

Is rechtsgeschiedenis privaatrechtsgeschiedenis?

*Alain Wijffels**

Wanneer de Nederlandse jurist geconfronteerd wordt met een vertegenwoordiger van de Engelse *legal profession*, krijgt hij wellicht vroeg of laat te horen dat hij uit een land komt waar de *civil law* traditie overheerst. Daarmee bedoelt de Engelse jurist, die zichzelf in die context waarschijnlijk als een *common lawyer* zal bestempelen (ook al is zijn specialisatiegebied b.v. *trust*-recht), dat het Nederlandse recht tot de zgn. romano-germaanse rechtsfamilie behoort, zoals de meeste continentale Westeuropese rechtssstelsels, alsook (in principe) Schotland en de overzeese rechtssstelsels die door West Europees continentaal recht werden beïnvloed. Het kan dan interessant zijn, de Engelse collega te vragen waarom men in het Engels de uitdrukking 'civil law' gebruikt om de continentale rechtstraditie van de Engelse *common law* traditie (in ruimere zin) te onderscheiden. Een goede gok is dat het antwoord op die vraag een band probeert te leggen met de Franse *Code civil* van 1804. De continentale rechtstraditie zou als het ware haar uitdrukkingsvorm *par excellence* in het laat- of post-revolutionair Frans Burgerlijk Wetboek hebben gevonden, dat bovendien heelwat andere Europese en overzeese wetboeken heeft beïnvloed. Historisch is die opvatting aanvechtbaar, omdat 'civil law' een vertaling is van *ius civile* zoals die uitdrukking gebruikt werd in de middeleeuwen en in de nieuwe tijd, en derhalve ongeveer samenvalt met 'Romeins recht', althans met het recht dat in het middeleeuws *Corpus iuris civilis* en de daarop gefundeerde rechtsliteratuur werd geformuleerd.

De misvatting van de Engelse jurist is begrijpelijk, al was het maar omdat de overblijfselen van het oude begrip 'ius civile' in Engeland en Europa (dat zelf niet overeenstemt met de lading van de uitdrukking in het antieke Romeinsrecht) zeker niet ondubbelzinnig zijn: weliswaar doceren de titularissen van de door Hendrik VIII opgerichte leerstoelen in 'civil law' te Oxford en Cambridge vooralsnog overwegend Romeins recht (van de Oudheid), maar wie vandaag te Oxford een B.C.L. of D.C.L. wil behalen (een baccalaureaat, resp. doctoraat in 'civil law'), zal slechts uitzonderlijk met Romeins of continentaal recht te maken hebben (tenzij hij een rechtshistorische of rechts-

* Prof. dr. A. Wijffels is hoogleraar rechtsgeschiedenis te Leiden en te Louvain-la-Neuve.

vergelijkende interesse heeft), maar veeleer met Engels recht, met *common law*.

Bovendien verwijst de misvatting naar een latere ontwikkeling van het recht, die zich als een eigen historisch verschijnsel heeft gekristalliseerd en een eigen 'laag' in het collectief bewustzijn van juristen is gaan vormen, die de vroegere 'laag' (met name de identificatie tussen 'civil law' en Romeins recht) thans grotendeels bedekt en onzichtbaar maakt. Tijdens de 19e eeuw hebben het burgerlijk recht in het algemeen en de *Code civil* in het bijzonder een uitzonderlijk, zij het niet onbetwist prestige genoten (om te vereenvoudigen blijven andere belangrijke aspecten van het verschijnsel, zoals de uitstraling van het Oostenrijks ABGB van 1811, of de voorbereiding van het Duits BGB van 1896/1900 door de *Pandektenwissenschaft*, hier onvermeld). Niet alleen in Frankrijk gold dat het burgerlijk recht als *la reine des disciplines juridiques* heerste. In de legistische sfeer van de 19e eeuw werd de studie van de wet, en uiteraard van die hogere vorm van wetgeving, het wetboek, geprivilegieerd. De *Code civil* werd door de meesten beschouwd als het model zelf van het wetboek, dat naar inhoud en vorm de andere wetboeken overtrof. Daarnaast kregen de sociaal-economische verhoudingen die door het wetboek genormeerd werden in de 'burgerlijke' samenleving van vorige eeuw ideologisch een hoge waardering. Kortom, een jurist was in de eerste plaats een civilist. Dat kwam onder meer tot uiting in het belang dat in de juridische vorming aan de burgerrechtelijke vakken werd gehecht, die meestal een duidelijk overwicht hadden. Min of meer impliciet werd er ook van uitgegaan dat een sterke basis in het civiel recht de meeste garanties bood om een voortreffelijke jurist in de andere, ook niet-privaatrechtelijke vakken te vormen. Dat uitgangspunt gold nog lange tijd in de 20e eeuw, zodat vele rechtstakken die niet tot het burgerlijk recht behoren, zelfs in de sfeer van het publiek recht, door heelwat begrippen, uitdrukkingen, algemene beginselen en denkpatronen van het burgerlijk recht werden beïnvloed. Bekijkt men die ontwikkeling, dan is de associatie tussen *civil law* traditie en het (vroeger of later gecodificeerd) burgerlijk recht in continentaal Europa historisch wél begrijpelijk en verdedigbaar.

