

"Unser Privatrecht wird sozialer sein, oder es wird nicht sein"*

1. Die soziale Aufgabe des Privatrechts

Otto von Gierke (1841-1921), op dat moment hoogleraar in Berlijn, was onthutst, toen hij het eerste Ontwerp voor een nieuw Duits Burgerlijk Wetboek in 1888 onder ogen kreeg. Het Ontwerp droeg sterk de sporen van het volgens hem hyperindividualistische Romeinse recht. Iedere vorm van sociaal besef leek erin te ontbreken. Op 5 april 1889 hield hij in Wenen zijn beroemd geworden rede *Die soziale Aufgabe des Privatrechts*, waarin hij de Oostenrijkse juristen opriep met hem te strijden voor een socialer Burgerlijk Wetboek. De leuze, die dient als titel van deze bijdrage, bevond zich aan het einde van zijn verhaal. Duitsland had – evenals Nederland – aan het einde van de 19^e eeuw als gevolg van onder meer de industrialisatie, de massaproductie, de verstedelijking en de snelle technologische ontwikkelingen te maken met grote maatschappelijke problemen die bekend staan als de sociale kwestie ("die soziale Frage"). Het Ontwerp-BGB hield daarmee in zijn bepalingen nauwelijks rekening. Anders dan in Nederland was de Duitse discussie over de sociale kwestie nauw verbonden met de strijd tussen het Romeinse recht en het Germaanse recht in de 19^e eeuw. Het Romeinse recht stond voor egoïsme, formalisme en "volksvreemdheid", het Germaanse recht voor volkseigenheid, sociale bewogenheid en gemeenschapszin.¹ De roep om bescherming van de sociaaleconomisch zwakke klonk in Nederland en Duitsland sterk. In Duitsland vormde zij vooral (maar niet alleen) het credo van de "Germanisten", zoals G. Beseler (1809-1888) en Gierke.² De "Germaansrechtelijke" zienswijze van Gierke heeft in Nederland veel invloed uitgeoefend. De Amsterdamse advocaat I.A. Levy (1838-1920) was een van de luidste vertolkers van zijn gedachtegoed, bijvoorbeeld op het gebied van de arbeidsovereenkomst. Hij vond de rol van de contractsvrijheid bij het arbeidscontract verwerpelijk. De onderworpenheid van de arbeider werd gemotiveerd met een beroep op

* Deze bijdrage is in ingekorte vorm verschenen in het *Liber amicorum* voor prof. dr. R. Schulze.

1 K. Luig, 'Römische und germanische Rechtsanschauung, individualistische und soziale Ordnung', in: J. Rückert & D. Willoweit (Hrsg.), *Die Deutsche Rechtsgeschichte in der NS-Zeit; ihre Vorgeschichte und ihre Nachwirkungen*, Tübingen 1995, p. 95 e.v. en T. Repgen, *Die soziale Aufgabe des Privatrechts. Eine Grundfrage in Wissenschaft und Kodifikation am Ende des 19. Jahrhunderts*, Tübingen 2001, p. 35 e.v. Zie ook H. Schulte-Nölke, *Das Reichsjustizamt und die Entstehung des Bürgerlichen Gesetzbuchs*, Frankfurt am Main 1995.

2 Voor Duitsland: Repgen, *Die soziale Aufgabe des Privatrechts*, p. 68 e.v. (ik verwijs in het bijzonder ook naar O. Gierke, *Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs und das deutsche Recht*, Leipzig 1889) en voor Nederland: C.J.H. Jansen, *De wetenschappelijke beoefening van het burgerlijke recht in de lange 19^e eeuw*, Deventer 2015, p. 177 e.v.

het Romeinsrechtelijke dogma van de soevereiniteit van de privaatrechtelijke wil. "Dat dogma kenschetst het starre egoïsme, dat aan het Romeinse recht ook op het gebied van de obligatieleer eigen is." Het Romeinse recht was bovendien in zijn ogen wreed, hard als staal en van een ijskoude, logische kracht. Het gevolg van de vrijheid die dit recht aan de werkgever liet, was een morele ontluistering van de arbeider.

"De contractsvrijheid toegepast op het arbeidscontract, werkt verwoestend op de persoonlijkheid des arbeiders."³

Nederland moest evenals Duitsland onder aanvoering van Gierke af van de harteloze Romeinsrechtelijke contractsvrijheid, waarin men elkaar mocht 'bedonderen'. "Dat is Duitsch, en dat zijn Duitschers", hoorde Levy zeggen. "Ik kan niet ontkennen dat het Duitsch is, maar ik wist niet dat men in Deutschland schrijvende enkel voor Duitschers schreef (...)." ⁴ In deze bijdrage ga ik dieper in op het grote succes van Gierke's leuze "Unser Privatrecht wird sozialer sein, oder es wird nicht sein" in Nederland. Deze gedachte werd een van de uitgangspunten van het nieuwe Nederlandse Burgerlijk Wetboek van 1992. Eerst bespreek ik kort het verband tussen Gierke's ideeën uit *Die soziale Aufgabe des Privatrechts* en de opkomst van het Europees Privaatrecht in Nederland.

