

MONOGRAFIEËN BW

A1 Aard en opzet van het vermogensrecht

Prof. mr. A.S. Hartkamp

Zesde druk

 Wolters Kluwer

Deventer – 2023

VOORWOORD

Bij de eerste druk (1982)

Het schrijven van dit boekje was voor mij een genoegen. Na een aantal jaren aan het nieuwe BW te hebben meegewerkt en over het nieuwe BW te hebben geschreven en gedoceerd, vond ik het een aantrekkelijke opgave om een aantal aspecten van het nieuwe recht, die ik als hoofdzaken zie, in kort bestek te belichten. Stimulerend was voorts het feit dat het schrijven ten dele samenviel met het opzetten, door redactie en uitgever, van de reeks *Monografieën Nieuw BW*, waarvan dit boekje het eerste deel zal vormen.

Een inleidend boekje als dit kan op verschillende wijzen geschreven worden. Mijn mede-redacteuren hebben mij geheel vrijgelaten in het bepalen van mijn keuze. Na een hoofdstuk over de totstandkoming van het nieuwe BW en de verschillende wisselwerkingen die daarbij een rol hebben gespeeld, behandel ik de systematiek en de inhoud van het nieuwe wetboek. Ik besteed aandacht aan een aantal algemene onderwerpen die wezenlijk zijn voor het gehele vermogensrecht, waarbij ik ernaar heb gestreefd de vernieuwingen aan te geven zonder te vervallen in een vergelijking tussen het oude en het nieuwe recht, die in de opzet van de *Monografieën* niet zou passen.

Ik draag dit boekje op aan mr. W. Snijders, regeringscommissaris voor de Boeken 3, 5 en 6. Onder de levenden is hij degene die het meeste heeft bijgedragen aan de inhoud van het nieuwe vermogensrecht. Zonder zijn immense kennis en werkkraft, zonder zijn gezag en beleid, zou het nieuwe BW er wellicht niet zijn gekomen. Ik heb het steeds als een voorrecht beschouwd dat ik met hem heb mogen samenwerken in een periode die, naar het zich nu laat aanzien, beslissend is geweest voor de totstandkoming van het nieuwe Burgerlijk Wetboek.

Bij de tweede druk (1990)

De parlementaire behandeling van de invoeringswetgeving heeft meer tijd gekost dan aan het begin van de jaren tachtig kon worden voorzien. De tekst van de Boeken 3, 5 en 6 is op menig punt gewijzigd; in deze tweede druk zijn deze wijzigingen verwerkt, evenals nieuwe literatuur en rechtspraak. De opzet van het boekje is ongewijzigd gebleven.

Bij de derde druk (2002)

Ook in deze druk is de opzet van het boekje ongewijzigd gebleven. De verwijzingen naar wetgeving, rechtspraak en literatuur zijn geactualiseerd.

Bij de vierde druk (2010)

In de hoofdstukken 1 tot en met 3 zijn de verwijzingen naar wetgeving, rechtspraak en literatuur geactualiseerd. Toegevoegd is een nieuw hoofdstuk 4, waarin wordt gezien

hoe het vermogensrecht zich de afgelopen twintig jaar in de rechtspraak en literatuur heeft ontwikkeld, alsmede in hoeverre zich – onder meer onder invloed van het Europese recht – geheel nieuwe, dus niet onmiddellijk door de nieuwe wetteksten geïnspireerde ontwikkelingen in het vermogensrecht hebben voorgedaan.

Bij de vijfde druk (2017)

De opzet van het boekje is ongewijzigd gebleven. De verwijzingen naar wetgeving, rechtspraak en literatuur zijn geactualiseerd.

Bij de zesde druk

De opzet van het boekje is wederom ongewijzigd gebleven. Er was wel het nodige nieuws te vermelden. De meeste aanvullingen zijn te vinden in de nrs. 23 en 25.

Hiermee neem ik afscheid van deze mooie serie, die ik in 1979 en volgende jaren tezamen met Chris Brunner, Piet Neleman, Iens Verburgh en de uitgever Fred Raming mocht helpen opbouwen.

Den Haag, 1 januari 2023

A.S. Hartkamp

INHOUDSOPGAVE

Voorwoord / V

HOOFDSTUK 1

Totstandkoming / 1

- 1 Het Ontwerp-Meijers / 1
- 2 De wetgevingsmachinerie / 2
- 3 De parlementaire geschiedenis / 4
- 4 Strijd der meningen / 7
- 5 Het ontwerp en de rechtspraak / 10
- 6 Doctrine en wetgeving / 11
- 7 Het ontwerp en de rechtsvergelijking / 13

HOOFDSTUK 2

Systeem / 17

- 8 Het algemeen deel / 17
- 9 Inhoud der boeken / 18
- 10 Schakelbepalingen / 21
- 11 Taal en terminologie / 23
- 12 De behandelde stof / 25

HOOFDSTUK 3

Inhoud / 31

- 13 Inleiding / 31
- 14 Algemeen belang / 33
- 15 Open normen / 34
- 16 Bescherming van zwakkeren / 38
- 17 Consumentenrecht. Algemeen / 41
- 18 Vervolg. Contractenrecht / 43
- 19 Risicoaansprakelijkheid / 46
- 20 Derdenbescherming / 49
- 21 Relativering / 52

HOOFDSTUK 4

Nieuwe ontwikkelingen / 55

22 Inleiding / 55

23 De in hoofdstuk 3 behandelde onderwerpen / 57

24 Europese ontwikkelingen / 62

25 Nieuwe gerechtigheidsgedachten in het vermogensrecht / 70

Slotopmerkingen / 79

Artikelenregister / 81

Jurisprudentieregister / 89

Trefwoordenregister / 95

Monografieën BW / 101

HOOFDSTUK 1

Totstandkoming

1 Het Ontwerp-Meijers

Op 25 april 1947 ontving de Leidse hoogleraar E.M. Meijers (1880-1954) bij koninklijk besluit de opdracht 'een nieuw burgerlijk wetboek te ontwerpen'.

Het koninklijk besluit was gecontrasigneerd door minister Van Maarseveen. Initiatiefnemer was het Eerste Kamerlid de heer Zegering Hadders, die – op instigatie van zijn afwezige fractiegenoot prof. Molenaar – de desbetreffende suggestie had gedaan bij de behandeling van de Justitiebegroting op 5 en 6 maart 1947. Zie *Parl. Gesch. BW Algemeen Deel*, p. 1, en over de besluitvorming ten departemente de opmerkingen van minister Korthals Altes, *Justitiële Verkenningen* 1988, nr. 6, p. 7 e.v.

