) een andere kan zijn dan enkel het oplossen van een (maatschappelijk) probleem, bijvoorbeeld ook expressie geven aan een collectieve identiteit (de stelling van het zgn. expressivisme in de rechtsvergelijking<sup>80</sup>), maar ook daarbij kan men met het oog op het vinden van een gemeenschappelijke Europese identiteit die zo vaag formuleren dat ze geen betekenis meer heeft.

Het probleem is ook gekend in de rechtsantropologie, waar sommige antropologen, om het recht te beschrijven van volkeren zonder geschreven recht noch gecentraliseerd regelsysteem, de *factual method* dusdanig verruimd hebben dat als recht niet meer enkel geïnstitutionaliseerde geschillenbeslechting wordt beschouwd (een vereiste om volgens klassieke definities van recht te kunnen spreken), maar ook andere mechanismen van sociale controle. Dat kan onderhandelingen en verzoening omvatten, maar ook bijvoorbeeld het ridiculiseren van een partij, duelleren, of diverse vormen van machtsgebruik en dergelijke<sup>81</sup>. Nu wil ik er meteen aan toevoegen dat er nog een hemelsbreed verschil is tussen een reductie van het recht tot geschreven regels en verruiming van het begrip recht tot alle instrumenten van sociale controle of omgaan met geschillen. Dat wil overigens niet zeggen dat de studie van die andere mechanismen niet relevant is voor de rechtsvergelijking<sup>82</sup>, met name omdat ze in rechtssystemen ook cryptotypes (verborgen mechanismen of rechtsfiguren) leert zien<sup>83</sup>; die worden daarom nog niet gereduceerd tot een gemeenschappelijk (rechts)beginsel<sup>84</sup>.

<sup>80</sup> Voor enkele klassiekers inzake expressivisme, zie C. SUNSTEIN, “On the Expressive Function of Law”, 144. *University of Pennsylvania Law Review* 1996, 2021 e.v., @ [https://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3526&context=penn\\_law\\_review](https://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3526&context=penn_law_review); C. VALCKE, *Comparing Law: Comparative Law as Reconstruction of Collective Commitments* (Cambridge: Cambridge University Press 2018). Zie ook M. TUSHNET, 108. *Yale LJ* 1999, (1225) 1269 e.v.

<sup>81</sup> Zie E. GRANDE, 14. *Rivista Critica del Diritto Privato* 1996, (467) 484 e.v. bij de bespreking van onder meer (het werk van) Bronisław Malinowski en Elisabeth Colson. Vgl. ook C. VALCKE en M. GRELLETTE, in M. Adams en D. Heirbaut (eds.), *The Method and Culture of Comparative Law. Essays in Honour of Mark Van Hoecke*, (99) 103-104,

<sup>82</sup> Zie bv. E. GRANDE, 14. *Rivista Critica del Diritto Privato* 1996, (467) 489, 494 en 497.

<sup>83</sup> Zie daarover R. SACCO, 39. *AJCL* 1991, (343) 384 e.v., en ruimer in zijn geschriften over het “stomme recht”, zoals “Le droit muet”, *Rev.trim.dr.civ.* 1995, 783 en “Mute law”, *AJCL* 1995, 455 e.v.). Voor een boeiende recente studie over dergelijke cryptotypen of althans verborgen factoren in het Chinese recht, zie Lihong ZHANG, “A Brief Analysis of Cryptotypes in the Chinese Civil Code: Legalism and Confucianism”, in M. Graziadei en L. Zhang (eds.), *The Making of the Civil Codes. A Twenty-First Century Perspective* (Singapore: Springer Nature 2022), 365 e.v.

<sup>84</sup> Zweigert en Kötz geven daarvan overigens een duidelijk voorbeeld, nl. de functionele equivalentie tussen grondboekhouding en Title Insurance Companies, zie K. ZWEIFERT en H.



Kortom, door dergelijke beginselen en concepten breedomvattend te maken, riskeren ze wel erg dun te worden, met een knipoog naar Michael Walzer<sup>85</sup>. En bovendien is het vinden van hetzelfde vaak een optische illusie, bijvoorbeeld berustend op approximatieve vertalingen<sup>86</sup>, of vertalingen in termen die in de ene en de andere taal minstens een verschillende betekenisomvang hebben<sup>87</sup>.

### C. BEGINSLEN VAN BETER RECHT

21. EEN DRAAGVLAK VOOR DE KEUZE VAN EEN GEMENE REGEL – Een derde soort projecten is weliswaar nog mede gegrond op rechtsvergelijkend onderzoek, maar niet langer beperkt tot het vinden van een gemeenschappelijke kern en stelt eenvoudigweg gemeenschappelijke beginselen, regels en begrippen voor als oplossingen voor alle vragen waar een draagvlak voor dergelijke gemeenschappelijke oplossingen geacht wordt te bestaan.

Waar er nog geen gemeenschappelijke oplossing bestaat, maar wel verschillende oplossingen in verschillende rechtsstelsels, stellen de ontwerpers de oplossing voor die zij ‘beter recht’ achten (voor een kritische en zelfs sarcastische bespreking van deze *better law approach*, zie Geoffrey Samuels in 2012<sup>88</sup>) als de aan te nemen gemeenschappelijke regel, of minstens die regel te hanteren als achtergrondregel of *default rule*. Een uitzondering maken ze enkel die gevallen waar ze oordelen dat de zaak niet rijp is voor harmonisatie en beter aan het nationale recht kan worden overgelaten. Om de eenvormige regels te beperken tot de regels betreffende die zaken waarvoor er een draag-

---

KÖTZ, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, in de derde uitgave 37-38, met verwijzing naar B.V. HOFFMANN, *Das Recht des Grundstückskaufs: eine rechtsvergleichende Untersuchung* (Tübingen: Mohr Siebeck 1982).

<sup>85</sup> M. WALZER, *Thick and Thin. Moral Argument at Home and Abroad* (Notre Dame: University of Notre Dame Press 1994),

<sup>86</sup> De bekendste verwoording van deze kritiek vinden we bij Paul BOHANNAN, “Ethnography and Comparison in Legal Anthropology”, in L. Nader (ed.), *Law in Culture and Society* (Chicago: Aldine 1969), 401 e.v. Zie hierover bv. E. GRANDE, 14. *Rivista Critica del Diritto Privato* 1996, (467) 498; M. ADAMS, “Controlled comparison and Language of Description”, in M. Adams en D. Heirbaut (eds.), *The Method and Culture of Comparative Law. Essays in Honour of Mark van Hoecke*, 87 e.v.; M. ADAMS, TPR 2018, (889) 949 e.v.

<sup>87</sup> R. SACCO, “Le passé, le présent et le futur du droit comparé”, in K. Boele-Woelki en D. Fernández Arroyo (eds.), *The Past, Present and Future of Comparative Law – Le passé, le présent et le futur du droit comparé*, (103) 104.

<sup>88</sup> Geoffrey SAMUELS, “All that heaven allows: are transnational codes a ‘scientific truth’ or are they just a form of elegant ‘pastiche’?”, in P.G. Monateri (ed.), *Methods of Comparative Law* (Cheltenham: Edward Elgar 2012), 165 e.v. Zie ook de vaststelling van Bussani e.a. dat verschillende groepen tot andere conclusies komen wat betreft de betere regel: “Unsurprisingly, this quest for the ‘best’ rule may produce divergent results”, met voorbeelden uit de vergelijking tussen de PETL en DCFR inzake onrechtmatige daad (Mauro BUSSANI, Marta INFANTINO en Franz WERRO, “The Common Core Sound: Short Notes on Themes, Harmonies and Disharmonies in European Tort Law”, 20. *King’s Law Journal* 2009, (239) 241. Ze stellen ook treffend dat dit “involve(s) the pursuit of rationality, harmony and reform ideals, and this task implies the selection of legal rules and materials that are best suited to it. What does not fit into the framework is discarded” (*ibid.*, 241)).



vlak voor gemeenschappelijke regels kan worden gevonden, worden enkel de belangrijkste regels verwoord en krijgen ze de naam van beginselen. Nu is dit erg misleidend, want het zijn in werkelijkheid regels en geen beginselen (regels bepalen immers de voorwaarden waaronder het ene dan wel het andere beginsel voorrang en uitwerking krijgt; beginselen daarentegen zijn niet operatief; zij zijn met elkaar in strijd en kunnen niet tegelijk in hun algemeenheid worden toegepast<sup>89</sup>).

**22.** PECL EN DCFR – Het meest succesvolle project van deze soort is het corpus aan *Principles of European Contract Law* (PECL) opgesteld door de Lando-Commissie<sup>90</sup>. Zoals vele andere ‘Beginselen’ die dit model gekopieerd hebben, was het geïnspireerd door de Amerikaanse *restatements of the law* (opgesteld door het *American Law Institute*), in de zin dat het het *format* van deze *restatements* gebruikte, bestaande uit zowel *blackletter rules* (de eigenlijke regels), commentaren, voorbeelden als vergelijkend bronnenmateriaal (wat de vraag betreft of ze inhoudelijk kunnen worden beschouwd als *restatements*, zie de bespreking *infra* IV.E. randnr. 27). Het behandelt contractenrecht in een ruime zin (maar zonder regels voor bijzondere overeenkomsten of algemeen consumentencontractenrecht). De gebruikte methode heb ik beschreven in een bijdrage uit 2020<sup>91</sup>, met uitvoerige citaten uit de geschriften van Lando zelf. Volgens mijn analyse<sup>92</sup> dient “beginsel” in de geest van Ole Lando te worden begrepen als een regel die de collectieve wijsheid van juristen, als gemeenschappelijk erfgoed, uitdrukt, eerder dan als een abstracte waarde; tegelijk was er het besef dat de regels op vele punten verschillen en dat dit het gevolg is van het feit dat het evenwicht tussen verschillende met elkaar strijdende waarden van land tot land anders kan liggen<sup>93</sup>.

De reikwijdte werd dan verbreed door de *Study Group on a European Civil Code*, die eerst Beginselen opstelde voor de belangrijkste soorten bijzondere overeenkomsten, niet-contractuele verbintenissen (onrechtmatige daad, zaakwaarneming en ongerechtvaardigde verrijking), overdracht van roerende goederen, roerende zekerheidsrechten en trusts. De mate waarin deze een gemeenschappelijke kern

---

<sup>89</sup> Zie Matthias E. STORME, “Une question de principe(s)? Réponse à quelques critiques à l’égard du projet provisoire de «Cadre commun de référence»”, *ERA-Forum* 2008 Supplement 1, S65–S77, @ [https://www.academia.edu/47291442/Une\\_question\\_de\\_principe\\_s](https://www.academia.edu/47291442/Une_question_de_principe_s). Vgl. Reinhard ZIMMERMANN, “Ius Commune and the principles of European contract Law: Contemporary renewal of an Old idea”, in Hector MacQueen en Reinhard Zimmermann (eds.), *European Contract Law. Scots and South African Perspectives* (Edinburgh: Edinburgh University Press 2006), (1) 7 vn. 16 met verwijzing naar Ronald DWORKIN, *Taking rights seriously* (1977), 22.

<sup>90</sup> *Principles of European Contract Law* (PECL) *drafted by the Lando-Commission* (deel 1 1994; deel 1 + 2 Kluwer 2000; deel 3 Kluwer 2003).

<sup>91</sup> In het nummer van de *ERPL* ter herdenking van Ole Lando: M.E. STORME, “The Lando Method”, *ERPL* 2020, 497 e.v.

<sup>92</sup> M.E. STORME, *ERPL* 2020, randnr. 14. Zie ook O. LANDO, “The Common Core of European Private Law and the Principles of European Contract Law”, *Hastings International and Comparative Law Review* 1998, 809 e.v.