2. Die soziale Aufgabe des Privatrechts en het Europees Privaatrecht

Gierke heeft met zijn leuze "Das Privatrecht soll sozialer sein, oder es soll nicht sein" in Nederland aan de wieg gestaan van een toenemende vervlechting van privaats- en publiekrecht, dat dankzij de doorwerking van het Europese recht in ons nationale burgerlijke recht een hoge vlucht heeft genomen. Volgens Arthur Hartkamp (geboren 1945) is het uitgangspunt van "bescherming van zwakkeren" een duidelijke tendens in het BW van 1992.⁵ Deze beschermingsgedachte sloot aan bij een van de oudste terreinen van het Europese privaatrecht: het consumentenrecht. De opkomst van dit rechtsgebied is in Nederland nauw verbonden met de integratie van het Nederlandse Wetboek van Koophandel (1838) in het BW. Deze integratie kwam op gang vanaf de jaren veertig van de vorige eeuw op grond van een

3 I.A. Levy, 'Interventie', *Handelingen van de Nederlandsche Juristen-Vereeniging (HNJV)* 1894-II, p. 21-22, p. 25 (citaat). Op p. 22 verwees hij naar en citeerde hij uit Gierke, *Die soziale Aufgabe des Privatrechts*.

4 Levy, 'Interventie', *HNJV* 1894-II, p. 24. Het 'elkaar mogen bedonderen' verwees naar D. 19,2,22,3. Zie ook D. 4,4,16,4. Cf. R. Zimmerman, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Kaapstad [etc.] 1992, p. 354. Ook E. Fokker, 'Interventie', *HNJV* 1894-II, p. 76: "de Pandekten moeten ons geen richtsnoer of grondwet voor het moderne arbeidscontract zijn."

5 A.S. Hartkamp, *Aard en opzet van het vermogensrecht*, vijfde druk, Deventer 2017, nr. 16.

wet uit 1934/1935.⁶ De *auctor intellectualis* van het nieuwe Nederlandse Burgerlijk Wetboek, de Leidse hoogleraar in het burgerlijke recht, E.M. Meijers (1880-1954), wilde ondanks de verwijdering van de koopman uit het Nederlandse privaatrecht de mogelijkheid hebben bijzondere regels te ontwikkelen voor hen die in de uitoefening van een beroep of bedrijf handelden. Het criterium 'uitoefening in beroep of bedrijf' werd vanaf de jaren zeventig van de vorige eeuw de kapstok waaraan de Nederlandse, later ook de Europese en andere wetgevers de consumentenbescherming hebben opgehangen.⁷ De opkomst van het consumentenrecht en de totstandkoming van het nieuwe BW vielen in tijd in Nederland ongeveer samen. Het nieuwe wetboek kon daarom op coherente wijze rekening houden met dit op Europese richtlijnen teruggaande en op bescherming van zwakkeren gefundeerde recht, zodat het niet buiten het BW is gebleven. Volgens Hartkamp was daardoor de schade, door de opkomst van het consumentenrecht toegebracht aan de eenheid van het privaatrecht (die de Nederlandse wetgever juist had willen bevorderen door de samenvoeging van burgerlijk recht en handelsrecht in één wetboek), beperkt.⁸

Het Europese privaatrecht omvat tegenwoordig veel meer dan consumentenrecht. Het is een eigenstandig systeem van regels en beginselen geworden op bijna alle denkbare gebieden van het burgerlijke recht dat in alle lidstaten gelding heeft of waarvan de inhoud op unitair niveau is bepaald en waarvan de handhaving in hoogste instantie bij een Europese rechter berust. Het is gericht op onder meer de totstandbrenging van een gemeenschappelijke markt in Europa, het verwezenlijken van een economische en monetaire unie, het terugdringen van het energiegebruik, consumentenbescherming, de zorg voor het milieu, het voorkomen van discriminatie en de bescherming van grondrechten. In het Europese recht spelen kortom publieke belangen een rol bij het privaatrechtelijk handelen. Dat geldt dus ook voor het consumentenrecht. Ook dit rechtsgebied valt niet samen met consumentenbescherming. Het Europees Privaatrecht is echter begonnen met de beschermingsgedachte als uitgangspunt en Europese instrumenten die deze bescherming moesten garanderen. In zoverre heeft het ideeëngoed uit *Die soziale Aufgabe des Privatrechts* van Gierke niet alleen een opmars gemaakt in Duitsland en Nederland, maar in geheel Europa. Volgens hem was het privaatrecht niet los te zien van het maatschappelijke belang en het daarmee nauw verbonden publiekrecht. A.A. de Pinto (1828-1907), vanaf 1876 raadsheer in de Hoge Raad, zag op 11 november 1889 in een rede voor de Koninklijke Nederlandse Akademie van Wetenschappen (KNAW) dit als een belangrijk kritiekpunt van Gierke op het zo juist verschenen ontwerp voor een nieuw Duits BW:

