

# De canon van het Nederlands privaatrecht Een proeve

Auteur: Prof. mr. E.H. Hondius, Hoogleraar Burgerlijk Recht Universiteit Utrecht.

Publicatie: WPNR Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie

Publicatiedatum: 10-02-2007

Uitgever: Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie

## 1. Een tijd van canons

We leven in een tijd van canons. Een jaar geleden trok de publikatie van de canon van Nederland door de Koninklijke Nederlandse Academie van Wetenschappen<sup>1</sup> veel aandacht. Niet iedereen kon zich in de gemaakte keuzes vinden.<sup>2</sup> Wel kon een ieder zich vinden in de gedachte dat publikatie van een canon een probaat middel is om de aandacht voor de eigen cultuur te bevorderen. Om die reden lijkt ook publikatie van een juridische canon het overwegen waard. In deze Privaatrecht Actueel wil ik hiertoe een eerste aanzet geven.

Welke werken dient de privaatrechtelijke canon van ons land te bevatten? Gelet op het karakter van dit blad beperk ik mij in het volgende tot het materiële privaatrecht, exclusief het procesrecht. Tien werken zullen, in alfabetische volgorde, worden genomineerd. Veertig plaatsen zijn voor andere onderdelen van het recht gereserveerd. Elk nominatie is voorzien van een korte toelichting. Het betreft werken die een grote invloed hebben uitgeoefend op de ontwikkeling van ons privaatrecht of dat nog zullen doen.

## 2. Canaris en de constitutionalisering van het privaatrecht

De casus is bekend. Een net meerderjarige dochter stelt zich borg voor de schulden van haar vader. 'Het is slechts een formaliteit', zegt de bank als dochter tekent. Als vader zijn schuld niet kan betalen, spreekt de bank de dochter aan. 'Pacta servanda sind' zegt de Duitse civiele rechter in hoogste instantie, maar hij wordt teruggefloten door het *Bundesverfassungsgericht* dat de in het *Grundgesetz* gewaarborgde partijautonomie laat prevaleren.<sup>3</sup> Duitse civilisten hebben grote moeite gehad met deze en andere uitspraken van het Duitse constitutionele hof, die in het geheel niet pasten in het systeem van hun privaatrecht. Er moest een man als Canaris aan te pas komen om staatsrecht en privaatrecht te integreren. De constitutionalisering van het privaatrecht is niet een louter Duitse zaak. Ook in andere landen, waaronder Nederland, krijgen we hiermee te maken. Canaris is daarbij een goede gids.<sup>4</sup>

## 3. De Code civil en de discours préliminaire

Het tweede genomineerde werk is een buitenbeentje. Het is de *Code civil*, zo mogelijk vergezeld van de *discours préliminaire* van Portalis. De *Code civil* is het toonbeeld van goede wetgevingstechniek. Bij het tweehonderdjarig bestaan in 2004 is dat nog eens menigvuldig onder de aandacht gebracht.<sup>5</sup> Maar de *Code civil* is meer: het is 'la Constitution civile de la France', 'le lieu de mémoire de la Nation', 'la fleur de la culture française' en 'le grammaire de notre droit'.<sup>6</sup>

## 4. Van Dams European tort law

De zojuist geciteerde woorden zijn ontleend aan het boek van Cees van Dam over 'European tort law'.<sup>7</sup> Meer en meer is in het privaatrecht de invloed van Europa (Brussel, Luxemburg, Straatsburg) te merken. Het boek van Van Dam is een goed doordacht, in een mooie stijl en

smetteloos Engels geredigeerd werk dat de lezer een stimulans geeft om zich op dit nieuwe rechtsgebied te begeven.

### **5. Gordley's grondslagen**

Dat Gordley's *Foundations of private law*<sup>8</sup> op deze lijst voorkomt, zal niet verbazen gelet op mijn enthousiaste aankondiging van dit werk in dit blad vorig jaar.<sup>9</sup> De leidende gedachte van het boek is dat het privaatrecht berust op basisbeginselen, waar wij het zicht op hebben verloren. Deze basisbeginselen zijn in de zestiende eeuw door de Spaanse late scholastici ontwikkeld op de grondslag van het Romeinse recht en van de filosofische gedachten van Aristoteles. Het waren Hugo de Groot en Pufendorf die deze basisbeginselen in het noorden overnamen. Gedurende de Verlichting werden de basisbeginselen evenwel verlaten. Gordley doet een fascinerende poging tot reconstructie van het contractenrecht, de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad en de ongerechtvaardigde verrijking.

