

# I CODIFICATIE

## 1 BEGRIPSBEPALING

‘Een volledig wetboek, dat is het eerste gebod. Wat niet in het wetboek staat, hoort geen recht te zijn. Niets mag verwijzen naar gewoonterecht of naar vreemd recht of naar het zogenaamde natuurrecht of het zogeheten volkerenrecht. Weet de wetgever die Romeins recht overneemt, wat hij doet? Kan hij dat weten?... In plaats van dat de samenstellers van de Codex Justinianus de wetgever laten zeggen: *Ik wil*, laten ze hem elk ogenblik zeggen: *Het lijkt me dat*. De keizer vergeet zijn waardigheid zo volledig dat hij zegt: *Daarom is het, zoals Titius of Sempronius van mening zijn*. Historische onderscheidingen horen niet thuis in een algehele wettenverzameling. Het is niet nodig om aan te halen wat de Romeinen deden. Als wat zij deden, goed was, doe dan zoals zij, maar praat er niet over. Het grote nut van een wetboek is dat het de discussies van de rechtsgeleerden en de slechte wetten van weleer doet vergeten.’<sup>1</sup>

Een van de onderscheidingen, die reeds de Romeinen betreffende het recht maakten, is die in geschreven en ongeschreven recht. Zij halen daarbij de Grieken aan, die dezelfde onderscheiding kenden.

‘Ons recht echter staat vast ofwel door het op schrift gestelde, ofwel door het ongeschrevene, zoals bij de Grieken: sommige wetten zijn geschreven, andere ongeschreven.’<sup>2</sup>

---

1 Jeremy Bentham, ‘A General View of a Complete Code of Law’, *The Works of Jeremy Bentham* III, Edinburgh 1843, p. 205-207:

A complete digest: such is the first rule. Whatever is not in the code of laws, ought not to be law. Nothing ought to be referred either to custom, or to foreign law, or to pretended natural law, or to pretended laws of nations. Does the legislator who adopts, for example, the Roman law, know what he does? Can he know it? (...) The compilers of the Justinian code, instead of making the legislator say I will, they make him every moment say, ‘*It appears to me*’. The emperor so completely forgets his dignity as to say, ‘*It is thus that Titius or Sempronius think*’. Historical disquisitions ought not to have place in the general collection of the laws. It is not necessary to cite what the Romans did. If what they did was good, do like them, but do not talk of them. The great utility of a code of laws is to cause both the debates of lawyers and the bad laws of former times to be forgotten.

2 Inst. 1, 2, 3: Constat autem ius nostrum aut ex scripto aut ex non scripto, ut apud Graecos: τῶν νόμων οἱ μὲν ἔγγραφοι, οἱ δὲ ἄγγραφοι.

Het spreekt welhaast vanzelf, dat het ongeschreven recht ouder is dan het geschreven. De behoefte aan optekening van het recht vloeit voornamelijk voort uit de behoefte aan rechtszekerheid. Men wil weten waar men aan toe is en hoopt dit te bereiken door de rechtsregels op schrift te stellen, zodat men te allen tijde kan lezen wat het recht inhoudt. Niet elke optekening van het recht is wat wij noemen een codificatie. Het begrip codificatie is van betrekkelijk recente datum en stamt uit de tijd van de Verlichting (de 18<sup>e</sup> eeuw); het woord werd voor het eerst gebruikt door de Engelsman Jeremy Bentham (1748-1832). Toch hebben wij dit moderne begrip codificatie als leidraad voor dit boek genomen, omdat het een goed houvast geeft in de onoverzichtelijkheid en grenzeloosheid van de rechtsgeschiedenis. Aan de hand van de beschrijving van de ontstaansgeschiedenis der codificaties in de verschillende tijden en plaatsen willen wij trachten de student een beter inzicht te geven in het vak van jurist, in wat een jurist bezighoudt, in wat de taak is van de wetgever en van de rechtspreker en hoe deze beide zich tot elkaar verhouden. Voordat wij echter aan die beschrijving toekomen, dienen wij vast te stellen wat wij onder een codificatie verstaan. Wij zouden de volgende omschrijving willen geven.

CODIFICATIE IS GESCHREVEN RECHT, WAARAAN DE OVERHEID EEN AAN HAAR GEZAG ONTLEENDE, UITSLUITENDE GELDING TOEKENT; DEZE EXCLUSIVITEIT MAAKT DE RECHTSOPTEKENING TOT EEN VOLLEDIGE.