6 Wet van 2 juli 1934 (Stb. 347). Zie over deze wet: E.M. Meijers, 'De uitbanning der kooplieden en der handelsdaden uit ons recht', *WPNR* 1935/3393, p. 1-3; 3394, p. 13-16; 3395, p. 29-31.

7 Zie thans ook de definitie van Verbraucher in par. 13 BGB: 'Verbraucher ist jede natürliche Person, die ein Rechtsgeschäft zu Zwecken abschließt, die überwiegend weder ihrer gewerblichen noch ihrer selbständigen beruflichen Tätigkeit handelt.'

8 Hartkamp, *Aard en opzet van het vermogensrecht*, nr. 17. Zie ook E.H. Hondius, 'Consumentenrecht: de eerste tien jaar', in: *Recente rechtsontwikkelingen (1970-1980)*, Zwolle 1983, p. 47 e.v. (p. 49).

"Niet alleen gaat het den grooten socialen vraagstukken van onzen tijd uit den weg, maar het vermijdt ook angstvallig elk gebied van het privaat recht, dat in eenigszins nauw verband staat met het publiek recht."⁹

3. De receptie van de leuze "Unser Privatrecht wird sozialer sein, oder es wird nicht sein" in Nederland

De verschijning van het Ontwerp voor een nieuw Duits Burgerlijk Wetboek in 1888 en de kritiek daarop kregen ook in Nederland veel aandacht. Met instemming citeerde de redactie de woorden van Otto Bähr (1817-1895), rechter in het Reichsgericht: "Het Ontwerp met zijne Toelichting is niet geschikt, eene nieuwe wetenschap te doen ontstaan. Slechts het armzalig bacillenleven der commentaren zal er rijkelijk voedsel in vinden."¹⁰ De Utrechtse hoogleraar W.L.P.A. Molengraaff (1858-1931) verweet de ontwerpers van het Burgerlijk Wetboek voor het Duitse Rijk *onjuridisch* dogmatisme. "Het is mij altijd voorgekomen dat zuiver *juridisch* alleen die methode van wetgeving is, die, in het oog houdende dat ieder rechtsregel is een levensregel voor de maatschappij, de maatschappelijke beteekenis van den te stellen regel voor alles nagaat en die de regels kiest juist met het oog op hun portée voor het maatschappelijk leven."¹¹

De eerste jurist in Nederland die de leuze van Gierke uitvoerig besprak, was de Leidse hoogleraar in het Romeinse recht H.L. Drucker (1857-1917) in zijn Leidse oratie van 1889. Hij aanvaardde zijn ambt met een voor het Romeinse recht weinig vleiende rede. Zij had als titel *Begrip en dogma in de rechtswetenschap*. Zijn hele betoog was doordrenkt van de kritiek die Gierke, "deze uitmuntende geleerde", had op het Ontwerp-BGB. Hij hekelde het gebruik van aan levenloze, aan het Romeinse recht ontleende dogma's en het voorrang geven aan het

9 Ontleend aan A.A. de Pinto, 'Rede', *Weekblad van het Recht* 1889/5783, p. 4. Zie ook E. Fokker, B.H. Heldt, J.Th. Mouton, 'Rapport over de vraag: hoe is het arbeidscontract in onze wetgeving te verbeteren', in: *HNJV* 1894-I, p. 203, De auteurs wijzen op de noodzaak van beperking van de contractsvrijheid, wanneer het maatschappelijk belang dit onmiskenbaar vorderde. Zij citeerden daarop Gierke: "Privatrecht und öffentliches Recht sind eben Kinder einer Mutter, die zwar ein Jedes einen eignen Beruf verfolgen, aber nicht wie feindliche Brüder auseinander streben, sondern zuletzt immer wieder sich in der Arbeit am gemeinsamen Werk zusammenfinden."