### **6. De stijl van Kötz**

Een van de meest invloedrijke boeken op het gebied van het privaatrecht is de *Einführung in die Rechtsvergleichung* van Zweigert en Kötz.<sup>10</sup> Het boek bouwt voort op de Konstanzer inaugurele rede van Kötz 'Über den Stil höchstrichterlicher Entscheidungen' (1973)<sup>11</sup>, welke ook in ons land bekendheid heeft verworven als preadvies uitgebracht aan de Nederlandse Vereniging voor Rechtsvergelijking (1980).<sup>12</sup>

### **7. Pothiers *Traité des obligations***

Een van mijn persoonlijke favoriete klassieken is Pothiers *Traité des obligations*.<sup>13</sup> Dat is vermoedelijk mede toe te schrijven aan het feit dat ik in het gelukkige bezit ben van een editie van 1761 van dit werk, dat niet alleen aan de basis van de *Code civil* lag, maar ook voor de vorming van het Engelse contractenrecht baanbrekend is geweest. Als er onder het oude BW iets niet helder was, volstond veelal - zo was mijn ervaring - een blik in Pothier om klaarheid te verschaffen. Een voorbeeld van de duidelijke tekst:

'119. Quoique l'ivresse fasse perdre l'usage de la raison, une personne ne laisse pas d'être obligée à la réparation du tort qu'elle fait à quelqu'un dans l'état d'ivresse; car c'est sa faute de s'être mise volontairement dans cet état, & en cela un homme ivre differe des enfans & des insensés, auxquels on ne peut imputer aucune faute.'

### **8. Scholtens *Algemeen deel***

Paul Scholtens *Algemeen deel* van de Asser-serie<sup>14</sup> heeft in ons land bijkans de positie van heilig boek verworven.<sup>15</sup>

Het valt daarom te begrijpen dat toen Vranken een nieuwe editie produceerde<sup>16</sup>, hij deze niet als derde druk aanduidde (zoon G.J. Scholten had in 1974 wel een - uitsluitend bijgewerkte - derde druk bezorgd).

### **9. Struycken en het gesloten stelsel van het goederenrecht**

De meest verrassende keuze van deze lijst is vermoedelijk de recente dissertatie van Teun Struycken jr.<sup>17</sup> Dit proefschrift is de neerslag van een speurtocht naar de herkomst en de betekenis van de geslotenheid van ons goederenrechtelijk systeem. Het is het eerste onderzoek van deze omvang naar een verschijnsel dat toch als fundamenteel voor ons goederenrecht wordt aangeduid.<sup>18</sup>

### **10. Viney's visie op de onrechtmatige daad**

Geneviève Viney is de beste kenner van het Franse aansprakelijkheidsrecht, daar zal een ieder het over eens zijn. Haar boeiende commentaar op de Franse onrechtmatige daad in de 'Traité de droit civil' onder redactie van Jacques Ghestin telt drie delen. Van de *Introduction à la responsabilité* dateert de tweede druk van 1995. In 1998 verscheen *Les effets de la responsabilité*. Het hier genomineerde deel, mede bewerkt door Patrice Jourdain, ziet op *Les conditions de la responsabilité*.<sup>19</sup> Dit boek handelt over de schade, het causaal verband en de onrechtmatigheid. Uit het hoofdstuk over de schade noem ik de bespreking van het leerstuk van de *perte d'une chance*, dat ook bij ons de aandacht trekt. In het hoofdstuk over causaal verband is interessant te lezen hoe de Franse wetgever voor de slachtoffers van aids-besmetting een fonds in het leven heeft geroepen.

## 11. Zimmermanns Law of obligations

Degenen die de Romeinsrechtelijke grondslag van ons recht in de canon weerspiegeld willen zien, hebben tot het eind moeten wachten, maar het wachten wordt beloond. Weinigen zullen de keuze van Zimmermanns *Law of obligations*<sup>20</sup> betwisten. Dit is een prachtige studie waar tal van privaatrechtelijke leerstukken van de Romeinse wieg tot de hedendaagse wasdom worden gevolgd. Geschreven in een omgeving waar niet alle bronnen voorhanden waren (Kaapstad), bezijkt het ook niet onder een ballast van voetnoterij.

## 12. En wat nu?

Ik heb geen moment de idee dat bovengenoemde nominaties iedere lezer zullen overtuigen. Waar is een Hugo de Groot, een Meijers, een Schoordijk? Hugo de Groot verdient mijns inziens een plaats in onze canon, maar dan op de aanpalende sublijst van het volkenrecht (hij is trouwens ook al opgenomen in de KNAW-canon van Nederland). Meijers en Schoordijk hebben natuurlijk een prachtig oeuvre, maar afgesproken was dat één bepaalde publikatie maatgevend is (wellicht is er voor beide heren nog hoop bij de lijst van de algemene rechtsleer). Moeilijker is het met tegenwerpingen als: waar is in dit overzicht het vennootschapsrecht, het erfrecht; dient de ontwikkeling van de rechten van de mens in de privaatrechtelijke canon te worden gereflecteerd; is de rechtseconomische benadering hiertoe al voldoende ingeburgerd; men vulle het lijstje zelf maar aan. Ik ben bereid mij gewonnen te geven indien iemand met valide argumenten een niet genoemde jurist weet te nomineren. Het addertje is dat er dan ook iemand van de lijst moet worden afgevoerd. En dat heeft weer gevolgen voor de representativiteit. Laat iemand Struycken vallen, dan ontstaat daardoor tevens een goederenrechtelijke leemte.<sup>21</sup>