Meijers was reeds voor zijn professoraat (1910-1950) van de noodzaak van een algehele hercodificatie overtuigd (vgl. J.C. van Oven, *Themis* 1950, p. 110; C.J.H. Jansen, in: *Onderneming en tien jaar Burgerlijk recht* (2002), p. 3 e.v.). Twee bekende artikelen die van zijn ideeën getuigen zijn 'Het feilloze deel van ons Burgerlijk Wetboek', *WPNR* 1928/3031 en 'Wijzigingen en aanvullingen van het Burgerlijk Wetboek na 1838', in: *Gedenkboek BW 1838-1938*, p. 33 e.v. (alwaar ook een overzicht van eerdere, mislukte pogingen tot herziening). Dit feit en het grote gezag dat Meijers als rechtsgeleerde genoot, maakten het vanzelfsprekend dat hij het was die de opdracht tot het ontwerpen van een nieuw wetboek kreeg (W.G. Belinfante, *Het ontwerp BW, Voordrachten 1961*, p. 36). Vgl. over het persoonlijke element bij de beslissing tot hercodificatie ook: J. Drion, *Het ontwerp BW*, p. 12, Langemeijer, geciteerd bij Wiersma in het hierna te noemen opstel, p. 27; Veerman, *Justitiële Verkenningen* 1988, p. 68 e.v., en het Kamerlid Goudsmit en minister Polak bij de behandeling van de Invoeringswet Boek 1 in de Tweede Kamer (*Parl. Gesch. BW Inv. Boek 1*, p. 1009 en 1022). Zie over het onderwerp 'Meijers en de hercodificatie' uitvoerig het gelijknamige artikel van Wiersma in *WPNR* 1980/5504 (Meijers-nummer), p. 22 e.v.; voorts C.J.H. Jansen, *De wetenschappelijke beoefening van het burgerlijke recht tussen 1940 en 1992* (2016), p. 95 e.v. en *passim*.

Bij zijn voorbereidingen raadpleegde Meijers een groot aantal wetenschappelijke en in de praktijk werkzame juristen. Over een vijftigtal vraagpunten van sociaal-politieke aard werd het oordeel van de Tweede Kamer gevraagd en verkregen.

In de aanbiedingsbrief aan de Koningin van 6 april 1954 (*Parl. Gesch. BW Algemeen Deel*, p. 115 e.v.) die de ontwerpen van de inleidende titel en de Boeken 1-4 vergezelt, somt Meijers de vele personen en instanties op die hij bij de voorbereiding van de ontwerpen heeft geconsulteerd.

Vgl. over de werkwijze van Meijers tevens Belinfante, *Het ontwerp BW, Voordrachten 1961*, p. 37-38. Meijers heeft hiermee een voorbeeld gegeven dat ook in latere stadia van het wetgevingswerk is nagevolgd, bijvoorbeeld bij het opstellen van de memorie van antwoord betreffende Boek 6 (zie *Parl. Gesch. BW Boek 6*, p. 29), en van de Invoeringswet Boeken 3-6, eerste gedeelte, rechtsvordering (MvT bij wetsontwerp 16593, p. 1) en het derde gedeelte, erfrecht (MvT bij wetsontwerp 17141, p. 3). Vergelijk ook *WPNR* 1977/5388, p. 261.

Doel en opzet van de *vraagpuntenprocedure* zijn omschreven in de Nota over het nieuwe burgerlijk wetboek die eind 1952 aan de Tweede Kamer werd gezonden (*Parl. Gesch. BW*

Algemeen Deel, p. 9 e.v.). Aanvankelijk was de bedoeling dat de vraagpunten zouden worden besproken tussen de Minister van Justitie en de Vaste Commissie voor Privaat- en Strafrecht van de Tweede Kamer, maar hierover ontstond onenigheid in de ministerraad; deze leidde, behalve tot wijziging van de procedure, tot het weglaten van vraagpunten die om politieke redenen niet geschikt werden geacht (onder meer echtscheiding en rechtspositie van onwettige kinderen). Vergelijk hierover Wiersma, *WPNR 1980/5504* (Meijers-nummer), p. 29. De vraagpunten zijn slechts in de Tweede Kamer, niet in de Eerste Kamer besproken. Het antwoord op de vraagpunten (zie de volledige lijst in *Parl. Gesch. BW Algemeen Deel*, p. 109 e.v.) bond noch de minister, noch de Kamer definitief (*Parl. Gesch. BW Algemeen Deel*, p. 10). Inderdaad is van sommige conclusies afgeweken, bijvoorbeeld van nr. 3 en 6 (inzake eigendomsoverdracht tot zekerheid en registerpandrecht), van nr. 21 (die de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid koppelt aan het criterium van onbetamelijkheid), van nr. 23 en 25 (onderlinge verhouding rechtsbronnen), van nr. 37-38 (rechtspositie langstlevende echtgenoot), enz. Veelal zijn deze afwijkingen pas in een gevorderd stadium (gewijzigd ontwerp, invoeringswet) aangebracht.

Juist deze mogelijkheid van afwijking is voor andere wetgevers reden geweest deze procedure niet te volgen; zie Smith, *WPNR 1980/5504*, p. 59 over Quebec. In Frankrijk zijn geen richtlijnen door parlement of regering aan de herzieningscommissie verstrekt, dit tot spijt van haar voorzitter Julliot de la Morandière; vergelijk Meijers, *Verzamelde Privaatrechtelijke Opstellen I*, p. 171. In Nederland is de vraagpuntenprocedure – die een voorloper had in de jaren 1820 – echter van grote betekenis geweest. Zij bood de Tweede Kamer voor de eerste maal de gelegenheid te discussiëren over het principe van de hercodificatie. Bijna alle sprekers betoonden zich voorstander of althans geen tegenstander van een algemene herziening (*Parl. Gesch. BW Algemeen Deel*, p. 12 e.v., 37 e.v.; zie ook nr. [4]). Aan dit uitgangspunt is de Tweede Kamer steeds trouw gebleven.

De vraagpuntenprocedure was in september 1953 afgerond. In april 1954 verschenen de ontwerpen voor de Inleidende Titel en de Boeken 1-4.

Blijkens de toelichting stond Meijers een indeling in negen boeken, voorafgegaan door een inleidende titel, voor ogen.

Zie *Parl. Gesch. BW Algemeen Deel*, p. 134 (een eerdere schets op p. 32). De boeken zouden de volgende opschriften dragen:

- 1) Personen- en familierecht
- 2) Rechtspersonen
- 3) Vermogensrecht in het algemeen
- 4) Erfrecht
- 5) Zakelijke rechten
- 6) Verbintenissen in het algemeen (thans: Algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht)
- 7) Bijzondere overeenkomsten
- 8) Zee-, binnenvaart- en luchtvaartrecht (thans: Verkeersmiddelen en vervoer)
- 9) Rechten op voortbrengselen van de geest.

Zie verder hoofdstuk 2 over de systematiek van het nieuwe BW.

2 De wetgevingsmachinerie

Aan alle onderdelen van het nieuwe BW ligt een *voorontwerp* ten grondslag, gepubliceerd in de zogenoemde groene boeken; de voorontwerpen zijn vergezeld van een toelichting (afgekort T. of Toel.).