Overigens is de prominente plaats van het burgerlijk recht geen plotse innovatie van de *Code civil* of van de Franse Revolutie geweest. Indien het burgerlijk recht in 1804 een dermate hooggeschatte intellectuele waardering kon veroveren, dan was het mede dank zij een lange ontwikkeling waaraan vooral de doctrine tijdens de vorige eeuwen had bijgedragen. In de mate waarin die Ancien Régime doctrine ten dele tot het Europees *ius commune* behoorde, waarin het Romeins (privaat)recht een belangrijk onderdeel vormde, kan dan toch weer een band gelegd worden tussen *civil law*, Romeins recht en door de *Code civil* rechtstreeks of onrechtstreeks beïnvloed burgerlijk recht. De sociaal-economische orde die zich tijdens de 19e eeuw in de meeste Westeuropese landen van het Ancien Régime losweekte (al dan niet met revolutionaire spanningen), had zich al tijdens die vorige eeuwen geleidelijk gevormd, en daarin speelden de verhoudingen die juridisch in het privaatrecht worden uitgedrukt een essentiële rol; het lag voor de hand dat de privaatrech-

telijke traditie van het Ancien Régime daarom wezenlijk in de 19e eeuw gecontinueerd werd, zij het dan in een positivistisch kleed. Ook al werd het vanaf de jaren 1960 zeer modieus, het belang van het privaatrecht in de huidige samenleving sterk te relativen, de ontwikkelingen in de Oosteuropese landen tijdens de voorbije jaren hebben aangetoond hoezeer het privaatrecht zich in het liberaal-democratisch patroon ondanks alles heeft gehandhaafd, althans in vergelijking met de dictaturen waar het grotendeels geneutraliseerd of geëlimineerd was, en waar men nu opnieuw onder meer een privaatrechtelijke cultuur tracht te creëren om zich naar het Westers model te oriënteren.

Wanneer men, zoals in de vorige paragrafen, de continuïteit onderstreept die van de laatmiddeleeuwse *ius commune* doctrine naar de door het burgerlijk recht beheerste of ten minste sterk beïnvloede rechtscultuur van de nieuwste tijd loopt, dat kan men vanzelfsprekend argumenten dat (continentale, Westeuropese) rechtsgeschiedenis inderdaad voor een groot deel privaatrechtsgeschiedenis is, omdat de kern van het rechtsdenken zich (op romanistische basis) in de sfeer van het privaatrecht heeft ontwikkeld. Sterk vereenvoudigend uitgedrukt: de ontwikkeling van het privaatrecht is volgens die zienswijze de kern van de rechtsontwikkeling in het algemeen geweest, zodat iedere vraagstelling met betrekking tot de historische grondslagen van ons recht onvermijdelijk op privaatrechtelijke fundamenten zal stuiten. Die zienswijze gaat doorgaans gepaard met een positief waardeoordeel omtrent de 'kwaliteit' van het (Romeinsrechtelijk gefundeerd) burgerlijk recht.