Drie kenmerken achten wij derhalve wezenlijk voor een codificatie; ontbreekt er één van, dan kan men van haar niet spreken. Die kenmerken zijn:

1. een overheid, die gezag uitoefent over haar onderdanen;
2. op schrift gesteld recht;
3. de volledigheid van dat recht, die bewerkstelligd wordt door het machtswoord van de overheid, dat aan dat recht exclusieve gelding verleent.

In de loop van dit boek zullen wij trachten deze kenmerken, waarover veel is te zeggen, te verduidelijken. Hier zullen wij ons beperken tot enkele opmerkingen. Allereerst is een codificatie niet denkbaar in een samenleving die (nog) geen overheid kent. Zo zou bijvoorbeeld volgens de Romeinse schrijver Tacitus een aantal Germanenstammen buiten oorlogstijd geen overheid gekend hebben. Indien er weliswaar een overheid is, maar door haar geen daadwerkelijk gezag over haar onderdanen uitgeoefend wordt – bijvoorbeeld een regering in ballingschap – dan is een door haar vervaardigde codificatie van geen waarde. In bijna alle gevallen associeert men de overheid met een wereldlijke instantie. Men zou echter ook kunnen denken aan de kerkelijke overheid. Dan kan men bijvoorbeeld de Codex Juris Canonici de codificatie noemen van het kerkelijke (canonieke) recht van de rooms-

katholieke kerk, geldend voor de ‘onderdanen’ van deze ‘overheid’, dat wil zeggen voor de rooms-katholieke kerkleden. Tot zover voorlopig het eerste kenmerk.

Met de constatering dat er een gezaghebbende overheid moet zijn, zijn we er nog niet. Wil een codificatie werkzaam zijn, dan moeten de onderdanen het gezag van de overheid ook aanvaarden. Daarbij stuiten we op een voorzienbaar probleem. Niet elke onderdaan zal het overheidsgezag aanvaarden, zeker niet indien de wetten die uit naam van die overheid worden uitgevaardigd niet stroken met zijn vrije wil. In breder verband luidt de vraag: waarom moet de minderheid gebonden zijn aan de wil van de meerderheid? Het probleem deed zich in alle scherpte voor in de tijd van de Verlichting, waarin elke onderdaan werd beschouwd als een individu die in natuurlijke vrijheid zijn wil kon bepalen. De theorie die toen ter oplossing werd geformuleerd heeft zijn gelding tot de dag van vandaag behouden. De theorie was overigens niet nieuw, maar kreeg haar bekendheid door het werk van Jean-Jacques Rousseau (1712-1778). Hij zag de onderworpenheid van het individu aan de gemeenschap gelegen in een stilzwijgend contract dat de onderdanen sloten met elkaar, waardoor de individuele wil zich vrijwillig plaatste onder de wil van de gemeenschap, *la volonté générale*. Dit contract dat men met elkaar sloot wordt het *contrat social* genoemd, wij spreken van ‘het maatschappelijk verdrag’. Letterlijk schreef Rousseau: ‘wat de mens door het *contrat social* verliest is zijn natuurlijke vrijheid, wat hij wint is de burgerlijke vrijheid’.<sup>3</sup> Door deze kunstgreep schaart de minderheid zich onder het gezag van de meerderheid en is zij gebonden aan de door die meerderheid uitgevaardigde wet.

Het tweede kenmerk spreekt van ‘op schrift gesteld recht’. Een ongeschreven codificatie is dus niet mogelijk. De op schrift gestelde regeling omvat ofwel het gehele recht ofwel een bepaald rechtsgebied, bijvoorbeeld het strafrecht, het burgerlijk recht, het zeerecht, enzovoort. Terwijl elke codificatie een daad van wetgeving is, is niet elke wetgevingsactiviteit een codificatie. De vaststelling van de rijksbegroting, een regeling van overgangsrecht, de vervanging van één wetsartikel door een ander wordt niet met het woord codificatie aangeduid, de opname van bijvoorbeeld de Wet op de arbeidsovereenkomsten uit 1907 in het Burgerlijk Wetboek van 1838 wél. Uiteindelijk is de grens tussen wetgeving en codificatie uiterst moeilijk te trekken en is het onderscheid tussen beide niet principieel. Het woord codificatie wordt in de literatuur gereserveerd voor een bepaald afgerond rechtsgebied en zo zullen ook wij het hanteren. In dit boek zullen wij ons beperken tot één rechtsgebied, namelijk dat van het privaatrecht, dat ook wel wordt aangeduid met de benaming burgerlijk of civiel recht.

