

**BURGERLIJK
WETBOEK**
1992 - 2022

**WOORDENBOEK
GEDEELTE
BOEK**

Willem van Boom	Bram Akkermans	Carlos Bollen
Tycho de Graaf	Stéphanie van Gulijk	Chris Jansen
Carla Klaassen	Marco Loos	Charlotte Pavillon
Rianka Rijnhout	Harriët Schelhaas	Marnix Snel

Boomjuridisch

VOORUITGEDENKBOEK BURGERLIJK WETBOEK 1992-2022

Onder redactie van:

Willem van Boom (Nijmegen)
Bram Akkermans (Maastricht)
Carlos Bollen (Aruba)
Tycho de Graaf (Leiden)
Stéphanie van Gulijk (Tilburg)
Chris Jansen (Amsterdam VU)
Carla Klaassen (Nijmegen)
Marco Loos (Amsterdam UvA)
Charlotte Pavillon (Groningen)
Rianka Rijnhout (Utrecht)
Harriët Schelhaas (Rotterdam)
Marnix Snel (Curaçao/Nijmegen)

Boom juridisch
Den Haag
2023

De rol van het NBW in de dialoog tussen rechter en wetgever

Stijn van Deursen en Ivo Giesen

2.1

INLEIDING

In deze bijdrage presenteren wij de hercodificatie van het Burgerlijk Wetboek als een uniek moment in de dialoog tussen twee staatsmachten: de rechter en de wetgever. De wetgever, van oorsprong de belangrijkste rechtsvormer, schept de kaders waarbinnen de rechter kan en mag opereren.¹ Als de wetgever aan zet is geweest, is het toepassen, interpreteren en eventueel verder ontwikkelen van de wet aan de rechter. De wetgever heeft dan, zoals Vranken het uitdrukt, geen greep meer op zijn product.² De invoering van een *nieuw* wetboek biedt echter een unieke kans om pas op de plaats te maken: welke door de rechter ontwikkelde normen worden in de nieuwe codificatie geïmplementeerd, en welke ontwikkelingen moeten worden bijgestuurd of zelfs een halt toegeroepen? De wetgever kan op die manier dus de kaders herdefiniëren waarbinnen de rechter zijn taak moet vervullen.

Deze dynamiek tussen rechter en wetgever vormt de achtergrond van deze bijdrage, waarin wij ingaan op de vraag hoe de Hoge Raad zijn rechtsvormende taak zou hebben vervuld als het NBW *niet* zou zijn ingevoerd.³ Anders gezegd zullen wij ons dus bezighouden met de vraag welke rol een (her)codificatie, en in dit geval het nieuwe BW, kan spelen bij de uitoefening van de rechtsvormende taak van de rechter.

Het beantwoorden van een dergelijke ‘wat als...’-vraag is een uitdaging die vraagt om een realistische reflectie op wat wij wel en niet (kunnen) weten. Het is immers nog maar de vraag of het mogelijk is om de rol van een enkele factor binnen een complex proces als dat van rechterlijke rechtsvorming te destilleren, en – voor

1. Voermans, *RegelMaat* 2015, afl. 2; Giesen 2020, p. 25.

2. Vranken, *NJB* 1988, afl. 63, p. 688.

3. Uitgebreider over de rol van privaatrechtelijke rechtsvorming in die rechtsstatelijke dynamiek, zie onder meer: Giesen 2020.

zover dat al lukt – in hoeverre we daarmee recht kunnen doen aan de dynamiek waarbinnen de rechter zijn taken vervult. De rechtsvormende taak van de rechter is immers niet alleen van wettelijke normen afhankelijk, maar ook (en misschien wel vooral) van de maatschappelijke positie en taakopvatting van de rechter, en van wat wij als samenleving van de rechter verwachten. Op die factoren gaan wij in paragraaf 2.2 van deze bijdrage verder in. Daar schetsen wij in enkele grove penseelstreken een theoretisch kader voor de ‘drivers’ van rechtsvorming en de rol die de wet daarbij kan spelen. Op dat kader bouwen wij in de volgende paragrafen van deze bijdrage verder voort.

Met de voornoemde kanttekeningen in het achterhoofd zien wij ook de grote mogelijkheden die het mogen nadenken over een hypothetische vraag ons biedt, zoals de kans om te reflecteren op de manier waarop het systeem zo geworden is als wij het kennen, en welke verwachtingen wij koesteren voor de toekomst als wij de lijnen uit het verleden doortrekken. Dat doen wij door in paragraaf 2.3 in vogelvlucht te schetsen hoe de omgang van de rechter met de wet in de loop van de 150-jarige geschiedenis van het oude BW steeds vrijer geworden is. Deze paragraaf fungeert daarmee als een ijkpunt voor de beantwoording van de centrale vraag in deze bijdrage. Het is immers logisch te veronderstellen dat de ontwikkelingen zich grotendeels voortgezet zouden hebben als er geen Nieuw BW was gekomen. In paragraaf 2.4 gaan wij dan in op de manier waarop de wetgever bij de hercodificatie van het BW is omgegaan met het (rechtsvormende) werk van de rechter tot dan toe, en op de in de literatuur gekoesterde verwachtingen van wat die nieuwe codificatie zou betekenen voor de toekomstige werkzaamheden van de rechter. In paragraaf 2.5 beschouwen wij vervolgens hoe de rechter aan de slag is gegaan met het recht van het nieuw ingevoerde BW, om aan de hand daarvan in paragraaf 6 te kunnen reflecteren op de veranderingen die dat nieuwe recht teweeggebracht heeft voor de rechterlijke rechtsvorming.

2.2 DE ‘DRIVERS’ VAN RECHTERLIJKE RECHTSVORMING

Zonder de vreugde van het dertigjarig jubileumfeest van het NBW al te veel te willen bederven, willen wij waken voor overschatting van de rol van een codificatie bij rechterlijke rechtsvorming. Inherent aan rechterlijke rechtsvorming is immers dat er door de rechter ‘iets’ wordt toegevoegd aan het systeem van het recht.⁴ Zo bezien ligt de focus bij rechtsvorming dus op ‘iets’ wat de bestaande wet kennelijk (nog) niet (uitdrukkelijk) is. De rol van de wet is daarmee dus eerst en vooral negatief. Tegelijkertijd speelt de wet ook wel degelijk een positieve rol. Er wordt bij

4. Er kunnen lange discussies worden gevoerd over de definitie van rechtsvorming en de (daarmee samenhangende) wenselijkheid daarvan. Wij gaan daarop hier niet verder in, maar zie bijvoorbeeld: Uzman 2013, p. 149-157; Giesen 2020, p. 12-14.

rechterlijke rechtsvorming immers vaak aansluiting gezocht bij wél in de wet geregelde gevallen.⁵ Dat was al zo onder het OBW, en geldt ook nog onder het NBW.⁶ Met in het achterhoofd de erkenning van de complexiteit van het proces van rechterlijke rechtsvorming, proberen wij in deze paragraaf enkele factoren te benoemen die het proces van rechtsvorming (kunnen) bepalen. Daarbij maken wij een onderscheid tussen wat wij noemen *push*- en *pull*-factoren. Onder de pushfactoren verstaan wij de (maatschappelijke) behoefte aan – wat wij hierboven noemen – ‘iets’. Dat wil zeggen: aan andere of aanvullende rechtsregels. Onder pullfactoren verstaan wij de bereidheid en mogelijkheden van de rechter om die behoefte te vervullen.⁷

Een behoefte aan rechterlijke rechtsvorming ontstaat, kort gezegd, als er een discrepantie bestaat tussen datgene wat er in de wet geregeld is en de in de maatschappij gevoelde behoefte aan normering. Zo’n situatie kan zich voordoen als zich ontwikkelingen aandienen waarop de wet niet is toegesneden, of als de maatschappelijke overtuigingen zich op een bepaald onderwerp hebben ontwikkeld en dus niet meer in lijn zijn met de gedachten die ten grondslag lagen aan de wet.

