

Paul Scholten en de herziening van het Oud Burgerlijk Wetboek

Enige opmerkingen over Scholtens mening omtrent herziening van het OBW, naar aanleiding van zijn opstel en rede ter gelegenheid van de herdenking in 1938

Inleiding

‘Gelijk reeds (...) is opgemerkt, streeft het ontwerp niet naar een op geheel nieuwe grondslagen rustend burgerlijk recht. Het zoekt aansluiting bij die delen van het tegenwoordige Burgerlijk Wetboek, die in de praktijk deugdelijk zijn gebleken en bij het recht, gelijk dit zich op bevredigende wijze in het maatschappelijk verkeer heeft ontwikkeld.’¹

Op 26 april 2022 was het precies 75 jaar geleden dat Eduard Maurits Meijers bij Koninklijk Besluit van Hare Majesteit Koningin Wilhelmina de eervolle opdracht kreeg om een nieuw burgerlijk wetboek te ontwerpen.² Hij verwierf deze opdracht niet zomaar, hieraan was reeds vóór de oorlog het nodige lobbywerk voorafgegaan. Hoogtepunt daarvan vormden wel de uiteenzetting van zijn zienswijze in een opstel in het *Gedenkboek Burgerlijk Wetboek 1838-1938* en een daarop gebaseerde rede die hij in 1938 uitsprak tijdens de officiële herdenkingsplechtigheid in de Ridderzaal en daarna nogmaals voor een gehoor van Leidse studenten.³

Meijers’ pleidooi voor een algehele herziening van het Oud Burgerlijk Wetboek (OBW)

1 Ontwerp voor een Nieuw Burgerlijk Wetboek, opgesteld door prof. Mr. E.M. Meijers, Toelichting, Eerste gedeelte, 's-Gravenhage: Staatsdrukkerij en uitgeversbedrijf 1954/1955, p. 7.

2 Koninklijk Besluit no. 20, gepubliceerd in de Staatscourant van dinsdag 6 mei 1947, nr. 86.

3 E.M. Meijers, Wijzigingen en aanvullingen van het Burgerlijk Wetboek na 1838, in: *Gedenkboek Burgerlijk Wetboek 1838-1938*, uitgegeven onder redactie van mr. Paul Scholten en mr. E.M. Meijers, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1938, p. 33 e.v.; *Verzamelde Privaatrechtelijke Opstellen I (VPO I)*, Leiden: Universitaire Pers Leiden, p. 109 e.v. en Rede van Prof. Mr. E.M. Meijers, voorzitter van de Nederlandsche Juristen-Vereeniging, hoogleeraar in het burgerlijk recht en het internationaal privaatrecht aan de Rijksuniversiteit te Leiden, in: *Herdenking honderdjarige Burgerlijke Wetgeving 1838-1938*, Redevoeringen uitgesproken ter gelegenheid van de herdenking van de honderdjarige burgerlijke wetgeving, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1939, p. 17 e.v.; *De honderdjarige burgerlijke wetgeving*, in: VPO I, p. 136 e.v.

was niet onomstreden: tijdens zijn kruistocht ondervond hij de nodige tegenstand. Vrij algemeen wordt als zijn belangrijkste tegenstrever wel aangemerkt Paul Scholten.⁴ Ook hij schreef een opstel voor het *Gedenkboek* en hield een daarop gebaseerde redevoering voor een gehoor van Amsterdamse studenten.⁵ Rechtsgeleerde schrijvers vertonen dan ook een neiging om Scholtens bijdrage, waarin hij het OBW een ‘rustig bezit’ noemde, af te zetten tegen die van Meijers, vanwege diens pleidooi een algehele herziening van het OBW.⁶

In dit opstel plaats ik Scholtens betoog over de herziening van het OBW tegenover dat van Meijers. Ik zal uiteenzetten dat Scholten daarin Meijers aanmerkte als een medestander, als behorend tot hetzelfde kamp, zodat de tegenstelling tussen beide schrijvers minder groot is dan men wel aanneemt. Scholtens standpunt laat zich dan ook niet simpelweg herleiden tot de strijdvraag of het OBW nu al of niet moet worden herzien. Ik zal uiteenzetten dat Scholten, die kennelijk voorvoelde dat men na honderd jaar de herziening van het Burgerlijk Wetboek eindelijk serieus ter hand zou nemen, zich niet tegen noodzakelijke wijzigingen keerde, maar waarschuwde voor een herziening die het systeem zou aantasten. Dat Meijers die waarschuwing ter harte heeft genomen, blijkt uit het citaat hierboven waarin Meijers de grondslagen van zijn Ontwerp uiteenzet. Ik beschouw dit citaat als zijn antwoord aan Scholten.

Dit opstel bestaat uit twee delen. De eerste paragraaf behandelt de totstandkoming van Scholtens zienswijze, voorafgaand aan zijn opstel in 1938. Ik gebruik daarvoor de volgende bronnen: de Handelingen van de vergadering van de Nederlandsche Juristen-Vereeniging

-
- 4 Zie over hem ook mijn opstel ‘De totstandkoming van Scholtens legitimatieleer’ in: *GROM XXXVIII* (2021), p. 15-70.
 - 5 Paul Scholten, De codificatie-gedachte vóór honderd jaar en thans, in: *Gedenkboek Burgerlijk Wetboek 1838-1938*, uitgegeven onder redactie van mr. Paul Scholten en mr. E.M. Meijers, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink: 1938; *Verzamelde geschriften van prof. mr. Paul Scholten (Derde en vierde deel)*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1951, nr. 54, p. 1 en Rede van Mr. P. Scholten, Hoogleraar in het burgerlijk recht en de wijsbegeerte des rechts aan de gemeentelijke universiteit van Amsterdam in: *Herdenking honderdjarige Burgerlijke Wetgeving 1838-1938, Redevoeringen uitgesproken ter gelegenheid van de honderdjarige burgerlijke wetgeving*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1939, p. 101 e.v; *Ons Burgerlijk Wetboek honderd jaar in: Verzamelde geschriften van prof. mr. Paul Scholten (Derde en vierde deel)*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1951, nr. 55, p. 30.
 - 6 Bijv. Th. Veen, ‘En voor berisping is hier ruime stof’, *Over codificatie van het burgerlijk recht, legistische rechtsbeschouwing en herziening van het Nederlandse privaatrecht in de 19^{de} en de 20^{ste} eeuw*, Bijlage bij: *Pro Memorie, Bijdragen tot de rechtsgeschiedenis der Nederlanden, jaargang 3* (2001), aflevering 2, Amsterdam: Cabeljauwpers 2001, p. 23; J.H. Nieuwenhuis, *De verwoestende kracht van de rechtswetenschap*, in: *Justitiële Verkenningen, 150 jaar Burgerlijk Wetboek, inclusief voordrachten herdenkingsbijeenkomst Rijksuniversiteit Leiden, jaargang 14 augustus/september nr. 6* (1988), Arnhem: Gouda Quint 1988, p. 23; J.H. Beekhuis, *De vorderingen bij het totstandkomen van een nieuw Nederlands Burgerlijk Wetboek* in: *Tijdschrift voor Privaatrecht*, Gent: E-story-Scientia 1966, p. 549-550 (online open-access 1964-2001 via tpr.be).