Zoals boven reeds vermeld zijn de voorontwerpen van de inleidende titel en van de Boeken 1-4 van de hand van Meijers, die voorts bij zijn dood in 1954 concepten voor teksten en toelichtingen voor een deel van de overige boeken naliet (zie ten aanzien van Boek 5 het advies

van de Raad van State en het nader rapport, *Parl. Gesch. BW Boek 5*, p. 5 en 7). De Boeken 5 en 6 zijn voltooid door een driemanschap, bestaande uit J. Drion, F.J. de Jong en J. Eggens (in 1958 opgevolgd door G. de Groot). De twintig titels van Boek 7 werden toevertrouwd aan verschillende juristen, terwijl De Jong de concepten heeft gecoördineerd en de uiteindelijke redactie heeft vastgesteld. Met Boek 8 werd H. Schadee, voor het luchtrecht bijgestaan door J.H. Beekhuis, belast. Voor verdere bijzonderheden zie de aanbiedingsbrieven, opgenomen in de groene boeken.

Op het Departement van Justitie werden op basis van de voorontwerpen voor de verschillende boeken (alsmede voor de inleidende titel) wetsvoorstellen tot *vaststelling* daarvan opgesteld. Nadat deze wetsvoorstellen het parlement waren gepasseerd en tot wet waren verheven, werd de *invoering* van de vastgestelde wetten door een of meer andere wetten geregeld.

De inleidende titel en de Boeken 1-6 zijn als afzonderlijke wetsvoorstellen ingediend, en strekten tot vervanging van de corresponderende gedeelten van het Burgerlijk Wetboek, zodat een (ontwerp-)Nieuw Burgerlijk Wetboek in wetstechnische zin niet heeft bestaan. De ingediende wetsvoorstellen plegen niet belangrijk van de voorontwerpen af te wijken (het ontwerp voor Boek 6 is zelfs geheel ongewijzigd ingediend; zie *Parl. Gesch. BW Boek 6*, p. 23-24). De afwijkingen worden in de memorie van toelichting (MvT) gemotiveerd; deze memories bevatten doorgaans slechts deze vermeldingen, derhalve geen doorlopende toelichting op het wetsvoorstel (anders: Boek 8). Het wetsvoorstel doorloopt in de Tweede Kamer doorgaans de volgende stadia: voorlopig verslag (VV), memorie van antwoord (MvA of MvA II), vergezeld van een gewijzigd ontwerp (GO), eindverslag (soms bestaande uit het verslag van een mondeling overleg (MO) tussen de Kamercommissie voor Justitie en de minister), eventuele nota's naar aanleiding van het eindverslag, een of meer nota's van wijzigingen (NvW) al dan niet vergezeld van een nader gewijzigd ontwerp. De plenaire behandeling in de Tweede Kamer is bij de Boeken 3, 5 en 6 voorafgegaan door een openbare commissievergadering, waarin in feite de openbare behandeling plaatsvond en de voorgestelde amendementen werden besproken. In de Eerste Kamer is de behandeling globaler: voorlopig verslag (VV I), memorie van antwoord (MvA I), eindverslag, openbare behandeling. Bij de behandeling van de Boeken 3, 5 en 6 is een enigszins andere methode gevolgd. Nadat de bijzondere commissie voor de herziening van het Burgerlijk Wetboek een aantal schriftelijke vragen had gesteld en de regeringscommissaris deze schriftelijk had beantwoord, voerde de commissie mondeling overleg met minister en regeringscommissaris. Vragen, antwoorden en discussie tijdens dit overleg zijn voor elk der drie boeken in een eindverslag vastgelegd.

De invoeringswetten bevatten:

- a) wijzigingen in de reeds vastgestelde wet;
- b) aanpassing van de geldende wetgeving; en
- c) overgangsrecht.

De Boeken 1 en 2 zijn apart ingevoerd bij twee afzonderlijke invoeringswetten. De Boeken 3, 5 en 6 zijn tegelijk ingevoerd. De invoeringswet bestaat hier uit een aantal wetsontwerpen die bij de Kamer zijn ingediend naarmate zij op het departement gereed kwamen; zij zijn in dezelfde structuur als de invoeringswetten van de Boeken 1 en 2 in de serie *Parlementaire Geschiedenis van het Nieuw Burgerlijk Wetboek* samengevoegd.

De werkwijze bij de Boeken 7 en 8 is enigszins anders. De titels van Boek 7 worden als aparte wetsvoorstellen ingediend; deze kunnen mede de invoering regelen (bijvoorbeeld wetsontwerp 16979 tot vaststelling en invoering van Titel 7.1). Boek 8 wordt in verschillende stukken vastgesteld en ingevoerd.

De inwerkingtreding zelf geschiedt bij koninklijk besluit. Daaraan voorafgaande stelt de minister voor ieder boek een doorlopende nummering vast. Tot dat tijdstip zijn de artikelen genummerd naar boek, titel, eventueel afdeling, en volgorde binnen de afdeling. Sommige afdelingen zijn nog onderverdeeld in paragrafen; dit komt niet in de nummering tot uitdrukking.

Bij de parlementaire behandeling kan de Minister van Justitie zich doen bijstaan door een regeringscommissaris (art. 120 (oud) Grondwet).

Als zodanig zijn opgetreden: J. Drion (Vaststellingswetten, Boeken 1 en 2), G.E. Langemeijer (Boeken 3 en 6), K. Wiersma (Boek 4), D. van Dijk (Invoeringswet Boek 4), J.H. Beekhuis (Boek 5) en H. Schadee voor Boek 8. W. Snijders (Boeken 3, 5 en 6; 1970-1995) is uiteindelijk de drijvende kracht achter de totstandkoming van het nieuwe BW geweest. Nadien is P. Neleman commissaris voor de Boeken 7, 8 en 10 geweest, telkens met inbegrip van de op die Boeken betrekking hebbende invoeringswetgeving. Van de ambtenaren ten departemente verdienen in het bijzonder O.W. van Ewijk en B.C. de Die vermelding.

3 De parlementaire geschiedenis

De Boeken 1 en 2 zijn in respectievelijk 1970 en 1976 in werking getreden. De Boeken 3, 5 en 6 zijn, tezamen met een aantal titels van Boek 7, op 1 januari 1992 in werking getreden. Ook van grote delen van Boek 8 is de invoering gerealiseerd.

Het werk aan de inleidende titel is na het mondeling overleg (1956) opgeschort tot na de voltooiing van het wetboek. Later is het wetsontwerp ingetrokken. Zie nader nr. [9].

De Boeken 1 en 2 zijn vastgesteld in 1958 en 1960 en in werking getreden in 1970 respectievelijk 1976. Zie voor de parlementaire geschiedenis de desbetreffende delen van Van Zeben.