3 J.-J. Rousseau, *Contrat social*, I, 8: Ce que l’homme perd par le contrat social s’est sa liberté naturelle, ce qu’il gagne, s’est la liberté civile.’

Het laatste kenmerk heeft met het vorige te maken en is wellicht het belangrijkste. Slechts die optekening van recht is een codificatie, die volledig is, dat wil zeggen buiten welke op haar gebied geen ander recht geldt. Die pretentie van volledigheid kan haar nooit door een particulier persoon gegeven worden: daarom wordt een optekening van recht eerst tot codificatie verheven door het gezag van de overheid. Met andere woorden: het overheidsgezag verleent aan de bundeling van op schrift gesteld recht volledigheid en dit maakt haar tot een codificatie. Het kenmerk van volledigheid behoeft enige nadere uitleg. Hoe kan, zo zal men zich afvragen, een wetboek dat dikwijls jaren geleden gemaakt is ‘volledig’ zijn? Het is toch niet mogelijk dat de wetgever aan alles wat zich in de praktijk zal voordoen, heeft gedacht? Na de invoering van ons BW in 1992 hebben zich allerlei technische en maatschappelijke ontwikkelingen voorgedaan waarmee de wetgever geen rekening heeft kunnen houden. Wat wil het dan zeggen, als wij schrijven dat het BW toch ‘volledig’ is? De vraag behoort algemener gesteld te worden en is van rechtsfilosofische aard. Hoe kunnen wij met een sterk gedateerde tekst in deze tijd ‘werken’ en hoe deden onze voorouders dat in het jaar 1800, die teksten hanteerden, geschreven in ca. 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 uitleg verkrijgt een tekst betekenis of zin; zonder uitleg is het gesproken woord een zinloze klank, het geschreven woord een inktvlek. ‘Veelal verrichten wij die uitleg vrijwel onbewust; wij beseffen nauwelijks dat, wanneer ik aan het woord “hond” de voorstelling van onze viervoetige vriend verbind, een “uitleg” 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.’<sup>4</sup> Aan deze beide laatste zal men niet in de eerste plaats denken wanneer men een bord ‘Verboden voor honden’ tegenkomt. Toch heeft men wel degelijk geïnterpreteerd. Zo zal een Fransman, die onkundig is van de Nederlandse taal, aan de letterverbinding ‘hier en nu’ een geheel andere voorstelling verbinden dan de Nederlander.

Uit-leggen is anders gezegd: in-leggen. De hoorder en de lezer leggen betekenis in de tekst die ze horen en zien. De lezer zal de tekst die hij onder ogen heeft steeds moeten vertalen, dat wil zeggen uitleggen, ook al is hij in dezelfde taal opgevoed als de schrijver. Tussen vertaling en exegese bestaat, met andere woorden, geen principieel verschil. Elke tekst is uit zijn aard polyïnterpreteerbaar en in laatste instantie zijn er van één tekst zoveel ‘betekenissen’ mogelijk als er mensen zijn. Van de talloze vertalingen van bijvoorbeeld de *Ilias* van Homerus in het Nederlands zijn er geen twee woordelijk gelijk. Zelfs de interpunctie is

---

4 H.J. Scheltema, *Inleiding tot het Romeinse Recht*, 1984, p. 15.

van wezenlijk belang voor het ‘verstaan’ van een tekst. In een en dezelfde tekst worden door meer mensen welhaast altijd verschillende betekenissen gelegd; 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 zo veel 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 toetst. De lezer, evenals de beschouwer van een beeldend kunstwerk, de hoorder van een muziekstuk enzovoort, zal steeds zijn eigen betekenis hechten aan het geschapen product en zal dikwijls geen rekening houden met de bedoeling van de ‘schepper’. De bedoeling van de maker is niet zo relevant als de betekenis die de beschouwer in het gemaakte legt, tenzij men in het bijzonder naar de bedoeling van de maker op zoek is, bijvoorbeeld wanneer 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 beschouwer bepaalt uiteindelijk of hij in zijn opzet is geslaagd; hij is het die uitlegt. Zo zijn wij tot de slotsom gekomen dat geen tekst het kan stellen zonder uitlegging en dat er een zekere gespannen verhouding bestaat tussen de tekstschrijver en de tekstuitlegger. In een gecodificeerde samenleving is deze verhouding geformaliseerd. Daar bestaat een officiële, met gezag beklede tekstschrijver – de wetgever – en een officiële, met gezag beklede tekstuitlegger – de rechter. Wij zullen de positie van de een en de ander aan een nadere beschouwing onderwerpen.