(1912),⁷ waarin Scholten een bijdrage leverde aan de bespreking van de vraag: Welke methode behoort te worden gevolgd bij de herziening van ons Burgerlijk Recht?,⁸ de paragraaf *Herziening van het Burgerlijk Wetboek* in zijn bewerkingen van *Asser's Inleiding- Personenrecht*, d.w.z. de vierde (1912) en vijfde (1923) druk,⁹ die later is overgeheveld naar Scholtens *Algemeen deel* (1931).¹⁰ De tweede paragraaf behandelt aan de hand van Scholtens bijdrage aan het *Gedenkboek* (1938) de vraag wat hij verstaat onder 'een nieuw Burgerlijk Wetboek'. Omdat hij een algehele herziening niet als zodanig beschouwt, kan hij Meijers aanmerken als bondgenoot in zijn strijd. Blijkens zijn redevoering bracht voortschrijdend inzicht hem nadien tot de conclusie dat zowel belangrijk rechtersrecht als voortbrengselen van de wetenschap in de codificatie opgenomen dienden te worden. Ik merk dit aan een onderschrijving van Meijers' programma, dat gericht was op het vinden van een nieuw evenwicht tussen wet, rechtspraak en wetenschap.

1 De totstandkoming van Scholtens zienswijze m.b.t. een herziening van het OBW

Wat is nu Scholtens standpunt voorafgaand aan de herdenking van het OBW? Kort en goed luidt het antwoord: Scholten is huiverig voor de gevaren die verbonden zijn aan een algehele herziening en pleit daarom in de eerste plaats voor partiële herziening van het BW. Dit blijkt uit het volgende chronologische overzicht.

In juni 1912 bezocht Scholten de vergadering van de Nederlandsche Juristen-Vereeniging

-
- 7 Handelingen der Nederlandsche Juristen-Vereeniging 1912 Twee-en-Veertigste Jaargang, I, (Derde stuk), 's-Gravenhage: Belinfante 1912. Zie voor Scholtens reactie, p. 102 e.v. Blijkens de presentielijst was het lid Meijers niet aanwezig bij deze vergadering, zie ook bij noot 13.
- 8 Het betrof Onderwerp II van de vergadering. Dit vraagpunt bestond uit de hoofdvraag: Welke methode behoort te worden gevolgd bij de herziening van ons Burgerlijk Recht (inrichting en indeeling van het Wetboek; herziening in eens of bij gedeelten; wijze van voorbereiding en behandeling)?, met de subvragen: 1. Behoort thans tot eene algemeene herziening van ons Burgerlijk Wetboek te worden overgegaan? (Bij bevestigende beantwoording van vraag 1.) 2. Behoort deze herziening te worden ondernomen: a. in eens; of b. bij gedeelten? 3. Behoort het nieuwe Burgerlijk Wetboek aan te vangen met een algemeen deel? 4. Behoort de indeeling der rechtsstof naar ons Burgerlijk Wetboek in hoofdzaak te worden behouden? 5. Behoort de samenstelling van het ontwerp te worden opgedragen: a. aan een uitgebreide Staatscommissie; of b. aan één of enkele rechtsgeleerden met bijstand van verschillende groepen van deskundigen? 6. Behooren omtrent de wijze van behandeling van een onderwerp in de Staten-Generaal bijzondere regels te worden gesteld? (Bij ontkennende beantwoording van vraag 1.) 7. Behoort herziening van het geheel of van gedeelten van ons Burgerlijk Wetboek van regeeringswege te worden voorbereid door stelselmatige verzameling en verwerking van bouwstoffen? Handelingen 1912, p.LXI-LXII.
- 9 Paul Scholten, Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlandsch Burgerlijk Recht, Eerste deel, Inleiding – Personenrecht, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink, 1912 & 1923.
- 10 Paul Scholten, Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlandsch Burgerlijk Recht, Algemeen Deel, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink, 1931, p. 237 e.v. In de 6^e druk (1929) vermeldt Scholten in zijn voorwoord dat hij op aanraden van zijn ambtgenoot Anema een gedeelte zal omwerken naar een zelfstandig boek, zijn latere Algemeen Deel.

(NJV) in Rotterdam,¹¹ waarin men uitgebreid de vraag besprak of en hoe wijzigingen in het burgerlijk wetboek dienden te worden aangebracht.¹² Het lid Meijers was bij deze vergadering overigens niet aanwezig.¹³ Scholten nam actief deel aan het debat, hij was de eerste spreker die zijn mening gaf over de prae-adviezen uitgebracht door J.P. Fockema Andreae en E.E. van Raalte.¹⁴ In de vergadering behoorde Scholten tot de meerderheid die het voorstel verwierp om over te gaan tot een algehele herziening van het Burgerlijk Wetboek (57 tegen 28 stemmen).¹⁵ In zijn betoog zette hij uiteen dat algehele herziening naar zijn mening niet noodzakelijk en ook ongewenst was, niet vanwege een gebrek aan technische bekwaamheid, maar vanwege een gebrek aan de daarvoor noodzakelijke behoefte aan rechtszekerheid en rechtseenheid.¹⁶ Scholten achtte die behoefte een principiële voorwaarde voor herziening.¹⁷ Maar dat betekende niet dat de wetgever op zijn lauweren mocht rusten, Scholten noemde drie punten waar hij ruimte zag voor wetgevend ingrijpen in het burgerlijk recht: het uitvaardigen van deelregelingen wanneer de rechtszekerheid dit eiste, het zo nodig opleggen van regelingen van bovenaf en het aanbrengen van correcties wanneer het recht in strijd komt met het rechtsbewustzijn.

‘Nu wil ik daarmee niet zeggen, dat de wetgever nu maar stil te zitten heeft en het Burgerlijk Recht nu maar ongewijzigd moet laten. Voor een deel zal die wijziging wel noodig zijn, en erken ik, dat de wetgever moet ingrijpen. Zeer goed kan ik mij dan ook vereenigen met de laatste vraag door het bestuur gesteld, waar wordt gezegd: “behoort herziening van het geheel of van gedeelten van ons Burgerlijk Wetboek van regeeringswege te worden voorbereid door stelselmatige verzameling en verwerking van bouwstoffen?” Die vraag kan men bevestigend beantwoorden, ook al acht men algehele herziening uitgesloten. Een enkel woord dus nog over de gevallen, waarin de wetgever behoort in te grijpen. Vooreerst is het somtijds nodig, dat de wetgever nieuwe regelingen treft, indien er behoefte is aan rechtszekerheid, indien een geheele stof ongeregeld is, zooals bij het Auteursrecht. (...) In de tweede plaats kan het voorkomen, dat de wetgever moet ingrijpen om zeker recht van boven op te leggen, zoo bij het arbeidscontract. Ik meen dat dit vrij gevaarlijk is en acht het onzeker, of men er veel mede bereiken zal; maar van den anderen kant geef ik toe, dat het een enkele maal gebeuren moet en dat dan een regeling door den wetgever noodzakelijk is. Eindelijk kan die noodzakelijk zijn, indien het bestaande recht – zooals het recht òf direct uit de wet te lezen valt òf wordt opgevat door de rechtspraak – in volkomen strijd is met het rechtsbewustzijn, ook dan moet men komen tot een herziening door de wetgever; maar dan zal de wetgever zich ook moeten bepalen tot eenvoudig aanvulling en korte

11 Hierover nader E.O.H.P. Florijn, *Ontstaan en ontwikkeling van het nieuwe Burgerlijk Wetboek*, Maastricht: Universitaire Pers Maastricht 1996, nr. 27, p. 67 e.v.