10 Zie *Rechtsgeleerd Magazijn* 1888, p. 643-645. Bähr kwam in 1892 met een tegenontwerp voor een nieuw Burgerlijk Wetboek. Eén van de belangrijkste critici naast Gierke van het Ontwerp-BGB was E.I. Bekker (1827-1916), hoogleraar in het Romeinse recht te Heidelberg. Zie ook *Rechtsgeleerd Magazijn* 1889, p. 200-203 met de weergave van een rede van B. Windscheid (1817-1892), wiens invloed op het Ontwerp zo groot was dat het bekend stond als "den kleinen Windscheid", ter verdediging van het "deerlijk gehavende" Ontwerp tegen de aanvallen van onder andere Gierke. Ter verklaring en "verschooning" "van de abstracte, moeilijk verstaanbare uitdrukking van het Ontw." beriep hij zich op het "höchst energische Denkprozess", waarvan het Ontwerp de vrucht was.

11 W.L.P.A. Molengraaff, '[Bespr. van:] A. Menger, Das bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen', *Rechtsgeleerd Magazijn* 1890, p. 277.

"stelsel" boven het werkelijke leven. Drucker vroeg uitdrukkelijk de aandacht van de jurist voor problemen die de sociale kwestie meebracht. "Unser Privatrecht wird *sozialer* sein, oder es wird *nicht* sein", zo citeerde hij instemmend Gierke. De verwaarlozing van deze gedachte zou – aldus Drucker – "eene grievende krenking voor de rechtswetenschap" zijn.¹²

De tweede jurist, die uitvoerig aandacht besteedde aan het gedachtegoed van Gierke, was de al genoemde De Pinto in zijn rede voor de KNAW. Hij "hertaalde" in het Nederlands Gierke's kritische woorden over het Ontwerp-BGB.

"Het Ontwerp moge menig goed gelukt onderdeel bevatten, als geheel is het niet Duitsch, spreekt het geen Duitsch tot het Duitse volk, is het daarom voor dat volk een gesloten boek, mist het scheppende kracht, beantwoordt het niet aan de zedelijke en sociale eischen, die men in onze dagen aan een nieuwe codificatie van het privaatrecht moet stellen. Wat het ons aanbiedt is in zijne kern niets anders dan een in wetsartikelen gegoten pandektencompendium (...). ; (...) maar de constructie van het geheel is ontleend aan de gedachtenwereld der Romeinsche doctrine, waarin het Duitse recht slechts als een vreemd bestanddeel is opgenomen op zoodanige wijze, dat het de zuivere lijnen van het classieke gebouw zoo weinig mogelijk stoort."¹³

De Pinto deelde het oordeel van Gierke. Met wetenschap alléén, hoe diep en breed ook, maakte men geen Wetboek. "De wetgeving, de codificatie is eene kunst." Daarnaast was de taal van het Ontwerp ook nog eens "zwaar (schwerfällig), gekunsteld en onverstaanbaar".¹⁴ De Pinto verbond aan zijn beschouwingen over het Duitse Ontwerp en de kritiek daarop overigens geen consequenties voor de gewenste rechtsontwikkeling in Nederland.

Dat laatste deed Druckers liberale geestverwant M.F.W. Treub (1858-1931), advocaat en hoogleraar staathuishoudkunde en statistiek aan de Universiteit van Amsterdam van 1896 tot 1905, wel. Hij schreef als redacteur van het *Weekblad voor Notaris-Ambt en Registratie* over het tekort in de juridische opleiding. De studenten hielden zich tijdens hun studie niet bezig met maatschappelijke vraagstukken. De bestudering van de moderne maatschappij moest op de voorgrond staan. De rechtswetenschap was onderdeel van de sociologie. Hij hield daarom "alle rechtswetenschap die zich zelve niet gevoelt en erkent als een onderdeel der sociologie voor niet meer dan met historische kennis doortrokken schriftgeleerdheid" en hij zei met volle overtuiging voor het gehele recht, "wat Gierke van het privaatrecht

12 H.L. Drucker, *Begrip en dogma in de rechtswetenschap*, Haarlem 1889, p. 12, p. 18, p. 23-24. Met Gierke hekelde Drucker bijvoorbeeld de keuze van de Duitse wetgever voor het Romeinsrechtelijke adagium "koop breekt huur" en niet het 'moderne', sociale uitgangspunt "koop breekt geen huur" (p. 17-18). Zie ook I. Boer Hz., 'Rechtsontwikkeling, Theorie en Praktijk in de Rechtswetenschap', *Tijdschrift voor Privaatrecht, Notariaat en Fiscaalrecht* 1900, p. 290.

13 A.A. de Pinto, 'Het Ontwerp van een Burgerlijk Wetboek voor het Duitse Rijk', *Rechtsgeleerd Magazijn* 1890, p. 92 e.v., p. 116 e.v. (citaat op p. 119-120).