Nu is het niet moeilijk aan te tonen dat de rechtshistoriografie van deze eeuw (en tevens het onderwijs van de rechtsgeschiedenis), meestal met enige vertraging, de veranderende opvattingen en benaderingen van het recht weerspiegelt, die onder de juristen die zich met geldend recht bezighouden terug te vinden zijn. Op het einde van de 20e eeuw is het evident geworden dat het burgerlijk recht niet meer de bevoorrechte positie van een eeuw, een halve eeuw, of zelfs een kwart eeuw geleden inneemt. Andere, traditionele en minder traditionele takken hebben zich sterk ontwikkeld en (om een term aan het Romeins privaatrecht te ontleen) geëmancipeerd. Een sociologisch waarneembaar gevolg hiervan is dat de civilisten geleidelijk hun leeuwenaan-deel (ex D. 17.2.29.2...) in de juridische faculteiten (het normale werkkader van de rechtshistoricus) verloren, en dat de beoefenaars van de andere rechtsvakken tegelijk een grotere invloed in de faculteitspolitiek gingen uitoefenen, met name op het gebied van onderwijsprogramma's, onderzoeksprioriteiten, juridische methode. Hoe heeft het vak rechtsgeschiedenis zich aan die ontwikkeling aangepast? Het antwoord luidt wellicht: vrij traditioneel en conservatief, d.w.z. steeds volgens de in hun faculteiten gangbare denkpatronen. Privaatrechtsgeschiedenis bleef lang (en is grotendeels nog steeds) een hoeksteen van het onderwijs, maar nieuwe specialisaties werden ontwikkeld of in het leven geroepen om (ten dele) aan de wonderbare vermenigvuldiging van rechtsvakken in het curriculum te beantwoorden. Zo ziet men hoe de vakken staatsrechtsgeschiedenis, strafrechtsgeschiedenis, geschiedenis van het volkenrecht, geschiedenis van het fiscaal recht... naast de privaatrechtsgeschiedenis geleidelijk een eigen min of meer geïnstitutionaliseerd leven

gingen leiden — en, is men geneigd vast te stellen, op een al even weinig geïntegreerde wijze als de positieve rechtsvakken die zij verondersteld worden historisch te ondersteunen.

Trekt men die lijn door, dan hangt de toekomst van de rechtsgeschiedenis af van de behoefte die de rechtsdogmatiek van ieder vakgebied ervaart, kennis van het eigen verleden te verwerven. In de mate waarin het (Nederlands) rechtsonderwijs zich meer en meer volgens het ‘vocational training’ model van sommige Amerikaanse *Law Schools* profileert, zal die behoefte sterk verminderen, en zal de rechtsgeschiedenis *faute de combattants* op een enkele uitzondering na uitsterven. In sommige Europese landen (maar minder uitgesproken in Nederland) is er evenwel een reactie ontstaan zowel tegen de niet-geïntegreerde ontwikkeling van steeds meer nieuwe rechtsdisciplines als tegen een quasi-uitsluitend ‘technische’ opleiding in het positief recht. Of die reactie het zojuist vermeld *Law Schools* scenario zal ombuigen is zeer de vraag. De onvrede met de huidige stand van het recht waaruit die reactie voortspuit, wijst evenwel op een aantal alternatieve strategieën die de rechtsgeschiedenis zou kunnen volgen.

Twee hoofdbezwaren worden vanuit sommige kringen tegen de huidige rechtsbeoefening geopperd. Ten eerste wordt betreurd dat de eenheid van het rechtsdenken vandaag ver te zoeken is: specialisaties zouden zich zodanig los van elkaar ontwikkelen, dat er nauwelijks nog sprake kan zijn van een gemeenschappelijke discipline — de term ‘rechtswetenschap’ zou een generieke term voor aparte wetenschapsgebieden zijn, die amper nog een gemeenschappelijke basis of een interagerend verband vertonen. Ten tweede (en hier gaat het om een eigen Westeuropese kritiek) wordt erop gewezen dat de huidige rechtsmethode de diversiteit van de (nationale) rechtsstelsels te sterk benadrukt, terwijl er op dit ogenblik meer behoefte zou zijn aan een gemeenschappelijke basis, waarbij het niet ongebruikelijk is de historisch geladen (maar geenszins eenduidige!) uitdrukking *ius commune* te laten vallen. Beide bezwaren zijn eigen aan wat men het post-codificatie tijdperk zou kunnen noemen: de 18e eeuwse en 19e eeuwse codificaties waren immers ontsproten aan de gedachte dat een globale systematiek *ratione materiae* in eigen nationale wetboeken kon (en zelfs moest) gegoten worden. Op het einde van de 20e eeuw is de illusie dat een bepaald rechtsgebied in een wetboek gevat kan worden voorbijgestreefd, terwijl er geen globale systematiek meer is, die de juridische methode bedwingt: nieuwe disciplines zoals mediarecht, milieurecht e.a. doorkruisen de voorheen afgebakende rechtsgebieden. De nadelen van het codificatie-tijdperk zijn op de voorgrond getreden: zoals de bezems in het verhaal van de leerling-tovenaar blijven nieuwe, in geen algemene systematiek geïntegreerde rechtstakken zich oncontroleerbaar vermenigvuldigen, en genereren zij vroeg of laat pseudo-wetboeken die de nieuwe materie nauwelijks beheersen. Die onoverzichtelijke ontwikkeling loopt bovendien parallel in de diverse nationale rechtsordes, zodat het, in die optiek, een onmogelijke taak wordt (met name in de minder traditionele rechtstakken) om ondanks de toenemende transnationale betrekkingen een transnationaal juridisch denkkader uit te werken. Het antwoord op die