De Boeken 3, 5 en 6 (Vaststellingswetten) zijn in 1977 door de Tweede Kamer, en in 1980 door de Eerste Kamer aangenomen. Van beslissende betekenis waren hier de verschijning van het Gewijzigd Ontwerp Boek 6 begin 1976 en de met het oog daarop gemaakte werkafpraak tussen minister Van Agt en de Vaste Commissie voor Justitie in de Tweede Kamer, volgens welke de commissie zich tot de politiek belangrijke punten zou beperken; vgl. Geurtsen (voorzitter van de commissie), *NJB* 1976, p. 1356. Op de versnelde procedure – waarbij de Kamer zich in de rug gedekt wist door G.J. Scholten (bij Asser/Scholten, *Algemeen deel*, p. 184) en Van der Grinten, *NJB* 1976, p. 1190 – is in de doctrine kritiek uitgeoefend door Van Dunné, Zonderland en Abas in *NJB* 1977, p. 342, 410 en 419. Tegen deze kritiek is bij de openbare behandeling door verschillende Kamerleden en door minister Van Agt (*Parl. Gesch. BW Boek 3*, p. 28) stelling genomen; vergelijk daartegen ook G.J. Scholten (Asser/Scholten, *Algemeen deel*, p. 184), en B. de Gaay Fortman en W. Snijders, beiden in de bundel *Problemen van wetgeving* (1982), p. 65 en 192, alsmede B. de Gaay Fortman, *WPNR* 1982/5617. Zie voor de parlementaire geschiedenis de desbetreffende delen van Van Zeben (verschenen in 1981). De aanneming in de Tweede Kamer werd tegen de achtergrond van kritiek op de hercodificatie (zie het volgende nummer) door verschillende sprekers het 'point of no return' genoemd (zie *Parl. Gesch. BW Boek 3*, p. 19 en 31), een kwalificatie die overigens reeds eerder was gebezigd (zie *Parl. Gesch. BW Inv. Boek 1*, p. 1017 en 1019 en *Handelingen II* 1975/76, p. 427).

Boek 4 is in 1969 in de Eerste Kamer vastgesteld. Vervolgens is bij wijze van 'voortrein' een partiële wijziging van het erfrecht, die betrekking had op het versterf/erfrecht, in het bijzonder de positie van de langstlevende echtgenoot en van onwettige kinderen, bij de Tweede Kamer aanhangig gemaakt (wetsontwerp 12863). Vanwege de kritiek vanuit het notariaat en de Tweede Kamer (zie Van Mourik, *NJB* 1991, p. 1 e.v.) heeft deze het niet verder dan het voorlopig verslag gebracht. De positie van het onwettige kind is vervolgens apart geregeld (Wet van 27 oktober 1982, *Stb.* 1982, 608), terwijl de overige materie van de 'voortrein' in wetsvoorstel 17141 op geheel andere wijze werd geregeld. Daarbij werd aanvankelijk een wettelijk vruchtgebruik van de langstlevende echtgenoot voorgesteld, maar dat voorstel ontmoette zoveel kritiek dat het in 1997 bij nota van wijziging door een nieuw voorstel werd vervangen. In dit voorstel wordt de erfenis van rechtswege aldus verdeeld dat de langstlevende de goederen der nalatenschap verkrijgt (onder gehoudenheid de schulden te voldoen), en dat de kinderen van rechtswege een vordering, overeenkomend met de waarde van het erfdeel, op hem verkrijgen. Zie verder hierna nr. [9]. Dit voorstel is in 1999 tot wet verheven; in 2003 is het nieuwe Boek 4 ingevoerd.

Omstreeks 1980 lag het in de bedoeling dat Boek 4 tegelijk met de Boeken 3, 5 en 6 zou worden ingevoerd. Om deze reden werd wetsvoorstel 17141 ingediend als derde gedeelte van de Invoeringswet Boeken 3-6 Nieuw BW. In 1983 is Boek 4 echter losgekoppeld bij de zogenoemde 'operatie stofkam', zie hierna. Daarom zijn bij de invoering van de nieuwe Boeken 3, 5 en 6 de artikelen van het 'oude' erfrecht in Boek 4 BW opgenomen, welke situatie met de inwerkingtreding van het nieuwe Boek 4 in 2003 is geëindigd.

Van Boek 7 zijn in 1972 de 'groene boeken' verschenen. Vier titels zijn wegens hun nauwe verband met de Boeken 3, 5 en 6 tegelijk daarmee ingevoerd, te weten koop en ruil (Titel 7.1), lastgeving (onderdeel van Titel 7.7, opdracht), bewaarneming (Titel 7.9) en borgtocht (Titel 7.14). Nadien zijn veel nieuwe titels ingevoerd en bestaande gewijzigd en aangevuld, dikwijls mede onder invloed van de totstandkoming van EU-richtlijnen.

In afwachting van het gereedkomen van de onderscheidene bijzondere contracten zijn de desbetreffende regels van het oude BW gehandhaafd als Boek 7A van het Burgerlijk Wetboek. Dat boek bevat op dit moment nog slechts vier titels, waarvan maatschap de belangrijkste is.

Boek 8 is in 1991 grotendeels in werking getreden. Sindsdien is aan de voltooiing van dit Boek verder gewerkt.

Van Boek 9 zijn geen ontwerpen verschenen, evenmin als van het ook geplande Boek 10. Zie verder hierover nr. [9].

De Boeken 3, 5 en 6 zijn gelijktijdig ingevoerd. De parlementaire behandeling van de daartoe nodige invoeringswetgeving heeft meer tijd in beslag genomen dan in 1980 werd voorzien. Het tijdstip van inwerkingtreding is uiteindelijk bepaald op 1 januari 1992.

Nadat de Boeken 3, 5 en 6 in 1980 tot wet waren verheven, is door de toenmalige Minister van Justitie De Ruyter de verwachting uitgesproken dat zij eind 1984, begin 1985 in werking zouden kunnen treden. De eind 1982 aangetreden minister Korthals Altes moest echter constateren dat deze datum niet langer haalbaar was, en verklaarde zijnerzijds naar medio 1986 te streven (zie *NJB* 1983, p. 196 en 898). Mede teneinde de parlementaire behandeling zoveel mogelijk te ontlasten, werden in oktober 1983 verschillende onderdelen ontkoppeld, waaronder Boek 4, Titel 3.6 (bewind) en enige titels van Boek 7; zie voor de tekst van de nota (in de wandeling 'operatie stofkam' genoemd) *NJB* 1983, p. 1244 e.v. Desondanks verklaarde de Vaste Commissie van Justitie van de Tweede Kamer zich buiten staat de invoeringswetgeving in een tempo af te handelen dat invoering per medio 1986 mogelijk zou maken; zij verwachtte tot medio 1988 nodig te hebben (*NJB* 1984, p. 663; vgl. ook p. 772 en 849). Zie voor discussie over deze gebeurtenissen onder meer Hondius, *Kwartaalbericht Nieuw BW* 1984/0, p. 2 e.v.; Schoordijk, *NJB* 1984, p. 161 e.v.; Van Dunné, p. 669 e.v.; Verburgh, p. 741 e.v.; Bakels, p. 1282 e.v.