14 De Pinto, 'Het Ontwerp van een Burgerlijk Wetboek voor het Duitse Rijk', p. 120 en p. 122. Zie eveneens R. Leonhard, 'Die Grundzüge des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich und seiner Beurteilung in Deutschland', *Rechtsgeleerd Magazijn* 1890, p. 528 e.v. (met verwijzing naar Gierke, *Die soziale Aufgabe des Privatrechts*, op p. 531-532 in de noot).

zeide: Das Recht wird sozialer sein, oder es wird nicht sein".¹⁵

De Amsterdamse advocaat Levy ten slotte hekelde het feit dat het (Nederlandse) BW van 1838 de lotsverbetering van armen en sociaaleconomisch zwakken leek tegen te houden. Hij wees op het autoritaire karakter van de Franse Code civil (1804) en van het Nederlandse BW (1838), en de kniebuiging voor de onbegrensde vrijheid van de eigenaar en de antisociale uitwerking van de regel *pacta sunt servanda* in deze wetboeken. Gierke had – in de woorden van Levy – de gehoorzaamheid opgezegd aan het Romeinse recht, "de euvele bron" van de Code Civil en het BW, door zijn leuze "Unser Privatrecht wird sozialer sein, oder es wird nicht sein".¹⁶

Drucker vond het eerst en vooral op de weg van de rechter liggen het burgerlijke recht in overeenstemming te brengen met de sociale behoeften van en met de 'moderne' inzichten daarover in de maatschappij. De verdeling van de rijkdom was een speelbal geworden van de werking van de maatschappelijke krachten. Dit stuitte hem tegen de borst.¹⁷ De rechter moest waken tegen het misbruik dat een sociaaleconomisch sterke partij maakte van toestand waarin een sociaaleconomische zwakke partij verkeerde.¹⁸ Op deze opvatting kwam kritiek, onder meer van de Groningse hoogleraar in het Romeinse recht, N.K.F. Land (1840-1903).¹⁹ Hij betwijfelde, of de rechter bekwaam was om goed recht te *vormen*. Het 'verbeteren' van de wet eiste kennis van de maatschappelijke omstandigheden en van het systeem van de wet. Deze kennis was schaars. Hij had meer vertrouwen in de wetgever. Hij kon dergelijke kennis verwerven. Het was gebruikelijk – zo schreef Land – bij deze kwestie te wijzen op "het gezegde" van Gierke, Das Recht wird sozialer sein, oder es wird nicht sein. "Maar ronduit, het is mij een raadsel, hoe iemand kan meenen dat dit hier iets kan afdoen, laat staan dat het iets tegen ons kan afdoen. Is noodzakelijk de wetgever blind voor de maatschappelijke behoeften, en daarentegen (...) een niet-wetgever altijd helderziende?" Gold het gevaar van blindheid voor de sociale roeping van het recht ook niet voor de rechter? Kon een rechter werkelijk met alle belangen die speelden, rekening houden? De wetgever kon een meer democratische geest ademen dan de rechter.²⁰

15 M.W.F. Treub, 'Rechter en Wetgever', *Weekblad voor Notaris-Ambt en Registratie* 1894/1272, p. 210-211 en 1894/1287, p. 362-363.

16 I.A. Levy, 'Rede', *HNJV* 1904-II, p. 6. Zie ook I.A. Levy, 'Interventie', *HNJV* 1918-II, p. 13.

17 H.L. Drucker, 'Over den invloed der wetgeving op de verdeling van den rijkdom', *Sociaal Weekblad* 1888, p. 146-148 en p. 155-156 en H.L. Drucker, 'Sociale gezichtspunten in het burgerlijk recht', *Sociaal Weekblad* 1890, p. 5-7.

18 Drucker, *Begrip en dogma in de rechtswetenschap*, p. 23.

19 Over hem: J.H.A. Lokin, 'De denkwereld van Nicolaas Karel Frederik Land', in: J. de Bruijn e.a. (red.), *Een vreemde man, en die ons vreemd ontviel. Liber amicorum voor E.W.A. Henssen (1950-1999)*, Amsterdam 2000, p. 178 e.v.; Jansen, *De wetenschappelijke beoefening van het burgerlijke recht in de lange 19^e eeuw*, p. 156-159.

20 N.K.F. Land, *Beschouwingen over de verbintenis uit onrechtmatige daad*, Haarlem 1896, p. 58 e.v., p. 60, p. 63 (citaat), p. 64, p. 67-68.