12 Zie hierboven mijn noot 8.

13 Vgl. de presentielijst, *Handelingen 1912*, p. 99-100.

14 *Handelingen 1912*, p. 102 e.v.

15 *Handelingen 1912*, p. 180-181.

16 *Handelingen 1912*, p. 103-104.

17 *Handelingen 1912*, p. 103: ‘Ik meen dan, dat de herziening niet noodzakelijk en ook niet gewenst is en wel hierom, omdat ik geloof dat een nieuwe codificatie alleen dan slagen zal als er behoefte is aan rechtszekerheid en rechtseenheid.’

PAUL SCHOLTEN EN DE HERZIENING VAN HET OUD BURGERLIJK WETBOEK

verbetering van hetgeen op dit oogenblik bestaat. Mag ik hier enkele voorbeelden noemen, zoo denk ik in de eerste plaats aan het erfrecht van de echtgenoot. (...)’¹⁸

Maar dit betreffen volgens hem kleine, partiële herzieningen, waarbij een commissie van deskundigen de Minister van Justitie en zijn Departement zou moeten bijstaan. Beekhuis meent dat Scholten hier al het zaadje plantte voor de in 1919 opgerichte *Staatscommissie tot wegneming van onjuistheden en aanvulling van leemten in de Nederlandsche burgerlijke wetgeving* (Staatscommissie Kappeyne/Limburg, hierna: de Staatscommissie).¹⁹ Deze Staatscommissie diende, kort en goed, onvolkomenheden en leemten in de Nederlandse burgerlijke wetgeving op te sporen en – zo nodig – de Minister van Justitie te voorzien van wetsontwerpen met memories van toelichting.²⁰ Op deze wijze werd feitelijk alle herziening van de burgerlijke wetgeving overgeheveld van het Departement van Justitie naar de Staatscommissie.

‘Wanneer ik derhalve zal stemmen voor vraagpunt 7,²¹ wil ik daarmee niet gezegd hebben, dat men van Regeeringswege een algemeene herziening van het Burgerlijk Wetboek moet voorbereiden, allermint ook van enkele boeken in hun geheel – dat is volkomen willekeur – maar ik wensch daarmee alleen uit te spreken, dat de Regeering moet worden bijgestaan door een vooral niet te groote Commissie, volkomen op de hoogte van het rechtsleven, van de behoeften, die de ontwikkeling van het recht medebrengt, van de rechtspraak en regelingen elders, en daardoor voor het bijwerken van ons Burgerlijk Wetboek meer geschikt dan men op het Departement schijnt te zijn. Deze Commissie zal – zoo denk ik het mijn – telkens aan de Regeering kleine wijzigingen en aanvullingen van het Wetboek kunnen voorstellen, die, omdat zij klein zijn en bijna altijd van technischen aard gemakkelijk de Kamers kunnen passeeren en tot wet worden verheven. (...)’²²

Verder benadrukte Scholten dat het aan de rechtsgenoten zelf en de rechter is om het echte werk op het gebied van verbetering van de recht, de rechtsvorming, tot stand te brengen.

‘Dan bereikt men ten minste iets, terwijl men met een algemeene herziening niets zal bereiken. Daarvoor is geen grond. Dit denkbeeld is volkomen in strijd met hetgeen de kennis van het werkelijke

18 Handelingen 1912, p. 106-107.

19 Zie het citaat hieronder opgenomen in mijn noot 26.

20 De commissie werd ingesteld bij Koninklijk Besluit van 13 september 1919, nr. 41, *Nederlandsche Staatscourant* nr. 201 (donderdag 18 september), p. 1-2. Zie over de Staatscommissie nader: Florijn 1996, p. 73 e.v. en V.J.A. Sütö, *Nieuw Vermogensrecht en rechtsvergelijking – reconstructie van een wetgevingsproces (1947-1961)*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004, bijlage III, p. 259 e.v. In 1948 werd de naam gewijzigd in *Staatscommissie inzake herziening van de Nederlandse Burgerlijke Wetgeving*.

21 Zie voor alle vraagpunten mijn noot 8.

22 *Handelingen* 1912, p. 108-109.

rechtsleven ons leert. Op kleine partiële herzieningen kan worden aangestuurd, maar in hoofdzaak zal men verbetering van het recht aan de betrokkenen zelf, om hun eigen rechtsvorming en aan die van den rechter moeten overlaten.’²³

We vinden zijn stellingname terug in zijn Asser-bewerking (afgerond september 1912).²⁴ In de elf jaar die volgden, veranderde Scholten niet van mening: afgezien van een paragraafwijziging en wat wijzigingen in punten en komma’s luidt de tekst van zijn Asser-bewerking in 1923 hetzelfde.²⁵ Veelzeggend is wellicht dat ook de voorbeelden van de belangrijkste wijzigingen (ouderlijke macht en voogdij, arbeidscontract) nog ongewijzigd zijn en hetzelfde geldt voor het overzicht van het verloop van de herzieningen dat daarop volgt. In deze druk vermeldt Scholten dat er in 1912 een vergadering over dit onderwerp werd gehouden door de Nederlandse Juristen-Vereeniging, maar hij maakt geen melding van de Staatscommissie, waarvan men, zoals we hierboven zagen, wel aanneemt dat haar instelling (mede) te danken is aan zijn bijdrage in de vergadering van de Juristen-Vereeniging.²⁶

De Staatscommissie bleek echter niet in staat om de verwachtingen waar te maken. Zo wijst Florijn in zijn paragraaf ‘Het falen van de Staatscommissie’ onder andere op het feit dat ‘van al de wetsontwerpen waaraan de Commissie-Limburg voor de oorlog op een of andere wijze heeft meegewerkt – in totaal 14 in getal – er slechts één was die tot doel had een leemte of onjuistheid weg te nemen in het vermogensrecht, te weten de Wet van 23 mei 1935, S. 307, tot intrekking van art. 1416 lid 2 B.W. Dit artikel bepaalde dat de vordering tot schadevergoeding wegens doodslag of verwonding (artt. 1406 en 1407 B.W..) verjaarde conform de termijnen die in Strafvordering waren gesteld.’²⁷

23 *Handelingen* 1912, p. 109.