<sup>93</sup> M.E. STORME, *ERPL* 2020, randnr. 4 en 5 met verwijzingen.

uitdrukken is duidelijk uiteenlopend (enerzijds wellicht in grote mate in het algemeen contractenrecht en kooprecht, terwijl anderzijds het boek over trusts enkel als een modelwet kan worden beschouwd en niet als een *common core restatement*). Al deze Beginselen (met inbegrip van de PECL, maar uitgezonderd de *Principles of European Contract Insurance Law*<sup>94</sup>, die door een afzonderlijke groep waren opgesteld) en de *Acquis Principles of Existing EC Contract Law* (zie *infra*) werden geïntegreerd in één *Draft Common Frame of Reference*<sup>95</sup> of DCFR, gepubliceerd in 2009-2010. Deze ontwerpen bevatten uitvoerige rechtsvergelijkende noten bij elk artikel, met aandacht voor het recht van alle of bijna alle lidstaten van de EU. De Study Group en de Acquis Group vormden een netwerk met nog enkele andere groepen<sup>96</sup>, waarbij de Association Capitant een beperkter project uitwerkte om gemeenschappelijke definities te bepalen van de kernbegrippen van het privaatrecht (zoals contract, verbintenis, goede trouw, fout, schade e.d.), waarin daarvoor definities werden voorgesteld als uitkomst van een rechtsvergelijkend overzicht<sup>97</sup>.

**23.** VOLGERS – Andere groepen volgden dit model, zij het buiten Europa, zoals bij de *Principles of Latin American Contract Law* (PLACL)<sup>98</sup>, of op andere rechtsgebieden, met name de European Group on Tort Law die *Principles of European Tort Law* opstelde (PETL, 2005)<sup>99</sup>, en de *Commission on European Family Law* die *Principles of European Family Law* opstelde (PEFL, meerdere delen<sup>100</sup>). Zowel de PETL als de PEFL zijn opgesteld na grondige rechtsvergelijkende studies, bij de PETL in grote mate volgens een *factual method*<sup>101</sup>, bij de PEFL aan de hand van abstractere vragen, maar wel in grote mate functioneel verwoord. Katarina Boele-Woelki zette de methode

<sup>94</sup> *Principles of European Contract Insurance Law* (München: Sellier 2009).

<sup>95</sup> *Common Frame of Reference* was een begrip uitgevonden door ambtenaren van de Europese Commissie en gebruikt in de Mededelingen van die Commissie COM (2003) 68 en COM (2004) 651. Het vermoeden is groot dat de term gekozen werd precies omdat hij geen bestaande betekenis had en dus door de verschillende betrokkenen in eigen zin kon worden begrepen.

<sup>96</sup> Het *Joint Network on Common Principles of European Contract Law* (CoPECL), zie @ <https://cordis.europa.eu/project/id/513351/reporting>.

<sup>97</sup> B. FAUVARQUE-COSSON en D. MAZEAUD, *Terminologie contractuelle commune – Projet de cadre commun de référence* (Paris: Société de législation comparée 2008); ook in het Engels verschenen als Deel I van *European Contract Law: Materials for a Common Frame of Reference: Terminology, Guiding principles, Model rules* (München: Sellier 2008). Zie mijn kritische bespreking in *ERA-Forum* 2008 Supplement 1, S65–S77, @ [https://www.academia.edu/47291442/Une\\_question\\_de\\_principe\\_s](https://www.academia.edu/47291442/Une_question_de_principe_s).

<sup>98</sup> Zie o.a. Rodrigo MOMBERG, “The Principles of Latin American Contract Law: Nature, Purposes and Projections”, 2. *Latin American Legal Studies* 2018, @ <https://ssrn.com/abstract=3163049>.

<sup>99</sup> EUROPEAN GROUP ON TORT LAW, *Principles of European Tort Law* (Wien-New York: Springer 2005), @ [https://www.researchgate.net/publication/321568630\\_Principles\\_of\\_European\\_Tort\\_Law\\_Text\\_and\\_Commentar](https://www.researchgate.net/publication/321568630_Principles_of_European_Tort_Law_Text_and_Commentar).

<sup>100</sup> @ <https://ceflonline.net>.

<sup>101</sup> Deze Principles waren de synthese van een reeks grondige rechtsvergelijkende studies die door de groep werden gepubliceerd tussen 1992 en 2005 onder de reeksnaam *Unification of Tort Law*.

van de PEFL uiteen<sup>102</sup> als gegrond op een functioneel rechtsvergelijkend overzicht, maar van de meeste van die ‘beginselen’ kan toch niet gezegd worden dat ze een daadwerkelijke *common core* uitdrukken; het komt er toch op neer dat de Commissie de oplossingen koos die ze beschouwde als het betere recht (*better law*). Zoals terecht werd opgemerkt<sup>103</sup>, gaf de CEFL daarbij bijna steeds de voorkeur aan de meest permissieve regel van familierecht als zogenaamde *better law*, wat in dit domein alvast geen neutrale keuze is, maar getuigt van een in bepaalde zin liberale ideologie. Van de PETL kan eveneens gezegd worden dat er normatieve keuzes worden gemaakt<sup>104</sup>, zij het dat de auteurs daarvan toch een stuk terughoudender zijn; Helmut Koziol met name benadrukt dat er grote verschillen zijn in *tort law*, maar wil wel “*consistent overarching concepts*” ontwikkelen en meer bepaald “*a consistent concept which is acceptable to all or at least the most of the member states*” en “*can serve as a signpost for future directives*”. Hij stelt ook dat “*comparative law shows that in substance the individual legal systems stress different relevant aspects and these can and should be combined*”<sup>105</sup>.

**24. MODELWETTEN ONDER DE NOEMER BEGINSLEN –** Dit is nog meer het geval met tal van andere projecten, die niet veel meer te maken hebben met een *common core* en niet of veel minder gegrond zijn op rechtsvergelijkend onderzoek, maar modelregels verwoorden waarvan de auteurs geloven dat ze aanvaardbaar zijn als eenvormige regels. Hiertoe zijn projecten te rekenen zoals de *Code Européen des contrats* van Giuseppe Gandolfi (Pavia Group)<sup>106</sup>; de *Principles of European Trust Law* (1999) – waarin de auteurs stelden dat “het doel is diegenen te helpen die de kernideeën van de trust willen ontdekken en bestuderen”; en hoewel het boek nationale rapporten bevat is het geen rechtsvergelijkend werk<sup>107</sup>; de *Principles of European Insolvency*

<sup>102</sup> K. BOELE-WOELKI, “The principles of European family law: its aims and prospects”, *Utrecht Law Review* 2005, (160) 165 e.v. (@ <https://utrechtlawreview.org/articles/10.18352/ulr.13>).

<sup>103</sup> M. ANTOKOLSKAIA, “De eerste bloemen van FL-EUR”, *TPR* 2023, 395 e.v.

<sup>104</sup> J. SPIER, “General Introduction”, in European Group on Tort Law, *Principles of European Tort Law*, (12), 15; “In our exercises we did not endeavour to postulate merely a possible common core. In each case, we posed the question whether such a common core would be the best solution for Europe. If the question was answered in the negative, we tried to find a better one”; vervolgens gaat Spier in op de vraag aan welke stijl van regels de groep de voorkeur heeft gegeven (flexibele regels) en stelt vervolgens: “The principles are not a restatement of the law of torts in Europe. After all and despite many similarities, there are too many differences among the respective national legal systems” om ten slotte op enkele normatieve keuzes in te gaan.

<sup>105</sup> Helmut KOZIOL “Comparative Law – A Must in the European Union: Demonstrated by Tort Law as an Example”, 1. *Journal of Tort Law* 2007 (3) = 10.2202/1932-9148.1054, 1-2 en 7. Koziol is natuurlijk goed bekend met de opvattingen over een “beweeglijk systeem”, zoals op de eerste plaats ontwikkeld door Walter Wilburg (1905-1991) bij wie Koziol assistent was geweest, o.a. in diens *Entwicklung eines beweglichen Systems im bürgerlichen Recht* (Graz 1950).

<sup>106</sup> Giuseppe GANDOLFI, *Code Européen des contrats, avant-projet* (Milano: Giuffrè, deel I 2004, deel II 2008).

<sup>107</sup> D.J. HAYTON, S.C.J.J. KORTMANN en H.L.E. VERHAGEN, *Principles of European Trust Law* (Den Haag: Kluwer 1999), 11: “the purpose is to assist those who wish to discover and study the core ideas of the trust”.

*Law* (2003)<sup>108</sup>; de *Model Law on Transactions Avoidance Law* (2021)<sup>109</sup> en verschillende andere modelwetten, waarvan de meest recente vaak het werk zijn van werkgroepen van het Europees Rechtsinstituut (*European Law Institute*), zoals de *Model Rules on Online Platforms* (2019)<sup>110</sup>, de *Model European Rules of Civil Procedure* (samen met Unidroit, 2020)<sup>111</sup>, of de *Principles for a Data Economy* (samen met het ALI, 2021)<sup>112</sup>.

**25.** UNIDROIT-BEGINSELEN – Een bijzonder geval zijn de reeds genoemde Unidroit-beginselen voor internationale handelsovereenkomsten (*Unidroit Principles for International Commercial Contracts*): daarin wordt het *format* van een *restatement* gebruikt, en zij hertalen regels van algemeen contractenrecht die kunnen worden gevonden in internationale rechtsinstrumenten of rechtspraak over eenvormig of ander niet-nationaal recht. Maar ze zijn niet gegrond op rechtsvergelijkend onderzoek en het werk kan dus niet beschouwd worden als een ‘*common core*’-project gegrond op rechtsvergelijking.

Hetzelfde geldt grotendeels voor de eveneens reeds genoemde *Acquis Principles*, die het ‘bestaande’ EU-contractenrecht hertaalden en systematiseerden<sup>113</sup> (en vervolgens geïntegreerd werden in de DCFR), al werd dat werk wel voorafgegaan door een rechtsvergelijkend onderzoek naar de omzetting en toepassing van Europese regels in het lidstatelijke recht (het *EC Consumer Law Compendium*<sup>114</sup>).

#### **D. OP ZOEK NAAR DE GEMEENSCHAPPELIJKE TRADITIE**

**26.** HET *OPUS* VAN REINHARD ZIMMERMANN – Een vierde soort van werken is ook gegrond op rechtsvergelijkend onderzoek, maar in nog grotere mate

<sup>108</sup> W. MCBRYDE, A. FLESSNER en S. KORTMANN, *Principles of European Insolvency Law* (Deventer: Kluwer 2003).

<sup>109</sup> Reinhard BORK en Michael VEDER, *Model Law on Transactions Avoidance Law* (Cambridge: Intersentia 2021), dat een belangrijke invloed heeft gehad op de desbetreffende bepalingen in het Voorstel van Richtlijn 7 december 2022 tot harmonisatie van sommige aspecten van insolventierecht, 2022/0408(COD) COM(2022) 702 final, [commission.europa.eu/system/files/2022-12/com\\_2022\\_702\\_1\\_en\\_act\\_part1\\_v5.pdf](https://commission.europa.eu/system/files/2022-12/com_2022_702_1_en_act_part1_v5.pdf).

<sup>110</sup> EUROPEAN LAW INSTITUTE, *Model Rules on Online Platforms* (2019), @ [https://www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user\\_upload/p\\_eli/Publications/ELI\\_Model\\_Rules\\_on\\_Online\\_Platforms.pdf](https://www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user_upload/p_eli/Publications/ELI_Model_Rules_on_Online_Platforms.pdf).

<sup>111</sup> EUROPEAN LAW INSTITUTE en UNIDROIT, *Model European Rules of Civil procedure* (2020), @ [https://www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user\\_upload/p\\_eli/Publications/200925-eli-unidroit-rules-e.pdf](https://www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user_upload/p_eli/Publications/200925-eli-unidroit-rules-e.pdf), voortbouwend op de *ALI/UNIDROIT Principles of Transnational Civil Procedure* (2004).

<sup>112</sup> EUROPEAN LAW INSTITUTE en AMERICAN LAW INSTITUTE, *Principles for a Data Economy* (2021), @ [https://europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user\\_upload/p\\_eli/Publications/ALI-ELI\\_Principles\\_for\\_a\\_Data\\_Economy\\_Final\\_Council\\_Draft.pdf](https://europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user_upload/p_eli/Publications/ALI-ELI_Principles_for_a_Data_Economy_Final_Council_Draft.pdf).

<sup>113</sup> ACQUIS GROUP, *Acquis Principles of Existing EC Contract Law* (München: Sellier, deel I 2007, deel II 2009).