## 2 DE WETGEVER

‘Door het boek der Gewoonten, door zijn voorouders nagelaten, flink te vereenvoudigen, was koning Pausole ertoe gekomen een wetboek uit te vaardigen dat bestond uit twee artikelen en dat tenminste het voorrecht had te spreken tot de oren van het volk. Zie het hier in zijn geheel:

Wetboek van Tryphème

I. Breng geen nadeel toe aan je buurman.

II. Dit goed begrepen hebbende, doe wat je wilt.<sup>5</sup>

5 Pierre Louijs, *Les aventures du Roi Pausole*, Paris 1946, p. 14: A force de simplifier le Livre des Coutumes laissé par ces 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 TRYPHEME

In het voorgaande hebben wij vastgesteld dat uitleg van een tekst een noodzakelijke voorwaarde is om die tekst tot leven te brengen. Is de schrijver van een tekst erop uit de verscheidenheid aan interpretaties zo veel mogelijk uit te bannen, dan worden aan zijn schrijfkunst hoge eisen gesteld. Soms is de behoefte aan eenduidigheid zo groot, dat de taal wordt teruggebracht tot bijvoorbeeld algebraïsche formules of tot de symbolen van de formele logica. Zo ver kan de wetgever niet gaan, hoe zeer ook hij gebaat is bij eenduidigheid. Hij bedient zich in ons land van de Nederlandse taal en loopt daarbij het risico dat aan zijn woorden verschillende betekenissen worden gehecht. Om dat risico te beperken moet zijn taal ‘droog’ zijn: hij dient synoniemen en leenwoorden te vermijden en zich te onthouden van bloemrijke uitdrukkingen. Volstreekte eenduidigheid is echter principieel niet te verwezenlijken. Vele wetgevers hebben zich in dit opzicht laten misleiden, met name in de tijd van de Verlichting, toen men meende zulke duidelijke en inhoudelijk volledige wetten<sup>6</sup> te kunnen maken dat uitlegging overbodig was en men met een mechanische toepassing van de wet kon volstaan. De rechter zou volgens een beroemd woord van Montesquieu niet meer zijn dan een onbezielde wezen, die als enige taak had ‘la bouche de la loi’ te zijn.<sup>7</sup>

‘Er is helemaal nog geen sprake van vrijheid indien de rechtsprekende macht niet gescheiden is van de wetgevende en van de uitvoerende macht. Als zij verbonden was met de wetgevende macht, zou de zeggenschap over het leven en de vrijheid van de burgers willekeurig zijn: want de rechter zou tevens wetgever zijn. Als zij verbonden was met de uitvoerende macht, zou de rechter de macht van een onderdrukker kunnen hebben.

Maar ook al behoeven de rechtbanken niet gebonden te zijn, de uitspraken moeten het in zoverre wél zijn dat ze nooit iets anders weergeven dan de precieze wettekst.

Het zou kunnen gebeuren dat de wet, die alziende én blind is, in zekere gevallen te strikt zou zijn. Maar de rechters van de natie zijn, zoals gezegd, slechts de mond die de woorden van de wet uitspreekt; onbezielde wezens die noch de kracht, noch de strengheid kunnen matigen.<sup>8</sup>

---

I. Ne nuis pas à ton voisin.

II. Ceci bien compris, fais ce qu’il te plait.

6 Over deze materiële volledigheid zie p. 280, 285, 290, 304, 361.

7 Over hem zie p. 73, 221.

8 Montesquieu, *De l’Esprit des lois*, 1748, XI, 6: Il n’y a point encore de liberté si la puissance de juger n’est pas séparée de la puissance législative et de l’exécutrice. Si elle était jointe à la puissance législative, le pouvoir sur la vie et la liberté des citoyens serait arbitraire: car le juge serait législateur. Si elle était jointe à la puissance exécutrice, le juge pourrait avoir la force d’un oppresseur. Mais, si les tribunaux ne doivent pas être fixes, les jugements doivent l’être, à un tel point, qu’ils ne soient jamais qu’un texte précis de la loi. Il pourrait arriver que la loi, qui est en même temps clairvoyante et aveugle, serait, en de certains cas, trop rigoureuse.