Vervolgens vloeide uit het regeerakkoord van 8 juli 1986 (*Stcrt.* 11 juli 1986, 131) de instelling voort van de zogenoemde Commissie van Wijzen, die tot taak had het kabinet te adviseren over de voortzetting van de invoering van de Boeken 3, 5 en 6. Zie voor de samenstelling: *NJB* 1986, p. 1102 en voor de tekst van de tijdens de installatiezitting uitgesproken redevoeringen van minister Korthals Altes en voorzitter Van den Haak: *Stcrt.* 19 september 1986, 181. De commissie adviseerde in januari 1987 unaniem de invoeringsoperatie voort te zetten en zo spoedig mogelijk volgens een gepubliceerd tijdschema te voltooien. Vervolgens zou dan vóór de inwerkingtreding van het nieuwe recht een periode van twee jaar, bestemd voor cursussen en zelfstudie, in acht moeten worden genomen. Het advies van de commissie is door regering en parlement overgenomen. Zie voor een verkorte weergave van het advies *NJB* 1987, p. 126 en voor een studie over de commissie Bruinsma/Huls, *Kwartaalbericht Nieuw BW* 1988/4, p. 117 e.v., Grosheide, *Kwartaalbericht Nieuw BW* 1988/1, p. 1 e.v.

Het tijdschema (zie *NJB* 1987, p. 582) voorzorg in afhandeling door de Tweede Kamer medio 1989; de Eerste Kamer zegde toe ongeveer een half jaar na de Tweede Kamer gereed te zullen zijn (met dien verstande dat het overgangsrecht enige maanden later gereed zou komen), zodat het besluit tot inwerkingtreding eind 1989 zou kunnen worden genomen en de inwerkingtreding op 1 januari 1992 zou kunnen plaatsvinden (zie *NJB* 1988, p. 1497). Dit tijdschema is gehaald; het koninklijk besluit, gedateerd 20 februari 1990, *Stb.* 1990, is afgedrukt in *NJB* 1990, p. 343.

Zie over de ontstaansgeschiedenis van het Nieuw Burgerlijk Wetboek het mooie proefschrift van E.O.H.P. Florijn, *Ontstaan en ontwikkeling van het nieuwe Burgerlijk Wetboek* (diss. Maastricht), 1994.

Alle onderdelen van dit grote wetgevingsproject, inclusief de hierna nog te noemen invoeringswetten, zijn verschenen in de serie *Parlementaire geschiedenis van het Nieuw Burgerlijk Wetboek* (Deventer: Kluwer).

Belangrijk is nog dat het Nieuw Burgerlijk Wetboek op 1 januari 2001 ook op de Nederlandse Antillen in werking is getreden en op 1 januari 2002 op Aruba. Volgens de laatste berichten is de invoering in Suriname voorzien voor 1 januari 2023. Zie J. de Boer, *NJB* 2001, p. 289 e.v. en *WPNR* 2009/6807, alsmede J. de Boer, *Het nieuwe BW over zee, Afwijkingen in het BW van Aruba, Curaçao, Sint Maarten, de BES-eilanden en Suriname ten opzichte van het Europees-Nederlandse BW* (Mon. BW A31), 2019.

De invoeringswet Boeken 3, 5 en 6 Nieuw BW bestaat uit dertien gedeelten. Voorts zijn er nog enige andere wetten tegelijk met de Boeken 3, 5 en 6 in werking getreden.

Onder 2 werd vermeld dat de invoeringswetgeving een driedelige functie heeft: a. wijziging van de reeds vastgestelde wet, b. aanpassing van de geldende wetgeving en c. overgangsrecht. Over de invoeringswetgeving Boeken 3, 5 en 6 Nieuw BW, die uit dertien gedeelten bestaat (eigenlijk twaalf, omdat het derde gedeelte betrekking heeft op het losgekoppelde Boek 4, zie boven), zijn deze functies als volgt verdeeld.

a. Wijziging van de reeds vastgestelde wetten

1. *Tweede gedeelte* (wetsvoorstel 16983), aanvulling van Boek 6 met een regeling inzake algemene voorwaarden (tevens houdende de daartoe nodige wijziging van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering en de Wet op de rechterlijke organisatie).
2. *Vierde gedeelte* (17496), wijziging van Boek 3 (met uitzondering van Titel 3.11).
3. *Vijfde gedeelte* (17541), wijziging van Titel 3.11, Boek 5 en Boek 6.

b. Aanpassing van de geldende wetgeving

4. *Eerste gedeelte* (16593), aanpassing van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, de Faillissementswet en de Wet op de rechterlijke organisatie. Deze wet bevat onder meer een algehele herziening van het beslagrecht in de Boeken 2 en 3 Rechtsvordering.
5. *Zesde gedeelte* (17725), aanpassing van de Boeken 1 en 2 van het Burgerlijk Wetboek.
6. *Zevende gedeelte* (17896), aanpassing van de rest van het geldende BW, van de andere wetboeken en van een aantal bijzondere wetten. Tot de wijziging van het BW behoort de opnemng van een nieuw Boek 7, waarvan deel gingen uitmaken de Titels 7.7 (lastgeving), 7.9 (bewaarneming) en 7.14 (borgtocht). Over Titel 7.1 (koop), zie hierna. De overige in het oude wetboek geregelde bijzondere contracten bleven (in ongewijzigde indeling en nummering) gehandhaafd als Boek 7A.
7. *Achtste tot tiende gedeelte* (19077, 19527, 20503), aanpassing van de overige bijzondere wetten. In totaal werden ruim 150 wetten aangepast.

c. Overgangsrecht

8. *Elfde gedeelte* (18998), aanvulling van de Overgangswet nieuw BW.
9. *Twaalfde gedeelte* (19528), overgangsrecht, benodigd in verband met de aanpassing van de wetgeving aan de Boeken 3, 5 en 6.
10. In een *dertiende gedeelte* (21418), de zogenoemde 'bezemwet', zijn de resterende aanpassingen aangebracht, die niet tijdig in de eerdere gedeelten konden worden opgenomen.
11. Tegelijk met de Boeken 3, 5 en 6 zijn voorts in werking getreden Titel 7.1 (koop en ruil), de Wet commissies standaardregelingen bedoeld in art. 6:214, en de Kadasterwet (waarin onder meer de in art. 3:16 bedoelde materie van de openbare registers wordt geregeld). Wetsvoorstel 21202 inzake de aansprakelijkheid voor gevaarlijke stoffen en milieuaansprakelijkheid bevat een aanvulling van Titel 6.3, die niet aan de inwerkingtreding van Boek 6 was gekoppeld en in 1995 in werking is getreden. Voorts is bij wetsontwerp 21430 de nieuwe regeling van de productenaansprakelijkheid naar Boek 6 overgebracht.