<sup>114</sup> Hans SCHULTE-NÖLKE, Christian TWIGG-FLESNER en Martin EBERS, *EC Consumer Law Compendium* (München: Sellier 2008).

op rechtshistorisch onderzoek, in een poging om een gemeenschappelijke Europese rechtsleer te ontwikkelen op grond van een gemeenschappelijke traditie die de nationale codificaties zou zijn voorafgegaan. De best gekende auteur van dit soort werk is Reinhard Zimmermann, beginnende met zijn monumentaal *The Law of Obligations – Roman Foundations of the Civilian Tradition* (1990)<sup>115</sup>. Dit soort onderzoek is vooral historisch, methodologisch en programmatisch en bestaat noch uit een geïntegreerde functionele (rechtsvergelijkende) behandeling van een ruimer rechtsdomein zoals in de hogergenoemde werken van Kötz en Von Bar, noch uit een *restatement*-achtig stel van regels of beginselen. Een uitzondering daarop is in zekere mate Zimmermanns boek *Comparative Foundations of a European Law of Set-Off and Prescription*<sup>116</sup>, dat een voorbereidende studie was voor de behandeling van deze onderwerpen in de PECL. Recenter publiceerden Zimmermann en Nils Jansen de *Commentaries on European Contract Laws* (2018)<sup>117</sup>, op zichzelf geen rechtsvergelijkend werk, maar een kritisch onderzoek van de eerdere eenvormige wetten en modelwetten of ontwerpen, die de discussie erover terug verbindt met de historische en rechtsvergelijkende achtergrond van deze referentieteksten. Inhoudelijk rechtsvergelijkend zijn er bijvoorbeeld de syntheserapporten van Kenneth Reid, Marius de Waal en Reinhard Zimmermann over meerdere deelonderwerpen van het erfrecht, gebaseerd op historische en nationale rapporten, gepubliceerd in de reeks *Comparative Succession Law*<sup>118</sup>.

Over het algemeen start dit onderzoek niet van een studie van functionele equivalenten in de verschillende rechtssystemen<sup>119</sup>, maar van een veronderstelde gemeenschappelijke traditie voorafgaand aan de codificaties (een oud *ius commune*), een geloof in begrippen en beginselen die gemeenschappelijk zijn

---

<sup>115</sup> R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations – Roman Foundations of the Civilian Tradition* (Kaapstad: Juta 1990). Natuurlijk waren er voorheen reeds rechtshistorische werken die een synthese van het privaatrecht van de Europese landen maakten, maar zij handelden over het verleden en niet zozeer over de vraag hoe die traditie vandaag doorleeft, bv. Helmut COING, *Europäisches Privatrecht* (München: Beck 1985 en 1989, 2 delen), en de publicaties van de *Société Jean Bodin pour l’histoire comparative des institutions*, meer bepaald deze bestaande uit nationale rapporten met een historisch-vergelijkend syntheserapport van John GILISSEN, zoals dat over *Le statut juridique de l’enfant* (1975-1977) of dat over *Les sûretés personnelles* (1974).

<sup>116</sup> R. ZIMMERMANN, *Comparative Foundations of a European Law of Set-Off and Prescription* (Cambridge: Cambridge University Press 2002).

<sup>117</sup> Reinhard Zimmermann en Nils Jansen (eds.), *Commentaries on European Contract Laws* (Oxford: Oxford University Press 2018).

<sup>118</sup> K.G.C. REID, M.J. DE WAAL en R. ZIMMERMANN, *Comparative Succession Law* (Oxford: Oxford University Press, deel 1 2011, deel 2 2015, deel 3 2020).

<sup>119</sup> Het sluit dan ook veel minder aan bij de functionele school van rechtsvergelijking en meer bij de oudere rechtshistorische school van rechtsvergelijking (John Merryman, René David, een deel van het werk van Gino Gorla enz.); zie M. GRAZIADEI, in *Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions*, (100) 100-101. Over de historisch-vergelijkende methode en haar geschiedenis, zie meer bepaald Birke HACKER, “Die historisch-vergleichende Methode in historisch-vergleichender Sicht”, in Nils Jansen en Sonja Meier (eds.), *Iurium Itinera. Reinhard Zimmermann zum 70. Geburtstag am 10. Oktober 2022*, 75-100.

ondanks de variëteit der nationale rechten<sup>120</sup>; dit wordt gerechtvaardigd door de stelling dat de nationale rechtsstelsels de begripelijke structuur van het oude recht veeleer aanvulden dan ertegen op te komen (aldus Zimmermann, met name over het recht inzake de onrechtmatige daad en het contractenrecht<sup>121</sup>). Desalniettemin hanteren de *Comparative Foundations of a European Law of Set-Off and Prescription* en de *Commentaries on European Contract Laws* toch duidelijk een *better law approach*, en wijzen zij de regel aan die volgens de auteur(s) moet worden verkozen, een stellingname die daarbij niet beperkt blijft tot gevallen waarin er een gemeenschappelijke regel is onder de nationale rechten zoals zij vandaag gelden.

In wezen gaat het in deze stroming op de eerste plaats over de rol die aan de rechtsleer dient te worden toebedeeld in de ontwikkeling van het recht en met name over het verschaffen van autoriteit aan de rechtsleer (althans die rechtsleer die de voorgestane methode hanteert) als onafhankelijk van het politieke systeem<sup>122</sup>.

## E. HEEFT HET ZIN TE SPREKEN VAN EEN *RESTATEMENT* IN DE EUROPESE UNIE?

27. DE MOGELIJKHEID VAN EEN *RESTATEMENT* – Diegene van de hierboven aangegeven projecten die regels of beginselen verwoorden, zijn – zoals gezegd – omzeggens allemaal naar de vorm geïnspireerd door de Amerikaanse *restatements*. Of zij ook op zinvolle wijze kunnen worden beschouwd als zulke *restatements* in een inhoudelijke zin, is voorwerp van debat.

Enerzijds wordt geargumenteed dat deze benaming erg misleidend is, omdat de verschillen tussen het recht van de vijftig staten van de VS veel kleiner

---

<sup>120</sup> R. ZIMMERMANN, “Comparative law and the Europeanization of private law”, in *The Oxford Handbook on Comparative Law* (2019), (557) 595, herziene Engelse versie van *Die Europäisierung des Privatrechts und die Rechtsvergleichung*, Vortrag Berlin 2005 (Berlin: De Gruyter 2006).

<sup>121</sup> R. ZIMMERMANN, *ibid.*, 572 over *tort law* en over *contract law* R. ZIMMERMANN, in H. MacQueen en R. Zimmermann (eds.), *European Contract Law. Scots and South African Perspectives*, (1) 3 (“most of the basic concepts and evaluations informing the law of contract have not been deeply affected by legal developments under the auspices of legal nationalism. The differences between the national legal systems are largely on the level of technical detail”, met verwijzing naar N. JANSEN, *Binnenmarkt, Privatrecht un europäische Identität*, 23. Jansen verduidelijkt in dat essay echter dat dit hoogstens voor het contractenrecht geldt (p. 90 These 7) en Zimmermann stelt in voetnoot 5 op p. 3 dat die eenheid van traditie in het recht van de onrechtmatige daad reeds in de 18e eeuw verloren is gegaan. *Contra* de verklaring van vele gelijkenissen uit een gezamenlijke oorsprong, K. ZWEIGERT, 18. *RIDC* 1966, (5) 6.

<sup>122</sup> Zie in dit verband dan ook in het bijzonder het boek van Nils JANSEN, *The Making of Legal Authority* (Oxford: Oxford University Press 2010), waarin hij vooral analyseert hoe rechtsleer doorheen de rechtsgeschiedenis gezag heeft verworven en verwerft bij de juridische beroepen. Zie kritisch over de rol en intenties van de doctrine M. BUSSANI, “Orient Express Law”, in M. Bussani, *European Tort Law. Eastern and Western Perspectives* (Bern: Stämpfli 2007), (1) 7 e.v.



zouden zijn dan deze tussen de Europese landen, nu zij in beginsel alle hetzelfde *common law* toepassen op de onderwerpen waarover die *restate-ments* handelen. Anderzijds zijn die *restatements*, althans vanaf de tweede generatie, evenzeer reformistisch en niet louter een hertaling van het eerder bestaande recht. Maar er mag ook aan herinnerd worden dat de Amerikaanse *restatements* enkel het *common law* in de zin van één van de *corpora* van rechtsregels naast andere, in het bijzonder naast wetgeving (*statute law*) hertaalt; wanneer de regels van zowel *common law* als *statute law* tezamen worden bekeken, zijn er immers wel degelijk grote verschillen in het recht van de verschillende staten, ook al is hun *common law* hetzelfde. En vermits wetten (*statutes*) in Anglo-Amerikaanse jurisdicties traditioneel gezien worden als uitzonderingen op het *common law* (*statute stricte sunt interpre-tanda*), kunnen juristen die redeneren in termen van hoofdregel en uitzonde-ring starten van de hoofdregel, die gemeen is aan alle staten en die dus kan worden hertaald (*restated*) zonder dat de grote verschillen in het recht van die staten daarmee worden ontkend.

Aldus rijst de vraag of deze dialectiek ook gevonden kan worden *c.q.* zin heeft in de Europese Unie. Bij nader inzien is er geen algemeen geldend antwoord op deze vraag en kan een evaluatie in dit opzicht verschillen van project tot project<sup>123</sup>.

Op sommige gebieden van het privaatrecht kan men inderdaad stellen dat juristen in hun denkwijze in ruime mate redeneren vanuit een beginsel of begrip dat gemeen is aan de rechtsstelsels van de EU, ook al is het geen opera-tieve regel en ook al is de operationele regel niet gemeenschappelijk omdat in het vervolg van de redenering uitzonderingen aan bod komen die wel verschillen. Niettemin doet dit een ander punt van kritiek rijzen. De auteurs van die projecten stellen namelijk dat zij wel degelijk gemeenschappelijke *operationele* regels verwoorden (zelfs al worden zij Beginselen genoemd in de mate dat ze enkel vrij algemene vragen behandelen en niet alle vragen), en juist geen gemeenschappelijke *begrippen*. Maar het is precies op het niveau van de operationele regels dat de gemeenschappelijkheid minder groot is.

**28.** DE REALITEIT VAN *RESTATEMENTS* – Tot besluit kan men stellen dat de verhouding tussen deze ontwerpen en een *common core* en/of een *resta-ment* vrij dubbelzinnig blijft<sup>124</sup>. Vanzelfsprekend zijn er gevallen waarin

---

<sup>123</sup> Vgl. Ook H. SCHULTE-NOELKE, “‘Restatements’ in Europe and the US. Some Comparative lessons”, in R. Brownsword, H.-W. Micklitz, L. Niglia en S. Weatherill (eds.), *The Foundations of European Private Law* (Oxford/Portland: Hart 2011), 11-30.

<sup>124</sup> Zoals dat ook geldt voor de verhouding tussen Zimmermanns reconstructie van een *ius commune* (zie II.4) en een *common core*. Weliswaar is deze stroming heel erg kritisch voor een *restatement*, maar dat heeft minder te maken met de discussie over de mate van gemeen-schappelijkheid dan met de vraag welke wijze van rechtsontwikkeling men voorstaat, en met name de voorrang die men wil geven aan ontwikkeling door de rechtsleer op historische (of historisch-vergelijkende) grondslag. Zie in dit verband ook de kritiek op de DCFR van



zowel de operationele regels als de begrippen grotendeels gemeenschappelijk zijn (zoals grote delen van het contractenrecht en het kooprecht). Maar er zijn waarschijnlijk meer gevallen waarin ofwel de operationele oplossingen dezelfde zijn maar gegrond op verschillende redeneringen (functionele equivalenten maar geen gemeenschappelijke begrippen), ofwel de begrippen gemeen zijn, maar gezien de veelheid aan aanvullende regels de concrete uitkomst of operationele regels verschillen<sup>125</sup>. En er zijn wel degelijk ook vele gevallen waarin de oplossingen misschien dezelfde functie vervullen, maar wel degelijk verschillend zijn<sup>126</sup>. Nu is een *common core* wel uiterst dun wanneer enkel de beginselen gemeen zijn; in omzeggens alle rechtsstelsels is het zo dat er op elk gebied van het privaatrecht een wisselwerking is tussen dezelfde concurrerende beginselen, maar de mate waarin het ene dan wel het andere van die concurrerende beginselen voorrang krijgt erg kan verschillen. Nog complexer wordt het wanneer, zoals Sacco stelt, er binnen die rechtsstelsels zelf dissonantie is tussen verschillende formanten; de verleiding is dan groot om in de verschillende rechtsstelsels op zoek te gaan naar elementen die gelijk luiden, en andere formanten die dat niet zijn buiten beschouwing te laten<sup>127</sup>.