Tegelijkertijd moet de rechter ook de mogelijkheid en de bereidheid hebben om in die discrepantie te bemiddelen. Hij mag immers niet zonder meer zijn eigen overtuigingen in de plaats stellen van de door de wetgever gemaakte keuzes. Dergelijke mogelijkheden kan de rechter onder meer ontlenen aan hoger recht, zoals het Europese recht of fundamentele rechten. De bereidheid hangt onder meer samen met de taakopvatting van de rechter en zijn positie in het staatsbestel. Hoe dat concreet vorm kan krijgen, bezien wij in de volgende paragrafen aan de hand van een korte geschiedenis van de rechterlijke rechtsvorming onder het oude BW.

2.3 RECHTSVORMING ONDER HET OUDE BW

Het legisme voorbij

Schoordijk merkte op dat een rechtssysteem ‘ondanks een vrijwel volkomen gelijk-luidende tekst verschilt (...) van geslacht op geslacht of wellicht van uur tot uur’.⁸ Dit zien we ook terug in de geschiedenis van het OBW. Het jaar 1838 – waarin het oude BW werd ingevoerd – stond verder in het teken van de eerste trans-Atlanti-

5. Zie voor dat uitgangspunt onder meer HR 12 mei 1999, ECLI:NL:HR:1999:AA2756 (*Arbeidskostenforfait*).

6. Zie bijvoorbeeld De Graaff, *NTBR* 2019, afl. 2, p. 4, en ook Schoordijk 1988, p. 30.

7. In hun bijdrage aan deze bundel (hoofdstuk 17), duiden Wijntjens en Vranken deze ontwikkelingen als ‘Autonome ontwikkelingen buiten het oude en nieuwe BW om’. Voorbeelden van dergelijke autonome ontwikkelingen, die losstaan van het gecodificeerde recht, maar die het rechtsleven en het rechterlijk denken wel degelijk beïnvloeden, zijn: het toenemende belang van Europa en van mensenrechten; de ontwikkeling van zelfreguleringsinstrumenten (zie daarover ook: Giesen, *NTBR* 2018, afl. 5), maar ook de opkomst en snelle ontwikkeling van pluralisme in rechtswetenschappelijk onderzoek.

8. Schoordijk, *RM Themis* 1999, afl. 10, p. 380.

sche lijndiensten per stoomschip, terwijl in het jaar 1992 – waarin het werd vervangen – IBM het prototype lanceert van wat later de eerste smartphone genoemd zal worden. Wij willen maar zeggen: in 150 jaar kan er veel gebeuren. Een burger die een tijdreis zou maken van 1838 naar 1992 zou zich in de ‘moderne’ samenleving geen raad weten. Het zal dan ook geen verbazing wekken dat ook de rechterlijke omgang met de wet zich in deze periode heeft ontwikkeld.⁹

De eerste decennia van het OBW heeft een sterk legistische visie op de wet de overhand. Omdat in deze visie alle rechtsregels hun grondslag in de wet vinden, is de overtuiging dat de rechter zich slechts mag baseren op datgene wat in de wettekst geschreven staat – ook als dat tot onrechtvaardige uitkomsten zou leiden. Een mooi voorbeeld van deze legistische wetsperceptie is te vinden in het welbekende arrest *Zutphense waterleiding*. In dat arrest overwoog de Hoge Raad in 1910 dat uitgegaan moest worden van een strikte interpretatie van de wettekst inzake het leerstuk van onrechtmatige daad. Als gevolg daarvan kwam de Hoge Raad tot de conclusie dat ook gedrag dat maatschappelijk gezien wellicht onbetamelijk en zeer onwenselijk is, daarmee nog niet onrechtmatig is in de zin van de relevante wetsbepalingen.¹⁰

De samenleving ontwikkelt zich echter, en daarmee groeit de kloof tussen de wet en de in de maatschappij levende opvattingen.¹¹ Ook de kritiek op de legistische (en in de ogen van de critici te beperkte) uitleg van de wet neemt toe.¹² Gaandeweg komen daarmee ook de rechterlijke opvattingen in beweging, met als voorlopig hoogtepunt het jaar 1919, toen de Hoge Raad in het arrest *Lindenbaum/Cohen* erkende dat ook het schenden van de maatschappelijke betamelijkheid kan gelden als onrechtmatig handelen.¹³ Op deze manier vinden maatschappelijke opvattingen dus hun weg naar de rechtspraak.¹⁴ Dit arrest vormt een keerpunt in het denken over de wet en het daarin vastgelegde recht, omdat het – zo beschreef Eggen – niet langer getuigt van een statisch, maar van ‘concreet, dynamisch’ denken.¹⁵ Volgens Schoordijk ging het hierbij echter om niet meer dan enkele voortekenen van de komende ontwikkelingen. Het door de wet gedicteerde denken zou nog langere tijd hoogtij vieren.¹⁶

9. Zie over de maatschappelijke ontwikkelingen als decor voor het optreden van de rechter onder meer: Schuyt 1988, p. 308.

10. HR 10 juni 1910, W 9038 (*Zutphense waterleiding*).

11. Jansen 2015, p. 3 en 123-124.

12. Van Maanen, *Ars Aequi* 2009, afl. 11.

13. Zie HR 31 januari 1919, ECLI:NL:HR:1919:AG1776 (*Lindenbaum/Cohen*). Zie over dit alles ook Ortlep 2022, p. 15 e.v.

14. Schoordijk 1988, p. 8-9.

15. Zie daartoe Schoordijk, *RM Themis* 1999, afl. 10, p. 379.

16. Schoordijk, *RM Themis* 1999, afl. 10, p. 379.

Uitbouw van het burgerlijk recht

Pas in de jaren zestig begint de rechter, gebruikmakend van analogieën en zich baserend op rechtsbeginselen, het systeem van het burgerlijke recht verder uit te bouwen.¹⁷ In deze periode wordt bij de interpretatie van wettelijke normen meer stelselmatig gestreefd naar maatschappelijke aanvaardbaarheid.¹⁸ Dat vrijere denken van de rechter ten opzichte van de wet zien we niet enkel terug op het gebied van het BW, maar, onder invloed van onder meer het EVRM, ook op andere terreinen, zoals bij de ombouw van de Krankzinnigenwet.¹⁹ Hirsch Ballin duidt de ontwikkelende rol van de rechter onder het OBW met name in termen van een verschuiving van toepassingsjurisdictie – in de zin van subsumptie van concrete gevallen onder rechtsregels – naar (ook) belangenjurisdictie, waarbij een belangrijke mate van sturing uitgaat van de belangenafweging die schuilgaat achter de tekst van de wet.²⁰ Dit betekent, zo beschrijft hij, niet dat de Hoge Raad ‘zich heeft losgemaakt van het recht, maar alleen dat de gebondenheid aan de toe te passen wetgeving wordt verruimd tot een gebondenheid aan de in onze rechtsorde tot uitdrukking komende waarderingen van belangen (...)’.²¹ De omgang van de rechter met het stakingsrecht vormt daarvan een treffend voorbeeld.

In de jaren tachtig begint de Hoge Raad zich (veel) vrijer op te stellen ten opzichte van de wet en, waar nodig, ook op te treden als wetgever-plaatsvervanger.²² De notie van de rechter als rechtsvormer wint in deze periode aan legitimiteit, mede doordat men gaat inzien dat de rechter beter dan de (op dat moment anderhalve eeuw ‘oude’) BW-wetgever in staat is om maatschappelijke ontwikkelingen te betrekken in de oordeelsvorming.²³ Het is daarmee de taak van de rechter geworden om veranderingen in het maatschappijbeeld zo veel mogelijk in zijn rechtspraak te betrekken, en zelfs ook om ‘het zijne bij te dragen aan een verandering in dat maatschappijbeeld’.²⁴ In 1984 benoemt de Hoge Raad zijn rechtsvormende taak

17. Schoordijk, *RM Themis* 1999, afl. 10, p. 379-380. Zie bijvoorbeeld het arrest *Grensoverschrijdende garage* (HR 17 april 1970, ECLI:NL:HR:1970:AC5012). Denk ook aan de ontwikkelingen van de leerstukken van toerekening naar redelijkheid en de eigen schuld. Zie daarover: Schoordijk 1988, p. 12-13. Verder: Bakels, *Justitiële Verkenningen* 1988, p. 30 e.v.