Niet alleen de associatie met de rechter als rechtsvormer die kennelijk Gierke's uitspraak opriep, stuitte op bezwaren in Nederland. Dat gold ook voor de politieke lading die de leuze met zich droeg. De progressief liberale advocaat J. Limburg (1866-1940) zei als voorzitter van de Nederlandse Juristen-Vereniging in 1927 dat menige Nederlandse jurist veertig jaren eerder voor Gierke's woorden "Das Privatrecht soll sozial sein oder es soll nicht sein" slechts "een niet al te sympathieken glimlach" over had. Hij zag namelijk in deze uitlating "de ont-plooiing van een sociaal-economisch vaandel, dat uitgedragen werd naar een toen nog door betrekkelijk weinigen begeerde diep ingrijpende inmenging van den Staat in de onderlinge verhouding der burgers." Gierke's voorspelling was echter uitgekomen: het individualistisch getinte recht had zich meer en meer vervormd tot een sociaal recht, in de betekenis van gemeenschapsrecht, een recht dat de samenleving diende en dat de ene burger niet ten laste of ten nadele van de medeburger uitoefende.²¹

De fel antisocialistische, conservatief liberaal W.F. Rochussen (1832-1912), lid van de Raad van State van 1886 tot 1907 en van 1890 tot 1894 voorzitter van de Staatscommissie Arbeidsenquête, trok in een krant ten strijde tegen de grondslag van de sociale politiek van de Liberale Unie, het samenwerkingsverband van de progressief liberalen in Nederland waartoe Levy, Drucker en Molengraaff behoorden. Zij was voorstander van een wetgevend ingrijpen ten behoeve van een rechtvaardiger verdeling van de rijkdom in de Nederlandse samenleving. De al genoemde Levy had – Gierke's *Die soziale Aufgabe des Privatrechts* citerend – geschreven dat "ons privaatrecht (...) door maatschappelijke elementen gedrenkt" moest worden. Rochussen was van mening dat het "staatssocialistische" stelsel op een dwaling was gebouwd. Hij vond de sociale politiek van de Liberale Unie "een sprekend voorbeeld" van vooruitstrevendheid "in de averechtse richting". Daarnaast kon hij zich geen heldere voorstelling vormen van Levy's geschetste "door maatschappelijke elementen gedrenkt privaatrecht".²²

Ik wijs tot slot van deze paragraaf erop dat sommige Duitse en later ook Nederlandse nationaalsocialistische juristen Gierke voor hun karretje hebben gespannen. Zijn roep om een 'socialer' burgerlijke recht paste goed bij de uitgangspunten van de nationaalsocialistische rechtsleer. Ik citeer de rechtshistoricus G. Dilcher:

21 Zie J. Limburg, 'Rede', *HNJV* 1927-II, p. 2. Zie ook 'Nederlandsche Juristenvereniging', *Algemeen Handelsblad* 1 juli 1927, Avondblad, p. 13. Cf. Jansen, *De wetenschappelijke beoefening van het burgerlijke recht in de lange 19^e eeuw*, p. 284 e.v.

22 Rochussen had het debat geopend in *Het Dagblad van Zuid-Holland en 's-Gravenhage*. Zie de brief van Levy 'Den Hoog Edelgestrengen Heer Jhr. Mr. W.F. Rochussen, Lid v.d. Raad v. State, Den Haag', *Algemeen Handelsblad* 13 juli 1895, Avondblad, p. 5 en de brief van Rochussen 'De sociale politiek der Liberale Unie. Weledel Gestr. Heere, den Heere Mr. J.A. Levy, Sine tit. et Hon., Amsterdam', *Algemeen Handelsblad* 18 juli 1895, p. 5. Rochussen vond de inkomstenbelasting een socialistische instelling en een aansporing tot bederf van de volksgeest. G. Taal, *Liberale en radicalen in Nederland, 1872-1901*, Den Haag 1980, p 227.

"Teile der NS-Rechtswissenschaft versuchten, unter einseitiger Betonung germanistisch-nationalen, gemeinschaftsbezogen-sozialen und antiromanistischen Komponenten, in der dreißiger Jahren eine 'Gierke-Renaissance'."²³

In Nederland wees L.J. van Apeldoorn (1886-1979), hoogleraar oudvaderlands recht en Inleiding tot de rechtswetenschap aan de Universiteit van Amsterdam, in het NSB-blad *Het Rechtsfront* op de kritiek van Gierke op het Duitse Ontwerp-BW. Volgens Van Apeldoorn veroordeelde Gierke "het ontwerp als romanistisch, volksvreemd, individualistisch, onsociaal (...)." Hij meende dan ook: "Maar als destijds een Otto von Gierke belast was geweest met het ontwerpen van een wetboek, dan zou het er toch al heel anders en heel wat beter hebben uitgezien. Overigens begon juist in de tachtiger jaren van de vorige eeuw in de academische wereld de frissche wind van de sociologische richting en van de vrije rechtsschool te waaien. Het heeft echter wel heel lang geduurd, voordat er een vleugje van dien wind binnendrong in de tochtvrije raadkamers van de rechterlijke colleges."²⁴

