LEX SEMPER LOQUITUR

Over wetgeven en rechtspreken

Hoofdstuk I

Het ziet er naar uit dat over enkele jaren het belangrijkste deel van het nieuwe Burgerlijke Wetboek van kracht wordt verklaard. In een brief van 17 januari 1983 heeft de minister aangekondigd "niet te zwichten in het zicht van de haven".[1] De werkzaamheden, verricht aan het tot stand brengen van het N.B.W. - werkzaamheden die zich uitstrekken over een periode van bijna veertig jaren - hebben het denken over de wetgeving en in het bijzonder over de codificatie hernieuwd.[2] Met name is men zich weer gaan verdiepen in het vraagstuk van de verhouding tussen de "wetgever" en de "rechtspreker" en de vele vragen, die daarmee verband houden. Al die vragen zijn niet voor de eerste maal gesteld. Wij vinden ze terug in verschillende tijden en plaatsen in de geschiedenis, voornamelijk in het tijdvak van het ontstaan der continentale codificaties, d.w.z. eind achttiende en negentiende eeuw.
Voordat wij dan ook onze eigen zienswijze zullen trachten te ontwikkelen op de verhouding tussen wetgeven en rechtspreken aan de hand van het begrip codificatie, zullen wij eerst de aandacht richten op de denkbeelden, die dienaangaande in dat tijdvak hebben geleefd.

In 1803 heeft P.E.L. Dumont in een werk, getiteld "De la Codification", vijf bestanddelen aangegeven, waaraan een codificatie zou moeten voldoen. Deze opsomming had hij ontleend aan de gedachten van de Engelsman Jeremy Bentham (1748-1832), die hij zeer bewonderde. Bij deze bestanddelen van Dumont zou ik een ogenblik willen stilstaan, (en met name bij één ervan), omdat zij door Coing

---

1.NJB 5-2-1983 blz. 196.

2.Men zie laatstelijk de lustrumbundel van het dispuut "Joannes van der Linden" getiteld Fait accompli, Wordt het N.B.W. een rustig bezit? (1983) en het themanummer van het N.J.B. 5-11-1983.

in zijn "Handbuch der Quellen und Literatur der neueren Privatrechtsgeschichte"[3] opnieuw onder de aandacht zijn gebracht. Een codificatie moet, volgens Dumont, allereerst het geheel van een bepaald rechtsgebied omvatten, b.v. het gehele strafrecht, het burgerlijk recht, het procesrecht enz. of zelfs al die gebieden in één wetboek, zoals in Pruissen in het Allgemeine Landrecht van 1794 is verwezenlijkt, en bij ons in 1798 door de commissie van twaalf vergeefs is gepoogd. In de tweede plaats moet een codificatie geen casuistische maar algemene rechtsregels bevatten, die stelselmatig zijn geordend en in begrijpelijke taal gesteld. Vervolgens moet zij gelijkelijk gelden voor de gehele nationale staat. De inhoud ener codificatie moet niet bepaald zijn door historische toevalligheden, maar de normen dienen te worden opgesteld op grond van doelmatigheid. Ten slotte dient de codificatie de rechter te binden en zo veel mogelijk de vrijheid van het rechterlijk oordeel uit te sluiten.

Hoewel de laatste voorwaarde door ieder als juist werd onderschreven heeft zij de verschillende wetgevers veel hoofdbrekens gekost. Waar begint de rechterlijke vrijheid en waar houdt zij op? In hoeverre is het mogelijk de rechterlijke vrijheid uit te sluiten? "Indien de wettekst duidelijk en ondubbelzinnig is", antwoordde men. In andere gevallen is er uitlegging nodig. Maar wanneer is een bepaling van de wet duidelijk en wanneer niet? Wanneer is m.a.w. uitlegging nodig en zo zij nodig is, welk soort van uitlegging moet dan worden toegepast? Moet zij zich b.v. op grond van de taalkunde, de logica, de wetsgeschiedenis of het wetsstelsel tot de wet beperken, zodat de uitspraak een min of meer automatische "toepassing" van een wetsartikel is, of mag zij op grond van b.v. de analogie, het oogmerk of doel, de billijkheid en welke andere grond dan ook "rechtsvernieuwend" zijn, zodat de rechter zich a.h.w. aan de bindende kracht van de wet onttrekt. Uit de formulering van Dumont blijkt dat men de rechtsvernieuwende uitlegging niet geoorloofd achtte; daardoor

---

3.H. Coing, Handbuch der Quellen und Literatur der neueren Privatrechtsgeschichte. Band III. Das 19. Jahrhundert, Erster Teilband (1982) blz. 4.

sprak men immers geen recht meer maar plaatste men zich op de stoel van de wetgever, zo dacht men.
Lange tijd, tot ver in onze eeuw, heeft men het onderscheid tussen uitlegging als wetstoepassing en die als wetsoverstijging volgehouden en het zal wellicht geen verbazing wekken, dat in het propageren van dit onderscheid Von Savigny de toon heeft gezet. Het ligt ten grondslag aan zijn "System des heutigen Römischen Rechts", waarvan het eerste deel verscheen in 1840. Nadat in § 32 van Band I "die legale Interpretation", d.w.z. de uitlegging door een nieuwe wet of zelfs door een gewoonte is afgescheiden van de "doctrinelle Interpretation" is de laatste slechts geoorloofd, indien zij "reine Auslegung" is en geen "Fortbildung des Rechts". Indien immers "der Ausleger nicht den blossen Buchstaben, also den Schein des Gesetzes, sondern den wirklichen Inhalt desselben zu verbessern unternimmt, stellt er sich über den Gesetzgeber, und verkennt also die Gränzen des eigenen Berufs; es ist nicht mehr Auslegung die er übt, sondern wirkliche Fortbildung des Rechts".[4] Deze opvatting zal in de vorige eeuw de heersende zijn en nog in 1910 luidden de woorden van N.K.F. Land.[5] "Intusschen moet ik beginnen met de opmerking, dat hier onder Uitlegging, interpretatie, alleen verstaan wordt het opsporen en aanwijzen van den werkelijken zin eener wetsbepaling; het is dan derhalve toch altijd de wet, die wij als regel laten gelden. Maar onder interpretatie wordt ook wel verstaan het vormen van nieuw recht, zij het dan ook in aansluiting aan de wet, het als recht aannemen van hetgeen toch niet in de wet is opgesloten (interprétation législative). .... Maar thans kan iets dergelijks niet gelden; wij moeten erkennen, het is dan niet de wet die gevolgd wordt; men gaat dan verder dan de wet". Ook in het Algemeen Deel van P. Scholten[6], die de wetoverstijgende uitlegging wel toelaatbaar, ja onmisbaar vindt, is de bovengenoemde tweedeling terug te vinden.

4.System I blz. 322.

5.Inleiding tot de verklaring van het Burgerlijk Wetboek (1910) blz. 18

6.Mr C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht, Algemeen Deel door mr P. Scholten (1931, 3e druk 1974)

In de voorstelling van Dumont, Von Savigny, Land e.v.a. was de grens tussen wetgeven en rechtspreken scherp afgebakend. Rechtspreken was de wet toepassen en hoe automatischer dit geschiedde, des te meer dit in overeenstemming was met hen, die men later "legisten" is gaan noemen. De scherpe afbakening had enerzijds het voordeel, dat men duidelijk meende te weten welke de taak van de wetgever en welke die van de rechter was. De rechter was het verlengstuk van de wet en geheel van haar afhankelijk. Zijn uitspraken hadden geen gelding, omdat HIJ ze deed, maar omdat de WET ze deed door zijn mond. Dat betekende allereerst, dat de rechter zijn uitspraken overeenkomstig de wet moest doen, wilden zij rechtskracht verkrijgen. Een Raad van Cassatie werd ingesteld om toe te zien op deze overeenkomstigheid van wet en rechterlijke uitspraak. Kwam deze tot de slotsom dat de beslissing van de rechter niet in overeenstemming met de wet was genomen, dan "brak" hij haar. De wet had daardoor het monopolie van het recht en beheerste de gehele rechtspraak. Recht en wet waren uitdrukkingen, die hetzelfde betekenden en het is dan ook niet verwonderlijk dat tot 1919 het woord "onrechtmatig" van art. 1401 BW de betekenis had van "ontwetmatig".

Van de andere kant bracht de duidelijk afgebakende grens tussen "wettoepasselijke" en "wetoverstijgende" uitlegging grote nadelen met zich mee, waarvoor men in de vorige eeuw niet ongevoelig is gebleven. In de opvatting waarin de tweede soort van uitlegging taboe is bestaat er geen oplossing in twee gevallen: nl. dan, wanneer de wet in het geheel niets bepaalt en wanneer over de te beslissen vraag weliswaar een wettekst is, maar de rechter er met behulp van de toegestane wettoepasselijke uitlegging niet uitkomt. Over deze beide vraagstukken hebben velen zich het hoofd gebroken. Aanvankelijk, in de eerste golf van geestdrift voor een algehele codificatie ontkende men wel dat zoiets als het zwijgen der wet kon voorkomen. Men verwachtte "un code si clair et si précis qu'il ne soit jamais permis à aucun juge de s'en permettre l'interprétation".[7] Daarbij had men de grote keizer Justinianus voor

---

7. In het Cahier de doléances van de Ville de Rufec, art. 10, geciteerd in J. van Kan, Les efforts de Codification en France, Etude historique et psychologique (1929) blz. 251.

ogen, die niet alleen aan een ieder verboden had de wetten te interpreteren, maar ook het schrijven van commentaren op zijn wetboek niet zou hebben toegestaan.[8] Al spoedig heeft men het onhoudbare van zulk een standpunt ingezien en kwam men tot de hierboven uiteengezette onderscheiding tussen de wettoepasselijke en de wetoverstijgende uitlegging met het aan deze onderscheiding klevende vraagstuk van het zwijgen der wet.

De onvolledigheid der wet werd als een groter probleem ervaren dan de dubbelzinnigheid, de duisternis of de tegenstrijdigheid der wetteksten. In de laatste gevallen immers heeft men toch nog altijd de wet, die iets zegt, hoe onduidelijk ook. Dan kan men zich altijd nog aan iets "tastbaars" vastklampen, waarop men de regelen der uitlegkunde kan toepassen. Deze steun valt weg bij het verschijnsel der onvolledigheid; er is dan zelfs geen tekst meer die als strohalm kan dienen. Consequent zou zijn, dat daar waar de wet zwijgt, ook de rechter dient te zwijgen, aangezien toch de wettekst voor zijn handelen alpha en omega is. Deze consequentie is dan ook getrokken in de eerste geestdriftige voorstellen voor de Déclaration des droits de l'homme et du citoyen van 1789. Een zekere A.F. Pison du Galland schrijft over de taak van de rechter: "L'office des juges est restreint à la simple application de la loi; il ne peut la dissimuler, la suppléer, la modifier, ni l'étendre en aucun cas, sans prévarication. Là où la loi se tait, il n'y a délit ni matière à demande: le juge est sans fonctions comme sans pouvoir".[9]

Het wordt echter een ieder al spoedig duidelijk, dat dit zwijgen van de rechter de goede rechtsorde in gevaar brengt en dat elke rechtsweigering, hoe redelijk ook gefundeerd, ontoelaatbaar is in een geordende samenleving. Men vaardigt daarom een algeheel verbod van rechtsweigering uit. Door dit verbod wordt echter wel een levensgroot probleem geschapen, want waarop dient de rechter,

---

8.Const. Tanta-Dedoken (533) § 21.

9.Van Kan l.c. blz. 305/6.

aan wie enerzijds wordt bevolen in alle gevallen recht te spreken en anderzijds te verstaan wordt gegeven in geen geval buiten de grenzen der wet te treden, zijn oordeel te grondvesten indien diezelfde wet een leemte vertoont? De oplossing van dit dilemma zocht men in de verplichting van de rechter elke leemte in de wet voor te leggen aan de enige instantie, die bevoegd is haar op te vullen nl. de wetgever. Diezelfde verplichting legde men de rechter op in de gevallen, waarin hij dubbelzinnigheden, tegenstrijdigheden of andere duisterheden in de wet niet kon oplossen met behulp van de regelen der "reine Auslegung" of, zoals Kemper het stelde,"naar gezonde regelen van uitlegkunde".[10] De rechter zou in deze gevallen immers zijn toevlucht moeten nemen tot wat wij nu maar wetoverstijgende uitlegging hebben genoemd (Fortbildung des Rechts) en die competentie kwam alleen de wetgever toe.

Men moet toegeven dat de taakverdeling tussen rechter en wetgever een zuivere was. Helaas was zij in de praktijk niet vol te houden en om dat te constateren is het nuttig de ontwikkelingen te bezien in het codificerende Pruissen en Frankrijk; zij kregen in een vroeg stadium te maken met de consequenties van de "taakverdeling" tussen rechter en wetgever en zijn daardoor exemplarisch voor de ontwikkelingen in de andere landen.
Het Allgemeine Landrecht für die Preussischen Staaten van 1794, dat een vervanging beoogde te zijn van het "gemene" Romeinse recht kent voor het geval van onvolledigheid der wet: § 49 en 50.

> § 49: Findet der Richter kein Gesetz, welches zur Entscheidung des streitigen Falles dienen könnte, so muss er zwar nach den in dem Landrechte angenommenen allgemeinen Grundsätzen und nach den wegen ähnlicher Fälle vorhandenen Verordnungen, seiner besten Einsicht gemäss erkennen.
> § 50: Er muss aber zugleich diesen vermeintlichen Mangel der Gesetze dem Chef der Justiz sofort anzeigen.

10.Art. 66 van het Ontwerp van het Burgerlijk Wetboek voor het Koningrijk der Nederlanden (1820), afgedrukt in P.C. Kop, Legisme en Privaatrechtswetenschap, Rechtshistorische Cahiers 3 (1982) blz. 83.

Onder de "allgemeine Grundsätze", waarover § 49 spreekt, wordt niet het natuurrecht verstaan, maar positief-rechtelijke regels, die "in dem Landrechte angenommen" zijn. (11)

Eenzelfde gedrag moet de rechter vertonen indien hij twijfelt omtrent de zin der wet:

> Anhang § 2: Findet der Richter den Sinn des Gesetzes zweifelhaft, so liegt es ihm zwar ob, den vorliegenden Fall nach den allgemeinen Regeln wegen Auslegung der Gesetze zu entscheiden, und findet die Anfrage an die Gesetzkommission nicht mehr statt; er muss aber die vermeinte Dunkelheit des Gezetzes dem Chef der Justiz zum Behuf der künftigen Legislation anzeigen.

Dit voorschrift is in 1798 in de plaats gekomen van § 47 en 48 die de rechter verplichtten in geval van twijfel aan de "eigenlijke zin" van de wet een beroep te doen op die instantie, die als enige bevoegd was daarover een uitspraak te doen, nl. de wetgever.

> § 47: Findet der Richter den eigentlichen Sinn des Gesetzes zweifelhaft, so muss er, ohne die prozessführenden Parteien zu benennen, seine Zweifel der Gesetzkommission anzeigen, und auf deren Beurtheilung antragen.