uitdaging zou zoals gesuggereerd in een 'nieuw (Europees) ius commune' bestaan: een algemene rechtstheorie die de gemeenschappelijke basis van de positieve (Europese) rechtsstelsels zou uitmaken. Over de aard van dat ius commune en de manier waarop het tot stand zou moeten komen is er geen consensus: hooguit kan men stellen dat veel verwacht wordt van de rechtsvergelijking om de mogelijke oriëntaties van het nieuw ius commune te bepalen. Zelfs bij die juristen die de hierboven vermelde bezwaren erkennen, geldt veel scepticisme omtrent de haalbaarheid van een dergelijk project.

In die meta-juridische discussie wordt de rechtshistoricus meestal wel gunstig onthaald: tenslotte wordt hij verondersteld inzicht te hebben in de manier waarop het oude ius commune gefunctioneerd heeft. Bovendien wordt nog dikwijls aanvaard dat een degelijke rechtsvergelijkende methode mede een historische benadering vereist.

De vraag is vervolgens: hoe gaat de rechtshistoricus zich in die discussie aandienen? Uiteraard niet met de verschillende boekdelen die aan de (niet-geïntegreerde) geschiedenis van de aparte rechtstakken zijn besteed. Ook een zuiver of overwegend betoog over *Dogmengeschiede* uitgaande van de thans in vraag gestelde systematiek is uitgesloten, al zal die vorm van geschiedschrijving steeds een noodzakelijke hulpwetenschap van de rechtsgeschiedenis blijven. Ten einde op de beide kort vermelde kritiekpunten in te gaan, zal het rechtshistorisch *discours* dat zich daarnaar wil richten, veel meer dan tot dusver het geval is geweest aandacht moeten hebben voor de juridische methode. Met name zou de rechtsgeschiedenis kunnen nagaan en aantonen, in welke mate de vorming van een juridisch denkpatroon binnen een systematiek *ratione materiae* een betrekkelijk recent historisch verschijnsel is (dat wellicht pas tegen de eerste helft van de zeventiende eeuw de overhand kreeg), en bovendien een niet-noodzakelijke ontwikkeling van het recht zou kunnen zijn (althans te oordelen naar de alternatieve systematiseringssleutels — b.v. een 'open' *actiones*-systeem waarmee vóór de verspreiding van de moderne systematiek — die zich vooral via de zgn. *usus modernus* heeft voltrokken — in theorie en praktijk geëxperimenteerd is geweest). Hiermee wordt geenszins gesuggereerd dat de studie van het recht zoals het vóór de moderne systematisering werd beoefend en van de laat-middeleeuwse en vroeg-moderne alternatieve systematiseringsexperimenten op een of andere manier een paradigma voor hedendaagse rechtstheorie-vorming moet leveren. Wel (al kan het cliché-achtig klinken) kan de confrontatie van de jurist (als student of beroepsjurist) met een Westerse rechtsbeoefening die de schijnbaar evidente en onontkoombare denkpatronen van zijn min of meer positivistische vorming niet toepast, bijdragen tot het inzicht dat de juridische methode die hem hoofdzakelijk via het aanleren van technieken als een noodzakelijk te gebruiken 'operating system' werd meegegeven (ten einde, volgens die beeldspraak, de 'software' of programma's die aan de verschillende rechtstakken beantwoorden te kunnen activeren en gebruiken), hoegenaamd niet een tijdloos en universeel gegeven is, met andere woorden desgevallend door een andere, meer efficiënte of beter aangepaste methode vervangen zou kunnen worden. De aanzet tot een dergelijk bewustzijn zal uiteraard door tegenstan-