18. Schoordijk, *RM Themis* 1999, afl. 10, p. 380.

19. Schoordijk 1988, p. 34-35 en 52.

20. Hirsch Ballin 1988, p. 236. Daarbij maakt hij een onderscheid tussen de belangen die het geldende recht tot onderwerp van regeling heeft gemaakt en belangen waarvoor dat niet geldt. De eerstgenoemde belangen zijn volgens hem geschikt voor rechterlijke belangenafwegingen, maar de andere belangen – waartoe hij onder meer milieubelangen en internationale veiligheidsbelangen rekent – zijn daartoe niet geschikt. De betrokken belangen zijn in deze visie volgens Schoordijk niet in de wet zelf te vinden, maar in de maatschappij. Zie: Schoordijk, *RM Themis* 1999, afl. 10, p. 378.

21. Hirsch Ballin 1988, p. 236.

22. Schoordijk, *RM Themis* 1999, afl. 10, p. 383. Zie voor een mooie beschrijving van deze ontwikkeling ook het preadvies van Keirse en Mak (2022, p. 37).

23. Scheltema 1988, p. 347.

24. Schoordijk 1988, p. 3.

ook als zodanig²⁵ en in 1988 krijgt deze taak een wettelijke erkenning door de invoering van artikel 101a Wet RO, het artikel dat de Hoge Raad de mogelijkheid biedt om zaken waarin geen vragen van rechtseenheid of rechtsontwikkeling voorkomen, vereenvoudigd af te doen.²⁶ De gedachte dat de rechter een (belangrijke) taak heeft als het gaat om het bij de tijd houden van het BW en in dat kader dus ook uitspraken moet doen die het individuele geval overstijgen, is dan dus gemeengoed geworden.²⁷

Met de invoeringsdatum van het NBW in zicht, wordt ook een interessante mogelijkheid aan het arsenaal van rechtsvindingsmethoden toegevoegd: de anticiperende interpretatie. Het NBW werpt op die manier vast zijn schaduw vooruit en biedt een nieuw vehikel om aan rechtsvorming te doen. Op die manier wordt gepoogd om, in gevallen die zich voor anticiperende interpretatie lenen, de transitie naar het NBW zo soepel mogelijk te doen verlopen.²⁸

2.4 DE WETGEVER AAN HET WOORD: VRIJE(RE) RECHTSVINDING OF (HERNIEUWD) LEGISME?

De wetgever weer aan zet?

Na jaren van een ontwikkeling richting een iets vrije(re) rechtsvinding is in 1992 de wetgever weer aan het woord. De hercodificatie van het BW biedt de wetgever een kans om zich uit te laten over de manier waarop de rechter in de voorbije jaren heeft getracht om de bepalingen van het oude burgerlijke recht bij de tijd te brengen en te houden.²⁹ Daarbij toont de wetgever zich goedgezind. Zijn doel met het nieuwe BW is niet om te breken met het oude recht, of om de rechtsontwikkeling bij te sturen, maar om de wet 'zo te herschrijven dat het bestaande recht [zoals dat ook door de rechter was ontwikkeld, *SvD & IG*] er beter in kan worden teruggevonden. Dit om de kenbaarheid van het recht en daarmee de rechtszekerheid te verhogen.³⁰ Op die manier zou weer een evenwicht gevonden kunnen worden tussen rechter en wetgever.³¹ Waar de rechter zich dus welwillend heeft getoond door soms anticiperend te interpreteren, toont ook de wetgever zich hier van zijn

25. Dat gebeurt in HR 12 oktober 1984, *NJ* 1985/230, aldus Van Klink & Broers 2001, p. 2.

26. Vranken, *NJB* 2000, afl. 1.

27. Polak, *RM Themis* 1984, p. 237-238; Bakels, *Justitiële Verkenningen* 1988, p. 27-28; Lindo, *NJB* 1995, afl. 24, p. 885; Barendrecht 1998, p. 16.

28. Schoordijk 1988, p. 50; Bakels, *Justitiële Verkenningen* 1988, p. 32-33; Vranken 1995/155 e.v. Over de methode van anticiperende interpretatie ook: Lubbers & Vording 2006, p. 441; De Graaff, *NTBR* 2019, afl. 2, p. 5; Giesen 2020, p. 60.

29. Reehuis 1992, p. 57.

30. Reehuis 1992, p. 57.

31. Jansen 2016, p. 163.

coöperatieve kant door het werk van de rechter te codificeren.³² Bakels merkt kernachtig op dat er geen sprake van is dat de rechter via de herodificatie weer ‘terug in zijn hok wordt gecommandeerd’.³³

Ook voor het overige laat de wetgever de rechter veel ruimte. Hoewel in de parlementaire geschiedenis geen generieke aanwijzingen te vinden zijn voor de rol die de wetgever voor de rechter voor ogen heeft, merkt Heisterkamp in 1992 op dat ‘men [i.e. de wetgever, *SvD & IG*] de rechter niet in zijn activiteiten [heeft] willen belemmeren’.³⁴ Dat komt onder meer tot uiting in de opbouw en het systeem van het NBW, waarin open normen een belangrijke plaats innemen. Die open normen vormen als het ware het bindmiddel in het nieuwe BW, en kunnen – in de woorden van Vranken – dienen als kapstok voor de verdere rechtsontwikkeling.³⁵ Ook Reehuis wijst erop dat de nieuwe wettekst aan een voortschrijdende rechtsontwikkeling niet in de weg staat: ‘[z]ij biedt de rechter een zekere ingebouwde ruimte, dwingt hem zelfs deels het in de wet neergelegde recht verder te ontwikkelen’.³⁶ Ook wordt op punten door de wetgever afgezien van een gedetailleerde regeling teneinde ruimte te bieden aan rechterlijke rechtsontwikkeling.³⁷

Nieuw legisme?

Toch ging de invoering van het NBW ook gepaard met een vrees voor een hernieuwd legisme, waardoor de rechter weer meer zou verworden tot ‘spreekbuis van de wet’.³⁸ Die vrees is ook niet onbegrijpelijk als we de ideeën van Meijers, de geestelijk vader van het NBW, erop naslaan.³⁹ Meijers zag een codificatie namelijk als remedie voor de vrije rechtsvinding, die in zijn visie het gevolg was van het verouderde recht onder het oude Burgerlijk Wetboek. Rechterlijke rechtsontwikkeling zou volgens Meijers’ ideeën slechts mogelijk moeten zijn op die punten waar

-
32. Denk aan het op de leest van *Lindenbaum/Cohen* geschoeide art. 6:162 BW. Daarover: Schoordijk 1988, p. 6. Voor verdere voorbeelden: Nieuwenhuis, *NJB* 2000, afl. 13, p. 687; Giesen 2020, p. 26. Zie over de samenwerking tussen rechter en wetgever ook: Bakels, *Justitiële Verkenningen* 1988, p. 37; Hartlief, *NJB* 2018, afl. 25, p. 1776. Ook Bakels gaat uitgebreid in op de arresten van de Hoge Raad die in zijn visie als een soort ‘voorontwerpen van wet’ dienen, en waarmee de Hoge Raad dus ook nieuwe wetgeving voorbereidt. Zie Bakels, *Justitiële Verkenningen* 1988, p. 28-29. Dat alles laat onverlet dat ook door de wetgever echte vernieuwingen zijn ingevoerd. Zie ook de bijdrage van Wijntjens en Vranken aan deze bundel, deel VII, par. 17.3. Zo stuurde de wetgever op bepaalde punten bij, zie bijvoorbeeld de door Reehuis beschreven bijsturing van schuld- naar risicoaansprakelijkheid. Zie Reehuis 1992, p. 57. alsmede Vranken, *NJB* 1988, afl. 63, p. 680 e.v.; Florijn, *Ars Aequi* 1991, afl. 12, p. 1087.
33. Bakels, *Justitiële Verkenningen* 1988, p. 37.
34. Heisterkamp 1992, p. 76.
35. Vranken, *NJB* 1988, afl. 63, p. 686; Reehuis 1992, p. 59.
36. Reehuis 1992, p. 61. Ook al: Bakels, *Justitiële Verkenningen* 1988, p. 31.
37. Parl. Gesch. Boek 6 (Inv.), p. 1448, over het afzien van een wettelijke regeling over de precontractuele goede trouw. Ook: Giesen 2020, p. 26.
38. Zie bijvoorbeeld Polak, *RM Themis* 1984; Bakels, *Justitiële Verkenningen* 1988, p. 34.
39. Hierover ook uitgebreider, Zwalve 1992, p. 41.

die vrijheid door de wetgever expliciet aan de rechter werd gegund, bijvoorbeeld in de vorm van open normen als 'billijkheid', 'goede zeden' of 'openbare orde'.⁴⁰ Met het bij de tijd brengen van het recht door middel van een nieuwe codificatie zou het argument van verouderd recht aan kracht verliezen, en – in lijn met Meijers' gedachtengoed – dus ook de mogelijkheden voor de rechter om het recht ruim(er) te interpreteren.⁴¹ Hercodificatie als remedie voor (al te) vrije rechtsvinding dus.