Het oplossen van deze twijfel overschreed in de ogen van de opstellers van het Landrecht de bevoegdheid van de rechter, aan wie een wetoverstijgende uitlegging niet was toegestaan. De geoorloofde uitlegging was verwoord in

> § 46: Bei Entscheidungen streitiger Rechtsfälle darf der Richter den Gesetzen keinen anderen Sinn beilegen, als welcher aus den Worten, und dem Zusammenhange derselben, in Beziehung auf den streitigen Gegenstand oder aus dem nächsten unzweifelhaften Grunde des Gesetzes deutlich erhellt.

In dit artikel zouden de vier toegestane wijzen van uitlegging zijn vervat, de taalkundige (Worten), de logische (Zusammenhange), de historische en de systematische (Gegenstand, Grunde). De kunstgreep van § 47 is bekend onder de franse benaming "référé législatif" en bleek al spoedig in de praktijk onuitvoerbaar. Toepassing ervan bracht grote vertraging van de procesgang met zich mee en verplichtte de rechter de aangevraagde en verkregen uitleggingswet met terugwerkende kracht op het twijfelgeval toe te passen, geheel tegen de regels in. Men had deze paragraaf opgenomen

---

11.C.F. Koch, Allgemeines Landrecht, herausgegeben mit Kommentar und Anmerkungen, 1870 blz. 57 noot 65.

in navolging van het interpretatieverbod van keizer Justinianus, die immers in 533 in de constitutio Tanta § 21 voorschreef:

> si quid vero, ut supra dictum est, ambiguum fuerit visum, hoc ad imperiale culmen per iudices referatur et ex auctoritate Augusta manifestetur, cui soli concessum est leges et condere et interpretari. 12

Hoewel men in 1798 inzag dat een référé législatif tot onpraktische resultaten leidde, bleef men in theorie vasthouden aan het onderscheid tussen "Auslegung als die Entwicklung und Ausbildung der vorhandenen Rechtssätze" en "Fortbildung als das Aufstellen neuer Rechtssätze". Immers "die Auslegung steht Jedermann, die Fortbildung nur den berechtigten Organen des Rechts, also nur dem Gesetzgeber zu".[13] De rechter moest zich in geval van leemte in de wetgeving behelpen naar beste inzicht, maar voor toekomstige wetgeving deze leemte "sofort" melden aan het hoofd der justitie, opdat de wetgever door middel van een wettelijke maatregel in de leemte zou voorzien. Wie anders immers had deze bevoegdheid?

In Frankrijk is de ontwikkeling niet veel anders geweest. In 1789 verwachtte men veel, zo niet alles van een wetgeving, waarvoor een ieder gelijk zou zijn. De revolutionaire leuze van de Egalité was in de eerste plaats gericht op de gelijkheid van alle mensen voor de wet. Die gelijkheid uitte zich tweeledig. Zij betekende de afschaffing van de wettelijke voorrechten, die b.v. adel en geestelijkheid in het Ancien Régime genoten. Om die reden verzette zij zich tegen het maken van een afzonderlijk wetboek voor de koopmansstand, de "Code de Commerce"; er is veel discussie nodig geweest om over dit principiële bezwaar heen te stappen. In de tweede plaats hield de Egalité in een gelijkheid voor de wet, waar men zich ook in Frankrijk bevond; de codificatie zou een einde maken aan de toestand, dat men op reis door het franse land even veel van recht als van paard wisselde. "N'est-ce pas une chose absurde

---

12. Maar als iets, zoals hierboven al is gezegd, dubbelzinnig zal schijnen, dan moet dat door middel van de rechters naar de keizerlijke hoogheid worden verwezen en duidelijk worden uit het gezag van de keizer, aan wie alleen het is toegestaan wetten te maken en uit te leggen.

13. Unger I, § 13, noot 4.

et affreuse que ce qui est vrai dans un village se trouve faux dans un autre? Par quelle étrange barbarie se peut-il que des compatriotes ne vivent pas sous la même loi.... Il en est ainsi de poste en poste dans le royaume; vous changez de jurisprudence en changeant de chevaux".[14] "Faut-il que le même homme ait raison en Bretagne et tort en Languedoc? Que dis-je? Il y a autant de jurisprudence que de villes..... de sorte qu'un homme qui court la poste en France change de lois plus souvent qu'il ne change de chevaux".[15]

Van de rechtsverbrokkeling profiteerden de rechtbanken (parlements) die zich nu eens op de ene dan weer op de andere coûtume beroepen. Zo kan het voorkomen, aldus weer Voltaire, "qu'un même tribunal ait à prononcer sur plus de cent coûtumes différentes".[16] Het resultaat is een grote mate van willekeur, die het gezag van de rechterlijke macht ondermijnt. "Dans le même parlement, la maxime d'une chambre n'est pas celle de la chambre voisine".[17] Het euvel is des te groter, aangezien de parlementen in het ancien régime een zekere wetgevende bevoegdheid hebben; zij kunnen uitspraken doen, die algemene gelding hebben, de zogenaamde "arrêts de règlement sous le bon plaisir de sa Majesté, comme étant à cet égard les dépositaires du pouvoir souverain du Prince". De arbitraire wijze waarop de franse parlementen van hun bevoegdheden gebruik hebben gemaakt deed het vertrouwen van het volk in de rechtspraak en in de rechterlijke macht volledig teniet. "Dieu nous protège de l'équité des parlements!", was een vaak gehoorde verzuchting in het ancien régime. Dit wantrouwen klinkt door in de klachtenlijsten, les "Cahiers de doléances", die de afgevaardigden in 1789 aan de voeten van de koning legden. In utopische overdrijving drong men aan op een wetgeving, die de jurisprudentie min of

---

14. Voltaire, Oeuvres, Paris 1877-1885, tome XXIII p. 495.

15. Voltaire, l.c. tome XV p. 426/7; Vgl. Van Kan l.c. blz. 121, noot 4.

16. l.c. tome XIV p. 514.

17. Voltaire l.c. tome XV p. 426.

meer overbodig zou maken. Men vraagt 'un code...qui rende le juge à sa seule fonction, celle non d'interprète, mais d'exécuteur de la loi', "pour que les tribunaux et les juges ne puissent jamais s'écarter du texte des lois et se permettre d'en introduire de nouvelles sous prétexte de les interpréter".[18]

Dadelijk na het bijeenkomen en uiteenvallen van de "Etats généraux" formuleerde de derde stand zijn eisen met betrekking tot de taak van de rechter. Deze waren niet minder radicaal dan die, neergelegd in de Cahiers. "La fonction des juges n'est que d'appliquer la loi et leur devoir de se conformer au sens littéral, sans s'en écarter, ni se permettre de l'interpréter", aldus het voorstel van Thouret aan de Assemblée Nationale in 1789. En nog in 1792 achtte een zekere Bancal iedere wetsuitlegging een staatsondermijnende activiteit: "Toute interprétation de la loi par les juges ou par des particuliers est un crime de lèse-souveraineté".[19]

In de week van 16-24 augustus 1790 wordt een wet op de rechterlijke organisatie aangenomen, die een "référé législatif" bevat. Titre II Art. 12 luidt: "Ils (les tribunaux) ne pourront faire de règlements; mais ils s'adresseront au corps législatif toutes les fois qu'ils croiront nécessaire, soit d'interpréter une loi soit d'en faire une nouvelle". Naievelijk stelde men zich de werkzaamheid van de tribunalen zo voor, dat de rechter slechts het wetboek onder de ogen van partijen hoefde te brengen na het op de juiste plaats te hebben opengeslagen en slechts behoefde te zeggen: "Tenez et lisez!"
De gevolgen van deze wet laten zich gemakkelijk raden. De rechters weigeren recht te spreken en zenden elke te behandelen zaak op naar de wetgever. De gehele rechtspraak wordt lamgelegd, met name in het tijdvak van de Terreur (1793/4) "qui frappa de crainte

---

18.Van Kan l.c. blz. 250/1.
19.Van Kan, l.c. 305/6.

les tribunaux".[20] Anders dan hij bedoelde kreeg Robespierre gelijk toen hij zei, dat het woord "jurisprudence" uit het franse vocabulaire zou worden geschrapt. Dat het zo niet verder kon wordt menigeen duidelijk en al spoedig brandmerkt de Cour de Cassation als rechtsweigering iedere poging van de rechtbanken om zich onder het mom van het interpretatieverbod aan het rechtspreken te onttrekken. Wil de rechter derhalve zijn taak kunnen vervullen, dan moet hem een zekere mate van uitlegging worden toegestaan. Het is niet meer dan het najagen van een hersenschim, te verwachten een wetboek te kunnen maken, die in alle gevallen zou voorzien, zo betoogt dan in 1793 de wetsontwerper en latere consul Cambacérès in de Convention Nationale: "ce serait se livrer à un espoir chimérique que de concevoir le projet d'un code qui préviendrait tous les cas".[21] Ook Portalis kijkt in zijn Discours préliminaire op deze periode terug: "Sur le fondement de la maxime que les juges doivent obéir aux lois et qu'il leur est défendu de les interpréter, les tribunaux, dans ces dernières années, renvoyaient par des référés les justiciables au pouvoir législatif, toutes les fois qu'ils manquaient de loi, ou que la loi existante leur paraissait obscure. Le tribunal de cassation a constamment réprimé cet abus, comme un déni de justice".[22] Niet alle uitlegging is echter geoorloofd; een onderscheid dient te worden gemaakt tussen uitlegging "par voie de doctrine", die Von Savigny "reine Auslegung" zal noemen, én die "par voie d'autorité", de zogenaamde Fortbildung des Rechts. De laatste vorm van uitlegging "est le seul qui soit interdit au juge" (22), de eerste is niet alleen geoorloofd, maar voor het vervullen van des rechters taak noodzakelijk. "Sans cette espèce d'interprétation pourrait-on concevoir la possibilité de remplir l'office de juge?"[22] Vertoont de wet een leemte, dan moet men zijn toevlucht nemen tot de gewoonte -l'usage- of tot de billijkheid -l'équité-. De billijkheid is het laatste redmiddel, de terugkeer naar de natuurwet,

---

20.J.G. Locré. Esprit du Code Napoléon (1805) tome I blz. 205: "Cette loi fit naître l'opinion également fausse et dangereuse, que, quand les juges ne trouvoient pas un texte précis dans la loi, il ne leur étoit pas permis de prononcer d'après la seule équité ou d'après
les usages. L'erreur s'accrédita encore plus sous le régime de 1793 qui frappa de crainte les Tribunaux".

21.Van Kan l.c. blz. 313.

22.P.A. Fenet, Recueil complet des travaux préparatoires du Code Civil, tome I (1827) p. 474.

wanneer de positieve wetten zwijgen, tegenstrijdig of duister zijn:' L'équité est le retour à la loi naturelle, dans le silence, l'opposition ou l'obscurité des lois positives".[22] Met deze hulpmiddelen wordt de rechter in staat geacht te allen tijde te oordelen, zodat art. 4 Cc de weigering van de rechter recht te spreken strafbaar stelt: "Le juge qui refusera de juger sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice".[23] Vgl. art. 13 AB: "De regter die weigert regt te spreken, onder voorwendsel van het stilwijgen, de duisterheid of de onvolledigheid der wet, kan uit hoofde van regtsweigering vervolgd worden". Een meldingsplicht zoals § 50 ALR voorschrijft, bestaat in Frankrijk niet. Zo is het resultaat van de wetgevingsactiviteiten der twee landen in grote trekken hetzelfde. De rechter dient te allen tijde recht te spreken, ook wanneer de wet een leemte vertoont. Eerder nog dan deze leemte op te vullen met nieuw recht, verkregen door middel van "wetoverstijgende" uitlegging, moet de rechter zijn beslissing gronden op "allgemeine Grundsätze" of op de billijkheid.
In Oostenrijk is het niet anders. Krachtens § 7 van het A.B.G.B. van 1811 moet de rechter in het uiterste geval zijn toevlucht nemen tot de "natürliche Rechtsgrundsätze", waaronder men gemeenlijk de beginselen van het natuurrecht verstaat.[24]

Dit strenge verbod van een bepaald soort van uitlegging doet ons nu wat merkwaardig aan; het is te verklaren door de angst van de toenmalige wetgevers voor de toekenning van wetgevende bevoegdheid aan de rechterlijke colleges, een angst die met name in

---

23. Over de totstandkoming van dit artikel, Locré l.c. p. 204/218

24. § 6: Einem Gesetze darf in der Anwendung kein anderer Verstand beigelegt werden, als welcher aus der eigentümlichen Bedeutung der Worte in ihrem Zusammenhange und aus der klaren Absicht des Gesetzgebers hervorleuchtet.
§ 7: Lässt sich ein Rechtsfall weder aus den Worten, noch aus dem natürlichen Sinne eines Gesetzes entscheiden, so muss auf ähnliche, in den Gesetzen bestimmt entschiedene Fälle, und auf die Gründe anderer damit verwandten Gesetze Rücksicht genommen werden. Bleibt der Rechtsfall noch zweifelhaft, so muss solcher mit Hinsicht auf die sorgfältig gesammelten und reiflich erwogenen Umstände nach den natürlichen Rechtsgrundsätzen entschieden werden.

Frankrijk niet ongegrond was. Het verbod ontslaat intussen de franse rechter van zijn plicht zijn oordeel te verbinden aan een wettekst en geeft hem in geval van onvolledigheid der wet min of meer carte blanche; anders gezegd, het verbod van "interprétation par voie d'autorité" ontkent de band tussen de rechter en de wet, een band die, zoals wij hopen aan te tonen, onverbrekelijk en altijd tegenwoordig is. De mogelijkheid zich aan de wet te onttrekken beschouwt Von Savigny in zijn beroemde opstel "Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft" dan ook als één der voornaamste zwakten van de Code civil en een nadeel van elke codificatie.

> "Wenn also in einem Rechtsfall ein Gericht vorzieht, irgend eine beliebige équité oder loi naturelle anzuwenden aus besonderer Ueberzeugung, oder als Vorwand einer Ungerechtigkeit, so kann ihm durchaus kein Vorwurf gemacht werden, denn das Gesetz lässt dieses alles gelten". 25

Men zou kunnen tegenwerpen dat de band met de wet toch intact blijft doordat de rechter zich in de gevallen, waarover wij spreken, beroept op het uitleggingsartikel, dat hem de bevoegdheid geeft naar algemene beginselen te oordelen. Anders dan in Pruissen en in Oostenrijk echter is in de franse code[26], evenals overigens in ons B.W. en in het duitse B.G.B., met opzet zulk een artikel achterwege gelaten.

In ons land is in 1838 geen uitleggingsartikel opgenomen, hoewel Kemper in zijn ontwerp 1820, Algemene Inleiding, Titel vier "Van de uitlegging der wetten" nog 28 artikelen aan deze materie had gewijd.[27] Men achtte het bestaan van een cassatierechter een

---

25.F.C. von Savigny, Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft 2e druk (1828) blz. 78.

