Review Article

De 19e-eeuwse geschiedenis van de Nederlandse wetenschap van het burgerlijke recht? Helemaal niet!

Jeroen M.J. Chorus

Gerechtshof Amsterdam, Universiteit Leiden

chorus@wxs.nl

Summary

This article reviews C.J.H. Jansen's attempt to write the history of Private Law (except for Commercial Law) doctrine in The Netherlands during the 19th Century. Regrettably, Jansen's book does next to nothing discuss academic and other scholarly writings on the Law of Property and of Obligations, and does not at all discuss such writings on the Law of Persons and the Family, of Juristic Persons and of Succession. It only deals with aspects of methodology, of sources of law and of extra-legal factors which inspired some authors, apart from pouring out over the reader lots of facts unconnected with Private Law doctrine. The book's title is misleading.

Keywords

private law doctrine – 19th century – private law methodology – sources of private law
– extra-legal factors – The Netherlands

C.J.H. Jansen (2015), *De wetenschappelijke beoefening van het burgerlijke recht in de lange 19e eeuw*, [Serie Onderneming en Recht, 87], Deventer, XIV + 356 pp.

1 Een boek dat de wetenschappelijke beoefening van het burgerlijke recht in de 19^e eeuw in Nederland behandelt, neemt men nieuwsgierig en vol ontzag ter hand¹. Voor een boek van prof.mr. C.J.H. Jansen, van wiens hand al zoveel interessante studies over gedeelten van dat grote onderwerp zijn gepubliceerd, vol van eerder niet breed bekende details, geldt dat zeker en geldt bovendien dat de verwachtingen hoog gespannen zijn. Worden de verwachtingen bewaarheid? In deze recensie zal ik eerst enkele algemene aspecten bezien en daarna de verdere inhoud van het boek, in de volgorde die de auteur eraan heeft gegeven, in grote trekken bespreken. Aan het slot zal ik de zojuist gestelde vraag beantwoorden.

1 Algemene aspecten

2 Het boek betreft de periode van het eind van de 18e eeuw tot 1940. Jansen noemt haar 'de lange 19e eeuw'. Wat bedoelt hij daarmee? Hij laat zijn 19e eeuw duren *van het eind van de 18e eeuw tot 1940*. Anders dan Jansen beweert, staat die periode geenszins bekend als de lange 19e eeuw. Zelfs is het eindpunt van de lange 19e eeuw bij 'Duitse historici', opnieuw anders dan Jansen mededeelt (p. 8 nt. 21), helemaal niet 'meestal' 1920. Als 'de lange 19e eeuw' duiden historici niet zelden aan de periode van de Franse revolutie (1789) tot het begin van de Eerste Wereldoorlog (1914). Het is m.i. niet zinvol, de periode na 1914 nog 19e eeuw te noemen. Het zou intussen zinvol kunnen zijn, de geschiedenis van de wetenschappelijke beoefening van het burgerlijke recht in Nederland² te beschrijven over een periode die aan het eind van de 18e eeuw begint en die afloopt in 1940, maar ook dat is m.i. niet het geval. Jansen noemt (en ik zie) geen deugdelijk rechtshistorisch argument om in 1940 af te sluiten.

Eind 18e eeuw ligt voor de hand als beginpunt, omdat in Nederland dan afscheid wordt genomen van de rechtsdiversiteit (in provincies, streken, steden, etc.) en voor het eerst rechtseenheid tot stand komt. Voor Jansen is dit niet het argument. Voor hem is de reden gelegen in het feit dat de opvatting over de wijze van beoefening van het Romeinse recht van vóór de codificatietijd (dus

1 Dit boek is eerder aangekondigd door F. Brandsma in *Ars Aequi*, KwartaalSignaal 138, maart 2016, p. 8035-8036, en door E.H. Hondius in *WPNR* 2017/7139, februari 2017, p. 173-175.

2 De term 'Nederland' gebruik ik gemakshalve ook voor de staatkundige constructies hier te lande van vóór 1813.

vóór 1809) doorwerkte in de visie op de methode van beoefening [van het burgerlijke recht] na de invoering van de codificaties (p. 7). Ik begrijp niet, hoe enkel daarin een reden kan worden gevonden, 'waarom dit boek een beginpunt heeft aan het einde van de 18e eeuw'.

Voor een goed eindpunt van een geschiedenis van de wetenschap van het burgerlijke recht die ca. 1800 aanvangt, is er bij gebreke van sprekende inhoudelijke juridische argumenten net zo weinig te zeggen voor het begin van de 20e eeuw (1900) als voor het begin van de Eerste Wereldoorlog (1914) of dat van de Tweede Wereldoorlog in Nederland (1940). Pas 1992 zou een eindpunt zijn waarvoor een sprekend inhoudelijk juridisch argument kan worden gevonden, de invoering van een groot deel van het nieuwe vermogensrecht in het BW, of misschien 1954, de publicatie van de eerste vier boeken van Meijers' Ontwerp.

Jansen motiveert zijn keus voor 1940 slechts met het argument dat 1914 géén goed eindpunt zou zijn omdat het onderscheid tussen de tijd vóór en die na 1914 in Nederland veel minder scherp is dan in Duitsland (p. 8 nt. 21). Hij doelt daarbij op 'de tijd' in het algemeen, niet speciaal de rechtsontwikkeling of de ontwikkeling van de rechtswetenschap. Dat moge verklaren waarom hij niet in 1914 stopt, maar niet waarom hij doorgaat tot 1940. De keus voor 1940 als eindpunt motiveert Jansen met de omstandigheid dat, toen Nederland betrokken raakte bij de Tweede Wereldoorlog, een periode van rechtsontaarding begon (p. 10). Is dit een zinvolle cesuur? Vanaf 1940 zijn juristen vermoord en is het recht naar de hand van de bezetter gezet. Dat zijn gruwelijke gebeurtenissen. Maar werd na het eind van de rechtsontaarding de wetenschappelijke beoefening van het burgerlijke recht anders dan vóór 1940? Jansen betoogt niet dat dit het geval is. Als de wetenschap van het burgerlijke recht na 1945 niet verschildte van die van vóór 1940, is 1940 geen cesuur. Het boek had dan ook beter kunnen ophouden, hetzij in 1900 of 1910, hetzij in 1954 of 1992.

3 Hoe is het boek ingedeeld? Na een Inleiding (p. 1-10) volgen vier hoofdstukken. Op hoofdstuk 4 volgen 'slotbeschouwingen' (p. 315-327), een chronologisch overzicht, een bibliografie, een lijst van geciteerde jurisprudentie en een personenregister.

Jansen verdeelt zijn lange 19e eeuw in vier perioden: van het eind van de 18e eeuw (met een aanloop die nog vele eeuwen eerder begint) tot 1838 (hoofdstuk 1, p. 11-58), van 1838 tot 1880 (hoofdstuk 2, p. 59-124), van 1880 tot 1910 (hoofdstuk 3, p. 125-220) en van 1910 tot 1940 (hoofdstuk 4, p. 221-314). 1838 is een voor de hand liggende cesuur: de invoering van het BW³. 1880 is als cesuur gekozen

3 Jansen spreekt van een 'afkondiging' van het BW, maar het wetboek is nooit afgekondigd: de

omdat ca. dat jaar het legisme zijn dominante positie verloor aan de 'vrije' rechtsvinding. Ook dit is een acceptabele cesuur. Dat geldt niet voor 1910. Jansen laat in dat jaar zijn laatste tijdvak beginnen omdat Scholten en Meijers toen aantraden als hoogleraar burgerlijk recht, in respectievelijk Amsterdam en Leiden⁴. Waarom dit een reden zou zijn om een nieuw tijdvak te laten beginnen, zie ik niet. Geen wonder dat Jansen in hoofdstuk 3 herhaaldelijk ontwikkelingen van (ver) na 1910 erbij haalt en in hoofdstuk 4 ontwikkelingen van vóór 1910. Het willekeurige van 1940 als eindpunt heb ik al genoemd. In hoofdstuk 4 gaat Jansen dan ook dikwijls (veel) verder dan 1940. Dat doet afbreuk aan de overzichtelijkheid en is soms misleidend.

4 Het boek pretendeert te gaan over de wetenschappelijke beoefening van het burgerlijke recht in Nederland gedurende Jansens lange 19e eeuw. Wat houdt wetenschappelijke rechtsbeoefening op die plaats en tijd in? Het antwoord op de vraag is van belang om het materiaal uit de 19e eeuw, waarin die beoefening haar neerslag heeft gevonden, af te bakenen. Zoals A. van Oven schreef over het handelsrecht in de 19e eeuw: over welke besognes van degenen die zich met de tot dat recht te rekenen onderwerpen bezig hielden, strekt het begrip 'wetenschappelijke' beoefening zich uit, en waar ligt de grens waarvoorbij een publicatie niet meer 'wetenschappelijk' is⁵?

Jansen somt drie criteria op, waaraan volgens hem een overgroot deel van de juristen vindt dat rechtswetenschap ten minste moet voldoen: 1) de verwerving van kennis op een geordende, systematische manier en op een voor derden controleerbare wijze; 2) het ontlokken van betekenis aan gezaghebbende teksten (zoals wetten, verdragsbepalingen, statuten, rechterlijke uitspraken, overeenkomsten, e.d.); 3) het bruikbaar zijn van die kennis in de rechtspraktijk (p. 3-4)⁶. Onduidelijk is of altijd aan alle drie de criteria ten volle moet zijn voldaan, dan wel of een bepaalde uitlating ook nog als wetenschappelijke rechtsbeoefening mag worden gezien indien het schort aan enig onderdeel

daarvoor vereiste plaatsing in het Staatsblad is achterwege gebleven; zie bijv. A.J.M. Kunst, *Historische ontwikkeling van het recht* 1, Zwolle, 2^e druk 1969, p. 174.

4 P. Scholten zou volgens Jansen pas toen, 1910, zijn carrière als hoogleraar zijn begonnen (p. 9); op p. 244 blijkt dat Jansen beter weet: al sinds 1907 was Scholten hoogleraar Romeins recht te Amsterdam.

5 A. van Oven, *Geschiedenis van de wetenschap van het handelsrecht in Nederland in de 19e eeuw*, [Geschiedenis der Nederlandsche rechtswetenschap [voortaan: GNR] 5/3], Amsterdam 1968, p. 5.

6 De passage is bijna letterlijk overgenomen uit G.C.J.J. van den Bergh, [sinds de 5e druk] bewerkt door C.J.H. Jansen, *Geleerd recht, Een geschiedenis van de Europese rechtswetenschap in vogelvlucht*, 6e druk Deventer 2011, p. 7, maar ze is niet van de hand van Van den Bergh: in de laatste door hem bewerkte, 4e, druk komt ze nog niet voor.

van die criteria. Jansen dispenseert in dit boek in elk geval kennelijk van de tweede helft van het eerste criterium (dat de kennisverwerving voor derden controleerbaar is) en van het hele derde criterium (dat de te verwerven kennis bruikbaar voor de rechtspraktijk is). De vraag rijst waartoe de opsomming van deze criteria eigenlijk dient. In het boek wordt nergens ermee geopereerd.

Uit het boek valt niettemin op te maken wat Jansen niet tot de wetenschappelijke beoefening van het recht in de 19e eeuw rekent: *wetgeving* (wetboeken en andere wetten, inclusief de parlementaire geschiedenis ervan), *rechtspraak* (inclusief, bij de Hoge Raad, de conclusies van het openbaar ministerie) en de *overige rechtspraktijk* (zoals het gewone werk van advocaten en notarissen). Ook is duidelijk wat Jansen wél rekent tot die wetenschappelijke beoefening: datgene *wat men de rechtsleer of de doctrine pleegt te noemen*. Jansen wijst erop dat die wetenschappelijke beoefening in de 19e eeuw lang niet alleen aan de universiteiten plaats vond. Naast hoogleraren en schrijvers van dissertaties waren tal van praktijkjuristen (advocaten, notarissen, rechters) wetenschappelijke beoefenaars van het recht, waarvan zij blijk gaven in boeken, preadviezen, tijdschriftartikelen, etc.

De aldus gekozen afbakening lijkt me juist. Voor eenzelfde afbakening van de rechtsleer tegenover de wetgeving, de rechtspraak (en andere rechtsbronnen) kozen ook bijv. E. Van Dievoet, *Bijdrage tot de vergelijkende rechtsgeschiedenis, Het burgerlijk recht in België en in Nederland van 1800 tot 1940, De rechtsbronnen*, Antwerpen etc. 1943, p. VIII; J. Offerhaus, *Privaatrecht*, in: Werkgemeenschap van wetenschappelijke organisaties in Nederland (ed.), *Korte geschiedenis der Nederlandse rechtswetenschap 1933-1943*, Amsterdam 1948, p. 21-43, op p. 21-23 (zelfstandige uitgave van: Eadem (ed.), *Geesteswetenschappelijk onderzoek in Nederland*, 1948, p. 87-109); en A. van Oven 1968 (hierboven, nt. 5), p. 5-15. Het dient hier te gaan om een geschiedenis, niet van het Nederlandse burgerlijke recht, maar alleen van de wetenschappelijke beoefening ervan.

5 Wij moeten echter vaststellen dat Jansen zich herhaaldelijk niet aan die afbakening houdt, zonder dat zich daarvoor een goede reden laat vinden. Ik geef enkele voorbeelden.

(a) Jansen beschrijft uitvoerig de inhoud van het wetboek van 1809 en de invloed van Pothier daarop, en de verschillpunten van dat wetboek met de *Code civil* en het wetboek van 1838 (p. 41-47), maar hij verbindt die beschrijving niet met enige wetenschappelijke beoefening van het burgerlijke recht.

(b) Ook verwijlt hij graag bij de tijdschriften, een hem, zoals bekend, dierbaar soort publicaties (p. 47-51, 107-115, 195-198, 288-293). Dat hoort in dit boek thuis voor zover in die tijdschriften rechtswetenschap van het burgerlijke recht

wordt beoefend. Inhoudelijke informatie daarover wordt ons echter niet of nauwelijks gegeven. Wat ons wél wordt voorgezet: vooral de oprichting en opheffing van die tijdschriften, het opgaan van het *Weekblad van het Recht* in de *Nederlandse Jurisprudentie*, de onderlinge concurrentie van de tijdschriften, wie erin schreven; allemaal m.i. in dit boek, zeker zo uitgebreid als Jansen het ons opdist, niet op hun plaats.

(c) De lange paragraaf 4.4 (p. 264-288) beschrijft de beperkingen van de contractsvrijheid en de eigendomsvrijheid door dwingend privaatrecht en door publiek recht, ingevoerd door wetten in de periode van 1914 tot 1940. Eerst worden omstandig allerlei feitjes uit de staatkundige geschiedenis uitgestald (bijv. het uitbreken van de Eerste Wereldoorlog, waarbij zelfs wordt verteld dat de vrouw van Aartshertog Franz Ferdinand Sophie Chotek heette en in 1868 was geboren), zonder dat enig verband met de wetenschappelijke beoefening van het burgerlijke recht kan worden vermoed. Dat geldt ook voor de in augustus 1914 in Nederland optredende ‘anarchie’ waarbij velen zich onttrokken aan hun contractuele verplichtingen met een beroep op de tijdsomstandigheden, en de afkeuring daarvan die Meijers, Scholten en Simons in juridische media publiceerden, kort na een oproep daartoe van de Minister van Justitie. Zo ook de uitvaardiging van uitvoerverboden en, na de oorlog, de aanvankelijke opleving van de economie en de daarop vanaf 1929 volgende economische crisis. Jansen legt bij dit alles geen of onvoldoende verband met de wetenschaps geschiedenis en het is dus overbodig in het onderhavige boek; het zal verklaard moeten worden uit de omstandigheid dat het was opgenomen in eerdere publicaties van Jansen die hij nu wilde recyclen.

Wat ons vervolgens wordt meegedeeld over de Betalingsuitstelwet 1914, het wetsvoorstel tot terugdringing van de ontruiming van huurwoningen wegens wanbetaling (dat sneuvelde), de Huurcommissiewet 1917 en de Huuropzeggingswet 1918, is van belang voor de geschiedenis van de wetgeving maar niet voor de geschiedenis van de wetenschappelijke beoefening van het burgerlijke recht. Aangaande de Geldschieterswet 1932 wordt ons de – niet wetenschappelijke – discussie tussen de Kamer en de Minister en de berichtgeving in een krant meegedeeld. Wat betreft de eigendom, worden ons enige ontwikkelingen in de Duitse politiek en wetenschap voorgehouden. Kort gezegd, de liberaal-kapitalistische opvatting van de pandektisten (absolute vrijheid van de eigendom), de communistische opvatting (vrijwel algehele afschaffing van privé-eigendom) en een derde categorie opvattingen (eigendom beperkt in het belang van de gemeenschap). Over de Nederlandse situatie wordt ons echter alleen meegedeeld dat er volgens Valkhoff eenzelfde ‘vermaatschappelijking’ van de eigendom als in Duitsland had plaatsgevonden.

Slechts over enkele aspecten van de Nederlandse wetenschappelijke discussie inzake beperkingen van de contracts- en eigendomsvrijheid door dwingend privaatrecht en door publiek recht wordt ons iets bericht (zo Ribbius over woerkerbestrijding, W.H. Drucker en anderen over beperking van de contractsvrijheid, de discussie tussen Eijssell, Meijers en anderen over de collectieve arbeidsovereenkomst). Het grootste deel van paragraaf 4.4 gaat echter niet over de beoefening van de wetenschap van het burgerlijke recht. Het hoort niet thuis in dit boek.