Ook al heeft men later het onwerkelijke van deze voorstelling ingezien, toch stelt men ook nu nog dikwijls de zaak zo voor alsof een wettekst of een andere tekst alleen dán zou moeten worden uitgelegd, indien hij ‘moeilijk’ of ‘dubbelzinnig’ is. Neen, *iedere wet* evenals *iedere tekst* heeft uitleg nodig en het is de uitlegger, die betekenis (zin) aan de wet geeft, met andere woorden de inhoud ervan bepaalt. Hij is daarbij niet gebonden aan de dagelijkse betekenis der woorden en evenmin aan de bedoeling van de wetgever, al zal hij uit eigen vrije wil daaraan gewoonlijk wel gewicht toekennen. De macht van de wetgever is beperkt. Hij kan wel wetten uitvaardigen, maar hij heeft de toekomstige uitlegging van de wet niet in de hand. Dat is menige wetgever een doorn in het oog geweest en dikwijls ging hij er dan ook toe over zelf een gezaghebbende uitleg te geven. Reeds keizer Justinianus<sup>9</sup> heeft in verschillende verordeningen zijn eigen wetten uitgelegd. Men noemt deze gezaghebbende uitleg door de wetgever *authentieke interpretatie*. Toch komt men daarmee niet veel verder, omdat deze interpretatieve wetten op hun beurt weer uitgelegd moeten worden. Het laatste woord is steeds aan de uitlegger. Een andere gedragslijn van de wetgever bestaat in het zoeken naar middelen om de toekomstige uitlegging door de rechter wettelijk aan banden te leggen.

De meest vergaande maatregel is wel het algehele verbod van ieder commentaar op het wetboek. Aan keizer Justinianus werd zo'n verbod toegedicht. Koning Frederik II van Pruisen verbood in 1749 elk commentaar op zijn wetboek.<sup>10</sup> Ook de schrijvers over de Franse Code civil waren voor het maken van een commentaar beducht. De eerste bange zin van het standaardwerk van de Franse jurist J.G. Loqué (1758-1840) op de Franse Code civil van 1804 luidt:

‘Dit werk is geen commentaar, indien men onder dit woord verstaat uitleggingen ontsproten aan de verbeelding en de persoonlijke mening van zijn schrijver. Men heeft van deze commentaren terecht gezegd, dat zij de wet doden. Zij verduisteren haar door de mengeling van vreemde denkbeelden, die door niets wordt gewaarborgd. Zij hebben het gevaarlijke vermogen de helderste tekst problematisch te maken en er twijfels en vragen uit te halen. In zo'n geval mist de wet haar doel.’<sup>11</sup>

---

Mais les juges de la nation ne sont, comme nous avons dit, que la bouche qui prononce les paroles de la loi; des êtres inanimés qui n'en peuvent modérer ni la force ni la rigueur.

9 Over hem zie p. 104 e.v.

10 Zie p. 279-280.

11 J.G. Loqué, *Esprit du Code Napoléon*, 1803, Tome I, p. 1: Cet ouvrage n'est pas un commentaire, si l'on entend par ce mot des explications prises de l'imagination et de l'opinion personnelle 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.