26.Het "Livre préliminaire", waarvan art. 1 luidde: Il existe un droit universel et immuable, source de toutes les lois positives: il n'est que la raison naturelle, en tant qu'elle gouverne tous les hommes", is op de titels III, IV en V na, niet overgenomen. (Locré, l.c. blz. 132 e.v.).

27.De titel is afgedrukt in Kop l.c. blz. 80/83, Ook de Inleidende Titel van het Ontwerp Meyers is het lot van Kempers ontwerp beschoren. Vgl. A.S. Hartkamp, Compendium van het vermogensrecht volgens het nieuwe burgerlijk wetboek (1977) blz. 4.

voldoende waarborg tegen misbruik van rechterlijke bevoegdheden; de cassatierechter had immers de opdracht toe te zien op schending of verkeerde toepassing der wet en onder dat laatste viel ook de verboden vorm van uitlegging. Kennelijk had men zoveel vertrouwen in het hoogste rechtscollege, dat men er van uitging, dat het zich niet zelf schuldig zou maken aan verboden interpretatie. Het was de doctrine die er op moest toezien dat de grens tussen wat geoorloofd en wat verboden was strikt werd geëerbiedigd, hoe lastig het soms ook was die grens te ontdekken.

Het blijft de rechter dus verboden op de stoel van de wetgever plaats te nemen, d.w.z. wetoverstijgend te interpreteren Art. 11 A.B. gebiedt hem volgens, d.w.z. in overeenstemming met de wet recht te spreken. "Hoeveel strijd het hem ook koste, de rechtsgeleerde moet als uitlegger wetgeleerde zijn", aldus Opzoomer.[28] " De wet bepaalt het regt ook voor de regter".[29] "Intusschen moet ik beginnen met de opmerking, dat hier onder Uitlegging, interpretatie, alleen verstaan wordt het opsporen en aanwijzen van den werkelijken zin eener wetsbepaling; het is dan derhalve toch altijd de wet, die wij als regel laten gelden".[30]
In deze opvatting van de wet moet men wel bekennen, dat zij soms onvolledig is en dat BUITEN de wet om naar aanvulling moet worden gezocht. Diephuis: "Er blijft dan voor de aanvulling der onvolledige wetgeving geen andere bron over dan de wetenschap des regts".[31]
Opzoomer zoekt de oplossing voor de onvolledigheid in een uitspraak "volgens het systeem der geheele wet", in een beslissing, "die met logische noodzakelijkheid uit dat stelsel voortvloeit; kan hij ook dezen weg niet betreden, dan moet hij zijn toevlucht nemen tot hetgeen door rede en billijkheid wordt aanbevolen. Mogen de

---

28.C.W. Opzoomer, Het Burgerlijk Wetboek (1874), Voorrede voor den eersten druk (1865).

29.G. Diephuis, Het Nederlandsch Burgerlijk Regt I (1869), blz. 85
30.Land, l.c. blz. 18; zie noot 5.

31.G. Diephuis, Redevoering over de wetenschap des regts in betrekking tot de wetgeving (1859) blz. 10.

woorden der wet den rechter verlaten, nimmer verlaat hem het rechtsbewustzijn, dat zeker ten nauwste zal samenhangen met de wet, onder welke het geworden en ontwikkeld is".[32] Land is wel het meest consequent en bekent dat hij geen afdoende oplossing heeft voor het dilemma, waarin de rechter verkeert - enerzijds de plicht om recht te spreken, anderzijds het zwijgen der wet -. In ieder geval niet het rechtsgevoel, de rechtsovertuiging, het rechtsbewustzijn en dergelijke vage intuïties meer. "In menig opzicht" zal de wetenschap de rechter kunnen en mogen helpen. "Maar het moet dan altijd wetenschap zijn".[33] Uiteindelijk moet men de consequentie durven nemen en het nadeel accepteren, "nl. dat ook de gebrekkige wet moet worden toegepast en ín dat geval het Recht niet ververwezenlijkt wordt. Ik zie geen kans dat nadeel te ontgaan, tenzij wij besluiten het Recht niet in wetten vast te leggen".[34]

Zo komen in verschillende landen verschillende schrijvers tot dezelfde slotsom, nl. dat de rechter en de wetgever ieder een afgebakende taak hebben en dat zij zich moeten hoeden op elkaars terrein te komen. Gaat de wetgever rechtspreken, dan zou dat volgens Portalis toegeven zijn aan een funest beginsel: "ce serait renouveler parmi nous, la désastreuse législation des rescrits";[35] geeft daarentegen de rechter algemene regels, dan vervalt men in de willekeur van de arrêts de règlements uit het ancien régime. Bij een dergelijke strenge taakafbakening kan het voorkomen dat de wetgever onvolledig is geweest; in zulk een zeldzaam geval stellen de schrijvers verschillende oplossingen voor, die zij echter niet als uitlegging van de wet willen betitelen. Er valt volgens hen immers niets uit te leggen!

32.C.W. Opzoomer, Aantekening op De Wet houdende Algemeene Bepalingen der Wetgeving van het Koninkrijk (1884) blz. 230.

33.Land, l.c. blz. 33 noot 1. Hij vervolgt: "wel heeft men niet uitsluitend aan vakgeleerdheid te denken, maar noodig is een op deugdelijke gronden berustend weten, onvoldoende een vrij onbewust rechtsgevoel".

34.N.K.F. Land, in Themis (1901) blz. 372. Zie blz. 46 voor het vraagpunt 23 N.W.B., Van Zeben, alg. deel blz. 111.

35.Fenet l.c. p. 474.

In het bovenstaande hebben wij meermalen Von Savigny aangehaald, omdat hij zo scherp de grens heeft afgebakend tussen de geoorloofde en ongeoorloofde uitlegging. Het is dezelfde geniale Von Savigny geweest, die heeft voorzien dat in de praktijk deze afbakening niet zou zijn vol te houden. Hij bepleitte de instelling van een instantie, het midden houdend tussen de rechter en de wetgever, aan wie beide vormen van uitlegging zouden zijn toegestaan. "Da jedoch im Einzelnen die Gränze zwischen reiner Auslegung und eigentlicher Fortbildung des Rechts oft sehr zweifelhaft seyn kann, so ist es wünschenswerth, dass irgend eine hoch stehende Gewalt vorhanden sey, in welcher beide Befugnisse vereinigt angetroffen werden, und deren Thätigkeit daher durch die Zweifel über jene Gränze nicht gehemmt seyn möge".[36] Zo voorzag hij wat in onze eeuw zou gebeuren. In de eerste helft van deze eeuw immers is de zo kunstig opgetrokken dam tussen de twee soorten van uitlegging bezweken. Aan de rechter is een ruimere uitleggingsbevoegdheid gegeven, of beter gezegd, de rechter heeft zich die bevoegdheid toegemeten. Want het initiatief is voornamelijk van de rechter zelf uitgegaan. Niet alleen voor het leerstuk van de onrechtmatige daad, maar ook voor het vraagstuk van de uitlegging is het arrest van 31-1-1919 [37] een mijlpaal. De interpretatie van het woordje "onrechtmatig", reeds eerder voorgesteld door Molengraaff[38], en in 1919 overgenomen door de Hoge Raad, zou door de negentiende eeuwse schrijvers ongetwijfeld tot de aan de rechter niet toegestane "Fortbildung des Rechts" zijn gerekend.

Verschillende andere fraaie voorbeelden zijn te vinden in het reeds aangehaalde werk van P. Scholten. Scholten legt daarin de doorbraak in de jurisprudentie vast en zet een bont aantal voorbeelden van interpretatiemogelijkheden op een rij. Hij komt tot de slotsom dat de rechter meer en meer het recht "fortbildet" en dat het verbod van een bepaalde wijze van uitlegging eenvoudigweg niet vol te houden is. Het is niet verwonderlijk dat in dezelfde tijd, waar-

---

36.Savigny l.c. blz. 329.

37.N.J. 1919/161, W. 10365.

38.In het Rechtsgeleerd Magazijn 1887 blz. 373 e.v.

schijnlijk mede onder invloed van Scholten's werk, de jurisprudentie in de leerboeken wordt behandeld als een zelfstandige rechtsbron. Naast de "gewone" uitlegging van oud recht (de wet) schept of, zoals Scholten het uitdrukt, vindt de rechter immers nieuw recht. Sinds Scholten's bezinning op de methode van de jurist is een vloed van literatuur ontstaan waarin de schrijvers in verschillende toonaarden dezelfde ontwikkeling van een heteronome naar een autonome rechter beschrijven.[39]

Het is niet de bedoeling van dit opstel op al deze werken in te gaan. Een goed overzicht hiervan biedt het proefschrift "De interpretatievrijheid van de rechter" (1979) van M. van Hoecke. In grote trekken komen de rechtsgeleerde auteurs tot dezelfde slotsom: aan de wijze van uitlegging van de rechter dienen geen beperkingen te worden opgelegd. Deze slotsom wordt meestal getrokken na een uitvoerig onderzoek, waarin wordt aangetoond dat er aan de wijze van uitlegging van de rechter geen beperkingen kunnen worden opgelegd. M.a.w. de rechter wordt de vrijheid van interpretatie toegestaan omdat zij er nu eenmaal blijkt te zijn. Deze algemeen aanvaarde conclusie maakt een oud vraagstuk opnieuw acuut, nl. dat naar de verhouding tussen wetgever en rechter. Heeft ieder nog wel een eigen taak, nu beiden als bronnen van geldend recht worden gekenschetst? Zijn wij, nu steeds meer de nadruk gelegd wordt op de autonome functie van de rechter, een opvatting gaan huldigen, die lijnrecht staat tegenover die van 1789, toen alle heil van de wetgever werd verwacht? Welke rol is nog weggelegd voor de wetgever sinds de grens tussen zijn taak en die van de rechter is vervaagd, ja zelfs uitgewist? Uitgespeeld is de wetgever niet; integendeel, juist in deze tijd heeft hij zichzelf opnieuw de rol van codificator aangemeten. Wil de wetgever wellicht het verloren terrein heroveren? Of is hij slechts de dienstknecht van de autonome rechter en doet hij niet meer dan het ordenen van de kaartebakken der jurisprudentie? De oude vragen zijn weer actueler dan ooit. Welke is de functie van de rechter, welke die van de wetgever? Welke is de betrekking tussen beiden?

---

39. Veel bekendheid onder de studenten geniet de studie van de oud president van de Hoge Raad G.J. Wiarda, getiteld Drie typen van rechtsvinding (1e druk 1972, 2e druk 1980).

Hoofdstuk II

De wetgever

> A force de simplifier le Livre des Coutumes laissé par ses ancêtres, Pausole était arrivé à édicter un code qui tenait en deux articles et qui avait au moins le privilège de parler aux oreilles du peuple. Le voici dans son entier:
>
> CODE DE TRYPHÈME
>
> I - Ne nuis pas à ton voisin.
> II - Ceci bien compris, fais ce qu'il te plaît.
>
> Pierre Louÿs, Les aventures du Roi Pausole, Paris 1946, blz. 14.

Thans zullen wij de positie van de wetgever pogen te onderzoeken aan de hand van de vraag, welke de kenmerken zijn, die een uit rechtsregels bestaand geschrift maken tot een codificatie.[40] Drie kenmerken achten wij wezenlijk voor een codificatie; ontbreekt er één van dan kan men van haar niet spreken.[41] Er moet a) een overheid zijn, die gezag uitoefent over haar onderdanen, er moet b) geschreven recht zijn, waarvan de overheid verklaart dat het c) volledig is. Slechts díe optekening van recht is een codificatie, die volledig is d.w.z. buiten welke geen ander recht geldt. Die pretentie van volledigheid, die een codificatie heeft, kan haar nooit door een particulier persoon gegeven worden en daarom wordt een optekening van recht eerst tot codificatie verheven door het gezag

---

40. In het vervolg neem ik steeds de privaatrechtelijke codificatie als uitgangspunt, hoewel mijn betoog ruimer bedoeld is en betrekking heeft op elke wettekst. Ook beperk ik mij tot voorbeelden op het gebied van het burgerlijk recht, omdat ik op andere terreinen niet thuis ben en niet kan overzien of op gebied van b.v. het publieke recht dezelfde denkbeelden opgeld doen. Voor het strafrecht zie CH.J. Enschedé, Wetten en Rechters in Non sine causa, bundel voor G.J. Scholten (1979) p. 66 e.v.

41. Literatuur over codificatie vindt men in de studie van J. Vanderlinden. Le concept de code en Europe occidentale du XIIIe au XIXe siecle, Essai de définition (1967) en het in noot 3 genoemde handboek van Coing. Voorts in G.C.J.J. van den Bergh, Wet en Gewoonte, Rechtshistorische Cahiers 5 (1982). Zojuist zijn verschenen in het Liber amicorum John Gilissen (1983) een opstel van J.H. Michel. Quelques observations sur le concept de code synthétique blz. 275/283 en één van J.A. Ankum, die formele en materiële criteria dooreenwart; La codification de Justinien était-elle une véritable codification? blz. 1/17.

van de overheid. Het overheidsgezag verleent m.a.w. aan de bundeling van op schrift gesteld recht volledigheid en maakt haar daardoor tot een codificatie. Het kenmerk van de volledigheid behoeft enige nadere uitlegging. Hoe kan, zo zal men zich afvragen een wetboek dat is gemaakt in 1838, dus vóór de uitvinding van het automobiel, de radio en de computer, hoe kan zulk een wetboek in 1983, bijna 150 jaar later "volledig" zijn. De vraag behoort algemener gesteld te worden en is van rechtsfilosofische aard. Hoe kunnen wij met een 150 jaar oude tekst in deze tijd "werken" en hoe deden onze voorouders dat in het jaar 1800, die teksten hanteerden, geschreven in ± 200 en gecodificeerd in 533 na Chr.? Wat "zegt" ons eigenlijk zo'n tekst. Het antwoord op deze vraag is op het eerste gezicht teleurstellend: zo'n tekst zegt ons eigenlijk niets, evenmin als welke andere tekst ook. Geschreven rechtsregels moeten namelijk evenals iedere gesproken of geschreven tekst worden uitgelegd (geïnterpreteerd); pas door de uitlegging verkrijgt een tekst een betekenis of zin; zonder uitlegging is het gesproken woord een zinloze klank, het geschreven woord een inktvlek. "Veelal verrichten wij die uitlegging vrijwel onbewust; wij beseffen nauwelijks dat, wanneer ik aan het woord "hond" de voorstelling van onze viervoertige vriend verbind, een "uitlegging" heeft plaatsgehad. Toch is dat het geval; dat blijkt wel hierdoor, doordat ik één bepaalde betekenis van het woord "hond" heb uitgekozen: ik denk slechts aan de blaffer en heb de zeehond en de rode hond buitengesloten".[42] Aan deze beide laatste zal men niet in de eerste plaats denken, wanneer men een bord "Hier verboden voor honden" tegenkomt. Toch heeft men wel degelijk geïnterpreteerd. Zo zal een Fransman, die onkundig is van de nederlandse taal, aan de vermelde letterverbinding "hond" geen enkele voorstelling verbinden, terwijl hij aan de combinatie van de vier letters, "Hier" een geheel andere betekenis hecht dan de Nederlander.