De vrees voor een hernieuwd legisme werd echter niet door eenieder gedeeld.⁴² Zo zag Schuyt de oorzaak van het toenemende belang van rechtsontwikkeling door de rechter niet zozeer in de (verouderde) wet, maar in de (veelheid en onvoorspelbaarheid) van maatschappelijke ontwikkelingen,⁴³ en ook Scheltema sprak de verwachting uit dat de complexiteit van de samenleving, en daarmee het belang van rechtsvorming door de rechter, alleen maar zou toenemen.⁴⁴ Een vergelijkbaar punt werd door Bakels gemaakt, die opmerkte dat:

'de verhouding tussen wetgever en rechter veel meer aspecten is gaan vertonen dan wat er in de wet staat. Die andere aspecten worden door de hercodificatie niet geraakt en alleen al daarom zal van een trendbreuk niet kunnen worden gesproken.'⁴⁵

Ook volgens Lokin was er geen reden tot vrees; hij merkte dan ook op:

'De tijd van de wetgever is nu voorbij, de toekomst is aan de soevereine wetsuitlegger. Hij heeft in letterlijke zin het woord.'⁴⁶

In het vervolg van deze bijdrage bezien wij wat de rechter te zeggen heeft gehad over het NBW en of daarin aanwijzingen te vinden zijn van een invloed van die hercodificatie op zijn taakuitoefening als rechtsvormer.

40. Meijers 1954, p. 176-177, zoals aangehaald door Lokin 1992, p. 21 en 31-33. Zie ook: Bakels, *Justitiële Verkenningen* 1988, p. 37.

41. Polak, *RM Themis* 1984, p. 237-238. Over de wethistorische interpretatiemethode in relatie tot de ouderdom van de codificatie, ook: Hirsch Ballin 1988, p. 228 en 236-237; Vranken, *NJB* 1988, afl. 63, p. 688; Giesen 2020, p. 51.

42. Zie ook: Hartkamp 1992, p. 21-25.

43. Schuyt 1988.

44. Scheltema 1988.

45. Bakels, *Justitiële Verkenningen* 1988, p. 34.

46. Lokin 1992, p. 39.

2.5 RECHTSVORMING ONDER HET NBW: VAN RECHTSVORMING TOT MAATSCHAPPIJVORMING?

Rechtsvorming...

De rechtsvormende taak van de Hoge Raad, althans de wijze waarop daaraan invulling wordt gegeven sinds de inwerkingtreding van het BW op 1 januari 1992, is op hoofdlijnen als volgt te duiden.⁴⁷ Voorop staat dat de Hoge Raad aan rechtsvorming doet en dat ook mag doen.⁴⁸ Dat vindt de wetgever,⁴⁹ en dat erkent de Hoge Raad zelf ook.⁵⁰ Sterker, die rechterlijke rechtsvorming is inmiddels in zodanige mate geaccepteerd dat als er over rechtsvorming wordt gesproken, het in het privaatrechtelijke discours vrijwel automatisch over de rol en positie van de civiele rechter gaat. Daarbij neemt de Hoge Raad de nodige ruimte, rechterlijke vrijheid, om tot 'juiste' uitspraken te komen. Dat wil zeggen: oordelen die – over de gehele linie bekeken – het rechtsgevoel kunnen bevredigen, die aanvaardbaar of te verantwoorden zijn.⁵¹ De pushfactor voor de rechter om aan rechtsvorming te doen, zie paragraaf 2.2 van deze bijdrage, lijkt daarbij dan ook met name gelegen te zijn in dat rechtsgevoel.

Het is overigens niet zo dat rechtsvorming per se moet, want het dienen van de rechtsbescherming alleen al past bij de taakstelling van de hoogste rechter. Maar als een zaak om rechtsvorming vraagt, dan gebeurt het. En als door de rechter dan recht gevormd wordt, dan gebeurt dat, een enkele uitzondering daargelaten, met een schuin oog naar de wetgever – en tevens met de nodige mate van terughoudendheid. Dat wordt gezien als passend, gegeven de verhoudingen binnen de trias politica. De pullfactor is dus, als gezegd, de verhouding tot de wetgever in ons staatsbestel: sommige zaken gaan de rechtsvormende taak van de rechter te buiten. Een vrij recent voorbeeld daarvan is de zaak waarin door de Hoge Raad geen antwoord werd gegeven op de gestelde prejudiciële vraag over de mogelijkheid van een genderneutrale registratie in de registers van de burgerlijke stand, juist omdat de wetgever al met die problematiek in de weer is.⁵²

Uit dit alles volgt meteen dat de vrees dat de invoering van het nieuwe BW tot een hernieuwd legisme zou leiden (zie paragraaf 2.4) en dus tot minder rechtsvormende activiteit door de rechter, niet bewaarheid is geworden.⁵³ Het is uiteraard

47. Wij baseren e.e.a. op Giesen 2020.

48. Giesen 2020, p. 6, met verwijzingen. Jansen 2016, p. 163, laat zien dat dit idee dat de Hoge Raad aan rechtsschepping deed, al veel eerder heerste (en bestreden werd), namelijk na de Tweede Wereldoorlog. Zo ook Martens, *NJB* 2000, afl. 14, p. 747-748 die het derde kwart van de vorige eeuw aanwijst.

49. De Wet prejudiciële vragen aan de Hoge Raad, opgenomen in art. 392-394 Rv, bewijst dat opnieuw; hier faciliteert de wetgever de rechter om recht te vormen. Vgl. Giesen 2020, p. 10.

50. Zie bijvoorbeeld Hoge Raad 2017, onder het kopje 'Rechter en wetgever'.

51. Vgl. Giesen 2020, p. 11.

52. Zie HR 4 maart 2022, ECLI:NL:HR:2022:336.

53. Zie Jansen 2016, p. 155 en 164.

interessant te zien hoe de rechter in de eerste jaren na de invoering ervan zou omgaan met de uitleg van het (nieuwe) BW,⁵⁴ maar vastgesteld kan worden dat de Hoge Raad na 1992 op gelijke rechtsvormende voet is voortgegaan,⁵⁵ aansluitend bij de voorspelling in die zin van onder andere Hartkamp.⁵⁶ Het *DES*-arrest, om slechts een markant rechtsvormend arrest te noemen, is van oktober 1992.⁵⁷ Er was en is dus weinig te bespeuren van ‘heilig ontzag voor de wettekst en toelichting’, zoals Hartlief het verwoordde.⁵⁸ Overigens, ook het ontstaan en waar mogelijk het gebruik van de reeds besproken methode van anticiperende interpretatie in de periode rondom de totstandkoming van het NBW, duidde er wellicht al op dat de rechter zichzelf een zekere mate van vormende vrijheid wilde (blijven) toedichten.⁵⁹

Tegelijkertijd stellen we ook vast dat de (volledig) ‘vrije rechtsvinding’ (als in: louter billijkheid, en dus de tegenhanger van het legisme⁶⁰) er ook niet gekomen is. Het beeld nu, anno 2022, zoals hiervoor ook al geschetst, is een beeld van nuance, debat, verfijning, relativering.⁶¹ ‘Gematigde rechtsontwikkeling’ is wat de klok slaat, met weinig scherpe kantjes. Dé (mogelijke zo gepercipieerde) uitzondering daarop van de laatste jaren, te weten het *Urgenda*-arrest van de Hoge Raad,⁶² is onzes inziens toch vooral een toepassing van wellicht minder bekend, maar wel degelijk al bestaand recht (vooral: het mensenrechtelijke kader met de daaruit volgende internationale statelijke verplichtingen). Los van de juistheid van die propositie, moeten we tevens vaststellen dat dit arrest een uitzonderlijke uitspraak is in een zeer uitzonderlijke zaak over zeer uitzonderlijke, complexe en veelomvattende problematiek. In een dergelijke setting is het vrijwel onmogelijk een ‘onopvallend’ arrest te wijzen.