(d) In paragraaf 4.7 (p. 306-314) lezen we weer veel over dingen die niet in verband worden gebracht met de wetenschappelijke beoefening van het burgerlijke recht. De Hoge Raad, het verouderde BW, het Verdrag van Versailles, etc., hadden hier weg moeten blijven.

6 De volgende vraag is: wat rekent Jansen tot het burgerlijke recht waarvan hij de wetenschappelijke beoefening in zijn lange 19e eeuw behandelt? Dat is maar een beperkt gedeelte van het burgerlijke recht. Het blijkt te gaan om *materieel burgerlijk recht in enge zin*: personen- en familierecht, rechtspersonenrecht, zakenrecht, erfrecht, verbintenissenrecht. Buiten het vizier blijven, vrijwel geheel, internationaal privaatrecht, burgerlijk bewijsrecht en burgerlijk procesrecht, notarieel recht, en goeddeels, handelsrecht, Romeins recht, oud-vaderlands recht (of Nederlandse rechtsgeschiedenis) en encyclopedie (vanaf 1921 meestal Inleiding tot de rechtswetenschap genoemd). Dat behoeft uitleg, want in Jansens lange 19e eeuw is enerzijds de beoefening van Romeins recht, Nederlandse rechtsgeschiedenis en encyclopedie grotendeels beoefening van burgerlijk recht, en is anderzijds elk van de andere even genoemde vakgebieden een onderdeel (als men wil: een *caput selectum*) van het burgerlijke recht.

Over het Romeinse recht kondigt Jansen aan (p. 7) dat hij de methode van beoefening daarvan meebehandelt, maar slechts tot ca. 1850. Waarom slechts tot ca. 1850? Jansen wijst – zo begrijp ik de weinig heldere uiteenzetting op p. 7 – op twee omstandigheden. Ten eerste, tot ca. 1850 werden Romeins en burgerlijk recht meestal gedoceerd door dezelfde hoogleraar. Ten tweede (vooral?), de opvatting uit de tijd vóór de invoering van het eerste wetboek (1809) over de methode waarmee het Romeinse recht moest worden beoefend, bleef – blijkbaar ook tot ca. 1850 – dezelfde als⁷ de opvatting over de methode waarmee het gecodificeerde burgerlijke recht moest worden beoefend. Jansen legt evenwel niet uit waarom het verdwijnen of verminderen van die twee omstandigheden na ca. 1850 aanleiding zou moeten geven om de beoefening van het Romeinse recht dan buiten behandeling te laten. Ook na ca. 1850 is het in Nederland be-

7 P. 7: 'werkte door in'.

oefende Romeinse recht immers onverkort voor het grootste gedeelte burgerlijk recht. Het verrast dan ook niet dat Jansen het Romeinse recht na 1850 toch herhaaldelijk aan de orde stelt⁸.

Wat betreft het handelsrecht, kondigt Jansen aan (p. 7-8) dat hij dit 'soms' behandelt (zonder de limiet van ca. 1850). De motivering daarvoor is van praktische aard: een bespreking van de wetenschappelijke beoefening van het handelsrecht in de 19e eeuw is al voorhanden (A. van Oven 1968, hierboven, nt. 5). Ook op dit stuk is het niet verrassend dat Jansen wel degelijk vaker dan 'soms' ontwikkelingen in het handelsrecht bespreekt.

Waarom Jansen aan internationaal privaatrecht, burgerlijk bewijsrecht en burgerlijk procesrecht, notarieel recht, oudvaderlands recht⁹ en encyclopedie weinig of geen aandacht besteedt, legt hij niet uit. De motivering zal wel dezelfde zijn als bij het handelsrecht. Ook voor deze vakken zijn er immers al besprekingen van hun wetenschappelijke beoefening in de 19e eeuw. Ik doel op respectievelijk: R.D. Kolléwijn, *Geschiedenis van de Nederlandse wetenschap van het internationaal privaatrecht tot 1880*, [GNR 1/1], Amsterdam 1937, p. 198-243, en G.J.W. Steenhoff, *De wetenschap van het Internationaal Privaatrecht in Nederland tussen 1862 en 1962, Een internationalistisch perspectief*, Den Haag 1994, voor internationaal privaatrecht; Th.A. Fruin, *Geschiedenis van de wetenschap van het Nederlandsch burgerlijk procesrecht na 1811*, [GNR 1/2], Amsterdam 1937, voor burgerlijk bewijs- en procesrecht; A. Pitlo, *De geschiedenis der notariële wetenschap*, [GNR 5/2], Amsterdam 1956, p. 275-287, voor notarieel recht; S.J. Fockema Andreae [Jr.], *Geschiedenis van de Nederlandsche wetenschap van de Nederlandsche rechtsgeschiedenis*, [GNR 3/1], Amsterdam 1950, p. 65-126, voor oudvaderlands recht; W.J.A.J. Duynstee C.s.s.R., *Geschiedenis van het natuurrecht en de wijsbegeerte van het recht in Nederland [tot 1880-1890]*, [GNR 2/1], Amsterdam 1940, p. 66-87; en G.E. Langemeijer, *De wijsbegeerte des rechts en de encyclopaedie der rechtswetenschap sedert 1880*, [GNR 6], Amsterdam 1963, voor encyclopedie / inleiding.

7 Men mag van een behandeling van de rechtswetenschap van het burgerlijke recht in de 19e eeuw verwachten dat daarin de voornaamste schrijvers uit die periode en de destijds meest besproken onderwerpen aan de orde komen, welke vragen daarbij werden gesteld en de manieren waarop die vragen wer-

8 Bijv. p. 102-105, 121-122, 172-177, 287-288, 323-325.

9 S.J. Fockema Andreae [Sr.], hoogleraar oudvaderlands recht 1877-1914, wordt per abuis een leeropdracht voor het Romeinse recht toegedicht (p. 210).

den beantwoord (de gehanteerde methoden)¹⁰. Wie dat echter verwacht, komt met dit boek van een koude kermis thuis.

Tal van schrijvers, misschien inderdaad wel (de meesten van) de voornaamste schrijvers, komen langs in het boek. Dat gebeurt echter op een weinig overzichtelijke manier. Over velen van hen wordt op meer dan één plaats in het boek bericht, over enkelen op een groot aantal plaatsen. Dat kan ook moeilijk anders, maar dan zou men toch enkele algemene gegevens over die schrijvers, zoals hun biografie en een opgave van hun belangrijkste geschriften, bij elkaar moeten kunnen vinden. In de onderdelen van de *Geschiedenis der Nederlandse rechtswetenschap* gebeurt dat dan ook. Jansen heeft er echter voor gekozen zulke gegevens – als hij ze al verstrekt – in stukken en beetjes mee te delen, soms op ver uiteen gelegen plaatsen. Zo noemt hij vrijwel steeds alleen de eerste keer dat een bepaalde jurist in zijn boek verschijnt – en dat kan in een voetnoot zijn – diens voorletter(s) en geboorte- en sterfjaar. Erg onhandig, wanneer die jurist vele bladzijden later opnieuw opduikt. Men moet dan in het personenregister opzoeken waar de eerste keer was. Bovendien is er het gevaar dat de op verschillende plaatsen meegedeelde gegevens onderling niet kloppen; daaraan is Jansen niet steeds ontkomen.

Een ernstiger bezwaar is dat Jansen zich verregaand beperkt wat de stof betreft. Hij zegt zelf dat hij drie vragen wil beantwoorden (p. 6-7). De vraag die hij centraal stelt, is die naar *de methoden die de schrijvers gebruikten*. Omdat hem bleek dat de schrijvers zich lieten inspireren door ideeën van buitenlandse juristen en van beoefenaars van andere disciplines dan de rechtswetenschap, is zijn tweede vraag die naar deze *al dan niet juridische ideeën waardoor de schrijvers zich lieten inspireren*. Omdat hem verder bleek dat voor de schrijvers de te gebruiken methode bepaald werd door hun visie op de verhouding van de rechter tot de wet, is zijn derde vraag die naar de opvattingen over de manier waarop de rechter recht behoorde te vinden (*op welke rechtsbronnen de rechter zich in zijn uitspraak mocht beroepen*). Jansen verklaart dan dat hij door de vraag naar de in de 19e eeuw gehanteerde methoden te beantwoorden inzicht wil verschaffen in de geschiedenis van de wetenschap van het burgerlijke recht in die eeuw. Afzonderlijke inhoudelijke leerstukken van het materiële burgerlijke recht, zo vernemen wij verder, zal hij alleen aan de orde stellen indien nodig om de werkwijze van een bepaalde jurist of een zienswijze inzake het recht of de rechtsvinding toe te lichten.

Wat betreft de door die schrijvers besproken onderwerpen, wordt ons meestal alleen (maar dan wél zeer uitvoerig) bericht over de vragen die zij stellen inzake de rechtsbronnen – of, dan wel in hoeverre, de rechter naast de wet

¹⁰ Verg. A. van Oven 1968 (hierboven, nt. 5), p. 6.

ook andere rechtsbronnen moet benutten, bijv. de bronnen van ongeschreven recht, de gewoonte, de rechtspraak, de doctrine, de billijkheid, het natuurrecht, het Romeinse recht – , en de antwoorden die zij daarop geven, alsmede over de methoden die zij *in abstracto* bij hun wetenschapsbeoefening hanteren. Maar over de concrete bijdragen van die schrijvers aan de ontwikkeling van afzonderlijke leerstukken van het burgerlijke recht bericht Jansen ons alleen incidenteel iets, en dan nog zeer beknopt. Een snelle telling wijst uit dat hij dit in het hele boek slechts 33 maal doet. Bovendien blijkt dat het daarbij alleen over leerstukken van zaken- en verbintenissenrecht gaat. Geen enkel leerstuk van personen- en familierecht, rechtspersonenrecht of erfrecht.

Dat betekent dat Jansen zich voor het overgrote deel van het boek beperkt tot *de externe geschiedenis van de wetenschap van het burgerlijke recht*, en dan nog *alleen* tot drie onderdelen daarvan, namelijk *de methodenleer*, *de rechtsbronnenleer* en, zoals ik het nu maar aanduid, *de inspiratiebronnen*. Over de *inwendige wetenschapsgeschiedenis van de afzonderlijke leerstukken van zaken- en verbintenissenrecht* horen we zeer weinig, en over die van *personen- en familie-, rechtspersonen- en erfrecht* helemaal niets.

Dat stelt zwaar teleur. Het is mij niet duidelijk geworden waarom Jansen meent bij de behandeling van de beoefening van de wetenschap van het burgerlijke recht te mogen volstaan met een bespreking van de gehanteerde methoden van wetenschapsbeoefening, de rechtsbronnenleer en de inspiratiebronnen zonder, anders dan incidenteel en zeer beknopt, ook te laten zien wat dat opleverde voor de afzonderlijke inhoudelijke leerstukken. Hoe het wél kan en moet, heeft bijv. A. van Oven (1968, hierboven, nt. 5) laten zien bij zijn behandeling van de geschiedenis van de wetenschappelijke beoefening van het handelsrecht in de 19e eeuw. Aan de afzonderlijke leerstukken van het handelsrecht besteedt Van Oven ruim 150 pagina's (p. 56-208), driekwart van zijn boek. Daartegenover besteedt Jansen, ruim gerekend en alles bij elkaar geteld, slechts 50 pagina's, nog niet 1/7 van het boek, aan afzonderlijke inhoudelijke leerstukken van zaken- en verbintenissenrecht. En soms gaat het dan alleen maar over de inhoud van een wet (bijv. p. 44-47, inhoud van het Wetboek van 1809) of wordt alleen het desbetreffende leerstuk genoemd, zonder dat we vernemen wat de desbetreffende auteur daarover te berde bracht (zo lezen wij bijv. op p. 91 dat Kappeyne van de Coppello schreef over de titel 'bezit' in het BW, wie die titel had opgesteld, door wie deze weer was geïnspireerd, dat de historische wortels van die inspiratiebronnen in het lokale Franse en het Romeinse recht lagen, dat hij aan de hand van deze reconstructie enkele misvattingen corrigeerde, etc. – maar we vernemen niet wat die historische wortels inhielden, welke misvattingen gecorrigeerd werden, etc.).

8 Aan het slot van de Inleiding schetst Jansen kort de stand van het onderzoek voor zijn onderwerp (p. 10). In de *Geschiedenis der Nederlandsche rechtswetenschap*, sinds 1937 in afleveringen uitgegeven door de KNAW, ontbreekt nog het deel voor het burgerlijke recht vanaf 1811¹¹. Uit het *Ten geleide* van Jansen maak ik op dat hij dat deel samen met P.C. Kop en G.E. van Maanen had willen schrijven, maar dat het er niet van is gekomen (p. XIII).

Jansen zegt dat hij bij gebreke van dit deel van de *Geschiedenis* te rade is moeten gaan bij Kops *Legisme*¹² en bij Van den Berghs *Geleerd recht*¹³. Hij noemt hier niet (uit bescheidenheid?) de imposante reeks van meer dan 40 studies die hij sinds zijn dissertatie (1987), alleen of samen met anderen, aan aspecten van het onderwerp van dit boek heeft gewijd (en waarvan hij er een aantal in dit boek heeft gerecycled¹⁴). Jansen noemt wél uitdrukkelijk enige buitenlandse werken die hij 'als achtergrond' heeft benut: F. Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 2e Aufl. Göttingen 1967; H. Coing, *Europäisches Privatrecht*, 2: 19. Jahrhundert, Überblick über die Entwicklung des Privatrechts in den ehemals gemeinrechtlichen Ländern, München 1989; J. Schröder, *Recht als Wissenschaft, Geschichte der juristischen Methodenlehre in der Neuzeit (1500-1933)*, 2e Aufl. München 2012; en J.-L. Halpérin, *Histoire du droit privé français depuis 1804*, 2e éd. Paris 2012.

Deze *status quaestionis* is bepaald onvolledig. Ongenoemd blijven, ten onrechte, de volgende studies: Van Dievoet 1943 (hierboven, n° 4) [waarvan p. 103-120 en 154-230 de uitwendige geschiedenis van de rechtsleer in Nederland betreffen]; A. Pitlo, *Evolutie in het privaatrecht* [betreft de tijd vanaf de 'Diephuis-periode' tot 'onze tijd'], 2e druk, Groningen 1972; Eg. Spanoghe en R. Feenstra (ed.), *Honderdvijftig jaar rechtsleven in België en Nederland 1830-1980* [waarvan ca. 200 p. zijn gewijd aan burgerlijk en handelsrecht], [Leidse

11 Helaas ook dat voor de tijd vóór 1811 ten aanzien van Holland en Utrecht; het deeltje dat de wetenschap van het burgerlijke recht in de rest van de noordelijke Nederlanden ('de buitengewesten van Nederland' *sic*) vóór 1811 behandelt, is er wél: S.J. Fockema Andreae [Jr.], *Het burgerlijk recht in de buitengewesten van Nederland*, [GNR 4/2], Amsterdam 1955, p. 173-224.

12 P.C. Kop, *Legisme en privaatrechtswetenschap, Legisme in de Nederlandse privaatrechtswetenschap in de negentiende eeuw*, [Rechtshistorische cahiers, 3], 2e druk, Deventer 1992.

13 *Geleerd recht* 2011 (hierboven, nt. 6). Hierin beslaat Jansens lange 19e eeuw p. 82-155 (zij het dan voor de hele Europese rechtswetenschap, niet alleen de Nederlandse en niet alleen de privaatrechtswetenschap).

14 Jansen meldt dit recylen expliciet voor de subparagrafen 3.2.5, p. 140 nt. 50; 3.2.6, p. 145 nt. 68; 3.8.1, p. 198 nt. 239; 3.8.2, p. 200 nt. 250; 4.3.2, p. 250 nt. 85; 4.4.1, p. 264 nt. 139; 4.4.2, p. 267 nt. 153; 4.4.3, p. 272 nt. 169. Maar ook tal van andere passages van het boek leunen sterk op Jansens detailstudies.

juridische reeks, 15], Leiden 1981. Als ik goed zie, heeft Jansen geen van deze werken gebruikt, laat staan dat hij ermee in discussie is getreden; hetgeen natuurlijk wél had moeten gebeuren. Op deze plaats ook niet genoemd, maar elders in het boek gelukkig wél, zijn werken als: J. Valkhoff, *Een eeuw rechtsontwikkeling, De vermaatschappelijking van het Nederlandse privaatrecht sinds de codificatie* (1838), 2e druk, Amsterdam 1949; en T.J. Veen en P.C. Kop (ed.), *Zestig juristen, Bijdragen tot een beeld van de geschiedenis der Nederlandse rechtswetenschap*, Zwolle 1987. Ongenoemd en, als ik goed zie, evenmin gebruikt zijn voorts het, ondanks defecten toch altijd nog nuttige, P. van Heijnsbergen, *Geschiedenis der rechtswetenschap in Nederland, Beknopt overzicht der geschiedenis onzer rechtswetenschap tot 1900*, Amsterdam 1925, en Offerhaus 1948 (hierboven, n^o 4), p. 21-43.

9 Het materiaal uit de 19e eeuw waarin de wetenschappelijke beoefening van het burgerlijke recht haar neerslag heeft gevonden, bestaat uit zelfstandige publicaties (commentaren, hand-, praktijk- en leerboeken, dissertaties, preadviezen en de discussie daarover, andere boeken, oraties, andere brochures), al dan niet uitgegeven collegedictaten, in tijdschriften en andere bundels gepubliceerde artikelen, mededelingen, en annotatie van rechtspraak. Men mag niet verwachten dat elke publicatie, wél echter elke publicatie van belang, de revue passeert. Naar mijn indruk heeft Jansen over het algemeen een gelukkige hand bij de selectie van wat hij noemt en verzwijgt. Dat is echter niet het geval aangaande de academische proefschriften; deze categorie publicaties wordt ernstig tekort gedaan (waarover hieronder, n^o 10, meer). Ook de annotatie bij rechterlijke uitspraken komt tekort. Als ik goed zie, wijdt Jansen hooguit algemene opmerkingen aan de noten, zoals – over de leden van de Hoge Raad Taverne en Van Dijck, die noten schreven bij uitspraken die zij zelf hadden meegewezen – dat de annotatoren prezen wat zijzelf hadden gewezen¹⁵. Van de ‘andere boeken’ is het vreemd, wat Jansens hoofdthema aangaat, dat P.W. Kamphuisen, *Gewoonterecht*, 1935, en Dezelfde, *Beschouwingen over rechtswetenschap*, 1938, niet ter sprake komen.