Uit-leggen is anders gezegd: in-leggen; de hoorder en de lezer leggen betekenis ín de tekst, die ze horen en zien. De lezer zal de

---

42.Mr H.J. Scheltema's Inleiding tot het Romeinse Recht (1983), blz. 15. A. Pitlo, Fait accompli (1983) blz. 10: "Het is immers de interpretator, die ontdekt wat in de tekst verborgen ligt".

tekst, die hij onder ogen heeft steeds moeten vertalen, d.w.z. uitleggen, ook al is hij in dezelfde taal opgevoed als de schrijver. Tussen vertaling en exegese bestaat m.a.w. geen principieel verschil. Elke tekst is uit zijn aard polyinterpretabel en in laatste instantie zijn er van één tekst zoveel "betekenissen" mogelijk als er mensen zijn. Van de talloze vertalingen van b.v. Midsummernightsdream in het Nederlands zijn er geen twee woordelijk gelijk. Zelfs de interpunctie is van wezenlijk belang voor het "verstaan" van een tekst.[43] Meerdere mensen leggen welhaast altijd verschillende betekenissen in een en dezelfde tekst; uiteindelijk is het de veelheid van mensen, niet de tekst, die de veelheid van interpretaties en daarmee dikwijls de verwarring schept. Wil de schrijver haar vermijden dan dient hij zijn tekst zo samen te stellen, dat zoveel mogelijk mensen aan zijn woorden dezelfde betekenis hechten.

De invloed van de schrijver is groter, naarmate hij er beter in slaagt zijn bedoeling in de door hem gekozen opeenvolging van woorden vast te leggen. Daartoe dient hij zich een voorstelling te maken van de lezer van zijn werken. Deze is het immers die de schrijver op zijn kwaliteiten toest. De lezer, evenals de beschouwer van een beeldend kunstwerk, de hoorder van een muziekstuk, enz. zal steeds zijn eigen betekenis hechten aan het geschapen produkt en zal dikwijls de bedoeling van de "schepper" veronachtzamen. De bedoeling van de maker is niet zo relevant als de betekenis, die de beschouwer in het maakwerk legt, tenzij men in het bijzonder naar de bedoeling van de maker op zoek is, zoals wanneer b.v. de geplaagde leerling van de middelbare school naar de bedoeling van de schrijver wordt gevraagd. Deze laatste werkzaamheid is een typisch historische en het antwoord op de vraag kan dan ook altijd slechts bij benadering gegeven worden. Soms tracht de maker van een moeilijk toegankelijk kunstwerk op schrift nog eens de betekenis uit te leggen, die hij in het kunstwerk heeft gelegd, maar de

---

43. Zie in dit verband - hoewel wat bezijden het terrein van het moderne recht - een boeiend hoofdstuk van H.E. Troje, Graeca leguntur (1971) blz. 141 e.v.: "Interpunktion eines Textes ist schon Interpretation".

beschouwer bepaalt uiteindelijk of hij in zijn opzet is geslaagd; hij is het die uitlegt.

Heeft de tekst minder een literaire en meer een wetenschappelijke functie, dan zal de behoefte aan eenduidigheid groter zijn. De taal van de rekenkundige is b.v. teruggebracht tot algebraïsche formules ten einde het aantal interpretaties tot een minimum te beperken. Ook de taal van de wetgever is om die reden "droog"; hij dient synoniemen en leenwoorden te vermijden en zich te onthouden van bloemrijke uitdrukkingen. Volstrekte eenduidigheid - en het gaat ons er om dit duidelijk te maken - is echter principieel niet te verwezenlijken. Vele wetgevers, o.a. de onze en Justinianus, hebben zich in dit opzicht laten misleiden en stellen de zaak voor, alsof een wettekst of een andere tekst alleen dán zou moeten worden uitgelegd, indien hij "moeilijk" of "dubbelzinnig" is. Zo b.v. art. 1378 B.W. luidende: Indien de bewoordingen eener overeenkomst duidelijk zijn, mag men daarvan door uitlegging niet afwijken.[44] Zo ook art. 932: Indien de bewoordingen eener uiterste wilsbeschikking duidelijk zijn, mag men daarvan door uitlegging niet afwijken. Men ziet over het hoofd, dat de moeilijkheid of dubbelzinnigheid van de tekst reeds het resultaat van uitlegging is en dat ook een tekst, die door iedereen als duidelijk en ondubbelzinnig wordt ervaren, reeds uitgelegd is! Zoals iedere andere tekst, zo behoeft iedere wet derhalve uitlegging en het is de uitlegger, die betekenis (zin) aan de wet geeft, m.a.w. de inhoud ervan bepaalt. Hij is daarbij niet gebonden aan de dagelijkse (conventionele) betekenis der woorden en evenmin aan de bedoeling van de wetgever, al zal hij uit eigen vrije wil daaraan gemeenlijk wel gewicht toekennen. De macht van de wetgever is beperkt; hij kan wel wetten uitvaardigen, maar hij heeft de toekomstige uitlegging niet in de hand. Dat is menige wetgever een doorn in het oog geweest; er zijn meer dan eens pogingen gedaan die toekomstige uitlegging óók wettelijk te regelen. Daarmee komt men echter niet verder, omdat die uitleggingsbepalingen (interpretatieve wetten) op

---

44. Vgl. 4.3.1.8 lid 2 N.B.W.: Daden of verklaringen van de erflater buiten de uiterste wil mogen slechts dan voor uitlegging van een beschikking worden gebruikt, indien deze zonder die daden of verklaringen geen duidelijke zin heeft. Vgl. noot 50.

haar beurt weer uitgelegd moeten worden. Het laatste woord is steeds aan de uitlegger.[42]

De meest vergaande maatregel is wel het algehele verbod van ieder commentaar - in de vorm van uitlegging - op het wetboek. Aan keizer Justinianus werd zulk een verbod toegedicht.[45] Frederik II verbood in 1749 [46] elk commentaar op zijn wetboek en ook de franse schrijvers zijn voor het maken van een commentaar beducht geweest. De eerste bange zin van het standaardwerk van Locré luidt:

> Cet ouvrage n'est pas un commentaire, si l'on entend par ce mot des explications prises de l'imagination et de l'opinion personelle de leur auteur.
> On a dit avec raison, de ces commentaires qu'ils tuent la loi. Ils l'obscurcissent par le mélange d'idées étrangères, et que rien ne garantit. Ils ont l'art dangereux de rendre problématique le texte le plus clair, et d'en tirer des doutes et des questions. Alors, la loi manque son but. 47

Dat zulk een commentaarverbod onzinnig is, behoeft geen betoog; zonder uitlegging is een wet geen wet meer, maar een verzameling inktvlekken.

Een andere eveneens tot mislukken gedoemde poging van de wetgever om het gevaar van de "afbreuk aan zijn wetboek" te bezweren, is die waarin de wetgever zichzelf tot uitlegger benoemt. Justinianus b.v. beval, dat de rechters in alle gevallen, waarin een wet uitlegging behoeft (het reeds opgemerkte misverstand) die uitlegging aan de keizer moeten vragen. In de tijd van de Verlichting noemt men zulk een verplicht voorgeschreven uitlegging référé législatif. Zoals wij in het eerste hoofdstuk hebben gezien is de constructie van de référé législatif ondeugdelijk. De rechter

---

45.Voor een nieuwe en m.i. juiste uitlegging van dit verbod zie H.J. Scheltema, Das Kommentarverbot Justinians, in Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis, XLV (1977) blz. 307-331. De tegenwerpingen van J.A. Ankum l.c. blz. 9 noot 24 worden weergelegd door Scheltema's artikel.

46.In de "Vorrede § 28 IX" bij het Project des Corporis Juris Fridericiani van S. von Cocceji. Zie O. Stobbe. Geschichte der Deutschen Rechtsquellen II (1864) blz. 453.

47.Locré, l.c. blz. 1.

bepaalt namelijk zelf, d.m.v. uitlegging of de wet naar de wetgever verwezen dient te worden en voorts vraagt de uitlegging die de wetgever van de door hemzelf vervaardigde wet geeft op haar beurt om uitlegging.[48]

Een uit hetzelfde misverstand voortkomende wens is een wetboek te vervaardigen, dat zo "duidelijk" is, dat het voor iedereen, ook voor de zgn. gewone man begrijpelijk is. Deze onvervulbare wens kwamen wij reeds tegen in het lijstje van kenmerken, dat Dumont van een codificatie gaf. Hij komt nog voor in de aan het begin van dit opstel geciteerde brief van 17-1-1983, waarin gezegd wordt: "Voorts zullen vele lastige vragen van thans straks helder in de wettekst beantwoord worden".[49] Zoals wij reeds meermalen hebben betoogd, wordt de begrijpelijkheid van het wetboek bepaald door de uitlegger en door diens graad van ontwikkeling. Is hij een analphabeet - wat vele mensen in de tijd van de natuurrechtelijke codificaties waren - dan zal geen enkel wetboek voor hem toegankelijk zijn. Is hij een juridisch geschoolde deskundige, dan kan hij van een voor vele leken duidelijk artikel een uitlegging geven, die dit artikel in hoge mate onbegrijpelijk maakt. Meestal geeft hij van een cryptische tekst een alleen voor ingewijden begrijpelijke uitlegging. Wat b.v. te denken van de uitlegging van de toverwoorden van art. 2014 BW: Bezit van roerende zaken .... geldt als volkomen titel? Wanneer men aan de andere kant zegt, dat de bepalingen van een artikel of van een contract zo duidelijk zijn, dat zij geen uitlegging behoeven, dient men te beseffen dat deze uitspraak zelve een uitlegging is.[50]

48.Het staat ook nu de rechter vrij om tot een verwijzing naar de wetgever te concluderen. Zo b.v. in het Fluorideringsarrest H.R. 22-06-1973 N.J. 1973/386. Een verplichting is zij echter niet; de Hoge Raad had de zaak ook voor zichzelf kunnen reserveren.

49.Zie noot 1. Zie tevens A. Pitlo in Fait accompli (1983), blz. 8 en J.M. Polak in dezelfde bundel blz. 80 e.v.

50.Zo b.v. het Hof in het arrest van 13-03-1981 NJ 1981/635 (Haviltex): "dat de bewoordingen van de overeenkomst echter duidelijk zijn en een zuiver taalkundige uitleg..... geen leemte laat in de regeling van de verhouding van partijen". De HR: "De vraag hoe in een schriftelijk contract de verhouding van partijen is geregeld en of dit contract een leemte laat, die moet worden aangevuld, kan niet worden beantwoord op grond van alleen maar een zuiver taalkundige uitleg van de bepalingen van het contract". Deze laatste opvatting geldt niet alleen voor de tekst van een contract, maar voor elke (wet)tekst.

De uitlegger heeft het laatste woord en hij bepaalt met behulp van zijn kennis en inzicht de inhoud van de rechtsregel. Van hem, niet van de wetgever hangt het uiteindelijk af of willekeur dan wel rechtvaardigheid heerst. Om deze reden dienen de justitiabelen zich te hoeden voor al te optimistische verwachtingen van een codificatie. Menigmaal in de geschiedenis heeft men de ijdele hoop gekoesterd het einde van alle kwalen te vinden in het op schrift stellen van het recht. In 450 voor Chr. verwijderde de plebs zich uit de stad Rome en keerde eerst terug nadat door de patriciërs plechtig was beloofd het recht op te tekenen. Het resultaat was een algehele wetgeving, geschreven op twaalf tafelen. Aangezien echter de uitleggingsregelen van deze wet slechts bekend waren én bleven aan de patricische priesterkaste, kreeg de plebs niet wat zij van de geschreven wet had verwacht. Daar kwam slechts verandering in toen een zekere Gnaeus Flavius de geheime uitlegging verried. Over de getemperde geestdrift in Pruissen, over de teleurstellingen van de franse revolutionairen hebben wij het al gehad. Hoe hoog gespannen waren de verwachtingen omtrent ons nieuwe Burgerlijke Wetboek in 1947 en hoe hoog gespannen zijn zij nu?
In het licht van het voorgaande kan onze conclusie niet anders luiden dan dat de functie van de codificator een beperkte is, veel beperkter dan men wel heeft gedacht. Ja, er is een rechtsstelsel denkbaar en bestaanbaar, waarin een codificatie kan worden gemist; het angelsaksisch rechtssysteem is daarvan een voorbeeld. Ook bij ons blijft er, wanneer men alles heeft ontleed, slechts een mager restant voor de wetgever over. Zijn belangrijkste functie bestaat er in, dat hij aan de wettekst autoriteit verleent, dat hij met zijn gezag verklaart dat déze tekst de bron is van (alle) recht en dat buiten déze tekst geen recht geldt. Noch voor wat betreft de inhoud van zijn wetgeving noch voor de omvang ervan is hij aan enig voorschrift gebonden. Zij kan bestaan uit twee artikelen, zoals de codificatie van koning Pausole; zij kan wijdlopig zijn zoals b.v. het ontwerp Kemper van 1820; zij kan bestaan uit stelselmatig geordende rechtsregels, zoals de natuurrechtelijke codificaties of uit een verzameling van praktijkgevallen, zoals de Justiniaanse Digesten: uiteindelijk is het het gezag van de overheid en niet de kwaliteit van de inhoud, die de tekst tot codificatie verheft. Zo werd b.v. op 23-2-1835 het middelmatige handboek, de Hexabiblos

van de 14e eeuwse jurist Constantinos Harmenopoulos van kracht verklaard als codificatie van het nieuwe koninkrijk Griekenland en heeft daar meer dan een eeuw gegolden. In het voortreffelijke boek van Paul Koschaker, Europa und das römische Recht[51], toont de schrijver op overtuigende wijze aan, dat de receptie van het romeinse recht niet haar oorzaak vond in de voortreffelijkheid van dit recht, maar in het feit dat het werd beschouwd als het geldend recht van het christelijke imperium romanum. "Wäre auch das römische Recht hundertmal vollkommener gewesen, als man ihm nachrühmt, so wäre doch kein einziger Student zu den Glossatoren nach Bologna gezogen, wäre es nicht das Recht des imperium romanum gewesen".[52] "Massgebend ist die Autorität des römischen Rechts, nicht seine Qualität". Bij ons is het niet anders, hoe teleurstellend dit misschien mag klinken in de oren van hen die van het N.B.W. de grootste verwachtingen hebben.

Deze conclusie neemt overigens niet weg, dat de wetgever de opdracht heeft een zo goed mogelijk wetboek te maken, hetgeen in onze cultuur betekent een stelselmatig geordende optekening van rechtsregels. Evenmin is een codificatie, hoewel niet noodzakelijk voor een goede rechtsbedeling, nutteloos en overbodig. Zij heeft meerdere functies waaronder een politieke; zo is zij een belangrijk middel om een ontwakende nationale eenheid te smeden en te verstevigen; zij komt dan ook dikwijls in politiek bewogen tijden tot stand. "Een nieuw Burgerlijk Wetboek ontstaat alleen uit politieken drang", aldus P. Scholten.[53] Zo is het o.a. geschied in Frankrijk, Nederland en Duitsland. Zou men in Nederland zijn begonnen aan een algehele herziening van het burgerlijk recht zonder tweede

---

51. Verschenen in 1947.

52. Koschaker l.c. blz. 80.

53. P. Scholten, Gedenkboek B.W. 1838-1938 blz. 30

wereldoorlog? Ook in Frankrijk heeft men het denkbeeld van een algehele herformulering van de Code civil gehad, maar de daaraan begonnen werkzaamheden zijn inmiddels gestaakt.

