



Universiteit
Leiden
The Netherlands

De wetboeken der volkeren worden mettertijd gemaakt: maar strikt genomen maakt men ze niet

Smith, C.E.; Kloosterhuis, H.T.M.

Citation

Smith, C. E., & Kloosterhuis, H. T. M. (2020). De wetboeken der volkeren worden mettertijd gemaakt: maar strikt genomen maakt men ze niet. *Ars Aequi*, 69(2), 205. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/3277136>

Version: Publisher's Version

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/3277136>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

DE WETBOEKEN DER VOLKEREN WORDEN METTERTIJD GEMAAKT; MAAR STRIKT GENOMEN MAAKT MEN ZE NIET

Carel Smith & Harm Kloosterhuis

Met het Franse Burgerlijk Wetboek (Code Civil of Code Napoleon) van 1804 werd een langlopende belofte aan het Franse volk ingelost: de codificatie van het bestaande recht. Dat recht verschilde zozeer van streek tot streek, dat een reiziger die door Frankrijk reisde, aldus Voltaire, bijna net zo vaak van recht als van paard wisselde. Aan die verscheidenheid zou codificatie een einde kunnen maken. Een andere reden voor codificatie verschafte de Franse revolutie van 1789: het recht diende helder op schrift gesteld te zijn, zodat iedere burger kennis kon hebben van zijn rechten en plichten. Alleen dat zou de vrijheden van de burgers garanderen. Onder Napoleon leverde een commissie van vier juristen, waaronder Jean-Étienne-Marie Portalis, het definitieve ontwerp van de Code Civil. Bij de presentatie van het ontwerp hield Portalis zijn *Discours préliminaire*, een beroemde redevoering over rechtsvorming.

In deze redevoering waarschuwt Portalis tegen de overspannen verwachtingen die de revolutionairen van de codificatie hadden. Allereerst zijn wetten, aldus Portalis, geen pure machtsdaden. Zij dienen te passen bij de aard, gewoonten en omstandigheden van het volk waarvoor ze zijn gemaakt. Men dient voorts zuinig te zijn met nieuwigheden, omdat het onmogelijk is alle ongemakken te kennen die alleen in de praktijk kunnen blijken. Ten slotte dient te worden bedacht dat de codificatie, ook al omvat die het gehele burgerlijk recht, niet volledig is. De wet legt slechts algemene regels neer, maar daalt niet af tot detailkwesties. Het gevolg daarvan is dat de wet soms nadere uitleg behoeft en leemten vertoont. De noodzaak tot interpretatie mag er echter niet toe leiden de rechter te verplichten voor de oplossing van het gerezen probleem een beroep op de wetgever te doen. Dat zou de aanvaarding van een hoogst verderfelijke beginsel betekenen: wetgeving bij decreet. Maar we hebben, schrijft Portalis, minder te duchten van de geregelde, terughoudende en omzichtige willekeur van een magistraat dan van de absolute willekeur van de onafhankelijke macht van de wetgever die nimmer aansprakelijk gesteld kan worden. Het is de taak van de wetgever voor elke materie de principes te vinden die het meest bevorderlijk zijn voor het algemeen welzijn, maar het is aan de rechter om deze principes in werking te zetten, te verbijzonderen en door een verstandige en doordachte toepassing aan te passen aan de omstandigheden van de concrete gevallen. Zo ontstaat onder het wakend oog van de wetgever een arsenaal van stelregels, beslissingen en leerstellingen, dagelijks verrijnd door de praktijk en door gerechtelijke debatten en confrontaties. Dat arsenaal fungeert, in de woorden van Portalis, als het ware supplement van de wetgeving.

Een mooi voorbeeld van rechtspraak als 'supplement op wetgeving' bieden de zogenoemde lente-arresten van de Hoge Raad in de jaren tachtig van de vorige eeuw, waarin nieuwe regels met betrekking tot de ouderlijke macht zijn geformuleerd die, in de woorden van annotator Luijten, het zo lang stabiele gebouw van het Nederlands familierecht aan het wankelen hebben gebracht. In de arresten van 4 mei 1984 (*NJ* 1985/510) en 21 maart 1986 (*NJ* 1986/585) heeft de Hoge Raad het scherpe onderscheid tussen wettige en onwettige kinderen en gehuwde en gescheiden ouders in de wettelijke regeling van ouderschap terzijde gesteld en daarvoor in de plaats nieuwe regels opgesteld. Deze regels zijn niet zozeer de uitdrukking van de politiek-morele opvattingen van de Hoge Raad, maar het resultaat van de wisselwerking tussen verdragsregels en wettelijke regels zoals de Hoge Raad die verstaat, terwijl op de achtergrond de maatschappelijke opvattingen een rol speelden. De wetgever heeft vervolgens de door de Hoge Raad opgestelde regels overgenomen.

In eigenlijke zin is hier geen sprake van wetgeving, opgevat als schepping van nieuw recht. Hier gelden veeleer de paradoxale woorden van Portalis over de codificatie in het algemeen: 'Les codes des peuples se font avec le temps; mais, à proprement parler, on ne les fait pas' (de wetboeken der volkeren worden met-tijd gemaakt; maar strikt genomen maakt men ze niet).

Bescheiden en wijze woorden bij de aanbidding van een van de meest invloedrijke codificaties die de wereld kent. Ze zouden al snel worden vergeten: de negentiende eeuw is de eeuw van het legisme, terwijl de Franse rechters bij 'duisterheid van wet' de Assemblée om uitleg dienden te vragen. Pas aan het einde van de negentiende eeuw zouden rechtstheoretische stromingen als *Legal Realism*, *Interessenjurisprudenz* en *libre recherche scientifique* de inzichten van Portalis herontdekken.