10 Op drie plaatsen maakt Jansen een korte, algemene opmerking over proefschriften. Te weten: heel wat proefschriftjes vóór 1838 waren gewijd aan het nieuwe BW (p. 57 nt. 149); in 1847 wordt voor het eerst een proefschrift in het

15 P. 291. Anders dan daar staat, is Taverne niet pas in 1929 maar al in 1925 aangevangen met annoteren in de NJ (voor het eerst bij HR 6 februari 1925, NJ 1925 p. 377). Het grapje ‘[Taverne] prees wat hij zelf wees’ dat Jansen hier maakt, is afkomstig van J. Remmelink, in: *NJ 1913-1988, annotatoren kijken terug*, 1988, p. 10 l.k. Aan hetgeen daar verder nog staat, zal Jansen zijn verkeerde beginjaar 1929 voor Taverne's noten hebben ontleend.

Nederlands geschreven en daarna gebeurt dat steeds vaker (p. 60); Molengraaff beweerde in zijn inaugurele oratie (1885) dat de meeste proefschriften weinig wetenschappelijk waren en niet getuigden van zelfstandig onderzoek (p. 126).

Van de afzonderlijke dissertaties noemt Jansen er, als ik goed heb geteld, maar 17. Van één daarvan vernemen we naast de auteur niet eens de titel, van zeven worden ons alleen auteur en titel bericht en alleen van de negen overige wordt ook iets, meestal heel weinig, over de inhoud meegedeeld.

- Alleen de auteur: [C.J.] van Assen, 1810 (p. 54 nt. 141).
- Alleen auteur en titel of onderwerp: A.J. Cuper, *Observationes selectae de natura possessionis*, 1789, heruitgave 1804 (p. 36); W.C.D. Olivier, *Proeve over de beperkingen van den eigendom door het politie-regt*, 1847 (p. 60); C. van Bell, *De subrogatie, volgens het Nederlandsche Regt*, 1852 (p. 101 met nt. 138); I.A. Levy, *De in den handel gebruikelijke beleenings- en prolongatiecontracten*, 1860 (p. 148); J.P. Moltzer, *De overeenkomst ten behoeve van derden*, 1876 (p. 199); J.Ph. Suijling, *De statutentheorie in Nederland gedurende de XVIIe eeuw*, 1893 (p. 238); P.A.J. Losecaat Vermeer, *Wil en verklaring bij overeenkomsten*, 1913 (p. 290); [M.N.S.] Troelstra, *Het vrijblijvend aanbod*, 1925 (p. 298 nt. 239).
- Auteur, titel en iets over de inhoud: S.J. Hingst, *Proeve eener geschiedenis der Historische School op het gebied van het privaatrecht in Duitschland*, 1859 (p. 101-102 met nt. 139¹⁶); J.F. Houwing, *Dwaling bij overeenkomsten naar Nederlandsch recht, Eerste gedeelte (art. 1358 BW)*, 1888 (p. 142 nt. 57¹⁷); P. Scholten, *Schadevergoeding buiten overeenkomst en onrechtmatige daad*, 1899 (p. 199); E.M. Meijers, *Dogmatische rechtswetenschap*, 1903 (p. 227-228 en 235); G.W.J. Bruins, *Een onderzoek naar den rechtsgrond der schadevergoeding*, 1906 (p. 144-145 met nt. 66); J.J. Polderman, *Het openbaar aanbod*, 1913 (p. 298 nt. 239); G. Veth, *Simulatie in het privaatrecht*, 1921 (p. 262 nt. 130); L.B.A.M. Janssens, *Het aanbod*, 1926 (p. 298 nt. 238); A. Blom, *Bezitloos zekerheidsrecht op roerende lichamelijke zaken*, 1929 (p. 262 nt. 130).

M.i. hadden al deze dissertaties inhoudelijk moeten worden besproken. Dat zelfde geldt ook voor zeer veel andere dissertaties die Jansen niet noemt. Het is niet nodig ze hier allemaal op te sommen. Ik noem wél H.J. Hülsmann, *Geschiedkundig overzicht betreffende de historische interpretatie in het privaatrecht*, 1920, dat nu juist grotendeels gewijd is aan Janssens hoofdthema, de methoden- en rechtsbronnenleer. Verder doe ik een willekeurige greep uit de,

16 Maar Jansen vermeldt niet dat dit een proefschrift is, en wel het proefschrift dat hij op p. 101 in nt. 140 bedoelt.

17 Slechts een korte opmerking uit het voorwoord wordt aangehaald.

alleen al op het gebied van het zaken- en verbintenissenrecht, ten onrechte verwaarloosde dissertaties, als volgt:

A.F.L. Gregory, *De ratihabitione*, 1844; H.L. Drucker, *Bezitsverkrijging en bezitsverlies door derden*, 1879; F. Kranenburg, *Eenige opmerkingen over het begrip: "Publieke Orde"*, 1895; E. Belinfante, *Ongeldigheid van rechtshandelingen*, 1901; J.A. van Hamel, *De leer der nulliteiten in het burgerlijke recht*, 1902; H. van Goudoever, *Bijdragen tot de leer der zaakwaarneming*, 1905; J.C. van Oven, *De bezitsbescherming en hare functies*, 1905; K. Jansma, *Uitlegging van overeenkomsten*, 1913; A.H.M.J. van Kan, *Bezitsverhoudingen*, 1913; D. te Winkel, *Trustverhoudingen*, 1914; R.P. Cleveringa, *De zakelijke werking der ontbindende voorwaarde*, 1919; C.J.J.M. Petit, *Overeenkomsten in strijd met de goede zeden*, 1920; M.H. Bregstein, *Ongegronde vermogensvermeerdering*, 1927; G.E. Langemeijer, *Zaaksvervanging*, 1927; J. Zaaier, *De rechtsdwaling*, 1928; I. Kisch, *Beschouwingen over de onderscheiding tusschen zakelijke en persoonlijke rechten*, 1932; W.F. Lichtenauer, *De vernietigende verjaring en aanverwante rechtsfiguren (...)*, 1932; G.J. Scholten, *De oorzaak van de verbintenis uit overeenkomst*, 1934; J. Wiarda, *Cessie of overdracht van schuldvorderingen op naam (...)*, 1937; Ph.A.N. Houwing, *Subjectief recht, rechtssubject, rechtspersoon*, 1939; G.J. Wiarda, *Overeenkomsten met overheidslichamen*, 1939.

11 Zoals gezegd (hierboven, n^o 7), we moeten het doen met Jansens drie vragen: naar de bij de wetenschappelijke beoefening van het materiële burgerlijke recht in enge zin gebruikte of bepleite (1) *methodenleer*, (2) *rechtsbronnenleer* en (3) *inspiratiebronnen*. Dat ziet eruit als een strak en helder model om de weinige onderwerpen van de rechtsleer die Jansen wil behandelen, te presenteren. Maar opnieuw een teleurstelling: de presentatie is onoverzichtelijk en dikwijls weinig helder en niet geconcentreerd. De overzichtelijkheid wordt bovendien gehinderd door enkele hebbelijkheden van Jansen. Hij schrijft in een weinig precieze stijl zodat vaak niet meteen duidelijk is wat hij wil zeggen. Ook structuur is duidelijk niet zijn fort. Zijn betoog bestaat vaak uit een los aan elkaar geregen grote hoeveelheid fragmenten, en doet dan denken aan een omgekieperde ouderwetse kaartenbak. Bovendien neemt hij de grenzen van zijn vier perioden niet in acht, zodat we bijv. bij de behandeling van periode 3 af en toe ineens in de periode na 1910 belanden, hetgeen soms al in de tekst blijkt, soms uit de noten valt af te leiden en soms verhuld blijft. Hij voelt zich duidelijk niet in zijn element als hij niet strikt technisch juridische onderwerpen behandelt, zoals de niet juridische ideeën waardoor bepaalde schrijvers werden geïnspireerd. Daar is veel duister gebleven. Hij heeft verder

zijn best gedaan om de stof zo populair mogelijk aan zijn lezers op te dienen. Dat is niet verkeerd, behalve als het leidt – en dat is dikwijls het geval – tot irrelevante digressies en ‘grappige’ feitjes die niets met de lijn van het betoog te maken hebben¹⁸. Het moet me ten slotte van het hart dat het boek ongewoon slordig is afgewerkt. Het barst van de fouten. Zelfs in de slotzin staat een ont-sierende schrijffout: het burgerlijke recht als mooie uitvinding ‘*des menslichen* (!) *Geistes*’.

12 Jansen vat zelf samen wat hij in het boek schrijft over methodenleer¹⁹ en rechtsbronnenleer, in de Inleiding, paragraaf 1 (p. 4-10), en de Slotbeschouwin-gen, paragraaf 1 (p. 315-320). Aan de hand daarvan, maar tevens gelet op wat over die onderwerpen in de rest van het boek wordt meegedeeld, meen ik op mijn beurt als volgt te mogen samenvatten.

De belangrijkste methode is in de 19e eeuw (en is dat volgens Jansen tot ca. 1950 gebleven): de *dogmatische* methode, gericht op systematisering van het in of buiten de wet bestaande recht. Zij beoogt het vormen van begrippen en beginselen en het ordenen daarvan in een systeem, een abstract begrippen-stelsel. Vóór 1809 wordt het ‘antiquarische’ Romeinse recht volgens de metho-de van de Elegante School, maar het ‘hedendaagse’ Romeinse recht op een *exegetisch-historische* manier bestudeerd. Dat houdt in dat de gezaghebbende rechtstekst, bijv. een wetsbepaling van Justinianus²⁰, wordt uitgelegd aan de hand van de historische ontwikkeling ervan. In 1809, als het eerste wetboek is ingevoerd, wordt de methode principieel niet anders, evenmin in 1811, als de *Code civil* hier te lande van kracht is geworden. Ook vanaf 1838 blijft aanvankelijk de *exegetisch-historische* methode de regel, waarbij de artikelen van het wetboek naar hun volgorde in het wetboek afzonderlijk worden behandeld en een inhoudelijke systematisering achterwege blijft. Daarnaast

18 Zoals aangaande de periode vanaf 1880: dat Darwins theorie de bijbelse chronologie (4004 v. Chr. schepping van de wereld, enz.) onhoudbaar maakte; dat Lord Monboddó (†1799) beweerde had dat de mens ter herinnering aan het feit dat hij van de apen af-stamde, met een staart werd geboren, hetgeen bij het grote publiek niet bekend was om-dat de vroedvrouwen gelukkig ervoor zorgden dat die staart meteen bij de geboorte werd gecoupeerd (beide mededelingen op p. 129).

19 Op p. 4 schrijft Jansen dat methodologie – maar hij bedoelt kennelijk: methode – “letter-lijk ‘de weg waarlangs’ betekent (‘meta hodos’). Waar haalt hij het vandaan? Het Griekse woord ‘methodos’ is een samenstelling van ‘meta’ en ‘hodos’, en de basisbetekenis van ‘hodos’ is inderdaad ‘weg’; ‘meta’ betekent evenwel niet ‘langs’ maar onder meer ‘naar’, ‘na’ of ‘met’.

20 Jansen rept van “wetsbepalingen die twaalf eeuwen oud waren” (p. 315), kennelijk voor de juristen die in het begin van de 19e eeuw werkzaam waren. De jongste wetsbepalingen in het *Corpus iuris civilis* van Justinianus dateren echter uit de 6e eeuw.

komt echter geleidelijk aan ook een *dogmatisch-historische* methode op, waarbij begrippen en beginselen worden ontwikkeld die aan de wetsartikelen ten grondslag liggen, en deze worden *gesystematiseerd*. In de periode 1838-1880 ligt de nadruk aanvankelijk op de exegetische-historische, later daarnaast ook op de dogmatische-historische methode bij de behandeling van het BW. Vanaf ca. 1880 komen daar andere methoden bij, zoals bijv. de *empirisch-positivistische*, gericht op zintuiglijke waarneming van de werkelijkheid van het rechtsverkeer en het ontdekken van de wetmatigheid waardoor de empirisch waargenomen verschijnselen²¹ worden geregeerd. Een variant (om niet te zeggen: een pervertering) is de empirisch-positivistische methode die Suijling belijdt. Daarbij worden de empirisch waar te nemen verschijnselen strikt beperkt tot het stellige recht, dat is voor Suijling het in de wet gepositieerde recht, en wordt alleen dit gesystematiseerd en ook alleen uit de wet zelf verklaard. Elk van deze methoden beoogt een beslissing in een concrete rechtszaak te vinden en stelt daarmee het werk van de rechter centraal. Jansen wijdt (op p. 6) een passage aan de kritiek hierop van Vranken uit 2014, volgens wie de methode van de beoefenaar van rechtswetenschap thans anders moet zijn dan die van de rechter. Onvermeld blijft echter wat dat met de rechtswetenschap van het burgerlijke recht in de 19e eeuw te maken heeft.

De keuze van de methode wordt bepaald door de visie van de wetenschapsbeoefenaar op de verhouding tussen rechter en wet en op de aanvaardbaarheid van een beroep op andere rechtsbronnen dan de wet. De rechtsbronnen die wij tegenkomen, zijn allereerst de *wet* en daarnaast onder meer: de bronnen van het *ongeschreven recht* (te ontsluiten bijv. door empirie), de *gewoonte*, de *rechtspraak*, de *rechtsleer / doctrine*, de *billijkheid*, het *natuurrecht*, het *Romeinse recht*. De visie op de verhouding tussen rechter en wet is met name van belang wanneer de wet zwijgt, en trouwens al bij het beoordelen of zich een geval voordoet waarin de wet zwijgt.

13 Al enkele malen is hier de term *legisme* gevallen, en dat gebeurt in dit boek veelvuldig (voor het eerst op p. 9). Bij Jansen is echter geen scherpe definitie van deze term te vinden. Het legisme is geen methode. Jansen zegt niet dat het wél een methode is, maar hij zegt ook nergens met zoveel woorden dat het dat niet is. Aanvankelijk horen we slechts: dat het legisme een ‘wetenschappelijke benadering’ is, die bij de wetenschappelijke beoefening van het burgerlijke recht in de periode 1838-1880 domineert en waartegenover dan een aantal ‘an-

21 Met “empirische verschijnselen” (p. 3) zijn kennelijk bedoeld empirisch waargenomen of waarneembare verschijnselen.

tilegisten'²² onderling uiteenlopende andere benaderingen voorstaat; dat ca. 1880 de antilegistische vrije rechtsvinding de 'hoofdstroom' werd naast het legisme; en dat vanaf 1910, met het aantreden van Paul Scholten als gematigde aanhanger van de vrije rechtsvinding en Meijers als gematigde legist, de tegenstelling geleidelijk aan is gaan verbleken. Jansen zegt dat de 'scherpe kantjes eraf zijn' in de opvattingen van Scholten en Meijers en noemt voor de tijd van af 1910 alleen Suijling als 'onversneden aanhanger van het legisme' (p. 9-10).

Legisme is dus een theorie²³, maar wat houdt deze nu in? Verderop in het boek krijgen we daarover meer te horen (p. 65-67 en 133-134). We lezen dan dat men een 'beoefenaar van het burgerlijke recht' kan kwalificeren als legist dan wel als aanhanger van de vrije rechtsvinding aan de hand van de beantwoording van vier vragen die ik hier letterlijk citeer:

- a. wat is de status van de wet in het licht van de *trias politica*: het 'product' van het hoogste gezag in de rechtsstaat of een richtsnoer voor de rechter?
- b. bij wie berust de verantwoordelijkheid voor de rechtsvorming in het geval de wet tekortschiet²⁴: de wetgever of de rechter?
- c. welke rechtswaarde staat centraal in de rechtspraak: rechtszekerheid of rechtvaardigheid (billijkheid in het concrete geval)?
- d. in welke mate wordt buitenwettelijk recht (in het bijzonder het gewoonterecht²⁵) toegestaan als rechtsbron?

Deze vragen zijn onvoldoende scherp geformuleerd. Uit het verdere verhaal van Jansen blijkt dat hij in wezen de volgende criteria aanlegt:

- a. Moet de in de wet neergelegde regel worden gezien als een regel die de rechter verplicht is te volgen, of enkel als een aanwijzing van de richting waarin de rechter de juiste beslissing voor een concreet geval moet zoeken?
- b. Kan in het geval waarin de wet zwijgt of een onduidelijkheid bevat die niet door interpretatie kan worden weggenomen, alleen de wetgever daarin voorzien of kan ook de wetenschap en / of de rechtspraak nieuw recht vormen?

22 De term 'tegenstroom' of 'stroming' voor de antilegisten kan men m.i. beter vermijden, omdat die de onjuiste suggestie bevat dat de antilegisten een samenhangende groep zouden zijn.

23 Al was het geen uitgewerkte theorie; aldus *Geleerd recht* 2011 (hierboven, nt. 6), p. 132.

24 Kennelijk doelt Jansen met een tekortschietende wet niet op een wet die een bepaald punt slecht regelt, maar een wet die een bepaald punt niet regelt.