24 Scholten 1912, p. 29-30 (§ 7. Herziening van het Burgerlijk Wetboek): ‘Wij zagen boven dat eene codificatie slechts dan heilzaam kan werken, als er een ruim en oordeelkundig gebruik wordt gemaakt van de gelegenheid tot wijziging en aanvulling der wetboeken, zoo die blijken niet meer aan de *behoefte* [cursivering, *HHR*] te voldoen. Dat het Burgerlijk Wetboek daaraan behoefte heeft, is een sinds jaren vaststaande overtuiging onzer juristenwereld – hoe verschillend overigens over de waarde van het Wetboek uit technisch oogpunt wordt geoordeeld. Toch bleef een herziening tot nog toe uit en gelooft niemand meer dat zij in een afzienbaar tijdsverloop tot stand zal komen. Alleen van partiële herziening is er nog iets te verwachten, de belangrijkste die tot heden tot stand kwamen zijn die betreffende de ouderlijke macht en voogdij en betreffende het arbeidscontact (...)’ [volgt overzicht van het verloop van de herzieningen, *HHR*].

25 Scholten 1923, p. 26.

26 J.H. Beekhuis, Meijers en de vernieuwing van onze codificatie in: *Rechtsgeleerd Magazijn Themis* 1950, p. 256; *Geschriften van J.H. Beekhuis*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1989, p. 119: ‘Onder de tegenstemmers bevond zich ook Scholten, die in zijn rede ter vergadering het denkbeeld naar voren bracht, dat de regering zich ter bevordering van de totstandkoming van partiële herziening diende te doen bijstaan door een kleine commissie van deskundige juristen, die aan haar hiertoe strekkende voorstellen zou kunnen doen, een gedachte dus, waaruit later de z.g. Commissie Limburg is voortgekomen.’ NB *Geschriften* verwijst abusievelijk naar publicatie in het jaar 1959.

27 Florijn 1996, p. 80.

In 1928 zou Meijers een frontale aanval op de commissie inzetten met zijn beroemde opstel ‘Het feillooze deel van ons Burgerlijk Wetboek’.²⁸ Hij drijft daarin de spot met het falen van de Staatscommissie (tot wegneming van onjuistheden en aanvulling van leemten in de Nederlandsche burgerlijke wetgeving). Zo sneert hij dat men destijds bij haar oprichting kennelijk ten onrechte in de overtuiging verkeerde dat de regeling van het vermogensrecht fouten en tekortkomingen bevatte, aangezien de Staatscommissie ‘gedurende haar bijkans negenjarig bestaan heeft (...) in het tweede en het derde boek van ons Burgerlijk Wetboek geen enkele leemte of onjuistheid kunnen ontdekken’. Zelf meldt hij geen enkele moeite te hebben met het opsommen van honderd punten uit het zakenrecht, het erfrecht en het verbintenissenrecht die ingrijpen vereisen.²⁹ In 1930 werd de Minister van Justitie in het Voorlopig Verslag van de Eerste Kamer met o.a. deze kritiek geconfronteerd en werd de kwestie van herziening van het Burgerlijk Wetboek expliciet aan de orde gesteld:

Eenige leden wezen op het merkwaardige feit, dat de voorstellen tot wijziging van het B.W., welke in de laatste jaren de Staten-Generaal hebben bereikt, bijna steeds het Eerste Boek van het B.W. betroffen hebben.

Reeds eenige jaren geleden, nl. in het *Weekblad voor Privaatrecht, Notarisambt en Registratie* van 29 Januari 1928 (n^o. 3031), heeft Prof. Mr. E.M. MEIJERS, Hoogleraar te Leiden, hierop den nadruk gelegd en een opsomming gegeven van een honderdtal punten uit de andere Boeken, welke wettelijke regeling hij noodzakelijk achtte.

De meeningen, in dit artikel verkondigd, hebben nog ten volle haar actualiteit behouden en met de conclusiën van den hoogleeraar durfden de leden, hier aan het woord, zich geheel te vereenigen. Met name de laatste alinea van het artikel had hun instemming. Zou, zoo vroegen deze leden, de Minister voor het daar geopperde denkbeeld eener periodieke technische herziening van het B.W. niet eens zijn gedachten willen laten gaan?³⁰

28 Meijers 1928, p. 49 e.v.; *VPO (I)*, p. 93 e.v.

29 Met zijn opsomming sloot Meijers aan bij een eerdere vaststelling van Minister van Justitie Modderman, die in zijn brief aan de Koning van 18 februari 1880 (gepubliceerd in W. 4470) 26 voorbeelden noemde van ‘hoogst gewigtige onderwerpen wier regeling te wensen overliet’. In zijn bespreking van het falen van de Staatscommissie merkt Florijn 1996, p. 81 op: ‘Van de zesentwintig onderwerpen, die Modderman in 1880 noemde als voorbeelden van “hoogst gewigtige onderwerpen” en waarvan het merendeel betrekking had op het vermogensrecht, was er na de Tweede Wereldoorlog slechts één, het arbeidscontract, geregeld.’

30 Kamerstuk Eerste Kamer 1929-1930 kamerstuknummer 2 IV ondernummer 61 d.d. 11-02-1930. De Minister gaf in zijn Memorie van Antwoord aan hier niet voor te voelen: ‘Tegenover dit stelsel van partieele herzieningen stellen eenige leden, met een beroep op een artikel van prof. MEIJERS in het *Weekblad voor Privaatrecht, Notarisambt en Registratie*, dat van eene periodieke technische herziening. Dat de eerste technische herziening, welke volgens dit stelsel zou zijn te onderscheiden, veel zou verschillen van eene algemeene herziening, gelooft ondergeteekende niet, indien hij bedenkt dat voor die technische herziening, naar de aanwijzingen van den vader van het denkbeeld, in aanmerking zouden komen, alleen uit het Tweede en Derde Boek, 100 onderwerpen, welke, gelijk deze verder opgemerkt, zonder veel moeite nog eens 100 punten vermeerderd zouden kunnen worden. Theoretisch heeft het denkbeeld van eene algemeene herziening zijne bekoring, doch eene praktische werkwijze is daarmee niet gegeven. De ervaring hier te lande opgedaan op het terrein van herziening van het geldende

Eind 1930 zou Scholten als lid toetreden tot de Staatscommissie en zo kon hij uit eerste hand ervaring opdoen.³¹ In 1931, midden in de crisisjaren waarin de legislatieve aandacht vanzelfsprekend door andere zaken werd opgeëist dan een herziening van het BW, verscheen de eerste druk van Scholtens *Algemeen Deel*. Scholten werkte hierin zijn standpunt verder uit en het valt vooral op dat hij kennelijk op den duur tóch een algehele herziening verwachtte, aangezien hij zich bezighield met het uitwerken van de voorwaarden die daaraan gesteld zouden moeten worden. Ik acht het mogelijk dat die uitwerking verband houdt met Meijers' opstel en/of de ervaringen die Scholten inmiddels had opgedaan in de Staatscommissie.