De totstandkoming van het nieuwe BW heeft aanzienlijk meer tijd gekost dan bij het begin van het werk, met name in politieke kring, werd verwacht. Dit kan om verschillende redenen niet louter als een nadeel worden beschouwd.

Slechts weinigen hebben in de aanvang verwacht dat de totstandkoming van het nieuwe BW decennia zou duren. Dit gold met name in politieke kring, waar tegenover het summum aan optimisme van minister Donker (die ernaar streefde dat de in 1952 gekozen Tweede Kamer het gehele, op dat tijdstip nog niet verschenen ontwerp, zou behandelen), slechts het waarschuwend woord van het Kamerlid Oud kan worden geplaatst (*Parl. Gesch. BW Algemeen Deel*, p. 11 en 47 e.v.). De lange duur heeft evenwel grote voordelen gehad; vgl. W. Sniijders, 'Vers un nouveau Code civil Néerlandais: Etat des travaux', *Revue internationale de droit comparé* 1978, p. 231. Hij bood de gelegenheid het ontwerp te laten evolueren met de maatschappelijke veranderingen en de ontwikkeling van de juridische denkbeelden in de jaren zestig en zeventig. Inspraak van velen uit praktijk en wetenschap kon worden gerealiseerd. De praktijk kon zich gestadig op het ontwerp instellen, daarbij geleid door de rechtspraak die op het nieuwe recht vooruitliep (zie nr. [5]). Tevens werd aldus in de praktijk gedemonstreerd dat codificatie een continu proces is; vergelijk onder meer Meijers, *WPNR* 1928/3031, die een herziening om de tien jaar bepleitte en H. Drion, *Themis* 1973, p. 99. Ook in politieke kring is van dit besef blijk gegeven; zie bijvoorbeeld de opmerkingen van verschillende Kamerleden in *Parl. Gesch. BW Inv. Boek 1*, p. 1007 (Van den Bergh), 1008 (Haars), 1019 (Van Schaik) en 1047 (Brongersma). Het lijkt mij aannemelijk dat de gebleken soepele houding ten opzichte van wijziging van de Boeken 1 en 2 spoedig na hun inwerkingtreding is bevorderd door deze ontstaansgeschiedenis; hopelijk zullen de andere boeken op soortgelijke wijze worden bijgehouden.

4 Strijd der meningen

Het doel van de hercodificatie is geweest het wetboek weer op de hoogte van zijn tijd te brengen, onder meer door daarin de resultaten van een zich steeds vrijer tegenover de wet opstellende rechtspraak en de buiten het wetboek gebleven wetgeving op civielrechtelijk gebied te verwerken. Het was niet Meijers' bedoeling te streven naar een op geheel nieuwe grondslagen rustend burgerlijk recht.

Vergelijk in deze zin de nota over het Nieuw Burgerlijk Wetboek (*Parl. Gesch. BW Algemeen Deel*, p. 7-8) en vooral de toelichting van Meijers (idem, p. 121-125). Voor Meijers (p. 121) en zijn opvolger J. Drion (p. 163 en *Het Ontwerp BW*, 1962, p. 11) was de vraag van de wenselijkheid van de totstandkoming van een Nieuw Burgerlijk Wetboek geen andere dan die van de wenselijkheid van het behoud van de codificatiegedachte. Indien de herziening deze beperkte strekking had behouden (zie daarover hoofdstuk 3), zou zij vermoedelijk weinig tegenstand hebben ontmoet. Ook een latere tegenstander als Pitlo verzette zich immers niet tegen een louter technisch-juridische herziening (*Het Ontwerp BW*, p. 25 en in de bundel *Fait accompli*, 1983, p. 3 e.v.), een tussenstandpunt vergelijkbaar aan dat van zijn leermeester Paul Scholten (*Gedenboek BW*, p. 1 e.v.). Scholten achtte enerzijds de tijd niet rijp voor een volledige hercodificatie, maar achtte anderzijds voor het behoud van de codificatiegedachte een nieuwe systematiek nodig (p. 25), vond 'codificatietjes' naast de codificatie schadelijk (p. 28), en stond codificatie voor van de rechtspraak van de Hoge Raad op zulke essentiële onderdelen van het verbintennisrecht als de goede trouw en de onrechtmatige daad (p. 23). Vergelijk over Scholtens standpunt: Schoordijk, *WPNR* 1975/5014 (Scholten-nummer), p. 566 e.v., en Wiersma, *WPNR* 1980/5504 (Meijers-nummer), p. 26. Zie ook de interessante beschouwing van Fikentscher, *Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung I*, 1975, p. 564 e.v. (569, 574). Als Pitlo ook Stein, *Vorming en hervorming van het privaatrecht* (rede Amsterdam), 1966, p. 24 e.v.

Van tegenstand tegen de hercodificatie bleek – afgezien van een uitzondering als Gerbrandy, *Parl. Gesch. BW Algemeen Deel*, p. 50 e.v. – pas toen het ernaar uit begon te zien dat

het verschil tussen het nieuwe BW en het geldende recht groter zou worden dan men uit Meijers' uitlatingen had afgeleid. Overigens is het aantal tegenstanders – althans zij die zich in geschrifte hebben geuit – opvallend gering. Grosheide (*WPNR* 1977/5407, p. 8), zelf een welbespraakt tegenstander, vermeldt in noot 7 dat men in de juridische vakpers behalve de bundel *Het ontwerp BW* (1962) vrijwel uitsluitend technisch-juridische verhandelingen tegenkomt. Van de door hem op p. 609 vermelde tegenstanders valt Bregstein mijns inziens af (vgl. *Verzameld Werk I*, p. 68), en zeker Schoordijk (zie onder meer *NJB* 1984, p. 161 e.v. en 1986, p. 882 e.v.) Grosheide zelf toonde zich door het advies van de Commissie van Wijzen overtuigd (*Kwartaalbericht Nieuw BW* 1988/1, p. 5). Wat de onderdelen van het nieuwe BW betreft, is de ernstigste kritiek gericht geweest tegen het ontwerp voor Boek 6; zie de auteurs vermeld in het advies van de Raad van State en dit advies zelf (*Parl. Gesch. BW Boek 6*, p. 1 e.v.). Dit tij is door het Gewijzigd Ontwerp gekeerd; vgl. Van der Grinten, *NJB* 1976, p. 1190, Schoordijk, *Het algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht*, 1979, p. V.

Zie thans over het hele onderwerp C.J.H. Jansen, *De wetenschappelijke beoefening van het burgerlijke recht tussen 1940 en 1992* (2016), p. 95 e.v. en *passim*.

De voordelen van de hercodificatie zijn evident: grotere overzichtelijkheid en daardoor betere kenbaarheid van het burgerlijk recht; modernisering en systematisering van de gehele civielrechtelijke wetgeving en rechtspraak; een helder begrippenapparaat voor het gehele terrein van het burgerlijk recht. Dit alles betekent grotere rechtszekerheid.