Een codificatie is niet zonder betekenis, evenmin als een tekst zonder betekenis is, zolang hij wordt gelezen. Een goed geschreven tekst evenals een helder geformuleerd wetsartikel kanaliseert de voorstelling van de mensen en het is de kunst van de wetgever de stroom door een zo eng mogelijke bedding te leiden. Dat is geen gemakkelijke opgave; een goede wetgever behoort inderdaad zo duidelijk, zo helder, zo begrijpelijk mogelijk te formuleren, hij behoort zich te houden aan de voorschriften, die Dumont en vele anderen hebben opgesteld. Maar waar het ons om gaat, is in de eerste plaats de aandacht te vestigen op die veeal onbewuste daad van uitlegging, die iedere lezer van een tekst verricht. Deze allereerste stap wordt dikwijls veronachtzaamd, vooral wanneer gezegd wordt dat een wetsartikel "voor zichzelf spreekt". Van de talloze mogelijkheden van interpretatie is de conventionele, de "vanzelfsprekende" betekenis der woorden er slechts één, zij het ook de meest voorkomende. Geen enkele tekst heeft één dwingende betekenis, geen enkel woord heeft één noodzakelijke zin. Honderden mensen zullen bij het invullen van een formulier achter het woord "geslacht" neerschrijven "mannelijk" dan wel "vrouwelijk" behalve die ene boer die opgeeft: "per 1 november één varken". In wezen is niets van het geschrevene kortom vanzelfsprekend. Dit inzicht heeft verstrekkende gevolgen. Het betekent dat men in beginsel vrij is in het interpreteren, dat de betekenis die men aan een tekst hecht, wordt bepaald door de degene die de tekst leest. Een persoonlijke interpretatie van een "gewone" lezer zal echter niet gauw algemeen worden geaccepteerd, maar dat is anders wanneer de interpretator een officiële status heeft en in zijn functie van uitlegger met gezag is bekleed. Ook hij heeft de vrijheid die betekenis aan een tekst te hechten, die hem goeddunkt. Niet de kwaliteit van zijn uitspraken, maar de autoriteit waarmee hij is bekleed, is bepalend voor wat positief recht wordt genoemd. Met deze principiële vrijheid van interpretatie zorgt hij ervoor dat de codificatie nimmer leemten vertoont. De codificatie is daardoor steeds volledig.

Veelal wordt gezegd dat de codificatie de rechtsontwikkeling heeft gefixeerd en vervolgens concludeert men, dat door die fixering het "levende" recht statisch is geworden, is verstard of zelfs gedood. Von Savigny heeft zich in deze zin uitgelaten. Naar onze mening schrijdt de ontwikkeling van het recht na de codificatie met gelijke tred voort als zij tevoren deed. Wellicht zal de rechter zich vlak na de invoering ener wetgeving minder vrij voelen in het uitleggen van de zojuist vastgelegde tekst en zich wat angstvallig vastklampen aan de conventionele betekenis der woorden, maar daardoor wordt de "levende" rechtsontwikkeling niet gestokt. Zeker, de codificatie is een fixering, maar meer zoals een foto, die gedurende één tel de gefotografeerde objecten letterlijk vastlegt, waarna de gewone gang des levens wordt vervolgd. Deze momentopname van het recht heeft grote gevolgen. Voortaan dient alwat zich in het "levende" recht voordoet in verband te worden gebracht met deze foto van het recht. Voortaan dient de beslissing van elk geval, dat zich voordoet verplicht te steunen op een tekst uit de codificatie; door uitlegging dient zij in een wetsartikel te worden ingelegd. De geldigheid, die de overheid aan de optekening van ons recht verleende op het ogenblik dat de klok in de nacht van 30 september op 1 oktober 1838 twaalf uur sloeg (een ware momentopname), had niet tot gevolg dat het recht in zijn loop stokte, maar dat vanaf dat ogenblik alle uitstraling van het levende recht door het prisma van de uitlegging wordt teruggebogen naar dat fixatiepunt. Op gezag van de overheid is de codificatie "onuitputtelijk" verklaard, hetgeen betekent dat op hetzelfde ogenblik - dus op 30 september/1 oktober 1838 - dezelfde overheid aan de uitlegger de opdracht heeft gegeven zijn uitspraken te putten uit de tekst der wetgeving. Dat zij inderdaad nimmer uitgeput raakt, komt - wij leggen er nogmaals de nadruk op - omdat de uitlegger uit kracht van zijn autoriteit in beginsel vrij is in zijn interpretatie van de tekst en derhalve de zin van de wettekst bepaalt. In een gecodificeerde samenleving is de jurist derhalve steeds een schriftgeleerde, die nauwe verwantschap vertoont met de godgeleerde exegeet. Beiden beoefenen niet zozeer een wetenschap als wel een "geleerdheid" en houden zich bezig met de uitlegging van een gecanoniseerde tekst. In de methoden van uitlegging zullen de geleerden van de eerste en tweede faculteit elkaar herkennen: in beide gevallen moeten de vraagstukken van de moderne tijd opgelost worden aan de hand van een historisch en

gedateerd geschrift en zoals wij zullen betogen is er in beide gevallen behoefte aan een "leergezag" ten einde de verwarrende veelheid van interpretaties tegen te gaan. In de methoden van vaststelling van de tekst is de taak van de rechtsgeleerde, nu de thans geldende codificaties dateren van na de boekdrukkunst, gemakkelijker dan die van de bijbelse godgeleerde, die evenals de rechtshistoricus over een gedegen filologische kennis moet beschikken.

Aan het einde van dit hoofdstuk willen wij onze bevindingen samenvatten. In de kern komt ons betoog hierop neer, dat de wetgeving van koning Pausole (2 artikelen) evenveel recht heeft op de naam codificatie als ons B.W. van koning Willem I (2031 artikelen). Het - niet principiële - verschil is hierin gelegen, dat de rechter in het rijk van Pausole minder houvast heeft bij de toepassing van de wet op een concreet geval dan de rechter in het Koninkrijk der Nederlanden. In het eerste enigszins ongerijmde geval zal iedere inwoner van Tryphême zich op deze artikelen beroepen en zal de rechter een stelsel van onderscheidingen en begrippen moeten ontwikkelen, dat tenslotte op dat van onze wetgeving zal lijken. In zo'n geval zal de rechter de werkzaamheden verrichten, die bij ons de wetgever verricht. In Engeland heeft de rechterlijke macht, gesteund door de autoriteit van de koning, op eigen kracht het stelsel van de common law ontwikkeld. Formeel is er één verschil tussen Engeland enerzijds en Nederland en het rijk van Pausole anderzijds. De rechter van Tryphême evenals die van Nederland zal zijn uitspraken steeds presenteren als toepassingen (uitleggingen) van de wettekst. De rechter is geen formele rechtsbron. De wetgever - zijnde de overheid - heeft in beginsel geen andere taak dan zijn autoriteit te verlenen aan een wettekst en hem te verheffen tot de enige en volledige bron van recht.

Hoofdstuk III

De rechter

> And as to Mr Curdle .... he had likewise proved that by altering the received mode of punctuation, any one of Shakespeare's plays could be made quite different, and the sense completely changed; it is needless to say, therefore, that he was a great critic and a very profound and most original thinker.
>
> Charles Dickens, Nicolas Nickleby

Zoals wij hebben betoogd behoeft elke wet een uitlegging en legt iedereen de wet veelal onbewust uit. Er zijn vele uitleggingen mogelijk, in theorie zovele als er uitleggers zijn. Om nu de verwarring te voorkomen, die ongetwijfeld ontstaat door de veelheid van interpretaties, dient men een instantie te scheppen, die de enige gezaghebbende interpretator van de wet is ten behoeve van al diegenen voor wie de wet geldt. Deze laatsten dienen zich derhalve van interpretaties te onthouden, of, beter gezegd, hun uitleggingen hebben geen gezag. Het is de overheid, dezelfde overheid, die de wetgeving autoriteit verleent, welke deze interpretatieve instantie in het leven roept en met gezag bekleedt. Bij ons is zij de rechter, die inderdaad volgens de wet recht moet spreken en in geen geval de innerlijke waarde of billijkheid der wet mag beoordelen (art. 11 A.B.). Hij mag nimmer, onder voorwendsel van het stilwijgen, de duisterheid of de onvolledigheid der wet, weigeren recht te spreken op straffe van vervolging uit hoofde van rechtsweigering (art. 13 A.B.). Hij moet tevens van ambtswege de rechtsgronden aanvullen welke niet door de partijen mochten zijn aangevoerd (art. 48 Rv.). Deze laatste verplichting vloeit voort uit het adagium Ius curia novit.

Zoals wij hebben betoogd is de wet nimmer onvolledig, omdat de rechter de tekst door uitlegging aanvult. Nu zou men kunnen opmerken, dat ook de uitlegging van de rechter weer uitlegging behoeft en dat men geen stap verder komt. Op zichzelve is het juist dat de woorden van de rechter evenzeer uitlegging behoeven als de woorden van de wet en dikwijls worden de uitspraken van de rechter uitgelegd door rechtsgeleerden in de vorm van noten onder een vonnis of een arrest, maar de conclusie dat men daardoor niet verder komt omdat de ene uitlegging de andere oproept is

voorbarig. Doordat ons van kinds af geleerd wordt aan een bepaald woord een bepaalde betekenis te hechten, heeft zich een communis opinio t.a.v. elk woord gevormd. Hecht men aan de woorden steeds hun traditionele zin, dan heerst er tot op grote hoogte eensgezindheid en verstaat men elkander. Ook dan dient men niet uit het oog te verliezen, dat deze verstaanbaarheid het resultaat is van het voor ieder gelijke taalonderricht. Gaat men uit van dit resultaat, dan kan de wet inderdaad onduidelijk, dubbelzinnig en onvolledig lijken. Dat wil dan niet méér zeggen dan dat de conventionele (afgesproken) betekenis die men aan de tekst geeft niet toereikend is. Wat wij trachten te betogen is, dat de conventionele betekenis er slechts één uit vele is en dat het aan ieder in beginsel vrij staat een andere dan de aangeleerde zin aan een woord te geven. Dit is inzonderheid de taak van de rechter; hij dient in zo duidelijk mogelijke bewoordingen, d.w.z. in woorden waaraan zoveel mogelijk mensen dezelfde betekenis hechten, de beoordeling van het geval, dat voor hem ligt uit de wettekst te halen, uit de duidelijke en onduidelijke, uit de dubbelzinnige en ondubbelzinnige, uit de volledige en "onvolledige" passages. Onder geen voorwendsel mag hij weigeren recht te spreken; de mogelijke voorwendsels, die art. 13 A.B. geeft zijn immers vals, nu hij vrij is in zijn interpretatie en van de "gewone" betekenis mag afwijken. Waar b.v. in art. 124.2° van het Academisch Statuut staat dat de promotieplechtigheid een uur duurt, legt hij uit dat onder één uur drie kwartier wordt verstaan. Zo leest de rechter in art. 1336.3° "schuldenaar", terwijl in de officiële tekst "schuldeischer" staat en in art. 1460 "schuldeiser" terwijl er schuldenaar is afgedrukt. Staat in de strafwet talloze malen "Hij die" dit of dat misdrijf begaat enz. de rechter begrijpt onder de man tevens de vrouw. Pas in 1949 is in het belgische Burgerlijk Wetboek het woord "keizer" - een overblijfsel uit 1804 toen Napoleon zich tot keizer kroonde - vervangen door "koning". Men had deze late vervanging ook achterwege kunnen laten. De rechter legde het woord "keizer" al als "koning" uit.

Het stempel van volledigheid dat de wetgever op de codificatie drukt, maakt de wettekst meer bijzonder dan een willekeurige andere tekst. Niet alleen behoeft hij als iedere andere tekst uitlegging, maar hij is bovendien, nu hij is "geconsacreerd" tot

wettekst de "fons omnis iuris", de bron van alle recht, die de rechter verplicht zijn beslissing steeds te enten op de bewoordingen van de wet. Alles moet uit dezelfde artikelen worden gehaald. Daarin verschilt de wetgeverstekst van de rechterstekst. Ook de laatste behoeft uitlegging, maar fungeert niet als de kiem, waaruit alle gewas moet groeien. Daarom zal men bij de interpretatieve tekst niet of nauwelijks van de conventionele betekenis der woorden afwijken en zal men hem lezen als iedere andere tekst. Indien men iets anders bedoelt dan voorheen zal men het ook schrijven. Niet aldus de wettekst. Daarin blijven ook bij een geheel andere interpretatie de bewoordingen dezelfde, zodat bij een gelijkblijvende tekst zich gehele nieuwe leerstukken kunnen ontwikkelen - men denke b.v. aan dat van de fiduciaire eigendomsoverdracht - en een geheel verschillend positief recht kan ontstaan. Het beroemdste voorbeeld is wellicht de tekst van art. 1401 B.W. die in 1919 op 31 januari een geheel andere inhoud kreeg dan daarvoor.[54] Toch bleef de tekst van het artikel ongewijzigd. De rechter gaf een andere uitlegging aan het woord "onrechtmatig", maar liet de tekst zoals hij was. De rechter heeft ook geen bevoegdheid een wettekst te wijzigen; hij legt hem uit. Zijn functie is per definitie een afgeleide functie. De rechter is dus niet, zoals dikwijls in de leerboeken wordt verkondigd, een zelfstandige rechtsbron, hoeveel nieuwe rechtsfiguren hij ook door zijn uitlegging construeert.[55] Zo bezien is onze rechter, en elke rechter in een gecodificeerde staat, nog steeds "la bouche de la loi" in tegenstelling tot b.v. in een land als Engeland, waar de rechter wèl een zelfstandige bron van recht is. Zijn functie is daar een principieel andere. Bij ons is de rechter - men versta ons wel - een legist, d.w.z. iemand, die de geschreven

---

54.Vgl. Oud in Algemeen Deel van de Parlementaire Geschiedenis van het N.B.W. van Zeben (1961) blz. 52 en het antwoord van Donker, blz. 94.