ders als een futiele, ondeugdelijke poging worden afgewezen (de meest gunstige, althans mildste hypothese), of als een te *eradiceren* vorm van subversiviteit worden aangepakt (de minder smakelijke vorm van faculteitspolitiek). Daarnaast is het de taak van de rechtsgeschiedenis (steeds in het perspectief van de dubbele kritiek op het huidig recht) na te gaan hoe de rationalistische, sociaal-anthropologisch optimistische premissen die het codificatie-tijdperk hebben ingeluid, in de loop van de 19e en van de 20e eeuw zijn geverifieerd of gefalsifieerd. Het nut hiervan voor een nieuwe rechtstheorie-vorming zou kunnen zijn, dat die diachronische studie parallel- en aan het licht brengt tussen schijnbare degeneratie-verschijnselen in de hedendaagse rechtsonwikkelingen en structuren van rechtsinstellingen vóór de invoering van de codificaties. Voorbeelden hiervan, in het burgerlijk recht, zouden de demontages van de uniforme conceptualisering en normering van (onroerende) eigendom en onrechtmatige daad kunnen zijn, waardoor die begrippen zoals zij thans worden uitgewerkt (zij het in functie van heel andere belangenafwegingen of waardeoordelen) meer gelijkenissen gaan vertonen met hun tegenhangers van het Ancien Régime dan met de gelijknamige begrippen die tijdens de 19e eeuw werden gehanteerd, hetgeen opnieuw symptomatisch zou kunnen zijn voor Westerse denkstructuren die fundamenteel zijn dan de methode die van het codificatie-tijdperk geërfd werd.

Ook inzake het begrip '*ius commune*' kan de rechtsgeschiedenis tot de begripsvorming van een nieuwe algemene rechtstheorie bijdragen. Met name wordt de term nog teveel gebruikt als zou het om een eenduidig begrip gaan in de Westerse traditie. Afgezien van het feit dat er diverse soorten 'gemeen recht' in de loop van de middeleeuwse, moderne en hedendaagse geschiedenis werden ontwikkeld, die elk een eigen (politiek) doel nastreefden en volgens eigen strategieën tot stand kwamen (b.v. het Engels *common law*, het Duits 'gemeines Recht', het Franse 'droit coutumier commun', het Europees recht van de E.G.), heeft het *ius commune* in engere zin (de geleerdrechtelijke of romano-canonieke traditie van de middeleeuwen en nieuwe tijd) zelf diverse metamorfozen ondergaan, naargelang min of meer dezelfde materialen (nl. de teksten van de *corpora iuris*) telkens opnieuw in een nieuw denkkader werden gegoten, dat de algemene denkschema's van de tijd weerspiegelde: de middeleeuws-scholastische *mos italicus*, de aan een 'tweede scholastiek' herinnerende *usus modernus*, de humanistische *mos gallicus*, de school van het *Vernunftrecht*. Het Romeins recht leverde voor elk van die kaders een groot deel van de bouwstenen, maar de gebouwen die ermee werden opgericht waren al even verschillend in geest en stijl als een middeleeuwse kathedraal, een kasteel van de Renaissance, een naar het model van Versailles ontworpen vorstelijk paleis. De rol zelf van het *ius commune*, onder meer in zijn verhouding tegenover de andere rechtsbronnen (i.h.b. de *iura propria*) werd eveneens telkens opnieuw gedefinieerd. Andermaal gaat het er niet om dat die verschillende ontwikkelingsvormen van het *ius commune* als paradigma's zouden gelden voor de eventuele vorming van een nieuw Europees gemeen recht, maar wel

dat die diverse vormen ertoe bijdragen de jurist ervan bewust te maken, dat er andere concepten mogelijk zijn die van een (nog steeds sterk) positivistisch opgevat Europees communautair recht.