Ook het oude *ius commune*, gezien als een gemeenschappelijke traditie, bestond nooit op zichzelf, maar altijd slechts in combinatie met *ius particulare*, lokale rechten en gewoonten, kerkelijk recht en handelsgewoonten<sup>128</sup>,

-----  
H. EIDENMÜLLER, F. FAUST, H.C. GRIGOLEIT, N. JANSEN, G. WAGNER en R. ZIMMERMANN, “The Common Frame of Reference for European Private Law – Policy Choices and Codification Problems”, 28. *Oxford Journal of Legal Studies* 2008, 659 e.v. = doi:10.1093/ojls/gqn031.

<sup>125</sup> Vgl. ook de kritische bedenkingen van Alfons BÜRGE, “Das römische Recht als Grundlage für das Zivilrecht im künftigen Europa”, in F. Ranieri (ed.), *Die Europäisierung der Rechtswissenschaft* (Baden-Baden: Nomos 2002), (19) 37-38. Zie ook H. KÖTZ, in K. Boele-Woelki en D. Fernández Arroyo (eds.), *The Past, Present and Future of Comparative Law – Le passé, le présent et le futur du droit comparé*, (25) 33-34, die erop wijst, met voorbeelden, dat het gelden van gemeenschappelijke beginselen helemaal niet betekent dat die beginselen in de praktijk hetzelfde betekenen, en dat zij verschillend worden uitgelegd naargelang de denkwijzen van de juristen, hun werkmethode en interpretatiemethoden, de verschillen in procedure voor de rechtbanken, het soort overeenkomsten dat doorgaans tot rechtspraak leidt e.d. (“There is nonetheless evidence showing that such general principles are susceptible to widely differing interpretations which depend on lawyers’ traditional patterns of thought and frames of mind, on their working styles and methods of interpretation, on the different procedures applied by the courts in various countries, and on the type of contract usually litigated before the higher courts of a country”).

<sup>126</sup> R. MICHAELS, in *The Oxford Handbook of Comparative Law*, (346) 362 e.v.

<sup>127</sup> Over de deconstructieve kritiek die een theorie van *legal formants* hierbij kan spelen, zie bv. E. GRANDE, R. MÍGUEZ NÚÑEZ en P.G. MONATERI, “The Italian Theory of Comparative Law Goes Abroad”, 1. *The Italian Review of International and Comparative Law* 2021, (5) 25-27. Zie ook M. BUSSANI, M. INFANTINO en F. WERRO, 20. *King’s Law Journal* 2009, (239) 241 zoals geciteerd in voetnoot 87 bij randnr. 21 *supra*.

<sup>128</sup> Zie o.a. Manlio BELLOMO, *L’Europa del diritto comune. La memoria e la storia* (Lausanne: Galileo Galilei 1988; Roma: Il Cigno Galileo Galilei Edizioni (8) 1998; herziene uitgave Leonforte: Euno Edizione 2016), in Engelse vertaling *The Common Legal Past of Europe 1000-1800* (Washington: Catholic U. of America Press 1995 (2) 1998). Vanzelfsprekend is ook bv. R. Zimmermann zich daarvan bewust, maar hij benadrukt toch dat de lokale verschillen “variations of a common theme” waren (R. ZIMMERMANN, in H. MacQueen en R. Zimmermann (eds.), *European Contract Law. Scots and South African Perspectives*, (1) 30).

zodat een studie van enkel dat *ius commune* maar een zeer partieel beeld geeft van het recht zoals dat concreet gold (ook al was het *ius commune* natuurlijk wel een van de bronnen die in de praktijk effectief werden ingeroepen en toegepast<sup>129</sup>). Het bestond er voornamelijk in dat aan de rechtsfaculteiten recht aangeleerd werd aan de hand van eenzelfde corpus, met grotendeels dezelfde methoden, in een gemeenschappelijke taal (het Latijn)<sup>130</sup>. Wat men van het oude *ius commune* vooral kan leren is niet uniforme antwoorden maar wel een methode van rechtswetenschap, een methode van omgaan met teksten en problemen, om het recht aan te passen aan de noden van de tijd, waarin ook de dialoog over de grenzen heen steeds een belangrijke rol speelde<sup>131</sup>.

In feite evenwel verwoorden de projecten opgesteld in de vorm van een *restate-ment*, in de mate waarin zij gegrond zijn op echt rechtsvergelijkend onderzoek, in zekere mate wel degelijk *operatieve* regels (eerder dan gemeenschappelijke begrippen of beginselen, en dit ondanks de benaming ‘Beginsel’); waar er geen gemeenschappelijke operatieve regels zijn, kozen de ontwerpers voor de regel die zij beter achtten, om daarmee de onvolledige gemeenschappelijke regels aan te vullen om tot een bruikbaar veelomvattend stel van operatieve regels te komen eerder dan enkel een fragmentair stel. Hetzelfde kan gezegd worden van *common core*-handboeken zoals Kötz, *European Contract Law* en Von Bar, *Gemeineuropäisches Deliktsrecht (Common European Law of Torts)* en van het hoger besproken werk uitgegeven door Zimmermann en Jansen. In al die werken is het niet zo dat er halt wordt gehouden en gezwegen wanneer er niet werkelijk een gemeenschappelijke regel is.

#### IV. TERUG NAAR RECHTSVERGELIJKING ZONDER HARMONISERINGSOOGMERK

##### A. HET *TRENTO COMMON CORE OF EUROPEAN PRIVATE LAW PROJECT*

**29.** OPZET EN RESULTATEN – De grootste onderneming in rechtsvergelijking onder de noemer *common core* is paradoxaal genoeg een project dat eigenlijk niet beoogt om een *common core* te bepalen<sup>132</sup>, en in die zin niet

<sup>129</sup> Zoals benadrukt wordt door R. SCHLESINGER, “The Past and Future of Comparative Law”, 43. *AJCL* 1995, 477 e.v.: “some of the formants were shared”.

<sup>130</sup> Vgl. de typering door J. SMITS, *Europees privaatrecht in wording* (Antwerpen: Intersentia 1999), 58, zich grotendeels baserend op H. COING, *Europäisches Privatrecht II*, 1 en A. FLESSNER, “Rechtsvereinheitlichung durch Rechtswissenschaft und Juristenausbildung”, 56. *RebelsZ* 1992, (243) 245.

<sup>131</sup> Vgl. A. BÜRGE, in F. Ranieri (ed.), *Die Europäisierung der Rechtswissenschaft*, (19) 33, 35-37.

<sup>132</sup> En nog minder om een *better law* voor te stellen. Hoogstens kan deze “research may be a useful instrument for legal harmonisation, in the sense that it provides reliable data for use in devising new common solutions that may prove workable in practice. But again, this has nothing to do with the Common Core research in itself” (M. BUSSANI, M. INFANTINO en F. WERRO, 20. *King’s Law Journal* 2009, (239) 241).

“integratief” is<sup>133</sup>, maar wel een dieper begrijpen van de gelijkenissen en verschillen tussen rechtsstelsels, voornamelijk die van de EU-lidstaten: het *Trento Common Core (of European Private Law) project*. Daarin verschilt het van de types beschreven in III.B tot D van mijn typologie en komt het veel nader bij type III.A (met nuances, zie hieronder). Anders dan bij sommige andere projecten wordt dit niet beperkt tot de ‘grote landen’, maar komen ze in beginsel allemaal gelijkelijk aan bod. Het werd opgestart door Ugo Mattei en Mauro Bussani in Trento in juni 1994<sup>134</sup> (*brainstorming*) en 1995 (*first general meeting* 6 juli 1995) en nam de naam en methodologie over van het Cornell Seminar, waarop het voortbouwde, met als belangrijk instrument een questionnaire bestaande uit feitelijk omschreven gevallen. Die vragenlijst<sup>135</sup> moet de gevallen beschrijven in veel bijzonderheden en ook alle variaties bevatten die relevant zijn in een of meer van de te vergelijken stelsels<sup>136</sup>. De filosofie van het project was in grote mate ontwikkeld door Rodolfo Sacco, voortbouwend op de erfenis van Schlesinger en Gorla<sup>137</sup>.

In het Trento-project is traditioneel gewerkt in drie werkgroepen (*Contract, Tort en Property*) en ze hebben intussen minstens 22 boekdelen gepubliceerd. Andere groepen zijn later gestart en proberen dezelfde methodologie toe te passen op onderwerpen uit het familierecht (het *Family Law Common Core*-project<sup>138</sup>) en bestuursprocesrecht (het *Common Core of European Administrative Law*-project)<sup>139</sup>.

<sup>133</sup> In de terminologie van R. SCHLESINGER, 43. *AJCL* 1995, (477) 479 e.v.

<sup>134</sup> Een brainstorming waaraan ik deelnam samen met J.H. van Erp en Reinhard Zimmermann, mede gepatroneerd door Rodolfo Sacco.

<sup>135</sup> Over de vraag wat en hoe er best beschreven wordt in de vraagstelling, zie ook M. ADAMS en J. GRIFFITHS, “Against ‘comparative method’: explaining similarities and differences”, in M. Adams en J. Bomhoff (eds.) *Practice and Theory in Comparative Law* (Cambridge: Cambridge University Press 2012), (279) 285 e.v., die benadrukken dat in vele gevallen het best is de vragen zo te stellen dat niet op de eerste plaats de regels worden beschreven maar wel het gedrag dat deze beogen te regelen; M. SALOMON, *supra* vn. 32.

<sup>136</sup> Zie Mauro BUSSANI, “On the ‘Common Core of European Administrative Laws’ Methodology (and European Tort Laws)”, in Giacinto della Cananea en Roberto Caranta (eds.), *Tort Liability of Public Authorities in European Laws* (Oxford: OUP 2020), (23) 32; M. BUSSANI, M. INFANTINO en F. WERRO, 20. *King’s Law Journal* 2009, (239) 242-243.

Bv. bij het opstellen van de casussen voor het deelproject *Security Rights in Movable Property* (dat geleid heeft tot de bundel E.-M. Kieninger (ed.), *Security Rights in Movable Property in European Private Law* (Cambridge: CUP 2004), werd casus 4 onderscheiden van casus 3 na kennisname van het feit dat een toelating tot wederverkoop onder bv. Zweeds recht leidt tot een andere oplossing van de voor het overige dezelfde casus.

<sup>137</sup> En eveneens in het verlengde van het manifest dat deze samen met andere rechtsvergelijkers publiceerde in 1987 onder de naam *Le Tesi di Trento*, @ [www.jus.unitn.it/faculty/guida/tesi.html](http://www.jus.unitn.it/faculty/guida/tesi.html).

<sup>138</sup> Zie A. PERA, “Searching for a common core of family law in Europe. Methods and goals”, *Opinio juris in comparatione* 2018, 51 e.v.

<sup>139</sup> Zie het genoemde boek van G. della Cananea en R. Caranta (eds.), *Tort Liability of Public Authorities in European Laws*.

**30.** BESCHRIJVING VAN DE METHODE – Een van de hoofdkenmerken van de Trento-methodologie is met name de theorie van juridische formanten ontwikkeld door Sacco: de idee dat het recht bestaat uit verschillende formanten, zowel doctrines (beschrijvende formanten) als operationele regels (zoals deze gevonden in rechtspraak) als andere concurrerende formanten, en dat zelfs binnen elk van de traditionele rechtsbronnen er concurrerende formanten aanwezig kunnen zijn<sup>140</sup>. Deze methodologie werd dan verder in het bijzonder uitgewerkt voor de deelnemers aan dit project door de rapporteurs te vragen om verslag te doen van de behandeling onder nationaal recht van elk van de casusposities op drie niveaus, met een onderrichting die het waard is voluit te worden geciteerd:

*“Level I. Operative Rules: indicate:*

- 1) how the case would be solved by case law in the given legal system;*
- 2) whether this is or not the solution given by the other legal formants, i.e., (according to a prima facie interpretation of) legislation, primary and/or delegated; legal doctrine; custom and usage;*
- 3) whether all these formants are concordant, both from an internal point of view (indicate minority doctrines, including dissenting opinions in leading cases, opposite opinions in scholarly writings, etc.), and from a diachronic point of view (whether the various solutions are recent achievements or they are identical in the past);*
- 4) if appropriate in the legal system, also the level of facticity or juridicity of the solution, i.e. whether the solution is considered to be a question of fact or a question of law (see Schlesinger, Formation of Contracts, Introduction, II (5) (c) (bb), p. 56) this is in order not only to determine the degree to which the solution can be enforced by supreme courts against lower courts, but also the impact of judicial precedent on the matters implied by the solution.*

*Level II. Descriptive Formants: indicate the reasons for which lawyers feel obliged to give the solution(s) mentioned in Level I, and where appropriate, the different reasons for the different approaches and formants including, for example:*

- 1) consistency/inconsistency of the solution with specific and general legislative provisions, with general principles (traditional as well as emerging ones), and with constitutional provisions directly affecting the subject;*

---

<sup>140</sup> Zie R. SACCO, *Introduzione al diritto comparato* (Torino: UTET (1) 1980, (5) 1992, (7) 2019); in de 5e uitgave op p. 43 e.v.; R. SACCO, 39. *AJCL* 1991, 1 e.v., 343 e.v.; Ugo MATTEI en Mauro BUSSANI, openingsrede 1995, @ [www.jus.unitn.it/dsg/common-core/meeting\\_10\\_project.html](http://www.jus.unitn.it/dsg/common-core/meeting_10_project.html); U. MATTEI, in A. Riles (ed.), *Rethinking the Masters of Comparative Law*, 238 e.v.; enkele voorbeelden bij M. BUSSANI, M. INFANTINO en F. WERRO, 20. *King's Law Journal* 2009, (239) 242 e.v.