55.Vgl. R. Saleilles in Le Code Civil, Livre du Centenaire (1904) blz. 114: "Le Code Civil a évolué; son texte est resté le même, mais le contenu qu'il recouvre s'est modifié du tout au tout. Dans des outres que l'on croyait vieillies a coulé le vin nouveau... Mais pour qu'il en fût ainsi, il fallait un organe qui pût faire pénétrer la vie dans le mécanisme légal, et cet organe ce fut la jurisprudence".

wettekst als uitgangspunt neemt. Degenen, die bekend staan als de negentiende eeuwse legisten verschillen van onze definiëring van legist, doordat zij de wettekst slechts in de conventionele zin interpreteerden en hem trachtten te lezen als iedere andere tekst.[56] Dit is begrijpelijk, wanneer men in het oog houdt dat voor hen de tekst van de codificatie nieuw was; eerst na ongeveer een halve eeuw heeft men - dikwijls noodgedwongen - een vrijere interpretatie gebezigd en in deze eeuw heeft men ietwat meewarig geglimlacht om die wat "naïve" Diephuis en Land. Toch acht ik de kans niet uitgesloten dat zich eenzelfde ontwikkeling zal voordoen na de invoering van het Nieuwe Burgerlijk Wetboek. Het zal dan weer enige tijd duren voor men "los komt van de tekst", zoals de uitdrukking veelzeggend luidt.[57] Wat wij in dit opstel willen betogen is, dat de rechter geen enkele verplichting heeft de wet in de conventionele zin uit te leggen; hij heeft de plicht zijn oordeel in het voor hem liggende geval te gronden op de wettekst, onverschillig langs welke weg hij daartoe geraakt.

In de angelsaksische rechtsstelsels heeft men in beginsel geen codificatie. De rechter heeft daarin geen afgeleide, maar een zelfstandige taak en spreekt recht uit eigen naam. Hij vangt zijn uitspraak aan met de veelzeggende woorden "I rule", Ik bepaal. Hij is geen uitlegger, maar een kleine wetgever. De uitdrukking "rechtsvinding" is op de werkzaamheden van de engelse rechter meer van toepassing, alhoewel wij het woord "vinding" te passief blijven vinden voor de activiteiten van de rechter. Hoe gelijksoortig ook de wijzen mogen zijn, waarop de rechter tot zijn uitspraak geraakt, het principiële verschil blijft dat de één "la bouche de la loi" is en de ander "la loi" zelve. De eenheid van het recht in Engeland wordt gewaarborgd door de "stare decisis" regel, die de rechter verplicht

---

56.Zo b.v. art. 17 van het Ontwerp Burgerlijk Wetboek 1807/1808 van Joannes van der Linden, afgedrukt bij Kop l.c. blz. 78: De Woorden eener Wet moeten worden opgevat, volgens den eigenlijken en gemeenen zin en beteekenis, welke het dagelijks Volksgebruik daar aan hecht.

57.Vgl. Wiarda l.c. blz. 45: "ook zal de rechter tegenover de nieuwe bepalingen voorshands waarschijnlijk wat minder vrijmoedig staan dan tegenover de oude".

zich te houden aan zijn eerdere uitspraken. Hij zal, omdat geen geval geheel gelijk is aan een ander, ook moeten interpreteren en wel met name met behulp van de analogie. Het hoogste rechterscollege toetst de uitspraken van de lagere rechter aan deze regel. Maar de rechter heeft daar de bevoegdheid om een zelfstandige, nieuwe regel uit te vaardigen, indien naar zijn oordeel geen precedent voorhanden is. Deze laatste bevoegdheid heeft onze rechter niet; hij kan slechts tot nieuw "recht" geraken door van dezelfde tekst een andere interpretatie te geven. Bij ons heeft iedere officieel aangestelde rechter de taak en de plicht aan de hand van het voor hem liggende geval de wet uit te leggen en heeft de partij de bevoegdheid om, indien zij het niet met de uitlegging eens is, aan een andere (hogere) instantie om een nieuwe uitlegging te vragen. Ten slotte geeft de Hoge Raad een laatste uitlegging.[58] Hoewel de lagere rechter in het algemeen de uitlegging van de Hoge Raad zal volgen, is hij daartoe geenszins verplicht.[59] Zo kan b.v. de rechtbank en haar president volharden in een afwijkende interpretatie met betrekking tot kraken en het huren van kamers. In het interpreteren is in beginsel iedere rechter vrij. Hij loopt dan wel het risico dat zijn uitspraak telkens wordt "gebroken" en dat

---

58.De Hoge Raad kan, aldus art. 99 R.O. handelingen, arresten en vonnissen vernietigen o.a. wegens schending van het recht. Vóór 20-06-1963 stond er "wegens schending van de wet". Deze verandering betekent niet dat de Hoge Raad zich sinds 1963 ontslagen acht van de plicht zijn oordeel te gronden op de gecodificeerde wettekst, maar dat hij nu ook toetst aan de ongeschreven regels van het internationaal privaatrecht, volkenrecht enz. De Hoge Raad dient in deze gevallen zijn uitspraak vast te knopen aan ongeschreven regels. Voor het internationale recht is dus "het denkbeeld dat alle recht in de wet zou staan, verlaten" (Hugenholtz-Heemskerk, Hoofdlijnen van Nederlands Burgerlijk Procesrecht, 1979 blz. 193), niet voor het nationale recht.

59.Land, l.c. blz. 197: "De rechter is dan ook niet gebonden aan een uitspraak, die hij vroeger gegeven heeft over een soortgelijk geval als waarover thans zijne beslissing gevraagd wordt. Evenmin heeft hij zich te gedragen naar de uitspraken van andere rechters, ook niet van hoogeren rang. Zelfs tegenover de rechtspraak van den Hoogen Raad blijft de rechter vrij; het is trouwens mogelijk, dat de Hooge Raad een vroeger aangenomen leer gaat verlaten".

hem de hoogste interpretatie telkens onder ogen wordt gebracht.[60] De vergelijking met de godgeleerdheid dringt zich wederom op. De Hoge Raad is in juridische zaken in ons land het hoogste leergezag, zoals dat in de Rooms-katholieke Kerk de paus is of de gezamenlijke bisschoppen zijn. Dit leergezag geeft om de verwarring van uitlegging te voorkomen de interpretatie van de bijbeltekst, waaraan de "eenvoudige" gelovige zich te houden heeft. Aan de Kerk staan machtsmiddelen ten dienste (geestelijke en in vroeger tijden wereldlijke) om de officiële leer in stand te houden. Ook de protestante kerken, die hun oorsprong en hun verscheidenheid onder andere te danken hebben aan het protest tegen het door hen als knellend gevoelde centrale leergezag, zijn niet aan een of meer officiële interpretatieve instantie kunnen ontkomen.[61] Ook daar kan in de loop der eeuwen de interpretatie van dezelfde bijbeltekst veranderen, zodat het lijkt dat iets anders te geloven wordt voorgehouden. Toch is en blijft de bijbeltekst eender en is in volstrekte zin zelfs onveranderlijker dan de wettekst. Want de tekst der codificatie kan door latere wetswijzigingen, gedeeltelijk of algeheel worden herzien. Zo heeft men de ontwikkelingen op het gebied van de arbeidsovereenkomst niet geheel aan de rechter overgelaten, maar door uitbreiding van het aantal wetsartikelen geregeld. Zo heeft men na de laatste wereldoorlog uit de drie geboden mogelijkheden nl. gedeeltelijke, technische of algehele wijziging van de burgerrechtelijke codificatie voor de laatste mogelijkheid gekozen.

In het licht van het hiervoor betoogde is het interessant nogmaals terug te blikken op het werk van Paul Scholten. De invloed van dit werk is nog altijd groot. "Die invloed", aldus Wiarda, "vindt mede

---

60. Zie de tussenoplossing in de Loi du 1 Avril 1837, aangehaald in Von Savigny, l.c. blz. 328: Si le deuxième arrêt ou jugement est cassé pour les mêmes motifs que le premier, la cour royale ou le tribunal auquel l'affaire est renvoyée se conformera à la décision de la cour de cassation sur le point de droit jugé par cette cour.

61. Men denke in dit verband aan het typische interpretatieconflict in 1926 tussen dominee J.G. Geelkerken en de Synode van Assen der Gereformeeerde Kerken over het spreken van de slang in Genesis 3.

zijn uitdrukking in de omstandigheid dat ter aanduiding van de wijze waarop rechtsbeslissingen tot stand komen, de voorheen niet of weinig gebruikelijke term rechtsvinding algemeen ingang heeft gevonden. Het is een term die zowel de strikte wetstoepassing en de wetsinterpretatie, als het oordelen op grond van gewoonte of billijkheid omvat en aldus voorzag in een terminologische behoefte die ontstond toen de wet haar monopoliepositie in de rechtspraak verloor".[62] Wij achten de uitdrukking "rechtsvinding" ongelukkig.[63] Zij is te romantisch en doet te veel aan schatvinding denken. Door nijver te speuren, te zoeken en te graven vindt men het "Recht". "Het recht is er, doch het moet worden gevonden, in de vondst zit

~~G.J. Wiarda, waarin nog meer literatuur te vinden is~~.

---

62. Wiarda, l.c. blz. 31

63. Van den Bergh, l.c. blz. 26 keert zich tegen de vaagheid van de term. Het woord zou verhullen "dat recht spreken (soms meer, soms minder) een vorm van politiek handelen is en als zodanig moet worden gelegitimeerd". H. Drion, N.J.B. 1983 blz. 1220 keert zich tegen de dubbelzinnigheid van de uitdrukking rechtsvinding. Over rechtsvinding is een stroom van literatuur verschenen. Een tamelijk willekeurige greep: J.M. Polak, Theorie en praktijk der rechtsvinding (1953); J. ter Heide, praeadvies voor de Ver. voor Wijsbegeerte des Rechts (1965); Rechtsvinding, bundel aangeboden aan mr J.M. Pieters (1970); H.C.F. Schoordijk, Oordelen en vooroordelen (1972); W. van Gerven, Het beleid van de rechter (1973). J. Esser, Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung (1972); J. Rombach, W.P.N.R. 5249/5250; J.C.M. Leyten, Theorie en praktijk van de rechtsvinding (1977); H.F.M. Crombag e.a., Een theorie over rechterlijk beslissingen (1977); J.B.M. Vranken, Kritiek en Methode in de rechtsvinding (1978); Recht en Taal, preadvies van G.C.J.J. van den Bergh en J.M. Broekman, voor de Kon. Not. Broederschap (1979); R.D. Pels Rijcen, Rechtszekerheid, Assepoester van rechtsvindingstheorieën, in Non sine causa, bundel voor G.J. Scholten (1979); tenslotte het geciteerde werk van G.J. Wiarda, waarin nog meer literatuur te vinden is.

het nieuwe"[64], aldus Scholten in zijn werk. De gedachte is dan dat het recht weliswaar nog versluierd en verborgen is, maar indien men de ruwe obstakels verwijdert en tot het binnenste doordringt, dan vindt men het Recht zoals men een parel vindt in een oester. Door zulk een voorstelling miskent men de scheppende arbeid van de rechter. Het recht wordt niet gevonden, het wordt gemaakt, telkens opnieuw en wel door uitlegging van de wet. Nu wordt door degenen, die de uitdrukking "rechtsvinding" bezigen, niet ontkend dat er een scheppende bezigheid is gelegen in het "vinden" van het recht, hoe weinig deze activiteit ook met het woord "vinding" wordt aangeduid. Zij willen met de term aangeven, dat de rechter meer doet dan de wet automatisch toepassen of interpreteren, dat b.v. wanneer uitlegging geen antwoord geeft hij tot een oordeel komt door middel van analogie of rechtsverfijning dat hij wellicht buiten de wet om rechtspreekt en zijn uitspraak grondt op algemene rechtsbeginselen en in laatste instantie op zijn eigen geweten enz. enz. Rechtsvinding zou het gehele complex van de rechterlijke besluitvorming omvatten. Volgens ons berust deze gedachtengang op een misvatting. Zij gaat er van uit, dat een gedeelte van de wettekst geen interpretatie behoeft, nl. het duidelijke gedeelte. "Iedere wet kàn interpretatie behoeven".[65] Neen, iedere wet, ja iedere tekst behoeft interpretatie, niet alleen de onduidelijke, maar ook de duidelijke bewoordingen of, zoals Ulpianus ± 200 na Chr. zegt: Quamvis sit manifestissimum edictum praetoris, attamen non est negligenda interpretatio ejus.[66] Nu heeft ook Scholten gezien, "dat we met de onderscheiding duidelijke en onduidelijke woorden weinig verder komen in vragen van methode".[67] "Van geen enkel in wetsbepalingen, dus algemene geldende regels, gebruikt woord kan

64.l.c. blz. 12

65.l.c. blz. 38

66.D.25.4.1.11; vgl. nog Opzoomer, Aanteekening (1884) blz. 221: "Het is niet alleen een duistere wet, die uitlegging noodig heeft; zij komt bij alle te pas".

67.l.c. blz. 38

gezegd worden, dat het volkomen duidelijk is, dat is, dat de daaraan beantwoordende voorstelling volkomen bepaald is. Wat een stoel is, is duidelijk; toch kan de vraag rijzen, als verboden is ergens stoelen te plaatsen, of enig zitmeubel (een bank, een plank op schragen enz.) nog wel een stoel is te noemen".[68] Ook rekent hij af met de illusies van vroegere wetgevers, die er van uitgingen door middel van een codificatie "een volledige regeling van alle voorkomende gevallen te hebben gegeven. Gevolg is, dat de interpretatie overbodig is".[69] Toch is Scholten niet radikaal genoeg en trekt hij niet de uiterste gevolgtrekking, Hij vindt dat de wet SOMS interpretatie overbodig maakt, SOMS interpretatie nodig heeft en SOMS te kort schiet, wanneer men nl. met de uitgelegde tekst niet verder komt, zodat men het recht moet "vinden" buiten de wettekst om. Dit vinden kan worden vergemakkelijkt met behulp van de analogie, door middel van rechtsverfijning, met een beroep op de traditie, de rechtshistorie, de gewoonte en wellicht op een der rechtsbeginselen. In laatste instantie is het voor Scholten toch het geweten, dat de rechter de beslissing dicteert; "..... voor hem is, omdat het een gewetensbeslissing is, iedere andere oplossing uitgesloten". Dit individuele geweten van de rechter, waaraan altijd het gebrek van feilbaarheid en subjectiviteit kleeft, is uiteindelijk niet in zichzelve voldoende, maar onderdeel ofwel van de Wereldgeest ofwel onderworpen aan een hogere macht, die zich als Persoon heeft geopenbaard.[70] Met deze slotsom geeft Scholten precies aan waar zijn boek over gaat. Over de wijze waarop de rechter tot zijn beslissing komt, over zijn oordeelsvorming, door hem rechtsvinding genoemd. Hij laat zien, dat in het proces van vinding een irrationeel en intuïtief element zit en dat dit proces in meer of mindere mate een subjectieve bezigheid is. Hierin heeft Scholten ongetwijfeld gelijk en sinds de tijd waarin hij zijn boek schreef is de belangstelling voor het subjectieve element van de besluitvorming

---

68.l.c. blz. 37

69.l.c. blz. 2

70.l.c. blz. 134/135.

alleen maar toegenomen. Die belangstelling is gestimuleerd en misschien wel ontstaan, toen bleek dat de "letterlijke", d.w.z. conventionele, toepassing van de woorden der wet niet langer toereikend was, toen m.a.w. de negentiende eeuwse "legistische" wijze van uitlegging haar tijd had gehad. Als reactie op dit legisme liet men de pendel wel erg ver naar de andere kant doorslaan en propageerde men de vrije rechtsvinding, die aan de rechter geen enkel houvast bood. De zgn. Freirechtsschule en haar voornaamste stimulator Gnaeus Flavius[71] (H.U. Kantorowicz 1877-1940) ging er in het begin van deze eeuw van uit dat de wet lacunes vertoont, dus verre van volledig is en geeft de rechter de vrije hand deze leemten te vullen, echter ZONDER daaraan de verplichting te verbinden de gevonden rechterlijke oplossing vast te knopen aan de wettekst. Door dit zogenoemde rechterkoningschap wordt de jurisprudentie tot een zelfstandige rechtsbron en de voor de hand liggende conclusie, die dan ook getrokken is, is de overbodigheid te constateren van de wet.[72] Onder invloed van o.a. deze school is bij ons gemeengoed geworden, dat de wet niet langer de enige rechtsbron is en zijn andere criteria, m.n. algemene beginselen van ongeschreven recht tot zelfstandige bronnen van recht verheven. In deze gedachtengang kan de rechter met voorbijgaan van de wet zijn uitspraak baseren op b.v. de goede trouw (b.v. in praecontractuele verhoudingen, Baris-Riesenkamp HR 15-11-1957 NJ 1958/67), op het "stelsel van de wet" (Quint- te Poel HR 30-1-1959 NJ 1959/548) op de in het verkeer gangbare opvatting, hetgeen slechts één stap verwijderd is van het rechtsbewustzijn, op wat volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt etc.[73] Om in deze gevallen toch enig houvast te krijgen, zoekt men naar criteria, die de oordeelsvorming van de rechter hebben bepaald. Daarom is, ook

---

71.Naar de romeinse scriba, die de geheime regelen der uitlegging openbaar maakte, zie blz. 24.