‘Meer en meer drong de overtuiging door, dat aan een nieuw burgerlijk wetboek in afzienbaren tijd niet te denken is. Van partiële herzieningen alleen verwacht men verbetering. In dien geest sprak ook de Juristenvereniging zich uit [volgt noot met verwijzing naar Handelingen 1912, *HHR*]. Thans bestaat een Staatscommissie tot voorbereiding van zulke herzieningen; voorzitter ervan is J. Limburg. Zij wordt echter niet voor alle herzieningen van privaatrecht geraadpleegd. De wet op de naamloze vennootschappen, de ontwerpen over pacht en huwelijksgoederenrecht zijn niet door haar voorbereid. Voor herziening van het Burgerlijk Wetboek in zijn geheel is het thans niet de tijd. Toch zal op den duur slechts dan een Burgerlijk Wetboek, dat het private rechtsverkeer beheerscht, kunnen worden verkregen, indien het als geheel in één worp door één man of een kleine commissie wordt samengesteld.³² Men betwijfelt wel of de mannen voor zulk werk in ons land zijn te vinden. Doch niet

Burgerlijk Wetboek geeft de volgende uitkomst: plannen tot herziening zelfs van een enkel Boek hebben het nimmer tot het Staatsblad gebracht. Juist deze uitkomst heeft den weg van de partiele herzieningen doen inslaan. De ondergeteekende zal dan ook dezen weg voorshands vervolgen.’ Kamerstuk Eerste Kamer 1929-1930 kamerstuknummer 2 IV ondernummer 2 d.d. 03-03-1930.

31 Paul Scholten werd benoemd bij KB no. 26 van 1 december 1930, zie *Nederlandsche Staatscourant*, no. 23, d.d. 2 december 1930, p. 1.

32 Meijers zou in zijn bijdrage aan het *Gedenkboek* schrijven (p. 63, *VPO* I, p. 136): ‘Hier kan alleen uitkomst komen door het geheel aan een technische herziening te onderwerpen. Hier is ook geenszins de groote commissie gewenscht; hoe minder personen, hoe beter.’ Deze gedachte lijkt dus niet van hemzelf afkomstig, maar evenmin van Scholten. Beiden konden teruggrijpen op het prae-advies van J.P. Fockema Andreae in de vergadering van de Nederlandse Juristen-Vereeniging van 1912, *Handelingen*, p. 230: ‘Ik blijf er dus bij, dat het maken van het ontwerp voor een verjongd Burgerlijk Wetboek moet worden opgedragen aan een kleine commissie of liever nog aan één man, die den bijstand aanvaardt van deskundigen en het oor leent aan critiek.’ Florijn 1996, p. 70. In dezelfde zin zijn mede prae-adviseur Van Raalte, *Handelingen*, p. 272: ‘Zal dan één rechtsgeleerde moeten worden aangezocht aan het samenstellen van een voor-ontwerp krachten te wijden? In die richting is, naar ik meen, inderdaad de oplossing te zoeken.’ Op hun beurt konden de prae-adviseurs teruggrijpen op het opstel van het lid N.F. van Nooten, De voorgenomen herziening van het Burgerlijk Wetboek, in: *Recht en Wet*, maart 1880, p. 236 e.v. (geciteerd naar Florijn 1996, p. 54-55): ‘Het blijkt alzoo dat degenen, aan wie de herziening van het Burgerlijk Wetboek is toevertrouwd, handen vol werks zullen hebben, door één man beter en stelselmatiger tot stand te brengen dan door vijftien personen, die in hunne maatschappelijke betrekkingen veel arbeid hebben, die in de verst verwijderde gedeelten des lands woonachtig zijn, zoodat zelfs bij de versnelde middelen van correspondentie en van verkeer, de samenkomsten moeielijk te regelen zullen zijn; ik houd het voor zeker dat de Commissie jaren noodig zal hebben voor hetgeen één man in een half jaar tijds in staat is met goed gevolg te volbrengen.’ Van Nooten, blijkens de ledenlijst raadsheer in het provinciaal gerechtshof van Utrecht en aanwezig bij de constituerende vergadering van

daar ligt de moeilijkheid. Als de nood er was, waren de menschen er ook wel. Doch een wetboek komt niet tot stand alleen als een kring van vakgeleerden dit min of meer wenschelijk oordeelt. Daartoe moet een drang zijn uit het volk zelf, die de deskundigen voortstuwt en draagt en alle bezwaren doet opruimen. Men vergelijke eens den tijd, waarin de makers van den Code en ook Kemper in 1816 klaar kwamen, met dien welken de Staatscommissies bij ons meenden noodig te hebben. De tijden moeten rijp zijn voor zoo iets; blijkbaar zijn zij dat thans niet. Als zij dat waren, dan zouden zelfs de groote moeilijkheden, die onze staatkundige verhoudingen en het parlementaire stelsel hier in den weg leggen, wel worden overwonnen.’³³

Uit citaat blijkt dat Scholten het OBW niet beschouwt als een wetboek dat ‘het private rechtsverkeer beheerst’. Wat hij daarmee bedoelt, legt hij uit in het *Gedenkboek*:

‘Wij spraken van het beheerschen van de rechtsstof, daarmee meenen wij nog iets anders, dan het kennen van niet samenhangende regels, daarmee willen we ook aanduiden, dat men in staat moet zijn de beslissing van een geval uit de gereedliggende regels af te leiden, moet weten welke regel toepassing vraagt, waarom de eene regel in een bepaalde verhouding door den ander wordt beperkt. Dit onderstelt, dat tusschen die regels logisch verband bestaat, dat zij tot een systeem met hoofdregels en uitzonderingen, met classificaties en onder-verdeelingen zijn te herleiden. Regels, die met elkaar in tegenspraak zijn verdraagt het recht niet, op een of andere wijze moet de tegenspraak worden opgeheven.’³⁴

Op grond van het voorgaande kom ik tot de conclusie dat Scholten huiverig is voor de gevaren die verbonden zijn aan een algehele herziening en daarom in de eerste plaats pleit voor partiële herziening van het BW. Op de langere termijn houdt hij echter wel rekening met een algehele herziening met het oogmerk ‘een wetboek te scheppen dat het private rechtsverkeer beheerst’. Inhoudelijk vergde een dergelijke herziening echter een grondige voorbereiding, zoals blijkt uit zijn instemming in 1912 met de vraag of herziening van het geheel of van gedeelten van ons Burgerlijk Wetboek van regeeringswege te worden voorbereid door stelselmatige verzameling en verwerking van bouwstoffen. In 1931 begon Scholten met het uitwerken van de formele voorwaarden voor een dergelijke herziening, zoals de eis dat zij als geheel in één worp door één man of een kleine commissie wordt

de Nederlandsche Juristen-Vereeniging in 1870, had echter op zijn beurt al een zekere inspiratie kunnen putten uit gedachten over de herziening van de burgerlijke wetgeving die aldaar geuit waren door praeadviseur G. de Vries, *Handelingen der Nederlandsche Juristen-Vereeniging 1870, 1*, 's-Gravenhage: Gebr. Belinfante 1870, p. 89 : ‘Gesteld eens men ging bij de herziening zoo ver, dat men een geheel nieuw wetboek ontwierp, door één man, naar een vast stelsel opgemaakt en in alle onderdeelen uitgewerkt, zou men daardoor verzekerd zijn, dat bij plaatsing in het Staatsblad het verband tusschen alle deelen van zulk een volkomen geheel ongeschonden zou zijn bewaard.’ Florijn 1996, p. 49. Ik heb deze lange noot tevens opgenomen om inzichtelijk te maken welke rol de overlevering van ideeën in de lange discussie over de herziening van het Burgerlijk Wetboek speelt en kan spelen.