*is the solution considered a historical accident? are there any reform proposals?*

- 2) *whether the solution is dependent on legal rules and/or institutions outside the private law, such as procedural institutions (including rules of evidence), administrative and constitutional (different than those at Point I, supra) provisions;*
- 3) *how the solution is dogmatically explained; how do/must the lawyers reason in order to come to that solution; how do they use legal reasoning to eliminate contraindications which could lead to a different solution.*

*Level III. Metalegal Formants: indicate the other elements affecting the solution(s) mentioned at Level I, such as policy considerations, economic and/or social factors, social context and values, and the structure of legal process (organization of courts, administrative structure, etc.)*<sup>141</sup>.

In het laatste deel van deze bijdrage (*infra* punt C) gaan we in op de vraag of hierin een alternatieve opvatting van *common core* te vinden is.

## **B. ANDERE VOORBEELDEN**

**31.** TOEPASSINGEN VAN DE *FACTUAL METHOD* – De *common core*-methode werd minstens in bepaalde mate ook gebruikt in een reeks andere collectieve of individuele rechtsvergelijkende werken, zij het meestal zonder de uitdrukking zelf te gebruiken (wat perfect begrijpelijk is aangezien die uitdrukking misleidend is), en meermaals wel beperkt tot het eerste of het eerste en tweede niveau (de operatieve oplossing en de wijze waarop vanuit het rechtssysteem daartoe wordt gekomen).

*General reports* voor de Congressen van de Internationale Academie voor rechtsvergelijking (IACL/AIDC) zijn normaal geground op nationale rapporten die antwoord geven op een questionnaire van de *general reporter*, en minstens sommige van die vragenlijsten bestaan uit casusposities in de stijl van het Cornell- of Trento-project.

De reeds genoemde *Principles of European Tort Law* werden zoals gezegd voorafgegaan door een reeks rechtsvergelijkende studies, op basis van een questionnaire die zowel theoretische vragen als concrete casussen omvatte<sup>142</sup>.

---

<sup>141</sup> Zie voor nadere uitleg over de Trento-methode verder onder meer M. BUSSANI, M. INFANTINO en F. WERRO, 20. *King's Law Journal* 2009, (239) 242 e.v. met een hele reeks voorbeelden inzake onrechtmatige daad; M. BUSSANI, in G. della Cananea en R. Caranta (eds.), *Tort Liability of Public Authorities in European Laws*, 23-35.

Voor een enigszins andere maar toch gelijkaardige opvatting van wat er voor diepgaande rechtsvergelijking dient te worden betrokken in het antwoord, zie ook M. ADAMS en J. GRIFFITHS, in *Practice and Theory in Comparative Law*, (279) 290-297.

<sup>142</sup> Deze studies werden gepubliceerd tussen 1992 en 2005 onder de reeksnaam *Unification of Tort Law*. Zie verder H. KOZIOL, 1. *Journal of Tort Law* 2007, 3 e.v.

Het FL-EUR netwerk (*Family Law in Europe: An Academic Network*)<sup>143</sup> kiest er bewust voor om géén “*principles*” op te stellen, maar het materiële recht te beschrijven en de verschillende oplossingen voor juridische problemen te analyseren in hun politieke en sociaaleconomische context, waarbij men op zoek gaat naar gelijkenissen, functionele equivalenten en verschillen, nagaat of de uitkomsten contextgebonden zijn en de voor- en nadelen van de oplossingen analyseert; de eerste drie themata van FL-EUR zijn meerderjarigenbescherming, conflictueuze echtscheidingen en nieuwe afstammingsvormen.

**32.** INDIVIDUELE RECHTSVERGELIJKENDE WERKEN – Sommige individuele auteurs zijn er ook in geslaagd om, soms met de hulp van nationale rapporteurs, vrij monumentale werken te schrijven die belangrijke gebieden van het privaatrecht rechtsvergelijkend in kaart brengen zonder dit te beschouwen als de voorstelling van een ‘*common law*’ of van gemeenschappelijke begrippen en beginselen, maar wel door analyse die de verschillen even ernstig neemt als de gelijkenissen. Laat ik hierbij enkel de namen noemen van auteurs die daarbij een breed scala aan rechtssystemen betrokken en niet enkel de *usual suspects* (Engels, Frans en Duits recht). Hierbij is te denken aan Filippo Ranieri, *Europäisches Obligationenrecht*<sup>144</sup> of Peter Schlechtriem, *Restitution und Bereicherungsausgleich in Europa*<sup>145</sup>; hoewel het laatste werk bedoeld was als instrument voor de harmonisatie van het recht in Europa, is het gewoon ook een uitstekend rechtsvergelijkend werk. En ondanks hun duidelijk harmoniseringsoogmerk kan men dat ook zeggen van de hogergenoemde werken van Christian von Bar. Niettemin blijven werken die daadwerkelijk de *factual method* gebruiken en starten van casusposities zeldzaam. De beste voorbeelden daarvan zijn wellicht de twee belangrijke werken van Thomas Kadner Graziano, *Comparative Tort Law* en *Comparative Contract Law*<sup>146</sup>. Er is dus zeker nog ruimte voor anderen.

**33.** *FACTUAL METHOD* VAN RECHTSVERGELIJKING EN IPR – Ten slotte kan met Michaels<sup>147</sup> worden opgemerkt dat wie een vraagstuk van internationaal privaatrecht oplost, altijd in zekere mate aan rechtsvergelijking doet vanuit een casuspositie. Met name wanneer dat vraagstuk anticipatief wordt behandeld, met het oog op het stellen van rechtens relevante handelingen (en niet

<sup>143</sup> Waarover M. ANTOKOLSKAIA, *TPR* 2022, 395 e.v.

<sup>144</sup> Filippo RANIERI, *Europäisches Obligationenrecht* (Wien: Springer (1) 1999; Wien: Springer (2) 2003; Wien/New York: Springer (3) 2009).

<sup>145</sup> Peter SCHLECHTRIEM, *Restitution und Bereicherungsausgleich in Europa* (Tübingen: Mohr Siebeck 2000-01, 2 delen).

<sup>146</sup> T. KADNER GRAZIANO, *Comparative Tort Law. Cases, Materials, and Exercises* (Abingdon: Routledge 2018); T. KADNER GRAZIANO, *Comparative Contract Law. Exercises in Comparative Methodology* (Cheltenham: Edward Elgar (3) 2023). Zie ook zijn bijdrage “A Multilateral and Case-Oriented Approach to the Teaching and Studying of Comparative Law: A Proposal”, *ERPL* 2015, 927 e.v.

<sup>147</sup> R. MICHAELS, in Nils Jansen en Sonja Meier (eds.), *Iurium Itinera. Reinhard Zimmermann zum 70. Geburtstag am 10. Oktober 2022*, 149-176.



enkel *post factum* als het bepalen van het toepasselijk recht) onderzoekt men de verschillende rechtssystemen die toepasselijk kunnen worden gemaakt en – naargelang de tijdshorizon – soms ook de stabiliteit van de oplossing in dat rechtssysteem. In zo’n situatie dient de rechtsbeoefenaar rekening te houden met alle regels die zouden kunnen worden toegepast en niet enkel met wat zich onder dezelfde naam of categorie aandient.

Ter illustratie verwijs ik graag naar het arrest *Nike/Sportland* van het Hof van Justitie<sup>148</sup> over de uitleg van artikel 13 van de Insolventieverordening nr. 1346/2000 (intussen art. 16 van de Insolventieverordening nr. 2015/848), dat degene die voordeel heeft gehad bij een voor het geheel van schuldeisers nadelige handeling toestaat te bewijzen dat deze handeling onderworpen is aan het recht van een andere lidstaat dan de lidstaat waar de insolventieprocedure is geopend en dat dat recht in het gegeven geval niet voorziet in de mogelijkheid om die handeling te bestrijden. In dat arrest besliste het Hof dat degene tegen wie een vordering tot nietigheid, vernietiging of niet-tegenwerpbaarheid van een handeling is ingesteld, moet aantonen dat deze handeling niet kan worden bestreden op basis van het recht dat op deze handeling van toepassing is (*lex causae*) in zijn geheel, waarmee niet enkel de insolventiebepalingen van het toepasselijk recht worden bedoeld, maar alle bepalingen en algemene beginselen van dit recht. Hier kan men zich bij de voorbereiding van een rechtskeuze dus niet beperken tot het louter vergelijken van de regels van insolventierecht, maar is een breder onderzoek nodig van wat in de gegeven casus relevant kan zijn in de in aanmerking komende rechtsstelsels.

### C. DE TRENTO COMMON CORE-METHODE ALS EEN ALTERNATIEVE OPVATTING VAN COMMON CORE

**34.** MEERWAARDE VAN DEZE METHODE – De methode van Rodolfo Sacco en het Trento-project is bestempeld – terecht – als een combinatie van functionalisme en structuralisme<sup>149</sup>: zij is niet enkel geïnteresseerd in het concrete antwoord dat de te vergelijken rechtsstelsels in feite (zouden) geven, maar ook daarin hoe die antwoorden gestructureerd zijn en zich verhouden tot andere elementen van het rechtsstelsel. Voor een betrouwbare analyse van een bepaald recht moet daarbij een veelvoud aan factoren – vaak niet coherent met elkaar – in rekening worden gebracht. Deze rijkere en complexere methodologie relateert aldus ook het vinden van gemeenschappelijke uitkomsten of (operatieve) regels (waar dergelijke bevindingen ertoe neigen bij de voorstanders van een gemeen recht voor Europa hoeragevoelens op te roepen). Wanneer twee rechtsstelsels hetzelfde antwoord geven op een casus, is dit immers maar een *snapshot* (momentopname); afhankelijk van hoe deze uitkomst wordt bereikt (historisch en/of argumentatief) en gereciperd in dat rechtsstelsel,

<sup>148</sup> HvJ 15 oktober 2015, @ <https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-310/14>.

<sup>149</sup> U. MATTEI, “Comparative Law and Critical Legal Studies”, in *The Oxford Handbook of Comparative Law*, (805) 815.



kan deze diepgeworteld zijn dan wel vatbaar voor snelle wijziging, en ook dat is duidelijk belangrijke informatie. Voor de meeste praktische redenen waarom aan rechtsvergelijking wordt gedaan is immers niet enkel van belang wat het meest waarschijnlijke antwoord vandaag is, maar ook welke mogelijkheden in een rechtstelsel aanwezig zijn die mee bepalen wat het antwoord morgen zou kunnen zijn.

Laat ik voor een goed begrip van deze methode drie elementen uit het werk van Sacco in de schijnwerpers plaatsen.

**35.** *TRADUTTOLOGIA* – Een eerste punt betreft zijn aandacht voor de uiteenlopende betekenis die corresponderende termen in andere talen kunnen hebben; Sacco sprak van een *traduttologia*, en waarschuwde vaak voor de misleidende idee dat het gebruik van eenzelfde term, of een letterlijke vertaling ervan, in verschillende rechtstelsels, ook naar eenzelfde betekende of betekenis verwijst. Allicht is er een overlap, maar zoals hoger gezegd is het een optische illusie dat die termen ook dezelfde omvang en grenzen hebben en dus dezelfde betekenis<sup>150</sup>. En om de draagwijdte van afzonderlijke concepten te vatten zal er ook een studie van de kenmerken van het systeem, die die betekenis beïnvloeden, nodig zijn (zie randnr. 37).