72.Vgl. F. Wieacker. Privatrechtsgeschichte der Neuzeit (1967), blz. 579 e.v.

73.Literatuur over de vage normen vindt men in overvloed in het meermalen geciteerde werk van G.J. Wiarda, 2e druk 1980. Zie ook G.E. Langemeijer. De gerechtigheid in ons Burgerlijk Vermogensrecht (1983).

in de recente tijd, de nieuwsgierigheid naar het denkproces van de rechter groot. Deze nieuwsgierigheid heeft de stoot gegeven tot uitgebreide onderzoekingen van sociologische aard. Men wil erachter komen in hoeverre zedelijke, maatschappelijke, financiële en wellicht religieuze overwegingen een rol spelen in dat denkproces, hoe groot het intellectuele aandeel daarin is en hoe groot het intuïtieve; soms heeft men de indruk dat men de kenmerken wil opsporen van en een handleiding wil schrijven voor een zedelijk hoogstaand en wijs rechter. Voor de juristen acht ik deze vragen van minder belang en is het mij in dit opstel dan ook niet om het denkproces van de rechter te doen. Het zal immers blijken dat er zoveel "denkprocessen" zijn als er mensen zijn. Men zal dan ook in dit soort van beschouwingen moeten betrekken, dat b.v. de één evenwichtiger besluiten vormt 's morgens als hij is uitgeslapen, de ander 's avonds laat, een derde onder de douche, een vierde in de trein enz. enz.[74] De een bespreekt het vraagstuk met zijn vrouw, de ander vormt zijn oordeel in de stilte van zijn studeerkamer, - Mozart componeerde zijn meesterwerken in een hobbelende reiskoets - enz. enz.

Al deze imponderabilia kunnen de rechter wellicht geholpen hebben zijn oordeel te vormen, maar deze oordeelsvorming is slechts de halve werkzaamheid van de rechter en om de andere helft is het ons te doen. Het gaat ons niet om de vorming van het oordeel van de rechter, maar om het verbinden van het (zelfstandig) gevormde oordeel aan een wettekst. Hij dient zijn "autonoom" gevonden beslissing in de woorden van de wet te leggen. Deze inlegging noemen wij uitlegging, omdat de rechter het zo voorstelt alsof de beslissing in het concrete geval uit de woorden van de wet voortvloeit. Deze uitleggende of, zo men wil inleggende bezigheid is minstens even belangrijk als de oordeelsvorming op grond van het eigen geweten en vereist een grote mate van scherpzinnigheid. Het is dè juridische werkzaamheid bij uitstek. De uitgewerkte verfijningen van

---

74. Men leze b.v. de studies van M.J. Cohen: Over het annoteren van arresten: Bloembergen over de Staat/Romulus en de Staat/ Nordström en Bloembergen over het fluorideringsarrest, Bureau Onderzoek en Onderwijs, Leiden (niet gedrukt). Van minuut tot minuut wordt de geboorte van de arresten beschreven.

de romeinse casuïstiek, heel dat ragdunne bouwwerk van juridische geledingen is het resultaat van de uitleggingen van de klassieke juristen van het praetorisch edict, waarvan de tekst op één witte schutting (album) kon worden gekalkt. Zoals onze onafzienbare jurisprudentie het resultaat is van de uitleggingen van ons uit 2031 artikelen bestaande B.W.

Niet anders dan Scholten in 1931 is Wiarda 50 jaar later in zijn reeds meermalen aangehaalde boekje op zoek naar de "rechtsvinding" door de rechter. Wiarda onderscheidt drie wijzen, waarop de rechters tot hun uitspraak kunnen komen: als spreekbuis van de wet, als wetsvertolkers en als goede mannen oordelend naar billijkheid. Wiarda constateert een ontwikkeling van een "heteronome" rechtsvinding naar een "autonome" en poogt ten slotte criteria aan te geven, waaraan de rechter, oordelend naar billijkheid, houvast heeft. Zo noemt hij de rechtsovertuigingen in een bepaald land en op een bepaald tijdstip, die zich openbaren in de rechtspraak.[75] Deze richtsnoer is o.a. naar voren gebracht door de duitse jurist Wieacker, die al in het verleden heeft getoond aanhanger van deze gedachte te zijn, getuige zijn bijdrage aan het Volksgesetzbuch van 1942.[76] Een tweede leidraad zou men kunnen vinden in het natuurrecht en een derde wordt gevormd door het eigen geweten. Veel houvast bieden m.i. deze strohalmen niet, maar Wiarda heeft ongetwijfeld gelijk, wanneer hij vaststelt dat de rechter vrijer is komen te staan tegenover de wettekst en dat hij minder de letter van de tekst d.w.z. de conventionele interpretatie ervan en meer b.v. de algemene rechtsbeginselen in zijn overwegingen betrekt. Ook Wiarda behandelt een andere kwestie dan die, welke wij in eerste instantie bespreken. Het is hem er om te doen aan te geven hoe de rechter zijn oordeel vormt, aan de hand van welke leidraad of wellicht leiband hij tot zijn beslissing geraakt. Hij laat zien dat de rechter

---

75.Wiarda, l.c. blz. 108

76.Hij was Mitgleid und Mitarbeiter des Ausschusses für Buch I "Der Volksgenosse". Het Volksgesetzbuch zou krachtens art. 24 gelden "fur alle Angehörigen des Grossdeutschen Reiches. Für Reichsangehörige artfremden Blutes gelten die Bestimmungen nicht, die nach ihrem Zweck nur für Reichsangehörige deutschen Blutes bestimmt sind".

in de vorming van zijn oordeel steeds zelfstandiger, "autonomer" is geworden.

Indien men constateert, dat de rechter zich steeds vrijer t.o.v. de wettekst beweegt, gaat men uit van het (voor)oordeel, dat de woorden van de wet eenduidig zouden zijn en slechts in één zin kunnen worden opgevat. Nu die eenduidigheid, zo vervolgt men zijn gedachtengang, niet meer vol te houden is, wijken wij van de woorden der wet af, en daardoor wordt een "nieuwe" rechtsbron geschapen naast de wet. In onze voorstelling is dit niet juist. De woorden der wet hebben die betekenis, die de rechter als officiële wetsuitlegger aan die woorden geeft en geeft hij morgen op grond van zijn geweten of op welke andere grond ook een nieuwe tot nu toe ongehoorde en ongelezen zin aan diezelfde woorden, dan is het dezelfde wettekst met een andere inhoud. Het onderscheid dat tegenwoordig algemeen wordt gemaakt in de activiteit van de rechter, die enerzijds een wettekst interpreteert (b.v. een uur is drie kwartier) en anderzijds tot de slotsom komt dat een wettekst ontbreekt (dat de wet zwijgt, duister of dubbelzinnig is) en DAAROM zijn oordeel zegt te vormen op een algemeen rechtsbeginsel (redelijkheid en billijkheid, betamelijkheid, verkeersopvatting) is willekeurig. Immers de uitspraak DAT een wettekst ontbreekt etc. is, zoals wij reeds meermalen hebben betoogd, niet anders dan een wetsuitlegging. In alle gevallen dient men de activiteit van de rechter dus te beschouwen als een interpretatieve werkzaamheid. De algemene rechtsbeginselen vervullen de rol van de équité en de loi naturelle, waarover Portalis sprak en zoals Von Savigny in zijn tijd deze ontsnappingsmogelijkheid gispte, zo keren wij ons tegen de toepassing ervan met des te meer reden, omdat met behulp van een ruimere opvatting van interpretatie dan Savigny toeliet, hetzelfde resultaat kan worden bereikt. Door uitlegging kan eenzelfde tekst in de loop der tijd verschillende betekenissen krijgen. Is gewoonlijk de exclusieve aandacht gevestigd op die steeds wisselende inhoud, wij willen de nadruk leggen op de gelijkblijvende tekst. Meer nog dan andere teksten is de wettekst een leeg omhulsel, dat zijn inhoud pas krijgt van de rechter. En dit is de paradox dat, hoe zelfstandig de rechter ook is in het bepalen van de inhoud ervan, hij nimmer in de letterlijke zin αὐτόνομος is. Hij is zichzelf niet tot wet, zoals hij dat in de angelsaksische landen in beginsel wèl

is. De drie typen van rechtsvinding, die Wiarda beschrijft, zijn uiteindelijk drie vormen van interpretatie, die alle drie gewettigd zijn. Wij zouden de door Wiarda beschreven ontwikkeling niet zozeer willen aanduiden als een "scala van mogelijkheden tussen een volstrekt heteronome naar een volstrekt autonoom schijnende rechtsvinding"[77] als wel als een ontwikkeling in de "zingeving", waarbij de conventionele betekenis der woorden terrein verliest.

Terwijl enerzijds in de wijze waarop hij uitlegt, de rechter vrij is is hij anderzijds gebonden aan zijn verplichting tot uitlegging van de wet op straffe van vervolgd te worden wegens rechtsweigering. Aan de wet is de rechter geketend als de slaaf aan zijn galei. In zijn uitlegging zal de rechter eerder nog dan van de hoge zedelijke beginselen de hulp zoeken van de interpretaties, die hem worden aangereikt door de advocaten der partijen. Van de advocaat wordt bij uitstek de uitleggingskunde verwacht en blinkt hij uit in zijn vak dan geeft men hem niet het predikaat "wijs" maar "slim". Hij dient de wet in letterlijke zin partijdig uit te leggen en in plaats van belangen af te wegen, vertegenwoordigt hij één belang. De persoonlijke overtuiging, de vraag dus wat hij er zelf van vindt, speelt bij hem een nog minder grote rol dan bij de rechter. Hij zal zich met hart en ziel toeleggen op de techniek van het juridisch métier. Hij heeft een duidelijk doel voor ogen, nl. het belang van de cliënt en maakt zijn rangschikking en interpretatie van de feiten en van de rechtsregels aan dat doel ondergeschikt. Maar hoewel het ook hèm vrijstaat die uitlegging te geven aan de wet, die hij wil, heeft zijn interpretatie geen gezag. Hij dient steeds af te wachten, of de rechter hem "gelijk" geeft, d.w.z. zijn uitlegging overneemt en hij zal bij elke zaak, die hij behartigt rekening houden met de gezaghebbende uitlegging van de rechter. De gehele bezigheid van het ordenen der hem bekende feiten in rechtens niet-relevante en wel relevante feiten, het betrekken van de laatste op een bepaald leerstuk van het recht, het opzoeken van de toepasselijke wetsartikelen, de interpretatie daarvan in het belang van de zaak, het rekening houden met de laatste officiële interpretatie in een

---

77. Wiarda l.c. blz. 16

soortgelijk geval, de presentatie van dit alles voor de rechter enz. maakt het beroep van advocaat tot het meest typische juridische beroep.

Aan het einde van dit hoofdstuk zijn wij beland bij de advocaat. Evenals de rechter geeft hij een bepaalde uitlegging van de wettekst, maar anders dan die van de rechter heeft zijn uitlegging geen gezag. De rechter heeft de macht zijn interpretatie aan anderen op te leggen. Die autoriteit ontleent hij aan de overheid, die hem deze gezaghebbende positie heeft verleend. Krachtens deze positie is hij verplicht het oordeel, dat hij wijst, te gronden op een door de wetgever opgestelde tekst, die door dezelfde overheid tot wettekst is verheven.

Hoofdstuk IV

De codificator van het Nieuwe Burgerlijk Wetboek en de rechter.

> Evenals dit bij de totstandkoming van de Franse Code en ons Burgerlijk Wetboek is geschied, wordt ook hier erkend, dat dit ontwerp van een nieuw wetboek als ieder ander onvolledig is en leemten zal blijken te bezitten. Hoe deze leemten moeten worden aangevuld, wordt niet geheel aan het eigen oordeel van de wetsuitlegger overgelaten.
> E.M. Meijers in zijn Toelichting op het ontwerp N.B.W. (1954), Van Zeben, Parlementaire Geschiedenis van het Nieuwe Burgerlijk Wetboek, (1961) blz. 125.

Tenslotte is het niet oninteressant de betoogde zienswijze te betrekken op het Nieuwe Burgerlijk Wetboek, dat volgens de laatste berichten medio 1986 legis vigor zal krijgen.[78] Het 150 jarig bestaan van ons "rustig bezit" zullen wij niet beleven. Hoewel het niet de bedoeling is verzet aan te tekenen tegen het N.B.W. vloeit uit het gevoerde betoog voort, dat de vervaardiging van een nieuw Burgerlijk Wetboek achterwege kan blijven. Het resultaat, nl. de vernieuwing van ons recht, kan namelijk even goed - wellicht beter - langs de weg van de uitlegging bereikt worden. De Hoge Raad b.v. bezigt nu reeds meermalen de zgn. anteciperende interpretatie. d.w.z. hij legt onze wet van 1838 zo uit alsof het nieuwe wetboek al was ingevoerd.[79] Daardoor behoort het nieuwe recht al vóór de invoering der codificatie tot het bestaande recht en is daar, waar de Hoge Raad deze bijzondere uitlegging toepast het toekomende recht reeds geldend hedendaags recht. De Hoge Raad heeft - wie ons betoog gevolgd heeft, zal het begrijpen - het volste recht anteciperend te werk te gaan; hij is evenals elke andere rechter in beginsel vrij in zijn uitlegging. Zo bezien is het in wezen niet nodig een nieuw Burgerlijk Wetboek te maken de rechter kan hetzelfde resultaat immers door uitlegging bereiken. Een nieuw wetboek is inderdaad niet de enige mogelijkheid nieuw recht te

---

78.Zie de opmerkingen van Minister Korthals Altes in N.J.B. 1983 blz. 1210. Zie ook noot 2.