4. Die soziale Aufgabe des Privatrechts en het nieuwe Nederlandse Burgerlijk Wetboek (1992)

Meijers heeft zich bij het ontwerpen van het nieuwe BW uitvoerig rekenschap gegeven van de nieuwe inzichten en beginselen die hij aan het wetboek ten grondslag wilde leggen. Uit de Algemene Inleiding die voorafging aan het Ontwerp-BW volgde dat hij de door de rechter ontwikkelde en gehanteerde ongeschreven fatsoensnormen, in het bijzonder de goede trouw, als een van de grondslagen van het overeenkomstenrecht, wenste op te nemen in het nieuwe burgerlijk wetboek. Dit standpunt herleidde hij mede tot de sociaalpolitieke ideeën van Gierke, die ook Drucker – de ontwerper overigens van de Nederlandse wet op de arbeidsovereenkomst (1907/1909) – had omarmd (zie vorige paragraaf). Meijers had in 1937 betoogd dat de leuze, door Gierke in zijn rede *De sociale roeping van het privaatrecht* uitgesproken: "Unser Privatrecht soll sozial[er] sein oder es soll nicht sein", nog steeds onverzwakt haar betekenis had.²⁵ Het was vanuit dit sociale gezichtspunt dat hij het gehele

23 G. Dilcher, 'Gierke, Otto von', in: M. Stolleis (Hrsg.), *Juristen. Ein Biographisches Lexikon. Von der Antike bis zum 20. Jahrhundert*, München 1995, p. 234.

24 L.J. van Apeldoorn, 'De fundamente van een grootsch bouwwerk. Het Duitse Volkswetboek. Grondregels en boek I', II, *Het Rechtsfront* 15 februari 1943, p. 26 en III, *Het Rechtsfront* 1 maart 1943, p. 38. Zie ook 'Het Oorspronkelijke Romeinse Recht', *Storm. Weekblad der Germaansche SS* 27 november 1942, p. 8.

25 E.M. Meijers, 'Misbruik van recht en wetsontduiking' (1937), in: E.M. Meijers, *Verzamelde Privaatrechtelijke Opstellen*, I (VPO-I), Leiden 1954, p. 73. Vgl. ook Meijers in een te Oxford gehouden rede uit 1951: "A second argument in favour of revising the existing codes can be found in the new problems caused (...) by alterations in ideas about social justice." E.M. Meijers, 'Case law and codified systems of private law' (1951), VPO-I, p. 188.

burgerlijke wetboek in ogenschouw wenste te nemen om na te gaan, of het algemeen belang meer dan in het oude wetboek een plaats moest krijgen in het nieuwe. Dit algemeen belang stelde bijvoorbeeld grenzen aan de ongebreidelde uitoefening van de eigendom. De ene burger mocht van de andere burger verlangen dat hij bij de uitoefening van zijn rechten en bevoegdheden zich gedroeg als iemand met sociaal besef.²⁶

Regeringscommissaris W. Snijders (geboren 1928) was samen met onder andere Hartkamp, ver na de dood van Meijers, de drijvende kracht achter de totstandkoming en de invoering van het Nederlandse BW. Hij gaf in enkele korte zinnen aan wat voor hem doorslaggevend was geweest bij zijn besluit het BW tot een afronding te brengen. Zijn woorden sloten naadloos aan bij de visie van Meijers op het nut en de noodzaak van een nieuw BW. Snijders schreef dat hij als rechter werd geconfronteerd met het feit dat de toepassing van het BW van 1838 tal van moeilijkheden gaf.

Het evenwicht tussen datgene wat aan de rechter is en datgene wat aan de wetgever is, is daarin [het BW] grondig verstoord. Er zijn allerlei gebieden die de wet regelt en aan de rechter zouden moeten worden overgelaten. Andere gebieden regelt de wet niet, terwijl hiervoor eigenlijk een regeling moest zijn. Wanneer men als rechter de mensen bij zich heeft en met hen de zaak bespreekt en daarover moet oordelen, bemerkt men altijd duidelijk dat juist dit gebrek aan evenwicht in het algemeen werkt ten voordele van hen die sociaal sterk staan en ten nadele van hen die sociaal zwak staan.²⁷