Zie voor een bespreking van de voordelen van een algemene herziening hier te lande vooral Meijers, *Verzamelde Privaatrechtelijke Opstellen I*, p. 174 e.v., Toelichting Boeken 1-4, *Parl. Gesch. BW Algemeen Deel*, p. 121 e.v.; J. Drion, *Het ontwerp BW*, 1962, p. 11 e.v.; H. Drion, *Themis* 1973, p. 97 e.v.; H. Drion & J.M. Polak, *WPNR* 1977/5408; R.S. Meijer, in: *Fait accompli*, 1983, p. 17 e.v. Zoals hiervoor reeds vermeld, zijn de voordelen samengevat in de stelling dat de hercodificatie in feite neerkomt op het behoud van de codificatiegedachte. Hiertegen is aangevoerd (Stein, a.w., p. 8 e.v., Grosheide, *WPNR* 1977/5407, p. 595) dat het streven naar codificatie traditioneel voortkomt uit het verlangen naar rechtseenheid in de zin van het opheffen van lokale rechtsverscheidenheid. Maar enerzijds dient de codificatie ook andere doeleinden (rechtszekerheid, eenvoud en overzichtelijkheid van het recht), anderzijds wordt codificatie ook gerechtvaardigd door verbroekeling van het recht in de zin van een verscheidenheid van rechtsbronnen, zoals voor de codificatie in West-Europa gebruikelijk was (subsidiare gelding van het Romeinse recht voor het geval het wettenrecht of het gewoonterecht geen regeling inhield) en thans voorkomt in landen met gemengde rechtsstelsels, zoals bijvoorbeeld Schotland, India, Ceylon en Israël. Dat dit verschijnsel een belangrijke prikkel vormt om tot codificatie over te gaan, blijkt bijvoorbeeld uit Barak, 'Towards Codification of the Civil law', *Tel Aviv Studies in Law*, Vol. 1, 1975, p. 9 e.v. en Clive, 'A Scottish Civil Code', in: *Scots law into the 21st Century, Essays in honour of W.A. Wilson*, Edinburgh 1996, p. 82 e.v. Gesteld zou kunnen worden dat er een zekere parallelie bestaat tussen deze gemengde stelsels en een stelsel waarin zich een overvloedige jurisprudentie en 'partiële wetgeving' naast een sterk verouderd wetboek ontwikkelen. Vergelijk over rechtspluralisme Wiarda/Koopmans, *Drie typen van rechtsvinding*, 1999, p. 143 e.v.

Maar ook zijn er nadelen aan een algemene herziening verbonden: zij vormt een schok voor de rechtspraktijk die zich op het nieuwe wetboek moet instellen, waar zij niet om heeft gevraagd, en leidt in de aanvang ook tot rechtsonzekerheid doordat de juiste betekenis van veel nieuwe termen en regels niet terstond vaststaat.

Behalve deze bezwaren zijn er nog andere tegen een volledige herziening aangevoerd. Ik vermeld een aantal daarvan kort, met een enkele kanttekening. Het nieuwe BW zou te gedetailleerd zijn, of, omgekeerd, te veel vage normen bevatten; zie het weerwoord hiertegen van H. Drion/J.M. Polak in *WPNR* 1977/5408 en de MvA Boek 6, *Parl. Gesch.* p. 26 e.v. Over de open normen zie voorts nr. [15]. Het nieuwe BW zou tot verstarring leiden. Deze

verwachting is voor de Boeken 1 en 2, gezien het grote aantal wijzigingen daarvan, niet uitgekomen; evenmin is mijns inziens aannemelijk dat de rechterlijke macht (met name de Hoge Raad) na de invoering van de Boeken 3, 5 en 6 met hun verscheidenheid van open normen en schakelbepalingen (zie nr. [10]) tot legisme zal vervallen. In elk geval is daarvan in de eerste achttien jaar na de inwerkingtreding niets gebleken. Het nieuwe BW zou bij de invoering reeds verouderd zijn (aldus Grosheide, *WPNR* 1977/5408, p. 609; Zonderland, *Maatschappijbelangen* 1975, p. 512; Jurgens, *Parl. Gesch. BW Inv. Boek 2*, p. 1020). Dit argument, dat zeker in het licht van de in nr. [3] gememoreerde wetsgeschiedenis op het eerste gezicht niet goed begrijpelijk is, hangt samen met de opvatting dat onze tijd in een zodanig snelle ontwikkeling verkeert dat codificatie ongewenst is (Grosheide, *WPNR* 1977/5408, p. 611). Vandaar het verwijt: 'het ontwerp gaat uit van de maatschappij, zoals wij die vandaag kennen' (Jurgens, *Parl. Gesch. Inv.wet Boek 2*, p. 1020). Zie hiertegen bijvoorbeeld minister Polak bij de behandeling in de Tweede Kamer van de Invoeringswet Boek 1 (*Parl. Gesch. BW Inv. Boek 1*, p. 1024), G.J. Scholten bij Asser/Scholten, *Algemeen deel*, 1974, p. 184, en Vranken, *NJB* 1985, p. 772. Bovendien heeft het argument weinig gewicht voor hen die menen dat een codificatie niet voor de eeuwigheid wordt gemaakt, doch geregeld moet worden aangepast (zie hiervóór, nr. [3] i.f.). En denkt niet iedere generatie snel te leven? Vgl. Loder, *Handelingen NJV* 1912, p. 110. Het werk aan het nieuwe BW zou de wetgever van urgentere problemen hebben afgehouden (mej. Goudsmit, *Parl. Gesch. BW Inv. Boek 1*, p. 1010; Jurgens, *Parl. Gesch. BW Inv. Boek 2*, p. 1018; Van Dunné, *NJB* 1977, p. 343). Maar enerzijds zijn zij die aan het nieuwe BW werken niet dezelfde die het stakingsrecht of het vreemdelingenrecht zouden hebben gemoderniseerd, ja zouden velen van hen anders in het geheel niet aan wetgeving hebben gewerkt (hierop wijst Snijders in de hierna te noemen bundel, p. 189), anderzijds heeft het werk aan het nieuwe BW tot verschillende hervormingen ('voortreinen') geleid die er anders wellicht niet of niet zo snel waren gekomen (zie nr. [6]). Het ontbreken van eenstemmigheid over de grondbegrippen, dat voor de huidige tijd kenmerkend is, zou zich tegen codificatie verzetten (Hofstee, *Langemeijer-bundel*, 1973, p. 201 e.v. en Grosheide, *WPNR* 1977/5408, p. 596). Maar is die consensus er ooit? Paul Scholten verbaasde zich over het tot stand komen van de Zwitserse codificatie in zijn van 'diepgaande, niet te overbruggen scheidingen' doortrokken tijdsgewricht (*WPNR* 1908/2023, p. 501; *Verzamelde Geschriften III*, p. 114); vgl. ook Isele, 'Ein halbes Jahrhundert deutsches bürgerliches Gesetzbuch', *AcP* 1950, p. 4 e.v. Ook aan internationale ontwikkelingen zijn argumenten ontleend; zie daarvoor nr. [7].