79.Zo is b.v. (H.R. 4-2-1983 R.v.d.W. 1983/41), de verkoper verplicht de eigendom te verschaffen. Hierover P. van Schilfgaarde in Ars Aequi 1983 blz. 611 en H. Drion in N.J.B. (1983) blz. 1220.

scheppen. Dat geschiedt reeds door de dagelijkse werkzaamheid van de rechter. Het voordeel van een nieuw wetboek is veeleer gelegen in de nieuwe formulering van van de wettekst, die meer aansluit bij de tekst van de recente uitlegging, die de rechter van de oude artikelen heeft gegeven, zodat men aan de woorden van de nieuwe tekst de conventionele zin kan geven. Doch die vreugde zal van korte duur zijn, zo zij in het algemeen al volgehouden kan worden. Vroeger of later zal men toch weer van de "gewone" betekenis afwijken. De nieuwe wetgever heeft dit wel ingezien en zich daardoor laten verleiden tot het opstellen van zgn. open rechtsnormen met name in het verbintenissenrecht (boek 6).[80] Dikwijls geeft de wetgever een regel en bepaalt daarin, dat de regel b.v. niet geldt "voor zover dit in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn" (art. 6.1.1.2). Op natuurlijke verbintenissen zijn de wettelijke bepalingen betreffende verbintenissen van toepassing, tenzij de wet of haar strekking meebrengt dat een bepaling geen toepassing mag vinden op een niet afdwingbare verbintenis (art. 6.1.1.4). Voortdurend wordt aan de rechter de opdracht gegeven, na te gaan of "de wet, gewoonte of rechtshandeling" zich niet tegen het gegeven voorschrift verzet, de "redelijkheid en billijkheid"[81] in zijn oordeel te betrekken of te luisteren naar de in het verkeer geldende opvattingen". Het wil ons voorkomen dat de wetgever ditmaal op een andere wijze dan in vorige codificaties op de stoel van de rechter gaat zitten, een

---

80.Vgl. H.F.C. Schoordijk. Het algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht naar het N.B.W. (1979) hoofdstuk 1 en de daarin gevoerde discussies over de interpretatie van overeenkomsten en rechtshandelingen, m.n. blz. 39 e.v. waarin de schijver betoogt, dat de wetgever nooit de rechter een bepaalde interpretatie verbieden kan; (vgl. hiervoor noot 50). Zie ook de bij Schoordijk besproken proefschriften van J.M. van Dunné. Normatieve uitleg van rechtshandelingen (1971) en P. Abas, Beperkende werking van de goede trouw (1972).

81.Men leze in W.P.N.R. 5559/5560 een overzicht van de geleerde beschouwingen, die aan de uitlegging van deze twee woorden, die de oude uitdrukking "goede trouw" zullen vervangen, zijn gewijd. Mochten zij, zoals o.a. Hartkamp veronderstelt, hetzelfde betekenen, dan doet men er als wetgever goed aan één uitdrukking te gebruiken; anders blijven diepzinnige bespiegelingen van de soort, die men nu kan lezen, niet uit.

poging die, zoals wij hebben gezien, steeds tot mislukken is gedoemd. Het is alsof de nieuwe wetgever in de door hem opgestelde regel een gedeelte voor zichzelf reserveert en een ander gedeelte overlaat aan de uitlegger, of hij m.a.w. een scheiding aanbrengt tussen dat wat des wetgevers en dat wat des rechters is. Door het expliciet opnemen van de open normen worden de positieve bepalingen ontkracht en laadt de wetgever de schijn op zich om met hun hulp zijn omnipotentia te herstellen. Dicht de wetgever zich ook nu niet een vermogen toe, dat hij niet heeft? Streeft hij ook nu niet naar volledigheid, ook al wordt dit door Meijers (zie boven) en b.v. Hartkamp ontkend?[82] De nieuwe wetgever wekt de indruk, te hebben ingezien, dat hij het niet alleen kan en staat nu grootmoediglijk een deel van de regelgeving af aan de rechter. Maar daardoor roept hij het a contrario argument op, dat alwat niet door een open norm wordt gedekt, zich min of meer aan de invloed van de rechter zou onttrekken. Door dit alles loopt men de kans te vervallen in een nieuw "negentiende eeuws" legisme, waaraan de rechter zich niet dan met enige moeite zal onttrekken.

Wanneer men, zoals Meyers, Hartkamp e.v.a. de hercodificatie lacuneus en dus onvolledig acht, betekent dat men uitgaat van een "materiële" opvatting van het woord "volledig", in die zin dat in een wetboek alles zou zijn geregeld. In die opvatting is elk wetboek uiteraard onvolledig en doemt, zoals wij in het eerste hoofdstuk hebben uiteengezet, het probleem van het zwijgen der wet op. Dat Meijers inderdaad zulk een (natuurrechtelijke) opvatting huldigde blijkt wel uit zijn aan de kamer voorgelegde vraagpunt 23, dat een negentiende eeuws probleem behandelt. Het luidt: "Dient de wet aan te geven hoe het recht moet worden gevonden bij het zwijgen van de wet? Het antwoord was bevestigend en week niet veel af van wat Portalis hierover had bepaald. Zwijgt de wet dan dient men te oordelen op grond van ten eerste de aan de wet ten grondslag liggende rechtsbeginselen, ten tweede het gebruik (l'usage) en tenslotte de billijkheid (l'équité), Zoals wij hebben gezien, was deze

---

82. Hartkamp, blz. 16: "Een burgerlijk wetboek kan niet volledig zijn". R.S. Meijer in Fait accompli blz. 23: "Daarbij is in confesso dat zo'n nieuwe codificatie meer omvattend maar niet uitputtend moet willen zijn".

vraag achterhaald op het ogenblik dat iedere soort van uitlegging was toegestaan, waardoor elke leemte kan worden gevuld. Mag men straks opnieuw aan een woord geen andere dan de conventionele zin hechten, behalve in de gevallen waarin de wetgever dit genadiglijk, d.m.v. vage normen toestaat? Worden m.a.w. de bepalingen op zijn romeins weer onderscheiden in "stricti iuris" en "bonae fidei" bepalingen, waarbij aan de eerste slechts een grammaticale, aan de tweede een billijkheidsuitlegging is toegestaan? Dan zou de winst in vergelijking met de negentiende eeuwse codificaties deze zijn, dat in de vorige eeuw de rechters het gehele wetboek "automatisch" moesten toepassen en nu slechts gedeeltelijk nl. die bepalingen, die gedetailleerde regelingen betreffen en "stricti iuris" zijn. Dit alles is - wij hebben het reeds betoogd - niet vol te houden. Op het gevaar af in herhaling te vallen, willen wij nogmaals benadrukken dat wij aan het woord "volledigheid" een andere betekenis hechten, meer in de zin van onuitputtelijkheid. Deze "exhaustivité de la loi" wordt bewerkstelligd door de "exclusivité de la loi", d.w.z. door de verplichting van de rechter zijn oordeel uitsluitend te gronden op de gecodificeerde tekst. In deze zin zwijgt de wet nooit en is ons BW, het oude en het nieuwe, volledig, ook al is niet alles geregeld. De volledigheid van de codificatie wordt tot stand gebracht, niet door het opnemen van vage en open normen in de wettekst, maar door een officiële uitleggende instantie, die de wetgever in letterlijke zin completeert. Het laatste woord is en blijft aan de uitlegger, die b.v. kan uitmaken in een geval de maatschappelijke opvatting uitdrukkelijk niet in zijn oordeel te betrekken, hoewel dat wèl is voorgeschreven. Een steeds weer opgenomen formulering in deze zin is overbodig. In het beste geval zullen o.i. al deze open normen in de rechtspraktijk geen betekenis hebben, d.w.z. niet meer betekenis dan zij nu al hebben zonder door de wetgever te zijn geformuleerd. De uitdrukkelijke bepaling telkens weer van wat de vanzelfsprekende taak van de rechter is, lijkt mij geen winst en miskent de rechterlijke hoedanigheid. De open normen horen veeleer thuis in een handleiding voor een goed rechter of hoogstens als een algemene regel m.b.t. de wijze, waarop uitlegging dient plaats te hebben in de alweer afgeschafte Inleidende Titel: "De rechter dient bij de toepassing ener regel rekening te houden met de eisen van redelijkheid en billijkheid, met de in het verkeer geldende opvat-

tingen of de omstandigheden van het geval en de toepassing achterwege te laten, indien naar zijn oordeel de wet, gewoonte of rechtshandeling zich daartegen verzet".

Ook de advocaat zal de hernieuwde steun, die het N.B.W. hem voorwendt te geven - de heersende leer is immers in de hercodificatie verwerkt - als een betrekkelijke ervaren. Hij kan zijn cliënt meer bijstand verlenen, naarmate hij de uitslag van de rechtsstrijd nauwkeuriger kan voorspellen. Daarom zoekt hij houvast bij de wet en bij de officiële interpretatie van de wet, d.w.z. bij de rechtspraak en wel bij de meest recente. Door de aanwezigheid van de zgn. open normen in het N.B.W. wordt de gangbare betekenis van een nieuw geformuleerd wetsartikel in dat artikel zelf gerelativeerd. Een artikel is van toepassing, tenzij de rechter op enigerlei grond van oordeel is dat het niet van toepassing is. Het N.B.W. lijkt eerder voor de rechter te zijn geschreven dan voor de advocaat. De rechter krijgt de speelruimte waarvan wij hebben betoogd dat hij die altijd al heeft, nog eens met zoveel woorden toegemeten. Daardoor ontstaat de indruk dat hij zich vrijer kan bewegen dan hij vroeger deed. "Veel wordt nu aan de rechter overgelaten", heet het dikwijls. Uit ons betoog moge duidelijk zijn geworden dat de rechter niet meer en niet minder "vrij" is geworden door het opnemen van al die open normen. De vrijheid van de rechter zou niet zijn belemmerd, indien zij niet waren opgenomen. In een recent arrest heeft de Hoge Raad de dwingend rechtelijke bepaling van art. 36, lid 2, die pas tien jaar geleden opnieuw als recht van kracht werd, opzijgezet. (H.R. 4-6-1982 NJ 1983/4).[83] Een minderjarige, die een huwelijk wil aangaan heeft toestemming nodig van zijn ouders, zo bepaalt art. 35. "Voor zover een volgens het vorige artikel vereiste toestemming niet wordt verkregen, kan zij op verzoek van de minderjarige door die van de kantonrechter worden vervangen", aldus art. 36 lid 1. Zodanige vervanging is echter niet geoorloofd, indien een ouder, die het gezag over zijn wettig kind uitoefent, zijn

---

83.Men leze in algemeen verband over deze kwestie de praeadviezen van I. Kisch en G.E. Langemeijer voor de Ver. voor wijsbegeerte des rechts (1955): Kan de afwijking van dwingend recht van de Staat tot positief recht worden?

toestemming weigert (lid 2). In het door het arrest bestreken geval was de toestemming inderdaad door de wettige vader geweigerd en kon de kantonrechter dus weinig of niets uitrichten. "Het staat de Ktr en ook de Rb. niet vrij deze weigering naar innerlijke waarde te toetsen". De woorden van de wet laten op dit punt aan duidelijkheid niet te wensen over. Toch heeft de Hoge Raad anders beslist en is hij van de ondubbelzinnige betekenis van de wettekst afgeweken. Alkema zegt in zijn noot onder arrest: "In de onderhavige beslissing heeft de HR de bevoegdheid van de ouder om toestemming voor een huwelijk te weigeren van haar absoluutheid ontdaan en aan rechterlijke redelijkheidstoetsing onderworpen". Ook de P.G. Berger had tot toetsing door de rechter van de weigering op haar redelijkheid geconcludeerd. Toch is bij dit artikel geen bepaling opgenomen, die de rechter met zoveel woorden zulk een toetsing toestaat en aangezien het N.B.W. nogal kwistig met zulke relativerende bepalingen strooit, bestaat de neiging om a contrario te redeneren. Weliswaar brengt de Hoge Raad art. 36 lid 2 in verband met art. 12 van het Verdrag van Rome, dat luidt: "Mannen en vrouwen van huwbare leeftijd hebben het recht te huwen en een gezin te stichten volgens de nationale wetten welke de uitoefening van dit recht beheersen", maar dit Verdrag uit 1950 bestond reeds menig jaar toen het nieuwe boek 1 werd ontworpen en ondanks het bestaan van dit verdragsartikel heeft men geen aanleiding gezien het oude artikel 94 (art. 36 lid 2) te wijzigen of te relativeren. Nuchter overweegt Berger in zijn conclusie: "Weliswaar kan in de wetsgeschiedenis van deze regel sterke steun worden gevonden voor het standpunt van de (Ktr. en de) Rb., maar gezien de rechtsontwikkelingen te dezen kan dit standpunt niet langer worden aanvaard".

Onze conclusie is steeds dezelfde en het is dan ook tijd dit opstel te besluiten. De rechter is verplicht de wet uit te leggen en is in zijn uitlegging aan geen beperking onderhevig, ook al onthoudt de tekst van de wet hem een zgn. open norm, op grond waarvan hij de uitdrukkelijke bevoegdheid krijgt de toepassing van een bepaalde regel afhankelijk te maken van vage criteria. Accepteert men eenmaal dat de rechter aan het op zichzelve duidelijke woord "onrechtmatig" een geheel andere betekenis mag hechten dan het in het verleden had, dat hij te allen tijde bevoegd is een "heersende"

leer te verlaten en een nieuwe "heersende" leer te vestigen, dan kunnen heel wat tegenstellingen als schijntegenstelling worden ontmaskerd. Dan kan de wet statisch blijven, terwijl het recht toch dagelijks verandert. Dan kan bij gelijkblijvende wettekst een steeds wisselend stellig recht gelden. Dan bestaat er geen tegenstelling tussen legisme en vrije rechtsvinding. Dan behoudt de wet haar monopoliepositie en zou men de rechter "la bouche de la loi" kunnen blijven noemen, echter in andere zin dan Wiarda het een en Montesquieu het ander bezigde. Dan schromen wij niet ons "legisten" te noemen. Dan kan men volhouden dat uitlegging STEEDS antwoord geeft, omdat de rechter niet de vrijheid maar de plicht heeft uit te leggen; hij is verplicht te interpreteren - hij kan trouwens niet anders -, hij is vrij in de wijze waarop hij interpreteert. Daarom zouden wij de vroegere, naieve, wetgevers willen nazeggen, dat door de codificatie een VOLLEDIGE regeling van alle voorkomende gevallen wordt gegeven, echter niet met het gevolg dat interpretatie overbodig is (Sch. blz. 2) maar dat interpretatie GEBODEN is. Door de uitleggingsverplichting wordt de zinspreuk bewaarheid: LEX SEMPER LOQUITUR.

J.H.A. Lokin

Groningen, november 1983