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

Een andere poging van de wetgever om het gevaar van ‘afbreuk’ aan zijn wetboek te bezweren, is die waarin de rechter verplicht wordt uitleg aan de wetgever te vragen. Justinianus bijvoorbeeld beval, dat de rechters in alle gevallen waarin een wet uitlegging behoefde die uitlegging aan de keizer moesten vragen. In de tijd van de Verlichting noemt men zulk een verplicht voorgeschreven uitleg *‘référé législatif’*. Ook deze constructie van een *référé législatif* is ondeugdelijk. De rechter bepaalt namelijk zelf, door middel van uitlegging, of de wet naar de wetgever verwezen dient te worden;<sup>12</sup> bovendien vraagt de authentieke interpretatie op haar beurt om uitleg. Een uit hetzelfde misverstand voortkomende wens is een wetboek te vervaardigen dat zo ‘duidelijk’ is dat het voor iedereen, ook voor de zogenoemde gewone man, begrijpelijk is. Het moge duidelijk zijn dat de begrijpelijkheid van het wetboek bepaald wordt door de uitlegger en diens graad van ontwikkeling. Is hij analfabeet 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 uitleg geven die het artikel in hoge mate onbegrijpelijk maakt; meestal geeft hij van een ingewikkelde tekst een alleen voor ingewijden begrijpelijke uitleg. Wat bijvoorbeeld moet de leek aanvangen met een zin als in artikel 6:173 lid 1 BW: ‘De bezitter van een roerende zaak waarvan bekend is dat zij, zo zij niet voldoet aan de eisen die men in de gegeven omstandigheden aan de zaak mag stellen, een bijzonder gevaar voor personen of zaken oplevert, is, *wanneer* dit gevaar zich verwezenlijkt, aansprakelijk, *tenzij* aansprakelijkheid op grond van de vorige afdeling zou hebben ontbroken *indien* hij dit gevaar op het tijdstip van ontstaan daarvan zou hebben gekend’. Wanneer men echter zegt dat de bepalingen van een artikel of van een contract zo duidelijk zijn dat zij geen uitlegging behoeven, dan dient men te beseffen dat deze uitspraak zelve een uitlegging is.<sup>13</sup>

De uitlegger heeft het laatste woord. 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 redenen dienen de justitiabelen zich te

---

12 Het staat de rechter vrij om tot een verwijzing naar de wetgever te concluderen. Zo bijv. in het Fluorideringsarrest HR 22-6-1973, *NJ* 1973, 386. Een verplichting is dat echter niet; de Hoge Raad had de zaak ook voor zichzelf kunnen reserveren.

13 Zo bijv. het Hof’s-Hertogenbosch, aangehaald in het arrest HR 13-3-1981, *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 Hoge Raad: ‘De vraag hoe in een schriftelijk contract de verhouding van partijen geregeld is 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.



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. Dat begon al bij de oudste codificatie van het Romeinse recht in 450 voor Chr. Toen verwijderde een deel van het volk, de *plebs*, zich uit de stad Rome en keerde eerst terug nadat door de patriciërs plechtig was beloofd dat het recht opgetekend zou worden. Het resultaat was een algehele wetgeving, geschreven op twaalf tafelen.<sup>14</sup> 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 pas verandering in toen een zekere Gnaeus Flavius de geheime uitleg verried.<sup>15</sup>

In het licht van het voorgaande kan onze conclusie niet anders luiden dan dat de functie van de codicator een beperkte is, veel beperkter dan men dikwijls heeft gedacht. Ja, er is een rechtsstelsel denkbaar en bestaanbaar, waarin een codificatie kan worden gemist. Het Anglo-Amerikaanse 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 erin, 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 fictieve codificatie van le roi Pausole aan het begin van dit hoofdstuk; zij kan wijdlopieg zijn zoals bijvoorbeeld het Pruisische Algemene Landrecht van 1794;<sup>16</sup> zij kan bestaan uit stelselmatig geordende rechtsregels zoals de natuurrechtelijke codificaties of uit een verzameling van praktijkgevallen, zoals de Justiniaanse Digesten;<sup>17</sup> uiteindelijk is het het gezag van de overheid en niet de kwaliteit van de inhoud, die de tekst tot codificatie verheft. Zo werd bijvoorbeeld op 23 februari 1835 het middelmatige handboek, de Hexabiblos van de veertiende-eeuwse jurist Constantinos Harmenopoulos (1320-1385), van kracht verklaard als codificatie van het nieuwe koninkrijk Griekenland; het heeft daar meer dan een eeuw gegolden.<sup>18</sup> In het boek van Paul Koschaker, *Europa und das römische Recht*,<sup>19</sup> toont de schrijver op overtuigende wijze aan, dat de *receptie* (het overnemen) van het Romeinse recht in West-Europa niet alleen haar oorzaak vond in de voortreffelijkheid van dit recht, maar ook en vooral in het feit dat het werd beschouwd als het geldende recht van het christelijke *imperium romanum* (het Romeinse rijk).