25 "[B]uitenwettelijk recht" en "gewoonterecht" "als rechtsbron" (p. 134) is m.i. pleonastisch taalgebruik; kennelijk is bedoeld een buitenwettelijke bron of een gewoonte als rechtsbron. Als natuurrecht en Romeins recht geen geldend recht (meer) zijn, kunnen ze wél rechtsbron zijn. Ook ander niet in Nederland geldend recht (bijv. Duits of Frans recht) kan rechtsbron zijn van Nederlands recht.

- c. Heeft in een concreet geval de rechtszekerheid of de rechtvaardigheid / billijkheid de voorrang?
- d. Zijn er buiten de wet geen andere rechtsbronnen (bijv. gewoonte, wetenschap, rechtspraak) of zijn die er wél?

Volgens Jansen is wie telkens voor de eerstgenoemde mogelijkheid in de vragen kiest, legist (p. 66), wie voor de laatstgenoemde mogelijkheid kiest, antilegist en vanaf ca. 1880 aanhanger van de vrije rechtsvinding (p. 134).

Aan het legisme ligt mede een politieke opvatting ten grondslag, waarvan de kern tegenwoordig bekend staat als het legaliteitsbeginsel: het recht waaraan de burger is gebonden, moet berusten op de kenbare, door de bevoegde wetgever uitgevaardigde wet (p. 61). Andere rechtsbronnen dan de wet zijn er niet. Aan de rechter komt een bescheiden, geen rechtscheppende taak toe; hij moet de wet wél uitleggen, binnen het systeem van de wet, maar daardoor voegt hij niets aan de wet toe. Rechtspraak is geen rechtsbron, wél een kenbron van recht. Ook vaste rechtspraak levert geen bindende gewoonte op; de rechter is er niet aan gebonden en mag ervan afwijken als hij haar onjuist oordeelt.

14 Jansens beschrijving van het legisme bouwt duidelijk voort op Kops *Legisme* (hierboven, nt. 12). Jansen haalt dit werk herhaaldelijk aan maar treedt niet met Kop in discussie. Kop, die de eerste druk van zijn *Legisme* in 1982 liet verschijnen, had in de geschiedschrijving van de Nederlandse 19e-eeuwse privaatrechtswetenschap bij – niet nader gespecificeerde – ‘velen’ de opvatting aangetroffen, dat gedurende de gehele 19e eeuw het legisme algemeen door de Nederlandse juristen werd gehuldigd. Hij bestreed de juistheid van die opvatting. Niet al in de eerste helft van de 19e eeuw maar pas een decennium na de invoering van het BW viel een overheersing van het legisme vast te stellen. Hij noemde Opzoomer, *Aantekening op de Wet houdende algemeene bepalingen der Wetgeving van het Koninkrijk*, 1848, als mogelijk beginpunt. Ook kon vanaf ca. 1880 geen sprake meer zijn van een dominante positie van het legisme, getuige op de talloze auteurs die toen als tegenstanders van het legisme optraden²⁶.

Jansen laat het legisme in 1838 beginnen, en de eerste legistische geschriften die hij aanwijst, dateren van 1842 (een tijdschriftartikel van A. de Pinto) en 1847 (een tijdschriftartikel van Diephuis of iemand uit zijn omgeving) (p. 62 nt. 8 en p. 63 nt. 13); ook volgens hem brokkelt vanaf 1880 de overheersende positie van het legisme af (p. 130). Men kan constateren dat Jansen het resultaat van Kop min of meer deelt. Onlangs heeft Sirks betoogd dat men het legisme in Neder-

²⁶ Kop, *Legisme* (hierboven, nt. 12), p. 2-3 en 30.

land toch al moet laten beginnen bij de afkondiging van het wetboek van 1809²⁷, maar daarop gaat Jansen niet in.

15 Ik had graag een stellingneming van Jansen willen lezen ten aanzien van één van de conclusies van Van Dievoet 1943 (hierboven, n° 8). Het gaat me om diens conclusie inzake de Nederlandse rechtsleer van het burgerlijke recht in de periode van 1800 tot 1940. Die conclusie berust op een grondige analyse van de desbetreffende Nederlandse literatuur (Van Dievoet 1943, p. 103-123 en 154-225). Van Dievoets conclusie komt op het volgende neer. Vanaf het midden van de 19^e eeuw wordt door Opzoomer, Diephuis en vele anderen het burgerlijke recht vereenzelvigd met het BW en is de hoofdarbeid gelegen in het opsporen van de wil van de wetgever, aan de hand van de woorden van de wet en, volgens de meesten, ook met behulp van de parlementaire geschiedenis en van de dogmatische rechtswetenschap. Daarbij verricht de logica een taak waarvan men de invloed heeft overschat; feitelijk leiden de redenering en de logica de jurist meestal naar de oplossing die, volgens zijn opvatting en voor zijn tijd, als de best passende voorkomt. Het bestaan van buitenwettelijk recht wordt niet of niet graag erkend. Al vroeg maakten W. Modderman, Moltzer, Hamaker en Naber bezwaar tegen de overschatting van de wet en van het dogma in het recht; vanaf ca. 1900 vonden zij talrijke medestanders. Hun uitgangspunten liepen ver uiteen, maar hun gevolgtrekkingen hadden veel gemeen. Zoals: het objectieve doel van de wet is belangrijker dan de subjectieve wil van de wetgever; buitenwettelijk recht bestaat wel degelijk; het werk van de rechter krijgt meer aandacht; de wetgever blijkt niet almachtig te zijn; aan de wet komt een bescheidener plaats toe, naast de rechtspraak. Nuchtere geesten, zoals J.F. Houwing (*Wet en rechter*, inaugurele oratie Amsterdam, 1895²⁸), was het opgevallen dat de theorie de juristen wel verdeelde maar de praktijk hen dichter bij elkaar bracht. De jurist streeft naar bruikbare resultaten, welke theorie hij ook eropna houdt. Gezien die resultaten lijkt de strijd meer om woorden dan om zaken te gaan. De doctrine uit de jaren 1900-1940 stelt de rechtspraak op de voorgrond en daardoor is de laatste werkelijk een richtsnoer voor de praktijk geworden. Zo blijkt in de laatste drukken van de Asserserie (dwz. die tot 1941) de enge legistische opvatting van de 19^e eeuw verlaten, maar wordt ook de sociologische rechtstheorie niet uitdrukkelijk gehuldigd: de wettelijke norm behoudt een bevoorrechte plaats. De kloof die vroeger wel eens bestond tussen

27 A.J.B. Sirks, *Van Code Napoléon tot NBW*, in: D. Heirbaut et al. (ed.), *Napoleons nalatenschap, Tweehonderd jaar Burgerlijk Wetboek in België (...)*, Mechelen 2005, p. 323-336, op p. 330.

28 Een van de weinige inaugurele oraties die Jansen niet noemt.

de rechtswetenschap en de praktijk, blijkt niet meer te bestaan (Van Dievoet 1943, p. 226-228).

16 Voor ieder van de vier subperioden van zijn 19e eeuw besteedt Jansen aandacht aan het academische onderwijs (p. 7-8; tot 1838: 23-24, 32-34, 52-55, 57; 1838 tot 1880: 59-60, 77-85; 1880 tot 1910: 125-128, 146-148, 155, 172-177, 188-190; 1910 tot 1940: 221-222, 244).

Aan de universiteiten werd natuurlijk van meet af aan ook het geldende burgerlijke recht onderwezen, al wordt die benaming in de juridische faculteiten pas vanaf 1840 officieel ('burgerlijk- en handelsregt'). Van 1815 tot 1840 heette het vak 'hedendaags burgerregt'²⁹. Bij het begin van Jansens 19e eeuw, dus aan het eind van de 18e eeuw, was één van de verplichte vakken *jus hodiernum*, 'hedendaags recht', dat toen alleen nog het geldende privaatrecht (niet langer ook staats- en strafrecht) inhield.

Anders dan Jansen lijkt te berichten (p. 8), kreeg het Franse burgerlijke recht niet pas in 1815 een plaats in het universitaire onderwijs; het had die plaats al bij de invoering van de Franse wetboeken in 1811 gekregen, evenals dat een kleine twee jaar eerder was gebeurd met het burgerlijke recht dat in het wetboek van 1809 was neergelegd. Jansen noemt elders in het boek dan ook het onderwijs over het wetboek van 1809, het Hollandse 'Wetboek Napoleon', dat bijv. in Amsterdam in het collegejaar 1809-1810 en in Utrecht en Groningen in het collegejaar 1810-1811 werd gegeven, en het onderwijs over de Franse *Code civil*, de '*Code Napoléon*', dat bijv. in Utrecht en Groningen in het collegejaar 1811-1812 werd gegeven (p. 52). Wat daarover op p. 33 staat, is volledig in het ongerede geraakt. Daar had moeten staan dat Cras te Amsterdam in het collegejaar 1809-1810 en Arntzenius te Utrecht in het collegejaar 1810-1811 doceerden over het wetboek van 1809, en voorts dat Arntzenius te Utrecht en Duymaer van Twist te Groningen in het collegejaar 1811-1812 doceerden over de inmiddels hier te lande ingevoerde *Code civil*.

Ik sta nog slechts stil bij het verkrijgen van de doctorsgraad aan de universiteiten³⁰. Aan die van Leiden en Groningen kon men die graad verwerven gedurende de hele periode, aan die van Utrecht eveneens (zij het dat daar van 1811 tot 1814, toen deze universiteit tot *école secondaire* was gedegradeerd, geen graden konden worden verleend), aan die van Franeker en Harderwijk slechts tot 1811 (ook na hun herleving als Rijksatheneum in 1815 konden zij geen graden

29 'Burgerrecht' als aanduiding voor burgerlijk recht is allang volledig in onbruik geraakt, maar leeft voort in het bijvoeglijk naamwoord 'burgerrechtelijk' waaraan velen ten onrechte nog immer de voorkeur geven boven 'burgerlijkrechtelijk'.

30 Zie daarover Veen, *Zestig juristen* (hierboven, n° 8), p. 7-9, met een correctie en aanvulling in Pro Memorie, 5 (2003), p. 411-413.

meer verlenen), aan die van Amsterdam vanaf 1877, aan de later gestichte universiteiten vanaf hun stichting. Tot 1815 werd men aan de juridische faculteiten van de universiteiten *doctor utriusque juris* (in beide rechten, waarmee vanouds het Romeinse en het canonieke recht werden bedoeld). Van 1815 tot 1877 werd men hetzij *doctor juris Romani et hodierni* (in het Romeinse en hedendaagse recht), hetzij simpel *doctor juris* (in het recht), van 1877 tot 1901 werd men doctor in de rechtswetenschap of doctor in de staatswetenschap, van 1901 tot 1921 nog steeds één van deze beide laatstgenoemde of doctor in het hedendaagse Romeins-Hollandse recht, vanaf 1921 alleen nog doctor in de rechtsgeleerdheid.

Men promoveerde doorgaans op een proefschrift met stellingen, maar gedurende bepaalde perioden kon men enkel op stellingen, dus zonder proefschrift, tot doctor promoveren. Wat Jansen daarover meedeelt (p. 59, 126-127 en 221), is niet volledig en niet nauwkeurig. Onjuist is dat men al vanaf 1877 (weer) op een proefschrift of enkel op stellingen kon promoveren (p. 126). De mogelijkheid van de promotie enkel op stellingen heeft bestaan vanouds tot in 1815, en opnieuw van 1840 tot 1877. Van 1877 tot 1895 kon alleen nog iemand die al met een proefschrift één van beide toenmalige doctoraten – in de rechtswetenschap of de staatswetenschap – had behaald, enkel met stellingen ook het andere doctoraat verkrijgen. Van 1895 tot 1921 kon men weer algemeen zonder proefschrift, enkel op stellingen, een juridische doctorsgraad verkrijgen. In deze periode valt de schertsvertoning bij de promoties in de rechtswetenschap van de dichters Bloem en Van Eyck, 1914 en 1916, enkel op stellingen, en de kritiek op die praktijk van J.C. van Oven, waarover Jansen bericht³¹. In 1921 is het promoveren enkel op stellingen definitief afgeschaft. Veen wijst erop dat de meestertitel volgens de gewoonte tot 1921 slechts werd gevoerd door degene die een juridisch doctoraat had verkregen, maar dat het Academisch Statuut van 1921 de meestertitel verbond aan het doctoraal examen in het Nederlandse of Nederlands-Indische recht. Toen dat laatste het geval was, hadden de meeste juristen voortaan geen behoefte meer aan een doctorsgraad.

17 In Hoofdstuk 1, paragraaf 1.1, wordt een overzicht gegeven van de bronnen waaruit – volgens de rechtsopvatting die rondom 1800 (ook) in Nederland in zwang was – het burgerlijke recht moest worden geput. Volgens Jansen kwamen primair de vaderlandse of lokale wetgeving en gewoonte (tezamen: *ius proprium* of *ius patrium*) aan bod, en aanvullend, subsidiair, het Romeins-canonieke recht (kortweg vaak ook: het Romeinse recht; Jansen lijkt de term *ius*

31 Jansen doet dit op p. 126-127 in hoofdstuk 3 (1880-1910), maar het hoort thuis in het volgende hoofdstuk (1910-1940).

commune te vermijden). Zoals bekend, was dit primaat van het inheemse recht wel de theorie, maar zag de praktijk er vaak anders uit. Het Romeins-canonieke recht speelde in veel gevallen een heel wat voornamere rol dan het in theorie toekwam. Jansen noemt enkele uitlegregels van de Statutentheorie die daartoe leidden: inheems recht dat afwijkt van het Romeins-canonieke recht, moet strikt worden uitgelegd; inheems recht mag niet extensief worden uitgelegd, zoals door analogische interpretatie; inheems recht moet worden uitgelegd in het licht van het Romeins-canonieke recht.

Jansen meldt dat de even genoemde uitlegregels hier te lande vanaf ca. 1750 onder druk waren komen te staan. Hij wijst op geschriften van Van der Keessel (*Theses selectae juris Hollandici et Zelandici*, 1800), Trotz (onuitgegeven collegedictaat Utrecht uit 1759), J. Voorda (collegedictaat Utrecht, tussen 1744 en 1760, uitgegeven door M. Hewett, Amsterdam 2005³²) en Van der Marck (onuitgegeven collegedictaat Groningen, tussen 1758 en 1773³³). Daarin werden de volgende opvattingen verdedigd: het inheemse recht moest uit zichzelf, en niet uit het Romeinse recht, worden uitgelegd, en het moest niet restrictief maar zo nodig extensief worden uitgelegd; waar het inheemse recht geen oplossing bood, mocht niet meteen naar het Romeinse recht worden overgegaan, zonder dat eerst in het recht van naburige streken (bijv. voor Friesland het recht van Holland) was gezocht, eventueel met de nuance, voor Friesland, dat pas op het recht van naburige streken acht mocht worden geslagen indien niet alleen het inheemse Friese recht maar ook het Romeinse recht geen oplossing bood. Zulke opvattingen zijn in Nederland echter geenszins pas vanaf ca. 1750 te vinden. Jansen noemt (p. 14-15) zelf trouwens al Schrassert (bedoeld zal zijn diens *Codex Gelro-Zutphanicus*, 1740, die Jansen op p. 19-20 aanhaalt; zie ook reeds diens *Commentatio ad reformationem Velaviae*, 1719), Marckart (bedoeld zal zijn diens *Disputatio juridica de jurisprudentia Belgica cum Romana conjugenda*, 1734), J. Voet³⁴ (*Commentarius ad Pandectas*, 1698) en U. Huber (*Heedensdaegse Rechtsgeleertheyt*, 1686), en dat zijn lang niet de enigen die men zou kunnen noemen. Vrijwel alles wat Jansen op p. 16 uit Van der Marck citeert (inclusief de ‘belediging aan het adres van onze wetgevers’), staat al bij Voet (*Ad Pandectas*, 1.1.2 en 1.3.24).

32 Jansen citeert Voorda vreemd genoeg naar de Engelse vertaling van Hewett.

33 Jansen verwijst (p. 16 nt 21) naar het handschrift KB Den Haag 72 E 25; bedoeld is echter kennelijk 70 F 17, vgl. C.J.H. Jansen, *Natuurrecht of Romeins recht, Een studie over leven en werk van F.A. van der Marck (1719-1800) in het licht van de opvattingen van zijn tijd*, [disser-tatie Utrecht], Leiden 1987, p. 183 met nt 130 op p. 337.

34 Voet en Van der Keessel worden hier door Jansen als “verstokte” beoefenaars van het Romeinse recht weggezet. Ik begrijp die sneer niet, nu beide auteurs immers ook ruime aandacht besteedden aan het inheemse Hollandse recht.

Jansen schrijft verder dat met name Mevius' commentaar op het lokale recht van Lübeck (1642-1643) de Nederlandse auteurs heeft beïnvloed. Ook hier zou een serie andere buitenlandse schrijvers kunnen worden genoemd, te beginnen met S. Medices (1574). Overigens is er m.i. onvoldoende grond voor de bewering dat speciaal Mevius de juristen hier te lande op dit punt heeft beïnvloed. Huber kent Mevius niet; Voet citeert hem wel (*Ad Pandectas*, 1.3.24), maar niet ten aanzien van de opvattingen van Mevius die Jansen op p. 14 vermeldt.

Men vraagt zich vergeefs af waarom Jansen zoveel aandacht besteedt aan deze opvattingen over de verhouding tussen het inheemse en het Romeins-canonieke recht. Hij geeft geen voorbeeld van een onderwerp waar die verhouding een rol speelde in de wetenschappelijke beoefening van het burgerlijke recht in de jaren vanaf het begin van zijn lange 19e eeuw tot 1809. Na dat jaar is in elk geval ieder belang aan die verhouding ontvallen, omdat met de invoering van het Wetboek Napoleon voor Holland rechtseenheid wat betreft het burgerlijke recht tot stand was gebracht en er naast het nationale burgerlijke recht geen ruimte meer was voor inheems lokaal recht.