**36.** *STUDIE VAN LEGAL FORMANTS EN EEN ALTERNATIEVE OPVATTING VAN COMMON CORE* – Het tweede betreft de aandacht voor de interne verscheidenheid binnen een rechtssysteem, die zichtbaar wordt door de studie van de diverse *legal formants* en die het mogelijk maakt diverse graden van (in)consistentie of stabiliteit van het als positief geldende recht te onderkennen. Hierin schuilt een andere opvatting van *common core*, een waar de periferie even belangrijk kan zijn als het centrum, met een knipoog naar de wijze waarop deze woorden gebruikt werden door Carlo Ginzburg<sup>151</sup>.

Immers, wanneer we binnen een rechtssysteem tegenstellingen en zelfs contradicties tussen de formanten zien, kunnen we vaak ook tot de ontdekking komen dat formanten die dominant zijn in een rechtssysteem – in de zin dat ze de operationele regels vandaag bepalen – in andere rechtssystemen die vandaag andere operationele regels hebben, niet afwezig zijn, maar een minoritaire of slapende positie innemen, en omgekeerd. Vaak zijn verschillen tussen de operationele regels van verschillende rechtstelsels niet zozeer verschillende tussen die systemen als binnen elk van die systemen. Men zou het zelfs als een andere versie van de *praesumptio similitudinis* kunnen verwoorden: niét in de

<sup>150</sup> Zie A. GAMBARO, “Rodolfo Sacco: l’intellectuel le juriste le comparatiste”, in K. Boele-Woelki en D. Fernández Arroyo (eds.), *The Past, Present and Future of Comparative Law – Le passé, le présent et le futur du droit comparé*, (107) 109; R. SACCO, “Le passé, le présent et le futur du droit comparé”, in *ibid.*, (103) 104.

<sup>151</sup> Zie E. CASTELNUOVO en C. GINZBURG, “Centro e periferia in storia dell’arte italiana”, in *Storia dell’Arte italiana, vol. 1 Questioni e metodi* (Torino: Einaudi 1979), 285 e.v., herdrukt als aparte uitgave: *Centro e periferia nella storia dell’arte italiane* (Milano: Officina Libraria 2019).

zin dat het recht van verschillende landen hetzelfde is in zijn concrete oplossing vandaag, maar wel in de zin dat dezelfde formatieve elementen voor de oplossing kunnen worden gevonden in die verschillende landen, maar veeleer dominant in het ene en slapend in het andere. Maar wat vandaag slapend is, kan morgen wakker zijn, en omgekeerd. Sacco leert ons dus dat rechtsvergelijking niet enkel moet onderzoeken hoe rechtsstelsels vandaag een concreet vraagstuk oplossen, maar ook hoe ze dat zouden kunnen doen in de toekomst. Dat noemde Sacco een dynamische in plaats van een statische visie op de rechtsvergelijking. We kunnen het ook een meer diachronische in plaats van een louter synchronische visie noemen. En dat vereist dat men niet enkel naar de oplossing kijkt maar vooral naar de wijze waarop juristen tot die oplossing komen. Dat helpt ons te zien hoe contingent of verschanst opvattingen en regels zijn in een rechtssysteem, en in welke mate en met welke snelheid ze kunnen veranderen. Zoals Antonio Gambaro benadrukte<sup>152</sup>, verplicht Sacco ons ertoe aandacht te besteden aan *la durée*, verschijnselen van lange duur, structuren en patronen die doorheen de wisselende verschijningsvormen van de concrete beslissingen aanwezig blijven, en die niet noodzakelijk het best herkend worden in de grote gebeurtenissen of centraal geachte elementen. De visie van Sacco vertoont hier raakpunten met die van grote historici als Emmanuel Le Roy Ladurie (1929-2023) of James Whitman (°1957)<sup>153</sup>. Formanten die nu verborgen of onderdrukt zijn kunnen dus ook op langere termijn weer bovenkomen. Sacco heeft aldus minstens ten dele de beruchte zin gecorrigeerd van Julius von Kirchmann, te weten “*Drei berichtigende Worte des Gesetzgebers und ganze Bibliotheken werden zu Makulatur*”<sup>154</sup>.

**37.** NIET ENKEL DE REGEL ALS OPLOSSING VAN DE CASUS – Daartoe hebben we evenwel nood aan meer dan een eenvoudige *factual method*. Veel relevante informatie missen we indien we de informatie over de oplossing van de casussen beperken tot het eerste niveau, het concrete antwoord met de oplossing van de casussen, ook al bestaat dat uit correcte “*prophecies of what the courts will do in fact*” – om de beroemde definitie van recht volgens Oliver W. Holmes te citeren. Weliswaar gaf de rechtsvergelijking tot zestig jaar geleden onvoldoende aandacht aan de rechtspraak, maar vandaag is het risico groot dat de aandacht te exclusief op de rechtspraak is gericht, in het

<sup>152</sup> A. GAMBARO, “Rodolfo Sacco: l’intellectuel le juriste le comparatiste”, in K. Boele-Woelki en D. Fernández Arroyo (eds.), *The Past, Present and Future of Comparative Law – Le passé, le présent et le futur du droit comparé*, (107) 108.

<sup>153</sup> Zie mijn *laudatio* voor prof. Whitman bij zijn doctoraat *honoris causa* aan de KU Leuven 26 februari 2015, @ [www.academia.edu/11790461/Laudatio\\_Dr\\_h\\_C\\_Prof\\_James\\_Whitman](http://www.academia.edu/11790461/Laudatio_Dr_h_C_Prof_James_Whitman), of [www.kuleuven.be/communicatie/congresbureau/corporate-evenementen/patroonsfeest/overzicht-eredoctoraten/laudatios/2015-laudatio-james-whitman.pdf](http://www.kuleuven.be/communicatie/congresbureau/corporate-evenementen/patroonsfeest/overzicht-eredoctoraten/laudatios/2015-laudatio-james-whitman.pdf).

<sup>154</sup> Julius VON KIRCHMANN, *Die Werthlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft* (Berlin: Springer 1848), @ <https://sammlungen.ub.uni-frankfurt.de/1848/urn:urn:nbn:de:hebis:30:2-21092>. Max SALOMON, *Grundlegung zur Rechtsphilosophie*, weerlegde dit verder met de argumentatie die hoger werd aangehaald, nl. dat het bij de rechtswetenschap niet gaat om een wetenschap van de rechtsregels, maar van de *problemen* waarvoor die regels een oplossing proberen te bieden.

bijzonder wanneer men de analyse dan nog beperkt tot de samenvatting of het maxime van een arrest (de ‘*massima*’ in het Italiaans), zonder een kritische analyse van de elementen die de beslissing in het concrete geval kunnen verklaren, en die al dan niet in de beslissing zelf kunnen gevonden worden, maar omzeggens nooit in het maxime.

Zoals hoger reeds opgemerkt, kan de functie van sommige elementen van een rechtssysteem (sommige *legal formants*) ook een andere zijn dan enkel het oplossen van een (maatschappelijk) probleem, en met name ook erin bestaan expressie te geven aan een collectieve identiteit of collectieve waarden (de stelling van het zgn. expressivisme in de rechtsvergelijking). De functie kan dus ook expressief, retorisch, declaratief zijn; dit houdt een ruimer begrip in van ‘functie’ dan enkel de functie van het oplossen van casussen, die wel zeer centraal staat in de klassieke versie van het functionalisme (in het bijzonder uitgedrukt in de *Einführung* van Zweigert en Kötz); de formant heeft dan geen directe rechtsgevolgen, maar toch een impact op het rechtssysteem, of zoals Catherine Valcke in deze context schreef, “(*legal style matters*)”<sup>155</sup>.

**38.** *SISTEMOLOGIA* – Onder meer Rabel<sup>156</sup>, Sacco en Kötz<sup>157</sup> concludeerden dat er ook nood is aan een studie van de kenmerken van het rechtssysteem die de *law in action* en de ontwikkeling ervan beïnvloeden. Sacco noemde dit een *sistemologia*. Net als voor onder meer Rabel en Kötz omvat dat voor Sacco veel meer dan de traditionele rechtsbronnen als wetgeving, rechtspraak en rechtsleer. In de methodologie van het Trento-project is er sprake van metajuridische formanten (ook al zijn deze nog nauw met het rechtssysteem verbonden). In zijn *Introduzione al diritto comparato*<sup>158</sup>, verwees Sacco opnieuw naar Gorla om het belang te benadrukken van dergelijke algemene kenmerken, die zowel gekende factoren kunnen zijn als verborgen cryptotypen. Zij verwijzen naar algemene juridische denkwijzen, interpretatiemethoden, modellen van studie in de rechten, wijzen van beroepsopleiding bij juridische beroepen, het feitelijk functioneren van die beroepen, de stijl van wetgeving, rechtspraak of rechtsleer; de feitelijke verhoudingen tussen wetgevers, rechters en professoren, en het feitelijk gezag van precedënten. Net zoals in de geschiedwetenschap de microgeschiedenis en studie van ‘perifere’ elementen vaak evenveel betekenis kan onthullen als de studie van de grote gebeurtenissen in het centrum of de kern<sup>159</sup>, kunnen zogenaamd perifere

<sup>155</sup> C. VALCKE, “Comparing Legal Styles”, 15. *International Journal of Law in Context* 2019, 274.

<sup>156</sup> Zie het citaat *supra* in voetnoot 31 uit Ernst RABEL, *Rheinische Zeitschrift für Zivil- und Prozessrecht* 1924, (279) 283.

<sup>157</sup> H. KÖTZ, in K. Boele-Woelki en D. Fernández Arroyo (eds.), *The Past, Present and Future of Comparative Law – Le passé, le présent et le futur du droit comparé*, (25) 33-34, aangehaald *supra* vn. 124.

<sup>158</sup> R. SACCO, *Introduzione al diritto comparato*, geciteerd uit de vijfde uitgave (de laatste die Sacco alleen schreef), 129.

<sup>159</sup> Hoger verwees ik al naar Carlo Ginzburg (bv. *Il formaggio e i vermi. Il cosmo di un mugnaio del Cinquecento*, in het Nederlands vertaald als *De kaas en de wormen; het wereldbeeld van*

elementen in het recht veel onthullen over het systeem, dat immers niet tot een momentopname kan worden beperkt.

## V. ENKELE CONCLUSIES

**39.** De uitdrukking *common core* heeft de voorbije halve eeuw ontegensprekelijk een grote aantrekkingskracht uitgeoefend op juristen, althans de *academici* onder hen<sup>160</sup>. Daar kunnen verscheidene redenen voor worden aangegeven, zoals historische – de uitdrukking en de idee erachter is vooral uitgewerkt door juristen die het trauma van de Tweede Wereldoorlog hebben meegemaakt – en sociologische – de mogelijkheden die de idee geeft aan *academici* om een grotere rol te spelen. Zoals vaker bij een aantrekkelijke vlag, gaan daaronder wel velerlei ladingen schuil. Ik heb geprobeerd die te typeren en te klasseren en daarbij vooral in te gaan op de interessantste ontwikkelingen die zich rond dat begrip vooral in de rechtsvergelijking hebben voorgedaan. Dit was meteen een goede aanleiding voor enkele beschouwingen over de methode van rechtsvergelijking en de verhouding tussen rechtsvergelijking en rechtseenmaking.

We vonden in onze zoektocht een klassieke, harmoniserende opvatting van *common core* zoals hoger beschreven, die ervan uitgaat dat we minstens in het Europees privaatrecht een *common core* vinden als we de technische subtiliteiten van rechtssystemen, de contingente ballast, kortom de periferie terzijde schuiven en ons concentreren op in wezen gelijkaardige oplossingen voor gelijkaardige problemen.