5. Slotbeschouwing

De leuze van Gierke heeft tot ver in de 20^e eeuw weinig van zijn wervingskracht verloren. Evenals hij hekelden Drucker en De Pinto "de groote breedsprakigheid" van de Duitse wetgever: zijn wens om alles te willen zeggen en niets aan het begrip van de rechter en praktijkjurist te willen overlaten, een valkuil waarin de Europese (en nationale) wetgever ook nog wel eens wil vallen.²⁸ De Amsterdamse hoogleraar in het burgerlijke recht A. Pitlo (1901-1987) wees er in zijn boek *Evolutie in het privaatrecht* op dat de op het gemeenschapsbelang

26 E.M. Meijers, 'La réforme du Code civil néerlandais' (1948), *VPO-I*, p. 161; E.M. Meijers, 'Voor- en nadeelen van het samenstellen van een nieuw Burgerlijk Wetboek' (1948), *VPO-I*, p. 178. Zie C.J.H. Jansen, *De wetenschappelijke beoefening van het burgerlijke recht tussen 1940 en 1992*, Deventer 2016, p. 95 e.v., p. 102.

27 W. Snijders in *Parlementaire Geschiedenis Boek 3*, Vermogensrecht in het algemeen, Deventer 1981, p. 51. Vgl. F.B. Bakels, 'Rechter en codificatie van het burgerlijke recht', *Justitiële Verkenningen* 1988/6 (150 jaar Burgerlijk Wetboek), p. 37-38.

28 Zie voor Drucker: C.J.H. Jansen en C.J. Loonstra, *Kopstukken arbeidsrecht*, Deventer 1992, p. 37 e.v. (p. 38-39) en De Pinto, 'Het Ontwerp van een Burgerlijk Wetboek voor het Duitse Rijk', p. 123-124. De Pinto wees daarnaast op de overbodigheid van vele bepalingen in het Ontwerp-BGB, zoals par. 1245. Daarin stond het "weinig verrassende nieuws" dat de ambtenaar van de burgerlijke stand niet met zijn bruid voor zichzelf kon verschijnen om zijn eigen huwelijk te sluiten.

gerichte benadering van Gierke, zoals verwoord in *Die soziale Aufgabe des Privatrechts*, "zich van iedereen, waar ook ter wereld, had meester gemaakt".²⁹

Het Nederlandse BW van 1992 steunt – zoals gezegd – sterk op de gedachte van bescherming van de sociaaleconomisch zwakke partij. De vele open normen in het BW stellen de rechter in staat rekening te houden met nieuwe sociale inzichten in de maatschappij. Het BW wil een sociaal wetboek zijn. De gedachte dat het privaatrecht geen absolute vrijheden bevat en beperkingen ondergaat vanuit het algemeen belang en het gemeenschapsbesef, is hecht verankerd in het Nederlandse juridische denken. Sterker nog, een behoorlijk aantal leerstukken van privaatrecht is tegenwoordig niet langer het domein van het privaatrecht alleen.³⁰ Zij hebben op een steeds groter aantal rechtsgebieden (mede) een achtergrond in het Europese (privaat)recht. Dit betekent – zoals gezegd – dat publieke belangen (zoals diversiteit en duurzaamheid) een leidraad zijn bij de beoordeling van privaatrechtelijk handelen, ook al blijft de beschermingsgedachte een belangrijke rol spelen. Ik wijs slechts op het financiële recht, waar de Nederlandse rechtspraak aan banken tegenover hun niet-professionele cliënten zware zorgplichten heeft opgelegd. De Europeanisering leidt zelfs soms tot publiekrechtelijke handhaving van deze zorgplichten. Zo beschouwd heeft de klaroenstoot van Gierke, "Unser Privatrecht wird sozialer sein, oder es wird nicht sein", in Nederland een lange nagalm gekregen.

C.J.H. Jansen³¹

Nijmegen

29 A. Pitlo, *Evolutie in het privaatrecht*, tweede druk, Groningen 1972, p. 187.

30 Zie bijv. W.H. van Boom, 'De Nederlandse privaatrechtswetenschap en de wetgever (1992-2012)', *RegelMaat* 2012 (27) 5, p. 280 en D. Busch, *MiFID II/MiFIR: nieuwe regels voor beleggingsondernemingen en financiële markten*, Deventer 2015. Richtlijn 2013/34/EU verplicht bijvoorbeeld met betrekking tot de bekendmaking van niet-financiële informatie grote vennootschappen een inhoudelijk overzicht op te nemen over milieu- en personeelsaangelegenheden, de eerbiediging van mensenrechten en de bestrijding van corruptie.

31 Corjo Jansen is hoogleraar Rechtsgeschiedenis & Burgerlijk recht aan de Radboud Universiteit te Nijmegen. Hij is tevens voorzitter van het Nijmeegse Onderzoekcentrum Onderneming & Recht.