... in een gewijzigd juridisch ‘Umfeld’ en veranderende maatschappij

De rechtsvormende taak van de Hoge Raad, zoals net omschreven, heeft zich ontwikkeld en geseteld in een wereld die aan veranderingen onderhevig was en is. De maatschappij van de jaren zeventig van de vorige eeuw was niet dezelfde als die van de jaren negentig, en is ook niet die van nu – hoewel de effecten van het

-
54. Zie in verband met de invoering van het nieuwe BW vooral Lokin 1992, alsmede Hartkamp 1992.
 55. Zie Abas, *Tijdschrift voor de Rechterlijke Macht* 2008, afl. 5, die aangeeft dat de Hoge Raad ‘als rechtsvormer’ niet is stilgevallen na de invoering van het BW, en Jansen 2016, p. 165.
 56. Zie Hartkamp 1992, p. 21-25 en 30 (geen grond voor de vrees voor hernieuwd legisme).
 57. HR 9 oktober 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0706 (*DES*). Uit dezelfde periode stammen bijv. HR 25 juni 1993, ECLI:NL:HR:1993:AD1907 (*Cijsouw/De Schelde*) en HR 30 september 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1460 (*Staat/Shell*).
 58. Hartlief, *NJB* 2018, afl. 25, p. 1776.
 59. Zie ook Hartlief, *NJB* 2018, afl. 25, p. 1776.
 60. Over de ‘strijd’ tussen legisme en vrije rechtsvinding sinds de negentiende eeuw, uitvoerig Jansen 2015 en Jansen 2016, alsmede Van Dunné 1974.
 61. Jansen 2016, p. 165, verwijzend naar de UvA-oratie van Snijders (2002).
 62. Zie HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2006 (*Urgenda*).

gebruik van de aarde zowel toen (1972 was het jaar van de 'Club van Rome') als nu desastreus zijn, en nu zelfs (zo mogelijk) nog veel desastreuzer zijn. Niet alleen het BW is veranderd, maar ook de (juridische) wereld daaromheen.⁶³ Elk van deze ontwikkelingen heeft zijn eigen invloed op de in paragraaf 2.2 geïdentificeerde drivers voor rechtsvorming.

Het zijn feiten van algemene bekendheid inmiddels, maar toch. Het Europese recht is veel belangrijker geworden: het Verdrag van Maastricht werd een maand na invoering van het NBW gesloten en op 31 december 1992 wordt de Europese interne markt geopend.⁶⁴ Dat de invloed hiervan op het werk van rechters niet makkelijk te overschatten is, blijkt ook nadrukkelijk uit de NJV-jaarrede van Polak in 2022:

'Als ik terugblik op meer dan twintig jaar rechterschap is de "europeanisering" van ons vak inhoudelijk de grootste verandering die het heeft ondergaan: dat de handhaving van Europees recht een van onze kerntaken is geworden. Was het Europese recht tot de eeuwwisseling iets voor vooral alleen de beoefenaren van het Europese recht, dat is nu dus wezenlijk anders.'⁶⁵

Het bereik en de reikwijdte van het EVRM en de rol van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens heeft bovendien de laatste decennia een enorme vlucht genomen.⁶⁶ En ook het internationale recht wint aan belang (denk aan de invloed van de diverse klimaatakkoorden, waaronder direct al na invoering van het NBW het akkoord van Rio de Janeiro uit juni 1992). Dat alles voedt de vaak benoemde meergelaagdheid van ons privaatrecht en de daarmee toegenomen complexiteit.⁶⁷ Tegelijk heeft het er alle schijn van dat de (privaatrechtelijke) wetgever zich eerder afzijdig houdt dan dat die de leiding neemt,⁶⁸ en met name (enkel) nog de noodzakelijke implementatie van nieuwe EU-regels (vaak in sectorale wetgeving) verzorgt. Dat de wetgever niet thuis geeft, wil echter niet zeggen dat geen nieuwe maatschappelijke vraagstukken opduiken; vraagstukken die daarmee, schijnbaar eerder dan voorheen, in de vorm van een individueel geschil bij de civiele rechter terechtkomen. Vervolgens 'mag' de rechter het maatschappelijke vraagstuk 'vertalen' naar het recht (lees: inkaderen in het bestaande juridische normenstelsel) en als 'knopendoorhakker' aantreden. Terugkerende IS-reizigers, het rookverbod in kleine cafés, klimaataansprakelijkheid van overheid en bedrijfsleven en recentelijk

63. Hiervoor verwijzen we nogmaals naar de reeds genoemde 'autonome ontwikkelingen', zoals beschreven door Wijntjens en Vranken, in hoofdstuk 17 van dit boek.

64. Bakels, *Justitiële Verkenningen* 1988, p. 32.

65. Polak, *NJB* 2022, afl. 26, p. 2060.

66. Zo ook Jansen 2016, p. 165, in diens slotaline, vooruitkijkend.

67. Aan de ene kant zou het zomaar kunnen zijn dat door al die ontwikkelingen het NBW minder robuust zal blijken te zijn dan het OBW. Anderzijds maken de open normen in het NBW het juist eenvoudig(er) om nieuwe ontwikkelingen in het recht te incorporeren en maken die het NBW toekomstbestendiger.

68. Vgl. Giesen, *NTBR* 2018, afl. 5, p. 236 e.v.; Giesen 2020, p. 25.

een hele reeks aan coronarechtspraak: de voorbeelden van uitspraken waarin de rechter niet alleen aan rechtsvorming, maar ook aan ‘maatschappijvorming’ moet doen, zijn bekend en makkelijk aan te vullen.⁶⁹

Dichter bij de wereld van de (hoogste) civiele rechter zelf zijn er nog andere veranderingen die de rechtsvormende rol beïnvloeden. Wij noemen de focus op ‘de zaken die ertoe doen’ na het rapport van de Commissie-Hammerstein uit 2008,⁷⁰ de mogelijkheid tot het stellen van prejudiciële vragen en de toenemende aandacht voor en het gebruik van de ‘amicus curiae’, samen te ballen in de bredere gedachte dat er wellicht wel minder sprake is (of zou moeten zijn) van toeval en meer van beleid als het om de rechtsvormende taak van de Hoge Raad gaat. We noemen ook de toegenomen aandacht voor en het gebruik van alternatieve regelgeving en – in samenhang met het toegenomen belang van het EVRM – de verdere ‘constitutionalisering’ van het privaatrecht.⁷¹

2.6 WAT NU ALS ER GEEN NBW WAS GEWEEST?

Vooraf een drietal aannames

Nu we weten waar we staan sinds de invoering van het NBW, komen we bij de kernvraag van deze bijdrage: waar zouden we zijn geweest zonder dat NBW? We beginnen met drie uitgangspunten, axioma’s eigenlijk, voor onze bijdrage, als een kader, een houvast voor ons denken over de ‘wat als...’-vraag.