De auteurs die de idee van een *common core* onderzochten belandden evenwel vaak, wanneer zij daarbij ernstig rechtsvergelijkend te werk gingen, niet echt bij een *common core*, maar hebben *en cours de route* wel de methoden van de rechtsvergelijking verrijkt. Daarmee kunnen deze beter ingezet worden voor datgene wat de rechtsvergelijking altijd heeft beoogd sinds haar bronnen in de romantiek (in de zin van Johann Gottfried Herder en Friedrich Carl von Savigny), namelijk de verrijking van de kennis door de legitimiteit van verschillen te aanvaarden<sup>161</sup>. Deze verrijkte methode heeft geleid tot een

-----  
*een zestiende-eeuwse molenaar*; voor juristen evenwel zijn bijzonder interessant: *Il giudice e lo storico. Considerazioni in margine al processo Sofri*, in het Nederlands vertaald als *De rechter en de historicus; kanttekeningen bij het proces-Sofri*; *Spie. Radici di un paradigma indiziario*, in het Nederlands vertaald als *Sporen. Wortels van een indicie-paradigma* en Emmanuel LEROY LADURIE (bv. *Montaillou, village occitan de 1294 à 1324*, of *Le Carnaval de Romans: de la chandeleur au mercredi des cendres*, in het Nederlands vertaald als *Het carnaval van Romans: van Maria-Lichtmis tot Aswoensdag 1579-1580*, of *La sorcière de Jasmin*).

<sup>160</sup> Ik weet jammer genoeg niet meer wie de auteur is van de sarcastische uitroep “L’unification du droit est une idée qui séduit parfois les grands esprits et attire irrésistiblement les petits”.

<sup>161</sup> Vgl. R. SACCO, “Le passé, le présent et le futur du droit comparé”, in K. Boele-Woelki en D. Fernández Arroyo (eds.), *The Past, Present and Future of Comparative Law – Le passé, le présent et le futur du droit comparé*, (103) 104.

herziening van de theorieën over de rechtsbronnen<sup>162</sup> en andere manieren om gelijkenissen en verschillen te zien.

We vonden met name in de school van Sacco een alternatieve opvatting van een *common core*. Het is een opvatting die juist wel belang hecht aan die technische subtiliteiten, die periferie, de cryptotypen, om zo de onderliggende structuren op lange termijn te begrijpen. Die elementen kunnen enerzijds meer verschillen dan actuele concrete oplossingen voor casussen, maar anderzijds ook minder zichtbare gelijkenissen aan het licht brengen door niet enkel met de dominante maar ook met niet-dominante formanten rekening te houden.

Concluderend blijkt dat wanneer de rechtsvergelijking enkel beoogt een getrouw beeld te geven van het nu geldende recht der bestudeerde stelsels, een *factual method* in de meeste gevallen een van de meest geschikte instrumenten is en een reductie tot beginselen meestal een allesbehalve trouw beeld geeft. Is evenwel ook van belang wat het mogelijke antwoord van die stelsels morgen kan zijn, dan zijn alle *legal formants* daarbij van belang, en niet enkel de concrete oplossing van deze casussen. Zij leren ons ook hoe rechtssystemen zich ontwikkelen en hoe de oplossingen die daarbij op verschillende momenten of plaatsen worden gevonden voor eenzelfde probleem vaak functionele equivalenten zijn, die niet de enige mogelijke oplossing zijn maar wel vaak samenhangen met het rechtssysteem als geheel.

---

<sup>162</sup> R. SACCO, *ibid.*, 104.

## SOMMAIRE

### ‘COMMON CORE’

#### HISTORIQUE ET SIGNIFICATIONS D’UNE EXPRESSION COMPLÉTÉS PAR UN EXPOSÉ SUR LES RELATIONS ENTRE DROIT COMPARÉ ET UNIFICATION DU DROIT

L’expression *common core* (tronc ou noyau commun) a incontestablement exercé, au cours du récent demi-siècle, une grande force attractive sur les juristes, en tout cas, sur les académiques parmi eux. Comme cela arrive plus souvent, un tel pavillon aussi attractif abrite diverses cargaisons. L’auteur du présent exposé s’efforce de les caractériser et les classer et, ce faisant, surtout de souligner les intéressantes évolutions suscitées, à propos de cette notion, en droit comparé. Il trouve là, en même temps, une bonne occasion de formuler quelques réflexions concernant la méthode de droit comparé et les rapports entre droit comparé et unification du droit.

Dans le chapitre II, l’auteur commente les travaux de précurseurs des méthodes ou projets de *common core* et mentionne, plus précisément, quatre éminents juristes du 20<sup>ème</sup> siècle. En A, il commente l’origine du terme ‘*common core*’ et consacre son attention également à des auteurs français des environs de 1900, mais principalement Rudolf Schlesinger, dont il analyse le développement d’une méthode factuelle de droit comparé. En B, il aborde Ernst Rabel simultanément avec le début de l’histoire de la méthode fonctionnelle de droit comparé et ses rapports avec le droit international privé. En C, il commente la contribution de Gino Gorla et brièvement déjà celle de Rodolfo Sacco, dont il sera encore plus longuement question ultérieurement. Le contexte de la période consécutive à la Seconde Guerre mondiale, où se poursuivra encore ce développement, viendra sous D.

Dans les chapitres III et IV, l’auteur aborde l’examen des diverses sortes de projets de *common core* et entend les comparer entre eux, en ce compris pour les rapports entre droit comparé et unification du droit. En III, il en distingue 4 types : A, la recherche d’équivalents fonctionnels ; B, la recherche d’un *ius commune* dans la jurisprudence actuelle ; C, la recherche de principes communs avec une approche de *better law*, et D, la recherche de la tradition commune. En E, l’auteur y ajoute quelques réflexions critiques concernant les résultats de certains projets. Il n’est pas question d’aborder ici, comme telles, les questions d’harmonisation du droit, ni celle de savoir si cette harmonisation est souhaitable, ni les avantages et inconvénients des diverses méthodes pour y arriver, ni de procéder, de ce point de vue, à une évaluation de quelques projets concrets d’harmonisation. L’exposé formule néanmoins quelques observations critiques concernant les prétentions de certains projets à former, sur ce point, un *common core*. En E, l’auteur se penche néanmoins sur la question de savoir s’il est vraiment pleinement sensé de parler d’un *restatement* du droit privé en Europe ou, à tout le moins, dans l’Union Européenne. Il en conclut que les auteurs qui ont examiné l’idée d’un *common core*, en sont souvent arrivés, lorsqu’ils ont travaillé plus précisément en droit comparé, non pas à déceler un *common core*, mais ils ont pu, en cours de route, enrichir les méthodes de droit comparé.

Dans le chapitre IV, l’auteur commente les projets de droit comparé qui n’ont certes aucun but d’harmonisation, mais entendent néanmoins essayer de mieux comprendre aussi bien les différences que les similitudes entre systèmes de droit en Europe,



en particulier le projet dit *Trento common core* (A). Après un bref aperçu actuel d'autres travaux dans ce sens (en B), l'auteur entend (en C) mieux comprendre la signification et la plus-value spécifiques en droit comparé de la méthode dite *Trento common core*, telles qu'elles peuvent résulter d'une étude d'un nombre plus large de sources et facteurs (formants juridiques), parmi lesquels aussi des éléments cachés (cryptotypes).

Dans cette recherche, l'auteur a ainsi décelé, d'une part, une conception classique d'harmonisation du *common core*, qui recherche avant tout des solutions pour des problèmes similaires de *common core* considérées comme l'expression des mêmes principes. La méthode enrichie élaborée par l'école de Sacco, d'autre part, a conduit à une révision des théories afférentes aux sources du droit, et à de nouvelles perspectives sur les similitudes et différences. Il en est résulté, en quelque sorte, une conception alternative de *common core*, une conception qui accorde précisément plus d'importance à ces subtilités techniques, cette périphérie, les cryptotypes, pour mieux comprendre à long terme les structures sous-jacentes qui, d'une part, peuvent différer davantage des actuelles solutions concrètes pour des cas concrets, mais, d'autre part, peuvent mettre davantage en lumière des ressemblances moins visibles en tenant compte non seulement des formants dominants, mais, en même temps, des formants non dominants.

En conclusion, l'auteur entend affirmer que, lorsque le droit comparé vise uniquement à donner une vue fidèle du droit actuellement en vigueur dans les régimes étudiés, une méthode factuelle constitue, dans la plupart des cas, un des instruments les mieux appropriés, alors qu'une réduction à des principes n'apporte, dans la plupart des cas, qu'une vue tout sauf fidèle. Si, toutefois, il importe également de savoir quelle pourra être, à l'avenir, la réponse de ces régimes, alors tous les formants légaux sont d'importance, et non plus seulement la solution concrète de ces cas concrets. Ils nous apprennent également comment les systèmes juridiques se développent et comment les solutions qu'ils trouvent, à cet égard, à des moments ou des endroits différents, pour un même problème, sont souvent des équivalents fonctionnels qui ne constituent pas la seule solution possible, mais sont souvent en concordance avec le système dans son ensemble.

## ZUSAMMENFASSUNG

### ‘COMMON CORE’

#### GESCHICHTE UND BEDEUTUNGEN EINES BEGRIFFS AUCH EIN BEITRAG ÜBER DAS VERHÄLTNISS ZWISCHEN RECHTS- VERGLEICHUNG UND RECHTSVEREINHEITLICHUNG

Der Ausdruck *common core* hat im letzten halben Jahrhundert unbestreitbar eine große Anziehungskraft auf Juristen, zumindest auf die Akademiker unter ihnen, ausgeübt. Wie es bei einer attraktiven Flagge oft der Fall ist, verbergen sich dahinter viele verschiedene Konnotationen. In diesem Beitrag werde ich versuchen, sie zu charakterisieren und zu klassifizieren, wobei ich mich auf die interessantesten Entwicklungen konzentriere, die rund um diesen Begriff, insbesondere im Bereich der Rechtsvergleichung, stattgefunden haben. Dies bietet sofort eine gute Gelegenheit für einige Überlegungen zur Methode der Rechtsvergleichung und zum Verhältnis zwischen Rechtsvergleichung und Rechtsvereinheitlichung.

In Teil II erörtere ich die Vorläufer der *common core* Methoden oder Projekte, insbesondere vier außergewöhnliche Rechtsgelehrte des 20. Jahrhunderts. In A. beginne ich mit den Ursprüngen des Begriffs ‘*common core*’ und richte mein Augenmerk auf französische Autoren um 1900 und insbesondere auf Rudolf Schlesinger und diskutiere die Entwicklung einer faktischen Methode der Rechtsvergleichung durch letzteren. In B. geht es um Ernst Rabel und die Frühgeschichte der funktionalen Methode der Rechtsvergleichung und ihr Verhältnis zum internationalen Privatrecht. In C. diskutiere ich den Beitrag von Gino Gorla und gehe bereits kurz auf Rodolfo Sacco ein, auf den später noch näher eingegangen wird. Der Kontext der Zeit nach dem Zweiten Weltkrieg, in dem dies weiterentwickelt wurde, wird in D. dargestellt.

In den Teilen III und IV erörtere ich die verschiedenen Arten von *common core* Projekten und versuche, sie mit Blick auf das Verhältnis zwischen Rechtsvergleichung und Rechtsvereinheitlichung zu vergleichen. In Teil III unterscheide ich vier Typen: in A. die Suche nach funktionalen Äquivalenten, in B. die Suche nach einem *ius commune* in der zeitgenössischen Rechtsprechung, in C. die Suche nach gemeinsamen Grundsätzen mit einem *better law*-Ansatz und in D. die Suche nach der gemeinsamen Tradition. In E. füge ich einige kritische Überlegungen zu den Ergebnissen einiger Recherchen hinzu. Es geht nicht darum, die Fragen der Rechtsharmonisierung an sich zu erörtern, noch ob sie wünschenswert ist, noch die Vor- und Nachteile der verschiedenen Methoden zu diesem Zweck, noch eine Bewertung konkreter Harmonisierungsprojekte unter diesem Gesichtspunkt vorzunehmen. Dennoch enthält der Beitrag einige kritische Überlegungen zu den Behauptungen einiger Projekte hinsichtlich der Existenz eines *common core*. Insbesondere geht E. auf die Frage ein, ob man sinnvollerweise von einem *Restatement* des Privatrechts in Europa, oder zumindest in der Europäischen Union, sprechen kann. Ich komme zu dem Schluss, dass die Autoren, die sich mit der Idee eines *common core* auseinandergesetzt haben, oft, wenn sie dies ernsthaft rechtsvergleichend taten, nicht wirklich zu einem *common core* kamen, sondern *en cours de route* die Methoden der Rechtsvergleichung bereicherten.