Jansen wijdt vervolgens twee subparagrafen aan de toenemende kritiek op de gelding van het Romeinse recht, vanuit de praktijk (Schorer en Van de Spiegel, beiden 1777, en Van Mieris, 1753) en vanuit de universiteiten (Van der Marck, 1761, en Bondam, 1778). Maar het natuurrecht noch het inheemse recht werd doorgaans als een goed alternatief beschouwd. Opnieuw rijst de vraag wat deze in de 18e eeuw toenemende kritiek ertoe doet, als het gaat om de beoefening van het burgerlijke recht in de 19e eeuw.

18 De billijkheid als rechtsbron is in het begin van Jansens 19e eeuw sterk omstreden geweest. Zij was dat al eerder. Jansen noemt al meteen (p. 12-13) de opvatting van sommigen in de 18e eeuw dat de rechter bij gebreke van *ius proprium* (het inheemse wetten- en gewoonterecht) zijn oordeel niet meteen moest baseren op wat hij billijk vond; dat zou immers leiden tot rechtsonzekerheid, want wat de één billijk vindt, vindt de ander juist onbillijk. Zo'n op billijkheid gegrond rechterlijk oordeel zag men dan als een oordeel naar goeddunken of willekeur, een arbitrair oordeel, in tegenstelling tot het aan het recht ontleende oordeel.

Bynkershoek schijnt hier te lande hiervoor het eerst de honende kwalificatie 'cerebrine' jurisprudentie of billijkheid gebruikt te hebben, die latere auteurs gretig overnamen. Zie bijv. C. van Bynkershoek, *Ad lectorem* (Aan de lezer), in: *Observationum juris Romani libri quatuor*, Lugduni Batavorum [1710], in de ed. 1767, p. 6 (in mijn vertaling):

En zo komt het ervan dat rechters slechts op grond van billijkheid uitspraken doen, zonder gebruik te maken van de billijkheid die wij in geschreven vorm in het *Jus Civile* hebben, zonder te weten (...) dat het vermogen van mensen nooit in groter gevaar komt dan wanneer een cerebrine jurisprudentie de rechtspraak in bezit heeft genomen, wanneer niet op grond van recht maar op grond van willekeur de hand op iemand wordt gelegd.

De term *cerebrina aequitas* komt reeds voor bij D. Gothofredus, in diens uitgave van het *Corpus iuris civilis*, 1583 (*nota* bij *aequitatem* in Dig. 13,4,4,1)³⁵. De term 'cerebrine billijkheid' bevalt ook Jansen kennelijk goed: hij laat hem nog vele malen terugkomen (bijv. op p. 19, 34, 57, 315 en 316), overigens zonder uit te leggen wat dat woord 'cerebrine' betekent. Het is een adjectief dat, als ik het goed zie, niet in het Latijn der Oudheid en Middeleeuwen voorkomt, en afgeleid is van *cerebrum* (hersens), als latinisering van het Franse *cérébrin*. 'Cerebrine' billijkheid moet worden begrepen als de billijkheid die het product is van niet meer dan de hersens van een individu, en staat tegenover de billijkheid die in het geschreven Romeins-canonieke recht is neergelegd³⁶. Ten onrechte legt Jansen een verband tussen cerebrine billijkheid en het rechterlijke geweten (p. 13; ook p. 57 en 315). Het gaat hier niet om het 'geweten' (Lat.: *conscientia*) van de rechter maar om diens 'goeddenken' / 'willekeur' (Lat.: *arbitrium*).

Vóór 1838 bestond volgens Jansen bij veel juristen een grote afkeer van de rechter die volgens zijn eigen billijkheidsoordeel beslist. Interessant is Jansens opmerking dat die afkeer heeft bijgedragen aan de voorkeur van de generatie na 1838 voor een extensieve en analogische uitleg van het BW. Bij een dergelijke uitleg is de rechter immers minder snel op zijn eigen billijkheidsoordeel aangewezen (p. 57). Na 1838 horen we niet veel meer over dit billijkheidsoordeel van de rechter. Wel is voor een legist zoals Opzoomer, als de wet zwijgt, de 'natuurlijke billijkheid' datgene waarbij de rechter te rade moet gaan (p. 63). Maar enkele legisten (bijv. Van Bemmelen) wijzen elk oordeel af dat alleen de billijkheid als grondslag heeft. De eis van de rechtszekerheid noopt hen ertoe individuele onbillijkheid als noodzakelijk kwaad te aanvaarden; het streven naar individuele billijkheid heeft huns inziens, als het de rechtszekerheid veronachtzaamt, juist vaak onbillijkheid ten gevolge (p. 64).

35 C. Schott, *Aequitas cerebrina*, in: Rechtshistorische Studien Hans Thieme (...), Köln etc. 1977, p. 132-160, op p. 134.

36 Zie H. Coing, *Europäisches Privatrecht, 1: Älteres Gemeines Recht (1500 bis 1800)*, München 1985, p. 42, en C. Schott 1977 (voorgaande noot).

2 De periode tot 1838

19 Hoofdstuk 1 (de periode tot 1838) heeft zes paragrafen. Zoals reeds aan de orde kwam, somt paragraaf 1.1 de bronnen op van het burgerlijke recht in Nederland ca. 1800. Paragraaf 1.2 betreft de wetenschap van het Romeinse recht, niet alleen – zoals het opschrift van de paragraaf aankondigt – aan het eind van de 18e eeuw maar al vanaf het begin van die eeuw. Noodt (†1725) en Schulting (†1734) vormen de hoofdschotel, maar ook een reeks andere namen komt langs. Veel plaats is ingeruimd voor de Göttinger hoogleraar Hugo, wiens manier van onderricht de Nederlandse romanisten tot voorbeeld strekte.

De volgende drie paragrafen spelen in de eerste decennia van de 19^e eeuw. Zij hebben te beperkte opschriften: 1.3 de Romeinsrechtelijke wetenschap, 1.4 de burgerlijkrechtelijke praktijk en 1.5 de burgerlijkrechtelijke wetenschap bij de hoogleraren. Onder 1.3 komen echter ook ter sprake de codificatiepogingen vanaf 1798 en de invoering van de drie elkaar opvolgende wetboeken (1809, 1811 en 1838), alsmede de afschaffing van (het wettelijke gezag van) het Romeinse recht en van het overige oudvaderlandse burgerlijke recht in 1809 en 1838. Veel plaats is ingeruimd voor Savigny, wiens geschriften in Nederland grote weerklank vinden. Onder 1.4 gaat het over de herkomst van het wetboek van 1809 en de inhoud van alle drie de wetboeken, voorts over de juridische tijdschriften en de publicatie van rechtspraak. Onder 1.5 vernemen we dat de wetenschappelijke productie van de hoogleraren in deze tijd niet veel voorstelt. Jansen gaat hier echter slechts af op wat in druk is verschenen. Het eerste leerboek over het Nederlandse burgerlijke recht volgens de *Code civil*, de *Primae lineae* van Smalenburg, verschijnt in 1820, het tweede, Nienhuis' *Handleiding* bij zijn colleges over de *Code civil* 1827-1831. Van de inhoud van de colleges van de hoogleraren is ons weinig bekend, maar dat weinige rechtvaardigt volgens Sirks een gunstiger oordeel³⁷.

Onder meer de volgende concluderende notities staan in paragraaf 1.6: De wetenschappelijke productie inzake burgerlijk recht tot 1838 heeft een geringe omvang en de meeste tijdschriftartikelen worden niet door hoogleraren maar door advocaten geschreven, terwijl ook niet hoogleraren maar praktijkjuristen enkele Franse commentaren in het Nederlands vertalen. Volgens Jansen vervullen advocaten deze rol, maar hij geeft als enig voorbeeld een commentaar van Rogron dat door een Nederlandse rechter is vertaald (1828, p. 56 nt. 148). In Nederland is in deze periode de wenselijkheid van codificatie niet omstreden. Een generalistische, het gehele privaatrecht bestrijkende instelling, een histo-

37 Sirks, *Van Code Napoléon* (hierboven, nt. 27), p. 329.

rische belangstelling en een internationale oriëntatie – Duits, Frans en Engels – zijn er kenmerkend voor de privaatrechtelijke wetenschap.

3 De periode 1838-1880

20 Hoofdstuk 2 (1838-1880) heeft zeven paragrafen. Paragraaf 2.1 is gewijd aan het academisch onderwijs. De paragrafen 2.2 en 2.3 betreffen het *legisme*, paragraaf 2.4 het *antilegisme*. Men leest in deze periode vrijwel algemeen in de Wet Algemene Bepalingen dat de rechter verplicht is te oordelen volgens de wet, alleen dan op grond van de gewoonte mag beslissen als de wet naar de gewoonte verwijst, en geen algemene regels mag geven. De wet is de exclusieve rechtsbron van het burgerlijke recht. De rechter mag de wet niet toetsen aan het algemene belang, de doelmatigheid of de billijkheid³⁸. Uitvoerig bespreekt Jansen de niet steeds uniforme opvattingen van de afzonderlijke legisten, in het bijzonder ook over de vraag wat het richtsnoer moet zijn als de wet zwijgt, en over de vraag of de gewoonte rechtsbron kan zijn, althans een rol kan spelen, voor niet in het BW geregelde onderwerpen, zoals de handelspraktijk. Men is van mening dat de feilen en omissies in het BW alleen door de wetgever kunnen worden gerepareerd. Het is nog te vroeg om de remedie te zien in een grotere vrijheid van de rechter tegenover de wetstekst. Over de te hanteren methode bestaat geen eenstemmigheid onder de legisten. Aanvankelijk wordt meestal de *exegetisch-historische* methode gebruikt: exegese van de afzonderlijke wetsbepalingen in het licht van de historische ontwikkeling van de tekst. Critici van die werkwijze gaan een *dogmatisch-historische* methode hanteren. Daarbij wordt de dogmatische geschiedenis opgespoord van de instellingen die in de afzonderlijke wetsbepalingen zijn geregeld. Bovendien moet de dogmatische behandeling ook *systematisch* zijn, zodat de afzonderlijke wetsbepalingen in het systeem van het gehele wetboek worden ondergebracht.

De legisten in deze tweede periode zijn de hoogleraren Diephuis, Opzoomer en J.A. Fruin, daarnaast ook de advocaten Kappeyne van de Coppello en A. de Pinto. Jansen noemt hier ook prof. C. Asser, maar die publiceerde vrijwel uitsluitend pas in de volgende periode. Prof. Van Boneval Faure lijkt Jansen zowel tot de legisten als tot de antilegisten te rekenen (resp. p. 78-80 en 95-97). Dat Faure in de jaren '60 als eerste in Nederland rechtspraak ging annoteren, kan moeilijk een argument zijn om hem niet langer als legist aan te merken.

38 Op p. 62 is kennelijk een fout ingeslopen; men moet daar lezen "Bij frictie tussen wet en billijkheid 'won' de wet" (niet: 'won' de billijkheid).

Tot de antilegisten in deze tweede periode behoort een hoogleraar burgerlijk recht, J. van Hall, maar vooral hoogleraren Romeins recht en / of handelsrecht, zoals Holtius, J. de Wal, Goudsmit en W. Modderman, en praktijkjuristen zoals Hingst en Levy.

21 Paragraaf 2.5 heeft als misleidend opschrift 'De juridische literatuur tussen 1838 en 1880'. Alleen wetsedities en juridische tijdschriften komen hier ter sprake, niet de verdere litteratuur, zoals handboeken, proefschriften, oraties, etc. Over de beoefening van de privaatrechtswetenschap in die wetsedities en tijdschriften vernemen we overigens nagenoeg niets. Een uitzondering is het 'legistisch geluid' van de advocaat Lipman in zijn editie van het BW vergeleken met het Romeinse en Franse recht (p. 106).

In paragraaf 2.6 documenteert Jansen de sterke Franse invloed op de Nederlandse legisten: eerst die van de *École romaniste*, vanaf ca. 1850 die van de *École de l'exégèse*; ook de 33 delen van de *Principes de droit civil* (1869-1879) van de Belg Laurent vonden hun weg naar de Nederlandse legisten. De steeds weer in dit verband geciteerde *bon mot* '*je ne connais pas le droit civil, je n'enseigne que le Code Napoléon*' wordt nu gelukkig niet meer aan Laurent toegeschreven³⁹, maar – met juistheid – aan [Jean-Joseph] Bugnet [, hoogleraar aan de universiteit van Parijs, 1822-1866].

In de concluderende paragraaf 2.7 constateert Jansen voor de privaatrechtelijke wetenschap na 1850, zoals A. van Oven dat had gedaan voor de wetenschap van het handelsrecht, dat het accent is verschoven van de rechtshistorie om wille van zichzelf naar de dogmatische rechtshistorie, rechtshistorisch onderzoek dat een dogmatische bijdrage aan het hedendaagse recht geeft. Tegelijkertijd ziet men zowel in het legistische kamp (Opzoomer) als in het antilegistische (Hingst, W. Modderman, Levy) het bezwaar tegen een doorgeschoten dogmatisme dat de werkelijkheid uit het zicht heeft verloren, tegen het ontstaan van een kloof tussen theorie en praktijk, als gevolg van de Duitse neiging tot abstractie.

22 Jansen bericht ons sporadisch over discussies aangaande andere onderwerpen van burgerlijk recht dan de rechtsbronnenleer, en als hij het doet, horen we vrijwel nooit wat die discussie dan inhield. In hoofdstuk 2 komen maar twee zulke discussies voor het voetlicht. De eerste betreft de opvattingen van Duymaer van Twist⁴⁰ (1838), Goudsmit (1848) en Opzoomer (1844-1857) over

39 Zoals nog in *Geleerd recht* 2011 (hierboven, nt. 6), p. 136.

40 Duymaer van Twist is volgens Jansen een hoogleraar Romeins recht. Het gaat hier echter noch om de Groninger hoogleraar A.J. Duymaer van Twist (†1820) noch om diens oudste

art. 2014 BW⁴¹ (resp. *usucapio*, *quasi-usucapio* en *quasi-praescriptio*), die Jansen aan Salomons (1997) heeft ontleend (p. 105). Jansen geeft Opzoomers opvatting van art. 2014 – *quasi-praescriptio* – onjuist weer als ‘een langjarige verkrijgende verjaring’; Opzoomer heeft het nu juist over een nuljarige extinctieve verjaring. De tweede is de opvatting van Diephuis (1880), die op Demolombe is geïnspireerd, over de *numerus clausus* van zakelijke rechten (1880); Jansen heeft haar bij Struycken (2007) gevonden (p. 118).

23 Van de wetenschappelijke productie uit de periode 1838-1880 die Jansen noemt, releveer ik enkele commentaren, hand-, praktijk- en leerboeken (die Jansen deels al in hoofdstuk 1 had genoemd): A. de Pinto, *Handleiding tot het Burgerlijk Wetboek* (1837-1838); Van Assen, *Leiddraad* voor zijn college over het BW (1846); Nienhuis, *Akademische voorlezingen* over het BW, onvoltooid, (1849-1854); Opzoomer, *Het Burgerlijk Wetboek, Aanteekening op de artikelen die thans nog verklaring behoeven*, in 3 delen (1849-1853); J. van Hall, *Handleiding voor het burgerlijke recht volgens het BW*, die niet verder komt dan art. 374 BW (1851-1856); Diephuis, *Handboek voor het Nederlandsch burgerlijk regt*, in 3 delen (1862-1864); Van Boneval Faure, *Het Burgerlijk Wetboek, Handleiding bij het college* (1872-1874); en de grote commentaren: van Diephuis, *Het Nederlandsch burgerlijk regt naar de volgorde van het BW*, in 9 delen (1844-1855), en *Het Nederlandsch burgerlijk regt*, in 13 delen (1869-1891)⁴², dat bekend kwam te staan als Diephuis’ *Systeem*⁴³; en van Opzoomer, *Het Burgerlijk Wetboek verklaard* in 11 delen, onvoltooid, (1865-1887).

4 De periode 1880-1910

24 Hoofdstuk 3 (1880-1910) heeft negen paragrafen. In paragraaf 3.1 komt het academisch onderwijs weer ter sprake. Paragraaf 3.2 is gewijd aan de ‘vrije rechtsvinding’, de naam die volgens Jansen de ‘antilegistische stroming’ ca. 1880 krijgt. Exegese en dogmatiek blijken niet toereikend om de wet op de nieuwe

zoon, hoogleraar te Deventer, maar om de jongste zoon, A.J. (ook wel A.I.) Duymaer van Twist, geen hoogleraar, in 1838 nog advocaat en later onder meer Gouverneur-Generaal van Indië (1851-1856), berucht uit de *Max Havelaar*.