33 Scholten 1931, p. 236.

34 Scholten, *Gedenkboek*, p. 15.

samengesteld. Maar nog steeds achtte hij de tijd niet rijp, omdat er nog onvoldoende drang vanuit het volk aanwezig was. Zonder die drang achtte hij een herziening kansloos.

2 Scholtens standpunt in het Gedenkboek: herziening vs. nieuw burgerlijk wetboek

In deze paragraaf behandel ik de vraag hoe Scholtens bijdrage aan het Gedenkboek zich verhoudt tot Meijers' oproep tot algehele herziening van het OBW. Het meest geciteerde deel uit Scholtens bijdrage aan het Gedenkboek is ongetwijfeld zijn openingsparagraaf. Daarin noemt hij het OBW een 'rustig bezit' en lijkt hij beide wijzen van herziening ervan te bespreken, zowel de partiële als de algehele variant. Daartegenover plaatst hij de introductie van een nieuw wetboek.

'(...) toch mogen wij zeggen: het Burgerlijk Wetboek is een rustig bezit. Want het denkbeeld zelf der codificatie van het privaatrecht wordt door niemand bestreden, en hoezeer onzer juristen mogen verschillen in het oordeel over de vraag wat en hoe aan het B.W. moet worden gewijzigd, ook de radicaalste voorstanders van verandering wenschen niets anders dan een herziening, niet een nieuw wetboek.'³⁵

Dit citaat wekt bevreemding op.³⁶ Het is immers zonneklaar dat Scholten Meijers, vanwege diens wens tot algehele herziening, zal hebben geschaard onder de 'radicale voorstanders van verandering'. Maar hier stuiten we op een probleem: in 1912 gebruikte hij 'algehele herziening' als synoniem voor 'nieuwe codificatie'.³⁷ Als we daaraan vasthouden, dan zou Scholten zichzelf hier tegenspreken door te schrijven dat Meijers geen nieuw wetboek zou wensen! Die absurde uitkomst heeft zelfs bij kritische lezers, voor zover ik heb kunnen nagaan, nog geen aanleiding gegeven om nader onderzoek te doen naar deze verklaring. In plaats daarvan doen schrijvers haar vrijblijvend af als 'opmerkelijk' of blijk gevend van 'een

35 Scholten 1938, p. 1.

36 Ik noem hier slechts Beekhuis 1950, p. 257 (*Geschriften*, p. 120): 'Hij (Scholten, *HHR*) verkondigt hierin zelfs de stelling, dat de Nederlandse juristen wél zouden kunnen verschillen in het oordeel over de vraag, wat en hoe aan het B.W. moet worden gewijzigd, maar dat zelfs de radicaalste voorstanders van verandering niet anders zouden wensen dan een herziening, niet een nieuw Wetboek, een uitspraak die wel van een zekeren overmoed blijk geeft, gezien de ideeën van zijn mede-redacteur Meijers. Want in hetzelfde Gedenkboek geeft deze een zeer uitvoerige argumentatie voor zijn opvatting dat een herziening van het B.W. slechts vruchten zou kunnen afwerpen, wanneer zij op de breedst mogelijke wijze zou worden aangepakt.' en Du Perron & Salomons *WPNR* 6039 (1992), p. 180, noot 29: '(...) Zijn stelling dat zelfs de radicaalste voorstanders van herziening van het BW geen nieuw wetboek wensten is overigens opmerkelijk, daar Meijers in zijn bijdrage aan het Gedenkboek (waarvan beiden redacteur waren), 'Wijzigingen en aanvullingen van het Burgerlijk Wetboek na 1838' (pp. 33-63), juist een vurig pleidooi hield vóór hercodificatie: 'Laten wij (...) er een eerezaak van maken om datgene aan te vatten, waarin ook een klein volk groot kan zijn' (p. 63).'

37 *Handelingen* 1912, p. 103: 'Het is mijn doel de stelling te verdedigen, dat een nieuwe codificatie, algehele herziening van ons B.W., op dit oogenblik en ook in afzienbaren tijd niet is gewenscht.' Vgl. ook hierboven het citaat in mijn noot 17.

zekere overmoed'. Dergelijke verklaringen bevredigen niet: het lag immers niet in Scholtens aard om een collega op een dergelijk botte manier voor het hoofd te stoten.³⁸

Het is echter mogelijk om Scholtens uitspraak met een andere duiding betekenis te verlenen, maar daarvoor is het nodig om een 'paardensprong' te maken via de vergadering van de Nederlandsche Juristen-Vereeniging in 1912 naar Minister Modderman in 1880, die evenals Meijers een algehele herziening van het BW voorstond.³⁹

In de vergadering van de NJV pakte prae-adviseur Fockema Andreae aan het begin van zijn betoog de aandacht met een retorisch sterk hulpmiddel: het doemscenario.⁴⁰ Hij confronteerde zijn publiek met een voorspelling van het einde der tijden: men had namelijk de algehele herziening te lang uitgesteld en het OBW zou het daarom nog maar 8 jaar volhouden. Fockema Andreae beriep zich voor dit scenario op een brief die Minister Modderman op 18 februari 1880 aan Koning Willem III had geschreven.⁴¹ Het voor ons relevante deel volgt op een opsomming van een groot aantal juridische onvolkomenheden in het BW en luidt als volgt:

'Ziedaar, Sire, een aantal hoogst gewigtige onderwerpen die dadelijk voor den geest komen, doch tevens onmiddellijk doen denken aan voorschriften die of gemist worden, of verouderd, of dubbelzinnig, of onjuist zijn.

Bleef herziening uitgesteld, Nederland zou, na verloop van andermaal 40 jaren, aan zijn Burgerlijk Wetboek ontgroeid zijn en zich als noodzakelijk kwaad, *een geheel nieuw wetboek hebben te getroosten* (cursivering, *HHR*). Daardoor zou aan het regtsleven een gevaarlijke schok, aan het volk een onmetelijk nadeel worden toegebracht, waartegen zij thans, door tijdige maatregelen, nog behoed kunnen worden.'⁴²

Moddermans brief miste zijn uitwerking niet.⁴³ Maar wat ons interesseert is de tegenstelling die de Minister schetst: of een herziening van het bestaande Burgerlijk Wetboek, of de noodzaak om een geheel nieuw Burgerlijk Wetboek te introduceren. Met andere woorden: Modderman beschouwde een algehele herziening, een totale hercodificatie, niet als een nieuw wetboek.

38 Vgl. Meijers zelf in zijn 'Herdenking van Paul Scholten', geciteerd naar *WPNR* # 5314 (1975), p. 472: 'Scholten daarentegen uiterlijk nimmer fors of kwetsend (...)'.
39 Zie nader: Florijn 1996, p. 53 e.v.