Het eerste geloofsartikel voor ons is dat ook zonder een nieuw BW de civiele rechter zou hebben moeten werken aan de (impliciete) machtiging van de wetgever om überhaupt aan rechtsvorming te doen. Die ‘vrijbrief’ om het recht te vormen was de afgelopen periode met het NBW in de hand en de open normen die daarin besloten liggen, soms al best lastig te verkopen, vooral aan staatsrechtgeleerden⁷² (civilisten zijn pragmatici), maar zonder het nieuwe wetboek zou dat toch nog iets lastiger zijn geweest. De, als het rechtsvorming betreft, toch nog vaak beperkt uitgelegde ‘trias’-gedachte is een hardnekkige gebleken. Die machtiging zou er niettemin gekomen (gebleven) zijn, als een onvermijdelijkheid, zo menen wij, ook zonder een NBW. Ook onder het oude BW was de rechter immers al hard bezig met het uitbouwen van het burgerlijk recht, wat hem op de reeds besproken kritiek

69. Daarbij is het interessant dat in deze zaken dus ook de (echo van) politieke en maatschappelijke belangen waarvan Hirsch Ballin in 1988 schreef dat zij buiten het domein van de rechter zouden moeten blijven, zoals milieu- en internationale veiligheidsbelangen (zie ook hierboven, voetnoot 20) uitdrukkelijk in de rechtszaal gehoord wordt. Vergelijk over rechtspraak met betrekking tot dit soort geschiloverstijgende vraagstukken ook: Van Deursen & Vetzo, *NTBR* 2021, afl. 10; Van Deursen, *Leiden Law Blog* 2022.

70. Hammerstein e.a. 2008.

71. Uitvoeriger: Giesen 2020, p. 99-109.

72. Zie Giesen 2020, p. 6.

van Meijers kwam te staan.⁷³ We zijn hierin zo stellig mede gezien ons volgende punt.

Onze tweede aanname is namelijk deze. Als het om de verhouding tussen wetgever en rechter gaat, zou er, wat ons betreft, ook daar geen cesuur te bespeuren zijn geweest in de vergelijking van de situatie met of zonder NBW. De invoering van het NBW was weliswaar een belangrijke kans voor de wetgever om het woord (beter: het voortouw) te nemen in de dialoog met de rechter, iets wat zonder dat nieuwe wetboek minder evident zou zijn geweest, maar toen puntje bij paaltje kwam is die dialoog zeker niet ontaard in een confrontatie tussen beide staatsmachten. De wetgever gaf ruimte aan de rechtsontwikkeling door de rechter waar dat nog gaande of nodig was, en hij bestendigde die rechtsontwikkeling geregeld door rechterlijke uitspraken tot wettelijke regels te 'upgraden'. Zo bezien had de wetgever helemaal niet zoveel trek om steeds de eerste viool te spelen. Dat is dan weer een aanwijzing dat zonder de BW-wetgevingsoperatie de rechter zijn eigen lijn en ontwikkelingsgang zoals die al in gang gezet was, zou hebben kunnen vervolgen, in elk geval naast, en zonder al te veel tegenwerking van de wetgever.

Onze derde aanname is dat ook zonder NBW de rechter de hiervoor al geschetste maatschappelijke en juridische veranderingen had moeten 'meenemen', zo niet al meteen, dan wel op enig later moment. De wetgever zou vast wel het nodige aan rechtscheppende arbeid verzet hebben (minimaal: het invoegen van EU-richtlijnen), ofwel in het (oude) BW ofwel in sectorale wetgeving. Maar ook dan zou de rechter aan zet zijn geweest, net zoals deze in de periode voor 1992 al actief was. De civiele rechter zou daarbij ongetwijfeld de canon van interpretatiemethoden (wellicht nog inventiever) benut hebben, zoals dat al gebeurde voor 1992. Het is evenwel goed denkbaar dat niet alle methoden even veel of even sterk benut zouden zijn als nadien gebeurd is onder de vlag van het NBW. Dit werken we hierna verder uit.

Een ander rechtsvormende rol? Niet waarschijnlijk...

Gegeven de zonet geschetste uitgangspunten zou, zonder de invoering van het NBW, zo poneren wij, de rechterlijke rechtsvorming op de oude voet zijn doorgegaan. De bestaande lijn van, kort gezegd en à la Schoordijk, een redelijke mate van vrijheid ten opzichte van de wet (soms ook wel als autonome rechtsvinding geduid) zou voortgezet zijn. Voor een terugkeer naar een meer legistische benadering zou in de situatie zonder NBW nog minder aanleiding zijn geweest dan in de situatie met een nieuw wetboek (zie par. 2.5 hiervoor).

Daarbij is het wel waarschijnlijk dat in de loop der tijd die zelf toebemeten ruimte steeds ietsje ruimer zou worden getrokken, enkel en alleen al omdat de bestaande

73. Daarover ook de bijdrage van Wijntjens en Vranken aan deze bundel, hoofdstuk 17, paragraaf 17.5.

wet (dan: het oude BW) steeds verder verouderd zou raken en steeds verder af zou komen staan van de noden van de moderne tijd en verander(en)de maatschappij (zie ook par. 2.3 hiervoor). Dat proces was ook ver voor 1992 uiteraard al enige tijd gaande; denk aan een arrest als *Baris/Riezenkamp*.⁷⁴ We menen dus te mogen vaststellen dat de houding ten opzichte van de wet niet alleen ‘losjes’ gebleven zou zijn, maar misschien ook wel nog iets lossier zou zijn geworden. Dat laatste zou dan zijn getriggerd door de beschreven maatschappelijke en juridische ontwikkelingen die volgden na 1992. Kortom, de Hoge Raad zou nu, ook zonder NBW, vrijer opereren dan voor 1992, feitelijk net zoals dat met dat nieuwe BW in de hand is gebeurd.

Maar wel met een veranderde canon aan interpretatiemethoden

Maar wacht even, zou er dan werkelijk niets veranderd zijn? Zo nee, dan zou de invoering van dat NBW weleens een dure en allicht overbodige operatie kunnen zijn geweest, in elk geval vanuit rechtsvindingsperspectief.

Dat is echter niet het geval, want op het vlak van het gebruik van de interpretatiemethoden die de rechter tot zijn beschikking heeft, had men toch iets anders moeten gaan opereren.⁷⁵ Zo ligt het voor de hand te veronderstellen dat de civiele rechter veel minder had kunnen terugvallen op de (vrij recente) wetsgeschiedenis – toch een belangrijke interpretatiemethode, zeker na 1992, en vaak een vertrekpunt voor de motivering van de Hoge Raad. Bovendien is die wetsgeschiedenis vaak instrumenteel om het doel en de strekking van een wettelijke regeling te achterhalen en dus via de teleologische interpretatiemethode nogmaals relevant, zeker in de subjectieve variant daarvan. De noodzakelijke nuancering van dit standpunt is overigens wel dat het ook voor de hand ligt dat, als er geen NBW was ingevoerd, er ten minste (nog meer dan nu al gebeurt) op deelterreinen aparte (sectorale) wetgeving tot stand zou zijn gebracht. In die gevallen zou de wetsgeschiedenis van die specifieke regeling wel bruikbaar zijn voor de rechter, en wellicht zelfs nog bepalender zijn geworden dan mét een NBW, omdat in die situatie het niet, althans minder, voor de hand zou liggen om (ook) terug te vallen op het systeem van de wet (systematische interpretatie), zoals dat juist bij een grote codificatie wel nuttig en nodig is. Los daarvan zou die systematische uitleg onder het oude BW steeds minder bruikbaar zijn geworden, omdat dat BW-systeem steeds meer gaten en nieuwe ‘aansluitingen’ zou laten zien.

74. HR 15 november 1957, ECLI:NL:HR:1957:AG2023 (*Baris/Riezenkamp*).

75. Vgl. Giesen 2020, p. 49-72, met verdere verwijzingen, over de hierna in deze paragraaf genoemde interpretatiemethoden. Terzijde: de nieuwe wetgevingsoperatie heeft tot veel discussie geleid. Het is dus aannemelijk dat er ook meer literatuur is verschenen (dan wanneer een geen hercodificatie had plaatsgevonden). Die literatuur zou vervolgens ook weer bruikbaar zou kunnen zijn bij rechtsvorming en rechtsvinding.