In Teil IV diskutiere ich dann rechtsvergleichende Projekte, die nicht auf eine Harmonisierung abzielen oder zumindest versuchen, sowohl Unterschiede als auch

Gemeinsamkeiten zwischen den Rechtssystemen in Europa besser zu verstehen, insbesondere das *Trento common core project* (A.). Nach einem kurzen thematischen Überblick (in B.) wird der Versuch unternommen (in C.), die spezifische Bedeutung und den Mehrwert des Rechtsvergleichs nach der Trento *common core* Methode zu verstehen, der sich aus der Untersuchung eines breiteren Spektrums von Quellen und Faktoren (Rechtsformanten) ergeben kann, darunter auch eher verborgene Elemente (Kryptotypen).

Bei dieser Suche haben wir also einerseits ein klassisches, harmonisierendes *common core* Konzept gefunden, das hauptsächlich nach Lösungen für ähnliche Probleme sucht, die als im Wesentlichen ähnlich angesehen werden, als auch den Ausdruck derselben Grundsätze. Die Methode, die in der Schule von Sacco weiter ausgebaut wurde, andererseits, führte zu einer Revision der Theorien über die Rechtsquellen und zu anderen Perspektiven auf Ähnlichkeiten und Unterschiede. Wir haben dort eine alternative Konzeption eines *common core* gefunden, eine Konzeption, die tatsächlich jenen technischen Feinheiten, jenen Peripherien, den Kryptotypen Bedeutung beimisst, um langfristig die zugrunde liegenden Strukturen zu verstehen, die sich einerseits stärker unterscheiden können als konkrete Falllösungen, andererseits aber auch weniger sichtbare Ähnlichkeiten offenbaren, indem sie nicht nur dominante, sondern auch nicht-dominante Formanten berücksichtigen.

Zusammenfassend lässt sich sagen, dass, wenn der einzige Zweck der Rechtsvergleichung darin besteht, ein getreues Bild des geltenden Rechts der untersuchten Systeme zu vermitteln, die *factual method* in den meisten Fällen eines der am besten geeigneten Instrumente ist, und dass eine Reduzierung auf Grundsätze in der Regel ein alles andere als getreues Bild ergibt. Wenn es aber auch darauf ankommt, wie die möglichen Reaktionen dieser Systeme morgen aussehen könnten, dann sind in dieser Hinsicht alle *legal formants* wichtig, nicht nur die konkrete Lösung dieser Fälle. Sie lehren uns auch, wie sich Rechtssysteme entwickeln und wie die Lösungen, die für dasselbe Problem zu verschiedenen Zeitpunkten oder an verschiedenen Orten gefunden werden, oft funktionale Äquivalente sind, die nicht die einzig mögliche Lösung darstellen, aber andererseits oft mit dem Rechtssystem als Ganzem in Verbindung stehen.

## SUMMARY

### ‘COMMON CORE’

#### HISTORY AND DIFFERENT MEANINGS OF AN EXPRESSION ALSO A CONTRIBUTION ON THE RELATIONSHIP BETWEEN COMPARATIVE LAW AND LEGAL HARMONISATION

Over the past half century, the expression ‘common core’ has undoubtedly been a pole of attraction for lawyers – at least for academic lawyers. As is frequently the case with attractive figures of speech, this one has several layers to it. In this contribution, I endeavour to bring a typology and classification to this concept, and in so doing to examine the most interesting developments which have occurred around this concept, especially in comparative law. At the same time, this is a timely opportunity for airing a number of observations on comparative law method, and on the relationship between comparative law and legal harmonisation.

In Part II I discuss the early exponents of the common core project method, and more particularly four exceptional 20<sup>th</sup> century legal scholars. Section A starts with examining the origin of the ‘common core’ concept, with particular regard to the French authors around the turn of that century, and further especially to Rudolf Schlesinger, then analyses the factual method of comparative law as developed by the latter. Section B focuses on Ernst Rabel, together with the early history of the functional comparative law method, and its relationship with private international law. Section C discusses the contribution made by Gino Gorla, and, briefly, already touches on Rodolfo Sacco, whose work is discussed more extensively later. The context in which this concept was developed further, i.e. the period following World War II, is discussed in Section D.

In Parts III and IV, I discuss the various types of Common Core projects, attempting to draw comparisons between them in the light of the relationship between comparative law and legal harmonisation. In Part III, I identify four types. Section A features the search for functional equivalents. Section B features the quest to discover a *jus commune* in the current case law. Section C features the quest to discover common principles based on a ‘better law’ approach, and Section D the endeavours to identify a common tradition. In Section E I add a number of critical observations with regard to the results of the various endeavours described in previous sections. The object here is not to discuss the issues surrounding legal harmonisation as such, or the question whether such a harmonisation is desirable, or to assess the advantages and disadvantages of the various methods involved, or to provide an assessment of various harmonisation projects from this point of view. Nonetheless, this contribution does contain a number of critical observations regarding the claims made in certain projects concerning the existence of a common core. In fact, Section E examines the question whether it makes sense to consider a restatement of the private law in Europe – or at least within the European Union. My conclusion is that the authors who have examined the notion of a common core have ultimately failed to create a common core in the true sense, but in the course of their endeavours have certainly enhanced and enriched comparative law methods.

In Part IV I discuss the comparative law projects which do not seek to achieve harmonisation, or at least do endeavour to acquire a better understanding of both

the differences and the similarities between the various European legal systems – more particularly the Trento common core project (A). Following a brief overview of other current work in this field in Section B, Section C attempts to understand the particular significance and the additional value of comparative law based on the Trento common core model, as it could emerge from studying a broader spectrum of sources and factors (the ‘legal formants’ – including a number of somewhat cryptic elements (the ‘cryptotypes’)).

In the course of our research, we encountered two approaches to a common core, on one hand the traditional harmonising common core approach, which in the first place seeks to find solutions to similar problems which are essentially regarded as similar, as expressing the same principles. The common core method embedded in the Sacco doctrine, on the other hand, led to the revision of the theories concerning legal sources as well as to other ways of identifying similarities and differences. Here, we encountered an alternative approach of the common core concept – an approach which also does attach importance to subtle technicalities, peripheral considerations and cryptotypes in order thus to be able to comprehend the long-term underlying structures which on the one hand can reveal greater differences than current concrete solutions to individual cases, but which, on the other hand, bring to light less obvious similarities by taking into account not only the dominant, but also the non-dominant formants.

I can conclude that, where comparative law merely attempts to provide a true picture of the currently applicable law under the reviewed systems, in most cases a factual method provides one of the most suitable instruments, whereas reducing the law to bare principles provides nothing like a true picture. However, if it is also important to discover what could be the answer provided by these systems in the future, all legal formants play an important part here – and not only the actual concrete solutions to the practical cases involved. They teach us how legal systems develop, and how the relevant solutions, which are discovered at different stages and in different places, are frequently functional equivalents in relation to the same problem, which do not represent the sole possible solution, but on the other hand are frequently associated with the legal system as a whole.

## RESUMEN

### ‘COMMON CORE’

#### HISTORIA Y SIGNIFICADOS DE UNA EXPRESIÓN

#### ASIMISMO, UN ARTÍCULO SOBRE LA RELACIÓN ENTRE DERECHO COMPARADO Y UNIFICACIÓN DEL DERECHO

No cabe duda de que, durante los últimos 50 años, la expresión ‘*common core*’ ha ejercido una gran fuerza atractiva sobre los juristas, y muy especialmente sobre los académicos. Como muchas veces es el caso con un pabellón atractivo, que cubre diversas mercancías. En este artículo, intento caracterizar y clasificarlas, enfocando sobre todo las evoluciones más interesantes que se han producido con respecto a este concepto, sobre todo en derecho comparado. A la vez, es una buena ocasión para formular algunas reflexiones sobre el método de derecho comparado y la relación entre derecho comparado y unificación del derecho.

En el segundo capítulo, hablo de los pioneros de los métodos o proyectos de *common core*, o sea de los cuatro elementos científico-jurídicos extraordinarios que se han producido en el siglo XX. Bajo el epígrafe A, empiezo con el origen del término ‘*common core*’ y hablo de los autores franceses de los años 1900 y sobre todo de Rudolf Schlesinger, focalizando en el tema del desarrollo por este autor de un método factual de derecho comparado. Bajo el epígrafe B, le toca el turno a Ernst Rabel, junto con la historia temprana del método funcional de derecho comparado y su relación con el derecho internacional privado. Bajo el epígrafe C, hablo de la contribución de Gino Gorla y también evoco brevemente a Rodolfo Sacco, del que hablaré más adelante en detalle. Bajo el epígrafe D, se esboza el contexto del periodo posterior a la Segunda Guerra Mundial en que se dio lugar a una nueva evolución.

En los capítulos III y IV, me refiero a los distintos tipos de proyectos de *common core* e intento compararlos entre ellos, prestando atención a la relación entre derecho comparado y unificación del derecho. En el capítulo III, distingo cuatro tipos de proyectos: bajo A, la búsqueda de equivalentes funcionales, bajo B, la búsqueda de un *ius commune* en la jurisprudencia contemporánea, bajo C, la búsqueda de unos principios comunes con un enfoque de ‘*better law*’, y bajo D, la búsqueda de la tradición común. Bajo el epígrafe E, añado algunas consideraciones críticas sobre los resultados de ciertas investigaciones. No se trata de discutir las cuestiones de armonización del derecho en sí, ni de la cuestión si ésta es deseable, ni de las ventajas e inconvenientes de los distintos métodos, ni de hacer una evaluación de proyectos de armonización concretos desde este punto de vista. Sin embargo, el artículo contiene algunas reflexiones críticas sobre las pretensiones de ciertos proyectos en cuanto a la existencia de un *common core*. Bajo el epígrafe E, se aborda en particular la cuestión de saber si se puede hablar de una manera sensata de un replanteamiento del derecho privado en Europa, o por lo menos en la Unión Europea. Llego a la conclusión de que los autores que han examinado ya la idea de un *common core* al aplicar el derecho comparado de una manera seria, a menudo no llegaron realmente a un *common core*, pero que, en el camino, han enriquecido los métodos del derecho comparado.

Luego, en el capítulo IV, hablo de proyectos de derecho comparado que no persiguen un objetivo de armonización, o que, al menos, intentan dar una mejor explicación tanto a las divergencias como a las semejanzas entre los sistemas jurídicos en Europa,



particularmente el proyecto ‘*Trento common core*’ (A.). Después de un breve resumen de la situación actual (en B.), se intenta (en C.) dar una explicación al sentido específico y al valor añadido del derecho comparado según el método de *Trento common core*, que podría resultar de un estudio de un número más importante de fuentes y factores (formantes jurídicos), entre los cuales también se encuentran elementos más bien ocultos (criptotipos).

Por lo tanto, en nuestra investigación, hemos encontrado una interpretación armonizadora clásica de *common core*, que persigue sobre todo soluciones por problemas similares que, en el fondo, se consideran como similares, debido a expresar los mismos principios. El método, que aún se ha enriquecido más en la escuela de Sacco, ha conducido a una revisión de las teorías sobre las fuentes del derecho y a otras maneras de identificar semejanzas y divergencias. Es en ese ámbito que hemos encontrado una interpretación alternativa de un *common core*, una interpretación que sí da importancia a esas sutilezas técnicas, esa periferia, los criptotipos, para comprender así las estructuras subyacentes a largo plazo, que, por una parte, pueden arrojar mayores divergencias que las soluciones concretas actuales para casos determinados, pero que, por otra parte, también revelan unas semejanzas menos evidentes, teniendo en cuenta no sólo las formaciones dominantes sino también las no dominantes.

Para concluir, puedo afirmar que, si el derecho comparado solamente pretende dar una imagen fiel del derecho actualmente en vigor en los regímenes estudiados, en la mayoría de los casos, un método factual es uno de los instrumentos más adecuados, mientras que la reducción a unos principios generales no ofrece, en absoluto, una imagen fiel. Sin embargo, si también es importante saber eventualmente cuál podrá ser la respuesta de esos regímenes en un futuro, entonces también resultan ser relevantes todos los componentes jurídicos, y no sólo la solución concreta de estos casos. También se nos aparece que la forma en que se desarrollan los sistemas jurídicos y la forma en que las soluciones que se hallen en distintos momentos o lugares por el mismo problema a menudo son equivalentes funcionalmente, pero que no son la única solución posible, sino que, por otra parte, muchas veces están relacionadas con el sistema jurídico en su conjunto.