14 Zie p. 87 e.v.

15 Zie p. 90.

16 Zie p. 276 e.v.

17 Zie p. 111 e.v.

18 Zie p. 121 e.v.

19 Verschenen in 1947, vierde druk 1966.

‘Ook al was het Romeinse recht nog honderdmaal volmaakter dan nadien is beweerd, dan was er toch geen enkele student naar de glossatoren in Bologna getrokken wanneer het niet het recht van het imperium romanum was geweest ... Beslissend is het gezag van het Romeinse recht, niet zijn kwaliteit.’<sup>20</sup>

Bij ons is het niet anders, hoe teleurstellend dit misschien mag klinken in de oren van hen die van een codificatie 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 codificatie, hoewel niet noodzakelijk voor een goede rechtsbedeling, nutteloos en overbodig. Er zijn verschillende doeleinden die met behulp van een codificatie worden nagestreefd. Wij hebben reeds gewezen op de rechtszekerheid die zij zou meebrengen. Met name op het gebied van het strafrecht had men aan haar behoefte: wanneer aan iemand straf werd opgelegd had, zo vond men, die persoon er recht op te weten op grond van welke wettelijke regel hij die straf kreeg toegediend. Dit gerechtvaardigde verlangen is uitgedrukt in de Latijnse regel: *nulla poena sine previa lege poenali*, of zoals art. 1 van ons Wetboek van Strafrecht zegt: ‘Geen feit is strafbaar dan uit kracht van een daaraan voorafgegane wettelijke bepaling’. Het heeft de codificatie van het strafrecht bevorderd.<sup>21</sup>

Een tweede functie van codificatie is een economische. Het grensoverschrijdende handels- en betalingsverkeer vraagt om een eenvormige regeling. Het is dan ook kenmerkend dat de Europese wetgeving in het kader van de Europese Unie zich met name bezighoudt met het ondernemings- en vennootschapsrecht. Ook in de Duitse landen in de vorige eeuw is de rechtseenheid het eerst tot stand gekomen op het gebied van het handelsrecht.<sup>22</sup> Ten slotte is er een politieke functie. Zo is met name het burgerlijk recht 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 politieke drang’, aldus P. Scholten.<sup>23</sup> Zo is het onder andere geschied in Frankrijk, Nederland en Duitsland. Zou men in Nederland zijn begonnen aan een algehele herziening van het burgerlijk recht zonder Tweede Wereldoorlog? Ook in Frankrijk heeft men het denkbeeld gehad van een algehele herformulering van de Code civil, het Franse wetboek uit 1804, maar de daaraan begonnen werkzaamheden zijn inmiddels gestaakt. De Franse

20 Koschaker, *Europa und das römische Recht*, 1966 p. 80: ‘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. Massgebend ist die Autorität des römischen Rechts, nicht seine Qualität.’

21 Zie hieronder p. 72 en 188 e.v.

22 Zie daarover p. 311 e.v.

23 P. Scholten, *Gedenkboek BW 1838-1938*, Zwolle 1938, p. 30.

wetgever heeft gekozen voor gedeeltelijke herzieningen, in 2006 van delen van het goederenrecht en in 2016 van het contractenrecht.<sup>24</sup>

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 voor de wetgever de kunst de stroom door een zo eng mogelijke bedding te leiden. Dat is geen gemakkelijke opgave, een goede wetgever behoort zo duidelijk, zo helder, zo begrijpelijk mogelijk te formuleren, artikelen stelselmatig te ordenen en geen casuïstische, maar algemene rechtsregels op te stellen. Maar waar het ons om gaat, is de aandacht te vestigen op die veelal 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 de meest voorkomende. Geen enkele tekst, geen enkel woord heeft één dwingende betekenis. 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’. Kortom, in wezen is niets van het geschrevene 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 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, dat wil zeggen onuitputtelijk.

Veelal wordt gezegd, dat de codificatie de rechtsonwikkeling heeft gefixeerd en vervolgens concludeert men, dat door die fixering het ‘levende’ recht statisch is geworden, is verstard of zelfs gedood. De grote Duitse jurist F.C. von Savigny (1779-1861)<sup>25</sup> heeft zich in deze zin uitgelaten. Naar onze mening schrijft 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 van een wet minder vrij voelen in het uitleggen van de zojuist vastgelegde tekst en zich wat angstvallig vastklampen aan de conventionele betekenis der woorden, maar daardoor stopt de ‘levende’ rechtsonwikkeling niet. Zeker, de codificatie is een fixering, maar meer zoals een foto, die gedurende één tel de gefotografeerde objecten let-

24 Zie p. 260.

25 Over hem zie p. 297 e.v.