41 Duymaer van Twist schreef nog over art. 2279 *Code civil*, waarop art. 2014 BW is gebaseerd.

42 Jansen is niet de enige die het 13e deel in 1890 dateert (p. 82), maar het is toch echt van 1891.

43 Jansen vergist zich als hij Fruins kritiek op het weinig stelselmatige karakter betreft op dit werk (p. 82); die kritiek, geuit in 1863 (zie p. 67 nt. 27), gaat zes jaar vooraf aan het jaar waarin het eerste deel van het *Systeem* verscheen, en betreft dan ook deel 1 van Diephuis’ *Handboek* van 1862.

maatschappelijke ontwikkelingen toe te passen. De ideeën van de vrije rechtsvinding hangen nauw samen met het *empirisch positivisme* van de natuurwetenschappen, dat de wind in de zeilen heeft dankzij het succes van Darwins evolutieleer (1859). Ihering had bevestigd dat ook het recht een evolutionaire ontwikkeling vertoonde (*Der Zweck im Recht*, 1877). Ook de rechtswetenschap moet gaan berusten op *empirische waarneming*, namelijk waarneming van bijv. het sociale leven, het 'ethisch bewustzijn', het gemeenschappelijk rechtsbewustzijn van het volk, en zo meer. In de plaats van, of ten minste naast, de traditionele *deductieve* methode moet de *inductieve* methode worden gehanteerd. De oplossing van een rechtsvraag moet niet (alleen) door deductie uit de wet worden gevonden, maar (ook) door inductie vanuit het maatschappelijke leven of vanuit het concrete geval. Jansen kan niet pretenderen dat zijn beschrijving en toelichting van de ideeën van de afzonderlijke vrije rechtsvinders helder is. Hij is hier kennelijk niet in zijn element. De subparagraaf 3.2.4, over de plaats van het gewoonterecht, betreft – op een geschrift uit 1909 na – publicaties van na 1910, die dus niet in dit hoofdstuk op hun plaats zijn.

De eerste antilegist en aanhanger van de vrije rechtsvinding in de derde periode is Hamaker, die het meest van allen wordt geraakt door het empirisch-positivisme. We vernemen (p. 129 nt. 14) dat Hamaker in zoverre een voorloper in Opzoomer heeft, dat de laatstgenoemde al sterk onder de indruk was van het empirisch-positivisme. Dat heeft Jansen aan Kop, *Legisme* (hierboven, nt. 12), p. 34, ontleend, die verwijst naar een boek van Opzoomer uit 1851. Waarom dat dan bij Opzoomer niet maar bij Hamaker wél tot vrije rechtsvinding leidt, had ik graag van Jansen gehoord. Aan Hamakers kant plaatst Jansen verder de hoogleraren A.E.J. Modderman, Moltzer, H.L. Drucker, Treub, Molengraaff en J.F. Houwing, en de bestuursambtenaar J.P. Fockema Andreae. Ook Levy, al actief in de periode vóór 1880, wordt nu blijkbaar als vrije rechtsvinder aangemerkt. Jansen noemt hier nog andere antilegisten (professor Hijmans en de praktijkjuristen Verkouteren en Hartzfeld), maar die horen in de vierde periode thuis. Onduidelijk blijft of Jansen alle vrije rechtsvinders ook tot de empirisch-positivisten rekent. Aan het eind van het hoofdstuk toont Jansen ons Levy als aanhanger, met Moltzer, Molengraaff en J.F. Houwing, van de opvatting dat de rechter *praeter legem* recht mag en moet spreken. Wij vernemen dat Levy Hamaker bestrijdt op het punt waar de laatste de 'maatschappelijke ordening' tot uitgangspunt neemt; Levy zelf, trouw aan de ideeën van de Historische School, gaat uit van het recht. Een duistere passage! Jansen licht haar niet behoorlijk toe, en vooral laat hij na te berichten dat Levy met name bezwaar heeft tegen Hamakers opvatting dat de rechter ook *contra legem* recht mag spreken.

25 In paragraaf 3.3 gaat het over het *legisme* in de periode 1880-1910, niet meer dominant maar nog altijd sterk. De legisten in deze derde periode, legisten van de ‘tweede generatie’, zijn de hoogleraren Van Boneval Faure en C. Asser (die we al in de periode vóór 1880 tegenkwamen) en Land, de leden van de Hoge Raad A.A. de Pinto, Coninck Liefsting en Eijssell, notaris Miseroy en de advocaat en politicus Veegens.

In het hele hoofdstuk gaat het weer in den brede over de rechtsbronnenleer, in het bijzonder over de ruimte die aan de gewoonte en de rechtspraak mag toekomen. Evenwel, van een aantal andere onderwerpen van burgerlijk recht dan de rechtsbronnen, horen we nu niet alleen dat erover geschreven wordt, maar af en toe ook wát erover geschreven wordt. Zo W. Modderman over vertrouwen als grondslag van contractuele gebondenheid (1880, p. 141) en Molengraaffs beroemde verdediging van een ruim begrip ‘onrechtmatig’ voor de delictuele aansprakelijkheid (1887) en de bestrijding daarvan, met name ter wille van de rechtszekerheid, bij Land (1896, p. 157-159). Zo ook het verzet van Eijssell tegen het begrip collectieve arbeidsovereenkomst (1905, p. 166-167; daaraan wordt op p. 282-283 toegevoegd dat Eijssell zich in 1906 gedwongen ziet de *cao* juridisch te erkennen; helaas blijft in nevelen gehuld hoe dat dan geschiedde). Ik signaleer nog de discussie tussen Naber en A.A. de Pinto over de anomalie van de in art. 1507 BW neergelegde nietigheid van koop van anderenmans goed (1893-1894, p. 159-160), Coninck Liefstings opvattingen over de rechtsgrond van contractuele verbintenissen, alsmede, in verband met art. 2014, over bezit (1890, resp. 1869, p. 162-164).

26 Hoofdstuk 3, paragraaf 3.4, bericht over de hoogleraren Romeins recht tot 1910.

Paragraaf 3.5 releveert de discussie over de rol van het recht inzake de ‘sociale kwestie’ en de totstandkoming van de nieuwe regeling van de arbeidsovereenkomst in het BW (ingevoerd in 1909), alsmede over de plaats die het empirische onderzoek hierbij in de rechtsleer verwerft.

Paragraaf 3.6 biedt een samenvatting van de discussie die volgens Jansen (p. 192) ertoe leidt dat na 1883 buiten twijfel staat dat het handelsrecht geen zelfstandig onderdeel van het privaatrecht is (hetgeen overigens pas in 1935 zou resulteren in de verwijdering uit de wet van de ‘koopman’ en de ‘daad van koophandel’). Deze bewering van Jansen staat haaks op de even verderop (p. 193-194) gedane constatering dat die twijfel in 1890-1893, tijdens de behandeling van Molengraaffs ontwerp-Faillissementswet, bij de Tweede en Eerste Kamer nog wel degelijk bestond, al werd hij uiteindelijk overwonnen.

In paragraaf 3.7 passeren voor deze periode de juridische tijdschriften de revue. Afgezien van een algemene opmerking zoals dat de kloof tussen recht

en werkelijkheid moet worden gedicht, vindt Jansen het opnieuw niet nodig te rapporteren over de in die periodieken neergeslagen beoefening van de privaatrechtswetenschap.

Een uitvoerige paragraaf 3.8 wordt besteed aan de in deze periode zeer grote Duitse invloed. De pandektistiek, de *Freirechtsbewegung* en vanzelfsprekend het *BGB* van 1900 genoten in Nederland belangstelling en weerklank. Een groot aantal Duitse auteurs en stromingen en blijken van Nederlandse aandacht ervoor wijst Jansen aan, meestal echter zonder dat hij concrete resultaten in de Nederlandse privaatrechtswetenschap erbij noemt. Als gevallen van Duitse inspiratie noemt hij (p. 198-199) bijv. Molengraaffs ruime uitleg van 'onrechtmatig' (1887), de bezitsleer van P.R. Feith (1875), Moltzers dissertatie over het derdenbeding (1876), H.L. Druckers geschrift over de rechtshandeling (1882), en Paul Scholtens dissertatie over schadevergoeding buiten overeenkomst en onrechtmatige daad (1899). Afgezien van Molengraaffs geval evenwel, horen we niet wat die inspiratie nu eigenlijk uitrichtte.

27 In Hoofdstuk 3, slotparagraaf 3.9, meent Jansen tegen het eind van de periode 1880-1910 een verbreid besef aan te treffen van de sterke wijziging die de maatschappelijke verhoudingen en behoeften hebben ondergaan en van de noodzaak van daarmee corresponderende verandering van het recht. Milo heeft aangetoond dat de verwijzingen naar Romeins recht in de periode 1850-1880 nog 19% uitmaakten van alle verwijzingen naar Nederlands recht of andere rechtsstelsels, maar in de periode 1880-1910 terugliepen naar 6%⁴⁴. Jansen betoogt nu dat, al moge het rechtstreekse beroep op Romeins recht in deze periode zijn afgenomen, het indirecte beroep erop, namelijk op het in Duitsland ontwikkelde '*heutige Römische Recht*', geenszins afnam; hij staft dit echter niet. Daarnaast ontleent hij aan Milo dat de verwijzingen naar Frans recht nog altijd talrijk zijn gebleven: 16% van alle verwijzingen naar Nederlands recht of andere rechtsstelsels is in deze periode nog verwijzingen naar Franse bronnen⁴⁵. Mij komt deze kwantitatieve beargumentering in dit geval dubieus voor. Het onderzoek van Milo heeft betrekking op vier onderwerpen van zaken- en verbintenissenrecht, en strekt zich uit, wat de periode 1880-1910 betreft, over tien jaargangen van *Themis* en twee van het *Rechtsgeleerd Magazine*, en verder over geen enkel handboek, commentaar of andere literatuurvorm⁴⁶. Leent dit onderzoek zich ervoor conclusies te trekken, zoals Jansen

44 J.M. Milo, *Het rechtsvergelijkende argument in de ontwikkeling van het Nederlandse vermogensrecht 1838-1940, Aansprakelijkheid voor zaken, artikel 2014, publiek domein en de relativiteit van de onrechtmatige daad*, [dissertatie Maastricht], Morsel (B) 1997, p. 169.

45 Milo, *ibidem*.

46 Milo, p. 228-234, in het bijzonder onder "D. De derde periode (1880-1910)".

doet, aangaande de gehele Nederlandse privaatrechtswetenschap in deze periode? Jansen meldt nog dat ook over Engelse contemporaine ontwikkelingen in de Nederlandse literatuur heel wat werd bericht, bijv. inzake bezit, faillissement en arbeidsverhoudingen.

28 Midden in paragraaf 3.2 is een soort synthese van hoofdstuk 3 verdwaald geraakt (p. 130-131). Het legisme wordt vanaf 1880 minder aantrekkelijk en de vrije rechtsvinding wint juist aan kracht. Jansen verklaart dit als volgt. De wetgever kan de snelle sociaal-economische ontwikkelingen niet bijhouden; een poging tot algehele hercodificatie van het burgerlijke recht strandt ca. 1900 (pas op p. 152-154 vernemen we dat die poging in 1880 begint en hoe zij verloopt tot 1899). Daardoor moeten de rechter en de wetenschapsbeoefenaar hun oren te luisteren leggen bij het sociale leven. Een en ander bevordert de erkenning van de rechtspraak als rechtsbron en leidt tot grotere distantie van het Burgerlijk Wetboek.

29 Van de commentaren, hand-, praktijk- en leerboeken uit de periode 1880-1910 releveer ik de volgende:

- Van Diephuis' *Systeem* komen enkele delen pas uit in de jaren '80 en het laatste, 13e, deel in 1891.
- Van Opzoomer, *Het Burgerlijk Wetboek verklaard*, verschijnt een aantal van de door Opzoomer zelf geschreven 11 delen pas in de jaren '80; het werk is na Opzoomers dood (1892) met de delen 12-16 door Levy voltooid, 1892-1911, en Levy bezorgt na 1892 ook de 2e druk vanaf deel 9.
- De Asserserie is begonnen als leerboek. Het eerste deel, *Personenrecht*, verschijnt in afleveringen, 1878-1885. Het tweede deel, *Zakenrecht*, is met de laatste aflevering in 1890 voltooid (p. 93-94). Asser schrijft beide delen met medewerking van Ph.W. van Heusde en bezorgt in de volgende jaren nog een tweede en derde druk. Jansen bericht niet dat Asser zelf, opnieuw met medewerking van Van Heusde, na 1890 tot zijn dood, eind 1898, ook nog een groot gedeelte van het derde deel, *Verbintenissen*, heeft geschreven, 430 p. (art. 1269-1387 BW alsmede koop en enkele andere bijzondere contracten) waarvan de zesde aflevering posthuum in 1900 uitkomt. Het derde deel is door J. Limburg voltooid in afleveringen, 1900-1907. Vanaf 1905 bezorgt Paul Scholten nieuwe drukken van het *Zakenrecht*, vanaf 1908 ook van het *Personenrecht*. De zojuist genoemde werken plaatst Jansen nog in hoofdstuk 2 (p. 93-94) hoewel alleen de eerste aflevering van Assers *Personenrecht* vóór 1880 is gepubliceerd.
- In hoofdstuk 3 komen nog twee van deze soort werken aan de orde. Ten eerste de *Verklaring* van Land in zes delen, 1889-1894, aangevuld

- door een *Inleiding tot de Verklaring*, 1899, ongewijzigd herdrukt 1910 (p. 156-157). Land heeft de 2e, herziene druk van de delen 2 en 3, zaken- en erfrecht, nog bezorgd, 1901-1902; na zijn dood (1903) wordt in deze periode de 2e druk van deel 4, het algemene deel van het verbintenissenrecht, bezorgd door W.H. de Savornin Lohman, 1907, en die van deel 1, personenrecht, door Star Busmann grotendeels in 1910 (de rest pas in 1914).
- Ten slotte de Veegens-Oppenheimserie, *Schets van het Nederlandsch burgerlijk recht* (p. 171-172). Alleen de eerste twee delen van dit praktijk- en leerboek, *Personenrecht* 1906 en *Zaken- en erfrecht* 1909, komen uit de pen van de advocaat en politicus J.D. Veegens, die in 1910⁴⁷ overlijdt; in de volgende periode zal de serie worden voortgezet door A.S. Oppenheim.

5 De periode 1910-1940

30 Hoofdstuk 4 (1910-1940) bestaat uit zeven paragrafen. In paragraaf 4.1 krijgt het academisch onderwijs weer enige aandacht. Paragraaf 4.2 is getiteld 'het legisme tussen 1910 en 1940', maar opent met de inspanningen van T.M.C. Asser voor de totstandkoming van ipr-verdragen en het streven naar eenvoudige wereldprivaatrecht, afgebroken door de Eerste Wereldoorlog. Dat heeft niets met legisme te maken. De rest van de paragraaf is aan Meijers en Suijling gewijd, de laatste zonder twijfel een onvervalste legist.

Voor Meijers heb ik moeite met de kwalificatie legist, maar Jansen heeft gelijk waar hij Meijers dichter bij het legisme dan bij de vrije rechtsvinding situeert. Meijers' proefschrift (1903) en zijn *De algemene begrippen van het burgerlijke recht* (1948 – ruim na afloop van Jansens vierde periode) worden vermeld (p. 227-228, resp. p. 229), maar over de inhoud van beide werken vernemen wij niets (wat Jansen over Meijers' 'normaaltypen' vermeldt, situeert hij niet in laatstgenoemd werk maar in eerdere geschriften, vroeger dan de werken van Max Weber en Wittgenstein waarin soortgelijke begrippen zijn ontwikkeld). Vanzelfsprekend staat Jansen stil bij Meijers' ideeën over codificatie. Die moet niet partieel maar geheel zijn. Nieuwe maatschappelijke beginselelen moeten bij voorkeur in de wet zijn erkend alvorens de rechter ze toepast; zijn ze al in de rechtspraak toegepast, dan moeten ze in de wet worden vastgelegd. De wet moet wél, door 'open normen' op te nemen, ruimte bieden om het recht socialer en ethischer te laten zijn. Jansen ontleent aan Salomons (1997) dat Meijers met zijn uitbanning van de overdracht tot zekerheid (mede) beoogt het recht socialer te maken: concurrente schuldeisers worden bena-

47 Jansen vindt dat "niet snel" na 1909 (p. 171).

deeld door de schijn van kredietwaardigheid van de kredietnemer, die in werkelijkheid zijn zaken tevoren door 'een levering *constitutum possessorium*' (*sic*⁴⁸) tot zekerheid had vervreemd.

Suijling noemt zelf zijn methode *empirisch-positivistisch*. Zijn werkwijze is (niettemin) legistisch à outrance. Wat Suijling aangaat, kunnen het verleden, zoals Gaius, 'zoon van de warme Oosterstranden'⁴⁹, de Digesten, het Franse en het oudvaderlandse recht, niet helpen bij de uitleg van het geldende recht. Voor de rechter kunnen zijn persoonlijke inzicht en geweten in beginsel evenmin rechtsbron zijn, maar bij uitzondering mag de rechter toch beslissen naar een regel die hij, niet uit de wet, maar uit zijn geweten, de behoeften van het verkeer, de billijkheid of de historische ontwikkeling afleidt. Jansen zegt er niet bij, maar het valt bij Suijling zelf te lezen⁵⁰, dat het dan moet gaan om een werkelijke leemte in het wetboek, en dat zo'n regel van eigen maaksel 'rechtskwaliteit' ontbeert. Suijlings werkwijze komt overeen met die van de Duitse pandektisten. Volgens Jansen introduceerde hij in Nederland tal van leerstukken uit de Duitse, Zwitserse en Franse litteratuur, zoals de *Anwartschaft*, wilsrechten, de zakelijke overeenkomst, etc. Iets teveel lof voor Suijling. In elk geval is de zakelijke overeenkomst al vóór Suijling in Nederland bekend. Den Dulk heeft dat begrip al aangetroffen bij J.A. Fruin (1859) en verder bij Goudsmit (1866), Diephuis (1888), C. Asser (1890-1898) en Paul Scholten (1905)⁵¹.