Kijken we nog wat verder naar de ‘toolkit’ die de rechter (ook bij rechtsvorming) ter hand kan nemen, dan lijkt het zonneklaar dat anticiperende interpretatie zonder het NBW niet op dezelfde schaal mogelijk zou zijn geweest, voor zover het al ‘uitgevonden’ zou zijn, en retrocipatie (terugredeneren vanuit het nieuwe recht bij uitleg van oud recht) zou al helemaal niet aan de orde zijn geweest. De taalkundige uitleg zou van groot gewicht zijn gebleven maar hier geldt: hoe ouder de tekst, hoe minder richtinggevend deze zal zijn. Datzelfde kan gezegd worden van de rechtshistorische methode, terwijl ook de analogie lastiger inzetbaar zou zijn geworden bij een verder achteroprakend wetboek. Die methoden zouden dus waarschijnlijk in de loop der tijd een beperktere rol hebben gekregen.

Omdat de dynamisch-evolutive uitleg betekenis geeft aan de gewijzigde juridische en maatschappelijke opvattingen en omstandigheden sinds de invoering van de uit te leggen wet, zou die aanpak daarentegen zomaar eens een stuk populairder kunnen zijn geworden, net als de redelijke en praktische uitleg die aanhaakt bij wat er in de huidige praktijk feitelijk gebeurt. En ook Unieconforme uitleg zou tot bloei zijn gekomen, gewoon omdat dat nu eenmaal voorgeschreven is – en vaker moet gebeuren als er meer EU-wetgeving is om uit te leggen. Als er minder concrete houvast te vinden is in een (recente) tekst van de wetgever, is het bovendien verleidelijk om meer te leunen op achterliggende beginselen en misschien ook wel om meer te kijken naar de situatie elders, via interne en externe rechtsvergelijking. Die methoden hadden dan zonder het NBW een grotere vlucht kunnen nemen, maar dat zou het werk van de rechter wel lastiger hebben gemaakt omdat die methoden door de bank genomen tot minder eenduidige en minder afgebakende antwoorden leiden: beginselen zijn niet zomaar concreet te maken en rechtsvergelijking biedt heus niet altijd een pasklare en inpasbare oplossing.⁷⁶ Maar bovenal zou, denken wij, de rechter de (eigen) eerdere rechtspraak (meer) zijn gaan benutten om tot oplossingen voor nieuwe gevallen te komen, dus de misschien niet altijd officieel erkende maar informeel wel bestaande precedentwerking van uitspraken zou prominent(er) naar voren zijn gekomen.⁷⁷

Nemen we het voorgaande tezamen, dan concluderen wij als belangrijke uitkomst van onze bespiegelingen en veronderstellingen dat de gebruikelijke en bekende lijst van interpretatiemethoden toch wel een wat ander aanzien zou hebben gekregen, met andere prioriteiten qua mate van belangrijkheid, als ons oude BW nog dertig jaar langer *het* BW zou zijn gebleven.

76. Dat laatste geldt waarschijnlijk ook bij het gebruik van wat een van ons eerder de multidisciplinaire methode van uitleg heeft genoemd (Giesen 2020, p. 70). Empirische gegevens kunnen een bepaalde oplossing ondersteunen maar bieden zeker niet *de* oplossing.

77. Het zou aardig en nuttig zijn om via rechtsvergelijkend onderzoek te achterhalen of onze veronderstellingen over wat er gebeurd zou zijn met bepaalde interpretatiemethoden, stroken met wat er daadwerkelijk is gebeurd in landen waar veel langer is gewerkt met een vergelijkbaar wetboek als ons oude BW. We denken dan aan Frankrijk en België, twee landen waar overigens, *as we speak*, (maar dus dertig jaar of zelfs 75 jaar na de invoering of zelfs de start van het proces in Nederland), gewerkt wordt aan nieuwe burgerlijke wetboeken.

2.7 AFRONDING: VOORUITGEDENKEND OVER RECHTSVORMING...

De vraag die in onze bijdrage centraal staat, is of de invoering van het NBW invloed heeft gehad op rechterlijke rechtsvorming. Met in het achterhoofd onze oproep voor voorzichtigheid ten aanzien van het al te gemakkelijk trekken van conclusies, is onze overtuiging dat die invloed – voor zover daarvan al sprake is – beperkt is. We leiden daaruit dan ook af dat zonder dat NBW de staat van de rechterlijke rechtsvorming er dus niet heel anders zou hebben uitgezien.

Als we terugkijken op de rechtspraak onder het OBW – en laten we dat vooral niet te lang doen: niet voor niets is voor dit boek gekozen voor de opzet van een vooruitgedenkboek – dan zien we hoe de rechter zich in de loop der tijd steeds opener heeft getoond voor in de maatschappij levende opvattingen en overtuigingen. Met het verstrijken van de tijd nam ook de binding aan de tekst van het OBW af en verschoof de focus naar de achter de wet liggende belangenafwegingen en naar de sturing die daarvan uit kan gaan voor het reguleren van (de steeds complexere) maatschappelijke relaties. Gaandeweg ontwikkelde de rechter zo een rechtsvormende taak.

De periode rondom de invoering van het NBW werd gekenmerkt door samenwerking tussen de anticiperende rechter en de codificerende wetgever. Toch werd bij de invoering van het NBW in de literatuur gediscussieerd over de vraag of de rechter na 1992 weer zou verworden tot een spreekbuis van de (nieuwe) wet. Hoewel er met name in Meijers' legistische opvattingen argumenten te vinden waren om die vraag bevestigend te beantwoorden, was de algemene verwachting dat de taakuitoefening van de rechter van (veel) meer afhankelijk is dan van de wet(tekst) alleen en dat het NBW niet beoogde om de rechter al te veel in zijn werkzaamheden te belemmeren.

Die verwachting bleek juist te zijn. Terugkijkend op de periode (direct) na de invoering van het NBW zien we dat de rechter doorgegaan is op de rechtsvormende koers die hij al in de jaren tachtig had ingezet. Er is dan ook weinig terug te zien van het gevreesde 'heilig ontzag voor wettekst en toelichting'.⁷⁸ Integendeel! Onder invloed van grote en ingrijpende maatschappelijke ontwikkelingen, die zeker de laatste jaren steeds nadrukkelijker hun weg naar de rechtszaal vinden (push...), heeft de burgerlijke rechter die rechtsvormende taak zelfs uitgebouwd, daarbij onder meer gebruikmakend van het systeem van open normen en het steeds verder groeiende corpus van internationaal recht (... en pull).⁷⁹ Daar ligt overigens een link met de tweede uitkomst van onze bespiegelingen: diverse van de geijkte interpretatiemethoden zouden toch wel een wat ander aanzien hebben gekregen, ook qua belang in de rechtspraktijk, als we het zonder NBW hadden

78. Hartlief, *NJB* 2018, afl. 25, p. 1776.

79. We wijzen nogmaals op het *Urgenda*-arrest als voorbeeld.

moeten stellen. Sommige ervan zouden hebben gefloreerd, andere methoden juist niet. Maar ja, dat telt eigenlijk niet, want dat zou alleen maar zo zijn geweest als...

VERKORT AANGEHAALDE LITERATUUR

Abas, *Trema: Tijdschrift voor de Rechterlijke Macht* 2008, afl. 5

P. Abas, 'De Hoge Raad als wetgever', *Trema: Tijdschrift voor de Rechterlijke Macht* 2008, afl. 5.

Bakels, *Justitiële Verkenningen* 1988

F.B. Bakels, 'Rechter en codificatie van het burgerlijk wetboek', *Justitiële Verkenningen* 1988.

Barendrecht 1998

J.M. Barendrecht, *De Hoge Raad op de hei* (Schoordijk Reeks: Centrum voor procesrecht), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1998.

Van Deursen & Vetzo, *NTBR* 2021, afl. 10

S. van Deursen & M.J. Vetzo, 'Het avondklokoordeel in context', *NTBR* 2021, afl. 10.

Van Deursen, *Leiden Law Blog* 2022

S. van Deursen, 'Courts as social engineers: A social genesis of judicial decisions?', *Leiden Law Blog* 2022.

Van Dunné 1974

J.M. van Dunné, *Riskante rechtsvinding*, Deventer: Kluwer 1974.