40 J.P. Fockema Andreae, *Handelingen* 1912, p. 162.

41 Zie over deze brief ook mijn noot 29.

42 Weekblad van het Regt, Donderdag 4 Maart 1880, p. 1.

43 Nog in hetzelfde Weekblad vinden we de reactie: Koning Willem III stelde de Staatscommissie Meerbeke in bij Koninklijk Besluit van 28 Februari 1880, no. 8.

Scholten rekende zichzelf niet tot de ‘radicaalste voorstanders van verandering’. Meijers typeert hem als ‘in zijn optreden iets van het Amsterdamse patriciaat’.⁴⁴ Maar volgens Scholten stonden conservatieve juristen aan dezelfde zijde als de ‘progressieve Meijers’⁴⁵: zij vormden samen één kamp tegen het doemscenario van de invoering van een *geheel nieuw* burgerlijk wetboek.⁴⁶

Het doet op het eerste gezicht een beetje raar aan om te beweren dat een algehele herziening/hercodificatie niet hetzelfde inhoudt als een nieuwe codificatie, vooral als men weet dat Scholten in 1912 deze termen nog als synoniemen gebruikte. Toch betoog ik dat dit wel degelijk de gedachte is die ten grondslag ligt aan zijn opstel in 1938. Meijers heeft dat goed begrepen, zoals blijkt uit het citaat waarin hij herhaalt dat zijn Ontwerp geenszins beoogt een op geheel nieuwe grondslagen berustend burgerlijk recht in te voeren.⁴⁷ Maar dan bestaat er geen spanning tussen hun zienswijzen omdat óók bij een algehele herziening het wetboek aangemerkt mag worden als een ‘rustig bezit’.

Voor Scholten bestaat het ‘rustig bezit’ uit de kernen van het burgerlijk wetboek.⁴⁸ Als zodanig beschouwt hij het huwelijk en ouderlijke macht, eigendom, contract en schadevergoeding, vererving krachtens familieband en testament.⁴⁹ Daaromheen kan allerlei nieuw recht gevormd worden, maar dat zou niet afdoen aan deze instellingen.⁵⁰ Anders uitgedrukt: pas bij eliminatie van deze kernen en de invoering van nieuwe grondslagen, zoals een vervanging van private eigendom door staatseigendom, zou er sprake zijn van een geheel nieuw wetboek.

44 E.M. Meijers, ‘Herdenking van Paul Scholten’, geciteerd naar *WPNR* # 5314 (1975), p. 471.

45 Vgl. Scholten 1939, p. 114: We kunnen verontwaardigd zijn over het conservatisme in het recht. Meijers neigt daartoe en ik geef toe: een slap berusten in het bestaande, omdat het bestaat is altijd gevaarlijk, maar we hebben toch ook te bedenken, dat in het recht het bestaande altijd vóór heeft op wat nog ontworpen en nog ingevoerd moet worden. De oude regel heeft fouten, die men kent, waartegen men zich zooveel mogelijk wapent, de nieuwe heeft – dat kan men a priori zeggen – zeker ook fouten, zij het andere, doch die kent men nog niet en het vermijden daarvan is zooveel moeilijker.’

46 Vgl. K. Wiersma, Meijers en de hercodificatie in: *WPNR* 5504 (1980), p. 26.

47 Zie het citaat van Meijers hierboven bij mijn noot 1.

48 Vgl. Scholten, *Gedenkboek*, p. 29: ‘Al wat beknibbelt en vermindert onderstelt tenslotte een kern, die niet wordt aangetast.’

49 Vergelijk Scholten, *Gedenkboek*, p. 29: ‘Het B.W. bevat het gemeene recht, de beginselen van rechtsverkeer, huwelijk, ouderlijke macht – eigendom – contract – schadevergoeding bij onrecht – vererving. Daarin zit veel sterker blijvend element, dan in de details. De codificatie daarvan wordt niet gemakkelijk door een nieuwe vervangen, de rechtshistorie leert het.’

50 Scholten, *Gedenkboek*, p. 30: Voor ons land deel ik zijn (Riperts, *HHR*) vrees niet. Ik ben overtuigd, dat ook een sterke mate van socialisatie de kernen van ons Burgerlijk Wetboek: huwelijk en ouderlijke macht – eigendom – contract en schadevergoeding – vererving krachtens familieband en testament, niet zouden aantasten. Wel zou er allerlei nieuw recht om heen komen, de maatschappelijke beteekenis der instellingen zich wijzigen, maar die instellingen zelf, de rechtsvormen, die het B.W. beschrijft, bleven ook dan. Anders zou het zijn, indien het communisme over ons kwam, dan ging alles verloren. (...)’

Dat blijkt ook aan het eind van Scholtens betoog. Nadat hij eerder het OBW heeft gekenschetst als een ‘open systeem’,⁵¹ waarin door veroudering noodzakelijkerwijs wijzigingen moeten worden aangebracht,⁵² komt hij tot de conclusie dat het OBW zelfs bij zéér ingrijpende wijzigingen nog steeds hetzelfde wetboek zal blijven.⁵³

‘Het is mogelijk, dat de verschijnselen waarop ik wees, nog toenemen, dat zelfs zóó ingrijpend zal worden gewijzigd, dat men achteraf zal zeggen, dat wij eerst aan het begin stonden, en dat tòch het Burgerlijk Wetboek nog dat van 1838 zal zijn.’⁵⁴

Scholten wilde in zijn opstel in het *Gedenkboek* met name de waarde bepleiten van het *systeem* van de codificatie.⁵⁵ Een belangrijk voordeel van de openheid van dit systeem is dat het daardoor mogelijk is om, via rechtspraak, nieuw recht te laten ‘binnenvloeien’.⁵⁶

‘Art. 1374 en 1401 B.W. zijn belangrijker dan alle overig regels van verbintenissenrecht te zamen. En nu zegge men niet, dat zoo toch B.W. artikelen worden genoemd, een beroep op de codificatie wordt gedaan. Deze wetsartikelen geven door de gebondenheid uit te spreken aan “de goede trouw” en door het verbod van “onrechtmatigheid” door den H.R. gemaakt tot “wat in het maatschappelijk verkeer niet betaamt”, juist niet geformuleerde rechtsregels, zij maken een opening in het systeem, waardoor altijd weer nieuw recht kan binnenvloeien. Het is mogelijk en soms noodig, dat aldus gevormd weder vast te leggen, zooals regeling van de bijzondere contracten voor een goed deel niet anders is, dan zulk een vastlegging van wat Romeinsche juristen uit de bona fides afleiden,⁵⁷ doch dit mag er vooral niet toe brengen van zulk een vastlegging beëindiging van de bijzondere taak van algemeene voorschriften als deze te hopen. Naast de vaste beddingen behoeft het recht vloeibaarheid.’⁵⁸

Voor mijn stelling dat Scholtens standpunt uiteindelijk niet veel verschilde van dat van Meijers is het volgende citaat van groot belang. Voortschrijdend inzicht bracht Scholten er

51 Scholten, *Gedenkboek*, p. 24. Hij schrijft verder: ‘Ieder positief recht is een open systeem’ en verwijst in een noot naar zijn *Algemeen Deel*, p. 100 e.v.