## Voetnoten

1. *De canon van Nederland*, <http://entoen.nu/lijst.aspx>. Zie ook K. Davids, *Global history en de 'canon' van de Nederlandse geschiedenis*, Amsterdam: Edita, 2005, 21 p.
2. Zie Maria Grever, Ed Jonker en Kees Ribbens (red.), *Controverses rond de canon*, Asser: Van Gorcum, 2006, 120 p.
3. *Bundesverfassungsgericht* 19 oktober 1993, *NJW* 1994, 36, waarover bij ons Olha Cherednychenko, *Fundamental rights, contract law and the protection of the weaker party/A comparative analysis of the constitutionalisation of contract law, with emphasis on risky financial transactions*, diss. Utrecht, München: Sellier, 2007, p. 1; J.M. Smits, *Constitutionalisering van het vermogensrecht*, Deventer: Kluwer, 2003, p. 106 e.v.; en R.P.J.L. Tjittes, *Bezwaarde verwanten*, Deventer: Kluwer, 1996, p. 24 e.v..
4. Claus Wilhelm Canaris, *Grundrechte und Privatrecht/Eine Zwischenbilanz*, Berlin, 1999.
5. *Le Code civil 1804-2004/Livre du bicentenaire*, Paris: Dalloz/Litec, 2004.
6. C.C. van Dam, *European Tort Law*, Oxford, 2006, p. 42.
7. Cees van Dam, *European Tort Law*, Oxford: University Press, 2006, 538 p.
8. James Gordley, *Foundations of private law/Property, tort, contract, unjust enrichment*, Oxford: University Press, 2006, 481 p.
9. *WPNR* 2006, nr. 6673 (p. 519-521).
10. Konrad Zweigert en Hein Kötz, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, derde druk Tübingen: Mohr, 1996, 729 p., beter bekend in de Engelse vertaling van Tony Weir, Cambridge: University Press, 1998.
11. Hein Kötz, Über den Stil höchstrichterlicher Entscheidungen, *RebelsZ* 1973, p. 245-263, ook te vinden in zijn *Undogmatisches/Rechtsvergleichende und rechtsökonomische Studien aus dreißig Jahren*, Tübingen: Mohr, 2005, p. 1-19.
12. H. Kötz, *Die Begründung höchstrichterlicher Urteile*, Deventer: Kluwer, 1980.

13. Robert Pothier, *Traité des obligations/selon les règles tant du for de la conscience que du for extérieur*, nouvelle édition, Orléans: veuve RouzeauMontaut, 1761, 2 delen, 663 + 604 p.
14. Paul Scholten, *Algemeen deel van mr C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht*, derde druk, Zwolle: Tjeenk Willink, 1931, 264 p.
15. E. Lissenberg *et al.* (red.), *De actualiteit van Paul Scholten*, Nijmegen: Ars Aequi Libri, 1996, 165 p.
16. J.B.M. Vranken, *Algemeen deel van mr C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht* \*\*, Zwolle: Tjeenk Willink, 1995, 218 p.
17. T.H.D. Struycken, *De numerus clausus in het goederenrecht/Een wetenschappelijke proeve op het gebied van de rechtsgeleerdheid*, diss. Nijmegen, Deventer: Kluwer, 2007, 870 p.
18. Zie mijn uitvoerige aankondiging in de Kroniek algemeen in *NTBR* 2007/4.
19. Geneviève Viney en Patrice Jourdain, *Les conditions de la responsabilité*, derde druk, Parijs: LGDJ, 2006, 1397 p.
20. Reinhard Zimmermann, *The law of obligations/Roman foundations of the civilian tradition*, Kaapstad: Juta, 1990, 1241 p.
21. Hoe deze discussie te voeren? Het lijkt te veel van de redactie van dit blad gevraagd om haar kolommen open te stellen voor zulke frivole zaken als de discussie over een canon. Een vorige ervaring als lid van de commissie-Hammerstein, die de notariële wetgeving van 1999 moest evalueren, heeft mij evenwel geleerd dat het notariaat elektronisch geheel bij de tijd is; een verzoek om een heel klein stekje op de website van de KNB lijkt daarom wel haalbaar.