31 Ik sta nog even stil bij Meijers. Ik gaf Jansen (hierboven, n° 30) gelijk waar hij Meijers dichter bij het legisme dan bij de vrije rechtsvinding situeert. Voor Meijers immers bindt de wet de rechter, staat rechtszekerheid centraal en is ongeschreven recht alleen rechtsbron als de wet ernaar verwijst. Jansen vergist zich echter als hij beweert (p. 226) dat Meijers rechterlijke rechtsvinding die niet teruggaat op de beginselen die de wetgever heeft geformuleerd, ontoelaatbaar acht. Meijers vindt immers wel degelijk de door hem zo genoemde 'vrije rechtspraak' noodzakelijk, en dat betekent dat in de talloze gevallen die zich in de praktijk voordoen, waarvoor geen beslissing in de wet kan worden gevonden, de rechter op grond van eigen appreciatie en eigen inzicht moet beslissen

48 De uitdrukking "levering *constitutum possessorium*", m.i. taalkundig onmogelijk, gebruikt Jansen op p. 238, 263 en 319; men leze liever: levering '*constituto possessorio*', 'per *constitutum possessorium*' of 'door middel van *constitutum possessorium*'.

49 Verhaspeld tot "Oostenstranden", p. 241.

50 Suijling, *Inleiding tot het burgerlijk recht*, 1e stuk, 1e gedeelte, 2e druk 1927, n° 28 (gehandhaafd in de 3e druk 1948).

51 J.L. den Dulk, *De zakelijke overeenkomst* (...), [dissertatie Groningen], [Privaatrechtelijke begrippen, 10], Alphen a.d. Rijn 1979, p. 9, 16 (met nt. 31 op p. 142) en 24. In voornoemde nt. 31 verwijst Den Dulk naar Asser-Limburg, 1905, p. 190 en 371; deze pagina's zijn nog van de hand van Asser en de desbetreffende afleveringen zijn nog vóór 1900 verschenen.

wat recht is (aldus reeds in zijn inaugurele oratie, 1910: Meijers, *Verzamelde Privaatrechtelijke Opstellen*, 1, p. 3). Daarbij gaat het niet alleen om ‘open’ normen (zoals goede trouw in de zin van redelijkheid en billijkheid, goede zeden, openbare orde) maar ook om leemten in de wet. De rechter moet (ook) bij een leemte in de wet een afweging maken van de betrokken onderscheiden individuele belangen en het algemene belang, waarbij hij dient te worden voorgelicht door de rechtswetenschap (Meijers, *Verzamelde Privaatrechtelijke Opstellen*, 1, p. 3 en 25). Juist is intussen dat Meijers – anders dan bijv. H.L. Drucker en Molengraaff – in zulke ‘nieuwe’ gevallen (gevallen die zich nog niet hadden voorgedaan toen de wet tot stand kwam) de rechter wél aan de wet gebonden acht. Jansen markeert verder terecht Meijers’ frequente beroep op de rechtsgeschiedenis bij de uitleg van afzonderlijke BW-bepalingen. Het zou verhelderend zijn geweest als Jansen dit in verband had gebracht met wat Meijers verstaat onder wetsinterpretatie, namelijk het zoeken naar de juiste bedoeling van de wetgever. Dat zoeken houdt niet op met het raadplegen van de wetsgeschiedenis maar moet zich uitstrekken tot de hele traditie die aan de wetsbepaling voorafgaat, zo nodig tot in het Justiniaanse recht⁵².

32 Hoofdstuk 4, paragraaf 4.3, wendt zich tot de vrije rechtsvinding. Antilegisten uit deze periode die Jansen al in hoofdstuk 3 had opgenomen, maar die m.i. overwegend pas in de periode vanaf 1910 optreden, zijn Hijmans, Van Goudoever en J.P. Fockema Andreae [Jr.]. Nu komen Paul Scholten, Bellefroid, Van der Heijden, Eggens, Telders en anderen erbij.

Drie algemene aspecten van Paul Scholtens wetenschappelijke werkwijze haalt Jansen naar voren: dogmatische systematisering die zich evenwel moet aanpassen als de billijkheid dat vordert; het zoeken naar de ethische eisen die aan het recht zijn gesteld en daarin tot uitdrukking komen (voor die eisen gebruikt Scholten de term ‘rechtsbeginselen’; een misleidende term, want die eisen zijn zelf geen recht); de opvatting dat de beslissing van de rechter altijd zowel rationeel is als een irrationeel element bevat. In Scholtens *Algemeen Deel* van de Asserserie (1931) wordt uitgelegd dat het irrationele element tevens subjectief is, daar de rechter zijn beslissing bereikt door de fameuze ‘sprong’ te maken, welke sprong ten slotte wordt geleid door zijn geweten.

Van Eggens noemt Jansen onder meer diens kritiek op Opzoomer, aan wie hij verweet te abstraheren van de geest van de wet en van de veranderingen die in de omstandigheden en maatschappelijke verhoudingen optreden nadat

52 Vergelijk J. Lokin, *De plaats van Meijers in de legistische traditie*, in: Lokin, *Tekst en uitleg, Opstellen over codificatie en interpretatie naar aanleiding van de invoering van het nieuwe Burgerlijk Wetboek*, Groningen 1994, p. 143-170, op p. 159-160.

de wet tot stand is gekomen. Ook laakt Eggens bij Opzoomer en de zijnen dat zij de rechtvormende taak van de rechtswetenschap, z.i. juist haar belangrijkste taak, laten liggen. Jansen bericht uitvoerig over de invloed van Hegel (of liever die van Bolland en Hessing) op Eggens. Hij laat echter niet zien tot welke opvattingen over afzonderlijke rechtsfiguren van het burgerlijke recht die invloed leidt. Jansen wijst wél, met Telders en Kop, naar Eggens' – m.i. niet zelden weerzinwekkende, quasi-diepzinnige – taalgebruik als vrucht van de Hegeliaan Hessing (p. 250). Van Van der Heijden signaleert Jansen onder meer dat bij hem de dogmatiek, waaraan hij sterk hecht, altijd dienstbaar moet zijn aan de rechtspraktijk en zich moet laten dragen door rechtsgeschiedenis en rechtsvergelijking.

Na 1910 wordt door velen aanvaard dat vaste rechtspraak niet alleen kenbron van recht maar ook rechtsbron is. De afsluitende bladzijden van 4.3 beschrijven de (weinige) wetgeving, de stoutmoedige rechtspraak en het wetenschappelijke debat over zakelijke zekerheid op roerende zaken, in het bijzonder herverpanding en fiduciaire eigendomsoverdracht⁵³.

33 Ook bij Paul Scholten sta ik nog even stil. Jansen treft het juiste niet geheel waar hij als Scholtens 'beroemde bekentenis' releveert 'dat niet het individuele geweten (...) het laatste woord sprak, maar het christelijke geloof, waaraan het geweten onderworpen was' (p. 248). Scholten 'bekent' inderdaad dat het individuele geweten niet het laatste woord spreekt maar op zijn beurt aan een 'zekerheid daarboven' is onderworpen. Hij noemt dan echter voor die 'zekerheid daarboven' niet alleen het christelijke geloof. Dat is wel zijn tweede mogelijkheid, maar als eerste mogelijkheid wijst hij op de 'rechtsidee' van het idealisme, met name in zijn Hegeliaans-pantheïstische vormen, waarin de 'wereldgeest' zich verwerkelijk (Scholten, *Algemeen Deel*, 3e druk 1974, p. 134-135; niet anders dan de 1e druk van 1931). Uit andere geschriften van Scholten valt af te leiden dat hij persoonlijk voor zijn tweede mogelijkheid koos, maar in het *Algemeen Deel* schrijft hij dat niet.

Jansen heeft het kort over kritiek die vooral werd geuit op Scholtens opvatting over de rechtvormende taak van de rechter naast die van de wetgever (p. 248-250). Die kritiek zou van legistische zijde zijn gekomen; onduidelijk is wie hij op het oog heeft. Hij noemt J.C. van Oven, Rengers Hora Siccama, Hoetink en Meijers. De eerste kan het niet zijn. Siccama is in zijn bespreking van het *Algemeen Deel* nauwelijks kritisch als hij opmerkt dat de rechtszekerheid niet erop vooruitgegaan was door de ruime invulling van vage begrippen als

53 Met de vlag 'vrije rechtsvinding' waaronder deze paragraaf vaart, valt deze lading weer niet te dekken.

‘onrechtmatig’ en ‘goede trouw’. Onjuist is dat Hoetink (1933) zich een criticus betoonde. Weliswaar noemt Hoetink de rechterlijke vrijheid riskant in een tijd waarin de zedelijke, godsdienstige en sociale opvattingen uiteen zijn gaan lopen, maar hij acht dat kennelijk onvermijdelijk en onderschrijft uitdrukkelijk Scholtens conclusie dat de beslissing in een concreet geval mede afhangt van eigen gevoel en inzicht van de rechter. Ten slotte vergist Jansen zich als hij schrijft dat Meijers afstand nam van Scholtens opvatting op dit punt (p. 249). De passage van Meijers (1949) die hij aanhaalt, houdt juist uitdrukkelijk in dat de rechter als gevolg van de veroudering van het wetboek ongeschreven recht aan zijn uitspraken ten grondslag moet leggen. Het verschil tussen Meijers en Scholten betreft niet de rechtvormende taak van de rechter en het belang van de rechtszekerheid, maar de taak van de wetgever: die moest volgens Meijers overgaan tot algehele, niet slechts partiële, hercodificatie van het privaatrecht.

34 Hoofdstuk 4, paragraaf 4.4, kwam hierboven (n^o 5) al ter sprake. Volgens zijn titel moet deze paragraaf de ‘invloed en inbreuk van het publiekrecht op het burgerlijk recht’ behandelen. In feite gaat het hier niet alleen over publiekrechtelijke maar ook over dwingend-privaatrechtelijke beperkingen van de eigendoms- en contractsvrijheid, in de periode 1910-1940 door een reeks wetten ingevoerd. Het meeste is van belang voor bijv. de geschiedenis van het privaatrecht maar niet voor de geschiedenis van de privaatrechtswetenschap, en hoort dus niet thuis in dit boek. Bij uitzondering wordt ons toch iets van een wetenschappelijke discussie gemeld: over de Geldschieterswet (Ribbius e.a.) en over de vraag of de wettelijke beperkingen publiekrechtelijk of dwingend-privaatrechtelijk moeten zijn. Wat betreft de eigendomsvrijheid, worden ons Duitse ontwikkelingen voorgehouden, maar over hun belang voor Nederland wordt volstaan met de mededeling dat volgens Valkhoff eenzelfde ‘vermaatschappelijking’ van de eigendom als in Duitsland heeft plaatsgevonden. Een interessant gedeelte van subparagraaf 4.4.5 is uitgetrokken voor de cao. In het vorige hoofdstuk (p. 166-167) kwam Eijssells vergeefse verzet tegen het begrip collectieve arbeidsovereenkomst ter sprake. Nu komen de uiteenlopende wijzen waarop Meijers en anderen de cao wilden construeren, aan de orde. De rest van de subparagraaf gaat over de regeling van de cao en haar algemeen-verbindendverklaring in de wetten van 1927 en 1937, maar een eventuele wetenschappelijke discussie daarover blijft buiten beeld. De afsluitende subparagraaf geeft een (weinig heldere) opsomming van factoren die het Nederlandse burgerlijke recht in deze periode hebben veranderd. Daardoor is in plaats van de vroeger heersende liberale, individualistische visie nu een ‘organische’, ‘universalistische’ visie getreden, waarin de gemeenschap de voorrang krijgt op het privaatrecht en de privaatautonomie.

35 In paragraaf 4.5 gaat het weer uitvoerig over de juridische tijdschriften, nu het *Weekblad van het Recht*, de *Nederlandse Jurisprudentie* en het *Nederlands Juristenblad*. Rechtswetenschap is daarin te vinden, zowel in artikelen als in noten bij rechtspraak, maar inhoudelijke inlichtingen daarover verstrekt Jansen niet. Per 1 januari 1936 ging het *Weekblad van het Recht* op in de *Nederlandse Jurisprudentie*, maar nog acht jaar bleef de tekst van de *NJ* zowel in het oude formaat van de *NJ* als in dat van het *Weekblad*, en ook met behoud van de beide titels, verschijnen. Jansens bericht (p. 293) dat deze dubbeluitgave in 1938 verdween, berust op een vergissing: ze is blijven bestaan tot het eind van 1943.

36 Interessante informatie over vreemde invloed op de Nederlandse burgerlijkrechtelijke wetenschap wordt geboden in Hoofdstuk 4, paragraaf 4.6, en Jansen vertelt nu ook waartoe die invloed leidt. Wat de Duitse invloed betreft, gaat het bijv. om de volgende onderwerpen. In het algemene vermogensrecht de verbreiding van de leer van de rechtshandeling. In het zakenrecht de beperking van de bescherming van art. 2014 lid 1 BW tot de verkrijger die is afgegaan op de schijn van beschikkingsbevoegdheid⁵⁴ van de vervreemder. In het overeenkomstenrecht de discussie over de vraag of het aanbod al dan niet herroepelijk is. In het delictuele aansprakelijkheidsrecht – vooral – de verdere lotgevallen van Molengraaffs ruime opvatting van ‘onrechtmatig’, maar ook de leer van de *Schutznorm* of het relativiteitsvereiste. Wat de veel minder grote Engelse invloed aangaat, noemt Jansen de trust en de trusthypotheek en de aanloop naar de Geldschieterswet. Over de Franse invloed meldt Jansen dat weliswaar in Nederland de *Cours élémentaire* van Colin en Capitant en de *Traité élémentaire* van Planiol veel werden aangehaald, maar dat hij de Franse literatuur in Nederland minder is tegengekomen dan de Duitse. We horen weer niet wat de Franse inspiratie in Nederland uitricht.

37 Hoofdstuk 4, paragraaf 4.7, heet ‘conclusie’, maar voert vooral nieuw materiaal aan, zonder daaraan een conclusie te verbinden. Voor de wetenschap in deze periode acht Jansen allereerst kenmerkend systematisering van de overvloedige rechtspraak waarin de bepalingen van het BW ruimer dan vroeger worden uitgelegd, en die ook vaak ‘schuurt’ met de wetstekst. Die rechtspraak wil recht doen aan sociale ontwikkelingen waarop het BW bij zijn totstandkoming nog niet bedacht kon zijn geweest. Bovendien acht Jansen kenmerkend, als ik het goed zie, dat de wetenschap het nu als haar taak beschouwt de rechter en de wetgever voor te lichten over nieuw te vormen rechtersrecht en

54 “Beschikkingsonbevoegdheid”, p. 296, moet een schrijffout zijn.

wettenrecht. Naar aanleiding van Nederlandse ontleningen aan Duits recht, zoals de eigendomsoverdracht tot zekerheid en het begrip rechtshandeling, gebruikt Jansen hier (p. 308; ook op p. 320) de ongelukkige term *legal transplant*. M.i. heeft de term, die door Alan Watson in 1974 aan de geneeskunde is ontleend, geen toegevoegde waarde naast de traditionele term 'receptie' en leidt hij tot de dwaling dat de gerecipieerde instelling in haar nieuwe context identiek zal zijn aan wat zij in haar oorspronkelijke context is (hopelijk niet ook tot het misverstand dat zij een gat achterlaat in het rechtsstelsel waaruit zij weggesneden is). Vreemd is ook dat Jansen Offerhaus' waardering voor de rechtsvergelijking aanhaalt, nu het hier gaat om een geschrift uit 1949, ruim na afloop van Jansens 19^e eeuw. Opmerkelijk acht Jansen in deze periode ook de aandacht voor 'ongeschreven recht', waaronder hij blijkbaar ook 'open' begrippen zoals betamende zorgvuldigheid en goede trouw schaaft. In dit verband vindt ook de enige(!) vermelding van Bregstein in dit boek een plaats, niet eens voor zijn proefschrift over ongegronde vermogensvermeerdering, maar voor zijn constatering dat de rechter strengere ethische eisen dan voorheen aan het zakenleven stelt. Jansen noemt nog de wijsgerige of religieuze inspiratie die bij veel auteurs zichtbaar is, maar laat niet zien dat het in de eerdere perioden anders is.

38 Aan het eind van paragraaf 4.7 komt toch nog een conclusie, namelijk dat in deze periode de aanhang van de vrije rechtsvinding slinkt (p. 312; evenzo p. 319). De conclusie is misschien juist, maar zij volgt geenszins uit wat Jansen eerder in dit hoofdstuk heeft meegedeeld. Zij volgt evenmin uit wat hij nu nog laat volgen (uitlatingen van Gratama, Segers, De Beneditty, Suijling en Kollewijn en het kritische onthaal dat Paul Scholtens *Algemeen Deel* bij sommigen krijgt). Zij strookt m.i. niet met Jansens constatering dat de meeste auteurs wel degelijk rechtsvorming van de rechter verwachten indien de wet zwijgt, en dat zij gunstig oordelen over de overvloedige rechtspraak *praeter legem*, waaraan niet afdoet dat een aantal schrijvers wél vindt dat het door de rechter gevormde recht in het wetboek thuishoort.

39 Uit de periode 1910-1940 noem ik de volgende commentaren, hand-, praktijk- en leerboeken:

- De Asserserie wordt uitgebreid met een vierde deel, *Erfrecht*, van de hand van Meijers, in afleveringen, 1910-1915, een vijfde deel, *Bewijsrecht*, geschreven door Anema, in afleveringen, 1911-1915, en een *Algemeen Deel*, van Paul Scholten, 1931. Van deze en andere delen van de Asserserie verschijnen in deze periode één of meer nieuwe drukken. In dezelfde serie ook de onvoltooide 2^e druk van het 'eerste stuk' *Verbintenissenrecht* van

de hand van Van Goudoever, in afleveringen, 1913-1921, de 2^e druk van het 'tweede stuk' *Verbintenissenrecht* (bijzondere overeenkomsten), bezorgd door J. Limburg, 1913, en de eerste aflevering van een nieuw 'stuk 1' *De verbintenis*, bewerkt door Losecaat Vermeer, 1939.