52 Scholten, *Gedenkboek*, p. 26 e.v.

53 Scholten is overigens beducht voor wijzigingen die alleen maar nieuwe vragen opwerpen, vgl. het citaat in mijn noot 45. Als voorbeeld van een ‘goede’ wijziging noemt hij het Ontwerp van Van Schaik over de Kinderwetten (1937), die alle procesrechtelijke regelingen uit het B.W. uitbant en door een scherpere redactie van de voorschriften een terugkeer vormt tot de codificatie-gedachte. Scholten, *Gedenkboek*, p. 28.

54 Scholten, *Gedenkboek*, p. 29.

55 Scholten, *Rede*, p. 112: ‘In het mijne (d.w.z. zijn stuk in het *Gedenkboek*, *HHR*) heb ik getracht aan te toonen, dat systematisering der stof een der dingen is, waarin de waarde eener codificatie ligt.’

56 Zie ook mijn noot 51.

57 Scholten verwijst hier in een noot naar Meijers’ opstel “Goede trouw en stilzwijgende wilsverklaring” Mededeelingen der Koninklijke Nederlandsche Akademie van Wetenschappen, Afd. Letterkunde, Deel 84, Serie B, no. 5. Amsterdam 1937. Het opstel is opgenomen in VPO (III), p. 277 e.v.

58 Scholten, *Gedenkboek*, p. 23.

namelijk toe in te stemmen met de zienswijze van Telders en Meijers dat het noodzakelijk was om dit ‘rechtersrecht’ in de codificatie vast te leggen. Scholten spreekt zich expliciet uit voor Meijers’ wens om ook belangrijke uitspraken van de Hoge Raad bij de herziening te betrekken en in de wet vast te leggen.⁵⁹ Hetzelfde geldt voor ‘het werk dat is voortgebracht door de wetenschap’ zodat Scholten dus Meijers’ herzieningsprogramma onderschrijft, dat gericht was op het vinden van een nieuw evenwicht tussen wet, rechtspraak en wetenschap.⁶⁰

‘Als we het werk van wetenschap en rechtspraak in de rechtsvorming prijzen, zijn we ons toch bewust, dat tenslotte wat zij voortbrengen in wetsbepalingen moet worden omschreven. Dan eerst is het tot rust gekomen, krijgt het het gezag, waaraan het behoefte heeft. Formuleren doet ook de wetenschap, formuleren met gezag de rechtspraak, doch het wets-gezag staat daar boven en daarom vraagt iedere vondst in het recht. Telders liet de betekenis van de rechtspraak zien, doch èn in zijn stuk èn in dat van Meijers wordt om vastlegging in de wet gevraagd van datgene, wat de rechtspraak won. Wij erkennen thans onomwonden, dat de rechtspraak rechtsgezag heeft, doch de ware aard daarvan komt alleen uit, als we tegelijk toegeven, dat er verschil is tusschen haar gezag en dat der wet, dat het nog iets anders is als de wet die ook door den H.R. als wetsformule gehanteerde uitspraken van zijn eigen arresten sanctioneert. Maken we dit onderscheid niet, dan bekomen we een starre precedentleer, die niet in ons rechtssysteem past en ons weinig begeerlijk lijkt.

Wanneer een regel voor opneming in een codificatie rijp is, is een vraag op zich zelf, die ik thans laat rusten. Het enkele feit dat hij rechtspraak-recht is, is daarvoor nog niet voldoende.’⁶¹

Ik wijs erop dat deze ‘erkenning’ van het gezag van de wetgever een doorbraak vormt in Scholtens denken over de herziening van de codificatie: in 1912 meende hij nog dat de rechtsvorming tot stand gebracht diende te worden door de rechtsgenoten zelf en door rechterlijke uitspraken.⁶² Scholten geeft nu ruitelijk toe dat hij tot het inzicht is gekomen dat rechtsvorming ook langs andere wegen tot stand komt (wetenschap) en bovendien dat het uiteindelijk aan de wetgever is om de resultaten van rechtspraak en wetenschap in wetgeving vast te leggen.

Wanneer we nu de opvattingen van Scholten en Meijers vergelijken, dan blijken ze minder te verschillen dan men wel aanneemt. Zo concludeerde Schoordijk nog dat Scholten en Meijers pas na 1930 in hun uitgangspunten zouden gaan verschillen,⁶³ terwijl uit mijn

59 Meijers, *Gedenkboek*, p. 63, m.b.t. herziening: ‘Bovendien dienen de waardevolle resultaten van de rechtspraak in de wet vastgelegd te worden. Een interpretatie, gelijk de Hoge Raad aan het woord “onrechtmatig” in art. 1401 B.W. gegeven heeft, dient niet blijvend buiten de wet te staan.’

60 Meijers, *Rede*, p. 21: ‘Wet, rechtspraak en wetenschap zijn niet een meester, een dienaar en een tolk, maar zij zijn tot een eenheid vervlochten.’ Vgl. J.H.A. Lokin, Codificatie en legisme, in *Ars Aequi* (2022), p. 644-647.

61 Scholten, *Rede*, p. 112.

62 Zie hierboven het citaat bij mijn noot 23.

63 H.C.F. Schoordijk, Paul Scholten, Meijers en de (her)codificatiegedachte in: *WPNR* 5314 (1975), p. 566 e.v.

onderzoek blijkt dat hun uitgangspunten na 1930 juist dichter bij elkaar komen te liggen, zoals onder andere blijkt uit Scholtens uitwerking van de voorwaarden voor een algehele herziening (Algemeen Deel 1931); het gezamenlijk vormen van één kamp tegen een ‘nieuw wetboek’ (Gedenkboek 1938) en Scholtens erkenning van het primaat van de wetgever (Rede 1938).

Conclusie

Ik concludeer dat Scholtens standpunt ten aanzien van herziening van het OBW véél dichter bij dat van Meijers ligt dan men in de literatuur wel aanneemt. Men kan zelfs met recht beweren dat Scholten en Meijers, ondanks hun verschillende standpunten, uiteindelijk tot hetzelfde kamp behoorden. Beiden wensten verder te bouwen op het bestaande wetboek, opdat dat het burgerlijk recht zou ‘beheersen’. Volgens Scholten bleef het OBW ook na de door Meijers gewenste algehele herziening een ‘rustig bezit’. Vermoedelijk achtte hij in 1938 de tijd nog niet rijp voor een dergelijke herziening, maar hij onderschreef toen al wel Meijers’ programma, dat voorzag in het opnemen van de belangrijkste door rechtspraak en wetenschap ontwikkelde regels in het wetboek.

H.H. Runia⁶⁴

SPIER

⁶⁴ Harry Runia is universitair docent bij de vakgroep Algemene Rechtswetenschap & Rechtsgeschiedenis aan de Rijksuniversiteit Groningen.