Het zou niet de eerste keer zijn dat de rechtsgeschiedenis (althans de studie van 'oud' recht) zich in een hervormingsstreven inschakelt, maar de geschiedenis leert ook (een geïjkte uitdrukking, aangezien het zeer de vraag is of de geschiedenis überhaupt iets aanleert) dat zelfs de succesvolle hervormingsbewegingen minder radicaal uitgevoerd worden dan in de verwachtingen van hun oorspronkelijk programma.

In de voorbije bladzijden werden twee mogelijke scenario's geschetst, die een antwoord geven op de vraag, wat de rechtsgeschiedenis vandaag aan het (burgerlijk) recht te bieden heeft. In de eerste bladzijden werd vooral naar een traditionele status quaestionis verwezen: het model van een rechtsgeschiedenis die vooral verklaart hoe huidige rechtsinstellingen tot stand zijn gekomen, met enige nadruk op externe rechtsgeschiedenis (de geschiedenis van de rechtsbronnen) en op de rechtsdogmatiek. De legitimiteit van die benadering staat niet in vraag, wel is er steeds meer een malaise wanneer de noodzaak of het nut van die verklarende benadering in het juristenmilieu (en met name in de rechtsfaculteiten) bepleit moet worden. Die malaise is dan weer in verband te brengen met de relatieve achteruitgang van het historisch besef in onze samenleving (terwijl, paradoxaal, meer dan ooit geïnvesteerd wordt in het behoud van het historisch patrimonium). De kritiek op die benadering werd in de daaropvolgende bladzijden summier samengevat: aansluitend op een kritiek die de afwezigheid van een algemene, coherente en transnationale methodiek in de tegenwoordige rechtsontwikkelingen aanklaagt, kan de rechtshistorische wetenschap eerder de nadruk leggen op de manier waarop de huidige juridische denkstructuren, over de gebrekkige systematisering van het recht heen, zijn ontstaan, en aantonen dat het om historisch bepaalde verschijnselen gaat, die niet van absolute, noodzakelijke of dwingende aard zijn. Enigszins karikaturaal zou men kunnen stellen dat de eerste benadering de eerder behoudende rol vervult, de continuïteit in het recht te accentueren, terwijl de tweede benadering de contingentie van het rechtssysteem in het licht stelt. In de eerste benadering is de plaats van de privaatrechtsgeschiedenis in de rechtshistorische wetenschap ongeveer evenredig met die van het privaatrecht in het geheel van de rechtswetenschappen (wellicht iets ruimer, vanwege de bevoorrechte positie die het privaatrecht historisch in de rechtswetenschap van de nieuwe tijd en van de 19e eeuw heeft ingenomen). In de tweede benadering is de rechtsgeschiedenis niet meer specifiek op een of andere rechtstak georiënteerd: slechts in de mate waarin rechtsmethodiek in het verleden schatplichtig is geweest tegenover privaatrechtelijke doctrines, komen die doctrines er ook bijzonder aan de orde.

Tenslotte moet worden onderstreept dat de hier gehanteerde tegenstelling eerder een kwestie is van prioriteiten: ook in de eerste, meer traditionele benadering is er een groeiende belangstelling voor de historisch-theoretische premissen (zoals ook voor de sociaal-economische context) van de rechtsdogmatiek; anderzijds zou een geschiedenis van de rechtstheorie of rechtsmetho-

diek naar abstracte ijlheid dreigen af te glijden, wanneer haar betoog niet stevig gefundeerd is in een studie van de historische ontwikkeling van rechtsdogmatische en positiefrechtelijke leerstukken. Welke prioriteiten de oriëntaties van de rechtsgeschiedenis zullen bepalen, wordt wellicht niet in de eerste plaats door de rechtshistorici zelf uitgemaakt, maar door de heersende opvatting (die niet met een *communis opinio*, maar veeleer met de denkbeelden van een door zichzelf aangestelde *pars sanior* overeenstemt) van de juristen die het hedendaags recht *in scholis* of *in curiis* beoefenen. Een dergelijke heersende opvatting bestaat vandaag slechts in beperkte mate op landelijk vlak, en nog minder op Europees vlak: precies het gebrek aan consensus omtrent de grondslagen van het recht zou een symptoom van een nieuwe breuklijn in de rechtsontwikkeling kunnen zijn, en verantwoordt in ieder geval dat ook de rechtsgeschiedenis zich in het spanningsveld van die diverse oriëntaties beweegt.