Wat er van de bezwaren zij, het is onjuist dat het resultaat op andere wijze bereikt had kunnen worden, met name door de rechtsontwikkeling over te laten aan partiële herziening van de wetgeving en aan rechterlijke rechtsvorming.

Al is partiële wijziging van het vermogensrecht in theorie niet onmogelijk (vgl. H. Drion, *Themis* 1973, p. 98; J. Drion, *Parl. Gesch. BW Algemeen Deel*, p. 162), de praktijk wijst uit dat het daar – reeds bij gebreke van politieke actualiteit – niet van komt. Gezien de erkende zwakte van het algemene gedeelte verbintenissenrecht van het BW van 1838 (gebreklijke systematiek, onvaste terminologie) vormt dit een gewichtig beletsel bij het tot stand brengen van wijzigingen op het gebied van de bijzondere delen van het burgerlijk recht (vgl. voor Duitsland de in nr. [7] genoemde schrijvers). Een ander beletsel hiervoor is dat het vaak moeilijk is deze wijzigingen in te passen in het web van rechtersrecht dat zich om het algemene deel heeft gevormd.

Anderzijds is het onbevredigend de rechtsvorming geheel over te laten aan de rechtspraak. Zoals reeds gesteld, heeft rechterlijke rechtsvorming het nadeel van onoverzichtelijkheid. Voorts geldt dat, hoe belangrijk de taak van de rechter ook is en na de totstandkoming van het nieuwe BW zal blijven (vgl. minister Polak, *NJB* 1970 (bijzonder nummer), p. 8), hij nu eenmaal vele dingen niet kan die de wetgever wel kan. De rechter kan vaak niet in vrijheid beslissen; de verouderde wetsbepalingen (én het voorgelegde geval) blijven belemmerend werken (H. Drion & J.M. Polak, *WPNR* 1977/5408; deze overweging verzet zich ook tegen de gedachte dat het mogelijk zou zijn om bij een codificatie rechterlijke uitspraken praktisch letterlijk over te nemen). Vele vragen bereiken de rechter niet. De rechter kan moeilijk met het te beslissen punt samenhangende vragen regelen, behoudens soms door een *obiter*

dictum. De rechter kan aan zijn uitspraak niet op dezelfde voet als de wetgever consultaties van belanghebbenden en deskundigen doen voorafgaan; zie over dit aspect W. Sniijders, 'Privaatrechtelijke problemen', in: *Problemen van wetgeving* 1982, p. 187. De rechter kan moeilijk dwingend recht opzijzetten en vervangen door andere regels; hij kan geen instellingen als hypotheekregisters reorganiseren (vgl. G.J. Scholten, *WPNR* 1969/5031). Ten slotte is het uit staatsrechtelijk oogpunt kwestieus de wetgever vergaand uit te schakelen bij de rechtsvorming op het gebied van het burgerlijk recht; en tevens, om die rechtsvorming geheel aan het initiatief (en ten dele aan de portemonnee) van de individuele rechtzoekende over te laten (vgl. W. Sniijders, *Parl. Gesch. BW Boek 3*, p. 51).

5 Het ontwerp en de rechtspraak

De ontwerpen hebben op het rechtsleven een grote invloed uitgeoefend. Dit geldt in de eerste plaats voor de rechtspraak die in steeds toenemende mate bereid is gebleken op het ontwerp-Nieuw BW vooruit te lopen (anticiperende interpretatie).

Dit verschijnsel, waarop reeds in 1957 bij de behandeling van Boek 1 in de Tweede Kamer werd gewezen door mej. Zeelenberg (*Parl. Gesch. BW Algemeen Deel*, p. 251), is eerst systematisch besproken door Van Zeben, *Een koperen feest* (rede Rotterdam), 1966 en vervolgens van een rechtstheoretische grondslag en van zijn benaming voorzien door G.J. Scholten, *WPNR* 1969/5031. Uit dit laatste artikel wordt hier de volgende passage geciteerd: "Waarom bestaat de neiging om het ontwerp al te volgen? Ten eerste omdat men een nieuw BW wenst. Het doel staat als het ware staatsrechtelijk vast. Men wenst dit doel te bereiken. Die wens heerst ook over het geldend recht. Ten tweede omdat de ontwerpers gezag hebben, meer dan alleen wetenschappelijk gezag, want zij zijn van overheidswege aangesteld om het wetsontwerp te maken; en het ontwerp is door een molen van medewerkers en critici gegaan. Ten derde door de *vorm*, waarin de ontwerpregels klaar liggen voor toepassing als wet. Dit punt is zeer belangrijk; wetenschappelijke literatuur ligt nooit zo voor toepassing klaar. De rechter behoeft de formule niet zelf te bedenken. En ten vierde is er reden voor, omdat zo de *overgang* naar een nieuw BW gemakkelijker zal lopen." Vgl. ook Van der Grinten, *Het ontwerp BW*, 1962, p. 59 e.v.

Niet zonder belang lijkt mij voorts de personele betrokkenheid van de Hoge Raad met het ontwerp-Nieuw BW. Verschillende leden van de Hoge Raad en zijn Parket hebben tot de ontwerpers behoord: Eggens, Langemeijer, De Jong, W. Sniijders, H. Drion, Houwing, Wiersma, Ten Kate, Neleman en Hartkamp.

Een sterke toeneming van de anticiperende interpretatie is waar te nemen na het midden van de jaren zeventig.

Van Zeben, p. 17 constateert een duidelijke toeneming van de anticiperende interpretatie door de Hoge Raad sinds 1962 (het jaar na de verschijning van het ontwerp van Boek 6). Een sterke toeneming kan vervolgens worden waargenomen sinds 1976/77 (verschijning van GO Boek 6 en aanneming van de Boeken 3, 5 en 6 in de Tweede Kamer). Zie de voorbeelden in de eerste druk, nr. 5 (p. 12). Sindsdien is de vaart er niet meer uit geweest, ondanks het in nr. [3] beschreven uitsel van de inwerkingtreding en de daarmee gepaard gaande discussie over de wenselijkheid van het nieuwe wetboek. Zie voor een overzicht van anticiperende rechtspraak in 1980-1985 Van Driel/Van Maanen, *Kwartaalbericht NBW* 1985, p. 109 e.v. In deze reeks verscheen in 1986 een aan anticipatie gewijd deel (Mon. BW nr. A23) van de hand van A.M.J. van Buchem-Spapens.

De toepassing van de anticiperende interpretatie houdt geen halt bij dwingend recht.

Uit de rechtspraak kan een aantal vuistregels worden afgeleid inzake de vraag of anticiperende interpretatie aanvaardbaar is. Vgl. A.M.J. van Buchem-Spapens, *Anticipatie* (Mon. BW nr. A23)