Florijn, *Ars Aequi* 1991, afl. 12

E. Florijn, 'Het nieuwe Burgerlijk Wetboek en profil', *Ars Aequi* 1991, afl. 12, <http://arsaequi.nl>.

Giesen, *NTBR* 2018, afl. 5

I. Giesen, '(Zelf)Regulering van en in het privaatrecht: op zoek naar een "ReL"?', *NTBR* 2018, afl. 5.

Giesen 2020

I. Giesen, *Rechtsvorming in het privaatrecht* (Monografieën BW), Deventer: Wolters Kluwer 2020.

De Graaff, *NTBR* 2019, afl. 2

R. de Graaff, 'Zestig jaar Quint/Te Poel: ruimte voor rechterlijke rechtsvorming in het verbintenissenrecht', *NTBR* 2019, afl. 2.

Hammerstein e.a. 2008

A. Hammerstein e.a., *Versterking van de cassatierechtspraak. Rapport van de commissie normstellende rol Hoge Raad*, Den Haag: Commissie normstellende rol Hoge Raad 2008.

Hartkamp 1992

A.S. Hartkamp, *Wetsuitlegging en rechtstoepassing na de invoering van het nieuwe Burgerlijk Wetboek*, Deventer: Kluwer 1992.

Hartlief, *NJB* 2018, afl. 25

T. Hartlief, 'Waarin een klein land groot kan zijn', *NJB* 2018, afl. 25.

Heisterkamp 1992

A.H.T. Heisterkamp, 'Schakelbepalingen en analogie in het (N)BW', in: *Rechtsvinding onder het NBW. Een Groningse kijk op het nieuwe vermogensrecht*, Deventer: Kluwer 1992.

Hirsch Ballin 1988

E.M.H. Hirsch Ballin, 'Onafhankelijke rechtsvorming. Staatsrechtelijke aantekeningen over de plaats en functie van de Hoge Raad in de Nederlandse rechtsorde', in: *De Hoge Raad der Nederlanden. De plaats van de Hoge Raad in het huidige staatsbestel*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Wilink 1988.

Hoge Raad 2017

Hoge Raad, Jaarverslag 2017, 2017.

Jansen 2015

C.J.H. Jansen, *De wetenschappelijke beoefening van het burgerlijke recht in de lange 19e eeuw*, Deventer: Wolters Kluwer 2015, <https://repository.ubn.ru.nl>.

Jansen 2016

C.J.H. Jansen, *De wetenschappelijke beoefening van het burgerlijke recht tussen 1940 en 1992*, Deventer: Wolters Kluwer 2016.

Keirse & Mak 2022

A.L.M. Keirse & C. Mak, 'Op de schommel tussen autonomie en repressie: Een privaatrechtelijk perspectief op de repressieve samenleving', in: *De repressieve samenleving* (NJV Preadvies 2022), Deventer: Wolters Kluwer 2022.

Van Klink & Broers 2001

B.M.J. van Klink & E.J.M.F.C. Broers, 'Ten geleide: rechtsvorming door de rechter', in: *De rechter als rechtsvormer*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2001.

Lindo, *NJB* 1995, afl. 24

C.M.Th. Lindo, 'Cassatie in de negentiger jaren. Interview met mr S. Royer, president van de Hoge Raad', *NJB* 1995, afl. 24.

Lokin 1992

J.H.A. Lokin, 'De plaats van Meijers in de legistische traditie', in: *Rechtsvinding onder het NBW. Een Groningse kijk op het nieuwe vermogensrecht*, Deventer: Kluwer 1992.

Lubbers & Vording 2006

A.O. Lubbers & H. Vording, 'Een eerste aanzet tot een toetsingskader voor de beoordeling van het werk van de belastingrechter waar deze optreedt als wetgever-plaatsvervanger', in: *Maatschappelijk Heffen 1. De wetenschap*, Deventer: Kluwer 2006.

Van Maanen, *Ars Aequi* 2009, afl. 11

G.E. van Maanen, 'Zonder Lindenbaum geen Cohen. Maar zonder Juffrouw De Vries geen Lindenbaum/Cohen!', *Ars Aequi* 2009, afl. 11.

Martens, *NJB* 2000, afl. 14

S.K. Martens, 'De grenzen van de rechtsvormende taak van de rechter', *NJB* 2000, afl. 14.

Meijers 1954

E.M. Meijers, *Verzamelde privaatrechtelijke opstellen*, Leiden: Universitaire Pers Leiden 1954.

Nieuwenhuis, *NJB* 2000, afl. 13

J.H. Nieuwenhuis, 'De kunst van het zaklopen', *NJB* 2000, afl. 13.

Ortlep 2022

R. Ortlep, 'Wat behoort de rechter naar zijn beste vermogen te doen?', in: *Toetsingsintensiteit. Een vergelijkende studie naar het variëren van de toetsingsintensiteit door de rechter*, Deventer: Wolters Kluwer 2022.

Polak, *RM Themis* 1984

M.V. Polak, 'Algemene beginselen van rechterlijk overgangsrecht', *RM Themis* 1984.

Polak, *NJB* 2022, afl. 26

J.E.M. Polak, 'De polsstok van een rechter in de repressieve samenleving. Over rechterlijke uitspraken met een groot politiek belang', *NJB* 2022, afl. 26.

Reehuis 1992

W.H.M. Reehuis, 'De wil van de wetgever: over het gezag van de wettekst en parlementaire geschiedenis', in: *Rechtsvinding onder het NBW. Een Groningse kijk op het nieuwe vermogensrecht*, Deventer: Kluwer 1992.

Scheltema 1988

M. Scheltema, 'De verwachtingen voor de toekomst', in: *De Hoge Raad der Nederlanden. De plaats van de Hoge Raad in het huidige staatsbestel*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1988.

Schoordijk 1988

H.C.F. Schoordijk, 'Hoe vat(te) de Burgerlijke kamer van de Hoge Raad zijn rechtsvormende taak op?', in: *De Hoge Raad der Nederlanden. De plaats van de Hoge Raad in het huidige staatsbestel*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1988.

Schoordijk, *RM Themis* 1999, afl. 10

H.C.F. Schoordijk, 'Mr. G.J. Wiarda, Drie typen van rechtsvinding', *RM Themis* 1999, afl. 10.

Schuyt 1988

C.J.M. Schuyt, 'De veranderende plaats van de Hoge Raad in de samenleving', in: *De Hoge Raad der Nederlanden. De plaats van de Hoge Raad in het huidige staatsbestel*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1988.

Snijders 2002

W. Snijders, *De betrekkelijke waarde van de wet in euroland*, Amsterdam: Vossiuspers UvA 2002.

Uzman 2013

J. Uzman, *Constitutionele remedies bij schending van grondrechten: over effectieve rechtsbescherming, rechterlijk abstenen en de dialoog tussen rechter en wetgever* (Meijers-reeks, deel MI-221), Deventer: Kluwer 2013.

Voermans, *RegelMaat* 2015, afl. 2

W.J.M. Voermans, 'Waarom is er zo weinig wetgevingsonderwijs in de universitaire rechtenopleiding?', *RegelMaat* 2015, afl. 2.

Vranken, *NJB* 1988, afl. 63

J.B.M. Vranken, 'Themis en het vermogensrecht Nieuw BW: Naar een inhoudelijke beoordeling van de boeken 3, 5 en 6 Nieuw BW', *NJB* 1988, afl. 63.

Vranken 1995

J.B.M. Vranken, *Mr. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. Algemeen deel* **, Deventer: Kluwer 1995.

Vranken, *NJB* 2000, afl. 1

J.B.M. Vranken, 'Toeval of beleid? Over rechtsvorming door de hoogste rechters', *NJB* 2000, afl. 1, <https://pure.uvt.nl>.

Zwalve 1992

W.J. Zwalve, 'De Zwitserse les', in: *Rechtsvinding onder het NBW. Een Groningse kijk op het nieuwe vermogensrecht*, Deventer: Kluwer 1992.