- Van Opzoomers *Verklaring* begint een 3e, herziene druk, die echter niet verder komt dan de delen 1-3, bezorgd door Grünebaum, Goudekot en De Beneditty, 1911-1918.
- De Veegens-Oppenheimserie is door Oppenheim voltooid met deel 3 (zoals al in hoofdstuk 3, p. 171-172, vermeld). Dit deel 3 betreft *Verbintenissenrecht, bewijs en verjaring* en verschijnt in 1914. Oppenheim bezorgt nog de 2e en in de jaren 1921-1923 de 3e druk van de drie delen. C.H.F. Polak krijgt in 1933 de opdracht de 4e druk te bezorgen, te beginnen met deel 3, dat in 1934 uitkomt; tot 1940 is geen verder deel verschenen. Ik zal hieronder (n^o 40) hierop terugkomen.
- Van Lands *Verklaring* verschijnen de overige delen in de 2e, herziene druk: deel 5, bijzondere overeenkomsten, in afleveringen bezorgd door Star Busmann (1915-1917) en Losecaat Vermeer (1917-1932), en deel 6, bewijsrecht, bezorgd door Eggens (1933).
- Een voorname plaats komt toe aan Suijlings originele *Inleiding tot het burgerlijk recht*, onvoltooid, 5 delen in 7 banden (1918-1943 met herdrukken). Jansen ziet hier over het hoofd (p. 242) dat men voor het '1e stuk, 2e gedeelte', *De handhaving van rechten* [en] *Het Bewijsrecht*, nog steeds aangewezen is op de 2e druk, 1928, omdat dit gedeelte niet is meegenomen in de 3e druk van het '1e stuk, 1e gedeelte' (verschenen in 1948 onder de titel *1. Algemene beginselen*).
- Ik mis bij de hand-, praktijk- en leerboeken van tussen 1910 en 1940 nog: Klaassen, *Huwelijksgoederen- en Erfrecht*, dat in ieder geval door de bewerking van Eggens vanaf de 5e druk, 1931-1933, een product van wetenschapsbeoefening mag heten; L.C. Hofmann, *Het Nederlandsch Zakelijkrecht*, 1933, en *Het Nederlandsch Verbintenissenrecht*, delen 1 en 2, 1930-1936; F.G. en H.J. Scheltema, *Nederlandsch burgerlijk bewijsrecht*, 1934-1939; alsmede S. van Brakel, *Leerboek van het Nederlandsche Verbintenissenrecht*, '1e stuk, 1e-3e deel', en '2e stuk, 1e deel', 1934-1939.

40 Zoals gezegd (hierboven, n^o 39) kom ik terug op de Veegens-Oppenheimserie, *Schets van het Nederlandsch burgerlijk recht*. Wij zagen al dat C.H.F. Polak in 1933 de opdracht krijgt de 4e druk te bezorgen, te beginnen met deel 3, dat in 1934 uitkomt, en dat tot 1940 geen verder deel is verschenen. De rest van het verhaal valt in de tijd na 1940 en hoort dus niet thuis in dit boek, maar Jansen bericht toch iets daarvan, als volgt (p. 172):

De verschijning van de overige twee delen liet [na 1934] op zich wachten. In mei 1940 viel de Duitse bezetter binnen. Het was nu voor Polak vanwege zijn joodse afkomst onmogelijk zijn naam aan een boek te verbinden. Pitlo nam vervolgens de bewerking op zich. Dit vormde de start van een meningsverschil tussen Polak en Pitlo die [dat?] na de oorlog zou uitgroeien tot een onverkwikkelijke affaire over het auteursrecht en de tenaamstelling van de Veegens-serie. Vooral Pitlo liet zich in deze affaire op zijn 'kleinst' kennen (in een noot wordt nog verwezen naar J. Meihuizen, *Sans égards, Prof. mr. A. Pitlo en zijn conflicten met Joodse juristen*, Amsterdam 2007).

Nu Jansen ervoor koos het verhaal na 1940 te vervolgen, had meer en anders moeten zijn bericht. De delen 1 en 3 kunnen blijven rusten, maar niet deel 2 *Zaken- en erfrecht*. Wat dat deel betreft, is Jansens bericht op punten onvolledig en op een ander punt onjuist; daardoor wekt het licht een verkeerde indruk. Wat niet wordt vermeld, is dat de 4e druk van deel 2 in 1941, uiteindelijk met goedvinden van Polak, op naam van Pitlo uitkomt en dat deze editie van deel 2 geenszins van de hand van Pitlo maar geheel van Polaks hand is. Onjuist is dat het ten tijde van de verschijning van deze editie – 12 december 1941 – voor Polak vanwege zijn joodse afkomst onmogelijk was zijn naam aan een boek te verbinden. Een publicatieverbod voor Joden bestond toen niet. Het was de vrees voor hinder bij de afzet, die de uitgeefster deed besluiten het risico daarvan niet te nemen. Dat is iets anders dan dat het voor de auteur wegens zijn joodse afkomst onmogelijk was zijn naam aan een boek te verbinden.

6 Jansens slotbeschouwingen

41 Na Hoofdstuk 4 volgen 'Slotbeschouwingen' over een viertal thema's. Het eerste thema (p. 315-320) is een nuttige samenvatting van de verschillende methoden die in de Nederlandse wetenschap van het burgerlijke recht in de loop van de periode 1800-1940 worden gebruikt, en de nauw daarmee samenhangende opvattingen over de rechtsbronnen (zie hierboven, n^o 12). Jansen noemt hier ook het ontstaan van allerlei specialismen binnen het privaatrecht, dat volgens hem een eind maakt aan de vroegere algemene generalistische beoefening van het privaatrecht. Hij legt een verband met de kennis van het Romeinse recht. Volgens hem komt de vanzelfsprekende goede beheersing van het Romeinse recht bij de generatie van Paul Scholten en Meijers ten einde. Is dat zo? Ik zou het einde van die vanzelfsprekende kennis van Romeins recht bij de Nederlandse juristen niet vóór ca. 1970 situeren, nadat de plaats van het Romeinse recht in het universitaire onderwijs rigoureus was teruggesnoeid,

mede, maar zeker niet alleen, vanwege het vervallen van het vereiste van kennis van Latijn en Grieks.

42 Het tweede thema (p. 321-323) is de vraag wie de beoefenaars van de privaatrechtswetenschap in de behandelde periode zijn. Verrassend is dat Jansen de praktijkjuristen, en wel advocaten en, in mindere mate, ook rechters hier bepalend acht. Volgens hem zijn dezen het die enkele belangrijke juridische tijdschriften oprichten en ook vullen. Hoogleraren zijn veel minder in aantal. Tot 1838 publiceren de hoogleraren weinig. De omvangrijke commentaren die zij vooral vanaf 1848 schrijven, hebben een sterk voorlichtend karakter (Jansen impliceert hier vermoedelijk dat verdere ontwikkeling van het burgerlijke recht er niet mee wordt beoogd). Jansen wijst op de praktische inslag die de beoefening van de privaatrechtswetenschap over het algemeen heeft en verklaart dit uit de inbreng van de praktijkjuristen. Als na 1880 de hoogleraren meer naar voren treden, blijven toch de advocaten en rechters de rechtsvorming voor het burgerlijke recht bepalen. De hoogleraren laten zich, zo zegt Jansen, nu ook weer niet 'naar de marge van het burgerlijke recht wegdrukken' – een wonderlijke opmerking, want nergens blijkt dat iemand de professoren probeert te marginaliseren. Jansen documenteert zijn opvatting over de rolverdeling tussen hoogleraren en praktijkjuristen, als ik goed zie, niet voor de jaren 1930-1940. Ik ben er niet zeker van dat ook voor die jaren nog mag worden aangenomen dat de praktijkjuristen een groter aandeel dan de hoogleraren hebben in de wetenschappelijke beoefening en / of ontwikkeling van het burgerlijke recht.

43 Het derde thema van de Slotbeschouwingen (p. 323-325) is de wijze van beoefening van de wetenschap van het Romeinse recht. Jansen constateert dat men in de eerste tijd waarin het Romeinse recht geen geldend recht meer is, dus vanaf 1809, meent terug te moeten keren naar de humanistische methode van de Elegante School en weinig of geen aandacht te moeten besteden aan de eigentijdse 19e-eeuwse rechtspraktijk. Vanaf ca. 1860 komt er een reactie. Bijv. Goudsmit, W. Modderman en H.L. Drucker beoefenen het Romeinse recht omdat het recht, niet omdat het Romeins is. Zij richten zich in hun onderzoek dan ook op het hedendaagse burgerlijke recht, en zij geven ook hun onderwijs in het Romeinse recht op een Duits-geïnspireerde, pandektistische manier. Anderen, bijv. Conrat en D'Ablaing, onderwijzen ook zo, maar beoefenen de wetenschap van het Romeinse recht op een zuiver historische manier. In hoofdstuk 3 (p. 175-176) had Jansen al meegedeeld dat Naber het Romeinse recht wél in sterk verband met het hedendaagse burgerlijke recht, maar juist volstrekt niet pandektistisch doceerde. Vreemd genoeg nog steeds binnen het Romeinsrechtelijke derde thema, meldt Jansen dat ca. 1900 sommige juristen

belangstelling krijgen voor de niet-Romeinsrechtelijke, inheemsrechtelijke historie van enkele onderwerpen van het burgerlijke recht. Als grondslag daarvan veronderstellen deze auteurs, onder Duitse invloed, een fictief 'Germaans recht' waaraan beginselen van sociale bewogenheid, gemeenschapszin en plichtsbefef worden toegedacht, in tegenstelling tot aan het Romeinse recht (al evenzeer ten onrechte) toegeschreven individualistische, liberale, volksvreemde en asociale grondbeginselen.

44 Het vierde, laatste thema is getiteld 'na de Tweede Wereldoorlog' (p. 325-327). Dit is m.i. geheel buiten de orde van een boek dat de periode 1800-1940 wil behandelen. Jansen noemt drie ontwikkelingen. De eerste is de naoorlogse situatie waarin door de groei van het bestuursrecht tijdens de bezetting, met name (zo begrijp ik de lapidaire tekst) in verband met de publiekrechtelijke bedrijfs- en beroepsorganisatie, de grens tussen privaat- en publiek recht is vervaagd; wat dat echter betekent voor de beoefening van de privaatrechtswetenschap, horen we niet. De tweede is de in 1947 aan Meijers gegeven opdracht tot hercodificatie van het privaatrecht en de factoren, zowel van politieke als van juridische aard, die kunnen verklaren waarom de Minister daartoe besluit. De derde ontwikkeling – houdt deze verband met beide eerder genoemde ontwikkelingen? Jansen maakt het niet duidelijk – ziet Jansen in een reactie op de door hem gesignaleerde verschuiving vanaf 1930 van het zwaartepunt in de privaatrechtsrechtsvorming van wetgeving naar rechtspraak (p. 326). Die reactie komt tot uiting wanneer drie juridische hoogleraren (G. de Grooth, Ph.A.N. Houwing en J.H. Beekhuis) in 1947-1948 betogen dat de rechter strikt aan de wet gebonden moet zijn, onder meer omdat alleen dan de rechtszekerheid voldoende gewaarborgd is en omdat de wetgever de enige democratische rechtsvormer is. Jansen legt hier een betwistbaar verband met de slappe houding van de Hoge Raad tijdens de bezetting en diens daardoor aangetaste gezag. Door die slappe houding bevindt de Hoge Raad zich volgens Jansen meteen na de oorlog – en blijkbaar nog steeds in 1947 en 1948 – in een penibele positie. En daarom meent hij dat de Hoge Raad in die periode zich niet meer een ongebonden opstelling tegenover de wetgever, zoals in de jaren vóór de oorlog, zou kunnen veroorloven. Slechts een strikte gebondenheid van de Hoge Raad aan de wet zou zijn geschonden gezag kunnen helen. Waar haalt Jansen het vandaan? In elk geval is er niets van te vinden in de geschriften van de drie professoren uit 1947-1948 waarnaar hij verwijst. Het lijkt me speculatie.

45 De slotbeschouwingen monden uit in een soort apotheose van de rechtsgeleerdheid (p. 327). Jansen refereert aan de sinds het begin van onze eeuw weer af en toe geuite twijfel aan de wetenschappelijkheid van de rechtsgeleerdheid. Hij denkt dat het beeld van vitaliteit en idealen, dat uit zijn boek

oprijst voor de wetenschap van het burgerlijke recht, de twijfelaars gerust zal stellen.

7 Registers e.d.

46 Het boek eindigt met een chronologisch overzicht, een bibliografie, een lijst van geciteerde jurisprudentie en een personenregister. Een zakenregister ontbreekt, in dit boek een ernstiger zonde dan een dagelijkse.

47 Het chronologisch overzicht betreft slechts de hoogleraren burgerlijk recht in Leiden, Groningen, Utrecht, voor zover werkzaam vanaf 1815, en in Amsterdam aan de stedelijke universiteit, vanaf 1877. Onhandig is dat daardoor sommige hoogleraren die al vóór 1815 burgerlijk recht doceerden, onder benamingen zoals *ius hodiernum* en hedendaags recht, ontbreken (bijv. Van der Keessel, Smalenburg, De Rhoer en H. Arntzenius). Maar uit de perioden tot 1880 hadden ook Franeker, Deventer en Harderwijk (bijv. Van Enschat, 1806-1815) en het Athenaeum te Amsterdam (tot 1877, bijv. J. van Hall) niet mogen ontbreken, en evenmin de universiteiten in het huidige België (1815-1830). Voor de latere perioden geldt hetzelfde voor de Vrije Universiteit (vanaf 1880, bijv. Anema), de Handels-Hoogeschool te Rotterdam (vanaf 1913, bijv. Ribbuis), de Katholieke Universiteit te Nijmegen (vanaf 1923, bijv. Van der Heijden) en de Rechtshoogeschool te Batavia (vanaf 1924, bijv. Eggens). Onhandig is verder dat de hoogleraren encyclopedie, handelsrecht, burgerlijke rechtsvordering, Romeins recht en Oudvaderlands recht – die vrijwel allen mede het burgerlijke recht beoefenden – evenmin in het chronologische overzicht zijn opgenomen, behalve indien zij mede een leeropdracht voor burgerlijk recht hadden.

48 De bibliografie betreft ‘geraadpleegde secundaire’ literatuur, maar is onvolledig. Een ommissie is hier bijv. G.W.F. Brüggemann en E.C. Coppens, *Bibliografische inleiding in de Nederlandse rechtsgeschiedenis van de negentiende eeuw*, Zutphen 1985⁵⁵; dit werk moge zijn gebreken hebben, maar is nooit vervangen. Bovendien is het een gemis dat de – overvloedige – in de noten geciteerde ‘primaire’(?) literatuur niet in een register is opgenomen. Het is nu lastig een dergelijk geschrift terug te vinden.

49 Het personenregister is evenmin volmaakt. Juristen als Van Apeldoorn, Bugnet, Van Enschat, Valkhoff en J.H. Voorda, wier opvattingen wél in het boek

55 Jansen heeft het wél geraadpleegd: zie p. 106 nt. 155.

worden besproken, zijn niet erin opgenomen, evenmin een hele stoet van lieden die alleen in de voetnoten worden genoemd. De opgave van pagina's klopt nogal eens niet (maar in welk boek is dat anders?). De eerste zes pagina's die voor Duymaer van Twist (niet J. maar A.J.) worden vermeld, betreffen de Groninger hoogleraar (†1820); de zevende en laatste pagina betreft diens jongste zoon, de latere GG van Indië (†1887). De eerste vijf paginavermeldingen voor S. Gratama betreffen de Groninger hoogleraar (†1837); de zesde en laatste betreft het lid van de Hoge Raad (†1923).

8 Afsluiting

50 Ik sluit af. Zijn onze hooggespannen verwachtingen bewaarheid? Dat is niet het geval, zoals volgt uit de hierboven gemaakte kritische opmerkingen. Natuurlijk staan de beste stuurlui aan de wal; zij hebben zich zelf niet gewaagd aan een *opus desperatum* als het schrijven van de geschiedenis van de wetenschappelijke beoefening van het burgerlijke recht in de 19e eeuw in Nederland. Dat stemt tot bescheidenheid. Jansen belooft, blijkens de titel van het boek, die geschiedenis te beschrijven. Hij behandelt evenwel helemaal niet de (inwendige) wetenschapsgeschiedenis van personen- en familierecht, rechtspersonen- en erfrecht, en vrijwel niet die van zaken- en verbintenissenrecht. Dat stelt ernstig te leur. Hij behandelt, ten onrechte, alleen enkele *capita* van de (externe) wetenschapsgeschiedenis van het burgerlijke recht, namelijk de methodenleer, de rechtsbronnenleer en de inspiratiebronnen. Ik erken dat het dan, bij deze onderwerpen, na Van Dievoet en Kop toch nog altijd om pionierswerk gaat. Ik geef ook toe dat ik in Jansens boek soms aardige details en verwijzingen naar literatuur over afzonderlijke onderwerpen heb gevonden, die elders ontbreken. Ik wil voorbijgaan aan van alles dat verder nog over ons wordt uitgestort, maar niets te maken heeft met de privaatrechtswetenschap. De titel van het boek is misleidend. In die titel had niet *De wetenschappelijke beoefening van het burgerlijke recht*, maar iets als *Methoden- en rechtsbronnenleer* moeten staan. De geschiedenis van de wetenschappelijke beoefening van het burgerlijke recht sinds het eind van de 18e eeuw in Nederland is nog altijd niet geschreven.